

## **Juridische kenmerken van legitiem markttoezicht in de energiesector**

*De invloed van de constitutioneel-, bestuurs- en  
Europeesrechtelijke principes op de onafhankelijkheid en  
verantwoordingsplicht van energieregulatoren in België*

Proefschrift ingediend  
met het oog op het verkrijgen  
van de graad van Doctor in de Rechten  
door  
Laura DE DEYNE

geboren op 28 februari 1989 te Gent

Promotor: Prof. dr. Bernard Vanheusden

Commissieleden: Prof. dr. Kurt Deketelaere en Prof. dr. Jan Theunis

Academiejaar 2016-2017

**Leden van de beoordelingsjury:**

Prof. dr. B. Vanheusden (UHasselt)

Prof. dr. K. Deketelaere (KU Leuven)

Prof. dr. J. Theunis (UHasselt)

Prof. dr. S. Lavrijssen (Universiteit Tilburg)

Prof. dr. E. Lanckswaert (UHasselt)

Prof. dr. W. Marneffe (UHasselt)

## INHOUDSTAFEL

### DANKWOORD

<b>DEEL I</b> .....	
A. PROBLEEMSTELLING .....	1
1. Overheidsmonopolies in netwerksectoren .....	1
2. Europese liberalisering en harmonisering .....	3
2.1. De interne markt .....	3
2.2. Liberalisering in de energiesector: de oprichting van een energieregulator.....	3
2.3. De toenemende onafhankelijkheid van de energieregulator .....	4
2.4. Alle machten gaan uit van de Natie: een fundamentele tegenstelling tussen het EU-recht en de Belgische Grondwet? .....	6
B. ONDERZOEKSVRAGEN .....	7
C. METHODOLOGIE.....	10
1. Uitgangspunt .....	10
2. Rechtsvergelijking: duiding bij de gekozen rechtstelsels .....	12
2.1. België .....	12
2.2. De Verenigde Staten van Amerika .....	13
2.2.1. <i>Algemeen</i> .....	13
2.2.2. <i>Federale staat</i> .....	14
2.2.3. <i>Federal Energy Regulatory Commission (FERC)</i> .....	15
2.3. Nederland .....	17
D. RELEVANTIE VAN DIT ONDERZOEK.....	18
E. DE BEPERKINGEN EN RUIMTE VOOR ANDER ONDERZOEK .....	19
F. STRUCTUUR.....	21
<b>HOOFDSTUK 1: De invloed van de Europese liberalisering .....</b>	<b>23</b>
A. INLEIDING.....	23
B. DE VERHOUDING TUSSEN DE BELGISCHE GRONDWET EN HET EU-RECHT (ART. 34 GW).....	24
1. Algemeen .....	24
2. Het Hof van Cassatie.....	25
3. Het Hof van Justitie van de Europese Unie .....	25
2. De Raad van State.....	27
3. Het Grondwettelijk Hof .....	30
4. Inperking van de institutionele autonomie? .....	34

C.	DE EU ALS REGULERENDE STAAT: REGULEREN VAN NETWERKINDUSTRIEËN ...	36
D.	DE EVOLUTIE IN HET EUROPEES JURIDISCH KADER INZAKE ENERGIE.....	38
1.	Verdragsbepalingen .....	39
2.	De interne markt inzake energie en het eerste liberaliseringspakket.....	41
3.	Het tweede liberaliseringspakket.....	45
4.	Het derde - en voorlopige laatste - pakket liberaliserings-richtlijnen.....	47
4.1.	Voorafgaand aan het nieuwe pakket .....	47
4.2.	Richtlijn 2009/72/EG en richtlijn 2009/73/EG .....	48
E.	HET EUROPEES KADER INZAKE TOEZICHT OP DE ENERGIEMARKT .....	51
1.	Het eerste liberaliseringspakket en energieregulatoren .....	51
2.	Het tweede liberaliseringspakket: de uitwerking van een meer omvattend Europees wetgevend kader omtrent nationale regelgevende instanties .....	52
3.	Het derde liberaliseringspakket: uitgebreide bevoegdheden en versterkte onafhankelijkheid .....	56
3.1.	Onafhankelijkheid, transparantie en verantwoordingsplicht .....	56
3.2.	Algemene doelstellingen, taken en bevoegdheden van de regulerende instantie	61
F.	CONCLUSIE .....	64
	<b>HOOFDSTUK 2: Het juridisch kader en de ontstaansgeschiedenis van de energieregulatoren in België.....</b>	<b>67</b>
A.	INLEIDING.....	67
B.	ONTSTAANSGESCHIEDENIS.....	67
1.	De oprichting van de federale energieregulator.....	68
1.1.	Het Controlecomité voor de Elektriciteit en het Gas .....	69
1.2.	De wet van 29 april 1999 .....	70
1.3.	De koninklijke besluiten van 3 mei 1999 .....	75
1.4.	De CREG vandaag .....	76
2.	De Vlaamse energieregulator .....	79
2.1.	De oprichting van de VREG.....	79
2.2.	Kaderdecreet Beter Bestuurlijk Beleid en het decreet van 30 april 2004	82
2.3.	De VREG vandaag .....	84
2.4.	De VREG in de (nabije) toekomst .....	85
3.	De Brusselse energieregulator .....	87
3.1.	Het Brussels Instituut voor Milieubeheer (BIM) .....	87
3.1.1.	<i>Algemeen</i> .....	87
3.1.2.	<i>De bemiddelingsdienst</i> .....	88

3.1.3.	<i>De Geschillenkamer</i> .....	90
3.2.	Van BIM naar Brugel .....	90
3.3.	Brugel vandaag.....	91
4.	De Waalse energieregulator .....	94
4.1.	Oprichting van de CWaPE en het Energiecomité .....	94
4.1.1.	<i>Inrichting</i> .....	94
4.1.2.	<i>Bemiddelings- en arbitragedienst</i> .....	96
4.1.3.	<i>Het Energiecomité</i> .....	97
4.2.	De CWaPE vandaag .....	99
C.	DE BEVOEGDHEIDSVERDELING INZAKE ENERGIE .....	100
1.	De Bijzondere Wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen .	101
2.	Situatie vanaf de derde staatsvorming (1988): uitdrukkelijke gewestelijke bevoegdheden en uitdrukkelijke federale uitzonderingen? .....	106
2.1.	Algemeen.....	106
2.2.	Federale bevoegdheden .....	107
2.2.1.	<i>Het nationaal uitrustingsprogramma in de elektriciteitssector</i> .....	107
2.2.2.	<i>De kernbrandstofcyclus</i> .....	108
2.2.3.	<i>De grote infrastructuren voor de stockering; het vervoer en de productie van energie</i> .....	109
2.2.4.	<i>De tarieven</i> .....	110
2.3.	De gewestelijke bevoegdheden .....	111
2.3.1.	<i>De distributie en het plaatselijk vervoer van elektriciteit door middel van netten waarvan de nominale spanning lager is dan of gelijk aan 70.000 volt</i> 111	
2.3.2.	<i>De openbare gasdistributie</i> .....	112
2.3.3.	<i>De netten van warmtevoorziening op afstand, de valorisatie van steenbergen, de aanwending van mijn gas en van gas afkomstig van hoogovens en de terugwinning van energie door de nijverheid en andere gebruikers</i> ....	116
2.3.4.	<i>De nieuwe energiebronnen en het rationeel energiegebruik</i> .....	117
3.	Situatie na de zesde staatsvorming: een gemiste kans? .....	118
D.	DE IMPACT VAN DE BEVOEGDHEIDSVERDELING OP DE ENERGIEREGULATOREN	123
1.	Algemeen .....	123
2.	Typevoorbeeld: de bevoegdheidsoverdracht inzake tarieven – van CREG naar VREG	125
E.	CONCLUSIE .....	128
<b>Hoofdstuk 3 – De probleemstelling in het licht van de eisen van legitimiteit ....</b>		<b>135</b>
A.	INLEIDING.....	135

B.	LEGITIMITEIT .....	137
C.	DEMOCRATISCHE LEGITIMITEIT .....	138
1.	Een parlementaire regime.....	138
2.	Democratie .....	139
3.	Democratische legitimiteit is een ruim begrip .....	141
4.	Democratisch deficit van energieregulatoren?.....	143
5.	Versterking van de legitimiteit bij energieregulatoren .....	147
5.1.	Algemeen.....	147
5.2.	De verschillende vormen van legitimiteit .....	149
5.2.1.	<i>Constitutionele legitimiteit: uitgebreide bevoegdheden, legaliteit en machtenscheiding</i> .....	149
5.2.2.	<i>Maatschappelijke legitimiteit</i> .....	150
5.2.3.	<i>Outputlegitimiteit: geloofwaardigheid, expertise en deskundige besluitvorming</i> .....	151
5.2.4.	<i>Inputlegitimiteit</i> .....	156
5.2.5.	<i>Procedurale legitimiteit</i> .....	157
5.2.6.	<i>Juridische legitimiteit: rechterlijke controle op beslissingen</i> .....	159
5.2.7.	<i>Democratische legitimiteit: de inspraak van het parlement versterken</i> 161	
5.2.8.	<i>Verticale legitimiteit: Netwerken van nationale toezichthouders en Europese toezichthouders</i> .....	162
D.	JURIDISCHE KENMERKEN VAN LEGITIEM MARKTTOEZICHT .....	165
1.	Good governance volgens de EU, de OESO en de Wereld Bank .....	165
2.	Good governance and good agency principles in de rechtsleer .....	167
3.	Juridische kenmerken: grondwettigheid, onafhankelijkheid, transparantie en verantwoordingsplicht.....	172
E.	CONCLUSIE .....	174
	<b>DEEL II .....</b>	<b>176</b>
	<b>Hoofdstuk 4 – Uitgebreide bevoegdheden en constitutionele legitimiteit .....</b>	<b>179</b>
A.	INLEIDING.....	179
B.	NATIONALE SOEVEREINITEIT.....	179
1.	België: nationale soevereiniteit.....	179
2.	Nederland: geen fundering in het volk.....	181
3.	Verenigde Staten van Amerika: <i>popular sovereignty</i> .....	181
C.	LEGALITEITSBEGINSEL .....	182
1.	België.....	182
1.1.	Materieel en formeel legaliteitsbeginsel.....	182

1.2.	Bijzonder en algemeen legaliteitsbeginsel .....	184
1.2.1.	<i>Voorbehouden bevoegdheden</i> .....	184
1.2.2.	<i>Residuaire bevoegdheden</i> .....	186
1.3.	Primaat van de formele wetgever .....	187
1.4.	Delegatie van regelgevende bevoegdheden aan publieke (autonome en onafhankelijke) instanties .....	187
1.4.1.	<i>Delegatieverbod?</i> .....	187
1.4.2.	<i>Waarom dan toch decentralisering van regelgeving?</i> .....	189
1.5.	Delegatie van regelgevende bevoegdheden aan instanties zonder politieke verantwoordelijkheid: de omvang van de bevoegdheden bepaalt de mate van controle? .....	191
1.6.	Delegaties aan onafhankelijke energieregulators en het EU-recht..	195
1.6.1.	<i>Algemeen</i> .....	195
1.6.2.	<i>Arrest nr. 130/2010 van het Grondwettelijk Hof</i> .....	195
1.6.2.1.	Uitspraak .....	195
1.6.2.2.	Parlementaire en rechterlijke controle .....	197
1.6.2.3.	Artikel 34 van de Grondwet .....	200
1.6.3.	<i>Advies Raad van State met betrekking tot wijziging statuut BIPT: politieke onafhankelijkheid</i> .....	202
1.7.	Voorstel nieuwe grondwetsbepaling .....	205
1.7.1.	<i>Algemeen</i> .....	205
1.7.2.	<i>Specifieke vereisten</i> .....	208
1.8.	Conclusie .....	212
2.	Het legaliteitsbeginsel in Nederland .....	214
2.1.	Algemeen .....	214
2.2.	Het primaat van de wetgever .....	215
2.3.	Delegatie van regelgevende bevoegdheden en onafhankelijke instanties	216
3.	The principle of legality in de Verenigde Staten .....	223
3.1.	Non-delegation doctrine en het "intelligible principle" .....	223
3.2.	Rule-making power en independent regulatory agencies .....	229
D.	DE SCHEIDING DER MACHTEN .....	231
1.	De scheiding der machten in België .....	231
1.1.	Algemeen .....	231
1.2.	Samenwerking der machten? .....	233

1.3.	Wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht: organen of functies?	234
2.	Machtenscheiding in Nederland.....	235
2.1.	Historisch perspectief .....	235
2.2.	Hedendaagse invulling .....	237
3.	Separation of powers in de VS.....	238
3.1.	Algemeen.....	238
3.2.	"Headless fourth branch"?	239
3.3.	Twee theorieën .....	243
3.3.1.	<i>Unitaire of formele benadering</i> .....	243
3.3.2.	<i>Functionele benadering</i> .....	248
3.3.2.1.	Binnen de rechtspraak van het U.S. Supreme Court.....	248
3.3.2.2.	Binnen de rechtsleer .....	252
3.3.3.	<i>Schematisch</i> .....	254
E.	DE SCHEIDING DER MACHTEN TOEGEPAST OP ENERGIE-REGULATOREN IN BELGIË .....	254
1.	Algemeen .....	254
2.	Bevoegdheden binnen de wetgevende functie? .....	256
2.1.	Tariefmethodologie.....	257
2.2.	Technisch reglement .....	261
2.3.	Andere regelgevende bevoegdheden ("soft law") .....	267
2.3.1.	<i>Gedragscode voor de toegang tot het aardgasvervoersnet</i> .....	267
2.3.2.	<i>Mededelingen en richtlijnen</i> .....	269
2.4.	Concluderend .....	272
3.	Bevoegdheden binnen de uitvoerende functie? .....	272
3.1.	Onderzoeksbevoegdheden.....	273
3.2.	Adviserings- en studiebevoegdheden.....	278
3.3.	Nemen van bindende individuele besluiten .....	278
4.	Bevoegdheden binnen de rechterlijke functie? .....	280
4.1.	Opleggen van sancties .....	280
4.1.1.	<i>Administratieve geldboete</i> .....	280
4.1.2.	<i>Dwangsom</i> .....	286
4.2.	Geschillenbeslechting .....	287
5.	Teveel machtsconcentratie in één hand?.....	291
5.1.	Chinese Walls of functiescheidingen.....	292



5.2.	Europees Hof van Justitie: noodzaak aan ruime bevoegdheden .....	295
5.3.	“Again checks and balances” .....	296
F.	CONCLUSIE .....	296
<b>HOOFDSTUK 5: De onafhankelijkheid van energieregulatoren .....</b>		<b>299</b>
A.	INLEIDING.....	299
B.	INDEPENDENT REGULATORY AGENCIES IN DE VS .....	300
C.	BEGRIIP ONAFHANKELIJKHEID .....	304
1.	Algemeen .....	304
2.	Volledige onafhankelijkheid? .....	306
3.	Verschillende elementen van onafhankelijkheid .....	311
D.	ONAFHANKELIJKHEID TEN AANZIEN VAN DE REGERING, DE MINISTER EN HET PARLEMENT.....	313
1.	Inleiding .....	313
2.	Ontstaansredenen politieke onafhankelijkheid .....	314
2.1.	Waarom deze institutionele keuze?.....	316
2.2.	Waarom politiek onafhankelijk? .....	317
2.2.1.	<i>Government failure, credible commitment en time consistency</i> ...	318
2.2.2.	<i>Expertise en efficiëntie</i> .....	322
2.2.3.	<i>Shifting blame</i> .....	322
2.3.	Conclusie .....	324
3.	Institutionele onafhankelijkheid .....	325
3.1.	Rechtspersoonlijkheid .....	326
3.2.	Fysieke locatie .....	328
3.3.	Samenvoeging tot een superregulator .....	329
3.4.	Institutionele problemen bij FERC: afschaffing?.....	331
4.	Personele onafhankelijkheid .....	333
4.1.	Algemeen.....	333
4.2.	Ontbreken van eigen personeel.....	336
4.2.1.	<i>Brugel in België</i> .....	336
4.2.2.	<i>ACM in Nederland</i> .....	339
4.2.3.	<i>FERC onder het Department of Energy</i> .....	344
4.3.	Benoemingen door de regering of het parlement, onverenigbaarheden en belangenconflicten .....	347
4.3.1.	<i>Het wetgevend kader in België inzake benoemingsprocedures, belangenconflicten en onverenigbaarheden</i> .....	350
4.3.2.	<i>Voorbeelden</i> .....	362

4.3.2.1.	Onpartijdigheid? .....	362
4.3.2.2.	Energiecumuls? .....	364
4.3.2.3.	Politieke benoemingen? .....	367
4.3.2.4.	Objectieve criteria? .....	369
4.3.2.5.	Belangenconflicten? .....	370
4.3.3.	<i>Benoemingen bij de Autoriteit Consument en Markt</i> .....	372
4.3.4.	<i>Aanbevelingen</i> .....	375
4.3.4.1.	Een objectief en transparant benoemingsproces .....	375
4.3.4.2.	De inspraak van het parlement vergroten bij benoeming door de regering 377	
4.3.5.	<i>Benoeming door de President met goedkeuring door de Senaat in de VS</i> 378	
4.4.	Ontslag- en tuchtmogelijkheden.....	383
4.4.1.	<i>CREG</i> .....	390
4.4.1.1.	Algemeen .....	390
4.4.1.2.	Arrest nr. 117/2013 van het Grondwettelijk Hof .....	392
4.4.2.	<i>Gewestelijke energieregulators</i> .....	395
4.4.3.	<i>Ontslag en tucht bij de Autoriteit Consument en Markt</i> .....	398
4.4.4.	<i>Ontslag "for cause" in de VS</i> .....	399
4.4.4.1.	Humphrey's, Wiener en Morrison .....	399
4.4.4.2.	Grenzen aan de for cause: wat met "dual for cause"?.....	407
4.4.5.	<i>Aanbevelingen</i> .....	409
5.	Operationele onafhankelijkheid.....	410
5.1.	Algemeen.....	410
5.2.	Geen beheersovereenkomst meer bij de VREG.....	412
5.3.	Aanwezigheid van een regeringscommissaris.....	415
5.3.1.	<i>Algemeen</i> .....	415
5.3.2.	<i>VREG</i> .....	416
5.3.3.	<i>CWaPE</i> .....	416
5.3.4.	<i>Brugel</i> .....	418
5.3.5.	<i>Aanbevelingen</i> .....	420
5.4.	Aanwezigheid van een Algemene Raad/Adviesraad? .....	422
5.4.1.	<i>CREG</i> .....	422
5.4.2.	<i>CWaPE</i> .....	425
5.4.3.	<i>Aanbevelingen</i> .....	425

5.5.	Overleg met de Algemene Directie Energie.....	427
5.6.	Autonome besluitvorming.....	429
5.6.1.	<i>Tariefmethodologie</i> .....	429
5.6.1.1.	Exclusieve en autonome bevoegdheid .....	430
5.6.1.2.	Te allen tijde wijzigen van de methodologie of tarieven .....	431
5.6.1.3.	Herziening door de minister .....	433
5.6.1.4.	Gestructureerd, gedocumenteerd en transparant overleg....	434
5.6.2.	<i>Richtsnoeren</i> .....	437
5.6.2.1.	Richtsnoeren bij de CREG .....	438
5.6.2.2.	Uitspraak Grondwettelijk Hof richtsnoeren bij de CWaPE.....	442
5.6.2.3.	Richtsnoeren bij de VREG .....	447
5.6.3.	<i>Verrekening historisch saldo</i> .....	451
5.6.4.	<i>Technisch reglement</i> .....	452
5.6.5.	<i>Vaststellen van bindende besluiten en nemen van maatregelen</i> ...	457
5.6.6.	<i>Conclusie autonome besluitvorming</i> .....	458
6.	Financiële onafhankelijkheid.....	459
6.1.	Algemeen.....	459
6.2.	De VREG.....	461
6.2.1.	<i>Titel XIV van het Energiedecreet: heffingen</i> .....	461
6.2.2.	<i>Dotatie aan de energieregulator</i> .....	462
6.2.2.1.	De beheersovereenkomst 2008-2010 .....	462
6.2.2.2.	Een constante: nood aan bijkomend personeelsbudget.....	463
6.2.3.	<i>Artikel 100 van het Programmadecreet van 19 december 2014</i> ...	465
6.2.4.	<i>Aanpassing in de toekomst?</i> .....	466
6.3.	CREG: een federale bijdrage.....	470
6.3.1.	<i>Federale bijdrage elektriciteit</i> .....	470
6.3.2.	<i>Federale bijdrage aardgas</i> .....	472
6.3.3.	<i>Onafhankelijke financiering?</i> .....	473
6.4.	CWaPE.....	476
6.4.1.	<i>Aanvankelijke financiering</i> .....	476
6.4.2.	<i>Decreet van 18 juli 2012</i> .....	478
6.4.3.	<i>Fonds voor energie en duurzame ontwikkeling</i> .....	479
6.5.	Brugel .....	480
6.5.1.	<i>Vroegere financiering</i> .....	480

6.5.2.	<i>Huidige financiering</i> .....	481
6.6.	Autoriteit Consument en Markt .....	482
6.6.1.	<i>Zbo zonder rechtspersoonlijkheid</i> .....	482
6.6.2.	<i>Bekostiging via de marktpartijen</i> .....	484
6.7.	Financiering in de VS .....	484
6.8.	Conclusie: financiële beknotting schaadt onafhankelijkheid regulator	492
E.	CONCLUSIE .....	493
<b>HOOFDSTUK 6: Verantwoordingsplicht</b> .....		<b>497</b>
A.	INLEIDING.....	497
B.	HET BEGRIP VERANTWOORDINGSPLICHT .....	499
1.	Zich verantwoordelijk gedragen – <i>responsibility</i> .....	499
2.	Verantwoording afleggen – <i>accountability</i> .....	500
C.	POLITIEKE VERANTWOORDING .....	503
1.	Het probleem met de politieke ministeriële verantwoordelijkheid .....	503
1.1.	De Grondwet uit 1830 .....	503
1.2.	Politiek of juridisch principe? .....	504
1.3.	De draagwijdte van de ministeriële verantwoordelijkheid .....	505
2.	Het begrip in Nederland.....	505
3.	Uitholling van de ministeriële verantwoordelijkheid bij politiek onafhankelijke regulatoren? .....	506
3.1.	Geen bevoegdheid zonder verantwoordingsplicht .....	506
3.1.1.	<i>Enkel bij "verwijtbaarheid" verantwoordelijkheid?</i> .....	506
3.1.2.	<i>Enkel bij "bevoegdheid" verantwoordelijkheid</i> .....	508
3.2.	Toegepast op de energieregulatoren: wat bij onbevoegdheid? .....	510
3.3.	Beperkte bevoegdheden van ministers bij energieregulatoren in België 514	
3.3.1.	<i>Geen hiërarchisch toezicht</i> .....	514
3.3.2.	<i>Geen administratief toezicht</i> .....	514
3.3.3.	<i>Wat nog overblijft?</i> .....	517
3.4.	Interventiebevoegdheden van de minister in Nederland?.....	521
3.4.1.	<i>Vernietigingstoezicht?</i> .....	521
3.4.2.	<i>Goedkeuringstoezicht?</i> .....	524
3.4.3.	<i>Taakverwaarlozing</i> .....	525
3.4.4.	<i>Algemene beleidsregels</i> .....	526
3.4.4.1.	Algemeen .....	526

3.4.4.2.	Beleidsregels met betrekking tot technische voorwaarden en tariefstructuren? .....	529
3.4.5.	<i>Ruim inlichtingenrecht</i> .....	531
3.4.6.	<i>Boetetaakstelling of boetestreefgetallen</i> .....	532
3.4.7.	<i>Samengevat: ruimere bevoegdheden voor de minister in Nederland</i> 533	
3.5.	Als conclusie, uitholling van de ministeriële verantwoordelijkheid: ja en neen? 534	
3.6.	Politieke controle door de President in de VS .....	536
3.6.1.	<i>Invloed van de unitaire theorie</i> .....	536
3.6.2.	<i>"Op afstand van President" niet gelijk met ontbreken van presidentiële controle</i> .....	537
3.6.3.	<i>Executive Orders</i> .....	540
3.6.3.1.	Algemeen .....	540
3.6.3.2.	Executive orders niet van toepassing op IRA's? .....	545
3.6.3.3.	Retrospective review door FERC .....	549
3.6.4.	<i>Independent Agency Regulatory Analysis Act of 2015</i> .....	550
3.6.5.	<i>Principled Rulemaking Act of 2015</i> .....	552
3.6.6.	<i>Conclusie</i> .....	553
4.	Ministeriële verantwoordelijkheid en parlementaire controle als communicerende vaten .....	555
4.1.	Algemeen .....	555
4.2.	"Copy paste" van het Amerikaans model? .....	556
D.	DEMOCRATISCHE VERANTWOORDINGSPLICHT VIA HET PARLEMENT .....	558
1.	Waarom rechtstreekse parlementaire controle? .....	558
2.	De toezichhoudende rol van het parlement vergroten .....	559
2.1.	Algemeen .....	559
2.2.	De CREG als voorbeeld .....	559
2.3.	Nog uitgebreider toezicht? .....	561
2.4.	Rechtsvergelijkend: oversight by Congress .....	566
2.4.1.	<i>Algemeen</i> .....	566
2.4.2.	<i>Congressional Oversight: definiëring</i> .....	566
2.4.3.	<i>Congressional Oversight: doelstellingen en drijfveren</i> .....	568
2.4.4.	<i>Bevoegdheid van het Congres om toezicht uit te oefenen</i> .....	570
2.4.4.1.	Grondwet .....	570
2.4.4.2.	U.S. Supreme Court (investigative oversight) .....	571

2.4.4.3.	Legislative Reorganization Act (1946) .....	572
2.4.4.4.	Legislative Reorganization Act (1970) .....	573
2.4.4.5.	Congressional Review Act (1996).....	573
2.4.5.	<i>Congressional Oversight technieken: toegepast op FERC</i> .....	575
2.4.5.1.	The Legislative Power.....	575
2.4.5.2.	Het "appropriations" proces: limitations, riders and earmarks 578	
2.4.5.3.	Committees Hearings – legislative oversight .....	581
2.4.5.4.	Government Accountability Office (GAO) .....	584
2.4.5.5.	Inspectors General.....	587
2.4.5.6.	Rapporteringsverplichtingen.....	589
2.4.6.	<i>Verlaten techniek: legislative veto</i> .....	593
2.4.7.	<i>Conclusie</i> .....	595
2.	De Vlaamse energieregulator (VREG) onderbrengen bij het Vlaams Parlement 599	
3.1.	Uitvoerende of wetgevende macht? .....	599
3.2.	Verhouding met het parlement .....	608
3.2.1.	<i>Benoeming raad van bestuur</i> .....	608
3.2.2.	<i>Andere toezichtsmogelijkheden</i> .....	609
3.3.	Concluderend .....	611
E.	JURIDISCHE VERANTWOORDINGSPLICHT.....	612
1.	Europese richtlijnen .....	612
2.	Beroepsprocedure voor de CREG .....	613
2.1.	Aanvankelijke rechtsbescherming voor de Raad van State.....	613
2.2.	Bevoegdheidsverschuiving naar het Hof van beroep te Brussel: de parlementaire voorbereiding en het standpunt van de CREG .....	614
2.3.	Het begrip "volle rechtsmacht": draagwijdte.....	618
2.3.1.	<i>De rechtspraak van het EHRM: hervormingsbevoegdheid?</i> .....	619
2.3.2.	<i>Volle rechtsmacht in België: hervormingsbevoegdheid?</i> .....	623
2.3.3.	<i>Bij economische regulatoren: volle rechtsmacht bij de Raad van State?</i> 633	
2.3.4.	<i>Bij economische regulatoren: het Hof van beroep te Brussel</i> .....	637
2.3.4.1.	Algemeen .....	637
2.3.4.2.	De rechtspraak van het Hof van beroep te Brussel.....	640
2.3.4.3.	Concluderend .....	657
3.	Beroepsprocedure voor de VREG, CWaPE en BRUGEL.....	660

3.1.	VREG: Hof van beroep te Brussel .....	660
3.2.	CWaPE: Hof van beroep te Luik.....	662
3.3.	Brugel: Hof van beroep te Brussel.....	662
4.	Concluderend: een effectieve en efficiënte beroepsprocedure? .....	664
5.	De rechtspraak van het Europees Hof van Justitie .....	672
6.	Rechtsbescherming in Nederland .....	677
6.1.	Glijdende schaal.....	678
6.2.	Nood aan een intensievere controle? .....	679
6.3.	Toetsing van boetebesluiten .....	681
6.4.	Samengevat.....	682
7.	Judicial review in de VS .....	686
7.1.	Administrative Procedure Act (APA) en judicial review.....	686
7.2.	De Chevron doctrine.....	688
7.3.	Old statutes, new problems? .....	691
7.4.	Voorbeelden van rechtspraak m.b.t. de FERC .....	695
F.	Conclusie.....	701
<b>HOOFDSTUK 7: Transparantie en procedurele verantwoordingsplicht .....</b>		<b>703</b>
A.	INLEIDING.....	703
B.	TRANSPARANTIE .....	704
a.	Algemeen .....	704
b.	De Interpretatieve Nota van de Europese Commissie .....	706
c.	Het belang van transparantie bij energieregulatoren .....	708
3.1.	Discretionaire bevoegdheden: extern toezicht op de toezichthouder .....	710
3.2.	De noodzaak om zelfkritisch te kunnen zijn: intern toezicht op de toezichthouder .....	711
3.3.	Economische belangen: transparantie voor een goede marktwerking.....	711
3.4.	Een effectief toezicht: noodzakelijk voor een goede marktwerking... ..	712
4.	Transparantie op verschillende niveau's.....	713
5.	Openbaarheid van bestuur .....	715
5.1.	Algemeen.....	715
5.2.	De openbaarheid van bestuur op het federale niveau.....	716
5.3.	De openbaarheid van bestuur in Vlaanderen.....	720
5.4.	De openbaarheid van bestuur in Brussel .....	722
5.5.	De openbaarheid van bestuur in Wallonië.....	724
6.	Specifieke transparantiebepalingen .....	725

6.1.	CREG.....	725
6.1.1.	<i>Jaarverslag en huishoudelijk reglement</i> .....	725
6.1.2.	<i>Overig transparantie bepalingen</i> .....	726
6.2.	VREG.....	727
7.	Omgaan met vertrouwelijke gegevens.....	728
1.1.	Beroepsgeheim .....	728
1.2.	Vertrouwelijke gegevens en de EU liberaliseringsrichtlijnen .....	731
1.3.	Richtsnoeren van de CREG over de informatie die als vertrouwelijk te beschouwen is omwille van het commercieel gevoelige karakter of persoonlijke karakter ervan .....	732
1.3.1.	<i>Inleidend</i> .....	732
1.3.2.	<i>Daadwerkelijke richtsnoeren</i> .....	735
1.4.	Mededeling van de VREG met betrekking tot het beleid inzake (actieve en passieve) openbaarheid en het kwalificeren als, en omgaan met, vertrouwelijke gegevens 741	
1.4.1.	<i>Boven- en ondergrenzen</i> .....	741
1.4.1.1.	Bovengrens aan de actieve openbaarheid .....	741
1.4.1.2.	Bovengrens aan de passieve (en actieve) openbaarheid .....	742
1.4.1.3.	Ondergrens aan de actieve openbaarheid .....	743
1.4.1.4.	Ondergrens aan de passieve openbaarheid .....	743
1.4.2.	<i>Vertrouwelijke gegevens</i> .....	743
1.4.3.	<i>Niet-verplicht en verplicht over te maken gegevens</i> .....	744
1.5.	CWaPE: charter inzake persoonlijke gegevens .....	746
1.6.	Brugel .....	748
1.7.	Concluderend .....	748
2.	Transparantie bij de FERC.....	749
C.	PROCEDURELE VERANTWOORDINGSPLICHT .....	750
1.1.	Algemeen.....	751
1.2.	Omvang van de rechterlijke toetsing .....	752
1.3.	Het motiveringsbeginsel.....	755
1.3.1.	<i>De materiële motiveringsplicht</i> .....	755
1.3.2.	<i>De formele motiveringsplicht</i> .....	756
1.3.3.	<i>Toegepast op de CREG en de VREG</i> .....	757
1.3.3.1.	CREG .....	758
1.3.3.2.	VREG .....	761



1.3.4.	<i>Rechterlijke toetsing</i> .....	762
1.4.	Het zorgvuldigheids- en het redelijkheidsbeginsel .....	765
1.5.	Het evenredigheidsbeginsel .....	775
1.6.	De hoorplicht.....	780
1.6.1.	<i>Algemeen</i> .....	780
1.6.2.	<i>De normatieve hoorplicht bij de energieregulatoren</i> .....	781
2.	Participatie.....	784
2.1.	Algemeen.....	784
2.2.	Participatie en democratische legitimiteit .....	785
2.3.	Raadplegen en consulteren bij de energieregulatoren .....	787
2.3.1.	<i>Welke beslissingen voorleggen?</i> .....	789
2.3.2.	<i>Modaliteiten</i> .....	792
2.3.2.1.	Bekendmaking van de consultatie of raadpleging .....	792
2.3.2.2.	Consultatietermijn .....	792
2.3.2.3.	Overmaken van de opmerkingen .....	796
2.3.2.4.	Extra informatie .....	796
2.3.3.	<i>Inclusiviteit en representativiteit?</i> .....	798
2.3.3.1.	Algemeen .....	798
2.3.3.2.	Belanghebbenden, betrokkenen, personen, doelgroep,.....	802
2.3.4.	<i>Beoordeling van de gemaakte opmerkingen</i> .....	804
2.3.4.1.	Welke opmerkingen worden (niet) aanvaard?.....	804
2.3.4.2.	Behandeling van de opmerkingen .....	805
2.3.4.3.	Eventuele verdere raadpleging en feedbackvergadering.....	807
2.4.	Marktmonitor.....	808
2.5.	Overleg met of advisering door de stakeholders.....	808
2.6.	Conclusie .....	814
	<b>DEEL III</b> .....	<b>178</b>
	<b>CONCLUSIES</b> .....	<b>819</b>
	<b>&amp;</b> .....	<b>819</b>
	<b>AANBEVELINGEN</b> .....	<b>819</b>
A.	INLEIDING.....	819
B.	HET SPANNINGSVELD TUSSEN HET EU-RECHT, DE NATIONALE RECHTSORDE EN DE INSTITUTIONELE AUTONOMIE .....	819
C.	LEGITIMITEIT EN DEMOCRATISCH DEFICIT .....	822

D.	JURIDISCHE KENMERKEN .....	823
E.	CONSTITUTIONALITEIT .....	824
F.	ONAFHANKELIJKHEID .....	833
G.	POLITIEKE VERANTWOORDINGSPLICHT .....	844
H.	JURIDISCHE EN PROCEDURELE VERANTWOORDINGSPLICHT .....	854
I.	TRANSPARANTIE EN PARTICIPATIE .....	861
J.	BESLUIT .....	867
	<b>BIBLIOGRAFIE .....</b>	<b>869</b>

## **DANKWOORD**

Het schrijven van een doctoraat voelt aan als het maken van een vier jaar durende wereldreis. Je weet bij de start niet goed waar je aan begint, maar gaandeweg verruil je het onbekende voor het bekende. Het is hoe dan ook een groot avontuur, waarbij je soms dreigt verloren te lopen. Op dat moment heb je nood aan goede reisbegeleiders. Zij helpen je bij het maken van een planning, geven je hun wijsheid en vertrouwen, maar ook de vrijheid om zelf je reis verder te plannen. Ze moedigen ook je zin voor avontuur aan. De wereldreis voert je door prachtige landen, waar je ook nieuwe mensen leert kennen. Het is een reis waar je veel ervaring opdoet, niet alleen over het inhoudelijke maar ook over jezelf en over anderen. En af en toe wordt de reis ook wel eens onderbroken door een tropische storm. Dan helpt het als je samen met je reisgezelschap kan schuilen. Gedurende de volledige reis blijf je ook al je dierbaren op de hoogte houden van de vele en boeiende reisverhalen. En op het einde van de reis, rest alleen nog maar een moment om iedereen te bedanken die dit prachtige avontuur mogelijk gemaakt heeft ...

In de eerste plaats gaat mijn dank uit naar mijn "reisbegeleiders". Prof. dr. Bernard Vanheusden, bedankt om in het project te geloven en om mij de vrijheid en ruimte te geven om dit proefschrift tot een goed eind te brengen. Bedankt om talrijke malen mijn teksten na te lezen en om ervoor te zorgen dat alles tot in de puntjes in orde was! Prof. dr. Peter Schollen, bedankt om mij te steunen en om mij telkens kritische, uitdagende, complexe en intellectueel stimulerende vragen voor te schotelen die de inhoud en structuur van mijn werk ontzettend ten goede zijn gekomen. Prof. dr. Kurt Deketelaere, bedankt om vier jaar lang tijd vrij te maken, mij bijzonder waardevolle inhoudelijke feedback te geven en mij vele korte aanmoedigingen te geven die mij telkens aanmoedigden om door te zetten. Prof. dr. Jan Theunis, bedankt voor de kritische blik, de goede inhoudelijke suggesties en opmerkingen die daaruit voortvloeien en de bemoedigende woorden.

Mijn bijzondere dank gaat ook uit naar de leden van de jury, Prof. dr. Saskia Lavrijssen, Prof. dr. Eric Lanckswaert en Prof. dr. Wim Marneffe. Hartelijk dank om het team van reisbegeleiders te willen vervoegen en talrijke uren te besteden aan het doornemen van deze tekst. Dank voor de nuttige opmerkingen en suggesties.

Een wereldreis maak je natuurlijk zelden alleen, vandaar dat ook het "reisgezelschap" een woord van dank verdient. Mijn lieve collega's, maar ondertussen veel meer dan dat... mijn goede vrienden, Caroline, Sejla, Thomas, Yelena en Farida: Thank you so much for always being there for me, by living this crazy journey together! We all kept on supporting each other, no matter

how high or how low we were feeling. I wish you all the best and hope to read your own "dr. travel logbooks" soon!

Liefste mama en papa, zonder jullie was ik nooit aan deze wereldreis begonnen. Ik ben jullie voor altijd dankbaar om mij alle kansen te geven en om mij steeds aan te moedigen en te steunen, wat ik ook onderneem. Ik weet dat jullie er altijd voor mij zullen zijn. Deze onvoorwaardelijke liefde steunt mij in alles! Bedankt dat ik steeds met mijn reisverhalen bij jullie terecht kan.

Last but not least, I want to thank the one person who seems to embody all the above mentioned roles of travel guide, travel companion and listener to my travel stories...my husband Tomas. Words cannot describe the amount of love and gratitude I feel for you. Thank you for sharing the l(r)oad with me!

**DEEL I**



## ONDERZOEKSOPZET

### A. PROBLEEMSTELLING

1. Januari 2013. Een krantenkop titelde "Onafhankelijke CREG loopt op laatste benen".<sup>1</sup> Uit het artikel bleek dat het geen evidentie was om een nieuwe directie te vinden voor de federale energieregulator in België, de CREG. Volgens de krant draaide de zoektocht immers uit op een rondje "politieke vertrouwelingen naar voren schuiven", aangezien het merendeel van de kandidaten een duidelijke politieke voorkeur zou hebben. Deze politieke inmenging werd volgens de auteurs van het artikel door de diverse politieke partijen noodzakelijk geacht aangezien de CREG in het verleden "weinig diplomatisch, te vrijgevochten en te onafhankelijk" leek op te treden...

#### 1. Overheidsmonopolies in netwerksectoren

2. De verwevenheid tussen de politiek en (het toezicht op) de energiesector is historisch gegroeid. De energiesector in België is namelijk reeds van bij het begin – vanaf de aanleg van het elektriciteitsnetwerk – vervlochten geweest met de (lokale) overheden. Zo vormde de wet van 10 maart 1925 op de elektriciteitsvoorziening decennia lang het wetgevend kader van de Belgische elektriciteitsmarkt.<sup>2</sup> Artikel 2 van de wet stelde dat "[...] de Staat, de provinciën en de gemeenten het recht [hadden] elektrische energie over te brengen en te bezorgen door middel van geleidingen langs de openbare wegen die tot het grondgebied van elk hunner behoren of niet [...]." In combinatie met artikel 4 van de wet bleek dat de Staat en de provinciën konden instaan zowel voor de productie, de distributie, de transmissie als de levering van elektriciteit.<sup>3</sup> Dit zorgde ervoor dat de Wet op de Elektriciteitsvoorziening deze overheden de mogelijkheid bood een natuurlijk monopolie te realiseren op de elektriciteitsmarkt. Specifiek wat de gemeenten betrof bepaalde artikel 5 van de Wet op de Elektriciteitsvoorziening dat "elke gemeente [...] op haar grondgebied [...] een fabriek voor de voortbrengst van elektrische energie alsmede de nodige lijnen om die fabriek te verbinden met de door haar beheerde inrichtingen en diensten, [kon] inrichten en in bedrijf nemen". De gemeente kon bovendien, met de energie door deze fabriek voortgebracht, al de verbruikers op haar grondgebied bedienen door middel van een openbaar gemeentelijk voorzieningsbedrijf. De elektriciteitsmarkt werd bijgevolg jarenlang gedomineerd door gemeenten of gemeentelijke intercommunales en bepaalde private

<sup>1</sup> P. SERTYN, "Onafhankelijke CREG loopt op laatste benen", *De Standaard*, 4 januari 2013.

<sup>2</sup> Wet 10 maart 1925 op de elektriciteitsvoorziening, *BS* 25 april 1925, 2510 (hierna: Wet op de Elektriciteitsvoorziening).

<sup>3</sup> Artikel 4 Wet op de elektriciteitsvoorziening: "De Staat en, op haar eigen grondgebied, de provinciën, hebben het recht fabrieken voor de voortbrengst van elektrische energie, alsmede lijnen en netten voor het vervoer dezer energie naar de inrichtingen en diensten door hen beheerd, in te richten en in bedrijf te nemen. [...]. Wanneer zij bij koninklijk besluit daartoe gemachtigd zijn, mogen de Staat en de provinciën, met dezelfde middelen, elektrische energie globaal leveren aan voorzieningsbedrijven door de gemeenten geëxploiteerd of in vergunning gegeven en particulieren bedienen wat betreft de leveringen van reeks B, onder voorwaarde, bij voorkomend geval, de bij de artikelen 7 en 8 voorziene huurgelden te betalen".

ondernemingen.<sup>4</sup> Deze (quasi)monopolies brachten echter allerlei potentiële marktverstorende risico's met zich mee. In een monopoliesituatie is er immers een gebrek aan concurrentie en mededinging waardoor er voor de elektriciteitsbedrijven geen of weinig motieven waren om te innoveren of om hun dienstverlening te optimaliseren. Bovendien werden de middelen vaak inefficiënt aangewend en waren de prijzen te hoog.<sup>5</sup>

3. Een gelijkaardige situatie viel waar te nemen in de gassector. Hier was reeds van bij het begin – na de oprichting en exploitatie in ons land van de eerste gasfabriek(en)<sup>6</sup> - één dominante marktspeler aanwezig, namelijk de NV Maatschappij voor Gasvoorziening (nadien Distrigas, nu ENI).<sup>7</sup> Jarenlang had de naamloze vennootschap een feitelijk natuurlijk monopolie voor het gasvervoer.<sup>8</sup> In 2007 stelde de toenmalige Europese Commissaris voor de Mededinging Neelie Kroes dat: "vóór de liberalisering van de gasmarkten Distrigas de enige gasleverancier was op de Belgische groothandelsmarkt waardoor zij nog steeds de prijzen en andere marktvoorwaarden kan bepalen. Haar langlopende gasleveringscontracten maken het voor haar concurrenten moeilijk om een klantenbasis uit te bouwen en remmen de ontwikkeling van de concurrentie af".<sup>9</sup> Bovendien was de overheid eveneens nadrukkelijk aanwezig in de gassector. Zo had de federale overheid een golden share in Distrigas<sup>10</sup> <sup>11</sup> terwijl de gemeentebesturen, via de toenmalige gemeentelijke holding Socogas<sup>12</sup>, jarenlang een aanzienlijk percentage in het kapitaal van het gasbedrijf hadden.

4. Het bleek dat in beide sectoren zowel monopoliesituaties als overheidsinmenging een courant gegeven waren. De overheid speelde echter niet alleen op lokaal niveau een belangrijke rol, ook nationaal drukte ze haar stempel op de energiesector. Zo waren er overheidscontroles op import en export van energie en verdedigde de overheid hierbij vaak de nationale belangen.<sup>13</sup> De overheden ageerden dan ook niet meer als instanties die louter

---

<sup>4</sup> Aanvankelijk waren er tal van kleine ondernemingen actief op de elektriciteitsmarkt (zie L. DERIDDER, *Handboek Gas- en Elektriciteitsliberalisering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 282.) Na een jarenlang proces van vele fusies bleven er rond 1965 uiteindelijk nog drie grote spelers over, met name Ebes, Unerg en Intercom. In 1990 gingen deze drie bedrijven in elkaar op en vormden ze samen de onderneming 'Electrabel'. Zie hierover de website van Electrabel: <https://www.electrabel.com/nl/corporate/entreprise/geschiedenis> (consultatie op 1 februari 2013).

<sup>5</sup> K. DEKETELAERE, K. DE COCK, L. DERIDDER en G. VERHOUSEL, *Handboek energierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 2.

<sup>6</sup> Voor een beknopt overzicht van de geschiedenis inzake aardgas, zie de website van Eandis: [http://www.eandis.be/eandis/pdf/9010089\\_Aardgas\\_van\\_vroeger\\_tot\\_nu\\_p37\\_DataId\\_8608874\\_Version\\_3.pdf](http://www.eandis.be/eandis/pdf/9010089_Aardgas_van_vroeger_tot_nu_p37_DataId_8608874_Version_3.pdf) (consultatie op 9 mei 2014).

<sup>7</sup> Naamloze vennootschap 'Maatschappij voor Gasvoorziening', opgericht bij akte van 8 januari 1929, gepubliceerd in de bijlagen tot het BS 30 januari 1929, 1296.

<sup>8</sup> CREG, Advies (A) 2000/06-D betreffende de versnelling van de liberalisering van de gasmarkt, 4 mei 2000, 36.

<sup>9</sup> Press release European Commission IP/07/1487, *Antitrust Commission opens Belgian gas market to competition*, 11 oktober 2007, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-07-1487\\_nl.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-07-1487_nl.htm).

<sup>10</sup> "The golden share is a share held by the government for a finite or infinite period that enables the state to veto specific events and changes in the company's structure", zie Commission Staff Working Document, *Special rights in privatised companies in the enlarged Union – a decade full of developments*, Brussel, 22 juli 2005, 6 en [http://ec.europa.eu/internal\\_market/capital/docs/privcompanies\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/capital/docs/privcompanies_en.pdf).

<sup>11</sup> Zie verder de artikelen 3, 4 en 5 van het KB van 16 juni 1994 tot invoering ten voordele van de Staat van een bijzonder aandeel in Distrigas, BS 28 juni 1994, 17.347.

<sup>12</sup> Socogas was de toenmalige gemeentelijke holding, waarin verschillende gemeentelijke intercommunales zich verzamelden, <http://www.intermixt.be/ned/Secretariaatsondersteuning/Pages/Publicas.aspx>.

<sup>13</sup> Werkdocument COM(1988) 238 van de Commissie, *The Internal Energy Market*, Brussel, 2 mei 1985, 21 en 63.



het algemeen belang dienden, maar zij waren effectieve marktdeelnemers geworden.

## **2. Europese liberalisering en harmonisering**

### **2.1. De interne markt**

5. De Europese akte van 1986 stelde voorop om uiterlijk op 31 december 1992 de Europese interne markt te realiseren.<sup>14</sup> Deze interne markt omvat een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd volgens de bepalingen van het Verdrag. Eind jaren tachtig werd, in navolging van de Europese Akte, gepoogd een Interne Energiemarkt tot stand te brengen. Hiermee wilde men een open, concurrerende, efficiënte en productieve energiemarkt tot stand brengen. In 1988 bracht de Commissie dan ook een werkdocument naar voren met de titel "Interne Energiemarkt".<sup>15</sup> Dit document was de start van een volledige hervorming van de energiesector. Het bleek namelijk dat deze sector in verschillende lidstaten werd gekenmerkt door het bestaan van nationale overheidsmonopolies.<sup>16</sup> In 1992 deed de Commissie een voorstel tot het realiseren van een interne markt voor elektriciteit.<sup>17</sup> In 1995 bracht ze een Groenboek naar voren met als titel 'Voor een energiebeleid van de Europese Unie'<sup>18</sup> en in 1996 verscheen het Witboek van de Commissie getiteld 'Een Energiebeleid voor de Europese Unie'.<sup>19</sup> In het Witboek stelde de Europese Commissie dan ook dat men ervoor diende te zorgen dat de markten werden geopend en dat protectionistische nationale beleidsmaatregelen werden aangepakt.<sup>20</sup>

### **2.2. Liberalisering in de energiesector: de oprichting van een energieregulator**

6. Richtlijn 96/92/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit legde de regels vast voor de productie, de transmissie en de distributie van elektriciteit.<sup>21</sup> De richtlijn regelde de wijze van organisatie en de werking van de elektriciteitssector, de toegang tot de markt, de criteria en procedures die gelden voor de aanbestedingen, de verlening van vergunningen en de exploitatie van de netten.<sup>22</sup> Het uiteindelijke doel van de

---

<sup>14</sup> Artikel 13 van de Europese Akte tot wijziging van het Verdrag van Rome, 17 en 28 februari 1986, *Pb.L.* 169, 29 juni 1987.

<sup>15</sup> Werkdocument COM(1988) 238 van de Commissie, *The Internal Energy Market*, Brussel, 2 mei 1985.

<sup>16</sup> W. DEVROE, "Toezicht op de vrije mededinging in de Belgische energiemarkt" in K. DEKETELAERE (ed.), *Jaarboek Energierecht 2002*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (211) 228.

<sup>17</sup> Voorstel COM(1991) 548 voor een Richtlijn van de Raad betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit, 21 februari 1992, *Pb.L.* 65, 14 maart 1992.

<sup>18</sup> Groenboek COM(1994) 659DEF, Voor een Energiebeleid van de Europese Unie, 11 januari 1995.

<sup>19</sup> Witboek COM(1995) 628DEF, Een energiebeleid voor de Europese Unie, 13 december 1995.

<sup>20</sup> Witboek COM(1995) 628DEF, Een energiebeleid voor de Europese Unie, 13 december 1995, 10.

<sup>21</sup> Richtl. 96/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit, *Pb.L.* 30 januari 1997, afl. 27, 20.

<sup>22</sup> Art. 1 richtl. 96/92/EG.

richtlijn was de geleidelijke openstelling van de elektriciteitsmarkt. Wegens het beogen van deze vrijmaking van de elektriciteitsmarkt, spreekt men dan ook van een Liberaliseringsrichtlijn. In 1998 volgde een eerste wetgevend initiatief betreffende de gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas.<sup>23</sup> Richtlijn 98/30/EG legde de gemeenschappelijke regels vast voor de transmissie, distributie, levering en opslag van aardgas. De overwegingen beklemtoonden dat de geleidelijke totstandbrenging van een competitieve aardgasmarkt een belangrijk element was van de voltooiing van de interne markt voor energie en dat bijgevolg verdere maatregelen dienden te worden genomen zodat een interne markt voor aardgas kon tot stand worden gebracht. De richtlijn vormde een nieuwe fase van liberalisering en wou zo, net zoals de richtlijn betreffende de gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit, misbruik van machtsposities en markt ondermijnende gedragingen voorkomen.

7. Richtlijn 96/92/EG en richtlijn 98/30/EG bevatten slechts enkele bepalingen die betrekking hebben op de inrichting van een regelgevende instantie. Enkel artikel 20, lid 3 van richtlijn 96/92/EG en artikel 21, lid 2 van richtlijn 98/30/EG stelden dat de Lidstaten een van de partijen onafhankelijke, bevoegde instantie dienden aan te wijzen, die geschillen met betrekking tot de betrokken contracten en onderhandelingen (met bekwame spoed) moest beslechten.

### 2.3. De toenemende onafhankelijkheid van de energieregulator

8. De Europese regelgeving in de energiesector wordt globaal gezien gekenmerkt door de uitvaardiging van drie liberaliseringspakketten. Hoewel het eerste liberaliseringspakket (richtlijn 96/92/EG en richtlijn 98/30/EG) de figuur van de energieregulator als zodanig introduceerde in België,<sup>24</sup> bevatte het tweede liberaliseringspakket meer inhoudelijke vereisten met betrekking tot de figuur van de energieregulator. Wat de regulering van de sector betrof bepaalde artikel 23 van richtlijn 2003/54/EG en artikel 25 van richtlijn 2003/55/EG dat de lidstaten een of meer bevoegde instanties dienden aan te wijzen met de functie van regelgevende instantie.<sup>25</sup> Voor het eerst legde men er nu ook uitdrukkelijk de klemtoon op dat het moest gaan om instanties die geheel onafhankelijk zijn van de elektriciteits- en gasector. Ze dienden in te staan voor het garanderen van non-discriminatie, daadwerkelijke mededinging en een doeltreffende

---

<sup>23</sup> Richtl. 98/30/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende de gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas, *Pb.L.* 21 juli 1998, afl. 204, 1.

<sup>24</sup> In 1955 werd er echter reeds een voorloper van een energieregulator opgericht, namelijk het Controlecomité voor de Elektriciteit en het Gas, via de Overeenkomst betreffende de Elektriciteit en het Gas afgesloten tussen de sociale partners - het VBO en de drie representatieve werknemersorganisaties (ACV, ABVV en ACLVB) - de elektriciteitsondernemingen en later ook uitgebreid met spelers uit de gasector. Het Controlecomité bestond uit afgevaardigden van de vermelde spelers, waardoor het allesbehalve onafhankelijk van de marktspelers functioneerde. De overheid speelde hierbij (aanvankelijk) slechts een beperkte rol. Afgevaardigden van de Minister van Economische zaken en van de Minister van Binnenlandse Zaken zetelden slechts als waarnemers. Zie P. VAN HUMBEECK, "Autonomie, onafhankelijkheid en accountability van sectorale regulatoren: economische invalshoek", *TvW* 2014, (2) 9.

<sup>25</sup> Men dient nota te nemen van de verkeerde Nederlandse vertaling van het begrip 'regulatory authorities' als 'regelgevende instanties'. Een betere vertaling zou regulerende instantie zijn, daar het begrip regulering ruimer is dan het begrip regelgeving.

marktwerking. Bovendien waren de regulerende instanties verantwoordelijk voor de vaststelling of de voorafgaande goedkeuring van ten minste de methoden voor het berekenen of vastleggen van de voorwaarden inzake de aansluiting op en de toegang tot de nationale netwerken, inclusief de transmissie- en distributietarieven. Daarenboven werd het vanaf dan ook mogelijk om bij de regulerende instantie een klacht in te dienen, waarbij de regulerende instantie zou optreden als geschillenbeslechtsinstantie en binnen 2 maanden een beslissing zou nemen. Met dit tweede Liberaliseringspakket wou Europa duidelijk de regulatoren een ruim en helder afgelijnd bevoegdheidskader geven waarbij de klemtoon op hun onafhankelijkheid kwam te liggen.

9. Op 13 juli 2009 werden twee nieuwe Liberaliseringsrichtlijnen aangenomen,<sup>26</sup> waarmee men onder andere wou tegemoetkomen aan de nood aan versterkte bevoegdheden voor de toezichthouders.<sup>27</sup> Artikel 35.4. van richtlijn 2009/72/EG - en in gelijkaardige bewoordingen artikel 39.4 van richtlijn 2009/73/EG - vormt een belangrijk artikel voor dit onderzoek. Het artikel bepaalt:

“De lidstaten waarborgen de onafhankelijkheid van de regulerende instantie en zorgen ervoor dat zij haar bevoegdheid op onpartijdige en transparante wijze uitoefent. Te dien einde waken de lidstaten erover dat de regulerende instantie, bij de uitvoering van de reguleringstaken die haar bij deze richtlijn en de aanverwante wetgeving zijn opgelegd:

a) *juridisch gescheiden en functioneel onafhankelijk* is van enige andere *publieke* of particuliere entiteit;

b) ervoor zorgt dat haar personeel en de personen die belast zijn met haar beheer:

i) onafhankelijk zijn van marktbelangen, en

---

<sup>26</sup> Het derde liberaliseringspakket omvat ook nog een aantal verordeningen. Verordening nr. 713/2009 heeft betrekking op de oprichting van een Agentschap voor de *samenwerking* tussen energieregulators. (Verord. (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.L.* 14 augustus 2009, afl. 211, 1). Verordening nr. 714/2009 en Verordening nr. 715/2009 hebben respectievelijk betrekking op de toegang tot het net voor grensoverschrijdende handel in elektriciteit en de toegang tot het aardgastransmissienet. Beiden zijn echter minder relevant voor het onderzoek naar mogelijke kenmerken van energieregulators. (Verord. (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, *Pb.L.* 14 augustus 2009, afl. 211, 15; Verord. (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.L.* 14 augustus 2009, afl. 211, 36).

<sup>27</sup> Richtl. 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, *Pb.L.* 14 augustus 2009, afl. 211, 55. Richtl. 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.L.* 14 augustus 2009, afl. 211, 94. Opnieuw dient te worden opgemerkt dat men de termen 'regulerende' en 'regelgevende' instantie door elkaar gebruikt, terwijl in de officiële Engelstalige versie steeds gesproken wordt van regulatory agency.

ii) bij het verrichten van de reguleringstaken *geen directe instructies* verlangen of ontvangen van *regeringen* of andere *publieke* of particuliere entiteiten [eigen cursivering].”

De Europese regelgever wenste met dit artikel de werkingssfeer van de energieregulator zoveel mogelijk te vrijwaren van enige politieke inmenging.

#### 2.4. Alle machten gaan uit van de Natie: een fundamentele tegenstelling tussen het EU-recht en de Belgische Grondwet?

**10.** Energieregulatoren, als zijnde instanties die onafhankelijk van de traditionele overheidsorganen een regulerende rol opnemen, doen vragen rijzen met betrekking tot artikel 33 van de Grondwet.<sup>28</sup> Immers, welke plaats nemen de energieregulatoren in, in de verdeling van functies die in de basiswetgeving van het Belgische rechtsstelsel is neergelegd? Volgens artikel 33 van de Grondwet gaan “alle machten uit van de Natie” en worden zij uitgeoefend op de wijze bij de Grondwet bepaald. In de artikelen 36 en 37 worden de federale wetgevende en uitvoerende macht – waarbij het machtsbegrip in deze bepalingen functioneel dient opgevat te worden – opgedragen aan de Koning, de Kamer en de Senaat respectievelijk de Koning.<sup>29</sup> De Bijzondere Wet tot Hervorming der Instellingen kent in artikel 17 de decreterende macht toe aan het parlement en regering en bepaalt in artikel 20 dat de regering de verordeningen maakt en de besluiten neemt die voor de uitvoering van de decreten nodig zijn. Artikel 40 van de Grondwet tot slot bepaalt zowel voor het federale als het deelstaatniveau dat de rechterlijke macht berust bij de hoven en de rechtbanken. De notie van een energieregulator die onafhankelijk van al deze staatsorganen optreedt en bepaalde taken en functies van algemeen belang op zich neemt en daarbij deelneemt aan elk van de bovenstaande functies kan op gespannen voet komen te staan met de zinsnede “op de wijze bij de Grondwet bepaald”.

**11.** In België heeft men de energieregulatoren opgericht als administratieve overheden<sup>30</sup> waardoor zij *de facto* deel uitmaken van de uitvoerende macht. Hun ruime autonomie is volgens het Grondwettelijk Hof evenwel niet verenigbaar met een hiërarchisch of een administratief toezicht.<sup>31</sup> Ook de minister bevoegd voor energie dient bijgevolg op een afstand te worden geplaatst. Ministeriële verantwoordelijkheid wordt dan ook moeilijk toepasbaar. Dit doet vragen rijzen omtrent de (democratische) legitimiteit van de energieregulator. Indien de minister geen politiek toezicht mag uitoefenen en eveneens niet politiek

---

<sup>28</sup> H. DUMONT, “La Constitution et le contrôle parlementaire des délégations de pouvoirs aux autorités administratives. Pour un renouveau du régimes parlementaire belge à l’heure de la gouvernance” in A. ALEN, A. RAINIER en M. BOSSUYT (eds.), *De Grondwet : verleden, heden en toekomst*, Brussel, Bruylant, 2006, (59) 63.

<sup>29</sup> Artikel 36 van de Grondwet: de federale wetgevende macht wordt gezamenlijk uitgeoefend door de Koning, de Kamer van volksvertegenwoordigers en de Senaat. Artikel 37 van de Grondwet: de federale uitvoerende macht, zoals zij door de Grondwet is geregeld, berust bij de Koning.

<sup>30</sup> Zie bijvoorbeeld met betrekking tot de CREG: GwH 18 november 2010, nr. 130/2010, overweging B.4.

<sup>31</sup> GwH 18 november 2010, nr. 130/2010, overweging B.4.

verantwoordelijk is ten aanzien van het parlement, welke vormen van verantwoording zijn er dan nog aanwezig? Hoe kan de legitimiteit van de energieregulator versterkt worden en op welke manier kan men de energieregulator nog beter inbedden in het Belgisch rechtssysteem?

12. De Belgische Grondwet is daarenboven gestoeld op het principe van de scheiding der machten, waarbij de Grondwet voldoende regels moet bevatten die zorgen voor een machtendeling en die voorzien in voldoende controle op de machtsuitoefening door een andere instantie. Hoewel de Grondwet het principe niet expliciet verwoordt, blijkt toch uit de structuur van de Grondwet dat het principe fungeerde als achterliggend basisbeginsel.<sup>32</sup> Het bestaan van energieregulators, die op het eerste gezicht taken uitoefenen die behoren tot elk van de drie functies uit de trias politica - zowel het maken van regels, het toepassen daarvan op de gereguleerde sector als het beslechten van geschillen die rijzen bij de toepassing van die regels - doet vragen rijzen omtrent dit beginsel van de scheiding der machten. Bovendien is afbakening van deze bevoegdheden niet altijd even duidelijk, hetgeen onvermijdelijk tot gevolg heeft dat er ook vragen rijzen naar de wijze waarop de regulators hun bevoegdheden mogen (en kunnen of moeten) invullen.

13. Volgens het Grondwettelijk Hof staat artikel 37 van de Grondwet er evenwel niet aan in de weg dat de wetgever specifieke uitvoerende bevoegdheden in een welbepaalde technische aangelegenheid toevertrouwt aan een autonome administratieve overheid, voor zover die voor het overige onderworpen blijft aan zowel de rechterlijke toetsing als de parlementaire controle. De inrichting van een energieregulator als een administratieve overheid lijkt bijgevolg voor implementatieproblemen te zorgen.

14. Bovendien speelt deze problematiek in België op verschillende niveaus aangezien de Bijzondere Wet Hervorming der Instellingen (BWHI) zorgt voor een bevoegdheidsverdeling inzake energie tussen de federale overheid en de drie gewesten.<sup>33</sup> Niet enkel de positie van de federale energieregulator (CREG) is onduidelijk, maar ook deze van de gewestelijke energieregulators (VREG, CWaPE en Brugel).

## **B. ONDERZOEKSVRAGEN**

15. De onafhankelijke positie van de energieregulators zorgt ervoor dat er sprake is van een spanningsveld tussen het EU-recht en de Belgische nationale rechtsorde. De Europese onafhankelijkheidsvereisten conflicteren immers met de traditionele opvatting dat politiek toezicht onontbeerlijk is om voor een

---

<sup>32</sup> J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Overzicht Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2007, 197; K. RIMANQUE, *De grondwet toegelicht, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 97; A. ALEN, *Algemene beginselen en grondslagen van het Belgisch Publiekrecht*, Gent, E. Story-Scientia, 1988, 7.

<sup>33</sup> Artikel 6, § 1, VII BWHI.

democratische legitimering te zorgen. De onverenigbaarheid van politieke controle op de energieregulatoren, zoals ook bevestigd door het Grondwettelijk Hof, zorgt er volgens sommigen voor dat de energieregulatoren gebukt gaan onder een "democratisch deficit". De centrale onderzoeksvraag van dit onderzoek is hieraan gekoppeld en kan als volgt geformuleerd worden: **"Hoe kan men het EU-recht verzoenen met de nationale rechtsorde en tegelijk de (democratische) legitimiteit van de energieregulatoren versterken?"**

De hypothese wordt geponeerd dat *het ontbreken van politieke controle, in de vorm van administratief toezicht (en in het verlengde daarvan de ministeriële verantwoordelijkheid), geen beletsel vormt voor het inbedden van een onafhankelijke, legitieme en verantwoordelijke energieregulator in de Belgische rechtsorde.* Het ontbreken van politiek toezicht kan gecompenseerd worden door diverse andere vormen van toezicht en controle. *Democratische legitimering hangt bovendien niet enkel af van de inbreng van of controle door vertegenwoordigende organen. Ook rechtstreekse input van de stakeholders en de burgers zorgt voor een democratische inbreng.* Daarenboven wordt de hypothese ingenomen dat *politieke controle op individuele beslissingen van energieregulatoren niet noodzakelijk is aangezien deze regulatoren slechts beperkte discretionaire bevoegdheden hebben om beleidsmatige aspecten in hun individuele beslissingen te betrekken en er bovendien steeds – soms zelf vrij verregaande – rechterlijke controle is op deze beslissingen.* Bovendien zijn de energieregulatoren verplicht om te opereren binnen een erg gedetailleerd en omvangrijk wetgevend kader, waarin er eveneens richtsnoeren zijn opgenomen waar zij zich dienen aan te houden. Het is dus geenszins zo dat energieregulatoren in ruime mate beschikken over beleidsbevoegdheden.

**16.** Het antwoord op de centrale onderzoeksvraag zal uitgewerkt worden aan de hand van verschillende sub-onderzoeksvragen, die ter ondersteuning dienen en als leidraad fungeren. In het eerste hoofdstuk wordt ingegaan op het EU-recht, aangezien dit het fundament vormt van dit onderzoek. De sub-onderzoeksvragen die hierbij aan bod komen zijn: "wat is de verhouding tussen het EU-recht en de nationale rechtsorde?"; "waar komt het concept van 'de energieregulator' vandaan?" en "hoe wordt het concept 'de energieregulator' door de Europese regelgeving ingevuld?". De hypothese wordt hierbij ingenomen dat *het Europese streven naar een interne energiemarkt een determinerende rol speelt in de ontwikkeling en de invulling van het concept van "de energieregulator" zoals dit vandaag gekend is.* In het tweede hoofdstuk wordt ingegaan op de uitwerking van de Europese regels in de nationale rechtsorde. Daarbij komt voornamelijk de vraag aan bod hoe de bevoegdheidsverdeling inzake energie in België is geregeld en welke impact dit heeft op de bevoegdheden van de energieregulatoren. De bevoegdheidsverdeling in België inzake energie is immers vrij complex en dient zich niet altijd aan als een werkbaar instrument in de praktijk. Het derde hoofdstuk linkt de probleemstelling van dit onderzoek aan de eisen van de legitimiteit. *Een*

*onafhankelijke energieregulator moet immers een legitieme energieregulator zijn: gerechtvaardigd, wettelijk, politiek erkend en maatschappelijk geaccepteerd.* De sub-onderzoeksvragen die in dit hoofdstuk aan bod komen zijn: "welke juridische kenmerken zijn nodig om te spreken van een legitieme energieregulator?" en "beschikken de energieregulators over voldoende legitimiteit en waaruit wordt deze legitimiteit gevormd?".

**17.** Bij dit onderzoek speelt de Belgische Grondwet eveneens een prominente rol. Zoals reeds vermeld, lijken artikel 33 en artikel 37 van de Grondwet en het principe van de scheiding der machten immers een barrière te vormen voor een legitieme inbedding van de energieregulators in onze nationale rechtsorde. Energieregulators beschikken immers over regelgevende, uitvoerende en rechterlijke bevoegdheden. De hypothese die hierbij evenwel wordt aangenomen is dat *een delegatie van specifieke uitvoerende bevoegdheden aan een autonome energieregulator wel degelijk in overeenstemming is met (art. 37 van) de Grondwet.* Bovendien gaat het ontbreken van administratief toezicht niet in tegen de Grondwet, zolang er maar rechterlijke controle en parlementair toezicht aanwezig is. Ook het principe van de scheiding der machten wordt onverlet gelaten aangezien er voldoende *checks and balances* aanwezig zijn en de macht bovendien nog extra verdeeld wordt door bevoegdheden toe te kennen aan energieregulators. Volgende vragen worden hierbij beantwoord: "zorgen de Europese onafhankelijkheidsregels voor een spanning tussen het EU-recht en de Belgische Grondwet?"; "staan bepaalde constitutionele principes al dan niet op gespannen voet met de onafhankelijkheid van de energieregulators?" en "wat is het huidige juridische statuut van de energieregulator in België? En dient dit te worden aangepast?".

**18.** De onafhankelijkheid van de energieregulators komt aan bod in het vijfde hoofdstuk. De verregaande onafhankelijkheid van de energieregulators creëert immers een spanningsveld ten aanzien van de legitimiteit van de energieregulator. Een politiek onafhankelijke regulator zou immers niet (democratisch) gelegitimeerd zijn. Er wordt dan ook ingegaan op vragen, zoals: "welke verschillende vormen van onafhankelijkheid kunnen er worden onderscheiden?", "waarom is politieke onafhankelijkheid noodzakelijk?" en "kunnen onafhankelijkheid en legitimiteit wel hand in hand gaan?". De hypothese die hierbij wordt ingenomen is dat *de politieke onafhankelijkheid van energieregulators noodzakelijk is, omdat dit – naast de vereiste marktonafhankelijkheid – ervoor zorgt dat de regulators volledige onpartijdigheid kunnen garanderen bij het nemen van hun beslissingen en dit ten aanzien van alle spelers binnen een uitermate complexe energiemarkt.* Bovendien worden hun beslissingen gekenmerkt door een hogere mate van techniciteit en expertise. Uit het hoofdstuk blijkt evenwel ook dat politieke inmenging nog vaak voorkomt, en dit nagenoeg bij alle aspecten van hun onafhankelijkheid.

19. In hoofdstuk zes en zeven komen de verschillende vormen van verantwoordingsplicht aan bod. Een legitieme energieregulator is immers een regulator die voldoende verantwoording aflegt, gecontroleerd wordt en zich laat controleren. Aangezien politieke controle door de minister absoluut niet de voorkeur geniet, worden andere vormen van toezicht onderzocht. *Deze diverse vormen van controle en toezicht kunnen dan ook in afdoende mate de (democratische) legitimiteit van de energieregulatoren verzekeren.* Dit is dan ook de sub-onderzoeksvraag die in beide hoofdstukken aan bod komt: "hoe dragen de verschillende vormen van transparantie en verantwoordingsplicht bij tot de legitimiteit van de energieregulatoren?".

## C. METHODOLOGIE

### 1. Uitgangspunt

20. De onderzoeksvragen zullen hoofdzakelijk beantwoord worden door middel van een onderzoek van de Europese en Belgische wetgeving, rechtspraak en rechtsleer. Dit omwille van het feit dat het rechtsprobleem zich in het Belgische recht situeert en beïnvloed wordt door Europese regelgeving. Daarnaast zal eveneens gebruik worden gemaakt van de rechtsvergelijking. In dit opzicht wordt rechtsvergelijking dus niet benaderd als rechtstak, maar wordt het gehanteerd als een methode om rechtsstelsels te benaderen, te begrijpen en te evalueren.<sup>34</sup> Bij dit onderzoek ligt de nadruk echter eerder op de praktische implicaties van het recht, louter dan op een finale, evaluatieve vergelijking.<sup>35</sup> Bij dit conceptueel denken wordt er immers vanuit gegaan dat de vergelijking impliciet voortvloeit uit het bestuderen van het recht zelf.<sup>36</sup> Het uiteindelijke doel van dit onderzoek is immers niet om tot een loutere vergelijking te komen van diverse rechtsstelsels waarbij gelijkenissen en verschillen eenvoudigweg worden opgelijst, maar wel om onderzoek te doen waarbij de praktische implicaties van de gelijkenissen en de verschillen leiden tot mogelijke voorstellen voor een nieuw juridisch kader of statuut. Deze aanpak vermijdt immers een louter beschrijvende aanpak, waarbij men los van elkaar twee of drie rechtsstelsels beschrijft.

Meer specifiek wordt gebruik gemaakt van micro-rechtsvergelijking, een term geïntroduceerd door ZWEIGERT en KÖTZ.<sup>37</sup> Micro-vergelijking focust op specifieke juridische instituten, rechtsproblemen, rechtsnormen, rechtsfiguren en rechtsinstellingen, waarbij men concrete rechtsvragen tracht te

---

<sup>34</sup> W. PINTENS, *Inleiding tot de rechtsvergelijking*, Leuven, Universitaire Pers, 1998, 15.

<sup>35</sup> N. JANSEN, "Comparative Law and Comparative Knowledge" in M. REIMANN en R. ZIMMERMAN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, (305) 307.

<sup>36</sup> N. JANSEN, "Comparative Law and Comparative Knowledge" in M. REIMANN en R. ZIMMERMAN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, (305) 307.

<sup>37</sup> K. ZWEIGERT en H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, New York, Oxford University Press, 1998, 4.



beantwoorden.<sup>38</sup> Micro-vergelijking gaat, in de beginfase, echter steeds hand in hand met macro-vergelijking, waarbij men eerder beschrijvend een volledig rechtssysteem onder de loep neemt. Indien men immers een specifieke term wil onderzoeken (*micro*), dient men deze term eerst te bestuderen in de totaliteit en complexiteit van de bronnen van het eigen rechtstelsel (*macro*).<sup>39</sup> Bijgevolg dient men informatie te verzamelen met betrekking tot de sociologische, historische, politieke en economische context.<sup>40</sup> Men mag het gezichtsveld immers niet zo vernauwen dat men de context uit het oog verliest. Zoals W. PINTENS stelt: "geïsoleerde rechtsnormen hebben immers weinig zeggingskracht".<sup>41</sup> Om die redenen wordt in de eerste twee hoofdstukken van dit werk ingegaan op de ontstaansgeschiedenis van de energieregulatoren in Europa en België. In de volgende hoofdstukken wordt bovendien op stelselmatige wijze vergeleken met Nederland (als receptieland) en teruggekoppeld naar de VS (als oorsprongslaan). Het Amerikaans recht fungeerde in Europa immers als een van de inspiratiebronnen voor de creatie van onafhankelijke regulatoren,<sup>42</sup> hetgeen echter niet wegneemt dat er in beide landen of regio's ook (grote) verschillen waarneembaar zijn.<sup>43</sup>

**21.** In dit onderzoek wordt vertrokken vanuit een concept ("de energieregulator"), waardoor beschrijvend en normgericht onderzoek onherroepelijk een belangrijke leidraad vormt. Om die redenen fungeert de wetgeving waarin de juridische kenmerken van de energieregulatoren vervat liggen dan ook als basis. Dit houdt echter niet in dat enkel de *law in the books* wordt onderzocht. Hoewel wordt uitgegaan van de *law in the books* als aanvankelijk conceptueel vertrekpunt, vormt de *law in action* de effectieve kern om op die manier inzicht te verwerven in de concrete, juridische én sociale context. De kenmerken van de energieregulatoren worden immers in detail onderzocht, waarbij er wordt vergeleken hoe de verschillende rechtssystemen de ermee gerelateerde rechtsproblemen oplossen. Op die manier tracht dit onderzoek gebruik te maken van de rechtsvergelijkende methode ter verbetering van het eigen rechtssysteem.<sup>44</sup>

---

<sup>38</sup> K. ZWEIFERT en H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, New York, Oxford University Press, 1998, 4; F. GORLE, G. BOURGEOIS, H. BOCKEN, W. DE BONDT, K. LEMMENS en F. REYNTJENS, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 21; W. PINTENS, *Inleiding tot de rechtsvergelijking*, Leuven, Universitaire Pers, 1998, 63.

<sup>39</sup> F. GORLE et al., *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 39.

<sup>40</sup> W. PINTENS, *Inleiding tot de rechtsvergelijking*, Leuven, Universitaire Pers, 1998, 15; N. JANSEN, "Comparative Law and Comparative Knowledge" in M. REIMANN en R. ZIMMERMAN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, (305) 306.

<sup>41</sup> W. PINTENS, *Inleiding tot de rechtsvergelijking*, Leuven, Universitaire Pers, 1998, 63.

<sup>42</sup> S. LAVRIJSSEN en A. OTTOW, "Independent Supervisory Authorities: A Fragile Concept", *Legal Issues of Economic Integration* 2012, afl. 4, (419) 419; D. GERADIN, "The Development of European Regulatory Agencies: Lessons from the American Experience" in D. GERADIN, R. MUNOZ en N. PETIT (eds.), *Regulation through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, 215-245; D. GERADIN, "The Development of European Regulatory Agencies: What the EU should learn from American experience", *Colombia Journal of European Law* 2004-2005, (1) 3; T. ZWART, "Independent Regulatory Agencies in the US" in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), *Agencies in European and Comparative Law*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, (3) 3; A. DURVIAUX en D. FISSE, *Droit administratif. Tome 1 - L'action publique*, Brussel, Larcier, 2011, 222, 226 en 230.

<sup>43</sup> D. GERADIN, "The Development of European Regulatory Agencies: What the EU should learn from American experience", *Colombia Journal of European Law* 2004-2005, (1) 2.

<sup>44</sup> F. GORLE et al., *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 86.

## 2. Rechtsvergelijking: duiding bij de gekozen rechtstelsels

22. De keuze van het aantal rechtstelsels hangt af van het doel dat men tracht te bereiken.<sup>45</sup> Indien men uitgaat van het oogpunt dat men in het eigen Belgische recht initiatieven wil formuleren met betrekking tot mogelijke lacunes in het rechtstelsel, dan blijft het aantal rechtstelsels dat in het onderzoek betrokken wordt best beperkt.<sup>46</sup> Bovendien verschillen de rechtstelsels best niet al te veel van elkaar. Men dient er immers mee rekening te houden dat landen die een geheel verschillende sociale, politieke of economische structuur hebben, moeilijk te vergelijken zijn.<sup>47</sup> Echter, het omgekeerde geldt eveneens, bepaalde verschilpunten zijn noodzakelijk om tot een vergelijking te komen. Of zoals F. GORLE stelt "een beter begrip voor het eigen recht kan vooral in de hand gewerkt worden door de studie van verwante stelsels, daar deze, uitgaande van dezelfde beginselen en zelfs van dezelfde rechtsregels, soms tot uiteenlopende oplossingen komen waarvan de wederzijdse verdiensten dan tegen elkaar kunnen worden afgewogen."<sup>48</sup>

### 2.1. België

23. De Bijzondere Wet Hervorming der Instellingen (artikel 6, § 1, VII BWHI) verdeelt in België de bevoegdheid inzake energie tussen het federale niveau en de gewesten.<sup>49</sup> Het artikel bepaalt dat de gewesten onder andere bevoegd zijn voor de gewestelijke aspecten van de energie en onder meer voor de distributie en het plaatselijk vervoer van elektriciteit door middel van netten waarvan de nominale spanning lager is dan of gelijk is aan 70.000 volt.<sup>50</sup> De federale overheid is o.a. bevoegd voor de aangelegenheden die wegens hun technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling op nationaal vlak behoeven, waaronder de tarieven.<sup>51</sup>

---

<sup>45</sup> F. GORLE *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 29

<sup>46</sup> W. PINTENS, *Inleiding tot de rechtsvergelijking*, Leuven, Universitaire Pers, 1998, 89; F. GORLE *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 30

<sup>47</sup> F. GORLE *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 23.

<sup>48</sup> F. GORLE *et al.*, *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 86.

<sup>49</sup> BS 15 augustus 1980, 9434.

<sup>50</sup> Artikel 6, § 1, VII (zoals gewijzigd door Bijz.Wet 6 januari 2014, BS 31 januari 2014): "de gewestelijke aspecten van de energie, en in ieder geval: a) De distributie en het plaatselijk vervoer van elektriciteit door middel van netten waarvan de nominale spanning lager is dan of gelijk is aan 70.000 volt, met inbegrip van de distributietarieven voor elektriciteit, met uitzondering van de tarieven van de netten die een transmissiefunctie hebben en die uitgebaat worden door dezelfde beheerder als het transmissienet; b) De openbare gasdistributie, met inbegrip van de nettarieven voor de openbare distributie van gas, met uitzondering van de tarieven van de netwerken die ook een aardgasvervoersfunctie hebben en die worden uitgebaat door dezelfde beheerder als het aardgasvervoersnet; c) De aanwending van mijnogas en van gas afkomstig van hoogovens; d) De netten van warmtevoorziening op afstand; e) De valorisatie van steenbergen; f) De nieuwe energiebronnen met uitzondering van deze die verband houden met de kernenergie; g) De terugwinning van energie door de nijverheid en andere gebruikers; h) Het rationeel energieverbruik.

<sup>51</sup> Artikel 6, § 1, VII (zoals gewijzigd door Bijz.Wet 6 januari 2014, BS 31 januari 2014): de federale overheid is echter bevoegd voor de aangelegenheden die wegens hun technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling op nationaal vlak behoeven, te weten: a) De studies over de perspectieven van energiebevoorrading; b) De kernbrandstofcyclus; c) De grote infrastructuren voor de stockering; het vervoer en de productie van energie; d) De tarieven, met inbegrip van het prijsbeleid, onverminderd de gewestelijke bevoegdheid inzake de tarieven bedoeld in het eerste lid, a) en b)".

24. Hoewel artikel 35(1) van de richtlijn 2009/72/EG stelt dat iedere lidstaat één enkele nationale regulerende instantie moet aanwijzen, bepaalt artikel 35.2. dat dit de lidstaten niet belet om op regionaal niveau andere regulerende instanties aan te wijzen (art. 35.2.). De onderscheiden bevoegdheden in België hebben ervoor gezorgd dat de verschillende niveaus zich ertoe genoodzaakt zagen één federale energieregulator en drie gewestelijke energieregulators op te richten. Op het federale niveau werd aan de Europese liberaliseringsverplichtingen vorm gegeven door de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, waarbij de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG) werd opgericht.<sup>52</sup> In Vlaanderen werd de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt (VREG) als extern verzelfstandigd agentschap opgericht in december 2001.<sup>53</sup> In Wallonië werd in 2001 la Commission Wallonne pour l'Energie (CWaPE) opgericht.<sup>54</sup> De CWaPE ging effectief van start in september 2002. In Brussel werd BRUxelles Gaz ELeCtricité (Brugel) opgericht in 2006, door een wijziging aangebracht aan de Elektriciteitsordonnantie.<sup>55</sup>

In dit onderzoek zullen deze regulatoren alle vier aan bod komen en vergeleken worden. Deze interne rechtsvergelijking biedt dan ook een unieke opportuniteit om onderzoek te doen naar maar liefst vier mogelijke verschillende invullingen van het concept "energieregulator" en dit binnen eenzelfde land. Het onderzoek zal zich dan ook toespitsen op de gelijkenissen en verschillen inzake de juridische kenmerken en het juridisch statuut (in verhouding met de Grondwet) van de vier energieregulators. Wat de keuze van bronnen betreft, wordt - gezien het relatief recent karakter van het fenomeen van de regulatoren in het Belgische recht - op dit punt exhaustiviteit van het bronnenonderzoek in het Belgische recht nagestreefd.

## 2.2. De Verenigde Staten van Amerika

### 2.2.1. *Algemeen*

25. De Verenigde Staten van Amerika kunnen beschouwd worden als een 'oorsprongslaan' voor het fenomeen van de energieregulator in die zin dat het land,<sup>56</sup> reeds lang voor de Europese Unie tot stand kwam, beroep deed op zogenaamde *independent regulatory agencies* (IRA's)<sup>57</sup>. Deze *agencies* werden

<sup>52</sup> Art. 23, § 1 wet 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, *BS* 11 mei 1999, 16264.

<sup>53</sup> Decr.VI. 17 juli 2000 houdende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, *BS* 22 september 2000, 32.166.

<sup>54</sup> Decr.W. 12 april 2001 betreffende de organisatie van de gewestelijke elektriciteitsmarkt, *BS* 1 mei 2001, 14118.

<sup>55</sup> Art. 56 Ord.Br. 14 december 2006 tot wijziging van de ordonnances van 19 juli 2001 en van 1 april 2004 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en de gasmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en tot opheffing van de ordonnantie van 11 juli 1991 met betrekking tot het recht op een minimumlevering van elektriciteit en de ordonnantie van 11 maart 1999 tot vaststelling van de maatregelen ter voorkoming van de schorsingen van de gaslevering voor huishoudelijk gebruik, *BS* 9 januari 2007.

<sup>56</sup> T. ZWART, "Independent Regulatory Agencies in the US" in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), *Agencies in European and Comparative Law*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, (3) 3; A. DURVIAUX en D. FISSE, *Droit administratif. Tome 1 - L'action publique*, Brussel, Larcier, 2011, 222, 226 en 230.

<sup>57</sup> "Onafhankelijke regulerende agentschappen". De voorkeur wordt echter gegeven aan het behouden van de Engelstalige term *agency*. Dit omwille van het feit dat sommige Nederlandstalige begrippen een andere draagwijdte

daarbij gebruikt als instrument om bepaalde economische activiteiten beter te reguleren en hen te onderwerpen aan een systeem van doorgedreven publieke controle.<sup>58</sup> Volgens sommige auteurs bezit het land dan ook "het copyright" op de titel van regulerende staat (*regulatory state*), die immers gekenmerkt wordt door de aanwezigheid van *independent regulatory agencies*.<sup>59</sup> De ontwikkeling tot deze regulerende staat verliep echter zeer geleidelijk. In deze verschillende fasen kwamen telkens diverse constitutionele en institutionele knelpunten naar voren die ook bij ons spelen, waardoor het belangrijk is om bij deze geschiedenis stil te staan. Aangezien Europa vandaag uitvoerig gebruik maakt van regulerende entiteiten of regulatoren,<sup>60</sup> lijkt een vergelijking met de Amerikaanse (historische) ervaring omtrent de IRA's dan ook zeker aangewezen.<sup>61</sup> In dit onderzoek zal voornamelijk de *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC) aan bod komen, aangezien de FERC kan gezien worden als de Amerikaanse tegenhanger van de Belgische federale energieregulator. Uiteraard spelen ook praktische overwegingen in die zin dat de Engelse taal wordt beheerst, waardoor de bronnen vlot leesbaar zijn. Ter volledigheid dient echter wel te worden opgemerkt dat bepaalde Engelstalige termen niet zullen worden vertaald. Dit om te voorkomen dat hun betekenis of draagwijdte verkeerd wordt ingeschat.<sup>62</sup> Naast de taal, speelt ook de toegankelijkheid van de informatie een rol. De Amerikaanse wetgeving, rechtspraak en rechtsleer is bijzonder goed gedocumenteerd en nagenoeg volledig online beschikbaar. Daarenboven heeft de FERC een uitgebreide en gedetailleerde website, die beschikt over een toegankelijke *e-library*.

### 2.2.2. Federale staat

26. In de Verenigde Staten van Amerika zijn de bevoegdheden inzake energie eveneens verdeeld tussen het federale en het statelijk niveau. Dit heeft tot gevolg dat er eveneens verschillende energieregulatoren zijn, met

---

kunnen hebben dan hun Engelstalige variant. De term "agentschap" kan immers verward worden met de intern verzelfstandigde en extern verzelfstandigde agentschappen in België.

<sup>58</sup> K. YEUNG, "The Regulatory State" in R. BALDWIN, M. CAVE en M. LODGE (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*, New York, Oxford University Press, 2010, (64) 71; M. MAGETTI, *Regulation in practice, the de facto independence of regulatory agencies*, Colchester, ECPR Press, 2012, 9.

<sup>59</sup> Onder de Amerikaanse *regulatory state* dient volgens M. MORAN te worden verstaan: "[...]Americans virtually invented the modern regulatory state, in the sense that the United States was the great pioneer of the administrative technology of controlling business through law-backed specialized agencies rather than through the technique of public ownership. That pioneering came in two great bursts, the first associated with the Progressive Movement, the second with the New Deal." (zie M. MORAN, "Review Article: Understanding the Regulatory State", *British Journal of Political Science* 2002, (391) 392); K. YEUNG, "The Regulatory State" in R. BALDWIN, M. CAVE en M. LODGE (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*, New York, Oxford University Press, 2010, (64) 71; M. MORAN, *The British Regulatory State: High Modernism and Hyper-Innovation*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 17.

<sup>60</sup> Waarbij G. MAJONE zelfs stipuleert dat regulering - gedefinieerd als "de ontwikkeling van regels en regulering door onafhankelijke entiteiten" - het voornaamste en meest belangrijke instrument is van de beleidsvoering in Europa (zie G. MAJONE, "The Rise of the Regulatory State in Europe", *West European Politics* 1994, 77-101). M. MORAN stelt dan ook dat "M. Majone virtually invented the notion of the European Union (EU) as a regulatory state" (zie M. MORAN, "Review Article: Understanding the Regulatory State", *British Journal of Political Science* 2002, (391) 402).

<sup>61</sup> D. GERADIN, "The Development of European Regulatory Agencies: Lessons from the American Experience" in D. GERADIN, R. MUNOZ en N. PETIT (eds.), *Regulation through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, (215) 217.

<sup>62</sup> C. VAN LAER, *Het nut van comparative begrippen. Een studie omtrent de toepassing van begrippen in de rechtsvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 30, 62 en 66; F. GORLE et al., *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 59.

onderscheiden bevoegdheden. Op het federale niveau is er één federale energieregulator, FERC. Daarenboven heeft elke staat eveneens een (energie)regulator, meestal genaamd *Public Service Commission*. Zo bestaat de Nebraska Public Service Commission, de Arkansas Public Service Commission, de State of Utah Public Service Commission, de Florida Public Service Commission... De federale energieregulator is bevoegd voor grensoverschrijdende en interstatelijke (*interstate commerce*) aspecten inzake energie, zijnde de regulering van interstatelijke transmissie van elektriciteit, aardgas en aardolie.<sup>63</sup> Zo is de FERC bevoegd voor het reguleren van de transmissie van elektriciteit en aardgas bij interstatelijke handel, het reguleren van aardolietransport via pijpleidingen bij interstatelijke handel, ... maar bijvoorbeeld ook voor het vergunnen en inspecteren van private, lokale en statelijke hydro-elektrische projecten...<sup>64</sup> Haar bevoegdheden vloeien voornamelijk voort uit de "Federal Power Act", waarbij de "Energy Power Act" (2005) de FERC nog enkele additionele bevoegdheden toekende. De FERC is bevoegd om elke functie uit te oefenen die het Congres heeft toegekend.<sup>65</sup> De commissie kan bijvoorbeeld hoorzittingen houden, dagvaardingen ondertekenen en uitvoeren, een eed laten afleggen, getuigen ondervragen en bewijsmiddelen ontvangen, in elke plaats in de Verenigde Staten.<sup>66</sup> De FERC heeft eveneens de bevoegdheid om procedurele en administratieve regels op te stellen indien deze nodig blijken voor de uitvoering van haar taak.<sup>67</sup> De commissie moet eveneens rekening houden met de talrijke federale wetgeving (*federal statutes*) die op haar van toepassing is. Het gaat om wetgeving met betrekking tot milieueffectenrapportage, milieubescherming, financiële rapportage, informatietechnologierapportage, monumentenzorg, ...<sup>68</sup>

### 2.2.3. Federal Energy Regulatory Commission (FERC)

---

<sup>63</sup> "As part of that responsibility, FERC: Regulates the transmission and wholesale sales of electricity in interstate commerce; Reviews certain mergers and acquisitions and corporate transactions by electricity companies; Regulates the transmission and sale of natural gas for resale in interstate commerce; Regulates the transportation of oil by pipeline in interstate commerce; Approves the siting and abandonment of interstate natural gas pipelines and storage facilities; Reviews the siting application for electric transmission projects under limited circumstances; Ensures the safe operation and reliability of proposed and operating LNG terminals; Licenses and inspects private, municipal, and state hydroelectric projects; Protects the reliability of the high voltage interstate transmission system through mandatory reliability standards; Monitors and investigates energy markets; Enforces FERC regulatory requirements through imposition of civil penalties and other means; Oversees environmental matters related to natural gas and hydroelectricity projects and other matters; and Administers accounting and financial reporting regulations and conduct of regulated companies", zoals vermeld op: <http://www.ferc.gov/about/ferc-does.asp>, laatst geconsulteerd op 5 februari 2016.

<sup>64</sup> J. MCGREW, *Basic Practice Series: FERC Federal Energy Regulatory Commission*, Chicago, ABA Publishing, 2009, 2.

<sup>65</sup> J. MCGREW, *Basic Practice Series: FERC Federal Energy Regulatory Commission*, Chicago, ABA Publishing, 2009, 11.

<sup>66</sup> 42 U.S.C. §7171, (g): In carrying out any of its functions, the Commission shall have the powers authorized by the law under which such function is exercised to hold hearings, sign and issue subpoenas, administer oaths, examine witnesses, and receive evidence at any place in the United States it may designate. The Commission may, by one or more of its members or by such agents as it may designate, conduct any hearing or other inquiry necessary or appropriate to its functions, except that nothing in this subsection shall be deemed to supersede the provisions of section 556 of title 5 relating to hearing examiners.

<sup>67</sup> 42 U.S.C. §7171, (f) The Commission is authorized to establish such procedural and administrative rules as are necessary to the exercise of its functions. Until changed by the Commission, any procedural and administrative rules applicable to particular functions over which the Commission has jurisdiction shall continue in effect with respect to such particular functions.

<sup>68</sup> <http://www.ferc.gov/legal/fed-sta.asp>, laatst geconsulteerd op 5 februari 2016.

27. De federale energieregulator FERC is opgericht, als IRA in 1976 – binnen het Departement Energie - en is de opvolger van de *Federal Power Commission* (FPC - 1920).<sup>69</sup> De FERC heeft ook een aantal bevoegdheden overgenomen van de *Interstate Commerce Commission* (ICC).<sup>70</sup> IRA's worden bestuurd door een commissie of een *board*, zo ook de FERC.<sup>71</sup> Zo'n commissie is een collegiaal orgaan, hetgeen impliceert dat ze bestaat uit meerdere leden, vaak vijf tot zeven. Bij de FERC bestaat de commissie uit vijf leden.<sup>72</sup> Collegialiteit heeft als voordeel dat men, alvorens men een beslissing neemt, steeds eerst dient te delibereren over de besluitvorming. Dit zorgt vaak voor een gefundeerde en gemotiveerde beslissing.<sup>73</sup> De vaste benoemingstermijn van de commissieleden verloopt gespreid (*staggered*). Dit wil zeggen dat de commissieleden worden benoemd voor een termijn van vijf tot zeven jaar, waarbij de begintermijn verschilt van lid tot lid. Dit zorgt ervoor dat nooit alle leden tegelijkertijd vervangen dienen te worden en komt bijgevolg de continuïteit van de dienst ten goede. Bij FERC is de benoemingstermijn vijf jaar.<sup>74</sup> De samenstelling van de commissie is niet geheel arbitrair bepaald. De toepasselijke *Statutes* plaatsen immers meestal een limiet op het aantal leden afkomstig uit één politieke partij. Bij FERC werd bepaald dat "not more than three members of the Commission shall be members of the same political party". Dit zorgt ervoor dat een commissie nooit geheel kan gedomineerd worden door één politieke - Republikeinse of Democratische - partij. De voorzitter van de FERC wordt aangeduid door de President.<sup>75</sup> De President heeft eveneens de bevoegdheid om de leden van de commissie uit hun ambt te ontzetten, maar enkel in het geval van "inefficiëntie, plichtsverzuim of het plegen van een ambtsmisdrif".<sup>76</sup>

28. De specifieke relatie tussen de FERC en de President enerzijds en de FERC en het Congres anderzijds maken een rechtsvergelijkend perspectief bijzonder interessant. Het lijkt immers alsof de Europese wetgevers het concept van de energieregulator zomaar hebben overgenomen, als een "copy paste" terwijl onafhankelijke instanties moeilijk verenigbaar lijken met de Europese grondwettelijke stelsels, zoals bijvoorbeeld in het kader van de ministeriële verantwoordelijkheid.<sup>77</sup> Bovendien zijn IRA's niet "politiek onafhankelijk" maar staan ze wat ontslagbescherming betreft op een afstand van de President. Het is dan ook voornamelijk het Congres dat toezicht en controle uitoefent op de IRA's

---

<sup>69</sup> 42 U.S.C. § 7171, (a): There is established within the Department an independent regulatory commission to be known as the Federal Energy Regulatory Commission.

<sup>70</sup> 16 U.S.C. 12, § 824-824w.

<sup>71</sup> A. MORRISON, "How independent are independent regulatory agencies?", *Duke Law Journal*, 1998, (252) 252; K. DATLA en R.L. REVESZ, "Deconstructing independent agencies (and executive agencies)", *Cornell Law Review* 2012-2013, (769) 770 en 777.

<sup>72</sup> 42 U.S.C. § 7171, (b)(1): The Commission shall be composed of five members appointed by the President, by and with the advice and consent of the Senate.

<sup>73</sup> M. BERNSTEIN, *Regulating Business by Independent Commission*, Princeton New Jersey, Princeton University Press, 1955, 4.

<sup>74</sup> 42 U.S.C. § 7171, (b)(1): Members shall hold office for a term of 5 years.

<sup>75</sup> 42 U.S.C. § 7171, (b)(1): One of the members shall be designated by the President as Chairman.

<sup>76</sup> 42 U.S.C. § 7171, (b)(1): [...] may be removed by the President only for inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office.

<sup>77</sup> A. HERINGA en L. VERHEY, "Independent Agencies and Political Control" in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), *Agencies in European and Comparative Law*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (155) 164.

(waaronder FERC). Het rechtsvergelijkend onderzoek kan bijvoorbeeld gebruikt worden om te onderzoeken of de Europese "copy paste" niet gepaard had moeten gaan met een "copy paste" van de controlemogelijkheden?

### 2.3. Nederland

**29.** Nederland kan gezien worden als een 'receptieland' voor het fenomeen van de energieregulator aangezien het land, als lid van de Europese Unie, net als België de Europese liberaliseringsrichtlijnen diende om te zetten. Dit zorgt ervoor dat alle wettelijke vereisten vanuit Europa in gelijke mate gelden voor België en Nederland, waardoor beide landen in principe over vrij gelijkaardige energiewetgeving zouden moeten beschikken. In Nederland lijkt men in de praktijk echter een andere invulling te hebben gegeven aan het concept van "de energieregulator". De Autoriteit Consument en Markt (ACM), opgericht op 1 april 2013, neemt in Nederland immers - naast de rol van energieregulator - eveneens de rol van regulator inzake mededinging, telecommunicatie en het consumentenrecht waar.<sup>78</sup> De ACM is namelijk een samensmelting van de vroegere Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de Consumentenautoriteit.<sup>79</sup> De ACM is een zelfstandig bestuursorgaan (een "kleine" zbo) *zonder* rechtspersoonlijkheid. Dit houdt in dat de ACM juridisch onderdeel is van het ministerie van Economische Zaken. Het betekent eveneens dat de ACM zelf en niet de bestuurders het bestuursorgaan is.

In dit opzicht biedt deze verschillende invulling, tussen België en Nederland, een interessant onderzoeksperspectief. Bovendien zal blijken dat de dynamiek inzake de verhouding tussen de energieregulator en de regering en het parlement in Nederland anders is dan in België. Zo wordt in Nederland de minister eerder beschouwd als een soort buffer tussen de regulator en een, zeer kritisch en eerder door de publieke opinie gestuwd, parlement. In België geldt eerder het omgekeerde.

**30.** Het rechtsvergelijkend onderzoek met Nederland wordt bovendien vergemakkelijkt door de taalkennis en de bereikbaarheid. Daarenboven is het systeem tot verspreiding van officiële- en beleidsdocumenten, rechtspraak en rechtsleer via het internet bijzonder goed uitgewerkt, hetgeen ervoor zorgt dat het recht bijzonder toegankelijk is.

**31.** In Nederland heeft men bovendien sinds langere tijd ervaring met zelfstandige bestuursorganen en heeft het academisch onderzoek zich reeds sterker ontwikkeld dan in België. Zo kunnen de werken van ZIJLSTRA, OTTOW,

---

<sup>78</sup> Wet 28 februari 2013, houdende regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt, *Stb.* 102-2013, 21 maart 2013.

<sup>79</sup> Ook in Duitsland en Spanje heeft men een "superregulator" gecreëerd (zie randnummer 478).

LAVRIJSEN en AELEN als inspiratiebron dienen.<sup>80</sup> In België werd reeds academisch onderzoek verricht naar het toezicht in de telecom- en mediasector,<sup>81</sup> maar onderzoek specifiek gericht op energieregulators ontbreekt nog.

#### **D. RELEVANTIE VAN DIT ONDERZOEK**

**32.** Concluderend kan worden samengevat dat er twee belangrijk tendensen zijn waar te nemen.<sup>82</sup> Enerzijds de Europese onafhankelijkheidstendens, waarbij de energieregulator volledig los dient te staan van enige politieke inmenging en anderzijds het Belgische constitutionele recht waarbij alle machten uitgaan van de Natie, waardoor de wetgevers de energieregulators bij de uitvoerende macht hebben ondergebracht en de minister niet op een afstand werd geplaatst. Het moge duidelijk wezen dat beide tendensen ervoor zorgen dat de positie die regulators innemen tussen de wetgevende, de uitvoerende en de rechterlijke macht onduidelijk is. Bovendien rijst de vraag in welke mate de uitoefening van overheidstaken, door een van de grondwettelijke organen onafhankelijke instantie, te verzoenen valt met ons grondwettelijk stelsel.

**33.** De relevantie en actualiteitswaarde van het onderzoek ligt dan ook vervat in het feit dat de energieregulators in België nog steeds met betrekking tot fundamentele aspecten van hun bevoegdheden en taken geconfronteerd worden met tegenkating vanuit diverse hoeken, net omwille van hun verregaande onafhankelijkheid. Dit onderzoek tracht bovenstaande tendensen met elkaar te verzoenen, waardoor de positie van de energieregulator wordt verduidelijkt. Bovendien worden eveneens diverse vormen van toezicht en controle op de energieregulators onderzocht. Deze vormen van verantwoordingsplicht versterken de legitimiteit van de energieregulators. De doelstelling van dit onderzoek is bijgevolg om na te gaan of het mogelijk is om een optimaal juridisch kader te creëren waarin de energieregulators in België zowel voldoen aan de nationale grondwettelijke regels (zonder het creëren van een ongrondwettelijke vierde macht), als aan de Europese (onafhankelijkheids)vereisten. Het doel is dan ook om een legitieme, onafhankelijke en verantwoordelijke energieregulator in te bedden in onze nationale rechtsorde.

---

<sup>80</sup> S. ZIJLSTRA, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat : een onderzoek naar democratisch-rechtsstatelijke en positiefrechtelijke aspecten van het gebruik van zelfstandige bestuursorganen*, 's-Gravenhage, VUGA, 1997, 513 p.; A. OTTOW, *Telecommunicatietoezicht. De invloed van het Europese en Nederlandse bestuurs(proces)recht*, Den Haag, SDU Uitgeverij, 2006, 428 p.; S. LAVRIJSEN, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 577 p.; M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 515 p.

<sup>81</sup> P. VALCKE, *Digitale Diversiteit – Convergentie van Media-, Telecommunicatie- en Mededingingsrecht*, Brussel, Larcier, 2004, 828 p.; D. STEVENS, *Toezicht in de elektronische-communicatiesector. Constitutionele en institutionele aspecten van de wijzigende rol van de overheid*, Brussel, Larcier, 2010, 581 p.

<sup>82</sup> Dit werd reeds door S. DE SOMER vastgesteld in haar doctoraatsonderzoek, S. DE SOMER, *The creation of autonomous public bodies from a European comparative legal perspective: international impulse, national restraint and how to reconcile these trends*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UA Antwerpen, 2015, 532 p.



34. Het onderzoek situeert zich tot slot binnen het energierecht, maar betreft hierin en bouwt voort op bepaalde grondwettelijke en bestuursrechtelijke aspecten.

## **E. DE BEPERKINGEN EN RUIMTE VOOR ANDER ONDERZOEK**

35. Hoewel dit onderzoek tracht om op een omvattende manier nagenoeg alle aspecten inzake de onafhankelijkheid en de verantwoordingsplicht van de energieregulatoren weer te geven, moet ook erkend worden dat het nastreven van deze exhaustiviteit binnen één enkel werk niet haalbaar is. Bij de aanvang van dit onderzoek, maar ook tijdens het schrijven van dit werk, werd dan ook op bepaalde grenzen gebotst. Bij de uitwerking van dit onderzoek wordt in het bijzonder gefocust op de elektriciteits- en gasmarkt. De nucleaire sector (en daarbij de nucleaire regulator, het Federaal Agentschap voor Nucleaire Controle – FANC) komt daarbij niet aan bod. Dit omwille van het feit dat de regulering van de nucleaire markt gereguleerd wordt door een volledig ander set aan regels inzake beleid, wetgeving,... Bovendien ziet het FANC niet enkel toe op een element van de energiesector (met name de kerncentrales), maar heeft het ook taken en bevoegdheden inzake medische en wetenschappelijke toepassingen. Tot slot zijn er ook geen overkoepelende Europese regels inzake de onafhankelijkheid van de nucleaire regulator aanwezig, waardoor de *juridische* tegenstellingen inzake onafhankelijkheid zich alvast minder duidelijk lijken stellen. Deze zeer specifieke situatie creëert dan ook ruimte voor ander onderzoek.

Hetzelfde geldt eveneens voor andere regulatoren in de media-, telecom-, post-, mededingings-, en transportsector. Hoewel bepaalde gelijkenissen met de energiesector aanwezig zijn in de wetgeving, worden deze sectoren – gelet op de omvang – toch grotendeels buiten beschouwing gelaten.<sup>83</sup> Enkel wanneer er bijzonder relevante informatie uit af te leiden valt, zoals bijvoorbeeld in het kader van de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie of het Hof van beroep te Brussel, kan kort een parallel worden gemaakt.

36. In dit onderzoek komt nadrukkelijk de legitimiteit van de energieregulatoren aan bod. In het derde hoofdstuk wordt stilgestaan bij de verschillende aspecten die vervat liggen in het begrip "legitimiteit". Elk van deze aspecten worden verder uitgewerkt in de daarop volgende hoofdstukken. In hoofdstuk drie wordt ook de verticale legitimiteit vermeld. Dit heeft betrekking op de (eventuele) legitimiteit die de nationale energieregulatoren zouden kunnen verkrijgen via netwerken van nationale toezichthouders en Europese toezichthouders. Wegens echter te omvangrijk en te specifiek wordt er evenwel voor geopteerd om dit niet te behandelen binnen het kader van dit onderzoek. Zo zou daarbij immers ook uitgebreid moeten worden ingegaan op de

---

<sup>83</sup> Er is m.i. wel nog ruimte voor onderzoek met betrekking tot transportregulatoren en ook consumentenregulatoren.

democratische legitimiteit van de Europese Agentschappen zelf, waaronder o.a. het ACER en de specifieke bevoegdheden van dit agentschap en de Europese Commissie inzake energie. De nadruk bij dit onderzoek ligt echter hoofdzakelijk op het spanningsveld tussen de politiek en de energieregulator op nationaal niveau. Bovendien maakt dit onderwerp reeds het voorwerp uit van verschillende onderzoeken en publicaties.<sup>84</sup>

Aangezien dit onderzoek focust op het spanningsveld tussen de politiek en de energieregulator, komt de verhouding tussen de (andere) marktpelers en de regulator minder aan bod. Dit vloeit voort uit het feit dat er reeds bijzonder veel onderzoek werd verricht binnen de economische en politieke wetenschappen naar deze laatste verhoudingen.<sup>85</sup> Specifiek met betrekking tot de energiesector legden ook de Europese richtlijnen uit 1996, 1998 en 2003 reeds de klemtoon op onafhankelijkheid van de marktpelers. De richtlijnen uit 2009 (en het recente voorstel tot amendering van deze richtlijnen)<sup>86</sup> leggen voornamelijk de klemtoon op de politieke onafhankelijkheid. Gelet op het recentere karakter van deze problematiek en het feit dat het spanningsveld met de politiek meer ruimte geeft voor juridisch onderzoek, werd ervoor geopteerd om de verhouding met de marktpelers eerder op de achtergrond te houden.

**37.** Tot slot wordt er ook voor geopteerd om niet in te gaan op de eerder rechterlijke functie van de energieregulators, met name de geschillenbeslechting (maar ook de bemiddelings- en arbitragefunctie). Dit voornamelijk omwille van eerder praktische overwegingen. Zo is bij de CREG de Geschillenkamer nog steeds niet operationeel. Daarenboven is deze materie bijzonder zaak specifiek en is het dus niet evident om er algemene conclusies uit af te leiden. Ook de rol van de energieregulators met betrekking tot de consumentenbelangen (bv. met betrekking tot smart meters) wordt niet volledig onderzocht (enkel in het laatste hoofdstuk wordt hier kort op ingegaan). Ook hier is er dus zeker nog ruimte voor verder onderzoek.

---

<sup>84</sup> Voor een goed overzicht kan evenwel verwezen worden naar volgende publicaties: M. SCHOLTEN, *The Political Accountability of EU Agencies: Learning from the US Experience*, Leiden, Brill Nijhoff, 2014, 365 p; A. DE MOOR-VAN VUGT, "Netwerken en de europeanisering van het toezicht", *SEW* 2011, afl. 3, 94-102; A. OTTOW, "Europeanisering van het markttoezicht", *SEW* 2011, afl. 1, 3-17; S. LAVRIJSSEN en I. BORDEI, "ACER: Demystifying the European energy supervisor from a consumer perspective", *Oil Gas and Energy Law Intelligence* 2012, 10, 1-26; S. LAVRIJSSEN, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 323-372 en 375-426; S. LAVRIJSSEN en L. HANCHER, "Networks on Track: From European Regulatory Networks to European Regulatory 'Network Agencies'", *Legal Issues of Economic Integration* 2009, afl. 1, 23-55; D. COEN en M. THATCHER, "Network Governance and Multi-level Delegation: European Networks of Regulatory Agencies", *Journal of Public Policy* 2008, afl. 1, 49-71.

<sup>85</sup> Zie de discussie inzake regulatory capture, randnummers 441-443.

<sup>86</sup> Proposal (Comm.) for a Directive of the European Parliament and of the Council on common rules for the internal market in electricity, 30 november 2016, COM(2016)864 def - 2016/0380 (COD). Aanpassing van art. 35(5), met nieuwe paragrafen: (c): "the members of the board of the regulatory authority or, in the absence of a board, the regulatory authority's top management are appointed based on objective, transparent, published criteria, in an independent and impartial procedure, which ensures that the candidates have the necessary skills and experience for any relevant position in the national regulatory authority and that parliamentary hearings are held; (d) conflict of interest provisions are in place and confidentiality obligations extend beyond the end of the mandate of the members of the board of the regulatory authority or, in the absence of a board, the regulatory authority's top management in the national regulatory authority; (e) the members of the board of the regulatory authority or, in the absence of a board, the regulatory authority's top management can be dismissed only based on transparent criteria in place".

## F. STRUCTUUR

38. Dit onderzoek bestaat uit drie delen. Het eerste deel omvat drie hoofdstukken en is eerder inleidend. Het heeft tot doel om de lezer een algemeen kader te geven waarbinnen dit onderzoek zich situeert. De lezer krijgt inzicht in de Europese onafhankelijkheidsvereisten en in het Belgisch regelgevend kader. Ook wordt de probleemstelling van dit onderzoek nadrukkelijk gekoppeld aan de eisen van de legitimiteit. Dit eerste deel fungeert dan ook al basis voor deel twee.

Het tweede – en ook het meest omvangrijke – deel van dit werk wordt ingedeeld aan de hand van de volgens dit onderzoek vier meest relevante *juridisch kenmerken* van energieregulators: constitutionaliteit, onafhankelijkheid, verantwoordingsplicht en transparantie. In elk hoofdstuk wordt nadrukkelijk ingegaan op elk van deze kenmerken, hun onderlinge verhouding en de link met de legitimiteit van de regulator.

Het derde en laatste deel omvat de gebundelde aanbevelingen en conclusies die doorheen dit proefschrift werden geformuleerd. Afsluitend wordt ook de bibliografie toegevoegd.



## HOOFDSTUK 1: De invloed van de Europese liberalisering

### A. INLEIDING

**39.** In het onderzoeksopzet werd reeds beklemtoond dat er inzake de juridische positie van de energieregulators een fundamentele tegenstelling aanwezig is tussen het EU-recht en de Belgische rechtsorde. De verregaande onafhankelijkheidsvereisten die vervat liggen in de Europese regelgeving lijken immers te conflicteren met de scheiding der machten en artikel 33 van de Grondwet. Bovendien maken de Europese onafhankelijkheidsvereisten bepaalde nationale bestuursrechtelijke regels moeilijk toepasbaar. Zo zijn de energieregulators in België opgericht als administratieve overheden en staan zij allen – behalve de CREG – momenteel nog onder ministeriële controle. Hun ruime autonomie is volgens het Grondwettelijk Hof echter niet verenigbaar met een hiërarchisch of een administratief toezicht.<sup>87</sup> De figuur van een “autonome administratieve overheid, zonder administratief toezicht” maakt dan ook een poging uit om beide rechtsordes – de Belgische en de Europese – met elkaar te verzoenen...

**40.** Om tot het uiteindelijke doel van dit onderzoek te komen, zijnde een legitieme inbedding van de energieregulators in het Belgische rechtstelsel, moet eerst stilgestaan worden bij het EU-recht zelf. Het Europese streven naar een interne energiemarkt speelde immers een determinerende rol in de ontwikkeling en de invulling van het concept van “de energieregulator” zoals dit vandaag gekend is. Om beide rechtsordes met elkaar te kunnen verzoenen moet hun verhouding tot elkaar, onder andere in het licht van artikel 34 van de Grondwet, onderzocht worden. Zoals blijkt geniet immers het EU-recht de voorrang op de nationale rechtsregels, zelfs indien deze rechtsregels in de Grondwet vervat liggen. De nationale rechtsorde moet zich met andere woorden flexibel opstellen en zich aanpassen aan de geldende Europese regels. Dit geldt eveneens indien het gaat om bepaalde fundamentele grondwettelijke- of bestuursrechtelijke regels. Het EU-recht krijgt hierdoor een belangrijke positie: het ligt aan de basis van het concept van de “nationale regulerende instantie” en geniet de voorrang. Om de draagwijdte van deze term “nationale regulerende instantie” voldoende te begrijpen wordt in dit hoofdstuk ingegaan op het Europeesrechtelijke kader waarop de energieregulators zijn gestoeld en waarbinnen zij functioneren. Er wordt daarbij eveneens ingegaan op de institutionele eisen waaraan deze instanties moeten voldoen.

---

<sup>87</sup> GwH 18 november 2010, nr. 130/2010, overweging B.4.

## **B. DE VERHOUDING TUSSEN DE BELGISCHE GRONDWET EN HET EU-RECHT (ART. 34 GW)**

### **1. Algemeen**

41. De verhouding tussen de Grondwet en de internationale normen heeft in het verleden vaak aanleiding gegeven tot juridische discussie. Dat deze discussie ook vandaag nog actueel is, blijkt uit dit onderzoek omtrent het juridisch statuut van de energieregulators. De positie die deze onafhankelijke energieregulators in het Belgisch constitutioneel recht innemen, vloeit immers voort uit een Europese verplichting. Het bestaan van energieregulators, die op het eerste gezicht taken uitoefenen die behoren tot elk van de drie functies uit de trias politica – zowel het maken van regels, het toepassen daarvan op de gereuleerde sector als het beslechten van geschillen die rijzen bij de toepassing van die regels – doet vragen rijzen omtrent het beginsel van de scheiding der machten. Immers, welke plaats nemen de energieregulators in, in de verdeling van functies die in de basiswetgeving van het Belgische rechtsstelsel is neergelegd? Volgens artikel 33 van de Grondwet gaan “alle machten uit van de Natie” en worden zij uitgeoefend op de wijze bij de Grondwet bepaald. In de artikelen 36 en 37 GW worden de federale wetgevende en uitvoerende macht – waarbij het machtsbegrip in deze bepalingen functioneel dient opgevat te worden – opgedragen aan de Koning, de Kamer en de Senaat respectievelijk de Koning.<sup>88</sup> De Bijzondere Wet tot Hervorming der Instellingen kent in artikel 17 de decreterende macht toe aan het parlement en regering en bepaalt in artikel 20 dat de regering de verordeningen maakt en de besluiten neemt die voor de uitvoering van de decreten nodig zijn. Artikel 40 van de Grondwet tot slot bepaalt zowel voor het federale als het deelstaatniveau dat de rechterlijke macht berust bij de hoven en de rechtbanken. De notie van een energieregulator die onafhankelijk van al deze staatsorganen optreedt en bepaalde taken en functies van algemeen belang op zich neemt en daarbij deelneemt aan elk van de bovenstaande functies kan op gespannen voet komen te staan met de zinsnede “op de wijze bij de Grondwet bepaald”. Bovendien zal nog blijken dat ook de ministeriële verantwoordelijkheid, die in de Grondwet vervat ligt, onder druk komt te staan (*infra* nr. 788.).

42. Uit dit voorgaande blijkt dat het EU-recht enigszins conflicteert met de Belgische rechtsnormen en Grondwet. Welke normen prevaleren nu echter? Krijgen de internationale normen voorrang of primeert de Grondwet? In volgende secties wordt beknopt een overzicht gegeven van de rechtspraak die zich doorheen de jaren in de verschillende hoven ontwikkeld heeft met betrekking tot het principe van de voorrang.

---

<sup>88</sup> Art. 36 GW: de federale wetgevende macht wordt gezamenlijk uitgeoefend door de Koning, de Kamer van volksvertegenwoordigers en de Senaat. Art. 37 GW: de federale uitvoerende macht, zoals zij door de Grondwet is geregeld, berust bij de Koning.

## 2. Het Hof van Cassatie

43. De voorrang van de internationale normen met directe werking op de Grondwet kan worden afgeleid uit het gekende *arrest Le Ski/Smeerkaasarrest* van het Hof van Cassatie van 1971.<sup>89</sup> In dit arrest stelde het Hof dat “wanneer er een conflict bestaat tussen een nationaalrechtelijke norm en een internationaalrechtelijke norm die rechtstreekse gevolgen heeft in de nationale rechtsorde, de door het **verdrag** bepaalde regel voorrang moet voorgaan; dat deze voorrang volgt uit de aard zelf van het bij verdrag bepaalde internationaal recht”.<sup>90</sup> In zijn jaarverslag uit 2002 stelde het Hof van Cassatie dat het beginsel van de primauteit van het inter- en supranationaal recht geen eigenlijk beginsel is met grondwettelijke waarde maar in werkelijkheid een rechtsbeginsel is dat rechtstreeks zijn oorsprong vindt in het internationaal recht.<sup>91</sup> Het Hof stelt in ditzelfde verslag dat het Smeerkaasarrest uitgaat van een monistische visie en dat een wijziging van de Grondwet die de hiërarchie anders bepaalt dan ook door de rechter terzijde zou moeten worden gelaten.<sup>92</sup> In twee arresten uit november 2004 bevestigde het Hof van Cassatie dat een verdrag met rechtstreekse werking in het interne recht voorrang heeft op de Grondwet.<sup>93</sup> In een recent arrest van 14 januari 2016 stelt het Hof van Cassatie dat “uit de primauteit van het Unierecht volgt dat de rechter voorrang moet geven aan de bepaling van een richtlijn boven een daarmee strijdige bepaling van nationaal recht en dat hij deze laatste bepaling buiten toepassing moet laten”.<sup>94</sup> Dit arrest heeft betrekking op de voorrang van een richtlijn op een bepaling uit het Wetboek van de belasting over de toegevoegde waarde (WBTW).<sup>95</sup>

## 3. Het Hof van Justitie van de Europese Unie

44. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie primeert het EU-recht boven de grondwetten van de verschillende lidstaten.<sup>96</sup> In de zaak COSTA/ENEL uit 1964 overwoog het Hof van Justitie dat “het E.E.G.-Verdrag, anders dan met gewone internationale verdragen het geval is, een eigen rechtsorde in het leven

<sup>89</sup> Cass. 27 mei 1971, *Arr.Cass.* 1971; Zie ook J. VELU, “Toetsing van de grondwettigheid en toetsing van de verenigbaarheid met de verdragen”, *RW* 1992-1993, 487; P. POPELIER, “De verhouding tussen de Belgische Grondwet en het internationale recht”, in X (ed.), *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Brussel, Bruylant, 2007, (1231) 1238.

<sup>90</sup> Cass. 27 mei 1971, *Arr.Cass.* 1971, 967.

<sup>91</sup> Cass. 27 mei 1971, A.C. 1971, 959 (Smeerkaasarrest); Cass. 13 september 1984, A.C. 1984-85, 81; Zie ook: A. BOSSUYT, T. ERNIQUIN, J.-F. LECLERCQ en I. VEROUGSTRAETE, *Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België, 2002-2003*, [http://justitie.belgium.be/nl/binaries/cass2002nl\\_tcm265-210521.pdf](http://justitie.belgium.be/nl/binaries/cass2002nl_tcm265-210521.pdf), 129 en 135.

<sup>92</sup> A. BOSSUYT, T. ERNIQUIN, J.-F. LECLERCQ en I. VEROUGSTRAETE, *Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België, 2002-2003*, [http://justitie.belgium.be/nl/binaries/cass2002nl\\_tcm265-210521.pdf](http://justitie.belgium.be/nl/binaries/cass2002nl_tcm265-210521.pdf), 129, voetnoot 96.

<sup>93</sup> Cass. 9 november 2004, AR P.04.0849.N: “Overwegende dat het EVRM primeert op de Grondwet”. Zie ook F. MEERSCHAUT, “De ondraaglijke lichtheid van de Grondwet” (noot onder Cass. 9 november 2004), *TBP* 2005, afl. 1, 43; Cass. 16 november 2004, AR P.04.0644.N en *RABG* 2005, afl. 6, 511: “Het verdrag met rechtstreekse werking (EVRM) in het interne recht heeft voorrang op de Grondwet”.

<sup>94</sup> Cass. 14 januari 2016, AR. F.14.0015.N.

<sup>95</sup> Cass. 14 januari 2016, AR. F.14.0015.N: “Het algemeen rechtsbeginsel van de niet-terugwerking van de wet, dat besloten ligt in artikel 2 Burgerlijk Wetboek, kan niet verantwoord worden dat geen voorrang wordt gegeven aan de bepaling van een richtlijn, ten voordele van een daarmee strijdige bepaling van nationaal recht”.

<sup>96</sup> Zie ook S. VAN RAEPENBUSCH en M. WATHELET, “De betrekkingen tussen de grondwettelijke hoven en de andere nationale rechterlijke instanties: rapport van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen”, *TBP* 2003, afl. 1, 10-25.

heeft geroepen, die bij de inwerkingtreding van het Verdrag in de rechtsorde der Lid-Staten is opgenomen en waarmede de nationale rechters rekening dienen te houden”.<sup>97</sup> Het Hof wijst erop dat de lidstaten voor een onbepaalde tijd een Gemeenschap hebben opgericht, en beklemtoont de overdracht van bevoegdheden door de lidstaten, die daarmee hun soevereiniteit (zij het op een beperkt terrein) hebben begrensd. Zij hebben derhalve een rechtsstelsel in het leven hebben geroepen, dat bindend is zowel voor hun onderdanen als voor henzelf. Het Hof vervolgt dat “deze opneming in het recht der Lid-Staten van uit gemeenschapsrechtelijke bron voortkomende rechtsregels en, meer in het algemeen, de geest en de inhoud van het Verdrag, tot gevolg hebben dat de Staten tegen de rechtsorde, die zij op basis van wederkerigheid hebben aanvaard, niet kunnen ingaan met een later, eenzijdig afgekondigd wettelijk voorschrift; dat een dergelijk voorschrift derhalve niet boven de rechtsorde van de Gemeenschap kan worden gesteld”. Het Hof van Justitie stelt dat de voorrang van het gemeenschapsrecht wordt bevestigd door artikel 189 EEG-Verdrag (bepalend dat de verordeningen verbindend zijn en rechtstreeks toepasselijk in elk van de Lid-Staten). Het verdragsrecht kan volgens het Hof op grond van zijn bijzonder karakter niet door enig voorschrift van nationaal recht opzij worden gezet, zonder zijn gemeenschapsrechtelijk karakter te verliezen en zonder dat de rechtsgrond zelf van de Gemeenschap daardoor wordt aangetast. Een andere arrest in lijn met deze rechtspraak is het arrest *Internationale Handelsgesellschaft*, waarin het Hof uitdrukkelijk stelt dat Europese verordeningen voorrang hebben op de Grondwet.<sup>98</sup> Verordeningen zijn volgens het Hof immers rechtstreeks toepasbaar in de interne rechtsorde, zonder dat ze op hun grondwettigheid kunnen worden getoetst.

**45.** In dit onderzoek is er evenwel sprake van twee richtlijnen (richtlijn 2009/72/EG en 2009/73/EG). In de arresten van 11 april 1978 (*Commissie v. Italië*)<sup>99</sup> en 6 mei 1980 (*Commissie v. België*)<sup>100</sup> stelt het Hof dat een lidstaat zich – ter rechtvaardiging van de niet-nakoming van verplichtingen en termijnen welke in communautaire richtlijnen besloten liggen – niet mag beroepen op moeilijkheden van interne aard dan wel op eventueel constitutionele bepalingen van zijn nationale rechtsorde. Ook Europese richtlijnen krijgen bijgevolg

<sup>97</sup> HvJ 15 juli 1964, nr. C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

<sup>98</sup> HvJ 17 december 1970, nr. C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114: “dat immers de aard van het verdragsrecht, dat zijn oorsprong in een autonome rechtsbron vindt, medebrenkt dat daartegenover, wil het zijn communautaire aard niet verliezen en de rechtsgrondslag van de Gemeenschap zelve niet in gevaar worden gebracht, in rechte geen beroep op enige nationale rechtsregel mag worden gedaan; dat derhalve beweerde inbreuken op grondrechten zoals die in de constitutie van een Lid-Staat zijn neergelegd of op de beginselen van het constitutioneel bestel van een Lid-Staat, aan de rechtsgeldigheid van een handeling der Gemeenschap of aan de werking dier handeling op het grondgebied van die staat niet kunnen afdoen”.

<sup>99</sup> HvJ 11 april 1978, nr. C-100/77, ECLI:EU:C:1978:78: “Eén Lid-Staat mag zich – ter rechtvaardiging van de niet-nakoming van verplichtingen en termijnen welke in communautaire richtlijnen besloten liggen – niet ten exceptieve beroepen op moeilijkheden van interne aard dan wel op – eventueel constitutionele – bepalingen van zijn nationale rechtsorde”.

<sup>100</sup> HvJ 6 mei 1980, nr. C-102/79, ECLI:EU:C:1980:120: “een Lid-Staat [mag] zich ter rechtvaardiging van de niet-nakoming van verplichtingen en termijnen welke in communautaire richtlijnen besloten liggen, niet mag beroepen op moeilijkheden van interne aard dan wel op bepalingen van zijn nationale rechtsorde, zelfs al betreft het constitutionele bepalingen”. Zie ook Concl. Adv.Gen. SAGGIO, overw. 37, bij HvJ 26 september 2000, nr. C-205/98, ECLI:EU:C:2000:101 en ECLI:EU:C:2000:493 en Concl. Adv.Gen. WATHELET, overw. 131, bij HvJ 15 oktober 2015, nr. C-137/14, ECLI:EU:C:2015:683 en ECLI:EU:C:2015:344.



voorrang op de Grondwet.<sup>101</sup> VAN RAEPENBUSCH en WATHELET concluderen dat het gemeenschapsrecht in al zijn onderdelen, wat ook de rang van de gemeenschapsnorm moge zijn (van primair dan wel van afgeleid recht), volgens het Hof van Justitie voor gaat op het nationale recht van welke aard ook, daaronder begrepen de hoogste, dat wil zeggen constitutionele normen.<sup>102</sup>

46. Het beginsel van de voorrang ligt vervat in Verklaring nr. 17 aangehecht bij het Verdrag van Lissabon maar is op zich nog steeds niet opgenomen in de verdragsteksten zelf. Anders dan het Grondwettelijk Verdrag, dat de ratificatieronde niet overleefde, bevat het Verdrag van Lissabon geen artikel waarin formeel wordt vastgelegd dat het recht van de Unie voorrang heeft boven het recht van de lidstaten. Het beginsel is dus enkel in een verklaring aan het Verdrag gehecht. Daarin wordt gerefereerd aan een advies van de juridische dienst van de Raad waarin wordt gewezen op de **vaste rechtspraak** van het Hof van Justitie over de voorrang van het recht van de Unie. Het standpunt van de EU houdt in dat de voorrang van het EU-recht op het nationale recht absoluut is. Dat betekent dat deze voorrang voor alle verbindende Europese rechtshandelingen geldt, ongeacht of het gaat om primair dan wel om afgeleid recht.<sup>103</sup>

## 2. De Raad van State

47. De Raad van State gaat in het *arrest Orfinger* in op de verhouding tussen de Grondwet en het internationaal recht.<sup>104</sup> De Raad stelt in het arrest dat, wanneer een conflict bestaat tussen een norm van intern recht en een norm van internationaal recht die rechtstreekse gevolgen heeft in de interne rechtsorde, de bij het verdrag vastgestelde regel voorrang moet krijgen. De Raad verwijst daarbij naar de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie die stelt "dat het werken met bepalingen van de interne rechtsorde om de reikwijdte van de bepalingen van het gemeenschapsrecht te beperken, tot gevolg zou hebben dat afbreuk wordt gedaan aan de eenheid en de doeltreffendheid van dat recht en dus niet aanvaard kan worden, zelfs als de bepalingen van intern recht die zijn van de Grondwet". Uit het oogpunt van de Belgische Grondwet steunt het gezag van de interpretatie die door het Hof van Justitie aan het Verdrag van Rome wordt gegeven, op artikel 34 van de Grondwet.<sup>105</sup>

---

<sup>101</sup> S. VAN RAEPENBUSCH en M. WATHELET, "De betrekkingen tussen de grondwettelijke hoven en de andere nationale rechterlijke instanties: rapport van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen", *TBP* 2003, afl. 1, 12.

<sup>102</sup> S. VAN RAEPENBUSCH en M. WATHELET, "De betrekkingen tussen de grondwettelijke hoven en de andere nationale rechterlijke instanties: rapport van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen", *TBP* 2003, afl. 1, 11.

<sup>103</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=URISERV:l14548>, laatst geconsulteerd op 17 augustus 2016.

<sup>104</sup> RvS 5 november 1996, nr. 62.992, *CDPK* 1997, 134 en *JT* 1997, 254. Zie ook P. POPELIER, "De verhouding tussen de Belgische Grondwet en het internationale recht", in X (ed.), *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Brussel, Bruylant, 2007, (1231) 1238.

<sup>105</sup> RvS 5 november 1996, nr. 62.992, *CDPK* 1997, 134 en *JT* 1997, 254. Zie ook J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE, "Doorwerking van internationaal recht voor de Belgische hoven en rechtbanken, Instituut voor Internationaal Recht", Working Paper Nr. 86, september 2005 en <https://www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/wp/WP86n.pdf>, 20.

48. Het arrest *Orfinger* had echter enkel betrekking op EU-verdragen. Voor dit onderzoek is het secundair recht van de EU meer relevant. De afdeling wetgeving van de Raad van State stelt in een advies uit 2005 (met betrekking tot het voorstel van een Europese Grondwet) dat artikel 34 van de Grondwet het toelaat dat de uitoefening van bepaalde machten door een verdrag of door een wet worden opgedragen aan volkenrechtelijke instellingen.<sup>106</sup> De Raad van State stelt ook dat de mogelijkheid bestaat dat in de toekomst **conflicten** ontstaan tussen **afgeleid Europees recht** en de Belgische **Grondwet**. De Raad vervolgt dat het opdragen van de uitoefening van bepaalde machten aan volkenrechtelijke instellingen, toegestaan bij artikel 34 van de Grondwet, noodzakelijk impliceert dat deze instellingen autonoom zullen kunnen beslissen over de wijze waarop ze die machten uitoefenen, zonder gebonden te zijn door de bepalingen van de Belgische Grondwet. Dit betekent volgens de Raad van State "in beginsel althans, dat, wanneer, met toepassing van het thans voorliggende Verdrag, in de toekomst bijv. een Europese wet of een Europese kaderwet (cf. verordening of richtlijn) wordt uitgevaardigd, die respectievelijk zelf ingaat tegen de Belgische Grondwet, of die de Belgische overheden verplicht tot het stellen van handelingen die tegen de Grondwet ingaan, de Grondwet **niet** tegen die handelingen van afgeleid Europees recht ingeroepen zal kunnen worden".<sup>107</sup> Vanuit grondwettelijk oogpunt gezien, "zorgt artikel 34 van de Grondwet voor de verbinding tussen, enerzijds, de voorrang van het Europees recht [...], en anderzijds, de plaats die de Belgische Grondwet in de interne rechtsorde inneemt".<sup>108</sup>

49. In een ander advies uit november 2005 gaat de Raad van State eveneens in op de verhouding tussen de Belgische Grondwet en het secundaire EU-recht.<sup>109</sup> In het advies beklemtoont de Raad dat artikel 34 van de Grondwet toelaat dat de uitoefening van bepaalde machten door een verdrag of door een wet worden opgedragen aan volkenrechtelijke instellingen, waarbij zij uiteraard niet verplicht de bepalingen van de Belgische Grondwet na te leven. De afdeling wetgeving stelt daarbij opnieuw dat wanneer een Europese richtlijn de Belgische overheid **verplicht** om een maatregel te nemen die in strijd is met een bepaling van de Grondwet, artikel 34 GW de verantwoording voor die maatregel kan vormen.<sup>110</sup> Wanneer de Europese richtlijn echter *ruimte* ("enige keuzevrijheid")

<sup>106</sup> Adv.RvS 15 februari 2005 bij ontwerp van decreet houdende instemming met het verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa

en de slotakte, ondertekend in Rome op 29 oktober 2004, *Parl.St.* VI.Parl. 2004-2005, nr. 358/1, 48.

<sup>107</sup> Adv.RvS 15 februari 2005 bij ontwerp van decreet houdende instemming met het verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa

en de slotakte, ondertekend in Rome op 29 oktober 2004, *Parl.St.* VI.Parl. 2004-2005, nr. 358/1, 50-51.

<sup>108</sup> Adv.RvS 15 februari 2005 bij ontwerp van decreet houdende instemming met het verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa

en de slotakte, ondertekend in Rome op 29 oktober 2004, *Parl.St.* VI.Parl. 2004-2005, nr. 358/1, 51.

<sup>109</sup> Adv.RvS 4 november 2005 bij wetsontwerp houdende herziening van de farmaceutische wetgeving, *Parl.St.* Kamer 2005-2006, nr. 2189/1.

<sup>110</sup> Adv.RvS 4 november 2005 bij wetsontwerp houdende herziening van de farmaceutische wetgeving, *Parl.St.* Kamer 2005-2006, nr. 2189/1, 115: "Uit artikel 97, lid 2, van de richtlijn blijkt echter duidelijk dat de lidstaten wel degelijk verplicht zijn preventieve maatregelen te nemen. Inzonderheid dienen zij aan rechterlijke of administratieve instanties bevoegdheden te verlenen om de staking van de misleidende reclame te bevelen [...]".

laat aan de Belgische overheid om de bedoelde maatregelen uit te werken in die zin dat niet in strijd wordt gehandeld met de Grondwet, kan artikel 34 GW de ongrondwettigheid niet verantwoorden.<sup>111</sup>

50. In zijn advies van 22 maart 2011 met betrekking tot de omzetting van het derde pakket liberaliseringsrichtlijnen in Vlaanderen, gaat de Raad eveneens in op de verhouding tussen de nationale en de Europese rechtsorde.<sup>112</sup> Daarin staat:

“Verder wordt bij artikel 7 van het ontwerp in artikel 3.1.1 van het Energiedecreet een nieuwe paragraaf 5 ingevoegd, waar in het tweede lid wordt bepaald dat bij de uitoefening van haar taken en bevoegdheden als regulator, de VREG, noch haar bestuurders, noch haar personeelsleden, directe instructies aan of van de Vlaamse Regering of van andere publieke of particuliere entiteiten mogen vragen of ontvangen. Die bijzondere regeling inzake toezicht is ingegeven door de eisen die artikel 35, leden 4 en 5, van richtlijn 2009/72/EG en artikel 39, leden 4 en 5, van 2009/73/EG stellen aan de onafhankelijkheid van de toezichthouder, in het bijzonder de vereiste dat lidstaten erover dienen te waken dat de regulerende instantie zelfstandig besluiten kan nemen, onafhankelijk is van enig politiek orgaan en over een begrotingsautonomie beschikt, waardoor, om in overeenstemming te zijn met die richtlijnbevestigingen, **het niet vanzelfsprekend is om in voldoende toezicht** te voorzien zoals vereist door artikel 9, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Daardoor lijkt de ontworpen regeling te strijden met het in artikel 9, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 opgenomen legaliteitsbeginsel, op grond waarvan de basisregels inzake de erin opgesomde elementen, waaronder het toezicht, bij decreet dienen te worden geregeld”.<sup>113</sup>

De Raad vervolgt door te stellen dat “de omstandigheid dat, zoals te dezen, bij richtlijnen van de Europese Unie uitdrukkelijk aan de lidstaten wordt **opgelegd** de onafhankelijkheid van de regulerende instantie te waarborgen, [...] echter een **relevant element** [is] bij de beoordeling van de overeenstemming van de ontworpen regeling met 9, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980”. De Raad verwijst opnieuw naar dezelfde bewoordingen: “Artikel 34 van de Grondwet laat immers toe dat de uitoefening van bepaalde machten door een verdrag of door een wet worden opgedragen aan volkenrechtelijke instellingen. Wanneer die instellingen de hen toebedeelde machten uitoefenen, zijn zij uiteraard niet verplicht de bepalingen van de Belgische Grondwet of de wetten op de staatsvorming na te leven”. De Raad komt daarna tot de conclusie dat in de mate dat artikel 35, leden 4 en 5, van richtlijn 2009/72/EG en artikel 39, leden 4 en 5, van 2009/73/EG aldus de lidstaten ertoe **verplichten** de onafhankelijkheid van de regulerende instantie te waarborgen, de decreetgever

<sup>111</sup> Adv.RvS 4 november 2005 bij wetsontwerp houdende herziening van de farmaceutische wetgeving, *Parl.St.* Kamer 2005-2006, nr. 2189/1, 116.

<sup>112</sup> Adv.RvS nr. 49.336/3 van 4 november 2005 bij het ontwerp van decreet houdende de wijziging van de wet van 10 maart 1925 op de elektriciteitsvoorziening en het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de omzetting van de richtlijn 2009/72/EG en de richtlijn 2009/73/EG, *Parl.St.* VI.Parl. 2010-11, nr. 1147/1.

<sup>113</sup> Adv.RvS nr. 49.336/3 van 4 november 2005 bij het ontwerp van decreet houdende de wijziging van de wet van 10 maart 1925 op de elektriciteitsvoorziening en het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de omzetting van de richtlijn 2009/72/EG en de richtlijn 2009/73/EG, *Parl.St.* VI.Parl. 2010-11, nr. 1147/1, 135.

de ontworpen regeling kan aannemen zonder artikel 9, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 te schenden.<sup>114</sup>

51. In het advies van 6 juli 2016 (naar aanleiding van de omvorming van de VREG) verwijst de Raad naar het advies van 2011.<sup>115</sup> De Raad concludeert dat het om advies voorgelegde voorstel diezelfde onafhankelijkheidsgaranties beoogt te bieden en mede daarom het toezicht door de Vlaamse Regering overdraagt aan het Vlaams Parlement en het Rekenhof (*infra* nr. 895). Ook die invalshoek is verenigbaar met artikel 9, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

52. Het blijkt duidelijk uit de formulering van artikel 35 e.v. van de richtlijn 2009/72/EG en artikel 39 e.v. van de richtlijn 2009/73/EG dat er *geen ruimte* wordt gelaten aan de nationale wetgevers om al dan niet “een onafhankelijke energieregulator” op te richten. De bepalingen zijn dwingend en verplichtend geformuleerd: “Iedere lidstaat wijst één enkele nationale regulerende instantie op nationaal niveau aan”. Ook inzake de onafhankelijkheid zijn de vereisten dwingend en duidelijk (bijv.: “de lidstaten *waarborgen* de onafhankelijkheid van de regulerende instantie”; “bij de uitvoering van de reguleringstaken die zijn *opgelegd*”; “juridisch gescheiden en functioneel onafhankelijk *is* van enige andere publieke of particuliere entiteit”,...). Volgens de Raad van State zou dit dan ook “gedekt” kunnen worden door artikel 34 van de Grondwet.

### 3. Het Grondwettelijk Hof

53. Het Grondwettelijk Hof heeft lange tijd geen duidelijk standpunt ingenomen wat de voorrang van de internationaalrechtelijke normen op de Belgische Grondwet betreft. Bepaalde auteurs stelden dat uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof kon worden afgeleid dat het Hof de Grondwet boven het internationale recht stelt.<sup>116</sup> De toetsing door het Grondwettelijk Hof van een instemmingswet aan de Grondwet komt *de facto* inderdaad vaak neer op een toetsing van het internationaal recht aan de Grondwet.<sup>117</sup> Dit aangezien het Hof zich bevoegd acht om via de instemmingsnorm de inhoud van het verdrag te

<sup>114</sup> Adv.RvS nr. 49.336/3 van 4 november 2005 bij het ontwerp van decreet houdende de wijziging van de wet van 10 maart 1925 op de elektriciteitsvoorziening en het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de omzetting van de richtlijn 2009/72/EG en de richtlijn 2009/73/EG, *Parl.St.* VI.Parl. 2010-11, nr. 1147/1, 136.

<sup>115</sup> Adv. Rekenhof van 6 juli 2016 over het voorstel van decreet houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de oprichting en de organisatie van de regulator betreft, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, nr. 812/3, 9.

<sup>116</sup> J. DELVA, “De impact van het Europees verdragsrecht op de rechtspraak van het Arbitragehof - Een poging tot kritische doorlichting”, *TBP* 1995, 637-646; P. POPELIER, “Ongrondwettige verdragen: de rechtspraak van het Arbitragehof geplaatst in een monistisch tijdspectief”, *RW* 1994-95, (1076) 1076; J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE, “Doorwerking van internationaal recht voor de Belgische hoven en rechtbanken”, Working Paper nr. 86, 2005, KU Leuven, 58: “In de mate dat het Arbitragehof zich bevoegd acht om bij wijze van een vernietigingsberoep of een prejudiciële vraag instemmingswetten, -decreten en -ordonnanties te toetsen aan de Grondwet, verleent het Arbitragehof natuurlijk voorrang aan de Grondwet boven het verdrag waaraan instemming wordt verleend”.

<sup>117</sup> P. POPELIER, “De verhouding tussen de Belgische Grondwet en het internationale recht”, in X (ed.), *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Brussel, Bruylant, 2007, (1231) 1244.

beoordelen en daarbij ook na te gaan of het verdrag al dan niet in strijd is met de Grondwet.<sup>118</sup>

**54.** Het Grondwettelijk Hof erkende in zijn rechtspraak (impliciet) de voorrang van het EU-recht, net als het internationaal verdragsrecht, boven de nationale wet.<sup>119</sup> Bovendien schoof het Grondwettelijk Hof in 1993, op de negende Conferentie van Europese Constitutionele Hoven, herhaaldelijk art. 34 GW naar voren als grondslag voor de voorrang van het gemeenschapsrecht op de Grondwet.<sup>120</sup> In tegenstelling tot de Raad van State en het Hof van Cassatie – die reeds lang de voorrang van het EU-recht op de Grondwet hebben erkend – heeft het Grondwettelijk Hof evenwel nog steeds niet uitdrukkelijk en ondubbelzinnig hetzelfde gedaan.<sup>121</sup>

**55.** Het arrest nr. 130/2010 van 18 november 2010 inzake de prejudiciële vraag over de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt,<sup>122</sup> verwijst – enigszins beknopt – naar artikel 34 van de Grondwet. De onafhankelijkheid van de CREG ten aanzien van de uitvoerende macht stond hierbij ter discussie, in die zin dat er sprake zou zijn van een schending van artikel 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikelen 33 en 37 van de Grondwet, “in zoverre de persoon ten aanzien van wie de CREG, waarvan het bestuur niet rechtstreeks zou worden verzekerd door de uitvoerende macht, een beslissing heeft genomen, het voorwerp zou uitmaken van een onverantwoord verschil in behandeling ten opzichte van de persoon ten aanzien van wie de administratieve overheden waarvan het bestuur rechtstreeks wordt verzekerd door de uitvoerende macht, een beslissing hebben genomen, waarbij de beslissingen van de CREG zouden ontsnappen aan de controle van de uitvoerende macht en bijgevolg aan de mogelijkheid om ten overstaan van de Kamer van volksvertegenwoordigers de politieke verantwoordelijkheid voor de door haar gestelde handelingen op zich te nemen” (*infra* nr. 290).<sup>123</sup> Het Hof stelt daarbij dat de oprichting van de CREG past in de context van de liberalisering van de elektriciteitsmarkt ter uitvoering

---

<sup>118</sup> T. DE PELSMAKER, G. GOEDERTIER, J. GOOSSENS, Y. HAECK en J. VANDE LANOTTE, *Handboek Belgisch Publiekrecht. Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 96. Zie recent bv. GwH 28 april 2016, nr. 62/2016, overw. B.1.2. en B.1.3.: “Het Hof is bevoegd om bij wege van arrest uitspraak te doen op beroepen tot vernietiging van wetten, decreten en ordonnanties. Die bevoegdheid omvat de akten houdende instemming met een verdrag of een samenwerkingsakkoord. [...] Het Hof kan de wet en het decreet niet op zinvolle wijze toetsen zonder de inhoud van de relevante bepalingen van het goedgekeurde Verdrag en samenwerkingsakkoord in zijn onderzoek te betrekken”.

<sup>119</sup> GwH 13 juli 2005, nr. 126/2005; GwH 23 januari 2008, nr. 10/2008 en GwH 6 april 2011, nr. 50/2011. J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE, “Doorwerking van internationaal recht voor de Belgische hoven en rechtbanken”, Working Paper nr. 86, 2005, KU Leuven, 59: “Het Arbitragehof erkent in zijn rechtspraak wel de voorrang van het gemeenschapsrecht (net zoals het overige internationaal verdragsrecht) boven de nationale wet”.

<sup>120</sup> T. DE PELSMAKER, G. GOEDERTIER, J. GOOSSENS, Y. HAECK en J. VANDE LANOTTE, *Handboek Belgisch Publiekrecht. Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 104; J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE, “Doorwerking van internationaal recht voor de Belgische hoven en rechtbanken”, Working Paper nr. 86, 2005, KU Leuven, 59.

<sup>121</sup> K. MUYLLE, “Het Grondwettelijk delegatieverbod en het Unierecht: welke democratisch verkozen beraadslagende vergadering?” in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *De Europese dimensie in het Belgisch publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2012, 349-350.

<sup>122</sup> GwH 18 november 2010, nr. 130/2010.

<sup>123</sup> Overweging B.2.

van richtlijnen van de Europese Unie. Die richtlijnen strekken ertoe de elektriciteitsmarkt open te stellen voor de concurrentie in het voordeel van de ondernemingen en de verbruikers. Zij hebben de oprichting, in elke lidstaat, van een nationale regulerende overheid *opgelegd*, die met name de opdracht heeft controle uit te oefenen op de netbeheerders en hun tarieven en die ook kan worden belast met de controle van hun boekhouding.<sup>124</sup> Het Hof beklemtoont dat er voldoende controle wordt uitgeoefend op de CREG, waardoor de bepalingen van de Elektriciteitswet de Grondwet niet schenden.<sup>125</sup>

Het Hof voegt hier nog eerder *en passant* aan toe dat "in zoverre het voorgaande niet zou volstaan om te verantwoorden dat de personen die het voorwerp zijn van een beslissing van de CREG niet de garantie genieten dat de beslissing wordt genomen door een administratieve overheid waarvan het bestuur rechtstreeks wordt verzekerd door de uitvoerende macht wordt dit, op grond van artikel 34 van de Grondwet, verantwoord door de vereisten die voortvloeien uit het recht van de Europese Unie".<sup>126</sup> Het feit dat het Grondwettelijk Hof de verhouding tussen het EU-recht en de Grondwet (terloops) vermeldt, houdt volgens sommigen niet in dat het Hof effectief en duidelijk de voorrang van het EU-recht boven de gehele Grondwet erkent.<sup>127</sup> MUYLLE stelt terecht dat het te betreuren valt dat het Hof er zich toe beperkt te verwijzen naar artikel 34 GW zonder uiteen te zetten welke de draagwijdte en de beperkingen van die bepaling zijn.<sup>128</sup>

**56.** In recentere rechtspraak verwijst het Grondwettelijk Hof niet meer naar artikel 34 van de Grondwet. In twee arresten van 20 februari en 10 juli 2014 stond de verenigbaarheid van de bevoegdheden van de CWaPE met de artikelen 170 en 172 van de Grondwet ter sprake.<sup>129</sup> In overweging B.7.3. stelt het Hof dat "daarenboven staan de artikelen 170, § 2, en 172, tweede lid, van de Grondwet evenmin eraan in de weg dat de decreetgever in een welbepaalde technische aangelegenheid specifieke uitvoerende bevoegdheden toevertrouwt aan een autonome administratieve overheid, die voor het overige onderworpen blijft aan zowel de rechterlijke toetsing als de parlementaire controle". Ook in het FOSO-arrest van 21 november 2013 stelt het Hof dat "zelfs indien de aanbevelingen verbindend zouden zijn, [...] artikel 37 van de Grondwet, [...] er niet aan in de weg staat dat de wetgever specifieke uitvoerende bevoegdheden in een welbepaalde technische aangelegenheid toevertrouwt aan een autonome

---

<sup>124</sup> Overweging B.3.2.

<sup>125</sup> Op deze controle zal in het volgend hoofdstuk dieper worden ingegaan.

<sup>126</sup> Overweging B.8.1.

<sup>127</sup> C. VAN DE HEYNING, "Grondwettelijke conversaties een meerwaarde voor de bescherming van fundamentele rechten?", *TBP* 2012, afl. 7, 403.

<sup>128</sup> K. MUYLLE, "Het Grondwettelijk delegatieverbod en het Unierecht: welke democratisch verkozen beraadslagende vergadering?" in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *De Europese dimensie in het Belgisch publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2012, (317) 350.

<sup>129</sup> GwH 10 juli 2014, nr. 104/2014, GwH 20 februari 2014, nr. 30/2014.

administratieve overheid, die voor het overige onderworpen blijft aan zowel de rechterlijke toetsing als de parlementaire controle".<sup>130</sup>

Dat het Hof eerder een weigerachtige houding lijkt aan te nemen ten aanzien van het dekken van een mogelijke ongrondwettige regeling via artikel 34 GW<sup>131</sup> (en daardoor ook zou kunnen erkennen dat het EU-recht de voorrang geniet) is enigszins logisch. Het Hof zal uiteraard de voorkeur geven aan een grondwetsconforme interpretatie van een regeling dan te moeten vaststellen dat de regeling eigenlijk in strijd is met de Grondwet, maar dat het EU recht deze strijdigheid oplegt. Wanneer het Grondwettelijk Hof onomwonden zou stellen dat op basis van artikel 34 GW het EU-recht voorrang heeft op de Grondwet dan is er bij wijze van spreken ook geen weg terug. Het Hof lijkt te willen vermijden dat, telkenmale zich dergelijk geschil zou voordoen, het de regeling zou moeten toelaten op basis van artikel 34 van de Grondwet, waardoor een toetsing aan de andere artikelen van de Grondwet misschien op de achtergrond zou durven te verdwijnen. Het is eveneens mogelijk dat het Grondwettelijk Hof rekening houdt met de piste dat het EU-recht de nationale grondwettelijke regels in de toekomst nog meer zal dreigen in te beperken. Het Grondwettelijk Hof neemt hier dus eerder een rol aan als beschermer (tegen de uitholling) van de Grondwet. Dat het Hof de nationale grondwettelijke waarden tracht in stand te houden blijkt ook uit het volgende arrest.

57. In een recent arrest van 28 april 2016 stelt het Grondwettelijk Hof uitdrukkelijk dat "wanneer hij instemt met een verdrag [...] de wetgever **geen afbreuk** [mag] doen aan de **waarborgen** waarin de **Grondwet** voorziet. De Grondwetgever, die verbiedt dat de wetgever wettelijke normen aanneemt die in strijd zijn met de in artikel 142 van de Grondwet bedoelde normen, kan immers niet worden geacht die wetgever toe te staan dat onrechtstreeks te doen, via de instemming met een internationaal verdrag".<sup>132</sup> Het Hof verwijst vervolgens naar artikel 34 van de Grondwet:

"Wanneer de wetgever instemt met een verdrag dat een dergelijke draagwijdte heeft, dient hij artikel 34 van de Grondwet te eerbiedigen. Krachtens die bepaling kan de uitoefening van bepaalde machten door een verdrag of door een wet aan volkenrechtelijke instellingen worden opgedragen. Weliswaar kunnen die instellingen vervolgens autonoom beslissen over de wijze waarop zij de opgedragen bevoegdheden uitoefenen, maar **artikel 34 van de Grondwet kan niet worden geacht een veralgemeende vrijbrief te verlenen**, noch aan de wetgever, wanneer hij zijn instemming verleent met het verdrag, noch aan de betrokken instellingen, wanneer zij de hun toegewezen bevoegdheden uitoefenen. **In geen geval staat artikel 34 van de Grondwet toe dat op discriminerende wijze afbreuk wordt gedaan aan de nationale identiteit die besloten ligt in de politieke en constitutionele basisstructuren of aan de kernwaarden van de bescherming die de Grondwet aan de rechtsonderhorigen verleent**".

<sup>130</sup> GwH 21 november 2013, nr. 158/2013, overw. B.14.4. Zie ook S. DE SOMER, "Grondwettelijk Hof draagt opnieuw bij tot rechtsvorming inzake bestuurlijke verzelfstandiging in arrest FOSO: still too little, but never too late" (noot onder GwH 21 november 2013, nr. 158/2013), *CDPK* 2014, (79) 90.

<sup>131</sup> Hoewel dergelijke verwijzing naar artikel 34 van de Grondwet in bovenstaande arresten ook niet nodig was aangezien de regeling telkens in overeenstemming bleek met de artikelen 37, 170 en 172 van de Grondwet.

<sup>132</sup> GwH 28 april 2016, nr. 62/2016, overw. B.8.5.

Artikel 34 van de Grondwet rechtvaardigt volgens het Hof dus niet een inbreuk op de nationale politieke en constitutionele basisstructuren of kernwaarden die vervat liggen in de Grondwet, ook al lijkt die inperking uit te gaan van een internationale of supranationale verplichting. Het Hof concludeert *in casu* evenwel dat "uit geen enkel gegeven blijkt dat de bestreden bepalingen rechtstreeks raken aan een aspect van de democratische rechtsstaat dat dermate essentieel is dat de vrijwaring ervan alle burgers aanbelangt".<sup>133</sup> Het Stabiliteitsverdrag deed volgens het Hof dus geen afbreuk aan de grondwettelijke waarborgen.<sup>134</sup>

#### 4. Inperking van de institutionele autonomie?

58. De Europese rechtsorde en de nationale rechtsorde zijn op sterke wijze met elkaar verbonden. Sommige auteurs stellen vast dat de Europese Unie de nationale grondwettelijke en bestuursrechtelijke situatie van de verschillende lidstaten daarbij slechts op zeer beperkte wijze in acht neemt. Normaal gezien is het inderdaad aan de lidstaten om te bepalen op welke wijze zij hun verplichtingen nakomen, welke organen zij bevoegd maken ter implementatie en toepassing van de Europese regels en welke procedures er daarbij gevolgd worden. Deze speelruimte wordt vaak bestempeld als "het principe van de institutionele autonomie". JANS, DE LANGE, PRECHAL en WIDDERSHOVEN stellen vast dat dit principe onder druk komt te staan door het bestaan van onafhankelijke regulatoren:

"Clearly, the difficulties [...] occur not only in the relationship between central and local or regional administrative levels, but these days also increasingly in the relationship between, for instance, government ministers and the many types of **independent administrative authorities** existing in Member States. Somewhat ironically, some of these authorities, for instance national competition authorities, have been set up specifically in order to comply with Community law requirements. Particularly when such authorities are charged with carrying out tasks with which they have been entrusted in the context of implementation legislation, it is important that the government minister has sufficient instruments at his disposal to be able to take corrective action as and when necessary. Here, too, it is clear that **Community law** inevitably produces **tensions**. It was shown above that the **principle of institutional autonomy** must sometimes take a **backseat** to the 'centralising side-effects' of Community law".<sup>135</sup>

Ook DE SOMER stelt vast dat het principe van de institutionele autonomie slechts een aanvullende werking lijkt te hebben:

"Het principe van de procedurele en institutionele autonomie wordt nog steeds naar voren geschoven om de neutraliteit van de EU-instellingen ten aanzien van het bestuursorganogram van de lidstaten te duiden en te verklaren. Dat beginsel lijkt evenwel slechts een aanvullende werking te hebben: de Europese wetgever kan er dus van **afwijken** en lijkt hiervoor geen motivering te moeten geven. In elk geval heet het de EU-wetgever de laatste jaren niet belet de lidstaten in een aantal gevallen te

<sup>133</sup> GwH 28 april 2016, nr. 62/2016, overw. B.8.9.

<sup>134</sup> GwH 28 april 2016, nr. 62/2016, overw. B.8.6.

<sup>135</sup> J. JANS, R. DE LANGE, S. PRECHAL EN R. WIDDERSHOVEN, *Europeanisation of Public Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2007, 18.



verplichten om de concrete tenuitvoerlegging van het EU-recht toe te vertrouwen aan besturen met een zekere politieke onafhankelijkheid".<sup>136</sup>

Ook LAVRIJSEN en OTTOW besluiten dat de aanwezigheid van onafhankelijke regulatoren het principe van de nationale institutionele autonomie beperkt:

"[...] the European liberalization directives have gradually expanded the discretionary powers that have to be delegated to the NRA's. Subsequently, the ECJ has interpreted these powers in a teleological way and has recognized that the NRA's possess a significant degree of discretion when exercising their powers. [...]. The above-mentioned [...] developments in European law restrict the Member States in applying specific national interpretations of constitutional principles. Indeed, the argument of Dutch scholars and the Dutch government that the principle of legality prohibits the legislator from delegating powers, implying a significant degree of discretion to independent NRA's does not sit well with European law. Therefore, it may be concluded that the Member States' **institutional autonomy** in formulating and interpreting the NRA's powers on the basis of specific interpretations of national constitutional principles, and the principle of legality in particular, has been **significantly curtailed**. At the same time, European law increasingly regulates the legal accountability of the NRAs, further curtailing the Member States' institutional and procedural autonomy".<sup>137</sup>

59. Zoals reeds uit het onderzoeksopzet bleek heeft men in België de energieregulatoren opgericht als administratieve overheden waardoor zij *de facto* deel uitmaken van de uitvoerende macht. Hun (onder Europese impuls toegekende) ruime autonomie is echter niet verenigbaar met een hiërarchisch of een administratief toezicht.<sup>138</sup> Dit ontbreken van dit administratief toezicht gaat evenwel niet in tegen de Grondwet (GwH nr. 130/2010). Het zorgt er wel voor dat de ministeriële verantwoordelijkheid moeilijk toepasbaar wordt, hetgeen impliceert dat deze nationale grondwettelijke regel onder druk komt te staan (*infra* nrs. 739, 740 en 895). Daarenboven worden aan de onafhankelijke regulatoren ook ruime bevoegdheden toegekend waarbij enige discretionaire ruimte aanwezig is. Dit lijkt zich moeilijk verzoenbaar met het (nationale) legaliteitsbeginsel. Daarenboven lijkt het Europees recht ook een strengere nationale rechterlijke controle te vereisen op de beslissingen van de energieregulator. Op het eerste gezicht blijken de Europese liberaliseringsrichtlijnen inderdaad het principe van de nationale institutionele autonomie in te beperken. In dit onderzoek zal elk van de juist vermelde topics daartoe uitgebreid onderzocht worden. Daarbij wordt nagegaan of het mogelijk is om beide rechtsordes met elkaar te **verzoenen** en tegelijk de (democratische) legitimiteit van de energieregulator te versterken. Kan daarbij

---

<sup>136</sup> S. DE SOMER, "De oprichting van verzelfstandigde besturen vanuit Europees rechtsvergelijkend perspectief: internationale impuls, nationale beheersingsdrang en de verzoening van deze trends", *RW* 2015, afl. 14, 526. Zie ook S. DE SOMER, "Grondwettelijk Hof draagt opnieuw bij tot rechtsvorming inzake bestuurlijke verzelfstandiging in arrest FOSO: still too little, but never too late" (noot onder GwH 21 november 2013, nr. 158/2013), *CDPK* 2014, (79) 90: "Beide hoven (cf. GwH en HvJ) lijken daarmee zowel de institutionele autonomie van de Belgische staat ten aanzien van de implementatie van het EU-recht als de democratische legitimering van het bestuur langzaam maar zeker een stukje uit te hollen".

<sup>137</sup> S. LAVRIJSEN en A. OTTOW, "The Legality of Independent Regulatory Authorities" in L. BESSELINK, F. PENNINGNS en S. PRECHAL (eds.), *The eclips of the legality principle in the European Union*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, (73) 95-96.

<sup>138</sup> GwH 18 november 2010, nr. 130/2010, overweging B.4.

een evenwicht worden gevonden tussen het respecteren van zowel de nationale als de Europese rechtsorde?

### **C. DE EU ALS REGULERENDE STAAT: REGULEREN VAN NETWERKINDUSTRIEËN**

60. Aangezien duidelijk blijkt dat het EU-recht vandaag een belangrijke positie inneemt ten aanzien van de nationale rechtsordes, is het nuttig om de blik te richten op het ontstaan van de EU als een regulerende staat. Meer specifiek, wat is de rol van de Europese Unie als vormgever bij het creëren van een de Europese interne energiemarkt?

61. De Europese Unie wordt, net als haar lidstaten - en net als de Verenigde Staten van Amerika<sup>139</sup> - vaak bestempeld als een *regulatory state*.<sup>140</sup> Het evolueren, in de jaren '80 en '90 van de twintigste eeuw, van een (welvaart)staat tot een regulerende staat impliceerde voornamelijk wijzigingen inzake het bestuur van een staat. Energie speelde daarbij bovendien een belangrijke rol aangezien de energievoorziening jarenlang een gevoelige en cruciale *politieke* plaats innam. Eerst en vooral bleek dit na de Tweede Wereldoorlog, toen staten moesten investeren in de wederopbouw, de (her)verdeling van de beschikbare middelen en de stabilisatie van hun economie. Elektriciteitsvoorziening speelde daarbij een essentiële rol. De tweede maal dat energie een duidelijk politieke draagwijdte kreeg was bij de oliecrisis in de jaren zeventig,<sup>141</sup> waarbij tijdens politieke debatten nadrukkelijk vragen naar boven kwamen omtrent de bevoorradingszekerheid en diversiteit van het energieaanbod. Aangezien het beleidsdomein energie op nationaal niveau politiek gewichtig was, was het niet verwonderlijk dat de Europese Gemeenschap weinig zeggenschap had met betrekking tot het energiebeleid in de verschillende lidstaten. Bovendien was er een relatief stabiele consensus onder de lidstaten met betrekking tot de gewenste structuur van de elektriciteitssector. De aanvankelijke economische gedachte daarbij - bij het creëren van een nationaal systeem inzake elektriciteit - neigde naar een, toch wat het netwerk betrof, monopoliesituatie.<sup>142</sup> Dit omdat men te maken had met substantiële economische schaalvoordelen, alsook voordelen die voortvloeiden uit het coördineren van de functies van productie, transmissie en distributie. Aangezien elektriciteit daarenboven niet kan worden opgeslagen en onderhevig is aan tijdelijke fluctuaties in vraag en aanbod, werd het nodig geacht

---

<sup>139</sup> Zie hoofdstuk 1.

<sup>140</sup> G. MAJONE, "The Rise of the Regulatory State in Europe", *West European Politics* 1994, 77-101; F. GILARDI, *Delegation in the Regulatory State. Independent Regulatory Agencies in Western Europe*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008, 1 en 13; K. YEUNG, "The Regulatory State" in R. BALDWIN, M. CAVE en M. LODGE (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2010, (64) 64; M. MORAN, "Review article: Understanding the Regulatory State", *British Journal of Political Science* 2002, 391-413; M. MAGGETTI, *Regulation in Practice. De de facto independence of regulatory agencies*, Colchester, ECPR Press, 2012, 10.

<sup>141</sup> V. BIRCHFIELD en J. DUFFIELD, "The Recent Upheaval in EU Energy Policy" in V. BIRCHFIELD en J. DUFFIELD (eds.), *Toward a Common European Union Energy Policy. Problems, Progress, and Prospects*, New York, Palgrave MacMillan, 2011, (1) 4.

<sup>142</sup> Werkdocument COM(1988) 238 van de Commissie, The Internal Energy Market, Brussel, 2 mei 1985, 20.

bovenstaande functies samen te voegen in één hand, meestal in de hand van een staatsbedrijf.<sup>143</sup> Daarenboven speelden ook technologische ontwikkelingen een rol, waarbij de schaal, de grootte en de efficiëntie van de productie-installaties steeds toenam, waardoor de prijs voor energie (elektriciteit) naar beneden ging. Deze technologische verbeteringen vereisten echter grote financiële investeringen, waar een groot aantal afnemers tegenover diende te staan (cost-benefit). Op die manier bleef men de bestaande monopolistische structuur consolideren. In vele Europese landen ging dit proces dan ook gepaard met een nog grotere overheidsinmenging.<sup>144</sup> In verschillende Europese landen kregen de overheden dan ook de controle over bepaalde belangrijke voorzieningen en middelen, via de nationalisering van diverse nutssectoren, waaronder de gas- en elektriciteitssector maar ook de water-, telecommunicatie- en spoorwegsector.<sup>145</sup> De staat werd immers gezien als een noodzakelijke speler in de strijd tegen marktfalen en moest ervoor zorgen dat via marktinterventie de markt efficiënter zou functioneren.

**62.** Dit model kwam echter langzaam onder druk te staan, onder andere door toenemende inflatie en werkloosheid. De sociale ontevredenheid werd een voedingsbodem voor het ontstaan van de regulerende staat, waarbij staten hun publieke deelname in de nutssectoren verkochten aan private spelers om zo de openbare diensten te privatiseren, waardoor de overheid enerzijds trachtte te besparen en men anderzijds ook de concurrentie op de markt trachtte te verhogen. Deze tendens werd beïnvloed door de Europese Unie, waarbij o.a. de Europese Akte streefde naar het tot stand brengen van een Europese interne markt tegen 31 december 1992.<sup>146</sup> In dit kader werd eveneens een poging ondernomen om een interne energiemarkt te creëren.<sup>147</sup> De Europese Unie wenste een open, concurrerende, efficiënte en productieve energiemarkt te creëren.<sup>148</sup> In 1988 publiceerde de Europese commissie een document getiteld "Interne Energiemarkt".<sup>149</sup> Dit document was het begin van een hele hervorming van de energiesector, omdat bleek dat de sector werd gekenmerkt door nationale (overheids) monopolies.<sup>150</sup> Deze monopolies zorgden ervoor dat de

---

<sup>143</sup> G. BLOCK en A. JOHNSTON, *EU Energy Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 10.

<sup>144</sup> G. BLOCK en A. JOHNSTON, *EU Energy Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 10.

<sup>145</sup> Zo creëerde men in Frankrijk in 1946 Électricité de France (EdF) en Gaz de France (Gdf). Zie ook K. YEUNG, "The Regulatory State" in R. BALDWIN, M. CAVE en M. LODGE (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2010, (64) 66.

<sup>146</sup> De Europese Akte tot wijziging van het Verdrag van Rome, 17 en 28 Februari 1986, *Pb.L.* 29 juni 1987, 169; Wet 7 augustus 1986 houdende goedkeuring van de Europese Akte opgemaakt te Luxemburg op 17 februari 1986 en te Den Haag op 28 februari 1986, *BS* 28 januari 2001, 1164. Zie ook G. MAJONE, "The Rise of the Regulatory State in Europe", *West European Politics* 1994, 77-101.

<sup>147</sup> B. DELVAUX, *EU Law and the Development of a Sustainable, Competitive and Secure Energy Policy. Opportunities and Shortcomings*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 30.

<sup>148</sup> V. BIRCHFIELD en J. DUFFIELD, "The Recent Upheaval in EU Energy Policy" in V.L. BIRCHFIELD en J.S. DUFFIELD (eds.), *Toward a Common European Union Energy Policy. Problems, Progress, and Prospects*, New York, Palgrave MacMillan, 2011, (1) 4 en 13.

<sup>149</sup> Werkdocument COM(1988) 238 van de Commissie, *The Internal Energy Market*, Brussel, 2 mei 1985.

<sup>150</sup> W. DEVROE, "Toezicht op de vrije mededinging in de Belgische energiemarkt" in K. DEKETELAERE (ed.), *Jaarboek Energierecht 2002*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (211) 228; Werkdocument COM(1988) 238 van de Commissie, *The Internal Energy Market*, Brussel, 2 mei 1985, 20.

interne markt niet kon voltooid worden.<sup>151</sup> Aangezien veel van deze netwerkindustrieën het natuurlijk monopolie behielden, dat voorheen aan de staten toebehoorde,<sup>152</sup> werd aangenomen dat enige vorm van controle op dit monopolie nodig was.<sup>153</sup> De EU liberaliseringsrichtlijnen zorgden er immers voor dat nationale overheden de regulerende activiteiten moesten afscheiden van de industriële activiteiten.<sup>154</sup> De liberalisering en de privatisering van bepaalde economische sectoren zorgden ervoor dat herregulering van de markten nodig was, waardoor nieuwe regelgeving ontstond die de oprichting van nieuwe onafhankelijke regulerende entiteiten nodig maakte.<sup>155</sup> In de Europese staten werden zo, naar Amerikaans voorbeeld, nationale regulerende instanties opgericht waaraan de regulerende bevoegdheden werden gedelegeerd. Deze instanties moesten zorgen voor onafhankelijke regulering van en toezicht op de (energie)sector. De staten besturen in een regulerende staat dan ook meer vanop een afstand, waarbij hiërarchische controle eveneens plaats maakte voor andere vormen van toezicht.

**63.** Deze tendens bleek eveneens op het Europees niveau voor te komen - vandaar dat ook de EU als geheel wordt beschouwd als een regulerende staat - in die zin dat er talrijke Europese agentschappen werden opgericht waaraan diverse bevoegdheden werden gedelegeerd, zoals bijvoorbeeld European Environment Agency (EEA), European Food Safety Authority (EFSA), European Railway Agency (ERA), Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER),...<sup>156</sup>

#### **D. DE EVOLUTIE IN HET EUROPEES JURIDISCH KADER INZAKE ENERGIE**

**64.** Er werd reeds aangehaald dat de energiesector in vele Europese landen werd gekenmerkt door de aanwezigheid van nationale (overheids)monopolies. Hierdoor hechtten de Europese landen - ook als lidstaten van de Europese Unie - veel belang aan de uitwerking van hun eigen, nationaal energiebeleid. De

---

<sup>151</sup> Zij het dat bepaalde monopolies echter niet noodzakelijk nefast zijn. Hierbij kan als voorbeeld worden verwezen naar de verticale integratie tussen productie en levering van elektriciteit. Zie B. DELVAUX, "Belgisch kader van toepassing op de elektriciteits- en gasmarkt: EU's mini me?" in B. DELVAUX, B. VANHEUSDEN en K. WAUTERS, *Invloed van het EU-recht op het Belgisch bestuursrecht*, Brugge, dieKeure, 2014, (189) 191. Een ander voorbeeld hierbij zijn warmtenetten, waarbij een monopoliepositie in sommige situaties gunstigere, lagere prijzen met zich kan meebrengen voor de consumenten. Zie daarover L. DE DEYNE en B. VANHEUSDEN, "Warmtenetten in België: juridische (on)zekerheid? Analyse van zaken-, energie- en contractenrechtelijke aspecten bij de aanleg en exploitatie van een warmtenet", *MER* 2015, afl. 2, 99-117.

<sup>152</sup> In sommige landen, zoals België, bleven bepaalde nutssectoren echter in publieke handen (o.a. Electrabel, Belgacom, NMBS,...).

<sup>153</sup> K. YEUNG, "The Regulatory State" in R. BALDWIN, M. CAVE en M. LODGE (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2010, (64) 66.

<sup>154</sup> F. GILARDI, "Policy credibility and delegation to independent regulatory agencies: a comparative empirical analysis", *Journal of European Public Policy* 2002, 873-893.

<sup>155</sup> S. VOGEL, *A political economy reader: markets as institutions*, New York, Routledge, 2008.

<sup>156</sup> Zie o.a. M. CHAMON, "EU risk regulators and EU procedural law", *European Journal of Risk Regulation* 2014, 324-337; M. CHAMON, "The empowerment of agencies under the Meroni doctrine and article 114 TFEU: comment on United Kingdom v Parliament and council (short-selling) and the proposed single resolution mechanism", *European Law Review* 2014, 380-403; M. SCHOLTEN, *The Political Accountability of EU and US Independent Regulatory Agencies*, Nijhoff, Brill, 2014, 365 p; Zie ook specifiek met betrekking tot ACER: B. DELVAUX, *EU Law and the Development of a Sustainable, Competitive and Secure Energy Policy. Opportunities and Shortcomings*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 284-297.

verschillende landen maakten daarbij ook verschillende keuzes wat bijvoorbeeld de elektriciteitsproductie betrof.<sup>157</sup> Sommige lidstaten investeerden op grote schaal in nucleaire energie (zoals bijvoorbeeld België<sup>158</sup> en Frankrijk). Andere, bv. de Scandinavische landen, investeerden dan weer eerder in hernieuwbare energie. Zo had elk land zijn eigen "energie-mix" en een eigen energiebeleid. De inmenging van de Europese Unie werd zeker en vast door de lidstaten niet nodig geacht, temeer omdat het energiebeleid een hoog potentieel had om ook andere politieke doelstellingen te gaan verwezenlijken.<sup>159</sup> Dat er weinig vooruitgang was in het aannemen van een Europees energiebeleid tussen 1960 en 1980 bleek ook uit het werkdocument van de EU Commissie inzake de interne energiemarkt.<sup>160</sup>

Deze invalshoek wijzigde langzaam - onder andere door de oliecrisis in de jaren zeventig - maar ook door een stop in de technologische ontwikkeling bij de bestaande productie-installaties en de hoge kosten bij nieuwe productie-installaties.<sup>161</sup> Bovendien bleek dat de overheid zich vrij vaak inmengde in het prijsbeleid inzake energie, waardoor het voor veel bedrijven leek alsof het prijsbeleid prioriteit verkreeg, in plaats van de bevoorradingszekerheid.<sup>162</sup> De roep naar privatisering en deregulering van de energiesector werd groter. Daarenboven verkreeg het leefmilieu meer aandacht, waardoor hernieuwbare en milieuvriendelijke energieproductie meer aandacht kreeg, net als emissiecontrole etc.

## 1. Verdragsbepalingen

**65.** Europees initiatief bleef niet achterwege. Om een meer competitieve energiemarkt te bewerkstelligen onderwierp men in eerste instantie de (overheids)monopolies in de Europese Unie aan het primaire recht van de Unie. Zij werden in eerste instantie onderworpen aan artikel 86<sup>163</sup> van het Verdrag tot

---

<sup>157</sup> Werkdocument COM(1988) 238 van de Commissie, *The Internal Energy Market*, Brussel, 2 mei 1985, 5: "Political traditions, taxation habits and energy resources also vary very considerably between Member States. Consequently, rules and behaviour have developed in ways which are at times very different".

<sup>158</sup> Waarbij de kerncentrales in België, Doel en Tihange, werden gebouwd tussen 1975 en 1985.

<sup>159</sup> Bijvoorbeeld het controleren van inflatie door een bepaalde prijs op te leggen of door het subsidiëren van bepaalde maatregelen.

<sup>160</sup> Werkdocument COM(1988) 238 van de Commissie, *The Internal Energy Market*, 2.

<sup>161</sup> G. BLOCK en A. JOHNSTON, *EU Energy Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 13.

<sup>162</sup> G. BLOCK en A. JOHNSTON, *EU Energy Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 12.

<sup>163</sup> Huidig artikel 106 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU): 1. De lidstaten nemen of handhaven met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel welke in strijd is met de regels van de Verdragen, met name die bedoeld in de artikelen 18 en 101 tot en met 109. 2. De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van de Verdragen, met name onder de mededingingsregels, voorzover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Unie. 3. De Commissie waakt voor de toepassing van dit artikel en richt, voorzover nodig, passende richtlijnen of besluiten tot de lidstaten. Zie ook B. DELVAUX, "Belgisch kader van toepassing op de elektriciteits- en gasmarkt: EU's mini me?" in B. DELVAUX, B. VANHEUSDEN en K. WAUTERS, *Invloed van het EU-recht op het Belgisch bestuursrecht*, Brugge, dieKeure, 2014, (189) 191; P. EIKELAND, "EU Internal Energy Market Policy" in V. BIRCHFIELD en J. DUFFIELD (eds.), *Toward a Common European Union Energy Policy. Problems, Progress, and Prospects*, New York, Palgrave MacMillan, 2011, (13) 17.

oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (hierna: EG-Verdrag).<sup>164</sup> Ook de artikelen met betrekking tot de interne markt werden van toepassing verklaard. Zo werd artikel 95 EG-Verdrag regelmatig gebruikt als juridische basis om Europese regelgeving met betrekking tot energie uit te vaardigen.<sup>165</sup> De artikelen 174 en 175 EG-Verdrag inzake milieu werden eveneens regelmatig gebruikt als juridische basis voor wetgevend optreden.<sup>166</sup>

Het Verdrag van Maastricht van 1992 paste het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap aan, in die zin dat artikel 3 toen voor het eerst "energie" vermeldde als een gemeenschappelijk beleidsdomein.<sup>167</sup> Artikel 3 stelde dat "teneinde de in artikel 2 genoemde doelstellingen te bereiken, [...] het optreden van de Gemeenschap onder de voorwaarden en volgens het tijdschema waarin dit Verdrag voorziet: a) [...] u) maatregelen op het gebied van energie, civiele bescherming en toerisme [omvat]".<sup>168</sup>

**66.** Met het Verdrag van Lissabon<sup>169</sup> is voor een eerste maal "energie" als effectief bevoegdheidsdomein van de EU opgenomen.<sup>170</sup> Huidig artikel 4(2)(i) van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) bepaalt

---

<sup>164</sup> Verdrag van 25 maart 1957 tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap, niet gepubliceerd. Te consulteren op: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=NL>.

<sup>165</sup> Huidig artikel 114 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU): 1 Tenzij in de Verdragen anders is bepaald, zijn de volgende bepalingen van toepassing voor de verwezenlijking van de doeleinden van artikel 26. Het Europees Parlement en de Raad stellen 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. 2 Lid 1 is niet van toepassing op de fiscale bepalingen, op de bepalingen inzake het vrije verkeer van personen en op de bepalingen inzake de rechten en belangen van werknemers. 3 De Commissie zal bij haar in lid 1 bedoelde voorstellen op het gebied van de volksgezondheid, de veiligheid, de milieubescherming en de consumentenbescherming uitgaan van een hoog beschermingsniveau [...]. Zie o.a. B. DELVAUX, *EU Law and the Development of a Sustainable, Competitive and Secure Energy Policy. Opportunities and Shortcomings*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 222.

<sup>166</sup> Huidig artikel 191 en 192 VWEU. Artikel 191: Het beleid van de Unie op milieugebied draagt bij tot het nastreven van de volgende doelstellingen: behoud, bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu; bescherming van de gezondheid van de mens; behoedzaam en rationeel gebruik van natuurlijke hulpbronnen; bevordering op internationaal vlak van maatregelen om het hoofd te bieden aan regionale of mondiale milieuproblemen, en in het bijzonder de bestrijding van klimaatverandering [...]. Artikel 192: Het Europees Parlement en de Raad stellen volgens de gewone wetgevingsprocedure en na raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's de activiteiten vast die de Unie moet ondernemen om de doelstellingen van artikel 191 te verwezenlijken [...]. Zie ook G. BLOCK en A. JOHNSTON, *EU Energy Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 4; B. DELVAUX, *EU Law and the Development of a Sustainable, Competitive and Secure Energy Policy. Opportunities and Shortcomings*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 266.

<sup>167</sup> Verdrag van 7 februari 1992 betreffende de Europese Unie, *Pb.C.* 29 juli 1992, afl. 191 en *BS* 30 oktober 1993.

<sup>168</sup> G. BLOCK en A. JOHNSTON, *EU Energy Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 29.

<sup>169</sup> Verdrag van Lissabon van 13 december 2007 tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, *Pb.C.* 17 december 2007, afl. 306; Geconsolideerd als: Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) en Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

<sup>170</sup> G. BLOCK en A. JOHNSTON, *EU Energy Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 4. Het Verdrag van Lissabon erkent het belang van het energiebeleid en voorziet dienaangaande dan ook een specifiek hoofdstuk in de oprichtingsverdragen van de Europese Unie (EU). De bevoegdheden van de EU zijn voortaan duidelijk omschreven met het oog op de verwezenlijking van de gemeenschappelijke doelstellingen van de lidstaten op het gebied van energie. Vóór de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon bevatten de oprichtingsverdragen van de EU geen specifieke bepaling over de actie van de EU op het gebied van energie. Het Verdrag van Lissabon voorziet met artikel 4(2)(i) en 194 van het Verdrag betreffende de werking van de EU in een specifieke rechtsgrondslag met betrekking tot energie. Dankzij deze vernieuwing kunnen de maatregelen van de EU op energiegebied nader worden omschreven en verduidelijkt. Bovendien nemen de Raad en het Europees Parlement op het gebied wetsbesluiten aan volgens de gewone wetgevingsprocedure, na raadpleging van het Comité van de Regio's en van het Europees Economisch en Sociaal Comité.

Zie: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/treaties/lisbon\\_treaty/ai0024\\_nl.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0024_nl.htm). Een gemeenschappelijk beleidsdomein vormt bijgevolg geen basis op zich voor wetgevend optreden, de liberaliseringsrichtlijnen werden in het verleden (voor Lissabon) dan ook aangenomen op basis van de artikelen betreffende de interne markt; een bevoegdheidsdomein vormt wel een daadwerkelijke eigen basis voor wetgevend optreden. Een gemeenschappelijk beleidsdomein omvat *gemeenschappelijke doelstellingen* en voor het behalen van de doelstellingen heeft men bevoegdheden nodig.

dat de Unie een met de lidstaten gedeelde bevoegdheid heeft. De gedeelde bevoegdheden van de Unie en de lidstaten betreffen in het bijzonder de volgende gebieden: a) interne markt; b) sociaal beleid, voor de in het onderhavige Verdrag genoemde aspecten; c) economische, sociale en territoriale samenhang; d) landbouw en visserij, met uitsluiting van de instandhouding van de biologische rijkdommen van de zee; e) milieu; f) consumentenbescherming; g) vervoer; h) trans-Europese netwerken; i) **energie**; j) de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht; k) gemeenschappelijke veiligheidsvraagstukken op het gebied van volksgezondheid, voor de in het onderhavige Verdrag genoemde aspecten. Het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie bevat bovendien een uitdrukkelijke eigen juridische basis voor de EU om op te treden inzake energie. Artikel 194 VWEU bepaalt:

- "1. In het kader van de totstandbrenging en de werking van de interne markt en rekening houdend met de noodzaak om het milieu in stand te houden en te verbeteren, is het beleid van de Unie op het gebied van energie, in een geest van solidariteit tussen de lidstaten, erop gericht:
- a) de werking van de energiemarkt te waarborgen;
  - b) de continuïteit van de energievoorziening in de Unie te waarborgen,
  - c) energie-efficiëntie, energiebesparing en de ontwikkeling van nieuwe en duurzame energie te stimuleren; en
  - d) de interconnectie van energienetwerken te bevorderen.
2. Onverminderd de toepassing van andere bepalingen van de Verdragen stellen het Europees Parlement en de Raad, volgens de gewone wetgevingsprocedure, de maatregelen vast die noodzakelijk zijn om de in lid 1 genoemde doelstellingen te verwezenlijken. Deze maatregelen worden vastgesteld na raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité en van het Comité van de Regio's. Zij zijn, onverminderd artikel 192, lid 2, onder c), niet van invloed op het recht van een lidstaat de voorwaarden voor de exploitatie van zijn energiebronnen te bepalen, op zijn keuze tussen verschillende energiebronnen of op de algemene structuur van zijn energievoorziening.
3. In afwijking van lid 2, stelt de Raad volgens een bijzondere wetgevingsprocedure, met eenparigheid van stemmen en na raadpleging van het Europees Parlement, de daarin bedoelde maatregelen vast die voornamelijk van fiscale aard zijn."

Zeker is wel dat door het effectief opnemen van energie als bevoegdheidsdomein men een uitdrukkelijke juridische basis heeft gecreëerd in het VWEU. Dit houdt duidelijk een stap in richting meer Europese invloed op de ontwikkeling van het EU energierecht. Denk bijvoorbeeld aan de recente ontwikkelingen inzake de "European Energy Union".<sup>171</sup>

## **2. De interne markt inzake energie en het eerste liberaliseringspakket**

---

<sup>171</sup> COM(2015) 080DEF, A Framework Strategy for a Resilient Energy Union with a Forward-Looking Climate Change Policy, 25 februari 2015.

67. De loutere toepassing van oud art. 86 EG bleek onvoldoende om de doelstellingen te bereiken inzake het creëren van een vrije en competitieve energiemarkt.<sup>172</sup> Eind jaren tachtig werd de Europese Akte aangenomen<sup>173</sup> waarbij werd gestreefd naar een Europese Interne markt. De Europese Interne Markt (*the Single Market*) is "een manier om de economische integratie te betonen in de Europese Gemeenschap en dient bovenal om op korte termijn ervoor te zorgen dat de EG meer competitief is, in een wereld die vraagt om meer concurrentie".<sup>174</sup>

In navolging van de Europese Akte werd eveneens gepoogd een interne energiemarkt tot stand te brengen. Hiermee wilde men een open, concurrerende, efficiënte en productieve energiemarkt tot stand brengen.<sup>175</sup> In 1988 bracht de Commissie een werkdocument naar voren met de titel "Interne Energiemarkt".<sup>176</sup> De Europese Commissie en de Raad stelden dat er nood was aan "een grotere integratie, vrij van handelsbarrières, van de interne energiemarkt met het oog op de verbetering van de bevoorradingszekerheid, het verminderen van de kosten en het verbeteren van de economische competitiviteit".<sup>177</sup> Het document wordt dan ook vaak aanzien als het startschot voor de hervorming van de energiesector. Indien men een interne energiemarkt wou creëren dan moesten een aantal barrières worden weggewerkt, zoals onder andere het bestaan van exclusieve rechten, staatsmonopolies, nationale steunregelingen (bijvoorbeeld in de steenkoolindustrie), een gebrek aan transparantie bij de prijszetting, het bestaan van overheidscontrole op import en export...<sup>178</sup> Het ging om zowel technische, als politieke als fiscale barrières. De voornaamste beweegredenen tot het creëren van een interne energiemarkt vloeiden voort uit het feit dat een vrije en competitieve markt zou leiden tot meer efficiëntie, tot lagere prijzen voor consumenten en tot economische groei en meer welvaart.<sup>179</sup> Een belangrijk element hierbij was de zogenaamde "common carrier", een idee dat werd overgenomen vanuit het Verenigd Koninkrijk.<sup>180</sup> Dit hield in dat de elektriciteits- en de aardgasinfrastructuren beheerd moesten worden door onafhankelijke entiteiten, die gescheiden van de productie en levering opereerden. Op die manier moesten ook derden toegang krijgen tot het netwerk (*third party access*), zij het tegen het betalen van een redelijke prijs aan een onafhankelijke entiteit (*the common carrier system*). Op die manier zouden de consumenten de mogelijkheid krijgen om hun energie

---

<sup>172</sup> W. DEVROE, "Toezicht op de vrije mededinging in de Belgische energiemarkt" in K. DEKETELAERE (ed.), *Jaarboek Energierecht 2002*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (211) 228.

<sup>173</sup> De Europese Akte tot wijziging van het Verdrag van Rome, 17 en 28 Februari 1986, *Pb.L.* 29 juni 1987, 169; Wet 7 augustus 1986 houdende goedkeuring van de Europese Akte opgemaakt te Luxemburg op 17 februari 1986 en te Den Haag op 28 februari 1986, *BS* 28 januari 2001, 1164.

<sup>174</sup> Werkdocument COM(1988) 238 van de Commissie, *The Internal Energy Market*, Brussel, 2 mei 1985, 5.

<sup>175</sup> P. EIKELAND, "EU Internal Energy Market Policy" in V. BIRCHFIELD en J. DUFFIELD (eds.), *Toward a Common European Union Energy Policy. Problems, Progress, and Prospects*, New York, Palgrave MacMillan, 2011, (13) 13.

<sup>176</sup> Werkdocument COM(1988) 238 van de Commissie, *The Internal Energy Market*, Brussel, 2 mei 1985.

<sup>177</sup> Werkdocument COM(1988) 238 van de Commissie, *The Internal Energy Market*, Brussel, 2 mei 1985, 3.

<sup>178</sup> Werkdocument COM(1988) 238 van de Commissie, *The Internal Energy Market*, Brussel, 2 mei 1985, 13 en volgende.

<sup>179</sup> P. EIKELAND, "EU Internal Energy Market Policy" in V. BIRCHFIELD en J. DUFFIELD (eds.), *Toward a Common European Union Energy Policy. Problems, Progress, and Prospects*, New York, Palgrave MacMillan, 2011, (13) 13.

<sup>180</sup> Werkdocument COM(1988) 238 van de Commissie, *The Internal Energy Market*, Brussel, 2 mei 1985, 64.



geleverd te krijgen van een producent of leverancier naar voorkeur, tegen een gepaste lage kostprijs.<sup>181</sup> Het document uit 1988 maakte echter onmiddellijk melding van het protest van de elektriciteitsproducenten, die de moeilijke technische haalbaarheid van dit systeem aankaartten, waardoor de definiëring van de verplichtingen en de toepasbaarheid van een concept als een "common carrier" niet eenvoudig werd geacht. Niettemin diende men volgens de Europese Commissie het concept in overweging te nemen.

**68.** De Europese Commissie besloot dan ook om wetgevend op te treden via het uitvaardigen van (voorlopige) richtlijnen, om zo het pad te effenen voor een later, meer ingrijpend wetgevend optreden. De richtlijnen hadden daarbij voornamelijk betrekking op transparantie inzake prijzen en doorvoer van elektriciteit en gas.<sup>182</sup>

**69.** In 1992 deed de Commissie een voorstel tot het realiseren van een interne markt voor elektriciteit.<sup>183</sup> In 1995 bracht ze een Groenboek naar voren met als titel 'Voor een energiebeleid van de Europese Unie'<sup>184</sup> en eind 1995 verscheen het witboek van de Commissie getiteld 'Een Energiebeleid voor de Europese Unie'.<sup>185</sup> Vervolgens werd op 19 december 1996 de eerste elektriciteitsrichtlijn aangenomen.<sup>186</sup>

Richtlijn 96/92/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit legde de regels vast voor de productie, de transmissie en de distributie van elektriciteit. De richtlijn regelde de wijze van organisatie en de werking van de elektriciteitssector, de toegang tot de markt, de criteria en procedures die golden voor de aanbestedingen, de verlening van vergunningen en de exploitatie van de netten.<sup>187</sup> Het uiteindelijke doel van de richtlijn was de geleidelijke openstelling van de elektriciteitsmarkt.

In 1998 volgde een eerste wetgevend initiatief betreffende de gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas.<sup>188</sup> Richtlijn 98/30/EG legde de gemeenschappelijke regels vast voor de transmissie, distributie, levering en opslag van aardgas.<sup>189</sup> De overwegingen beklemtoonden dat de geleidelijke totstandbrenging van een competitieve aardgasmarkt een belangrijk element was van de voltooiing van de interne markt voor energie en dat bijgevolg verdere maatregelen dienden te worden genomen zodat een

<sup>181</sup> Werkdocument COM(1988) 238 van de Commissie, *The Internal Energy Market*, Brussel, 2 mei 1985, 72.

<sup>182</sup> Richtlijn 90/377/EEG van de Raad van 29 juni 1990 betreffende een communautaire procedure inzake de doorzichtigheid van prijzen van gas en elektriciteit voor industriële eindverbruikers, *Pb.L.* 17 juli 1990, afl. 185.

<sup>183</sup> Voorstel COM(1991) 548 voor een Richtlijn van de Raad betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit, 21 februari 1992, *Pb.L.* 14 maart 1992, afl. 65.

<sup>184</sup> Groenboek COM(1994) 659DEF, *Voor een Energiebeleid van de Europese Unie*, 11 januari 1995.

<sup>185</sup> Witboek COM(1995) 628DEF, *Een energiebeleid voor de Europese Unie*, 13 december 1995.

<sup>186</sup> Richtlijn 96/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit, *Pb.L.* 30 januari 1997, afl. 27, 20.

<sup>187</sup> Artikel 1 van richtlijn 96/92/EG.

<sup>188</sup> Richtlijn 98/30/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas, *Pb.L.* 21 juli 1998, afl. 204, 1.

<sup>189</sup> De richtlijnen 96/92/EG en 98/30/EG (en hun opvolgers) worden ook wel liberaliseringsrichtlijnen genoemd, wegens het beogen van de vrijmaking van de elektriciteits- en gasmarkt. Men spreekt ook van het eerste pakket liberaliseringsrichtlijnen of de eerste Elektriciteits- en Gasrichtlijnen.

interne markt voor aardgas kon tot stand worden gebracht. De richtlijn vormde een nieuwe fase van liberalisering en wou zo, net zoals de richtlijn betreffende de gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit, misbruik van machtsposities en markt-ondermijnende gedragingen voorkomen.

Beide richtlijnen kwamen echter pas tot stand na een lang proces van onderhandelingen en dit heeft ervoor gezorgd dat het pakket veel minder ingrijpend of verregaand was dan de Europese Commissie initieel had voorgesteld.<sup>190</sup>

**70.** De elektriciteitsrichtlijn en de aardgasrichtlijn maken geen melding meer van een "common carrier", maar spreken nu wel van een transmissienetbeheerder (*transmission system operator*, TSO) en een distributienetbeheerder (*distribution system operator*, DSO). Artikel 7 bepaalde dat "de lidstaten een netbeheerder aanwijzen of verlangen van de elektriciteitsbedrijven die eigenaar van transmissienetten zijn, dat zij een netbeheerder aanwijzen, die in een bepaald gebied verantwoordelijk is voor de exploitatie, het onderhoud en, in voorkomend geval, de ontwikkeling van het transmissienet en de koppellijnen daarvan naar andere netten, om de continuïteit van de voorziening te waarborgen." De transmissienetbeheer moet onafhankelijk zijn van de andere, niet met het transmissienet verbonden activiteiten (art. 7, 6) en onthoudt zich van iedere vorm van discriminatie.<sup>191</sup> Artikel 10 bepaalde dat "de lidstaten een distributienetbeheerder aanwijzen, of verlangen van de elektriciteitsbedrijven die eigenaar zijn van of verantwoordelijk zijn voor distributienetten, dat zij een netbeheerder aanwijzen. De distributienetbeheerder is verplicht in een bepaald gebied het distributienet en de koppellijnen daarvan naar andere netten te exploiteren, te onderhouden en eventueel te ontwikkelen". De onafhankelijkheid van distributienetbeheerders werd door de richtlijn (nog) niet vereist. Bij de aardgasrichtlijn (98/30/EG) spraken enkel van (1) een toegang tot het systeem via onderhandelingen of (2) een gereguleerde toegang tot het systeem (artikel 15 en 16).<sup>192</sup> Bij de eerste procedure onderhandelde men met de eigenaar van het netwerk, waarbij met elke afnemer een afzonderlijke overeenkomst tot stand kwam. De tweede procedure is iets transparanter en hield in dat de eigenaars van het netwerk de

---

<sup>190</sup> P. EIKELAND, "EU Internal Energy Market Policy" in V. BIRCHFIELD en J. DUFFIELD (eds.), *Toward a Common European Union Energy Policy. Problems, Progress, and Prospects*, New York, Palgrave MacMillan, 2011, (13) 13.

<sup>191</sup> Zie ook J. GEKIERE, "De recente voorstellen tot wijziging van de Europese regelgeving" in K. DEKETELAERE (ed.), *Jaarboek Energierecht 2002*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (1) 10.

<sup>192</sup> Artikel 15, 1: Bij toegang tot het systeem via onderhandelingen nemen de lidstaten de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat aardgasbedrijven en in aanmerking komende afnemers binnen en buiten het door het stelsel van systemen bestreken grondgebied kunnen onderhandelen over toegang tot het systeem met het oog op het sluiten van leveringscontracten op basis van vrijwillige commerciële overeenkomsten. De partijen moeten worden verplicht te goeder trouw over toegang tot het systeem te onderhandelen. 2. Over de contracten voor toegang tot het systeem moet met de betrokken aardgasbedrijven worden onderhandeld. De lidstaten schrijven de aardgasbedrijven voor dat zij hun belangrijkste handelsvoorwaarden voor het gebruik van het systeem publiceren in het eerste jaar na de toepassing van deze richtlijn en vervolgens elk jaar. Artikel 16: Lidstaten die kiezen voor gereguleerde toegang zorgen ervoor dat aardgasbedrijven en in aanmerking komende afnemers binnen en buiten het door het stelsel van systemen bestreken grondgebied een recht van toegang tot het systeem krijgen, op basis van gepubliceerde tarieven en/of andere voorwaarden en verplichtingen voor het gebruik van dat systeem. Dit recht van toegang voor in aanmerking komende afnemers kan worden verleend door hen in staat te stellen leveringscontracten af te sluiten met andere concurrerende aardgasbedrijven dan de eigenaar en/of exploitant van het systeem of een verwant bedrijf.

voorwaarden voor de toegang tot het netwerk bekendmaakten, waarna een overeenkomst werd gesloten.<sup>193</sup>

Bedrijven konden echter geïntegreerd blijven. Geïntegreerde elektriciteitsbedrijven moesten wel intern een afzonderlijke boekhouding voeren voor de productie-, de transmissie-, en de distributieactiviteiten, en in voorkomend geval, op geconsolideerde basis, voor hun andere, niet-elektrische activiteiten, zoals zij zouden moeten doen indien die activiteiten door verschillende ondernemingen werden uitgevoerd, om discriminatie, kruissubsidies en concurrentievervalsing te voorkomen (artikel 14, 3).

71. Richtlijn 96/92/EG en richtlijn 98/30/EG bevatten nog slechts enkele vage bepalingen die betrekking hadden op de eventuele inrichting van een regelgevende instantie. Specifiek met betrekking tot de regulering werd in overweging 10 van richtlijn 96/92/EG vermeld dat er thans, op grond van structurele verschillen in de lidstaten, verschillende systemen voor de regulering van de elektriciteitssector bestonden. Deze overweging diende men te koppelen aan artikel 22 van richtlijn 96/92/EG. Deze bepaling legde immers een verplichting op aan de lidstaten om passende en doelmatige mechanismen voor regulering, controle en transparantie te creëren. Dit om misbruik van machtsposities en markt-ondermijnende praktijken te voorkomen.<sup>194</sup> Artikel 22 van richtlijn 98/30/EG stelde eveneens, in nagenoeg identieke bewoordingen, dat de lidstaten passende en doelmatige mechanismen voor regulering, controle en transparantie dienden in te stellen.<sup>195</sup> Hier wordt in onderstaande afdeling D nader op in gegaan.

### 3. Het tweede liberaliseringspakket

72. Hoewel de meeste lidstaten de richtlijnen volledig hadden omgezet, bleek het dat er verdere maatregelen nodig waren om de interne energiemarkt te voltooien. Het tweede pakket liberaliseringsrichtlijnen (richtlijnen 2003/53/EG en 2003/54/EG) werd in juni 2003 aangenomen.<sup>196</sup> Door deze richtlijnen werd het eerste liberaliseringspakket vervangen. Richtlijn 2003/54/EG en richtlijn 2003/55/EG maakten in hun overwegingen melding van een noodzaak aan "een snelle voortgang van de voltooiing van de interne markt voor de elektriciteits- en gasector en [...] een versnelling van de liberalisering in deze sectoren met het oog op de totstandbrenging van een volledig operationele interne markt [...]".<sup>197</sup> De richtlijnen vereisten dat de markt volledig moest opengesteld zijn

<sup>193</sup> P. EIKELAND, "EU Internal Energy Market Policy" in V. BIRCHFIELD en J. DUFFIELD (eds.), *Toward a Common European Union Energy Policy. Problems, Progress, and Prospects*, New York, Palgrave MacMillan, 2011, (13) 19.

<sup>194</sup> Artikel 22 richtlijn 96/92/EG en 98/30/EG.

<sup>195</sup> Het gaat hier om identieke bewoordingen als in artikel 22 van de richtlijn 96/92/EG.

<sup>196</sup> Richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van Richtlijn 96/92/EG, *Pb.L.* 15 juli 2003, afl. 176, 37; Richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van Richtlijn 98/30/EG, *Pb.L.* 15 juli 2003, afl. 176, 57.

<sup>197</sup> Overweging 3 van richtlijn 2003/54/EG en overweging 3 van de richtlijn 2003/55/EG.

vanaf juli 2004 voor wat de niet-huishoudelijke afnemers betrof, en vanaf juli 2007 voor wat alle afnemers betrof.<sup>198</sup>

73. De belangrijkste doelstelling bestond erin om de energiesector te ontvlechten.<sup>199</sup> De tussenkomst van een transmissienetbeheer of een distributienetbeheerder wordt ook wel de "ontvlechting" van de energiesector genoemd (*unbundling*). De ontvlechting was gericht op de verticaal geïntegreerde bedrijven. Deze bedrijven worden gekenmerkt doordat zij enerzijds eigenaar zijn van een monopolistisch netwerk en anderzijds een speler zijn op de andere niveaus (productie, levering,...). Hierdoor waren zij in staat om te discrimineren tegen hun concurrenten en hen zo de toegang tot de markt te belemmeren en de concurrentie te hinderen. Dit aangezien hun dominantie positie ervoor zorgde dat zij in staat waren nieuwe bedrijven de toegang tot het netwerk en de markt te ontzeggen.<sup>200</sup> Dit is waar ontvlechting tussenkomt. Ontvlechting verzekert de tussenkomst van onafhankelijke transmissie- en distributienetbeheerders, waardoor de toegang tot de markt minder beperkt wordt door discriminerende belangen. De ontvlechting werd bij het eerste pakket richtlijnen niet streng doorgevoerd, aangezien verticaal geïntegreerde bedrijven konden blijven bestaan, zij moesten enkel de transmissie of distributieactiviteiten boekhoudkundig afsplitsen en via een procedure van ofwel onderhandelde of gereguleerde toegang, toegang verlenen tot hun netwerk.

Het tweede pakket richtlijnen (2003/54/EG en 2003/55/EG) ging iets verder in die zin dat men, naast de reeds bestaande boekhoudkundige ontvlechting, nu ook een juridische ontvlechting vereiste (*legal unbundling*), samen met een functionele ontvlechting.<sup>201</sup> Dit houdt in dat - om discriminatie bij de toegang tot het netwerk door een transmissienetbeheerder te vermijden - er een *organisatorische* en *juridische* scheiding moest plaatsvinden tussen de eenheden van de onderneming die het transmissienet beheerden en de eenheden die voor de productie en de levering zorgden.<sup>202</sup> Volledige eigendomsontvlechting werd in sommige lidstaten van de Europese Unie reeds nagestreefd,<sup>203</sup> doch werd er op Europees niveau geen consensus bereikt om dit principieel op te nemen in het tweede pakket richtlijnen.<sup>204</sup> Bovendien werden de transmissienetbeheerders

<sup>198</sup> Artikel 21 richtlijn 2003/54/EG en artikel 23 richtlijn 2003/55/EG.

<sup>199</sup> Zie ook S. EMMERECHECHTS, "De recente ontwikkelingen in het Europees energiebeleid en het Europees energierecht" in K. DEKETEELAERE (ed.), *Jaarboek Energierecht 2004*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 1-38.

<sup>200</sup> G. BRUNEKREEFT en R. MEYER, "Ownership unbundling in network industries", *CRNI* 2011, afl. 4, (294) 295.

<sup>201</sup> S. EMMERECHECHTS, "De recente ontwikkelingen in het Europees energiebeleid en het Europees energierecht" in K. DEKETEELAERE (ed.), *Jaarboek Energierecht 2004*, Antwerpen, Intersentia, 2005, (1) 5.

<sup>202</sup> Artikel 10 en 15 richtlijn 2003/54/EG en artikel 9 en 13 richtlijn 2003/55/EG: Wanneer de transmissienet-/distributienetbeheerder deel uitmaakt van een verticaal geïntegreerd elektriciteitsbedrijf moet hij althans met betrekking tot zijn rechtsvorm, organisatie en besluitvorming, onafhankelijk zijn van andere, niet met transmissie/distributie verband houdende activiteiten. Deze regels houden geen verplichting in om de eigendom van de activa van het transmissie/distributiesysteem af te scheiden van het verticaal geïntegreerde bedrijf. Zie ook P. EIKELAND, "EU Internal Energy Market Policy" in V. BIRCHFIELD en J. DUFFIELD (eds.), *Toward a Common European Union Energy Policy. Problems, Progress, and Prospects*, New York, Palgrave MacMillan, 2011, (13) 21; G. BLOCK en A. JOHNSTON, *EU Energy Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 21 en 38.

<sup>203</sup> Zoals bijvoorbeeld in Nederland en het Verenigd Koninkrijk; Zie ook G. BLOCK en A. JOHNSTON, *EU Energy Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 40.

<sup>204</sup> P. EIKELAND, "EU Internal Energy Market Policy" in V. BIRCHFIELD en J. DUFFIELD (eds.), *Toward a Common European Union Energy Policy. Problems, Progress, and Prospects*, New York, Palgrave MacMillan, 2011, (13) 20.

onderworpen aan strengere transparantievereisten en werden zij verplicht om hun netwerktarieven te publiceren (*gereguleerde toegang*), in plaats van de procedure via onderhandelingen.<sup>205</sup>

**74.** Artikel 23 van richtlijn 2003/54/EG en in gelijke bewoordingen artikel 25 van richtlijn 2003/55/EG stelden dat de lidstaten één of meer bevoegde instanties met de functie van "regelgevende instantie" dienden aan te wijzen. Deze instanties moesten geheel onafhankelijk zijn van de belangen van de elektriciteitssector. Zij zijn via de toepassing van dit artikel ten minste verantwoordelijk voor het garanderen van non-discriminatie, daadwerkelijke mededinging en een doeltreffende marktwerking.<sup>206</sup>

**75.** Aangezien de liberalisering tot doel heeft een interne Europese energiemarkt te creëren, is het enigszins logisch dat men ook op Europees niveau eenheid wou brengen in het toezicht en de regulering. Hiertoe werd via het Besluit 2003/796/EG van de Commissie de Europese groep van regelgevende instanties voor Elektriciteit en Gas (ERGEG) opgericht.<sup>207</sup> Deze instantie stond in voor de raadpleging, coördinatie en samenwerking tussen de regelgevende organen in de lidstaten en tussen deze organen en de Commissie. Het ging *de facto* om een Europees netwerk van onafhankelijke toezichthouders.<sup>208</sup>

#### **4. Het derde - en voorlopige laatste - pakket liberaliseringsrichtlijnen**

##### **4.1. Voorafgaand aan het nieuwe pakket**

**76.** Het bleek vrij snel na de inwerkingtreding van het tweede pakket dat de doelstellingen van de volledige openstelling van de markt niet zouden worden behaald, waardoor een goed functionerende interne energiemarkt nog steeds niet werd verwezenlijkt. Deze vaststelling deed de Commissie, in juni 2005, dan ook besluiten tot de inrichting van een onderzoek naar het functioneren van de Europese Elektriciteits- en Gasmarkt.<sup>209</sup> Men wilde hiermee voornamelijk nagaan in welke gebieden het snelst moest worden ingegrepen om de liberalisering te doen renderen. Bovendien wenste men een aantal cruciale punten aan te pakken, waarbij het dichten van lacunes wat de regulering betrof één van de belangrijkste aspecten was. Uit het eindverslag bij het onderzoek in 2007 bleek immers dat de Europese Unie behoefte had aan een substantiële versterking van

<sup>205</sup> Artikel 20, 1 richtlijn 2003/54/EG en artikel 18,1 richtlijn 2003/55/EG. Zie ook G. BLOCK en A. JOHNSTON, *EU Energy Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 21.

<sup>206</sup> Hier wordt later dieper op ingegaan, in onderdeel D.

<sup>207</sup> Besluit 2003/796/EG van de Commissie van 11 november 2003 tot oprichting van de Europese groep van regelgevende instanties voor elektriciteit en gas, *Pb.L.* 296, 14 november 2003.

<sup>208</sup> Mededeling COM(2007) 1DEF van de Commissie aan de Europese Raad en het Europees Parlement betreffende een energiebeleid voor Europa, Brussel, 10 januari 2007, 9. De ERGEG werd echter formeel ontbonden door de Europese Commissie met ingang van 1 juli 2011, zie het Besluit 2011/280/EU van de Commissie van 16 mei 2011 tot intrekking van het besluit 2003/795/EG van de Commissie van 11 november 2003 tot oprichting van de Europese groep van regelgevende instanties voor elektriciteit en gas, *Pb.L.* 17 mei 2011, afl. 129, 14. De ERGEG werd opgevolgd door ACER.

<sup>209</sup> Mededeling COM(2006) 851DEF van de Commissie betreffende onderzoek op grond van artikel 17 van Verordening (EG) nr. 1/2003 naar de Europese gas- en elektriciteitssectoren (eindverslag), Brussel, 10 januari 2007, 2.

de bevoegdheden van de toezichhouders en meer Europese coördinatie.<sup>210</sup> In januari 2007 nam de Commissie eveneens de "strategic energy review" aan. De review concludeerde dat de Europese elektriciteits- en gasmarkten nog steeds op nationaal niveau werden georganiseerd, waarbij vrije toegang tot de markt nog steeds niet in optimale condities plaatsvond. Daarenboven bleek dat - ondanks de juridische ontvlechting - de verticale integratie tussen het netwerk en de leveranciers in de praktijk bleef bestaan, waardoor de concurrentie op de markt niet toenam. Het effectieve startschot tot nieuwe regelgeving werd uiteindelijk gegeven door de Raad van de Europese Unie van 9 maart 2007 waarbij het Europese energiebeleid werd goedgekeurd.<sup>211</sup> Dit energiebeleid omvatte eveneens een actieplan (2007-2009) "Een energiebeleid voor Europa". In het actieplan stelde de Raad dat het nodig was om tot "een verdere harmonisering van de bevoegdheden en een grotere onafhankelijkheid van nationale energietoezichthouders" te komen.

#### 4.2. Richtlijn 2009/72/EG en richtlijn 2009/73/EG

77. Op 13 juli 2009 werden twee nieuwe liberaliseringsrichtlijnen aangenomen,<sup>212</sup> waarmee men o.a. de nog resterende marktbarrières wilde aanpakken en de onafhankelijkheid van enerzijds de netbeheerders en anderzijds de toezichhouders nog wenste te versterken.<sup>213</sup> Dit laatste houdt in dat de regulerende instantie haar bevoegdheid op een onpartijdige en transparante wijze moet uitoefenen en dat zij juridisch gescheiden en functioneel onafhankelijk dient te zijn van enige andere particuliere of - en dit is nieuw - *publieke* entiteit.<sup>214</sup> De energieregulator moet dus niet enkel onafhankelijk zijn van de spelers op de energiemarkt, maar ook van de politieke spelers. Aangezien er eveneens nood was aan meer Europese coördinatie werd via Verordening 713/2009 een nieuw institutioneel kader gecreëerd, waarmee het Agentschap voor de Samenwerking tussen Energieregulators (ACER) werd opgericht.<sup>215</sup> Het Agentschap moet ervoor zorgen dat de regelgevingskloof op communautair niveau wordt gedicht en dient bij te dragen tot een efficiënte werking van de interne markten voor elektriciteit en gas.<sup>216</sup> Bovendien zorgt het

<sup>210</sup> Mededeling COM(2006) 851DEF van de Commissie betreffende onderzoek op grond van artikel 17 van Verordening (EG) nr. 1/2003 naar de Europese gas- en elektriciteitssectoren (eindverslag), Brussel, 10 januari 2007, 14.

<sup>211</sup> Raad van de Europese Unie, 7224/1/07, Conclusies van het voorzitterschap, 9 maart 2007 en [http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/nl/ec/93136.pdf](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/nl/ec/93136.pdf)

<sup>212</sup> Het derde liberaliseringspakket omvat ook nog een aantal verordeningen. Verordening nr. 714/2009 en Verordening nr. 715/2009 hebben respectievelijk betrekking op de toegang tot het net voor grensoverschrijdende handel in elektriciteit en de toegang tot het aardgastransmissienet. Beiden zijn minder relevant voor het onderzoek naar mogelijke kenmerken van energieregulators. 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, *Pb.L.* 14 augustus 2009, afl. 211, 15; 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.L.* 14 augustus 2009, afl. 211, 36.

<sup>213</sup> 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, *Pb.L.* 14 augustus 2009, afl. 211, 55; 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.L.* 14 augustus 2009, afl. 211, 94.

<sup>214</sup> Artikel 35, 4, a Richtlijn 2009/72/EG en artikel 39, 4, a Richtlijn 2009/73/EG.

<sup>215</sup> 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.L.* 14 augustus 2009, afl. 211, 1.

<sup>216</sup> Overweging 5 van de Verordening 713/2009.

voor een platform dat nationale regulerende instanties moet in staat stellen om intensiever op communautair niveau samen te werken. Het Agentschap dient echter wel ten volle rekening te houden met de specifieke rol van de nationale regulerende instanties, waarbij hun onafhankelijkheid dient te worden gegarandeerd.

**78.** Het ontvlechtigingsregime<sup>217</sup> werd nog uitgebreid bij het derde liberaliseringspakket, tot – in beginsel – een systeem van volledige eigendomsontvlechting (*ownership unbundling*) bij de transmissienetbeheerders. De richtlijnen laten evenwel de keuze tussen drie ontvlechtigingsmethoden (artikel 9, artikel 13 en 17 richtlijn 2009/72/EG en richtlijn 2009/73/EG).<sup>218</sup> De eerste methode omvat het eigendomsontvlechtigingsmodel<sup>219</sup> (*full ownership unbundling*), zoals vermeld in artikel 9, 1 van de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG.<sup>220</sup> Dit model is het basisprincipe volgens de EU Commissie.<sup>221</sup> Het houdt in dat de transmissienetbeheerders eigenaar moet worden of zijn van het transmissienetwerk.<sup>222</sup> De verticaal geïntegreerde bedrijven moeten bijgevolg alle netwerkactiva verkopen, zodat deze kunnen worden beheerd en gecontroleerd door aandeelhouders die niet actief zijn in de productie, levering of verkoop van elektriciteit of gas.<sup>223</sup> In België zijn zowel Elia, voor het elektriciteitsnet, als Fluxys, voor het aardgasnet, door de CREG gecertificeerd op basis van *full ownership unbundling*.<sup>224</sup>

De tweede methode ligt vervat in artikel 13 van beide richtlijnen.<sup>225</sup> Het stelt dat "wanneer het transmissiesysteem op 3 september 2009 tot een verticaal geïntegreerd bedrijf behoort, [...]de lidstaten [kunnen] besluiten [om] artikel 9, lid 1, niet toe te passen en op voorstel van de eigenaar van het

<sup>217</sup> Voor een gedetailleerde en actuele bespreking van het ontvlechtigingsregime bij transmissienetbeheerders, distributienetbeheerder én toegang voor derden, zie G. BLOCK en A. JOHNSTON, *EU Energy Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 35 – 123. Zie ook D. VERHOEVEN, "De positie van de transmissienetbeheerders in de derde Elektriciteits- en Gasrichtlijn en in hun omzetting in Belgisch recht" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 9-78. Voor de gassector zie ook: A. MING-ZHI GAO, "The Third European Energy Liberalisation Package: Does functional and legal unbundling in the gas storage sector go too far?", *CRNI 2009*, afl. 1, (17) 17-28.

<sup>218</sup> G. BLOCK en A. JOHNSTON, *EU Energy Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 39.

<sup>219</sup> De wet van 8 januari 2012 heeft in België een regime van volledige eigendomsontvlechting ingevoerd voor het transmissienetbeheer (elektriciteit) en het beheer van het aardgasvervoersnet, de aardgasopslag- en de LNG-installatie.

<sup>220</sup> Artikel 9, 1 richtlijn 2009/72/EG: Bedrijven die eigenaar zijn van een transmissiesysteem en die overeenkomstig onderstaande certificeringsprocedure door de nationale regulerende instantie gecertificeerd zijn als zijnde in overeenstemming met de eisen van artikel 9, worden door de lidstaten goedgekeurd en aangewezen als transmissiesysteembeheerders. De aanwijzing van transmissiesysteembeheerders wordt aangemeld aan de Commissie en bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie.

<sup>221</sup> Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad, Brussel, 19 september 2007, COM (2007)DEF, 2007/0195, 5.

<sup>222</sup> De meerderheid van de rechtsleer volgt deze strekking, hoewel de richtlijn niet bijzonder duidelijk is ("Bedrijven die eigenaar zijn van een transmissiesysteem"). Zie o.a. B. DELVAUX, "Belgisch kader van toepassing op de elektriciteits- en gasmarkt: EU's mini me?" in B. DELVAUX, B. VANHEUSDEN en K. WAUTERS, *Invloed van het EU-recht op het Belgisch bestuursrecht*, Brugge, dieKeure, 2014, (189) 212; D. VERHOEVEN, "De positie van de transmissienetbeheerders in de derde Elektriciteits- en Gasrichtlijn en in hun omzetting in Belgisch recht" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (9) 44.

<sup>223</sup> G. BLOCK en A. JOHNSTON, *EU Energy Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 43.

<sup>224</sup> CREG, *Jaarverslag 2012*, <http://www.creg.info/pdf/Ra/creg-ra2012nl.pdf>, 14.

<sup>225</sup> Artikel 13 richtlijn 2009/72/EG: "Wanneer het transmissiesysteem op 3 september 2009 tot een verticaal geïntegreerd bedrijf behoort, kunnen de lidstaten besluiten artikel 9, lid 1, niet toe te passen en op voorstel van de eigenaar van het transmissiesysteem een onafhankelijke systeembeheerder aanwijzen. Deze moet door de Commissie worden goedgekeurd. 2. De regulerende instantie mag een onafhankelijke systeembeheerder alleen goedkeuren en aanwijzen wanneer [...]".

transmissiesysteem een onafhankelijke systeembeheerder aanwijzen". Dit houdt in dat de grote verticaal geïntegreerde energiebedrijven eigenaar kunnen blijven van het netwerk, maar dat zij het beheer over dit netwerk in handen geven van een *juridisch* afgescheiden beheerder – "een onafhankelijke systeembeheerder" – die het volledige netwerkbeheer, onafhankelijk van de productie en levering, op zich neemt (*Independent System Operator - ISO-model*; artikel 13). Let wel, het gaat enkel om een juridische scheiding, hetgeen ervoor zorgt dat de levering en het beheer van het netwerk nog steeds kan vallen onder één groep of holding. Om ervoor te zorgen dat de systeembeheerder te allen tijde zijn onafhankelijkheid behoudt ten aanzien van het verticaal geïntegreerd bedrijf werd er specifiek regulerend toezicht ingericht, uitgeoefend door de nationale regulerende instantie (zie artikel 37, 3).<sup>226</sup>

De derde methode "de onafhankelijke transmissienetbeheerder" (*Independent Transmission Operator, ITO*; artikel 17) houdt in dat het verticaal geïntegreerd energiebedrijf eigenaar blijft van het netwerk.<sup>227</sup> Dit netwerk wordt echter beheerd door een andere afgescheiden onderneming, die geen deel uitmaakt van het geïntegreerd bedrijf. Het verticaal geïntegreerd bedrijf verhuurt als het ware de netwerkactiva aan de ITO, maar blijft zelf investeren in het netwerk, terwijl de ITO alle operationele- en beheersbeslissingen neemt met betrekking tot het netwerk zelf.<sup>228</sup> Let wel, het blijft ook hier mogelijk dat de leverancier en de netbeheerder onder dezelfde groep of holding vallen, zij het echter onder de onafhankelijkheidsregels uit het derde pakket richtlijnen.<sup>229</sup> Om ervoor te zorgen dat de transmissienetbeheerder te allen tijde zijn onafhankelijkheid behoudt ten aanzien van het verticaal geïntegreerd bedrijf werd er specifiek regulerend

---

<sup>226</sup> Artikel 37, 3 richtlijn 2009/72/EG: "Wanneer een onafhankelijke systeembeheerder is aangewezen uit hoofde van artikel 13, heeft de regulerende instantie naast de haar uit hoofde van lid 1 van dit artikel toevertrouwde taken de volgende taken: a) erop toezien dat de eigenaar van het transmissiesysteem en de onafhankelijke systeembeheerder hun verplichtingen uit hoofde dit artikel naleven, en sancties opleggen bij niet-naleving overeenkomstig lid 4, onder d); b) toezien op de betrekkingen en de communicatie tussen de onafhankelijke systeembeheerder en de eigenaar van het transmissiesysteem, teneinde ervoor te zorgen dat de onafhankelijke systeembeheerder zijn verplichtingen naleeft, en in het bijzonder contracten goedkeuren en optreden als geschillenbeslechtsinstantie tussen de onafhankelijke systeembeheerder en de eigenaar van het transmissiesysteem, ten aanzien van een klacht die door één van beide is ingediend overeenkomstig lid 11; c) onverminderd de procedure van artikel 13, lid 2, onder c), in het kader van het eerste tienjarige netontwikkelingsplan, de investeringsplanning en het meerjarige netontwikkelingsplan goedkeuren dat door de onafhankelijke systeembeheerder wordt ingediend; d) ervoor zorgen dat de door de onafhankelijke systeembeheerders aangerekende tarieven voor nettoegang een vergoeding omvatten voor neteigenaars, die voorziet in een adequate vergoeding voor netactiva en nieuwe investeringen daarin, mits die op economisch verantwoorde en efficiënte wijze zijn uitgevoerd; e) inspecties uitvoeren, ook onaangekondigde, in de gebouwen van de eigenaren van transmissiesystemen en de onafhankelijke systeembeheerders, en f) toezicht op het gebruik van de congestielasten die door de onafhankelijke systeembeheerder worden aangerekend overeenkomstig artikel 16, lid 6, van Verordening (EG) nr. 714/2009".

<sup>227</sup> (1) Er is een verschil tussen "distributie" en "transmissie". Transmissie is de overdracht van elektriciteit onder hoogspanning (hoog voltage) vertrekkende van input knooppunten, waar grote generatoren aan gekoppeld zijn, naar de output knooppunten, zijnde de onderstations die gelinkt zijn aan het distributienet of verbonden zijn met grote verbruikers (zoals industriële ondernemingen). Distributie is de overdracht van elektriciteit onder laagspanning vanaf de onderstations tot bij de kleine verbruikers. (2) Er is eveneens een verschil tussen systeembeheer en transmissiebeheer. Transmissiebeheer is een netwerkactiviteit gericht op de constructie, de planning en het onderhoud van het lijnen (het netwerk). Het verschilt van systeembeheer. Systeembeheer heeft te maken met het gezamenlijk beheer van de productie en de transmissie van de elektriciteit. Het zorgt ervoor dat het volledige systeem, op grote schaal, op een efficiënte en veilige manier beheerd wordt. Zie I. PEREZ-ARRIAGA (ed.), *Regulation of the Power Sector*, Londen, Springer-Verlag, 2013, 254-255.

<sup>228</sup> G. BLOCK en A. JOHNSTON, *EU Energy Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 46.

<sup>229</sup> Terug te vinden in artikelen 17 tot 23 van de richtlijn 2009/72/EG en richtlijn 2009/73/EG.



toezicht ingericht, uitgeoefend door de nationale regulerende instantie (zie artikel 37, 5).<sup>230</sup>

79. Er wordt ook in een aantal onverenigbaarheden voorzien in de richtlijnen tussen de leden van het transmissiebedrijf en het verticaal geïntegreerd bedrijf.<sup>231</sup>

80. Het ontvlechtsregime bij distributienetbeheerders is terug te vinden in artikel 26 van richtlijn 2009/72/EG en 2009/73/EG. Volledige eigendomsontvlechting is echter (nog) niet vereist.<sup>232</sup> Waar de distributienetbeheerder een onderdeel is van een verticaal geïntegreerd bedrijf, zijn de basiselementen van de ontvlechting: (a) de *juridische scheiding* van andere activiteiten van het verticaal geïntegreerde bedrijf die geen verband houden met de distributie; (b) *functionele ontvlechting*, om zijn onafhankelijkheid van andere activiteiten van het verticaal geïntegreerd bedrijf te verzekeren; en (c) *boekhoudkundige ontvlechting* als een verplichting om een afzonderlijke boekhouding te hebben voor netbeheersactiviteiten.<sup>233</sup>

## E. HET EUROPEES KADER INZAKE TOEZICHT OP DE ENERGIEMARKT

### 1. Het eerste liberaliseringspakket en energieregulators

<sup>230</sup> Artikel 37, 5 richtlijn 2009/72/EG: "Naast de haar krachtens de leden 1 en 4 van dit artikel verleende taken en bevoegdheden worden aan de regulerende instantie, wanneer een transmissiesysteembeheerder is aangewezen overeenkomstig hoofdstuk V, ten minste de volgende taken en bevoegdheden toegekend: a) straffen opleggen overeenkomstig lid 4, onder d), wegens discriminerend gedrag ten gunste van een verticaal geïntegreerd bedrijf; b) toezicht houden op de communicatie tussen de transmissiesysteembeheerder en het verticaal geïntegreerde bedrijf om ervoor te zorgen dat de transmissiesysteembeheerder zijn verplichtingen naleeft; c) optreden als instantie voor het beslechten van geschillen die zich tussen het verticaal geïntegreerde bedrijf en de transmissiesysteembeheerder kunnen voordoen naar aanleiding van krachtens lid 11 ingediende klachten; d) toezien op de commerciële en financiële betrekkingen, waaronder leningen, tussen het verticaal geïntegreerde bedrijf en de transmissiesysteembeheerder; e) haar goedkeuring hechten aan alle commerciële en financiële overeenkomsten tussen het verticaal geïntegreerde bedrijf en de transmissiesysteembeheerder, mits deze in overeenstemming zijn met de marktvoorwaarden; f) het verticaal geïntegreerde bedrijf om een rechtvaardiging verzoeken na een melding door de nalevingsfunctionaris overeenkomstig artikel 21, lid 4; deze rechtvaardiging bevat met name bewijsmateriaal waaruit blijkt dat geen discriminerend gedrag ten voordele van het verticaal geïntegreerde bedrijf heeft plaatsgevonden; g) inspecties, waaronder onaangekondigde, verrichten in de gebouwen van het verticaal geïntegreerde bedrijf en de transmissiesysteembeheerder, en h) alle of welbepaalde taken van de transmissiesysteembeheerder aan een overeenkomstig artikel 13 aangewezen onafhankelijke systeembeheerder toevertrouwen in geval van voortdurende overtreding, door de transmissiesysteembeheerder van diens verplichtingen uit hoofde van deze richtlijn, en met name in geval van herhaalde discriminerende gedragingen ten voordele van het verticaal geïntegreerde bedrijf".

<sup>231</sup> Zie bv. artikel 9, 1 (c) en (d); zie ook artikel 19, 3 richtlijn 2009/72/EG en 2009/73/EG: "In de drie jaar voor de benoeming van de personen die verantwoordelijk zijn voor het beheer of de leden van de bestuursorganen van de transmissiesysteembeheerder op wie dit lid van toepassing is, hebben zij direct en indirect geen professionele positie of verantwoordelijkheid of belang in of zakelijke betrekkingen met het verticaal geïntegreerde bedrijf of een onderdeel ervan en/of met de aandeelhouders die er zeggenschap over uitoefenen, anders dan de transmissiesysteembeheerder".

<sup>232</sup> G. BLOCK en A. JOHNSTON, *EU Energy Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 37.

<sup>233</sup> Interpretative Note, 23: "*Legal unbundling* requires that distribution is performed by a separate 'network' company. However, the obligation to create a separate company only concerns the network activities, other activities (such as production and supply) can be carried out within a single company. *Functional unbundling* implies that the people responsible for the management of the DSO do not participate in company structures of the vertically integrated company responsible, directly or indirectly, for the day-to-day operation of production, transmission or supply activities. Furthermore, article 26 requires that appropriate measures are taken to ensure that the professional interests of the persons responsible for the management are taken into account in a manner that ensures that they are capable of acting independently. *Functional unbundling* also implies that the DSO has effective decision-making rights. The DSO also needs to establish a compliance programme, which sets out measures taken to ensure that discriminatory conduct is excluded. The basic principle concerning *accounting unbundling* is laid down in article 31 (3) Directive 2009/72/EC and implies that companies have to keep separate accounts for each of their transmission and distribution activities".

81. Artikel 20, lid 3 van richtlijn 96/92/EG en artikel 21, lid 2 van richtlijn 98/30/EG stelden dat de lidstaten een van de partijen onafhankelijke, bevoegde instantie dienden aan te wijzen, die geschillen met betrekking tot de betrokken contracten en onderhandelingen (met bekwame spoed) moest beslechten. Artikel 13 van richtlijn 96/92/EG en artikel 12 van richtlijn 98/30/EG bepaalden dat de lidstaten of de bevoegde instantie die zij aanwijzen, alsmede de in artikel 20, lid 3/artikel 21, lid 2 bedoelde instantie voor geschillenbeslechting, toegang moet hebben tot de boekhouding van de productie-, transmissie- en distributiemaatschappijen of aardgasbedrijven. Zij mogen de boekhouding raadplegen voor zover de raadpleging nodig is voor de uitvoering van de door hen uit te voeren taken en controles. Artikel 12 van richtlijn 98/30/EG stelde wel dat de lidstaten en de bevoegde instantie die zij aanwijzen, met inbegrip van de instantie voor geschillenbeslechting, de vertrouwelijkheid van commercieel gevoelige gegevens dienden te eerbiedigen. De lidstaten konden echter uitzonderingen op het vertrouwelijkheidsbeginsel maken indien dit voor de uitvoering van de taken van de bevoegde instanties nodig was. Aangezien de oprichting van een energieregulator *in se* niet verplichtend werd opgelegd, zijn er in de richtlijnen logischerwijze weinig elementen terug te vinden met betrekking tot energieregulators. Toch dient te worden vastgesteld dat reeds bij het prille begin de klemtoon werd gelegd op de onafhankelijkheid en het onafhankelijk optreden van de regulerende instantie. Artikel 20, lid 3 van richtlijn 96/92/EG en artikel 21, lid 2 van richtlijn 98/30/EG bepaalden immers dat de lidstaten een van de partijen onafhankelijke bevoegde instantie dienden aan te wijzen die geschillen moest beslechten.

82. In maart 2000 tekenden tien nationale energieregulators wel reeds een "Memorandum of Understanding", waardoor de "Council of European Energy Regulators" of CEER werd opgericht. De doelstellingen en objectieven van de CEER zijn onder andere de samenwerking tussen de Europese nationale energieregulators te bevorderen, om zo de interne markt sneller tot stand te doen brengen. In 2003 werd de CEER formeel opgericht als non-profit organisatie, met haar kantoor in Brussel.<sup>234</sup>

## **2. Het tweede liberaliseringspakket: de uitwerking van een meer omvattend Europees wetgevend kader omtrent nationale regelgevende instanties**

83. Artikel 23 van richtlijn 2003/54/EG en artikel 25 van richtlijn 2003/55/EG bepaalden dat de lidstaten een of meer bevoegde instanties dienden aan te wijzen met de functie van *regelgevende* instantie. Men spreekt hier dus nog van regelgevende instantie en niet van regulerende instantie, zoals in het derde liberaliseringspakket. Belangrijk is voornamelijk dat de richtlijnen

---

<sup>234</sup> Momenteel heeft CEER 33 leden, waaronder alle 28 leden van de EU, IJsland en Noorwegen, alsook de regulators uit Macedonië, Montenegro en Zwitserland als waarnemers. Voor meer informatie zie: [www.ceer.eu](http://www.ceer.eu), laatst geconsulteerd op 31 december 2014.

nu voor het eerst ook uitdrukkelijk de klemtoon legden op dat het feit dat het moet gaan om instanties dewelke geheel onafhankelijk zijn van de elektriciteits- en gassector. Ze dienden in te staan voor het garanderen van non-discriminatie, daadwerkelijke mededinging en een doeltreffende marktwerking. Bovendien waren de regulerende instanties verantwoordelijk voor de vaststelling of de voorafgaande goedkeuring van ten minste de methoden voor het berekenen of vastleggen van de voorwaarden inzake de aansluiting op en de toegang tot de nationale netwerken, inclusief de transmissie- en distributietarieven. Daarenboven werd het vanaf dan ook mogelijk om bij de regulerende instantie een klacht in te dienen, waarbij de regulerende instantie zou optreden als geschillenbeslechtinginstantie en binnen 2 maanden een beslissing zou nemen. Met dit tweede liberaliseringspakket wou Europa duidelijk de regulatoren een ruim en helder afgelijnd bevoegdheidskader geven waarbij de klemtoon op hun onafhankelijkheid kwam te liggen.

Artikel 2 van het Besluit 2003/796/EG tot oprichting van de ERGEG bepaalde dat een "nationale regelgevende instantie" kon gedefinieerd worden "als een overheidsinstantie die in een lidstaat is ingesteld krachtens de richtlijnen 2003/54/EG en 2003/55/EG, volgens welke de lidstaten een of meer bevoegde instanties moeten aanwijzen die als regelgevende instanties fungeren, om voor non-discriminatie, daadwerkelijke concurrentie en efficiënte werking van de gas- en elektriciteitsmarkt te zorgen en in het bijzonder toezicht te houden op de dagelijkse toepassing van de bepalingen van desbetreffende richtlijnen". Deze definitie kan vandaag – met de inachtneming van het derde liberaliseringspakket – niet meer gehanteerd worden. De bepalingen uit de richtlijnen 2003/54/EG en 2003/55/EG zijn immers vervangen door deze uit de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/7EG. Bovendien wordt de term "regelgevende" instantie daarin niet meer gehanteerd.

**84.** Het tweede pakket richtlijnen stelde inhoudelijk meer verregaande eisen aan de werking van de reguleringsinstantie in vergelijking met het eerste pakket. Het tweede pakket bevatte echter slechts één artikel in verband met energieregulatoren. Artikel 23 van de Elektriciteitsrichtlijn bepaalde dat de lidstaten één of meer bevoegde instanties dienden aan te wijzen met de functie van regelgevende instantie.<sup>235</sup> Uit het Besluit 2003/796/EG blijkt wel dat het om een overheidsinstantie dient te gaan, geen private instantie. In een interpretatie nota van 14 januari 2004 (hierna Interpretatie Nota) stelde de Europese Commissie (DG TREN) dat de regulator bij voorkeur een onafhankelijke instantie diende te zijn, hoewel dit in principe niet wil zeggen dat een regulator volledig gescheiden diende te zijn van de bestaande overheidsstructuren.<sup>236</sup> De richtlijn liet dan ook toe dat de regulator werd ondergebracht in een departement van

---

<sup>235</sup> En in gelijkaardige bewoordingen artikel 25 van de Aardgasrichtlijn.

<sup>236</sup> Note of DG Energy & Transport on Directives 2003/54/EC and 2003/55/EC on the internal market in electricity and natural gas, The role of the regulatory authorities, January 14, 2004, 1.

een ministerie, aangezien de nota bepaalde dat de beslissingen van de energieregulators ter goedkeuring konden worden voorgelegd aan het ministerie.<sup>237</sup> Bovendien hadden de lidstaten de verplichting om de regulator te voorzien van voldoende personeel en middelen.<sup>238</sup> Deze instanties moesten wel geheel onafhankelijk van de belangen van de elektriciteitssector opereren, waarbij ze verantwoordelijk waren voor het garanderen van non-discriminatie, daadwerkelijke mededinging en een doeltreffende marktwerking.

**85.** De regulators dienden daarbij een jaarlijks verslag op te stellen en te publiceren dat betrekking heeft op het resultaat van hun monitoringsbevoegdheden onder artikel 23 a) – h).<sup>239</sup> Naast deze monitoringsbevoegdheden zijn de regelgevende instanties hoofdzakelijk (*kerntaak*) bevoegd voor de vaststelling of de aan de inwerkingtreding voorafgaande goedkeuring van ten minste de methoden voor het berekenen of vastleggen van de voorwaarden inzake de aansluiting op en de toegang tot nationale netwerken, inclusief de transmissie- en distributietarieven.<sup>240</sup> Volgens het Europees Parlement was het noodzakelijk te beklemtonen dat deze tarieven of methodes het mogelijk maken dat de noodzakelijke investeringen in de netwerken op een zodanige wijze worden uitgevoerd, dat zij de rentabiliteit van de netwerken waarborgen. De regelgevende instantie heeft tot taak de mededinging in stand te houden, waarbij zij niet afhankelijk mag zijn van de sector, noch een instrument van de regering mag zijn.<sup>241</sup> In dit opzicht bepalen de richtlijnen eveneens dat de nationale regelgevende instanties dienen samen te werken. Op die manier dragen zij bij tot de ontwikkeling van de interne markt en de gelijke mededingingsvoorwaarden, door transparante samenwerking onderling en een samenwerking met de Europese Commissie. Uit deze bepaling blijkt dat de Europese Unie met dit tweede Liberaliseringspakket de energieregulators uitdrukkelijk bevoegdheden met betrekking tot de mededinging toekent. De lidstaten konden met betrekking tot de tariefbevoegdheden van de energieregulators voorschrijven dat zij de tarieven of ten minste de methoden (alsook de wijzigingen ervan) aan de relevante instantie in de lidstaat konden voorleggen, met het oog op een formeel besluit. De relevante instantie was bevoegd een door de regelgevende instantie voorgelegd ontwerpbesluit goed te keuren of te verwerpen. Elke formele verwerping van een ontwerpbesluit moest wel worden gemotiveerd.

---

<sup>237</sup> Note of DG Energy & Transport on Directives 2003/54/EC and 2003/55/EC on the internal market in electricity and natural gas, The role of the regulatory authorities, January 14, 2004; S. EMMERECHTS, "De recente ontwikkelingen in het Europees energiebeleid en het Europees energierecht" in K. DEKETELAERE (ed.), *Jaarboek Energierecht 2004*, Antwerpen, Intersentia, 2005, (1) 18.

<sup>238</sup> Note of DG Energy & Transport on Directives 2003/54/EC and 2003/55/EC on the internal market in electricity and natural gas, The role of the regulatory authorities, January 14, 2004, 2.

<sup>239</sup> Art. 23.1 van richtlijn 2003/54/EG en art. 25.1 van richtlijn 2003/55/EG.

<sup>240</sup> Artikel 23. 2. van richtlijn 2003/54/EG.

<sup>241</sup> Aanbeveling voor de tweede lezing van 28 april 2003 betreffende het gemeenschappelijk standpunt, door de Raad vastgesteld met het oog op de aanneming van de richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van Richtlijn 96/92/EG (15528/2/2002 – C5-0034/2003 – 2001/0077(COD)), A-0136/2003, 21.

**86.** De energieregulatoren kregen onder de richtlijn 2003/54/EG eveneens de bevoegdheid om klachten te behandelen. Partijen die een klacht hadden tegen een beheerder van het transmissie- of distributienet konden vanaf toen de klacht voorleggen aan de regelgevende instantie, die op dat moment fungeerde als geschillenbeslechtsingsinstantie. Binnen twee maanden na ontvangst van de klacht diende de energieregulator uitspraak te doen. Deze beslissing kreeg eveneens bindende kracht, tenzij of totdat zij in beroep (bij een rechterlijke instantie) werd herroepen.

Hoewel de richtlijnen dit niet uitdrukkelijk bepaalden meende de Europese Commissie (DG TREN) in de Interpretatie Nota dat regulatoren de bevoegdheid zouden moeten hebben om sancties op te leggen.<sup>242</sup> De Interpretatie Nota maakte daarbij melding van volgende mogelijkheden: het verzenden van een brief aan de bedrijfsleider van het netbedrijf, de publicatie van een vergelijkend rapport waarbij de ondermaatse prestatie van de netbeheerder wordt aangetoond en een financiële sanctie (boete) onder de vorm van een verlaagd tarief voor het gebruik van het netwerk.<sup>243</sup> In extreme gevallen zou de regulator zelf de vergunning van de netwerkbeheerder kunnen intrekken.

**87.** Indien we dit alles nu vergelijken met de ontstaansgeschiedenis van de regulatoren in de Verenigde Staten van Amerika dan valt op dat de beweegredenen tot het inrichten van regulatoren in Europa gelijkaardig zijn als in de VS, hoewel men te maken heeft met een verschillend tijds kader. De markt werd zowel in de VS als in de EU gekenmerkt door monopolies in de netwerksectoren (spoorwegen, energie, ...). Dit zorgde voor marktfalen, discriminatie en een gebrek aan concurrentie. Zowel in de VS als in de Europese Unie voelde men de nood om een nieuwe vorm van regulering te introduceren. Deze nieuwe vorm van regulering kwam er in de VS onder de vorm van IRA's (*independent regulatory agencies*) en in de EU onder de vorm van NRI's (nationale regelgevende - later regulerende - instantie). Bij beide vormen is het uiterst belangrijk dat de entiteit onafhankelijk van de marktspelers opereert. De bevoegdheden worden ook in beide gevallen aan de entiteiten gedelegeerd (door het Congres of het nationaal parlement). Zowel in de VS als in de EU oefenen de regulatoren ook bevoegdheden uit die zich lijken te situeren binnen de drie takken van de scheiding der machten. Het gaat daarbij o.a. om de beslechting van geschillen, het uitvaardigen van besluiten, het opleggen van sancties, etc. Ook het toezicht is enigszins gelijkaardig, in die zin dat er *judicial review* is in de VS en dat in de EU (o.a. België) toezicht is door de rechtscollège(s). Er zijn echter ook verschilpunten aanwezig, en deze vloeien – zoals uit onderstaand

---

<sup>242</sup> Note of DG Energy & Transport on Directives 2003/54/EC and 2003/55/EC on the internal market in electricity and natural gas, The role of the regulatory authorities, January 14, 2004; S. EMMERECHTS, "De recente ontwikkelingen in het Europees energiebeleid en het Europees energierecht" in K. DEKETELAERE (ed.), *Jaarboek Energierecht* 2004, Antwerpen, Intersentia, 2005, (1) 19.

<sup>243</sup> Note of DG Energy & Transport on Directives 2003/54/EC and 2003/55/EC on the internal market in electricity and natural gas, The role of the regulatory authorities, January 14, 2004, 4.

deel zal blijken – voornamelijk voort uit het derde Europese liberaliseringspakket.

### **3. Het derde liberaliseringspakket: uitgebreide bevoegdheden en versterkte onafhankelijkheid<sup>244</sup>**

#### **3.1. Onafhankelijkheid, transparantie en verantwoordingsplicht**

**88.** Op 18 juni 2008 nam het Europees Parlement een wetgevingsresolutie aan over het voorstel tot wijziging van de richtlijn 2003/54/EG.<sup>245</sup> In de toelichting bij het verslag<sup>246</sup> over het voorstel stelde het Europees Parlement dat de nationale energieregulatoren echt onafhankelijk moeten zijn, zowel van de overheid als van de industrie. Bovendien dienden er volgens het Europees Parlement minimumnormen met betrekking tot de harmonisatie van hun bevoegdheden tot stand te worden gebracht, dit door middel van de invoering van gemeenschappelijke bepalingen betreffende transparantie en controleerbaarheid. De energieregulatoren zouden bovendien “maatregelen moeten kunnen opleggen om de mededinging te bevorderen, en tot taak moeten hebben na te gaan welke ondernemingen een in verregaande mate marktoverheersende positie hebben”.<sup>247</sup> De toelichting bepaalde daarenboven dat in de EU-wetgeving de beleidsdoelstellingen en de exacte reikwijdte van taken en bevoegdheden van energieregulatoren duidelijk dienden te worden vastgelegd, waaronder de bevoegdheid om tarieven voor de toegang tot netwerken en de methodologie voor de prijsstelling vast te stellen of goed te keuren. De energieregulatoren zouden allemaal de bevoegdheid moeten hebben om relevante informatie in te winnen bij gas- en elektriciteitsondernemingen en doeltreffende sancties op te leggen, en moeten beschikken over adequate onderzoeksbevoegdheden en bevoegdheden voor de regeling van geschillen.

**89.** Het derde liberaliseringspakket gaat uitgebreider in op de werking van energieregulatoren in vergelijking met de eerste twee liberaliseringspakketten.<sup>248</sup> De Elektriciteitsrichtlijn (2009/72/EG) en

<sup>244</sup> Wegens het omvangrijk karakter van de bepalingen en de implicaties van deze bepalingen omtrent het statuut van de energieregulator en zijn taken en bevoegdheden zal in dit onderdeel slechts een beknopt overzicht worden gegeven van de meest voornamelijk bepalingen. Een diepgaande analyse volgt verder in dit werk.

<sup>245</sup> Wetgevingsresolutie COM(2007)0528 van het Europees Parlement van 18 juni 2008 over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 2003/54/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit, Pub.C. 27 november 2009, 286 E/106.

<sup>246</sup> Verslag over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 2003/54/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit (COM(2007)0528 – C6-0316/2007 – 2007/0195(COD)), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2008-0191+0+DOC+XML+V0//NL#title2>.

<sup>247</sup> Verslag over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 2003/54/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit (COM(2007)0528 – C6-0316/2007 – 2007/0195(COD)), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2008-0191+0+DOC+XML+V0//NL#title2>, overweging 17.

<sup>248</sup> 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, *Pb.L.* 14 augustus 2009, afl. 211, 55; 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.L.* 14 augustus 2009, afl. 211, 94; Richtlijn 2009/28/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en houdende wijziging en intrekking van Richtlijn 2001/77/EG en Richtlijn

Aardgasrichtlijn (2009/73/EG) bevatten immers maar liefst zes artikelen die betrekking hebben op de functie en de bevoegdheden van de energieregulators. Overweging 33 van richtlijn 2009/72/EG en overweging 29 van richtlijn 2009/73/EG stellen dat richtlijn 2003/54/EG en richtlijn 2003/55/EG, voor de lidstaten de eis had ingevoerd om regulators met specifieke bevoegdheden op te zetten. Men vervolgt echter dat "de ervaring heeft uitgewezen dat de doeltreffendheid van regulering vaak wordt belemmerd door het gebrek aan onafhankelijkheid van de regulators van hun regeringen en door de ontoereikendheid van hun bevoegdheden en beslissingsmacht". Om deze reden heeft de Europese Raad de Europese Commissie verzocht wetgevingsvoorstellen uit te werken om te zorgen voor een verdere harmonisering van de bevoegdheden en een grotere onafhankelijkheid van de nationale energieregulators. Met de uitvaardiging van de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG dient inderdaad te worden vastgesteld dat de bevoegdheden van de energieregulators zijn verruimd en dat hun onafhankelijkheid aanzienlijk wordt versterkt.<sup>249</sup>

Artikel 35, 1 van richtlijn 2009/72/EG stelt dat iedere lidstaat één enkele nationale regulerende instantie aanwijst op nationaal niveau.<sup>250</sup> Dit belet echter niet dat lidstaten op regionaal niveau andere regulerende instanties mogen aanwijzen.<sup>251</sup> De regionale regulators in België mogen dus blijven bestaan, naast de federale energieregulator.

**90.** Artikel 35, 4 is echter relevanter voor dit onderzoek. Het artikel bepaalt immers dat de lidstaten de onafhankelijkheid van de regulerende instantie moeten waarborgen en ervoor moeten zorgen dat zij haar bevoegdheid op een onpartijdige en transparante wijze kan uitoefenen. Op 22 januari 2010 bracht de Europese Commissie een interpretatieve nota uit, getiteld "Interpretative Note – The Regulatory Authorities" (hierna Interpretatieve Nota).<sup>252</sup> Deze nota geeft toelichting bij de begrippen onafhankelijkheid, onpartijdigheid en transparantie. Zo stelt de nota dat onpartijdigheid inhoudt dat de energieregulator op een neutrale manier beslissingen kan nemen, gebaseerd op een objectieve methodologie en objectieve criteria. De onpartijdigheid van de commissieleden

---

2003/30/EG, *Pb.L.* 5 juni 2009, afl. 140, 16; 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.L.* 14 augustus 2009, afl. 211, 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, *Pb.L.* 14 augustus 2009, afl. 211, 15; 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.L.* 14 augustus 2009, afl. 211, 36.

<sup>249</sup> D. VERHOEVEN en D. LECOQUE, "Recente ontwikkelingen in het federaal energierecht" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2011*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (23) 57.

<sup>250</sup> Artikel 39, 1 van richtlijn 2009/73/EG.

<sup>251</sup> Artikel 35, 2 van richtlijn 2009/72/EG; G. BLOCK en A. JOHNSTON, *EU Energy Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 127.

<sup>252</sup> Interpretative Note on Directive 2009/72/EG concerning Common Rules for the Internal Market in Electricity and Directive 2009/73/EG concerning Common Rules for the Internal Market in Natural Gas. The Regulatory Authorities, Brussel, 22 januari 2010, [http://ec.europa.eu/energy/gas\\_electricity/interpretative\\_notes/doc/implementation\\_notes/2010\\_01\\_21\\_the\\_regulatory\\_authorities.pdf](http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/doc/implementation_notes/2010_01_21_the_regulatory_authorities.pdf) (hierna afgekort: Interpretatieve Nota).

dient bovendien onderhevig te zijn aan sancties indien een inbreuk wordt gepleegd op deze onpartijdigheid.

91. Wat de transparante werking van de energieregulatoren betreft gaat de Interpretatieve Nota uit van een driedelige invulling. Ten eerste wil transparantie volgens de Commissie zeggen dat de nationale regulerende autoriteiten hun procedure- en of werkingsregels dienen aan te nemen en bekend te maken. De procedureregels dienen op zijn minst de regels omtrent beslissingsmaking te bevatten. Volgens VANDEN BORRE impliceert dit dat de nationale regulerende autoriteit een huishoudelijk reglement dient aan te nemen op grond waarvan blijkt hoe de regulator tot bepaalde beslissingen komt en op welke wijze hij overleg pleegt.<sup>253</sup> Een tweede aspect van transparantie is het feit dat de nationale regulerende autoriteiten alle belanghebbenden (*stakeholders*) dienen te consulteren alvorens de autoriteit belangrijke beslissingen neemt. Ten derde stelt de Commissie dat de beslissingen van de nationale regulerende instanties beschikbaar voor het publiek moeten worden gemaakt.

92. Wat de onafhankelijkheid<sup>254</sup> van de energieregulatoren betreft, dienen de lidstaten erover te waken dat de regulerende instantie bij de uitvoering van de reguleringstaken die haar zijn opgelegd "juridisch gescheiden en functioneel onafhankelijk is van enige andere publieke of particuliere entiteit" (art. 35, 4, a). Bovendien dienen de lidstaten ervoor te zorgen dat haar personeel en de personen die belast zijn met haar beheer onafhankelijk zijn van marktbelangen, en bij het verrichten van de reguleringstaken geen directe instructies verlangen of ontvangen van regeringen of andere publieke of particuliere entiteiten.<sup>255</sup> Het begrip 'publieke entiteit' slaat volgens de Interpretatieve Nota zowel op nationale, regionale of lokale regeringen, als ook op gemeenten én enige andere politieke organisatie of structuur.<sup>256</sup> Uit de Interpretatieve Nota blijkt ook dat de bevoegdheden van de energieregulator hierdoor niet meer mogen worden opgesplitst en ook niet meer mogen worden uitgeoefend door een ministerie. "Juridisch gescheiden" houdt dan ook in dat een energieregulator geen deel mag of kan uitmaken van een ministerie (of enig ander overheidsorgaan) of daaraan verantwoording zou verschuldigd zijn.<sup>257</sup>

De Interpretatieve Nota stelt in dit opzicht dat er een energieregulator gecreëerd zal moeten worden, die in **overeenstemming** is met de **nationale grondwettelijke** en **bestuurlijke regels**, **tenzij** deze **ingaan** tegen het

---

<sup>253</sup> T. VANDEN BORRE, "De omzetting van de bepalingen inzake de onafhankelijke energieregulator – Op weg naar Luxemburg" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2010*, Intersentia, Antwerpen, 2011, (79) 89.

<sup>254</sup> De interpretatieve nota gaat uitvoerig in op de onafhankelijkheid van de energieregulatoren, dit komt echter later aan bod, in het hoofdstuk met betrekking tot de onafhankelijkheid.

<sup>255</sup> Artikel 39(4) van richtlijn 2009/73/EG.

<sup>256</sup> Interpretatieve Nota, 6.

<sup>257</sup> T. VANDEN BORRE, "De omzetting van de bepalingen inzake de onafhankelijke energieregulator" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2010*, Intersentia, Antwerpen, 2011, (79) 96.



**Europese recht.**<sup>258</sup> De nota gaat hiermee in op het spanningsveld tussen de beleidsmakers en de energieregulators. Volgens de nota weerhoudt de richtlijn de overheid er niet van om een nationaal energiebeleid op te stellen. Dit houdt in dat - naar gelang het nationale grondwettelijke recht van de lidstaat - de regering de bevoegdheid heeft om het beleidskader te ontwikkelen waarbinnen de energieregulator dient op te treden. Deze algemene beleidslijnen mogen echter de onafhankelijkheid en de autonomie van de energieregulator niet aantasten, aldus de Europese Commissie. Specifiek betekent dit dat, ook al zijn er nationale bestuursregels, het enkel de verantwoordelijkheid is van de energieregulator om te bepalen hoe hij tewerk gaat en hoe hij bestuurd wordt. Dit laatste slaat m.i. evenwel op het dagdagelijks bestuur (management), niet op de regels met betrekking tot de daadwerkelijke oprichting van de regulator. Deze regels liggen vervat in het wetgevend kader dat wordt opgesteld door de nationale regelgevers, uiteraard in lijn met de richtlijnen. De nota beklemtoont wel dat de bepalingen uit de richtlijn *elke* hiërarchisch band tussen een energieregulator en enig ander orgaan of entiteit uitsluiten. Een energieregulator kan geen deel meer uitmaken van een ministerie, maar mag ook geen personeelsleden delen, of in hetzelfde gebouw verblijven als enige publieke of private entiteit.<sup>259</sup>

93. Artikel 35, 5 bepaalt dat de lidstaten, om de onafhankelijkheid van de regulerende instantie te beschermen, erover dienen te waken dat de regulerende instantie zelfstandig besluiten kan nemen.<sup>260</sup> De Interpretatieve nota verduidelijkt dat het beslissingsproces onafhankelijk van enig politiek, publiek en privaat orgaan dient te verlopen en geeft daarmee een ruimere draagwijdte aan de bepaling uit de richtlijn. Bovendien mag het beslissingsproces volgens de Interpretatieve nota zowel *ex ante* (voorheen) als *ex post* (nadien) niet worden beïnvloed. Vanuit een *ex ante* perspectief sluit deze vereiste elke inmenging uit van een overheid of enige andere publieke of privé-entiteit vooraleer een regulator een beslissing neemt. Dit impliceert een de facto verbod vanwege andere overheidsinstanties om op enigerlei wijze te interveniëren in het beslissingsproces van de regulator.<sup>261</sup> Het *ex post* aspect houdt in dat de beslissingen van de energieregulators onmiddellijk bindende kracht bezitten en direct uitwerking verkrijgen, zonder enige vorm van formele goedkeuring of toestemming door een publiek orgaan of enige andere derde partij. De beslissingen mogen bijgevolg niet onderworpen worden aan

---

<sup>258</sup> Interpretatieve Nota, 6: "Obviously, the NRA will have to be created in accordance with the constitutional and administrative rules of each Member State insofar as they are consistent with European Union law".

<sup>259</sup> Interpretatieve Nota, 6.

<sup>260</sup> Artikel 39(5) van richtlijn 2009/73/EG.

<sup>261</sup> T. VANDEN BORRE, "De omzetting van de bepalingen inzake de onafhankelijke energieregulator - Op weg naar Luxemburg?" in K. DE KETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (79) 101.

herziening, schorsing of veto door een regering of een ministerie.<sup>262</sup> Dit sluit echter rechterlijke toetsing niet uit. De vereisten zijn bijgevolg vrij streng.<sup>263</sup>

**94.** Deze rechterlijke toetsing brengt ons bij het aspect van de verantwoordingsplicht (of accountability) van de energieregulator. De Interpretatieve Nota gaat uit van drie mogelijke vormen van accountability, die allen vervat liggen in de richtlijnen. Ten eerste dient transparantie te zorgen voor accountability. De beslissingen van de energieregulator dienen transparant te zijn, net als de manier waarop de regulator zijn budget beheert (artikel 35, 4).<sup>264</sup> In dit opzicht stelt de nota dan ook dat het aangeraden is dat de energieregulator alle door hem genomen handelingen publiceert, zowel adviezen, studies als resultaten van monitoringsactiviteiten. Ten tweede moet de regulator elk jaar een verslag uitbrengen met betrekking tot de invulling van zijn taken en bevoegdheden (artikel 37, 1).<sup>265</sup> Dit verslag dient volgens de nota te worden gepubliceerd. Het derde aspect is de rechterlijke verantwoordingsplicht, die het mogelijk maakt dat de beslissingen van de energieregulator juridisch kunnen aangevochten worden (artikel 37, 16).<sup>266</sup> De rechterlijke toetsing houdt echter nauw verband met de transparantieplicht aangezien de door de regulerende instantie genomen besluiten moeten worden gemotiveerd en verantwoord, opdat zij door de rechter kunnen worden getoetst.

De verantwoordingsplicht is in feite het tegengewicht van de onafhankelijkheid van de energieregulator. De Interpretatieve Nota beklemtoont nogmaals – naast overweging 34 uit de richtlijnen – dat de onafhankelijkheid van de energieregulator niet wegneemt dat er rechterlijke toetsing en parlementair toezicht mogelijk is.<sup>267</sup> Hoewel de richtlijnen niet voorschrijven dat de lidstaten een verantwoordingsstelsel voor het nationale parlement instellen, pleit de Europese Commissie weldegelijk hiervoor aangezien “this could be an appropriate means of ensuring increased accountability”.<sup>268</sup> Ook een parlementaire hoorzitting voorafgaand aan de aanstelling van de leden van de regulator lijkt volgens de Europese Commissie aangewezen. De nota eindigt echter met de zinsnede dat, hoewel accountability belangrijk is, het niet mag gebruikt worden om de onafhankelijkheid van de regulator aan te tasten.

**95.** Indien de definities inzake regulering, de bepalingen van de richtlijnen (cf. 2009/72/EG en 2009/73/EG) en de Interpretatieve Nota in overweging worden genomen dan kunnen nationale regulerende instanties in de

---

<sup>262</sup> Interpretatieve Nota, 9.

<sup>263</sup> Deze komen later nog uitvoerig aan bod, samen met de onafhankelijkheids- en deskundigheidsvereisten inzake het personeel van de energieregulator.

<sup>264</sup> Artikel 39(4) van richtlijn 2009/73/EG.

<sup>265</sup> Artikel 41(1) van richtlijn 2009/73/EG.

<sup>266</sup> Artikel 41(16) van richtlijn 2009/73/EG.

<sup>267</sup> Overweging 34 van de richtlijn 2009/72/EG en overweging 30 van de richtlijn 2009/73/EG: “om de interne markt voor elektriciteit goed te laten functioneren, moeten de energieregulators besluiten kunnen nemen over alle relevante reguleringkwesties en moeten zij volledig onafhankelijk zijn van alle andere publieke of particuliere belangen. Dit sluit rechterlijke toetsing en parlementair toezicht overeenkomstig het constitutionele recht van de lidstaten niet uit”.

<sup>268</sup> Interpretatieve Nota, 20.

energiesector als volgt worden gedefinieerd: een nationale regulerende instantie is een specifieke transparante en onafhankelijke entiteit, die bevoegd is inzake het toezicht op en het onderzoek van de energiemarkt. Zij zorgt voor non-discriminatie, daadwerkelijke concurrentie en een efficiënte werking van de gas- en elektriciteitsmarkt. De instantie is eveneens bevoegd om bepaalde regels uit te vaardigen, waarbij zij eveneens de naleving van deze regels en het wetgevend kader bevordert. De instantie is onderworpen aan rechterlijke controle en parlementair toezicht.

96. Het grote verschil tussen de federale energieregulator in de VS (FERC) en de energieregulatoren in de Europese Unie is dat in de VS de regulator niet onafhankelijk hoeft te zijn van de politiek. Integendeel, regulatoren worden er gezien als een *politiek* bestuursinstrument waarin leden van zowel de democratische als de republikeinse partij zijn vertegenwoordigd. De leden van de energieregulator in de VS genieten echter wel van substantiële bescherming ten aanzien van de President, voor wat de ontslagmogelijkheden betreft (*infra* nrs. 585 e.v.). De President mag immers niet een lid van de energieregulator *at his pleasure* ontsen uit zijn of haar ambt. Er moet een specifieke reden zijn (for cause) waarom men een lid van de energieregulator wenst te verwijderen. Deze bepaling zorgt dan ook voor het onderscheid tussen de *executive agencies* en de *independent regulatory agencies*.<sup>269</sup> De strikte onafhankelijkheidsvereisten uit het derde Europese liberaliseringspakket voor energieregulatoren zijn er echter gekomen omdat een groot deel van de monopolies in de Europese Unie werd uitgeoefend door overheden (staatsmonopolies) of doordat de staat bepaalde doorslaggevende belangen heeft in de energiebedrijven of netwerken. De monopolies in de VS waren echter private monopolies, vandaar dat de nood minder hoog was aan een "apolitiek" toezicht.

### 3.2. Algemene doelstellingen, taken en bevoegdheden van de regulerende instantie

97. Artikel 36 van richtlijn 2009/72/EG heeft betrekking op de algemene doelstellingen van de regulerende instantie.<sup>270</sup> De algemene doelstellingen van de regulerende instantie zijn a) de bevordering van een door concurrentie gekenmerkte, zekere en vanuit milieuoogpunt duurzame interne markt voor elektriciteit binnen de Gemeenschap en van een daadwerkelijke openstelling van de markt voor alle afnemers en leveranciers in de Gemeenschap, en waarborging dat elektriciteitsnetten op een doeltreffende en betrouwbare manier werken, rekening houdend met doelstellingen op lange termijn; b) de ontwikkeling van door concurrentie gekenmerkte en goed functionerende regionale markten binnen de Gemeenschap met het oog op het bereiken van de onder a) genoemde doelstelling; c) het opheffen van alle beperkingen voor

<sup>269</sup> *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602, 79 L. Ed. 1611 (1935).

<sup>270</sup> Artikel 40 van Richtlijn 2009/73/EG.

handel in elektriciteit tussen de lidstaten, inclusief de ontwikkeling van afdoende grensoverschrijdende transmissiecapaciteit om aan de vraag te voldoen en de integratie van nationale markten te versterken, hetgeen de elektriciteitsstromen in de Gemeenschap kan faciliteren; d) bijdragen tot de ontwikkeling, op de meest kosteneffectieve manier, van veilige, betrouwbare en efficiënte niet discriminerende systemen die klantgericht zijn, de adequaatheid van systemen bevorderen alsmede, alsmede aansluitend bij de doelstellingen van het algemene energiebeleid, energie-efficiëntie en de integratie van groot- en kleinschalige productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen en gedistribueerde productie in transmissie- en distributienetwerken; e) de toegang van nieuwe productiecapaciteit tot het net vergemakkelijken, met name door de belemmeringen voor de toegang van nieuwkomers op de markt en van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen weg te nemen; f) ervoor zorgen dat de systeembeheerders en -gebruikers de nodige stimulansen krijgen, zowel op korte als op lange termijn, om de efficiëntie van netprestaties te verbeteren en de marktintegratie te versterken; g) ervoor zorgen dat afnemers baat hebben bij een efficiënte werking van hun nationale markt, bevorderen van daadwerkelijke mededinging en bijdragen tot het waarborgen van consumentenbescherming; h) bijdragen tot het bereiken van een hoog niveau van universele en openbare dienstverlening bij het leveren van elektriciteit, tot de bescherming van kwetsbare klanten en tot de compatibiliteit van de processen voor de uitwisseling van gegevens die nodig zijn voor het veranderen van leverancier. Deze algemene doelstellingen houden geen toekenning van specifieke bevoegdheden in en omvatten ook geen specifieke, doelgerichte taken. De nationale regulerende instanties zijn bijvoorbeeld niet exclusief bevoegd inzake energie-efficiëntie of inzake mededinging. De doelstellingen beogen echter wel een nauwe samenwerking tussen verschillende nationale instanties – o.a. mededingingsinstanties – tot stand te brengen voor het coördineren van hun activiteiten, om zo deze algemene doelstellingen te verwezenlijken.<sup>271</sup>

98. Artikel 37 van richtlijn 2009/72/EG heeft betrekking op de taken en bevoegdheden van de regulerende instantie.<sup>272</sup> De taken van de nationale regulerende instanties worden in de Interpretatieve Nota opgedeeld in twee categorieën.<sup>273</sup> De eerste categorie omvat de kerntaken, terwijl de tweede categorie eerder betrekking heeft op de monitoringstaken. De **kerntaken** hebben betrekking op (1) het bepalen van de tarieven of de tariefmethodologieën voor de toegang tot de transmissie- en distributienetwerken, (2) het ontvlechten van de markt en de controle op kruissubsidies, (3) de naleving van het EU-recht door de transmissie- en distributienetbeheerders en energiebedrijven, (4) de consumentenbescherming

---

<sup>271</sup> G. BLOCK en A. JOHNSTON, *EU Energy Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 133.

<sup>272</sup> Artikel 41 van richtlijn 2009/73/EG.

<sup>273</sup> Interpretatieve Nota, 12.

en (5) de implementatie en de naleving van de juridisch bindende beslissingen van de EU Commissie of ACER.<sup>274</sup> De tweede categorie, de **toezichtstaken**, omvat o.a. marktmonitoring, toezicht houden op het niveau en de doeltreffendheid van openstelling van de markt en de mededinging, toezicht houden op het voorkomen van restrictieve contractuele praktijken, etc.<sup>275</sup> De lidstaten kunnen bepalen dat deze monitoringsstaken door andere instanties dan de regulerende instantie worden uitgevoerd. In dat geval wordt de uit dit toezicht verkregen informatie zo spoedig mogelijk aan de regulerende instantie ter beschikking gesteld. Het gaat hierbij om *alle* informatie, immers ook de confidentiële of commercieel gevoelige informatie moet aan de nationale regulerende instantie worden meegedeeld.<sup>276</sup> De taken en bevoegdheden van de nationale regulerende instanties zoals vermeld in het derde pakket houden echter slechts een minimum in. Lidstaten zijn steeds vrij om aan de nationale regulerende instanties meer bevoegdheden of taken toe te kennen, in zoverre dit uiteraard strookt met andere relevante regelgeving.

**99.** De **bevoegdheden** van NRI's zijn terug te vinden in artikel 37(4) van de Elektriciteitsrichtlijn en artikel 41(4) van de Gasrichtlijn. Het gaat om a) het vaststellen van bindende besluiten voor elektriciteits- en gasbedrijven, b) onderzoeken uitvoeren naar de werking van de elektriciteits- en gasmarkten en besluiten tot en opleggen van noodzakelijke en evenredige maatregelen om daadwerkelijke mededinging te bevorderen en de goede werking van de markt te waarborgen. In passende gevallen, is de regulerende instantie ook bevoegd om samen te werken met de nationale mededingingsautoriteit en de marktregulators van de financiële markt of de Commissie in het kader van een onderzoek in verband met de mededingingswetgeving; c) opvragen bij elektriciteits- en gasbedrijven van informatie die relevant is voor de uitvoering van haar taken, met inbegrip van verklaringen voor de weigering een derde partij toegang te geven en informatie over maatregelen die nodig zijn om het netwerk te versterken; d) opleggen van effectieve, evenredige en afschrikkende sancties aan elektriciteits- en gasbedrijven die hun verplichtingen uit hoofde van de richtlijnen (cf. 2009/72/EG en 2009/73/EG) of enig toepasselijk wettelijk bindend besluit van de regulerende instantie of het Agentschap niet naleven, of een bevoegde rechtbank voorstellen dergelijke sancties op te leggen. Daartoe behoort de bevoegdheid om aan de transmissiesysteembeheerder of het verticaal geïntegreerde bedrijf, naargelang het geval, sancties van maximaal 10 % van de jaaromzet van de transmissiesysteembeheerder of het verticaal geïntegreerde bedrijf op te leggen of voor te stellen deze op te leggen, wegens

---

<sup>274</sup> G. BLOCK en A. JOHNSTON, *EU Energy Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 134.

<sup>275</sup> Interpretatieve Nota, 12 en 13.

<sup>276</sup> Interpretatieve Nota, 15: "If a Member State chooses to do so, it must guarantee that the information resulting from this monitoring will, as soon as possible, be made available to the NRA. This provision should apply to all information that has been collected during the monitoring performed by that other body: the text of the Electricity and Gas Directives does not limit the obligation to the report or the result of the monitoring exercise. This implies that also confidential information that was collected as part of the monitoring should be given to the NRA; that not only the results of the monitoring (e.g. monitoring report) but also the underlying data and other information should be given to the NRA".

niet-naleving van hun respectieve verplichtingen uit hoofde van deze richtlijn, en e) passende bevoegdheden om onderzoek uit te voeren en nodige onderzoeksbevoegdheden met het oog op geschillenbeslechting.

**100.** Artikel 37(6) bepaalt dat de regulerende instanties bevoegd zijn voor de vaststelling of de voldoende ruim aan de inwerkingtreding voorafgaande goedkeuring van ten minste de methoden voor het berekenen of vastleggen van de voorwaarden inzake o.a. de aansluiting op en toegang tot nationale netten, inclusief de transmissie- en distributietarieven of de methode daarvoor, de verstrekking van balanceringsdiensten en de toegang tot grensoverschrijdende infrastructuur. Ook hier gaat het om **exclusieve bevoegdheden** die enkel en alleen toebehoren aan de regulator.<sup>277</sup>

## F. CONCLUSIE

**101.** Energieregulators werden in de Europese Unie ingericht om toezicht te houden op de vrijmaking van de energiemarkt, om zo een Europese interne energiemarkt te creëren. Onafhankelijke transmissie- en distributienetbeheerders werden verantwoordelijk gesteld voor het beheer van het netwerk, waardoor dit beheer werd afgesplitst van de productie en de levering van energie. Dit zorgt ervoor dat de toegang tot het netwerk voor derden op een niet-discriminerende wijze wordt uitgeoefend. De onafhankelijke netbeheerders behouden echter nog steeds een monopoliesituatie, het netwerk blijft namelijk een feitelijk monopolie. Mede daarom werden onafhankelijke energieregulators ingericht, om o.a. de transmissie- en de distributietarieven te *reguleren* en toezicht uit te oefenen op de beheerders.<sup>278</sup> Het andere deel van de energiemarkt - de productie en de levering - werd op die manier ook *geliberaliseerd* of vrijgemaakt, waardoor nieuwe concurrenten op de markt kunnen komen.

**102.** De nationale regulerende instanties worden doorheen de verschillende golven van Europese richtlijnen gekenmerkt door een vanuit juridisch oogpunt vrij controversiële evolutie. Van (1) in het eerste liberaliseringspakket een *in se* niet verplichte regelgevende instantie, (2) tot in het tweede liberaliseringspakket, een verplicht opgerichte regelgevende instantie, onafhankelijk van de marktspelers (3) tot in het derde liberaliseringspakket, een nationale regulerende instantie, gekenmerkt door transparantie, deskundigheid en onafhankelijkheid ten aanzien van zowel de marktspelers als de politiek. We kunnen besluiten dat een nationale regulerende instantie in de EU gedefinieerd kan worden als een specifieke transparante en onafhankelijke entiteit, die

---

<sup>277</sup> Adv.RvS nr. 49.570/3 van 31 mei 2011 bij het wetsontwerp van wet tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitswet en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, nr. 1725/1, 309.

<sup>278</sup> T. VANDEN BORRE, "Een dynamische energiemarkt voor kleinverbruikers in België en Nederland: dankzij of ondanks het vangnetmechanisme?", *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* 2014, (116) 116.

bevoegd is inzake het toezicht op en het onderzoek van de energiemarkt. Zij zorgt voor non-discriminatie, daadwerkelijke concurrentie en een efficiënte werking van de gas- en elektriciteitsmarkt. De instantie is eveneens bevoegd om bepaalde regels of besluiten uit te vaardigen ter uitwerking of interpretatie van het wetgevend kader, waarbij zij eveneens de naleving van deze regels en het wetgevend kader bevordert. De instantie is onderworpen aan rechterlijke controle en parlementair toezicht.

**103.** Nu waarom een juridisch controversiële evolutie? In België, net zoals in de meeste West-Europese EU-lidstaten, wordt het rechtsstelsel gekenmerkt door een principiële strikte scheiding der machten tussen de wetgevende, de uitvoerende en de rechterlijke macht. De inrichting van een onafhankelijke energieregulator met uitgebreide bevoegdheden, die zich situeerden binnen elk van de drie takken van de trias politica, was voor vele lidstaten geen evidente zaak. De scheiding der machten houdt in dat enkel de wetgevende macht bevoegd is voor het maken van de wetten in de formele zin (wetgevende taak). De uitvoerende macht - de regering en/of het staatshoofd - is in hoofdzaak bevoegd voor het nemen van besluiten die nodig zijn voor de uitvoering van de wetten. De rechterlijke macht is ruwweg bevoegd voor het beslechten van geschillen. De wetgevende macht kan hierbij - onder bepaalde voorwaarden - de bevoegdheid tot het uitvaardigen van regelgeving delegeren aan de uitvoerende macht. Naarmate de markten vrijgemaakt werden, nam ook het belang, de impact en de omvang van de energieregulatoren hun opdracht en bevoegdheden toe. Het derde pakket vereiste dat de energieregulatoren ruime bevoegdheden en werkingsmiddelen hebben, waarbij de kernbevoegdheden - waaronder ook regelgevende bevoegdheden - duidelijk alleen kunnen worden uitgeoefend door de energieregulator. Enkel bepaalde toezichtstaken kunnen worden toebedeeld aan een andere instantie.

Aangezien de energieregulatoren een steeds crucialere rol opnemen, neemt ook het belang van hun onpartijdigheid en onafhankelijkheid verder toe, wat uiteindelijk leidt tot een aantal specifieke vereisten op het vlak van het juridisch statuut van de nationale regelgevende instanties. De instanties krijgen dus méér bevoegdheden en méér autonomie. In bepaalde rechtsleer wordt deze onafhankelijkheid en autonomie als problematisch ervaren.<sup>279</sup> In België worden de energieregulatoren immers ingericht als een specifieke vorm van bestuur - een overheidsinstantie - en staan ze in principe in een delegatiesysteem en een hiërarchische structuur die normaal gezien altijd gepaard gaat met ofwel hiërarchisch ofwel administratief toezicht. De richtlijnen - gesteund door de, evenwel niet bindende, Interpretatieve Nota - én een uitspraak van het

---

<sup>279</sup> Zie o.a. C. DEGREEF en S. DE SOMER, "Accountability van de federale en Vlaamse Energieregulator of toezicht op de toezichthouders na het derde energiepakket", *MER* 2013, 77-99; S. DE SOMER, "De invloed van het EU-recht op het Belgische bestuurlijke organisatierecht: de (politieke) onafhankelijkheid van nationale toezichthouders" in B. DELVAUX, B. VANHEUSDEN en K. WAUTERS, *Invloed van het EU-recht op het Belgisch bestuursrecht*, Brugge, dieKeure, 2014, 101-149.

Grondwettelijk Hof in België<sup>280</sup> stellen echter duidelijk dat hiërarchisch of administratief toezicht onverenigbaar is met de Europese onafhankelijkheidsvereisten.<sup>281</sup>

De vraag is nu in hoeverre de ruime bevoegdheden en de toegenomen onafhankelijkheid van de energieregulatoren gekoppeld kan worden aan een sterke legitieme basis. Vooraleer hier dieper op ingegaan kan worden moet eerst, in hoofdstuk 2, een blik worden geworpen op de oprichting van de vier verschillende energieregulatoren in België en het toepasselijke wetgevend kader. Aangezien de bevoegdheden van de energieregulatoren zich situeren binnen een complexe bevoegdheidsverdeling tussen het federale en het gewestelijke niveau wordt ook hierop nader ingegaan. Hoofdstuk 2 is dan ook getiteld "Het juridisch kader en de ontstaansgeschiedenis van de energieregulatoren in België". Pas hierna, wanneer het duidelijk is binnen welk wetgevend kader de regulatoren optreden, kan er ook gekeken worden naar de manier waarop men hun onafhankelijkheid en legitimiteit kan verzoenen.

---

<sup>280</sup> GwH 18 november 2010, nr. 130/2010, overweging B.4.

<sup>281</sup> Artikel 35 van de richtlijn 2009/72/EG: "De lidstaten moeten de onafhankelijkheid van de regulerende instantie waarborgen en ervoor zorgen dat zij haar bevoegdheid op onpartijdige en transparante wijze uitoefent. De lidstaten waken erover dat de regulerende instantie, juridisch gescheiden en functioneel onafhankelijk is van enige andere publieke of particuliere entiteit en zorgt ervoor dat haar personeel en de personen die belast zijn met haar beheer onafhankelijk zijn van marktbelangen, en bij het verrichten van de reguleringstaken geen directe instructies verlangen of ontvangen van regeringen of andere publieke of particuliere entiteiten. De nationale regulerende instanties moeten dus onafhankelijk functioneren van zowel (1) de marktspelers, als (2) van de regering en (3) enige andere publieke of particuliere entiteit".



## **HOOFDSTUK 2: Het juridisch kader en de ontstaansgeschiedenis van de energieregulatoren in België**

### **A. INLEIDING**

**104.** In dit onderdeel wordt eerst en vooral de ontstaansgeschiedenis van de vier verschillende energieregulatoren in België besproken. Hierbij komt voornamelijk de oprichtingswetgeving aan bod, waarbij wordt ingegaan op de aanvankelijke organisatie en inrichting van de energieregulatoren. Bij de bespreking van elke individuele energieregulator wordt ook kort ingegaan op de huidige situatie waarin zij zich momenteel bevinden. De organisatie en de inrichting van de energieregulatoren wordt bijgevolg besproken op twee momenten. Enerzijds bij de oprichting en anderzijds na de aanneming van het derde pakket liberaliseringsrichtlijnen (de situatie vandaag). Op de specifieke evolutie van bepaalde organen binnen de energieregulatoren wordt hier minder ingegaan, aangezien dit later nog meer in detail aan bod komt. Waar dit relevant is wordt immers in volgende hoofdstukken teruggekoppeld naar deze specifieke organen. Uit de ontstaansgeschiedenis en het huidige wetgevend kader blijkt dat de manier waarop de energieregulatoren vandaag georganiseerd zijn toch enigszins verschillend is. Zo hebben de vier energieregulatoren reeds van bij het begin verschillende organen en diensten. Ook wordt bijvoorbeeld het toezicht bij de Waalse en de Brusselse energieregulator uitgeoefend door twee regeringscommissarissen, terwijl dit bij de federale en Vlaamse regulatoren niet (meer) het geval is.

**105.** In het tweede luik van dit hoofdstuk wordt de ontstaansgeschiedenis gekoppeld aan de bevoegdheidsverdeling inzake het energiebeleid in België, waarbij de bevoegdheden door de diverse staatsvormingen zijn verdeeld tussen het federale en het gewestelijke niveau. Het is daarbij niet de bedoeling een uitvoerige uiteenzetting te geven van elke mogelijke afbakening, draagwijdte, interpretatie en bevoegdheidsbetwisting die deze bevoegdheidsverdeling ooit teweegbracht of nu nog teweegbrengt. Er moet evenwel, zij het dan eerder beknopt, op het bevoegdheidsverdelend kader worden ingegaan daar de energieregulatoren optreden binnen dit kader, een kader waarop eveneens hun onderscheiden bevoegdheden gebaseerd zijn.

### **B. ONTSTAANSGESCHIEDENIS**

**106.** Zoals uit voorgaand hoofdstuk blijkt werden de energieregulatoren in België opgericht onder invloed van een Europese liberaliseringsimpuls. De liberalisering of vrijmaking van de Europese energiemarkt moet een "Interne Energiemarkt" tot stand brengen, waarbinnen meer concurrentie, een goede marktwerking en correcte marktprijzen centraal staan. Fundamenteel daarbij is de ontvlechting (*unbundling*) van de elektriciteits- en aardgassector, waardoor het beheer van het netwerk wordt gescheiden van de productie en levering van

elektriciteit of aardgas. De ontvlechting beklemtoont de noodzaak aan onafhankelijke transmissie- of distributienetbeheerders, die het netwerk moeten beheren en zo als onafhankelijke spelers, niet-discriminerende toegang voor derden moeten waarborgen. De netbeheerders blijven echter een feitelijk monopolie (het netwerk) behouden, waardoor onafhankelijk toezicht op deze activiteiten nodig werd geacht. Dit toezicht kwam er onder de vorm van onafhankelijke energieregulators. Dit deel van de markt wordt dan ook *gereguleerd*. Het andere deel van de markt, de productie en levering, wordt veel minder gereguleerd waardoor men stelt dat dit het vrijgemaakte of *geliberaliseerde* deel is van de markt.

**107.** In dit onderdeel zal hoofdzakelijk worden ingegaan op de beginsituatie bij de oprichting van de Belgische energieregulators. De invloed van het eerste en tweede pakket liberaliseringsrichtlijnen zal enkel vanuit een Belgisch legislatief oogpunt besproken worden, waarbij de elektriciteitswetten, decreten en ordonnanties aan bod komen.<sup>282</sup> Er zal besproken worden hoe de energieregulators werden gevormd en opgericht, en er wordt dieper ingegaan op het juridisch kader waarin hun taken, bevoegdheden en samenstelling aanvankelijk werd bepaald. De bespreking van deze ontstaansgeschiedenis is immers relevant voor volgende hoofdstukken, waarin de impact van het derde liberaliseringspakket centraal staat. Dit hoofdstuk dient als basis. Het vormt daarbij het vertrekpunt van de analyse die terug te vinden is in de volgende hoofdstukken. Deze analyse heeft betrekking op de evolutie en de huidige invulling van de kenmerken onafhankelijkheid, transparantie, verantwoordingsplicht en deskundigheid (*infra* nr. 259). Het derde liberaliseringspakket en de daaruit voortvloeiende juridische problemen inzake de verhouding van de energieregulators ten aanzien van het parlement, de regering en de rechterlijke macht komen hier bijgevolg nog niet uitvoerig aan bod.

## **1. De oprichting van de federale energieregulator**

**108.** In 1996 en 1998 werden respectievelijk de Europese richtlijnen voor de liberalisering van de elektriciteitsmarkt en de aardgasmarkt uitgevaardigd.<sup>283</sup> Beide richtlijnen werden in België op het federale niveau omgezet door enerzijds de federale Elektriciteitswet van 29 april 1999 en anderzijds door de aanpassing van de Gaswet van 12 april 1965.<sup>284</sup> Deze wetten introduceerden de federale energieregulator. In België trachtte men reeds vroeger (na de Tweede Wereldoorlog) de energiemarkt te reguleren, zij het niet via een onafhankelijke

---

<sup>282</sup> En - zij het in iets mindere mate - ook de wetgeving met betrekking tot de sector van het aardgas.

<sup>283</sup> Richtlijn 96/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit, *Pb.L.* 30 januari 1997, afl. 27, 20; Richtlijn 98/30/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende de gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas, *Pb.L.* 21 juli 1998, afl. 204, 1.

<sup>284</sup> Wet 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, *BS* 11 mei 1999, 16264; Wet 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *BS* 7 mei 1965.

energieregulator zoals deze vandaag gekend is, maar wel via een paritaire overlegstructuur.

### 1.1. Het Controlecomité voor de Elektriciteit en het Gas

**109.** Reeds vrij vroeg is men in België begonnen met het trachten te reguleren van de energiemarkt. Zo was er in de periode na de Tweede Wereldoorlog nood aan een rationalisering van de elektriciteitsindustrie om de hoge elektriciteitsstarieven te doen dalen.<sup>285</sup> In tegenstelling tot bijvoorbeeld de energiesector in Frankrijk opteerde men in België echter niet voor een proces van nationalisering.<sup>286</sup> Wat de regulering van de sector betrof ontbrak elk overheidsinitiatief terzake. Op initiatief van de sociale partners kwam een paritaire overlegstructuur tot stand. Deze overlegstructuur tussen de elektriciteitsoperatoren en de sociale partners moest voor de regulering van de energiesector zorgen. In 1955 werd hiertoe de Overeenkomst betreffende de Elektriciteit en het Gas afgesloten tussen de sociale partners - het VBO en de drie representatieve werknemersorganisaties (ACV, ABVV en ACLVB) -, de elektriciteitsondernemingen en later ook de ondernemingen uit de gassector.<sup>287</sup> Bij deze overeenkomst werd het Controlecomité voor de Elektriciteit en Gas (CEEG) opgericht.<sup>288</sup> Het Controlecomité bestond uit afgevaardigden van de vermelde partijen. De overheid speelde hierbij slechts een heel beperkte rol. Afgevaardigden van de Minister van Economische Zaken en van de Minister van Binnenlandse Zaken zetelden slechts als waarnemers. Het Controlecomité werkte met aanbevelingen, waarbij de privé-maatschappijen zich ertoe verbonden deze op te volgen. In 1964 werd de rol van de overheid uitgebreid en konden de vertegenwoordigers van de Staat de aanbevelingen van het Controlecomité opschorten.<sup>289</sup>

Het Controlecomité werd bij de staatshervorming van 1980 omgevormd tot een autonoom organisme van openbaar nut, onder voogdij van de federale minister van economische zaken. Deze voogdij werd uitgeoefend via het koninklijk besluit nr. 147 van 30 december 1982. Dit KB wijzigde de artikelen 170 tot en met 172 van de wet van 8 augustus 1980 betreffende de budgettaire voorstellen 1979-1980.<sup>290</sup> Het comité kreeg een wettelijke opdracht en diende erover te waken dat de technische, economische en tarifaire toestand van de gas- en elektriciteitssector, alsook de evolutie ervan, beantwoordde aan het algemeen

---

<sup>285</sup> Ontwerp van decreet houdende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, *Parl.St.* VI.Parl. 1999-2000, nr. 285/1, 5.

<sup>286</sup> Zo creëerde men in Frankrijk in 1946 *Électricité de France* (EdF) en *Gaz de France* (Gdf).

<sup>287</sup> CREG, Studie (F) 030424-CDC-177, *De evolutie van de elektriciteitsprijs voor de eindafnemers van 1999 tot 2002*, 24 april 2003, 14; Ontwerp van decreet houdende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, *Parl.St.* VI.Parl. 1999-2000, nr. 285/1, 5; K. DEKETELAERE, K. DE COCK, L. DERIDDER en G. VERHOOSSEL, *Handboek energierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 106.

<sup>288</sup> T. VANDEN BORRE, "De federale bijdrage in de vrijmaking van de elektriciteits- en gasmarkt" in K. DEKETELAERE (ed.), *Jaarboek Energierecht 2002*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (37) 54.

<sup>289</sup> F. VANDENDRIESSCHE, *Energierecht*, Universiteit Gent, Academiejaar 2011-2012, 189.

<sup>290</sup> KB nr. 147 van 30 december 1982 tot wijziging van de artikelen 170, 171 en 172 van de wet van 8 augustus 1980 betreffende de budgettaire voorstellen 1979-1980, *BS* 19 januari 1983, 873.

belang en paste in het globaal energiebeleid.<sup>291</sup> Wat de concrete opdracht betrof bepaalde artikel 4 van de statuten van het CCEG dat het Controlecomité onder meer tot taak had "erover te waken dat de tarieven en de leveringsvoorwaarden voor alle afnemers in elektriciteit en gas, met inbegrip van het door de afnemers te betalen vastrecht en kosten, zouden vastgesteld worden in functie van het algemeen belang".<sup>292</sup> Het Controlecomité had als bevoegdheid aanbevelingen te doen en/of adviezen uit te brengen in het raam van de toepassing van het elektriciteits- en gasbeleid, evenals aangaande het beheer van de betrokken sectoren. Echter, indien de regering het niet eens was met een aanbeveling, dan kon zij de aanbeveling opschorten en binnen een termijn van één maand zelf beslissen.<sup>293</sup>

Wegens een te nauwe verwevenheid met de overheid en de energiemaatschappijen kon het Controlecomité voor de Elektriciteitssector (CCEG) niet dienen als een voldoende onafhankelijke regulator.<sup>294</sup> Bovendien was het Controlecomité niet vertrouwd met een energiemarkt waarbinnen concurrentie mogelijk was.

## 1.2. De wet van 29 april 1999

**110.** Hoewel de instelling van een energieregulator *in se* niet wordt vereist door het eerste pakket liberaliseringsrichtlijnen heeft de federale overheid bij de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de Elektriciteitsmarkt en de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de gasmarkt en het fiscaal statuut van de elektriciteitsproducenten toch in de oprichting ervan voorzien.<sup>295</sup> De wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de Elektriciteitsmarkt voorzag in de oprichting van de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit (CRE).<sup>296</sup> De wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de gasmarkt en het fiscaal statuut van de elektriciteitsproducenten maakte daar vervolgens de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG) van.

**111.** Het Controlecomité en de CREG bleven aanvankelijk naast elkaar bestaan.<sup>297</sup> De CREG was bevoegd voor het geliberaliseerde deel van de markt, terwijl het Controlecomité bevoegd bleef voor de gebonden

<sup>291</sup> Ontwerp van decreet houdende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, *Parl.St.* VI.Parl. 1999-2000, nr. 285/1, 5; K. DEKETELAERE, K. DE COCK, L. DERIDDER en G. VERHOOSSEL, *Handboek energierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 105.

<sup>292</sup> CREG, Studie (F) 030424-CDC-177, *De evolutie van de elektriciteitsprijs voor de eindafnemers van 1999 tot 2002*, 24 april 2003, 14.

<sup>293</sup> F. VANDENDRIESSCHE, *Energierecht*, Universiteit Gent, Academiejaar 2011-2012, 189.

<sup>294</sup> In het kader van de Europese richtlijnen: Richtlijn 96/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit, *Pb.L.* 30 januari 1997, afl. 27, 20; Richtlijn 98/30/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende de gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas, *Pb.L.* 21 juli 1998, afl. 204, 1.

<sup>295</sup> K. DEKETELAERE, K. DE COCK, L. DERIDDER en G. VERHOOSSEL, *Handboek energierecht*, Intersentia, Antwerpen, 2001, 109.

<sup>296</sup> Artikel 23 van de Elektriciteitswet.

<sup>297</sup> K. DEKETELAERE, K. DE COCK, L. DERIDDER en G. VERHOOSSEL, *Handboek energierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 105.

elektriciteitsbedrijven.<sup>298</sup> De toenemende liberalisering zorgde er echter voor dat het werkveld van het Controlecomité zodanig beperkt werd, dat uiteindelijk het comité werd opgeheven bij wet van 20 maart 2003.<sup>299</sup> Artikel 25 van laatstgenoemde wet voegde in de Elektriciteitswet artikel 23*bis* in, waardoor de bevoegdheden van het Controlecomité werden overgeheveld aan de CREG.

**112.** De CREG werd opgericht als autonoom organisme met rechtspersoonlijkheid en werd belast met een raadgevende taak ten behoeve van de overheid inzake de organisatie en werking van de elektriciteitsmarkt, enerzijds, en met een algemene taak van toezicht en controle op de toepassing van de betreffende wetten en reglementen, anderzijds. De twee organen waren het Directiecomité en de Algemene Raad,<sup>300</sup> waarbij het Directiecomité onder administratief toezicht stond van de Algemene Raad.<sup>301</sup>

**113.** De Memorie van Toelichting bij het wetsontwerp betreffende de organisatie van de Elektriciteitsmarkt stelde dat de essentiële kenmerken van de nieuwe instantie haar *onafhankelijkheid* en *deskundigheid* moesten zijn.<sup>302</sup> Om deze onafhankelijkheid te garanderen werd voorgesteld om de CRE(G) niet in te richten als een instelling van openbaar nut (onderworpen aan de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut<sup>303</sup>) maar om haar eerder een autonoom statuut toe te kennen naar het model van de Commissie voor het Bank- en Financiewezen.<sup>304</sup> De wet van 16 maart 1954 trachtte immers controle op de dienstgewijze gedecentraliseerde diensten te organiseren, en deelde daartoe meer specifiek de openbare instellingen in, in verschillende categorieën met een daaraan verbonden aangepast administratief en budgettair toezicht.<sup>305</sup> In categorie A zijn o.a. de Regie der gebouwen, het Brussels Instituut voor Milieubeheer (BIM)<sup>306</sup> en het Federaal Planbureau gerangschikt. In categorie B o.a. de Koninklijke Muntschouwburg en het Nationaal Geografisch Instituut en in categorie C bijvoorbeeld het Federaal Agentschap voor Nucleaire Controle (FANC). In categorie D is bijvoorbeeld het Nationaal Pensioenfonds voor mijnwerkers ondergebracht.

---

<sup>298</sup> Gebonden houdt in dat men de elektriciteitsleverancier (nog) niet zelf kon kiezen. Er was toen sprake van een "gebonden markt" voor de consumenten (vaak via een intercommunale). Andere delen van de markt werden wel geleidelijk aan opengemaakt, daarvoor werd de CREG bevoegd gemaakt.

<sup>299</sup> Wet 20 maart 2003 tot wijziging van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, van de wet van 8 augustus 1980 betreffende de budgettaire voorstellen 1979-1980 en van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, *BS* 4 april 2003.

<sup>300</sup> Zie voor een schema K. DEKETELAERE, K. DE COCK, L. DERIDDER en G. VERHOOSEL, *Handboek energierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 109 en 110.

<sup>301</sup> In 2006, via de wet van 20 juli 2006, werd het administratief toezicht overgeheveld van de Algemene Raad naar de Ministerraad. In het hoofdstuk betreffende de onafhankelijkheid zal hier nader op in worden gegaan.

<sup>302</sup> Wetsontwerp betreffende de organisatie van de Elektriciteitsmarkt, *Parl. St.* Kamer 1998-99, nr. 1933/1, 26.

<sup>303</sup> Wet 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut, *BS* 24 maart 1954, 2210.

<sup>304</sup> Artikel 35 KB nr. 185 van 9 juli 1935 op de bankcontrole en het uitgifteregime voor titels en effecten, *BS* 10 juli 1935; K. DEKETELAERE, K. DE COCK, L. DERIDDER en G. VERHOOSEL, *Handboek energierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 111.

<sup>305</sup> A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 146; D. BATSELE, T. MORTIER, M. SCARCEZ, *Algemeen administratief recht*, Brussel, Bruylant, 2012, 259.

<sup>306</sup> Deze instantie komt later nog terug.

De instellingen van categorie A werden onderworpen aan het hiërarchisch gezag van de minister van wie zij afhangen. De instellingen van categorie B, C en D werden onderworpen aan de controlebevoegdheid van de minister(s) van wie ze afhangen. De controle wordt uitgeoefend door een of meer regeringscommissarissen, benoemd door de regering.<sup>307</sup> Zoals MAST stelt is het ambt van een regeringscommissaris een vertrouwenspost en kan de minister voor deze functie beroep doen op een persoon die hij of zij het best aangewezen acht om als zijn lasthebber op te treden.<sup>308</sup> De regeringscommissaris woont met raadgevende stem de vergaderingen van de beheers- en controleorganen bij en beschikt volgens artikel 9 van de wet van 16 maart 1954 "over de ruimste bevoegdheid". Aangezien de CREG niet geplaatst werd onder het toepassingsgebied van de wet van 16 maart 1954 werd er geen hiërarchisch toezicht of toezicht uitgeoefend door een regeringscommissaris. Bij de Vlaamse energieregulator, de VREG, was formeel in de wetgeving ingeschreven dat een regeringscommissaris het toezicht zou uitoefenen, hoewel dit in de praktijk nooit ten uitvoer werd gebracht. Het toezicht op de Waalse en de Brusselse energieregulators wordt wel uitgeoefend door regeringscommissarissen.

De Memorie van Toelichting bepaalde dat het personeel van de CRE(G) tewerkgesteld zal zijn krachtens arbeidsovereenkomsten en dat haar werkingskosten in hoofdzaak zullen worden gedekt door een toeslag op de transmissietarieven. In dit opzicht diende te worden voorzien in een minimumenveloppe die de normale werking van de CRE(G) in volle onafhankelijkheid waarborgde. Bovendien zijn de leden van de CRE(G) en haar personeelsleden gebonden door het beroepsgeheim.

De Memorie van Toelichting stelde echter eveneens dat, naar het voorbeeld van het beperkt comité van het Controlecomité, de Algemene Raad van de CREG - toen nog als orgaan - samengesteld zou zijn uit vertegenwoordigers van de sociale partners, de representatieve organisaties van kleine en middelgrote ondernemingen, verschillende groeperingen van verbruikers en de overheid. De gewesten zouden worden uitgenodigd om vertegenwoordigers af te vaardigen.<sup>309</sup> Uit de Memorie van Toelichting bleek eveneens dat het directiecomité en de algemene raad gezamenlijk een huishoudelijk reglement dienden op te stellen, dat aan de goedkeuring van de Koning werd onderworpen. Verder blijkt dat de CREG een gespecialiseerde bemiddelings- en arbitrage dienst moest inrichten waarop de partijen een beroep konden doen voor de regeling van geschillen betreffende de toegang tot het transmissienet, de toepassing van het technisch reglement of de tarieven voor de aansluiting op het transmissienet of het gebruik ervan.

---

<sup>307</sup> Zie artikel 9 Wet 16 maart 1954.

<sup>308</sup> A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 148.

<sup>309</sup> Uit het arrest van het Grondwettelijk Hof van 7 augustus 2013 blijkt dat de Algemene Raad geen deel mag uitmaken van de CREG, omdat de leden onvoldoende onafhankelijk zijn. De Algemene Raad mag wel worden opgericht als afzonderlijke entiteit, los van de CREG. GwH 7 augustus 2013, nr. 117/2013. Dit komt later nog uitvoerig aan bod.

114. Ten slotte werd binnen de CREG een Beroepskamer ingericht, met een onafhankelijke samenstelling, om te beslissen over precontractuele geschillen in verband met de toegang tot het transmissienet.<sup>310</sup> De Beroepskamer besliste op verzoek van één der partijen over geschillen tussen de netwerkbeheerder en de netgebruikers betreffende de toegang tot het net en over geschillen betreffende de toegang tot het vervoersnet, behalve geschillen inzake contractuele rechten en verbintenissen. De Beroepskamer werd samengesteld uit een voorzitter en twee leden, benoemd voor een hernieuwbare termijn van zes jaar.<sup>311</sup> De werking van de Beroepskamer moest bij KB geregeld worden. Aangezien dit KB er nooit is gekomen, is de Beroepskamer nooit operationeel geweest. De memorie verduidelijkt dat een analoge instantie, de "Kamer voor interconnectie, bijzondere toegang en gedeeld gebruik", eveneens werd gecreëerd binnen het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (BIPT) – de telecomregulator.<sup>312</sup> Deze kamer was echter eveneens meer dan 10 jaar niet operationeel. Er diende volgens de memorie van toelichting evenwel te worden onderstreept dat de leden van de beroepskamer en hun plaatsvervaarders niet mogen worden gekozen onder de leden van de organen en de personeelsleden van de CREG.<sup>313</sup>

De Beroepskamer kreeg nadien een nieuwe naam, zijnde "Geschillenkamer".<sup>314</sup> Artikel 29, § 1 van de Elektriciteitswet bepaalde in 2001 dan ook dat "binnen de commissie een autonoom orgaan wordt opgericht, "Geschillenkamer" genoemd, dat, op verzoek van één van de partijen, beslist over geschillen tussen de netbeheerder en de netgebruikers betreffende de toegang tot het transmissienet, behalve geschillen inzake contractuele rechten en verbintenissen".<sup>315</sup> De Geschillenkamer moest bestaan uit een voorzitter, twee andere leden en drie plaatsvervaarders, benoemd bij een in Ministerraad overlegd koninklijk besluit voor een hernieuwbare termijn van zes jaar. De voorzitter en één plaatsvervaarder werden aangewezen onder de magistraten van de rechterlijke orde, de andere leden en plaatsvervaarders werden aangewezen omwille van hun deskundigheid inzake mededinging. De leden en de plaatsvervaarders mochten niet onder de leden van de organen en de

<sup>310</sup> Wetsontwerp betreffende de organisatie van de Elektriciteitsmarkt, *Parl. St.* Kamer 1998-99, nr. 1933/1, 28.

<sup>311</sup> K. DEKETELAERE, K. DE COCK, L. DERIDDER en G. VERHOESEL, *Handboek energierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 111.

<sup>312</sup> Artikel 79ter Wet 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, *BS* 27 maart 1991, 6155. Het artikel is ondertussen opgeheven.

<sup>313</sup> Ook dit aspect kwam, zij het in gewijzigde vorm (Geschillenkamer), aan bod in het arrest van het Grondwettelijk Hof van 7 augustus 2013. Hier zal later nog worden op ingegaan.

<sup>314</sup> Wetsontwerp houdende wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen en van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, *Parl. St.* Senaat 2000-2001, nr. 766/2, 3. Bij wet van 27 juli 2005 (Wet 27 juli 2005 tot organisatie van de mogelijkheden tot beroep tegen de beslissingen genomen door de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas, *BS* 29 juli 2005) was de Geschillenkamer echter opnieuw verdwenen uit de Elektriciteitswet en de Gaswet. De wet van 6 mei 2009 voerde deze instantie opnieuw in (zowel in de Elektriciteits- als Gaswet). Zie T. SCHOORS en D. PACQUEE, "Het federale energierecht in 2009: overzicht van de belangrijkste ontwikkelingen" in K. DEKETELAERE EN B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2009*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (1) 3.

<sup>315</sup> Artikel 29, § 1 van de Elektriciteitswet.

personeelsleden van de commissie worden gekozen. De Geschillenkamer is echter nog steeds niet operationeel, bij gebrek aan uitvoeringsbesluit.<sup>316</sup>

**115.** De wet van 20 maart 2003 creëerde een nieuwe dienst binnen de CREG, namelijk de ombudsdienst.<sup>317</sup> Artikel 27 van de elektriciteitswet bepaalde dat de ombudsdienst bevoegd werd voor alle geschillen tussen een eindafnemer en een producent, distributeur, leverancier of tussenpersoon.<sup>318</sup> Anno 2003 bestond de CREG dan ook uit volgende organen en diensten: het Directiecomité, de Algemene Raad, de Bemiddelings- en Arbitragedienst,<sup>319</sup> de Geschillenkamer én de ombudsdienst. De Memorie van Toelichting gaf duiding bij de mogelijk delicate verhouding tussen de ombudsdienst enerzijds en de bemiddelings- en arbitragedienst en de Geschillenkamer anderzijds.<sup>320</sup> De MvT stelde dat de opdrachten die aan de ombudsdienst zijn toegekend hoofdzakelijk tot doel hebben, na onderzoek van de klacht, gemakkelijker tot een minnelijke oplossing te komen tussen de eindafnemer en zijn leverancier. Bovendien kan de ombudsdienst zich in de hoedanigheid van scheidsrechter uitspreken over elk geschil, *met uitzondering* van die welke onderworpen zijn aan de bemiddelings- en arbitragedienst of aan de geschillenkamer en die betrekking hebben op de toegang tot het transportnet, de aansluitings- en gebruikstarieven ervan en de toepassing van het technisch reglement. De functies van deze twee organen zijn ook verschillend aangezien zij netgebruikers betreffen en niet eindafnemers en het beslechten van geschillen, en niet het spelen van een bemiddelingsrol, als opdracht hebben.

De ombudsdienst werd opgericht met twee leden die optreden als college. Niettemin mogen de bemiddelaars elkaar onderling delegatie verlenen via een collegiale beslissing *goedgekeurd* door de minister. Deze goedkeuring door de minister bij onderlinge delegatie, lijkt toch eerder in contrast te staan met de opmerking in de MvT dat "in de lijn van de beste praktijken hieromtrent in andere sectoren, ervoor moet gezorgd worden dat de ombudsdienst over de grootste *autonomie* beschikt".<sup>321</sup> Blijkbaar wordt deze autonomie echter vooral gezien als een financiële autonomie aangezien de MvT stelde dat deze autonomie zal verzekerd worden via een afzonderlijke financiering van deze dienst ten aanzien van de financiering van de federale regulator. VANDEN

<sup>316</sup> CREG, *Jaarverslag 2013*, <http://www.creg.info/pdf/Ra/creg-ra2013nl.pdf>, 86; CREG, *Jaarverslag 2014*, <http://www.creg-ar.be/nl/images/CREGAR2014nl.pdf>, 87.

<sup>317</sup> Wet 20 maart 2003 tot wijziging van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, van de wet van 8 augustus 1980 betreffende de budgettaire voorstellen 1979-1980 en van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, *BS* 4 april 2003.

<sup>318</sup> Artikel 27 van de Elektriciteitswet omvat nog steeds de bepaling inzake de ombudsdienst.

<sup>319</sup> De wet van 27 juli 2005 trok eveneens de bevoegdheid in van de bemiddelings- en arbitragedienst; waardoor de dienst verdween uit de Elektriciteitswet en de Gaswet. De wet van 6 mei 2009 voerde deze instantie opnieuw in (zowel in de Elektriciteits- als Gaswet). Zie T. SCHOORS en D. PACQUEE, "Het federale energierecht in 2009: overzicht van de belangrijkste ontwikkelingen" in K. DEKETELAERE EN B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2009*, Antwerpen, Intersentia, (1) 3.

<sup>320</sup> T. VANDEN BORRE, "De federale bijdrage in de vrijmaking van de elektriciteits- en gasmarkt" in K. DEKETELAERE (ed.), *Jaarboek Energierecht 2002*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (37) 61; Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, van de wet van 8 augustus 1980 betreffende de budgettaire voorstellen 1979-1980 en van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, *Parl.St.* Kamer 2002-2003, nr. 2208/1, 16-17.

<sup>321</sup> Eigen cursivering.



BORRE stelde de vraag of een ombudsdienst binnen de energieregulator wel verenigbaar is met de onafhankelijkheid van de energieregulator. De energieregulator moet immers onafhankelijk zijn van alle actoren, zowel producenten, de leveranciers, als de politieke spelers sinds het derde liberaliseringspakket. Maar ook evenzeer van de eindgebruikers.<sup>322</sup>

**116.** Artikel 23, § 3 van de Elektriciteitswet legde tenslotte aan de Commissie de verplichting op om jaarlijks een verslag voor te leggen aan de minister over de uitvoering van haar taken en de evolutie van de elektriciteitsmarkt. De minister maakte dit verslag over aan de federale wetgevende kamers, de gewestregeringen en het Controlecomité. Bovendien zag hij erop toe dat het verslag op passende wijze wordt bekendgemaakt.<sup>323</sup>

### 1.3. De koninklijke besluiten van 3 mei 1999

**117.** Op 3 mei 1999 zijn vijf koninklijke besluiten afgekondigd inzake de CREG. Een van de KB's van 3 mei 1999 droeg aan de minister, bevoegd voor Energie, de bevoegdheid over om bepaalde handelingen te stellen voor rekening van de CREG.<sup>324</sup> Het ging echter slechts om een tijdelijke regeling. De minister bevoegd voor Energie kon immers slechts voor rekening van de CREG handelingen van administratief beheer stellen die nodig waren voor de organisatie van de Commissie, en dit bovendien slechts totdat de voorzitter en de andere leden van het directiecomité van de CREG hun functie opnamen. Deze bepaling had weinig implicaties voor wat betreft het verdere functioneren van de CREG. Een ander KB van 3 mei 1999 had betrekking op de samenstelling en de werking van de algemene raad van de CREG.<sup>325</sup> Uit dit KB bleek dat de Raad, zoals reeds eerder werd vermeld, bestond uit vertegenwoordigers van de federale regering en de gewestregeringen, representatieve werknemers- en werkgeversorganisaties, vertegenwoordigers van de producenten, vertegenwoordigers van de distributeurs en vertegenwoordigers van de gasondernemingen. De Raad diende minstens drie maal per jaar te vergaderen en moest adviezen of aanbevelingen formuleren die tot stand waren gekomen bij consensus.

**118.** Het volgende KB van 3 mei 1999 had betrekking op de vaststelling van de regels van toepassing op de voorzitter en de leden van het directiecomité van de CREG, inzake onverenigbaarheden en belangenconflicten.<sup>326</sup> Het

<sup>322</sup> T. VANDEN BORRE, "De federale bijdrage in de vrijmaking van de elektriciteits- en gasmarkt" in K. DEKETELAERE (ed.), *Jaarboek Energierecht 2002*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (37) 61.

<sup>323</sup> Op dit jaarlijks verslag wordt later nog ingegaan, bij de verhouding tussen de energieregulator en het parlement.

<sup>324</sup> KB 3 mei 1999 waarbij aan de minister bevoegd voor Energie de bevoegdheid wordt opgedragen om bepaalde handelingen te stellen voor rekening van de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas, *BS* 15 juni 1999, 22.299.

<sup>325</sup> KB 3 mei 1999 betreffende de samenstelling en de werking van de algemene raad van de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas, *BS* 15 juni 1999, 22.297.

<sup>326</sup> KB 3 mei 1999 tot vaststelling van de regels toepasselijk op de voorzitter en de leden van het directiecomité van de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas inzake onverenigbaarheden en belangenconflicten, *BS* 15 juni 1999, 22.295.

directiecomité van de CREG staat in voor het operationeel bestuur van de regulerende instantie. De leden van het comité worden benoemd omwille van hun deskundigheid en bekleden een voltijdse functie. Artikel 1 van het KB bepaalde dat de leden van de Wetgevende Kamers, het Europees Parlement en de Gemeenschaps- en Gewestraden, de ministers, de Staatssecretarissen, de leden van een Gemeenschaps- of Gewestregering, de leden van het kabinet van een lid van de federale Regering of van een Gemeenschaps- of Gewestregering en de leden van de bestendige deputaties van de provincieraden de functie van voorzitter of lid van het directiecomité van de CREG niet mogen uitoefenen. Bovendien mogen de voorzitter en de andere leden van het directiecomité van de Commissie geen enkele functie of activiteit uitoefenen, al dan niet bezoldigd, ten dienste van de netbeheerder, van een van de neteigenaars, van een producent, van een distributeur of van een tussenpersoon (artikel 2). Het derde artikel stelde dat de titularissen geen aandelen, of andere met aandelen gelijk te stellen waardepapieren, uitgegeven door elektriciteitsondernemingen of gasondernemingen, mogen bezitten, noch financiële instrumenten die toelaten om dergelijke aandelen of waardepapieren te verwerven of over te dragen, of die aanleiding geven tot een betaling in contanten welke hoofdzakelijk afhankelijk is van de evolutie van de waarde van dergelijke aandelen of waardepapieren. Artikel 4 van het KB bepaalde dan weer dat indien een titularis, rechtstreeks of onrechtstreeks, een tegengesteld belang heeft bij een beslissing, advies of andere akte van de Commissie, hij de betreffende beraadslagingen van het directiecomité niet mag bijwonen, noch deelnemen aan de stemming. Hij moet de overige leden van het directiecomité van de Commissie hiervan vooraf inlichten, dat daarvan melding moet maken in de notulen van de vergadering. De afdwingbaarheid van voormelde regels omtrent onverenigbaarheden en belangenconflicten werd versterkt en gekoppeld aan de bepaling in artikel 6, die stelt dat de personen die een inbreuk plegen op de artikelen 2, 3 of 4 worden gestraft met een gevangenisstraf van drie maanden tot zes maanden en met een geldboete van vijftig frank tot tienduizend frank of met één van deze straffen alleen. Het KB beklemtoonde de zwaarwichtigheid die men toebedeelt aan de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de leden van de CREG.

#### 1.4. De CREG vandaag

**119.** De CREG is opgericht door de wet van 29 april 1999 (de Elektriciteitswet).<sup>327</sup> De commissie is een autonoom organisme met rechtspersoonlijkheid met zetel in het administratief arrondissement Brussel-Hoofdstad.<sup>328</sup> De CREG tracht volgende – vaak grensoverschrijdende<sup>329</sup> – doelstellingen te bereiken: (1) het bevorderen, in nauwe samenwerking met het ACER, de Europese Commissie, de reguleringsinstanties van de Gewesten en

<sup>327</sup> Wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, *BS* 11 mei 1999, 16.264 (hierna: de Elektriciteitswet).

<sup>328</sup> Artikel 23, § 1 van de Elektriciteitswet.

<sup>329</sup> Zie ook artikel 23<sup>quater</sup>, van de Elektriciteitswet.

van de overige lidstaten, van een concurrentiële interne markt voor elektriciteit, veilig en duurzaam voor het milieu binnen de Europese Gemeenschap, en van een efficiënte vrijmaking van de markt voor alle afnemers en leveranciers van de Europese Gemeenschap, (2) het ontwikkelen van een markt tussen de regio's van de Europese Gemeenschap, die door mededinging gekenmerkt is en correct functioneert, (3) het opheffen van de handelsbelemmeringen in elektriciteit tussen de lidstaten, (4) het bijdragen tot het verzekeren van de ontwikkeling, op de meest kosteneffectieve manier, van veilige, betrouwbare en efficiënte niet-discriminerende netten die klantgericht zijn, de adequaatheid van netten bevorderen, (5) het bevorderen van de toegang tot het net van nieuwe productiecapaciteit, (6) ervoor zorgen dat de netbeheerder en de netgebruikers voldoende stimuli krijgen om de prestaties van de netten te verbeteren en de integratie van de markt te bevorderen, (7) ervoor zorgen dat de afnemers baat hebben bij een efficiënte werking van de markt en de daadwerkelijke mededinging bevorderen alsook bijdragen tot het waarborgen van consumentenbescherming, (8) bijdragen tot het bereiken van een hoog niveau van openbare dienstverlening in de sector van de elektriciteitsvoorziening en bijdragen tot de bescherming van kwetsbare afnemers.<sup>330</sup>

De CREG is belast met een raadgevende taak ten behoeve van de overheid inzake de organisatie en werking van de elektriciteitsmarkt, enerzijds, en met een algemene taak van toezicht en controle op de toepassing van de betreffende wetten en reglementen, anderzijds.<sup>331</sup> De commissie is onder andere bevoegd om gemotiveerde adviezen te geven en voorstellen voor te leggen, op eigen initiatief of op verzoek van de minister of van een gewestregering onderzoeken en studies uit te voeren in verband met de elektriciteitsmarkt, toezicht te houden op de transparantie en de mededinging op de elektriciteitsmarkt, controle uit te oefenen op de naleving door de netbeheerder en de elektriciteitsbedrijven van de verplichtingen die op hen rusten, de toepassing van het technische reglement te controleren, de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen te controleren en te evalueren, de tariefbevoegdheden inzake het transmissienet uit te oefenen, de bevoorradingszekerheid inzake elektriciteit op te volgen, toe te zien op het congestiebeheer van het transmissienet, met inbegrip van de interconnecties, etc.<sup>332</sup>

**120.** De organen van de CREG zijn het directiecomité en de Geschillenkamer.<sup>333</sup> Het directiecomité staat in voor het operationeel bestuur van de commissie en stelt alle handelingen die nodig of dienstig zijn voor de

---

<sup>330</sup> Artikel 23, § 1 van de Elektriciteitswet.

<sup>331</sup> Artikel 23, § 2 van de Elektriciteitswet.

<sup>332</sup> Artikel 23, § 2, 1<sup>o</sup> - 45<sup>o</sup> van de Elektriciteitswet.

<sup>333</sup> Artikel 24 van de Elektriciteitswet. Tot voor kort waren dit nog het directiecomité en de Algemene Raad. Deze bepaling werd echter gedeeltelijk vernietigd door het Grondwettelijk Hof (arrest nr. 117/2013, 7 augustus 2013), omdat deze strijdig werd bevonden met de onafhankelijkheidsvereisten zoals vermeld in de het derde pakket liberaliseringsrichtlijnen. Op dit arrest zal nog gedetailleerd worden ingegaan bij de onafhankelijkheid als kenmerk van de energieregulator. Zie ook L. DE DEYNE, "Lijvig arrest van het Grondwettelijk Hof versterkt onafhankelijkheid van CREG slechts matig", *MER* 2014, afl. 1, 3-24.

uitvoering van de opdrachten vermeld in de Elektriciteitswet. Het directiecomité bestaat uit een voorzitter en drie andere leden. Zij worden benoemd bij een in de Ministerraad overlegd KB, voor een termijn van zes jaar. Deze termijn is eenmaal hernieuwbaar. De voorzitter en de leden van het directiecomité worden gekozen omwille van hun deskundigheid, in het bijzonder voor de aangelegenheden die onder hun specifieke bevoegdheid vallen, namelijk voor de voorzitter wat betreft het management van de commissie, en voor de leden wat betreft de directies die zij moeten leiden.<sup>334</sup> Er zijn drie directies binnen de CREG, zijnde de Directie Algemene Zaken, de Directie Technische werking van de markten en de Directie Controle prijzen en rekeningen. De werkingskosten van de CREG worden gedekt door een federale bijdrage ten belope van de begroting bepaald door de Kamer van Volksvertegenwoordigers.<sup>335</sup>

De Geschillenkamer beslist, op verzoek van één van de partijen, over geschillen tussen de netbeheerder en de netgebruikers betreffende de verplichtingen die aan de netbeheerder, aan de distributienetbeheerders en aan de beheerders van gesloten industriële netten krachtens de wet en de uitvoeringsbesluiten ervan werden opgelegd, behalve geschillen inzake contractuele rechten en verbintenissen.<sup>336</sup> De Geschillenkamer bestaat uit een voorzitter, twee andere leden en drie plaatsvervangers, benoemd bij een besluit vastgesteld na overleg in Ministerraad, voor een hernieuwbare termijn van zes jaar. De voorzitter en één plaatsvervanger worden aangewezen onder de magistraten van de rechterlijke orde; de andere leden en plaatsvervangers worden aangewezen omwille van hun deskundigheid inzake mededinging. De leden en de plaatsvervangers mogen *niet* onder de leden van de organen en de personeelsleden van de commissie worden gekozen.<sup>337</sup> De Geschillenkamer is evenwel nog steeds niet operationeel, bij gebrek aan uitvoeringsbesluit.

**121.** Ook de ombudsdienst ("een autonome dienst met rechtspersoonlijkheid", artikel 27, § 1 Elektriciteitswet) was lange tijd niet operationeel. De ombudsdienst is o.a. bevoegd voor het beoordelen en onderzoeken van alle vragen en klachten van eindafnemers die betrekking hebben op de activiteiten van een elektriciteitsbedrijf en op het functioneren van de elektriciteitsmarkt. De ombudsdienst maakt op grond van de bevoegdheidsverdeling tussen de federale overheid en de gewestelijke overheden de vragen en klachten over aan de terzake bevoegde gewestelijke overheidsdienst wanneer de vragen en klachten geheel betrekking hebben op een gewestelijke bevoegdheid.<sup>338</sup> Artikel 27, § 3 bepaalt dat de ombudsdienst voor energie bestaat uit twee leden die door de Koning benoemd zijn bij een besluit vastgelegd na overleg in de Ministerraad,

---

<sup>334</sup> Artikel 24, § 2, lid 2 van de Elektriciteitswet.

<sup>335</sup> Er wordt een federale bijdrage gefactureerd aan de eindafnemers ter financiering van sommige openbare dienstverplichtingen en van de kosten verbonden aan de regulering van en de controle op de elektriciteitsmarkt. Zie art. 21*bis* Elektriciteitswet.

<sup>336</sup> Artikel 29, § 1 van de Elektriciteitswet.

<sup>337</sup> Artikel 29, § 2 van de Elektriciteitswet.

<sup>338</sup> Artikel 27, § 1, 1<sup>o</sup> van de Elektriciteitswet.

voor een hernieuwbare termijn van vijf jaar. Pas in 2008 werd het nodige uitvoeringsbesluit genomen door de Koning.<sup>339</sup> Daarna bleek men echter niet in staat om de geschikte kandidaten te vinden. Een van de benoemingsvoorwaarden hield namelijk in dat de kandidaat gedurende een periode van drie jaar geen mandaat of functie mocht hebben bekleed in een elektriciteitsbedrijf of verbonden onderneming. Pas in 2009 werd een geschikte Nederlandstalige kandidaat gevonden, een Franstalige kandidaat bleek moeilijk vindbaar. Uiteindelijk werd besloten om via artikel 15 van de wet van 30 december 2009<sup>340</sup> een nieuwe paragraaf toe te voegen (§ 16) aan artikel 27 van de Elektriciteitswet die bepaalde dat “wanneer slechts een van de twee leden van de ombudsdienst benoemd is, [is] dat lid gemachtigd de bevoegdheden waarin dit artikel voorziet, alleen uit te oefenen”. Op die manier kon de ombudsdienst in 2010 eindelijk van start gaan.<sup>341</sup>

## 2. De Vlaamse energieregulator

122. De gedeelde bevoegdheid in België inzake energie, die verder wordt toegelicht, heeft ervoor gezorgd dat de verschillende gewesten zich ertoe genoodzaakt zagen om naast de federale energieregulator, CREG, ook drie gewestelijke energieregulators in te richten, waar de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt (VREG) er één van is. Op 17 juli 2000 vaardigde de Vlaamse regering het Elektriciteitsdecreet uit, nadien gevolgd door het Aardgasdecreet van 6 juli 2001.<sup>342</sup> Beide decreten werden aangenomen ter omzetting van het eerste pakket liberaliseringsrichtlijnen in Vlaanderen. De decreten werden nadien geïntegreerd in het huidige Energiedecreet van 8 mei 2009.<sup>343</sup>

### 2.1. De oprichting van de VREG

123. De VREG werd door het Elektriciteitsdecreet opgericht onder de naam ‘reguleringsinstantie’ als een instelling van openbaar nut met rechtspersoonlijkheid. De VREG werd onderworpen aan de regels vermeld in het “Stambesluit VOI”, waarin een lijst met de “Vlaamse Openbare Instellingen”(VOI) werd opgenomen.<sup>344</sup> Het stambesluit kan omschreven worden als een gemeenschappelijk personeelsstatuut voor de Vlaamse openbare instellingen.

<sup>339</sup> KB 18 januari 2008 betreffende de ombudsdienst voor energie, *BS* 12 februari 2008.

<sup>340</sup> Wet 30 december 2009 houdende diverse bepalingen, *BS* 31 december 2009.

<sup>341</sup> Zie T. SCHOORS en D. PACQUEE, “Het federale energierecht in 2009: overzicht van de belangrijkste ontwikkelingen” in K. DEKETELAERE EN B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2009*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (1) 6.

<sup>342</sup> Decr.VI. 17 juli 2000 houdende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, *BS* 22 september 2000, 32.166 (hierna: Elektriciteitsdecreet); Decr.VI. 6 juli 2001 houdende organisatie van de gasmarkt, *BS* 3 oktober 2001, 33.475 (hierna: Aardgasdecreet).

<sup>343</sup> Decr.VI. 8 mei 2009 houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid, *BS* 7 juli 2009, 46.145 (hierna: Energiedecreet).

<sup>344</sup> Besl.VI. Regering 30 juni 2000 houdende de regeling van de rechtspositie van het personeel van sommige Vlaamse openbare instellingen, *BS* 26 september 2000, 32.655.

Hoewel de VREG sinds 1 december 2001 operationeel was, was het jaar 2002 eerder het eigenlijke startjaar van de instantie.<sup>345</sup> Artikel 31 van het decreet van 17 juli 2000 bepaalde dat de reguleringsinstantie werd geleid door een dagelijks bestuur bestaande uit een voorzitter en drie beheerders. Zij werden allen aangesteld door de Vlaamse regering. De leden van het dagelijks bestuur mochten geen andere functies vervullen die de onafhankelijkheid en de objectiviteit waarmee ze hun mandaat uitoefenden, konden belemmeren (art. 31, § 2, lid 2). De voorzitter zat de vergaderingen van het dagelijks bestuur voor en had een doorslaggevende stem. Bovendien vertegenwoordigde hij de reguleringsinstantie in rechte. De Vlaamse regering bepaalde het administratief en geldelijk statuut van het personeel en stelde de personeelsformatie vast (art. 32). De financiering van de reguleringsinstantie bestond uit een dotatie, ingeschreven op de begroting van de Vlaamse Gemeenschap.

Artikel 35, § 1, van het decreet bepaalde dat de reguleringsinstantie onder toezicht stond van de Vlaamse regering. Dit toezicht werd uitgeoefend door een *regeringscommissaris*, die werd benoemd en ontslagen door de Vlaamse regering.<sup>346</sup> Een *regeringscommissaris* oefent het administratief toezicht uit bij dienstgewijze gedecentraliseerde besturen. Het gaat daarbij om een ambtenaar die door de hogere overheid wordt benoemd om er in het bestuur over te waken dat het algemeen belang en de wet worden gerespecteerd.<sup>347</sup> Ieder jaar bracht de *regeringscommissaris* verslag uit over de activiteiten van de reguleringsinstantie, ten behoeve van de Vlaamse regering (§ 4). Ook de reguleringsinstantie zelf bracht een jaarlijks verslag uit aan de Vlaamse regering (§ 5).

**124.** De parlementaire voorbereiding van het decreet van 17 juli 2000 bevatte weinig tot geen elementen die betrekking hadden op het toezicht op de reguleringsinstantie.<sup>348</sup> Het advies van de Raad van State ging wel in op de bepaling uit het ontwerp die stelde dat de Vlaamse regering ten behoeve van de reguleringsinstantie een permanent secretariaat zou inzetten. De Raad stelde daarbij dat indien men met deze bepaling zou beogen dat de Vlaamse regering ambtenaren van de diensten van de Vlaamse regering zou inzetten om het secretariaat van de reguleringscommissie waar te nemen, de vraag moest gesteld worden of de stellers van het ontwerp er wel rekening mee gehouden hebben dat de instantie een openbare instelling is, met een onderscheiden rechtspersoonlijkheid. De reguleringsinstantie diende volgens de Raad dan ook te beschikken over eigen personeel, waardoor zij werd onderscheiden van een

---

<sup>345</sup> VREG, *Jaarverslag 2002*,

<http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/documenten/Jaarverslagen/Jaarverslag%20VREG%202002.pdf>, 3.

<sup>346</sup> Zie ook L. DERIDDER, "Gewestelijke energiewetgeving: de draad kwijt" in K. DEKETELAERE (ed.) *Jaarboek Energierecht 2002*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (89) 105.

<sup>347</sup> J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Overzicht Publiekrecht*, Brugge, dieKeure, 2007, 1304; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 148.

<sup>348</sup> Ontwerp van decreet houdende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, *Parl.St.* VI.Parl. 1999-2000, nr. 285/1.

louter gedeconcentreerde dienst.<sup>349</sup> Alle (specifieke) regels met betrekking tot het administratief en geldelijk statuut van het personeel van de VREG werden opgenomen in het besluit van 21 februari 2003.<sup>350</sup>

**125.** Het besluit van 27 april 2001 bepaalde de nadere regels in verband met de aanwerving van de leden van het dagelijks bestuur en hun onverenigbaarheden.<sup>351</sup> Artikel 6 van het besluit bepaalde dat de leden van het dagelijks bestuur van de reguleringsinstantie (1) geen enkele functie of activiteit mochten uitoefenen, al dan niet bezoldigd, ten dienste van een netbeheerder, neteigenaar, producent, houder van een leveringsvergunning, leverancier of tussenpersoon, (2) geen aandelen bezitten, of andere met aandelen gelijk te stellen waardepapieren of andere financiële instrumenten, uitgegeven door netbeheerders, neteigenaars, producenten, houders van een leveringsvergunning, leveranciers of tussenpersonen, (3) geen lid mochten zijn van de wetgevende kamers, het Europees Parlement en de gemeenschaps- en gewestraden. Eveneens uitgesloten zijn ministers, staatssecretarissen, leden van gewest- of gemeenschapsregeringen, leden van het kabinet van een lid van de federale regering of van een gemeenschaps- of gewestregering, leden van de bestendige deputaties van de provincieraden en leden van het college van burgemeester en schepenen van een gemeente. Indien een lid van het dagelijks bestuur van de reguleringsinstantie, rechtstreeks of onrechtstreeks een belang heeft bij een beslissing, advies of andere akte van de reguleringsinstantie, mag deze de betreffende beraadslagingen van het dagelijks bestuur niet bijwonen, noch deelnemen aan de stemming (art. 7). De leden van het dagelijks bestuur van de reguleringsinstantie bekleden een mandaat voor een hernieuwbare periode van zes jaar. Na het aflopen van een mandaat van zes jaar, werd het betrokken lid van het dagelijks bestuur beoordeeld door de Vlaamse regering op basis van een verslag van een externe beoordelingsinstantie die daartoe door haar werd aangesteld. Ter voorbereiding van dit verslag hoorde deze externe beoordelingsinstantie de regeringscommissaris, de minister bevoegd voor het Energiebeleid, de personeelsleden, de beheerders en de voorzitter van de reguleringsinstantie. Wanneer de beoordeling negatief was, machtigde de Vlaamse regering de Vlaamse minister bevoegd voor het Energiebeleid de betrekking in kwestie vacant te verklaren. Wanneer de beoordeling positief was, duidde de Vlaamse regering het betrokken lid van het dagelijks bestuur aan voor een nieuwe hernieuwbare termijn van zes jaar.<sup>352</sup>

---

<sup>349</sup> Adv.RvS. nr. 29.824/1 van 2 maart 2000 bij het ontwerp van decreet houdende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, *Parl.St. Vl.Parl. 1999-2000*, nr. 285/1, 116.

<sup>350</sup> Besl.Vl. Regering 21 februari 2003 houdende bepaling van het administratief en geldelijk statuut van het personeel van de Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt, *BS 12 augustus 2003*.

<sup>351</sup> Besl.Vl. Regering 27 april 2001 houdende de vaststelling van de nadere regels voor de aanwerving van de leden van het dagelijks bestuur van de reguleringsinstantie, de onverenigbaarheden voor de leden van het dagelijks bestuur en de zetel van de reguleringsinstantie, *BS 24 mei 2001*, 17.473.

<sup>352</sup> Artikel 8 van het besluit van 27 april 2001.

## 2.2. Kaderdecreet Beter Bestuurlijk Beleid en het decreet van 30 april 2004

**126.** De Vlaamse Openbare Instellingen werden grondig gereorganiseerd door de uitvoering van het Kaderdecreet bestuurlijk beleid van 18 juli 2003.<sup>353</sup> Er werd een nieuw juridisch kader ingevoerd, evenals nieuwe instrumenten voor het management en de samenwerking. De grootste verandering was ongetwijfeld het nieuwe organisatiemodel, waardoor intern verzelfstandigde agentschappen (IVA's) en extern verzelfstandigde agentschappen (EVA's) werden gecreëerd. Er werden vier verschillende vormen ingesteld: de intern verzelfstandigde agentschappen zonder rechtspersoonlijkheid; intern verzelfstandigde agentschappen met rechtspersoonlijkheid; publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschappen en privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschappen. Concreet houdt dit in dat de minister aan het hoofd staat van een ministerie, dat op zijn beurt bestaat uit een departement en één of meerdere IVA's zonder rechtspersoonlijkheid.<sup>354</sup> Deze IVA's zonder rechtspersoonlijkheid zijn gedeconcentreerde besturen. Hiernaast bestaat eveneens de mogelijkheid om per beleidsdomein één of meerdere IVA's met rechtspersoonlijkheid of EVA's op te richten. EVA's zijn gedecentraliseerde diensten. IVA's met rechtspersoonlijkheid maken een hybride vorm uit: zij kunnen niet eenduidig als gedeconcentreerd of gedecentraliseerd worden aangemerkt.<sup>355</sup> Het feit dat zij als "intern" bestempeld worden en dat er sprake is van hiërarchisch toezicht duidt op deconcentratie. De rechtspersoonlijkheid duidt dan weer op decentralisatie.

**127.** Het decreet van 30 april 2004<sup>356</sup> gaf uitvoering, voor wat de bevoegdheden van het Vlaamse Gewest betrof, aan artikel 23 van de richtlijn 2003/54/EG (*tweede pakket liberaliseringsrichtlijnen*).<sup>357</sup> De VREG werd in het Elektriciteitsdecreet oorspronkelijk opgericht als een Vlaamse Openbare Instelling. Het Oprichtingsdecreet van 30 april 2004 bepaalde evenwel dat de VREG een **publiekrechtelijk vormgegeven EVA** is, met als missie de regulering, de controle en de bevordering van de transparantie van de elektriciteits- en gasmarkt in het Vlaamse Gewest (art. 5). Een publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap wordt opgericht bij decreet, wanneer de decreetgever gebruik maakt van het publiekrecht, of wanneer hij substantieel afwijkt van het private vennootschaps- of verenigingsrecht.<sup>358</sup> De Vlaamse regering sluit met elke publiekrechtelijke EVA een

<sup>353</sup> Kaderdecreet bestuurlijk beleid 18 juli 2003, BS 22 augustus 2003.

<sup>354</sup> S. DE SOMER, S. LAMBRECHT en V. VERBEECK, "De toepasselijkheid van algemene publiekrechtelijke regelgeving en beginselen op autonome overheidsbedrijven, IVA's en EVA's", *TBP* 2011, afl. 1, (4) 6.

<sup>355</sup> S. DE SOMER, S. LAMBRECHT en V. VERBEECK, "De toepasselijkheid van algemene publiekrechtelijke regelgeving en beginselen op autonome overheidsbedrijven, IVA's en EVA's", *TBP* 2011, afl. 1, (4) 6.

<sup>356</sup> Decr.VI. 30 april 2004 tot oprichting van het publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt, BS 27 mei 2004 (hierna: Oprichtingsdecreet VREG).

<sup>357</sup> En in gelijke bewoordingen art. 25 richtlijn 2003/55/EG.

<sup>358</sup> A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 159.



beheersovereenkomst af. Ook met de VREG wordt een beheersovereenkomst gesloten. Het kaderdecreet Beter Bestuurlijk Beleid bepaalt de minimale inhoud van een beheersovereenkomst. Artikel 15, § 1 van het kaderdecreet stelt dat de beheersovereenkomst onder andere de taken en de strategische en operationele doelstellingen moet omvatten, evenals de middelen voor de werking van het agentschap, de informatieverstrekking door het agentschap, de rapportering door het agentschap, de maatregelen bij de niet-naleving van de verbintenissen... De looptijd van de beheersovereenkomst is maximaal vijf jaar, aangezien die gekoppeld is aan de legislatuur.<sup>359</sup> Het kaderdecreet bepaalt dat een publiekrechtelijk vormgegeven EVA onder het toezicht staat van de Vlaamse regering (het administratief toezicht).<sup>360</sup> De Vlaamse regering kan te allen tijde ter plaatse inzage nemen van de boeken, brieven, notulen en, in het algemeen, van alle documenten en geschriften van het publiekrechtelijk vormgegeven EVA. Ze kan van de gedelegeerd bestuurder en van de leden van de raad van bestuur alle ophelderingen en inlichtingen vorderen en alle verificaties laten verrichten die ze nodig acht.

**128.** De parlementaire voorbereiding bij het kaderdecreet stelde uitdrukkelijk dat bij publiekrechtelijk vormgegeven EVA's er een geheel van regelingen is die in de diverse fasen van de beleids- en beheerscyclus voorzien in beheersing en verantwoording, controle en toezicht. Daarom stelde men dat wordt afgestapt van de traditionele vorm van administratief toezicht door een regeringscommissaris.<sup>361</sup> Ook bij de VREG werd het niet-uitgeoefende toezicht door de regeringscommissaris geschrapt uit de wetgeving.

**129.** De VREG werd bestuurd door een raad van bestuur<sup>362</sup> die werd samengesteld uit minstens drie leden, waarbij de Vlaamse regering onder de leden van de raad van bestuur de voorzitter aanduidde.<sup>363</sup> De onverenigbaarheden voor de bestuurders bleven dezelfde als deze in het besluit van 27 april 2001. De Vlaamse regering stelde bovendien de gedelegeerd bestuurder van de reguleringsinstantie aan, die deel uitmaakte van de raad van bestuur (art. 12 Oprichtingsdecreet) en die belast was met het dagelijks bestuur van de reguleringsinstantie (art. 13 Oprichtingsdecreet). Deze gedelegeerd bestuur speelde een voornamelijk rol in het dagdagelijks bestuur van de VREG. Hij was immers belast met de voorbereiding van de beslissingen van de raad van bestuur. Hij verstreekte dan ook aan de raad van bestuur alle inlichtingen en bracht alle voorstellen die voor de werking van de reguleringsinstantie nuttig of nodig waren op de agenda van de raad van bestuur (art. 13, § 2 Oprichtingsdecreet). Bovendien vertegenwoordigde hij de reguleringsinstantie in de gerechtelijke en buitengerechtelijke handelingen, met inbegrip van het

<sup>359</sup> Artikel 16, § 1 van het Kaderdecreet Bestuurlijk Beleid.

<sup>360</sup> Artikel 23 van het Kaderdecreet Bestuurlijk Beleid.

<sup>361</sup> Ontwerp van kaderdecreet bestuurlijk beleid, *Parl.St.* VI.Parl. 2002-2003, nr. 1612/4, 10.

<sup>362</sup> Artikel 17 van het Kaderdecreet Bestuurlijk Beleid.

<sup>363</sup> Art. 8 van het Oprichtingsdecreet VREG.

optreden voor administratieve rechtscolleges, en trad hij rechtsgeldig in naam en voor rekening van de reguleringsinstantie op, zonder dat hij dat aan de hand van een beslissing van de raad van bestuur moest staven. Hij voerde daarenboven de beslissing van de raad van bestuur uit (art. 13, § 5) en was belast met de leiding van het personeel (art. 13, § 6). Onder artikel 14 diende de VREG een huishoudelijk reglement op te stellen, en dit ter goedkeuring voor te leggen aan de Vlaamse regering. De bestuurders en de personeelsleden van de reguleringsinstantie waren bovendien gebonden door het beroepsgeheim (art. 15). De financiering van de VREG bestond voornamelijk uit een dotatie van de Vlaamse overheid (art. 16).

### 2.3. De VREG vandaag

**130.** De VREG is momenteel nog ingericht als een publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap (EVA), als vermeld in artikel 13 van het kaderdecreet Bestuurlijk Beleid. De VREG fungeert voor het Vlaamse Gewest en voor de gewestelijke bevoegdheden inzake elektriciteit en aardgas als de regulerende instantie.<sup>364</sup> De concrete taken en bevoegdheden van de VREG zijn terug te vinden in de artikelen 3.1.3 en volgende van het Energiedecreet van 8 mei 2009, en omvatten toezichhoudende en controlerende taken, taken in verband met bemiddeling en beslechting van geschillen, informerende taken en adviserende taken. De decretale missie van de VREG wordt dan ook omschreven als “de regulering, controle en bevordering van de transparantie van de elektriciteits- en aardgasmarkt in het Vlaams gewest”.<sup>365</sup> De regulator ziet toe op een efficiënte en betrouwbare werking van de energiemarkt en op de naleving van de toepasselijke wetgeving. De VREG reguleert eveneens de distributienetten zodat deze efficiënt, toegankelijk en betrouwbaar zijn en is eveneens verantwoordelijk voor het bepalen van de tariefmethodologie en de goedkeuring van de distributienettarieven. De regulator verstrekt ook advies aan de Vlaamse overheid, al dan niet op eigen initiatief.

De VREG bestaat enerzijds uit een raad van bestuur, waarvan de leden worden aangewezen door de Vlaamse regering en anderzijds uit een directieraad, verantwoordelijk voor het dagelijks bestuur. De raad van bestuur bestaat uit vijf leden en worden aangesteld door de Vlaamse regering voor een vaste termijn van vijf jaar, die eenmaal kan verlengd worden.<sup>366</sup> De raad van bestuur beschikt over de volheid van bestuursbevoegdheid. Tot de bevoegdheden van de raad behoren in elk geval: 1° het sluiten, op voorstel van de gedelegeerd bestuurder, van de beheersovereenkomst; 2° het opstellen van het ontwerp van begroting

---

<sup>364</sup> Zoals vermeld in artikel 35, tweede lid, van de Richtlijn 2009/72/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG en artikel 39, tweede lid, van de Richtlijn 2009/73/EG van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en tot intrekking van richtlijn 2003/55/EG.

<sup>365</sup> Art. 3.1.2. van het Energiedecreet.

<sup>366</sup> Art. 3.1.5, § 1 van het Energiedecreet.

en van de rekeningen; 3° het vaststellen, op voorstel van de gedelegeerd bestuurder, van het jaarlijks ondernemingsplan, evenals een operationeel plan op middellange en lange termijn als vermeld in artikel 15, § 1, 4°, van het kaderdecreet Bestuurlijk Beleid; 4° het beslissen over de deelname van de VREG aan de oprichting van of de deelname in andere publiek- of privaatrechtelijke rechtspersonen, het bestuur of de leiding en de financiering van die rechtspersonen; 5° de goedkeuring van de rapportering over de uitvoering van de beheersovereenkomst; 6° het rapporteren over de uitvoering van de begroting; 7° het sluiten van samenwerkingsovereenkomsten en het tot stand brengen van duurzame samenwerkingsverbanden met andere regulatoren en instanties die werkzaam zijn binnen de Vlaamse, Belgische en Europese elektriciteits- en aardgasmarkt (art. 3.1.8. van het Energiedecreet). Art. 3.1.9, § 1 bepaalt dat de Vlaamse regering de gedelegeerd bestuurder van de VREG aanstelt. Hij maakt deel uit van de raad van bestuur en is belast met het dagelijks bestuur van de VREG. De kerntaken worden uitgevoerd door de directie marktwerking en de directie netbeheer. De directie organisatie- en beleidsondersteunende diensten zorgt voor de nodige ondersteuning. Bemiddeling en geschillenbeslechting gebeurt door de VREG zelf (art. 3.1.3/3°,a), 3.1.3/3°,b), 3.1.4/2 en 3.1.4/3 Energiedecreet). Anno 2015 beschikt de VREG over 23 personeelsleden, een aantal dat minder is dan een paar jaren geleden omwille van de overheveling van een aantal personeelsleden naar het Vlaams Energieagentschap.<sup>367</sup>

#### 2.4. De VREG in de (nabije) toekomst

**131.** Op Vlaams niveau streeft men er naar om de Vlaamse energieregulator VREG in de nabije toekomst volledig onder te brengen bij het parlement. Zo stelde voormalig minister Turtelboom tijdens de parlementaire vergadering van 10 juni 2015 dat ze absoluut voorstander is van "een heel sterke, onafhankelijke regulator". Een van de ideeën waarover binnenkort een politiek overleg start, is om de energieregulator onder te brengen bij het parlement. Dat is volgens de minister "altijd zo bij waakhonden, bij onafhankelijke instanties, of dit nu op het federale niveau het Comité P of het Comité I is of de CREG". Daarom overweegt de minister om de VREG daadwerkelijk over te brengen naar de schoot van het Vlaams Parlement, omdat "je dan echt net de onafhankelijkheid nog meer betonneert dan dat ooit werd gedaan". De minister wil de VREG dan ook van plaats veranderen in het organogram van de overheid.

**132.** Op 6 juni 2016 werd daartoe het voorstel van decreet "houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de oprichting en de organisatie van de regulator betreft" ingediend.<sup>368</sup> In de toelichting bij dit voorstel werd gewezen op de noodzaak aan een onafhankelijke regulator:

<sup>367</sup> Verslag Commissie Wonen en Energie, *Parl.St.* VI. Parl. 2013-2014, nr. 2183/1.

<sup>368</sup> Voorstel van decreet tot wijziging van het decreet van 8 mei 2009 houdende de algemene bepalingen betreffende het energiebeleid, met betrekking tot de organisatie van de regulator, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, nr. 812/1.

"Er moet voldoende onafhankelijkheid geboden worden aan de regulator ten aanzien van de beslissingen van de Vlaamse Regering, vandaar dat het toezicht niet langer bij de Vlaamse Regering kan liggen maar wel bij het Vlaams Parlement. Daartoe dient het juridische statuut van de regulator gewijzigd te worden. Het kan dus niet langer als een extern verzelfstandigd agentschap aanzien worden, maar wel als een autonome dienst met rechtspersoonlijkheid".

133. Op Vlaams niveau wil men via dit voorstel de positie van de energieregulator beter in overeenstemming brengen met de Europese liberaliseringsrichtlijnen. Het voorstel draait rond vier speerpunten, met name (1) de omvorming van de VREG van een EVA naar een "**autonome dienst met rechtspersoonlijkheid**", (2) de uitbreiding van de raad van bestuur, van vijf naar zeven (waarbij het Vlaams Parlement bevoegd wordt voor hun aanstelling), (3) het aanpassen van de lijst met niet-delegeerbare bevoegdheden van de raad van bestuur en (4) de omvorming van de gedelegeerd bestuurder tot een algemeen directeur.<sup>369</sup>

134. Het Kaderdecreet Beter Bestuurlijk Beleid zal dus niet meer van toepassing zijn op de VREG.<sup>370</sup> Ook het Rekendecreet zal op een aanpaste wijze van toepassing zijn. De raad van bestuur blijft beschikken over de volheid van bestuursbevoegdheid. De raad beslist in alle aangelegenheden waartoe de VREG bevoegd is. Daartegenover staat de algemeen directeur die de beslissingen van de raad van bestuur uitvoert, behoudens decretaal niet-uitgesloten delegaties.<sup>371</sup> De raad van bestuur kan dus bevoegdheden delegeren aan de algemeen directeur (tenzij dit uitdrukkelijk uitgesloten is). De lijst met niet-delegeerbare taken is evenwel uitgebreid tot ook "de strategisch belangrijke beslissingen als het opstellen van de tariefmethodologie, de tariefstructuur en het technisch reglement".<sup>372</sup> De taakverdeling tussen de raad van bestuur en de algemeen directeur moet worden opgenomen in het huishoudelijk reglement.

135. De concrete implicaties van al deze wijzigingen zullen telkens besproken worden waar dit het meest relevant is. Zo wordt bijvoorbeeld in het hoofdstuk met betrekking tot de onafhankelijkheid ingegaan op benoeming door het parlement (*infra* nr. 556 en 899), de uitbreiding van de raad van bestuur en de niet-delegeerbare taken (*infra* nr. 513 en 515) en de financiële gevolgen voor de VREG (*infra* nr. 692 e.v.). In het hoofdstuk met betrekking tot de verantwoordingsplicht wordt ingegaan op het toezicht uitgeoefend door het Vlaams Parlement (*infra* nrs. 892 e.v.).

<sup>369</sup> Voorstel van decreet tot wijziging van het decreet van 8 mei 2009 houdende de algemene bepalingen betreffende het energiebeleid, met betrekking tot de organisatie van de regulator, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, nr. 812/1, 2.

<sup>370</sup> In het Energiedecreet zal wel de tekst van de artikelen 19, 20, 33 en 34 van het kaderdecreet bestuurlijk beleid van 26 juni 2015 worden opgenomen. Zie Voorstel van decreet tot wijziging van het decreet van 8 mei 2009 houdende de algemene bepalingen betreffende het energiebeleid, met betrekking tot de organisatie van de regulator, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, nr. 812/1, 7.

<sup>371</sup> Voorstel van decreet tot wijziging van het decreet van 8 mei 2009 houdende de algemene bepalingen betreffende het energiebeleid, met betrekking tot de organisatie van de regulator, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, nr. 812/1, 4.

<sup>372</sup> Voorstel van decreet tot wijziging van het decreet van 8 mei 2009 houdende de algemene bepalingen betreffende het energiebeleid, met betrekking tot de organisatie van de regulator, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, nr. 812/1, 5.

### 3. De Brusselse energieregulator

#### 3.1. Het Brussels Instituut voor Milieubeheer (BIM)

##### 3.1.1. *Algemeen*

**136.** De ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de Elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest (Elektriciteitsordonnantie) zette de richtlijn 96/92/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit om in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest.<sup>373</sup> Men opteerde er toen in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest voor om *geen* afzonderlijke reguleringsinstantie op te richten. De parlementaire voorbereiding bij de ordonnantie van 19 juli 2001 stelde dan ook dat het toezicht op de energiemarkt in Brussel gedeeltelijk door de administratie bevoegd voor energie en leefmilieu (Brussels Instituut voor Milieubeheer – Dienst Energie)<sup>374</sup> en gedeeltelijk door de Brusselse regering werd uitgeoefend. De Dienst Energie van het BIM kreeg daarbij extra middelen te zijner beschikking en werd belast met enerzijds een bevoegdheid inzake advies, expertise en technische erkenning, en anderzijds met toezichts- en controleopdrachten. De Dienst Energie verleende bijgevolg de adviezen, terwijl de Brusselse regering alle beslissingen nam.<sup>375</sup> De parlementaire voorbereiding stelde wel uitdrukkelijk voorop dat er binnen de Dienst Energie een bemiddelingsdienst inzake geschillen, bestaande uit deskundigen benoemd door de regering, moest worden georganiseerd. Bovendien moest een Geschillenkamer worden opgericht, die tussenkwam op verzoek van de partijen indien de bemiddelingspoging mislukte. Ook deze kamer moest door de regering worden georganiseerd.<sup>376</sup>

De achterliggende redenen om geen afzonderlijke energieregulator op te richten, waren enerzijds kostenbesparende redenen en anderzijds het feit dat men er vanuit ging dat de Brusselse energiemarkt een marktorganisatie inhield die weinig conflicten met zich meebracht.<sup>377</sup> Uit de Memorie van Toelichting bij het ontwerp van ordonnantie betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest blijkt duidelijk dat de oprichting van een nieuw organisme niet noodzakelijk werd geacht. Men stelde daarbij dat de

---

<sup>373</sup> Ord.Br. 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de Elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, *BS* 17 november 2001, 39.135 (hierna afgekort: Elektriciteitsordonnantie).

<sup>374</sup> De Dienst: "de dienst belast met het beheer van de energie in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest" (artikel 2, 26° van de Elektriciteitsordonnantie).

<sup>375</sup> L. DERIDDER, "Gewestelijke energiewetgeving: de draad kwijt" in K. DEKETELAERE (ed.) *Jaarboek Energierecht 2002*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 151 (89).

<sup>376</sup> Ontwerp van ordonnantie betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, *Parl.St. Br.Parl. 2000-2001, A-192/1, 11*.

<sup>377</sup> Ontwerp van ordonnantie betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, *Parl.St. Br.Parl. 2000-2001, A-192/1, 5*: "Voor het overige verzaakt de ordonnantie aan de oprichting van een nieuw organisme, gelast met een reguleringsopdracht enerzijds, teneinde de kosten te beperken welke inherent zijn aan de uitvoering van de verschillende reguleringsopdrachten, alsook om anderzijds rekening te houden met het gereguleerd karakter van het stelsel van toegang dat de risico's van conflicten ter zake beperkt – en met de federale bevoegdheid inzake het vaststellen van de tarieven."

richtlijn (richtlijn 96/92/EG) "het subsidiariteitsbeginsel ten volle laat spelen op dit gebied, aangezien ze alleen voorschrijft dat een autonoom orgaan wordt gecreëerd dat belast wordt met het beslechten van geschillen inzake de toegang tot de netten. Met betrekking tot de andere aspecten van de regulering laat ze de lidstaten de grootst mogelijke vrijheid".<sup>378</sup> Bovendien vermeldde de parlementaire voorbereiding dat de keuze voor een gereguleerd stelsel van toegang van derden tot de netten, met bekendmaking van de tarieven en regels van toegang, tot gevolg heeft dat de nood aan tussenkomsten en het regelen van geschillen aanzienlijk afneemt. Toenmalig minister Eric Tomas ging zelfs zo ver dat hij uitdrukkelijk beklemtoonde dat "men vertrouwen moest hebben in de mensen die de dossiers kennen. De distributienetbeheerders – vandaag de intercommunales – plaatsen de kabels, de onderstations, de transformatoren, enz. en kennen de markt dus uitstekend". Hij vervolgde: "wil men het aantal personen die die zeer technische taken moeten uitvoeren verdubbelen door naast de DNB een bestuur op te richten dat is samengesteld uit technici met een knowhow die minstens even groot, zo niet groter is dan die van de technici van de DNB?".<sup>379</sup> Dit getuigt, zoals DERIDDER reeds stelde, van een nogal dubieus blind vertrouwen...<sup>380</sup>

### 3.1.2. *De bemiddelingsdienst*

**137.** Artikel 23, § 1 van de Elektriciteitsordonnantie richtte een bemiddelingsdienst in, zoals vermeld in de parlementaire voorbereiding, om kennis te nemen van geschillen bepaald in de artikelen 5, § 5 en 7, § 3 in verband met de toegang tot het gewestelijk transmissienet en het distributienet alsook van de geschillen in verband met de toepassing van de regelgevingen bepaald in artikel 11. De bemiddelingsdienst trad hetzij van ambtswege, hetzij op verzoek van één of meerdere betrokken partijen op. Het ambtshalve verzoek tot bemiddeling was enigszins een vreemde constructie. Dit hield immers in dat geen enkele leverancier of afnemer/eindgebruiker<sup>381</sup> een beroep deed op deze bemiddeling, en dit bijgevolg dan ook hoogstwaarschijnlijk niet nodig achtte. Indien de bemiddelingsdienst toch een bemiddeling opstartte, was het enigszins vreemd dat de ordonnantie bepaalde dat de partijen zich dan niet kunnen onttrekken aan deze bemiddelingspoging (art. 23, §1, lid 2). DERIDDER stelt terecht de vraag op welke wijze de bemiddelingsdienst bovendien op de hoogte kan gesteld worden van een mogelijk conflict. Hoogstwaarschijnlijk kon het initiatief inderdaad enkel komen van de distributienetbeheerders, hetgeen

<sup>378</sup> Ontwerp van ordonnantie betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, *Parl.St. Br.Parl. 2000-2001, A-192/1, 11.*

<sup>379</sup> Ontwerp van ordonnantie betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, *Parl.St. Br.Parl. 2000-2001, A-192/1, 11.*

<sup>380</sup> L. DERIDDER, "Gewestelijke energiewetgeving: de draad kwijt" in K. DEKETELAERE (ed.) *Jaarboek Energierecht 2002*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (89) 152.

<sup>381</sup> Vaak zal het immers gaan om een leverancier of een afnemer, aangezien zij de medewerking nodig hebben van de distributienetbeheerder om toegang tot het net te verkrijgen. Indien hun de toegang geweigerd wordt kunnen zij bemiddeling vragen. Een distributienetbeheerder (DNB) heeft echter een sterkere positie en kan gewoon de toegang weigeren, waardoor zelden een bemiddelingspoging zal worden opgestart door een DNB.

volgens de auteur de onafhankelijkheid van de bemiddelingsdienst in gevaar kan brengen indien de informatie op systematische wijze wordt doorgespeeld.

De bemiddelingsdienst bestond uit personen aangeduid door de regering, die worden vermeld op een lijst van deskundigen.<sup>382</sup> De personeelsleden van de Dienst Energie werden daarenboven uitdrukkelijk uitgesloten.<sup>383</sup> De Dienst Energie nam wel het secretariaat van de bemiddelingsdienst waar.

**138.** Artikel 23, § 3 van de Elektriciteitsordonnantie stelde dat de regering de samenstelling en het reglement van zowel de bemiddelingsdienst als de Geschillenkamer moest bepalen, alsmede de procedure die van toepassing is bij verschijning voor één van deze instanties. Het besluit van de Brusselse Hoofdelijke Regering van 27 mei 2004<sup>384</sup> en de ordonnantie van 1 april 2004 (de Gasordonnantie)<sup>385</sup> wijzigden de ordonnantie van 19 juli 2001 en pasten ook de organisatie van de bemiddelingsprocedure en de werking van de Geschillenkamer aan. De richtlijnen 2003/54/EG en 2003/55/EG werden door de Gasordonnantie en het besluit van 27 mei 2004, in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest omgezet.<sup>386</sup>

Artikel 3 van het besluit van 27 mei 2004 stelde dat de bemiddeling wordt ingeleid door middel van een verzoekschrift, gericht aan het secretariaat van de Dienst. Het verzoekschrift bevat een uiteenzetting van de vordering en de elementen waarop ze gegrond is in feite en in rechte, alsook, desgevallend, alle stukken die er betrekking op hebben. Het secretariaat betekent het verzoekschrift aan de tegenpartij, die dan over een termijn van slechts tien dagen beschikt om haar opmerkingen schriftelijk kenbaar te maken. Het secretariaat duidt daarna de bemiddelaar aan die het best aangewezen lijkt om als bemiddelaar tussen te komen. Dus hoewel de personeelsleden van de Dienst Energie zelf niet als bemiddelaar mogen optreden, mogen ze hem of haar wel aanduiden. De bemiddelaar heeft dan drie dagen om te beslissen of hij/zij de opdracht aanvaardt. Bij ontstentenis van antwoord of bij weigering wordt een nieuwe bemiddelaar aangeduid. Van zodra de bemiddelaar is aangeduid en in het bezit is van het dossier, nodigt hij de partijen uit om voor hem te

---

<sup>382</sup> Artikel 2 van het besluit van 27 mei 2004 (zie op één-na-volgende voetnoot): "de deskundigen die vermeld worden in de lijst van personen die kunnen tussenkomen in hoedanigheid van bemiddelaar beschikken over een bekwaamheid inzake energie en, desgevallend, mededingingsrecht".

<sup>383</sup> Artikel 23, § 1, lid 3 van de Elektriciteitsordonnantie.

<sup>384</sup> BBR 27 mei 2004 houdende organisatie van de bemiddelingsprocedure en de werking van de Geschillenkamer bedoeld in artikel 23 van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en in artikel 17 van de ordonnantie van 1 april 2004 betreffende de organisatie van de gasmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, betreffende de wegenisretributies inzake gas en elektriciteit en houdende wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, *BS* 28 juni 2004.

<sup>385</sup> Ord.Br. 1 april 2004 betreffende de organisatie van de gasmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, betreffende wegenisretributies inzake gas en elektriciteit en houdende wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, *BS* 26 april 2004 (hierna: Gasordonnantie).

<sup>386</sup> Richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van Richtlijn 96/92/EG, *Pb.L.* 15 juli 2003, afl. 176, 37; Richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van Richtlijn 98/30/EG, *Pb.L.* 15 juli 2003, afl. 176, 57.

verschijnen binnen een termijn van maximum vijftien dagen. Een verandering was dat de partijen ofwel eenzijdig ofwel in onderlinge overeenstemming, een einde kunnen stellen aan de bemiddeling. De bemiddelaar maakt hoe dan ook een proces-verbaal op van de bemiddeling en meldt dit aan het secretariaat.

### 3.1.3. *De Geschillenkamer*

**139.** Artikel 23, § 2 van de Elektriciteitsordonnantie bepaalde dat de regering een autonoom orgaan diende op te richten, onder de naam "Geschillenkamer", dat uitspraak moest doen over de geschillen met betrekking tot de toegang tot het gewestelijk transmissienet en het distributienet, met uitzondering van die welke handelen over de burgerlijke rechten en verplichtingen. De Geschillenkamer vaardigde een gemotiveerde administratieve beslissing uit. De Geschillenkamer trad op, op verzoek van een der partijen, wanneer de verzoeningspoging door de bemiddelingsdienst was mislukt. Deze bepaling leek dan ook te impliceren dat de Geschillenkamer enkel kan optreden wanneer de bemiddelingsdienst werd ingeschakeld. Wanneer dit niet het geval was, dan leek een procedure voor de geschillenkamer uitgesloten. Men moest zich dan bijgevolg wenden tot de gewone hoven en rechtbanken.<sup>387</sup> Artikel 23, § 3 stelde dat de regering de samenstelling en het reglement van zowel de bemiddelingsdienst als de Geschillenkamer moest bepalen, alsmede de procedure die van toepassing was bij verschijning voor één van deze instanties. Het besluit van de Brusselse Hoofdelijke Regering van 27 mei 2004 wijzigde de ordonnantie van 19 juli 2001 en paste ook de organisatie van de bemiddelingsprocedure en de werking van de Geschillenkamer aan.

### 3.2. Van BIM naar Brugel

**140.** Brugel – de Brusselse regulator voor energie (*BRUXelles Gaz ELectricité - BRUssel Gas ELEktricitEit*) – werd opgericht door artikel 56 van de ordonnantie van 14 december 2006 (Wijzigingsordonnantie 2006).<sup>388</sup> De bemiddelingsdienst en de Geschillenkamer bleven nog enige tijd onder de Brugel ondergebracht, maar uiteindelijk werd artikel 23 - en daarmee ook de bemiddelingsdienst – opgeheven bij artikel 21 van de ordonnantie van 20 juni 2011 (Wijzigingsordonnantie 2011).<sup>389</sup> De Wijzigingsordonnantie 2011 heeft onder andere een "Geschillendienst" opgericht binnen Brugel voor het behandelen van klachten die onder de gewestelijke bevoegdheid vallen, heeft de procedure

<sup>387</sup> L. DERIDDER, "Gewestelijke energiewetgeving: de draad kwijt" in K. DEKETELAERE (ed.) *Jaarboek Energierecht 2002*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (89) 155.

<sup>388</sup> Ord.Br. 14 december 2006 tot wijziging van de ordonnanties van 19 juli 2001 en van 1 april 2004 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en de gasmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en tot opheffing van de ordonnantie van 11 juli 1991 met betrekking tot het recht op een minimumlevering van elektriciteit en de ordonnantie van 11 maart 1999 tot vaststelling van de maatregelen ter voorkoming van de schorsingen van de gaslevering voor huishoudelijk gebruik, *BS* 9 januari 2007.

<sup>389</sup> Ord.Br. 20 juni 2011 tot wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en van de ordonnantie van 12 december 1991 houdende oprichting van begrotingsfondsen, *BS* 10 augustus 2011.



betreffende de gewestelijke bescherming van de gas- en elektriciteitsverbruikers herzien en heeft de opdrachten van Brugel gepreciseerd.

### 3.3. Brugel vandaag

**141.** Brugel werd dus, als laatste gewestelijke energieregulator, opgericht door de ordonnantie van 14 december 2006, tot wijziging van Elektriciteits- en Gasordonnantie.<sup>390</sup> De Wijzigingsordonnantie 2006 bevatte een hoofdstuk *VIbis*, getiteld "Reguleringsautoriteit", waarin concreet artikel 56, een artikel *30bis*, § 1 invoegde in de Elektriciteitsordonnantie waarbij de Brugel formeel werd opgericht. De regulator heeft zijn zetel te Brussel en is een autonome instelling die beschikt over een publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid. Hij voert zijn administratief en boekhoudkundig beheer in alle onafhankelijkheid uit, terwijl het budget – zij het op voorstel van Brugel – wel wordt vastgesteld door het Brussels Hoofdstedelijk Parlement.<sup>391</sup>

**142.** De Brusselse energieregulator heeft enerzijds als taak het verlenen van advies aan de overheid over de organisatie en de werking van de gewestelijke energiemarkt en is anderzijds bekleed met een algemene opdracht van toezicht op en controle van de toepassing van de toepasselijke ordonnanties en besluiten. De specifieke bevoegdheden zijn terug te vinden in artikel *30bis*, § 2 en § 3 van de Elektriciteitsordonnantie. Zo is Brugel onder andere bevoegd om bindende besluiten vast te stellen in verband met bedrijven die actief zijn op het gebied van elektriciteit en/of gas in geval van niet-naleving van de bepalingen van de Elektriciteitsordonnantie, de Gasordonnantie en hun uitvoeringsbesluiten. De Brusselse energieregulator is eveneens bevoegd om onderzoeken uit te voeren naar de werking van de elektriciteits- en gasmarkten en noodzakelijke en evenredige maatregelen op te leggen om daadwerkelijke mededinging te bevorderen, om informatie op te vragen bij de beheerders die relevant is voor de uitvoering van haar taken, om een tariefmethodologie op te stellen voor de elektriciteitsdistributie en om te beslissen over de goedkeuring van de tarieven voor de elektriciteitsdistributie.<sup>392</sup>

**143.** Brugel bestaat uit twee "entiteiten", zijnde de raad van bestuur (of bestuursraad) en de opdrachthouders. De raad van bestuur bestaat uit een voorzitter en vier bestuurders, benoemd door de Brusselse Hoofdstedelijke Regering. Ze zijn benoemd voor een termijn van 5 jaar, die eenmaal hernieuwbaar is.<sup>393</sup> De hernieuwing van de mandaten is verschillend in tijd teneinde tenminste één bestuurder te behouden, met het oog op de verzekering

---

<sup>390</sup> Ord.Br. 14 december 2006 tot wijziging van de ordonnanties van 19 juli 2001 en van 1 april 2004 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en de gasmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en tot opheffing van de ordonnantie van 11 juli 1991 met betrekking tot het recht op een minimumlevering van elektriciteit en de ordonnantie van 11 maart 1999 tot vaststelling van de maatregelen ter voorkoming van de schorsingen van de gaslevering voor huishoudelijk gebruik, *BS* 9 januari 2007.

<sup>391</sup> Artikel *30bis*, § 1 van de Elektriciteitsordonnantie.

<sup>392</sup> De facto gaat het slechts om één distributienetbeheerder, namelijk Sibelgas.

<sup>393</sup> Artikel *30ter*, § 1 van de Elektriciteitsordonnantie.

van de continuïteit van Brugel. Dit is vergelijkbaar met de aanstelling van de leden van de Amerikaanse federale energieregulator FERC (*infra* nr. 561).<sup>394</sup>

De selectie van de bestuurders gebeurt op voordracht van een jury van drie leden, aangeduid door de regering. Elk jurylid moet een hoge functie uitoefenen in de elektriciteits- of gasector, of in de regulering van netwerkmarkten zoals de telecommunicatie, de spoorwegen of de postdiensten, of behoren tot het academische personeel van een universiteit, de Franse en de Nederlandse taal begrijpen en de in artikel 35*quinquies*, § 2 bedoelde incompatibiliteitsregels betreffende de bestuurders van Brugel naleven.<sup>395</sup> Uiteraard moeten de mogelijke bestuurders strikte deskundigheidsvereisten vervullen. Deze zijn terug te vinden in artikel 30*ter*, § 4 van de Elektriciteitsordonnantie. Binnenin de raad van bestuur zetelen eveneens twee (regerings)commissarissen, die zijn aangewezen door de regering (*infra* nrs. 613 e.v.). Zij nemen deel aan de vergaderingen van de raad van bestuur, maar zetelen als waarnemers, zonder stemrecht.<sup>396</sup> De deelname van twee regeringscommissarissen aan de vergaderingen van de raad van bestuur is contradictorisch indien men de formulering van artikel 30*septies* van de ordonnantie in acht neemt. Het artikel stelt immers: "Brugel is onafhankelijk van de regering". Onmiddellijk gevolgd door "twee commissarissen worden door de regering aangewezen en nemen deel aan de vergaderingen...".

De regering kan, met hun akkoord, en met het akkoord van Brugel, de statutaire of contractuele personeelsleden van het Brussels Instituut voor het Beheer van het Milieu belasten, met een opdracht bij Brugel (artikel 30*octies*, § 1). De "opdrachthouders" vormen dan ook meteen de andere entiteit van Brugel. Zij vormen de "ploeg" van Brugel,<sup>397</sup> en zijn qua aantal bepaald door de regering. Tijdens de duur van zijn opdracht, is de opdrachthouder in dienstactiviteit en blijft hij onderworpen aan het personeelsstatuut van het Brussels Instituut voor Milieubeheer (BIM). Tijdens de duur van de opdracht, voeren de opdrachthouders de taken uit die hen zijn toegekend onder het hiërarchische gezag van Brugel, dat de nodige informatie voor hun evaluatie aan het BIM overmaakt. Het Instituut moet voor de evaluatie nauwgezet rekening houden met deze informatie. De opdrachthouder wiens opdracht is beëindigd, wordt opnieuw ter beschikking gesteld van het Instituut. Bovenop zijn bezoldiging kan de opdrachthouder genieten van een opdrachttoelage waarvan het bedrag bepaald wordt door de Regering op voorstel van Brugel. De administratieve en geldelijke behandeling van de dossiers van opdrachthouders blijft bij het Instituut. Het BIM en de Brusselse energieregulator blijven dus onherroepelijk met elkaar verbonden, zij het in een andere setting dan voorheen. Aangezien het BIM rechtstreeks afhankelijk is van het ministerie van de Brusselse

---

<sup>394</sup> Zie hoofdstuk 1 van dit werk.

<sup>395</sup> Artikel 30*ter*, § 2 van de Elektriciteitsordonnantie.

<sup>396</sup> Artikel 30*septies* van de Elektriciteitsordonnantie.

<sup>397</sup> Zie de website van Brugel, <http://www.Brugel.be/nl/Brugel,-de-brusselse-regulator-voor-energie>.

Hoofdstedelijke Gewestregering, belast met het leefmilieu en het waterbeleid, is het duidelijk dat de aanwezigheid van deze opdrachthouders een serieuze miskennis is van de Europese onafhankelijkheidsvereisten van energieregulatoren die vervat liggen in de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG. De concrete impact zal echter besproken worden in het hoofdstuk met betrekking tot de onafhankelijkheid van de energieregulatoren.

**144.** In 2011 werd er eveneens een "Geschillendienst" ingericht door de Wijzigingsordonnantie 2011.<sup>398</sup> Deze ordonnantie zette de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG om in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en voegde een artikel 30novies in de Elektriciteitsordonnantie in. De Geschillendienst behandelt de klachten betreffende (1) de toepassing van de Elektriciteitsordonnantie en haar uitvoeringsbesluiten, (2) de toepassing van de ordonnantie van 1 april 2004 betreffende de organisatie van de gasmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, (3) de werking van de gas- en elektriciteitsmarkten, met betrekking tot de activiteiten van een leverancier, netbeheerder of tussenpersoon, (4) de toekenning van een financiële hulp. Dit met uitzondering van geschillen die betrekking hebben op burgerlijke rechten. De Geschillendienst is uitdrukkelijk *niet* bevoegd om de klachten tegen de beslissingen van Brugel te behandelen. De Geschillendienst is samengesteld uit een of meerdere personeelsleden van Brugel die zich kunnen laten bijstaan door andere personeelsleden van Brugel en/of door deskundigen. De leden van deze Dienst moeten onafhankelijk en onpartijdig zijn. Elke belanghebbende maakt een geschil aanhangig bij de Geschillendienst nadat deze eerst, zonder resultaat, stappen heeft ondernomen hetzij bij de betroffene gesprekspartner, hetzij bij de dienst klachtenbehandeling van de leveranciers en de netbeheerders. Deze zinsnede inzake klachtenbehandeling is er gekomen ter vervanging van de vroegere bemiddelingsdienst bij de BIM – de voorloper van de Brugel.

De Geschillendienst wijst haar beslissing binnen de twee maanden nadat de zaak aanhangig werd gemaakt. Deze termijn kan met twee maanden worden verlengd indien de Geschillendienst bijkomende informatie behoeft, of nog met een nieuwe termijn mits het akkoord van de klager. De beslissingen van de Geschillendienst zijn gemotiveerd en dwingend en worden gepubliceerd, met inachtneming van de vertrouwelijke gegevens en/of commercieel gevoelige informatie, op de website van Brugel.

---

<sup>398</sup> Ord.Br. 20 juni 2011 tot wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en van de ordonnantie van 12 december 1991 houdende oprichting van begrotingsfondsen, BS 10 augustus 2011.

## 4. De Waalse energieregulator

### 4.1. Oprichting van de CWaPE en het Energiecomité

#### 4.1.1. *Inrichting*

**145.** Artikel 43 van het decreet van 12 april 2001 betreffende de organisatie van de gewestelijke elektriciteitsmarkt (Waals Elektriciteitsdecreet) richtte de Waalse energieregulator, *la Commission Wallonne pour l'Energie* (CWAPE) op.<sup>399</sup> De parlementaire voorbereiding bepaalde dat de CWAPE werd aangesteld als onafhankelijke regionale regulator om de elektriciteitsmarkt te monitoren, de toepassing van de wettelijke bepalingen te verzekeren en de liberalisering te organiseren en reguleren.<sup>400</sup> De Waalse energieregulator kreeg daarbij enerzijds een opdracht van advies aan de overheid inzake de organisatie en de werking van de gewestelijke elektriciteitsmarkt en anderzijds een opdracht van toezicht op en controle van de toepassing van de desbetreffende decreten en besluiten.<sup>401</sup> De CWAPE werd belast met diverse taken, waaronder het uitbrengen van adviezen, het voeren van onderzoeken en studies betreffende de elektriciteitsmarkt, het opstellen van het technisch reglement, de bepaling van de tariefmethodologie, etc.<sup>402</sup> Het advies van de Raad van State bij de parlementaire voorbereiding bij het decreet van 12 april 2001 ging niet of nauwelijks in op de oprichting van de Waalse energieregulator.

In de artikelsgewijze bespreking bij de parlementaire voorbereiding werd beklemtoond dat het personeel deskundig en onafhankelijk moest zijn, zowel ten aanzien van de politiek, alsook ten aanzien van de marktspelers, zijnde de producenten, de netbeheerders, de leveranciers en bepaalde tussenpersonen.<sup>403</sup> De energieregulator bestond aanvankelijk uit een voorzitter en drie bestuurders benoemd door de Waalse regering, voor een hernieuwbare termijn van zes jaar.<sup>404</sup> Echter, om de continuïteit te waarborgen werden bij de oprichting van de CWAPE twee bestuurders benoemd voor een termijn van slechts drie jaar. Het mandaat van voorzitter of bestuurder van de CWAPE werd onderworpen aan regels inzake onverenigbaarheden en belangenconflicten.<sup>405</sup> De onverenigbaarheden betroffen de uitoefening van een ministeriële of parlementaire werkzaamheid en die van een al dan niet vergoede werkzaamheid in dienst van een producent, een netbeheerder, een leverancier of een tussenpersoon. De onverenigbaarheden golden voor de gehele duur van het mandaat en voor een aanvullende periode van twee jaar daarna. De leden en de

---

<sup>399</sup> Decr.W. 12 april 2001 betreffende de organisatie van de gewestelijke elektriciteitsmarkt, *BS* 1 mei 2001, 14.144 (hierna: Waals Elektriciteitsdecreet).

<sup>400</sup> *Projet de décret relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité*, *Parl.St. W.Parl.* 2000-2001, nr. 177/1, 10.

<sup>401</sup> Artikel 43, § 2; L. DERIDDER, "Gewestelijke energiewetgeving: de draad kwijt" in K. DEKETELAERE (ed.), *Jaarboek Energierecht 2002*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (89) 130.

<sup>402</sup> Voor de volledige opsomming, zie artikel 43, § 2, 1<sup>o</sup> - 19<sup>o</sup> van het Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>403</sup> *Projet de décret relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité*, *Parl.St. W.Parl.* 2000-2001, nr. 177/1, 25.

<sup>404</sup> Artikel 45, § 1 van het Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>405</sup> Artikel 45, § 2 van het Waals Elektriciteitsdecreet.

personeelsleden van de CWaPE zijn – net zoals bij de andere energieregulators – bovendien gebonden door het beroepsgeheim. Zij mogen de vertrouwelijke gegevens die hun ter kennis zijn gekomen op grond van hun functie aan niemand bekendmaken, behalve wanneer zij worden opgeroepen om in rechte te getuigen en wanneer de uitwisseling van informatie met de bevoegde instanties van andere lidstaten van de Europese Unie uitdrukkelijk bepaald en toegestaan is door verordeningen of richtlijnen vastgesteld door de instellingen van de Europese Unie. Elke overtreding werd daarbij gestraft met de straffen bepaald door artikel 458 van het Strafwetboek.<sup>406</sup>

De diensten van de Waalse energieregulator, met de drie bestuurders, werden aanvankelijk georganiseerd in drie directies, namelijk een directie voor de technische werking van de markt, een directie voor de controle van de plichten van openbare dienst en van de methoden ter bevordering van milieuvriendelijke energie en een administratieve directie.<sup>407</sup> De eerste directie (technische werking) was onder andere verantwoordelijk voor: de goedkeuring en de controle van het technisch reglement, de controle van de taken van de netbeheerder, de ontwikkeling en de monitoring van het aanpassingsplan, toezicht op de onafhankelijkheid van de netbeheerder... De tweede directie (openbare diensten) was bevoegd o.a. voor het controleren van de openbare dienstverplichtingen en voor het verlenen van groene certificaten en de controle op de groene stroom. De derde directie (administratief) was bevoegd voor de administratie en de financiën van de CWaPE, voor de juridische dienstverlening en fungeerde eveneens als studie- en documentatiedienst.<sup>408</sup> De CWaPE bestond aanvankelijk uit ongeveer vijftien personen, waaronder juristen, economen en ingenieurs.<sup>409</sup>

**146.** Het CWaPE stond van bij het begin onder strikt toezicht. Zo bepaalde artikel 50, § 1 dat de Waalse energieregulator onderworpen werd aan de controle (administratief toezicht) van de Waalse regering door toedoen van twee regeringscommissarissen, die worden benoemd en ontslagen door de Waalse regering.<sup>410</sup> De regeringscommissarissen konden op elk ogenblik ter plaatse kennis nemen van de boeken, de briefwisseling, de processen-verbaal en, in het algemeen, van alle stukken en geschriften van de CWaPE. Ze konden bovendien van de voorzitter, de bestuurders en alle personeelsleden van de Waalse energieregulator alle verklaringen en informatie vorderen die ze nodig achten voor de uitoefening van hun mandaat. Ze hadden daarenboven het recht om de vergaderingen van het directiecomité bij te wonen, zij het wel enkel met

---

<sup>406</sup> Artikel 47, § 2 van het Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>407</sup> Artikel 45 van het Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>408</sup> *Projet de décret relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, Parl.St. W.Parl. 2000-2001, nr. 177/1, 25.*

<sup>409</sup> *Projet de décret relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, Parl.St. W.Parl. 2000-2001, nr. 177/1, 25.*

<sup>410</sup> Idem bij Brugel. Bij de Vlaamse energieregulator VREG stond er eveneens in de wetgeving ingeschreven dat er een regeringscommissaris aangesteld zou worden. In de praktijk trad er evenwel nooit een regeringscommissaris aan (Interview A. Pictuel, voormalig gedelegeerd bestuurder VREG).

raadgevende stem.<sup>411</sup> De commissarissen beschikten over een termijn van vijf weekdagen om beroep in te stellen bij de regering tegen elke beslissing die ze achten tegenstrijdig te zijn met het decreet, zijn uitvoeringsbesluiten of met het algemeen belang. Dit beroep had schorsende kracht. De termijn begon te lopen de dag waarop de beslissing werd genomen, voor zover de regeringscommissarissen regelmatig bijeengeroepen waren en, in het tegenovergestelde geval, de dag waarop ze op de hoogte daarvan werden gebracht. Indien de regering geen beslissing had genomen binnen een termijn van vijftien weekdagen vanaf de schorsing, werd de beslissing definitief. Indien de regering de beslissing vernietigde, dan werd dit betekend door de regering aan het directiecomité van de CWaPE.<sup>412</sup> De commissarissen formuleerden elk jaar een evaluatieverslag betreffende de werkzaamheden van de CWaPE, bestemd voor de Waalse regering.

**147.** Wat de ontslagmogelijkheden betrof, had de regering een verregaande bevoegdheid. Een *behoorlijk met redenen omklede beslissing* was de enige vereiste voor de Waalse regering om het mandaat van de voorzitter of een bestuurder vervroegd te beëindigen. Bij vrijwillig of gedwongen ontslag of bij overlijden van de voorzitter of een bestuurder, benoemde de Waalse Regering zijn plaatsvervanger die het mandaat van zijn voorganger voltooide.<sup>413</sup> Deze – niet limitatief omschreven – mogelijkheid tot ontslag maakte in principe een *louter politiek ontslag* mogelijk.

Inzake de financiering (*infra* nr. 705) bepaalde artikel 46, § 3 dat de Waalse regering een budgettair fonds diende op te richten, het Reguleringsfonds (*Fonds de régulation*). Dit fonds moest de uitgaven van de CWaPE financieren en werd gesteunen door een bijdrage uitgedrukt in centiem per vervoerde kWu en afgenomen door de netbeheerder die belast is met de voorziening van een eindafnemer gekoppeld aan een spanning die hoger is dan of gelijk is aan 70 kV.<sup>414</sup> Echter, in 2001 werd de CWaPE gefinancierd door een dotatie van 80 miljoen BEF (ongeveer 1,9 miljoen €), ingeschreven op de begroting van de Waalse regering.<sup>415</sup>

De energieregulator werd eveneens onderworpen aan de controle van het Rekenhof,<sup>416</sup> en de CWaPE diende eveneens haar huishoudelijk reglement ter goedkeuring voor te leggen aan de Waalse regering.<sup>417</sup>

#### 4.1.2. Bemiddelings- en arbitragedienst

<sup>411</sup> Artikel 50, § 2 van het Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>412</sup> Artikel 50, § 3 van het Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>413</sup> Artikel 45, § 1, lid 2 van het Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>414</sup> Zie hierna, het deel met betrekking tot de bevoegdheidsverdeling.

<sup>415</sup> *Parl.St.* W.Parl. 2000-2001, nr. 177/1, 25.

<sup>416</sup> Artikel 50, § 5 van het Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>417</sup> Artikel 44, § 1 van het Waals Elektriciteitsdecreet.

**148.** De CWaPE diende eveneens een bemiddelings- en arbitragedienst in te richten en het secretariaat ervan waar te nemen voor geschillen betreffende de toegang tot het net en de toepassing van het technisch reglement.<sup>418</sup> Het was echter wel aan de Waalse regering om het reglement van de dienst vast te stellen, zij het op voorstel van de CWaPE. Bovendien stelde de Waalse regering een lijst op van deskundigen die als bemiddelaar konden optreden. Ook bij de CWaPE konden de leden en de personeelsleden niet als bemiddelaar worden aangewezen.

Artikel 49, § 1 bepaalde dat er binnen de CWaPE een autonoom orgaan werd opgericht, de "Beroepskamer", dat op verzoek van één van de partijen beslist over geschillen tussen de netbeheerder en de netgebruikers betreffende de toegang tot dat net, behalve geschillen inzake contractuele rechten en verbintenissen. De Beroepskamer bestond uit een voorzitter, twee andere leden en drie plaatsvervangers, benoemd door de Waalse Regering voor een hernieuwbare termijn van zes jaar. In afwijking van het voorgaande werden bij de oprichting van de Beroepskamer één lid en één plaatsvervanger benoemd voor een aanvankelijke termijn van twee jaar alsook één lid en één plaatsvervanger voor een aanvankelijke termijn van vier jaar, dit opnieuw omwille van continuïteitsredenen.<sup>419</sup> Ook hier mochten de leden of de plaatsvervangers niet onder de leden en de personeelsleden van de CWaPE worden gekozen, noch onder de leden van de bemiddelings- en arbitragedienst.<sup>420</sup> De Beroepskamer besliste met een gemotiveerde administratieve beslissing over de aangelegenheden die bij haar aanhangig worden gemaakt, na de betrokken partijen te hebben gehoord. Het is dus niet zo dat eerst een bemiddelingspoging diende te worden ondernomen, vooraleer men bij de beroepskamer terecht kon. De Beroepskamer kon overgaan of laten overgaan tot alle nuttige onderzoeken en kon, indien nodig, deskundigen aanwijzen en getuigen horen. Zij kon bewarende maatregelen opleggen in dringende gevallen.<sup>421</sup>

#### 4.1.3. *Het Energiecomité*

**149.** Artikel 51 van het Waalse Elektriciteitsdecreet uit 2001 vermeldde dat er binnen de zes maanden na de inwerkingtreding van het decreet een Energiecomité (*un comité Energie*) moest worden opgericht dat belast werd met het uitbrengen van adviezen over de koers van de gewestelijke elektriciteitsmarkt met het oog op het algemeen belang, de duurzame ontwikkeling en de opdrachten van openbare dienst. Het fungeerde als een

---

<sup>418</sup> Artikel 48 van het Waals Elektriciteitsdecreet.; L. DERIDDER, "Gewestelijke energiewetgeving: de draad kwijt" in K. DEKETELAERE (ed.), *Jaarboek Energierecht 2002*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (89) 130.

<sup>419</sup> Artikel 49, § 2 van het Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>420</sup> Artikel 49, § 2 van het Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>421</sup> Artikel 49, § 3 van het Waals Elektriciteitsdecreet; L. DERIDDER, "Gewestelijke energiewetgeving: de draad kwijt" in K. DEKETELAERE (ed.), *Jaarboek Energierecht 2002*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (89) 130.

beleidsvoorbereidende vergadering.<sup>422</sup> Het Energiecomité legde elk jaar een verslag voor aan de Waalse Regering. Binnen een maximumtermijn van twee maanden werd het door de Regering ter informatie gericht aan de Waalse Gewestraad. Het Energiecomité bestond uit vierentwintig leden, samengesteld uit (1°) zes vertegenwoordigers voorgedragen door de Sociaal-Economische Raad van het Waalse Gewest, (2°) vier vertegenwoordigers van de gemeenten, (3°) een vertegenwoordiger van de provincies, (4°) een vertegenwoordiger van de consumenten-(verenigingen), (5°) een vertegenwoordiger van milieuorganisaties die actief zijn in de energiesector, (6°) twee vertegenwoordigers van de vakbonden in de elektriciteitssector, (7°) vier vertegenwoordigers van de netbeheerders, (8°) twee vertegenwoordigers van de elektriciteitsproducenten die niet actief zijn in de productie van elektriciteit op grond van hernieuwbare energiebronnen en installaties voor kwaliteitswarmtekrachtkoppeling, (9°) een vertegenwoordiger van de elektriciteitsproducenten die actief zijn in de productie van elektriciteit op grond van hernieuwbare energiebronnen, een vertegenwoordiger van de elektriciteitsproducenten die actief zijn in de productie van elektriciteit op grond van installaties voor kwaliteitswarmtekrachtkoppeling en een vertegenwoordiger van de leveranciers. Enkel de leden in artikel 51, § 2, 1° tot en met 4° waren stemgerechtigd. De leden van het comité werden door de Waalse regering benoemd voor een hernieuwbare termijn van drie jaar. Zij konden altijd worden ontslagen (a) indien zij niet in staat waren hun functie uit te oefenen of (b) wegens een ernstige tekortkoming of (c) wanneer ze de hoedanigheid waarvoor ze benoemd zijn, verloren.<sup>423</sup> De voorzitter en de bestuurders van de CWaPE waren gemachtigd om de vergaderingen van het Energiecomité bij te wonen, zij het zonder stemgerechtigd te zijn.<sup>424</sup> Het personeel van de Sociaal-Economische Raad van het Waalse Gewest werd belast met het secretariaat van het comité.

Het besluit van de Waalse regering van 10 juli 2003 bepaalde de modaliteiten voor de werking van het Energiecomité.<sup>425</sup> Artikel 1 bepaalde dat het comité minstens vier maal per jaar vergaderde en telkens als het nodig is. De vergaderingen vinden plaats binnen de administratieve zetel van de Sociaal-Economische Raad van het Waalse Gewest. De leden van het comité wijzen bij gewone meerderheid van stemmen een voorzitter en een ondervoorzitter aan onder de leden die een raadgevende stem hebben. Het comité diende een huishoudelijk reglement op te stellen en dit ter goedkeuring voor te leggen aan de Waalse regering. Artikel 4 van het besluit bepaalde dat het comité advies uitbracht binnen een termijn van dertig dagen, te rekenen van de datum van ontvangst van het verzoek. Het verzoek kan evenwel voorzien in een langere termijn als de specificiteiten van het dossier zulks vereisen. De adviezen van het

---

<sup>422</sup> L. DERIDDER, "Gewestelijke energiewetgeving: de draad kwijt" in K. DEKETELAERE (ed.), *Jaarboek Energierecht 2002*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (89) 131.

<sup>423</sup> Artikel 51, § 4 van het Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>424</sup> Artikel 51, § 5 van het Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>425</sup> Gelet op het advies nr. L.35.528/4 van de Raad van State, gegeven op 18 juni 2003.



comité worden meegedeeld aan de minister en aan de personen die erom verzocht hebben. Volledig artikel 51 van het decreet is vervangen door artikel 65 van het decreet van 11 maart 2014, waardoor het Energiecomité werd omgedoopt tot de Algemene Raad (*Conseil general*).<sup>426</sup>

#### 4.2. De CWaPE vandaag

**150.** De energieregulator is een autonoom orgaan met rechtspersoonlijkheid, waarvan de zetel gelegen is in het administratieve arrondissement van Namen.<sup>427</sup> De CWaPE bestaat momenteel uit een directiecomité (*le comité de direction*), een technische directie (*la Direction Technique Gaz et Électricité*), een socio-economische directie (*la Direction Socio-économique*), een directie hernieuwbare energie (*la Direction Promotion des énergies renouvelables*) en een directie juridische en consumentenzaken (*la Direction Services aux consommateurs et Services juridiques*) en een ondersteunende eenheid (*l'Unité dorsale*).<sup>428</sup> De CWaPE bestaat momenteel uit één voorzitter en vier directeurs, die benoemd zijn voor een termijn van vijf jaar, die één maal hernieuwbaar is. De leden worden benoemd omwille van hun deskundigheid.<sup>429</sup> In artikel 45*bis* worden de onverenigbaarheden bepaald met de functie als lid van de commissie. Men kan bijvoorbeeld geen voorzitter of directeur zijn indien men lid is van het nationaal parlement, het Europees parlement, de regionale parlementen, indien men een minister of staatssecretaris is, een lid is van de regering(en), de provincies of de gemeenten, of een lid van een intercommunale (die betrekking heeft op de energiesector). De leden zijn bovendien gebonden door een geheimhoudingsplicht, zowel tijdens als na het vervullen van hun functie.<sup>430</sup> De voorzitter en de bestuurders kunnen uit hun functie worden ontheven als ze niet langer voldoen aan de voorwaarden inzake onafhankelijkheid die voortvloeien uit het decreet of indien zij de wetten en regels schenden. De regering hoort hierbij de partijen.<sup>431</sup>

De CWaPE streeft volgende objectieven na: (1) het bevorderen van een veilige en duurzame, competitieve regionale elektriciteitsmarkt, (2) bijdragen aan de ontwikkeling van veilige en efficiënte elektriciteitsnetten, bijdragen aan een niet-discriminerende toegang tot het netwerk, het verbeteren van de energie-efficiëntie,...(3) ervoor zorgen dat de beheerders en gebruikers van de elektriciteitsnetten, zowel op korte als op lange termijn, de prestaties van deze netwerken verbeteren en de marktintegratie bevorderen, (4) bijdragen aan een universele kwaliteitsvolle openbare dienstverlening op het gebied van de elektriciteitsvoorziening en een bijdrage leveren aan de bescherming van de

---

<sup>426</sup> Decr.W. 11 maart 2014 tot wijziging van het decreet van 12 april 2001 betreffende de organisatie van de gewestelijke elektriciteitsmarkt, BS 17 juni 2014.

<sup>427</sup> Artikel 43, § 1 van het Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>428</sup> Artikel 46, § 1 van het Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>429</sup> Artikel 45 van het Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>430</sup> Artikel 45*ter*, § 3 en artikel 47*bis* van het Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>431</sup> Artikel 45*quater* van het Waals Elektriciteitsdecreet

klanten.<sup>432</sup> De taken van de CWaPE zijn terug te vinden in huidig artikel 43, § 2, 1°-16°. Ook de Waalse energieregulator legt jaarlijks een verslag voor aan het Waalse Parlement.<sup>433</sup>

De CWaPE heeft een adviserende bevoegdheid en formuleert daarbij advies, voorstellen of aanbevelingen, onderzoeken, studies en rapporten op eigen initiatief of op verzoek van de minister. De Waalse energieregulator oefent zijn toezichts- en controlebevoegdheden uit op eigen initiatief of op verzoek van de minister of de regering, of op verzoek van derden (in de gevallen voorzien in het decreet) of na injunctie door het Waals Parlement.<sup>434</sup>

**151.** Artikel 47ter, § 1 van het Waals Elektriciteitsdecreet bepaalt dat de CWaPE onafhankelijk is van de regering in het kader van haar reguleringsactiviteiten. De Waalse energieregulator wordt (nog steeds) onderworpen aan het administratief toezicht uitgeoefend door twee regeringscommissarissen (*infra* nrs. 610 e.v.). Zij worden aangeduid door de regering. Dit toezicht wordt echter niet uitgeoefend op de beslissingen van de Geschillenkamer en de bemiddelingsdienst en is ook niet van toepassing op de bevoegdheden die geen verband houden met de reguleringstaken van de CWaPE (in het licht van de richtlijn 2009/72/EG). Voor deze taken (*les compétences ne relevant pas des missions de regulation*) hebben de regeringscommissarissen enkel een waarnemende rol. De CWaPE is onderworpen aan controle door het Rekenhof.<sup>435</sup>

**152.** Naast de CWaPE werd er ook een Algemene Raad opgericht (artikel 51, *infra* nr. 624). Hiernaast bestaat er ook, binnen de directie juridische en consumentenzaken van de CWaPE, een bemiddelingsdienst (*Service régional de médiation*), die bevoegd is voor het onderzoeken en behandelen van vragen en klachten met betrekking tot het functioneren van de regionale aardgas- en elektriciteitsmarkt, of in verband met de werkzaamheden van een dienstverrichter of een netwerkbeheerder, een private netbeheerder of een professionele beheerder van een gesloten netwerk, voor zover de aanvraag of klacht behoort tot de gewestelijke bevoegdheid.<sup>436</sup> Hiernaast bestaat ook een Geschillenkamer (*Chambre des litiges*), opgericht binnen de CWaPE (artikel 49).

### **C. DE BEVOEGDHEIDSVERDELING INZAKE ENERGIE**

**153.** In België is de juridische versplintering binnen de energiesector gevoelig groter dan in andere geliberaliseerde sectoren.<sup>437</sup> De federalisering - en de

<sup>432</sup> Artikel 43, § 1bis, 1°- 4° van het Waalse Elektriciteitsdecreet.

<sup>433</sup> Artikel 43, § 3 van het Waalse Elektriciteitsdecreet.

<sup>434</sup> Artikel 43bis, § 1 van het Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>435</sup> Artikel 47ter, § 4 van het Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>436</sup> Artikel 48 van het Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>437</sup> W. DEVROE, "Toezicht op de vrije mededinging in de Belgische energiemarkt" in K. DEKETELAERE (ed.), *Jaarboek Energierecht 2002*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (211) 229.

daarmee gepaard gaande bevoegdheidsverdeling tussen het federale niveau en de gemeenschappen en gewesten – ligt aan de basis van deze versplintering. De bevoegdheidsverdeling tussen het federale niveau en de gewestelijke overheden zet zich door met betrekking tot het beleidsdomein energie. Zowel de federale overheid als de gewesten hebben immers onderscheiden bevoegdheden, die terug te vinden zijn in de Bijzondere Wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen (hierna: BWHI).<sup>438</sup> Voor het Brussels Hoofdstedelijk Gewest is de Bijzondere Wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse Instellingen van toepassing.<sup>439</sup> Artikel 6, § 1, VII BWHI heeft betrekking op het energiebeleid. De verschillende staatshervormingen zorgden ervoor dat de bevoegdheidsverdeling over de jaren heen telkens vrij ingrijpend werd gewijzigd. In onderstaande afdeling wordt kort ingegaan op deze wijzigingen, aangezien de bevoegdheidsverdeling inzake energie eveneens een invloed heeft op de bevoegdheidsverdeling tussen de federale en de regionale energieregulators.

## 1. De Bijzondere Wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen

154. Tot 1980 viel het volledige energiebeleid onder de bevoegdheid van de nationale overheid. De tweede staatshervorming in 1980 maakte daar een einde aan en splitste het beleidsdomein energie in een beleidsdomein met federale én gewestelijke aspecten. De bevoegdheidsverdeling inzake energie werd begin jaren tachtig wel nog voornamelijk gekenmerkt door een federale overhand en een beperkte zeggingsmacht voor het gewestelijk niveau.<sup>440</sup> Het federale niveau wenste immers de absolute controle te behouden op het nationale energiebeleid, aangezien de oliecrisis van 1973 en 1979-1980 nog vers in het geheugen lagen.<sup>441</sup> De gewestelijke bevoegdheden werden dan ook aan beperkingen onderworpen.<sup>442</sup>

155. Artikel 6, § 1, VII van de BWHI bepaalde dat de gewesten bevoegd waren voor de gewestelijke aspecten van de energie, en in ieder geval:

- a. De elektriciteitsvoorziening door middel van netten met een nominale spanning van minder dan **30 000 volt**, in overeenstemming met de regelen voor aanrekening van het Controlecomité voor elektriciteit en gas;

---

<sup>438</sup> BS 15 augustus 1980, 9434.

<sup>439</sup> BS 14 januari 1989, 667. Artikel 37, § 1 bepaalde daarbij "De Regering verdeelt onder haar leden de taken met het oog op de voorbereiding en de uitvoering van haar beslissingen. Bij gebreke van een consensus hierover worden de bevoegdheden van de leden verdeeld volgens de volgende groepen van aangelegenheden: I. Economisch beleid en energiebeleid; II. Openbare werken en vervoer; III. Tewerkstellingsbeleid en lokale besturen; IV. Ruimtelijke ordening, huisvesting, leefmilieu, natuurbehoud, landinrichting en waterbeleid; V. Financiën, begroting, openbaar ambt en externe betrekkingen".

<sup>440</sup> T. VERMEIR, "Het Energiebeleid" in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *De bevoegdheden van de gewesten*, Brugge, die Keure, 2016, 248.

<sup>441</sup> Ontwerp van decreet houdende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, *Parl.St.* VI.Parl. 1999-2000, nr. 285/1, 3; K. DEKETELAERE, K. DE COCK, L. DERIDDER en G. VERHOOSEL, *Handboek energierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 10.

<sup>442</sup> Ontwerp van bijzondere wet tot hervorming der instellingen, *Parl.St.* Kamer 1979-1980, nr. 627-1, 7-8 en nr. 627-10, 97.

- b. De openbare gasdistributie, zoals bepaald in artikel 1 van de wet van 2 april 1965 betreffende het vervoer van gasproducten;
- c. De aanwending van mijngas en van gas afkomstig van hoogovens;
- d. De netten voor warmtevoorziening op afstand;
- e. De valorisatie van steenberg;<sup>443</sup>
- f. De nieuwe energiebronnen voor zover zij van lokaal belang zijn of in het verlengde liggen van het industrieel onderzoek dat tot de plaatsgebonden bevoegdheid behoort;
- g. De terugwinning van energie door de nijverheid en andere gebruikers;

Het tweede lid van het artikel bepaalde dat de gewesten niet bevoegd waren voor "de aangelegenheden waarvan de technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling op nationaal vlak vereisen, en in ieder geval niet voor:

- a. Het rationele gebruik van de energie;
- b. Het nationaal uitrustingsprogramma in de elektriciteitssector;
- c. De kernbrandstofcyclus;
- d. De grote infrastructuren voor de stockering; de productie, met inbegrip van de mijnen; het transport en de distributie;
- e. De tarieven"

**156.** In artikel 6, § 3, 2°, van de BWHI werd bepaald dat voor andere bevoegdheden inzake het energiebeleid dan deze die in § 1, VII, zijn opgesomd, iedere maatregel vóór zijn tenuitvoerlegging onderworpen dient te worden aan een overleg tussen de betrokken Executieven<sup>444</sup> en de bevoegde nationale overheid. De bevoegde nationale overheid moest eerst en vooral overleg plegen met de betrokken Executieven inzake de grote lijnen van het te voeren energiebeleid. Daarnaast moest er nog een andere vorm van dialoog worden georganiseerd tussen de bevoegde nationale ministers en de betrokken Executieven. De vertegenwoordiging van de Gewesten in het Nationaal Comité van de energie werd uitgebreid, waardoor de Gewesten ook vertegenwoordigd waren inzake de specifieke domeinen elektriciteit, gas, steenkool en kernenergie.<sup>445</sup>

**157.** De bevoegdheidsverdeling uit artikel 6, § 1, VII BWHI kwam er op neer dat het federale niveau niet alleen bevoegd was voor alle *louter* nationale aspecten van het energiebeleid maar ook voor alle gewestelijke aspecten<sup>446</sup> die

<sup>443</sup> Een steenberg is een ander woord voor "terril" en is een ophoping van steenafval dat als bijproduct van de ondergrondse mijnbouw is ontstaan. Valorisatie (herwaardering) is een proces waardoor de (maatschappelijke) waarde wordt verhoogd.

<sup>444</sup> "Executieven" is de vroegere benaming voor de huidige term "regeringen".

<sup>445</sup> MVT bij het ontwerp van bijzondere wet tot hervorming der instellingen, *Parl.St.* Senaat 1979-1980, nr.434/1, 31.

<sup>446</sup> De term "gewestelijke aspecten" kwam in verschillende artikelen van de BWHI terug en zorgde voor enige verwarring. De Raad van State stelde dat het gewestelijk karakter van de bevoegdheden van de gewesten (inzake art. 6, § 1° VI, het economisch beleid, 3° "De gewestelijke aspecten van de kredietpolitiek") moest geïnterpreteerd worden in deze zin dat de centrale overheid bevoegd is wanneer de instelling die optreedt nationaal is, de middelen nationaal zijn, de uitvoering en het initiatief nationaal zijn (RvS 31 maart 1983, *BS* 9 augustus 1983; *Parl.St.* Kamer, 1982-83, 489/1). Met betrekking het "openbaar industrieel initiatief op gewestelijk vlak" (art. 6, § 1°, VI, 2° BWHI) stelde het toenmalige Arbitragehof dat het financieel, het institutioneel en het teleologisch aspect van de maatregelen doorslaggevend is. Het begrip "gewestelijk" betekende in deze context dat het gewest bevoegd is voor het openbaar industrieel initiatief gefinancierd uit de gewestelijke middelen, middels gewestelijke instellingen en met het oog op de bevordering van de gewestelijke ontwikkeling. De nationale overheid is bevoegd voor het openbaar industrieel initiatief dat gefinancierd wordt uit de nationale middelen, dat uitgeoefend wordt door middel van nationale instellingen en dat genomen wordt

wegens hun technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling op nationaal vlak behoeften. De federale overheid kon bijgevolg zelfs ingrijpen in de lijst van opgesomde gewestelijke bevoegdheden om deze te beperken. Zo kon men bijvoorbeeld maatregelen nemen die betrekking hadden op de organisatie van de gasdistributie, wanneer kon worden aangetoond dat deze maatregel een economisch en technisch ondeelbare aangelegenheid was. Zelfs na gewestelijk optreden kon de federale overheid in hetzelfde beleidsdomein een maatregel nemen.<sup>447</sup> De federale overheid kon dus de gewestelijke bevoegdheden sterk beknootten. Bovendien was de federale overheid ook in ieder geval bevoegd voor het rationale energiegebruik; het nationaal uitrustingsprogramma; de grote infrastructuren voor de stockering, de productie, het transport en de distributie; en de tarieven. Dat niet iedereen gelukkig was met deze bepalingen bleek duidelijk uit de parlementaire voorbereiding, waarin werd gesteld dat de bepaling erop wees dat "weer eens de uitzonderingen op de bevoegdheden belangrijker waren dan de bevoegdheden zelf".<sup>448</sup>

Zo was er bijvoorbeeld veel kritiek op de afbakening van de bevoegdheden door het spanningsniveau op een grens te leggen van 30 000 volt. Zo pleitten de DE WASSEIGE, MOUREAUX en BONMARIAGE er in de Senaat voor om de "30 000 volt" te vervangen door "70.000 volt", aangezien men vond dat de wetgever zich niet mocht laten binden aan de regels bepaald door een privaatrechtelijke instelling (cf. het controlecomité voor elektriciteit en gas), die de wet zouden kunnen uithollen.<sup>449</sup> Men moest volgens de senatoren kiezen voor 70.000 volt, "want wat zou er anders gebeuren met de klanten, industriëlen of intercommunale distributiemaatschappijen, die bijvoorbeeld van een bepaalde distributie eenheid 70.000 volt krijgen en van een andere 30.000 volt of minder?".<sup>450</sup> Met betrekking tot deze grens vroeg een andere commissielid zich eveneens af hoe men de bevoegdheden in dezen zal kunnen uitoefenen aangezien veel gebruikers, waaronder intercommunale maatschappijen, op beide spanningen werken.<sup>451</sup> In de artikelsgewijze bespreking bij het verslag namens de commissie voor de herziening van de grondwet werd door dit commissielid dan ook uitdrukkelijk de vraag gesteld waarom "trouwens de gewestelijke macht,

---

met het oog op de bevordering van de nationale economische ontwikkeling (Arbitragehof 25 februari 1986, nr. 11, overweging 2.B.3.a.). Zie hierover ook: M. DE HEMPTINNE en P. WYTINCK, "De bevoegdheidsverdeling na de Staatshervorming van 1980", *Jura Falc.* 1986-1987, afl. 4, 451-481. Deze redenering inzake de economische bevoegdheden kan men m.i. ook doortrekken naar de bevoegdheden inzake energie.

<sup>447</sup> L. DERIDDER, *De verdeling van elektriciteit en aardgas in België. Een nieuw wetgevend kader - een nieuwe rol voor de overheid?*, onuitg. doctoraats thesis Rechten KU Leuven, 2002, 109.

<sup>448</sup> Ontwerp van bijzondere wet tot hervorming der instellingen, *Parl.St.* Kamer 1979-1980, nr. 627/10, 97.

<sup>449</sup> Ontwerp van bijzondere wet tot hervorming der instellingen, *Parl.St.* Senaat 1979-1980, nr. 434/29, 1.

<sup>450</sup> Het onderscheid tussen 30.000 volt en 70.000 volt bepaalt louter de bevoegdheidsverdeling in België. Technisch gezien maakt laagspanning, spanning lager dan 1000 - 1500 volt uit. Hoogspanning is de spanning boven 1000 - 1500 volt (kan gaan tot 380.000 volt). Distributienetten kunnen een spanning halen tot 132.000 volt (hoogspanning). Hoogspanning staat dus niet gelijk aan transmissie en laagspanning niet aan distributie. De cijfers "30.000 volt" en "70.000 volt" vallen in de praktijk dus ook niet samen met het verschil tussen distributie en transmissie. De meeste distributienetten in Europa hebben een spanning tussen 33.000 volt en 132.000 volt. De grens van 30.000 volt was dus technisch gezien te laag. Maar zelfs boven 70.000 volt kan men dus nog spreken van een distributienet. De bevoegdheidsverdeling loopt dus niet samen met de technische werkelijkheid.

<sup>451</sup> Ontwerp van bijzondere wet tot hervorming der instellingen, *Parl.St.* Senaat 1979-1980, nr. 434/2, 192.

Executieve en Raad, binden aan de beslissingen van een controlecomité voor elektriciteit en gas, dat geen juridisch statuut heeft en ontstaan is uit een zuiver particuliere overeenkomst tussen de werkgevers- en de werknemersorganisaties, onder leiding van de regering?" Echter, ondanks de vele kritiek werd het amendement verworpen met 13 tegen 2 stemmen en 2 onthoudingen.<sup>452</sup>

DE WASSEIGE, MOUREAUX en BONMARIAGE pleitten er eveneens voor om de bepaling "nieuwe energiebronnen voor zover zij van lokaal belang zijn [...]" te vervangen door "de zachte, nieuwe en niet-conventionele energiebronnen", omdat het volgens hen niet mogelijk was om de als nieuw beschouwde energiebronnen te onderscheiden naar gelang zij al dan niet van lokaal belang zijn. Bovendien kon niet worden uitgemaakt of zij een verlengde vormen van het industrieel onderzoek dat tot de gewestelijke bevoegdheid behoort. Men stelde dat de termen "technische ondeelbaarheid" en "economische ondeelbaarheid" te vaag waren en teveel interpretaties toelieten, met inbegrip van de meest beperkende voor de gewesten. Ze beklemtoonden daarbij dat "aangezien het hier gaat om wat aan de Staat wordt voorbehouden en ook de residuaire bevoegdheden aan de Staat blijven behoren, er niets over blijft voor de Gewesten"...<sup>453</sup> Ook in de Kamer was er kritiek te horen op de begrippen lokaal belang en industrieel onderzoek. De heer MORDANT stelde voor om de zinsnede "nieuwe energiebronnen voor zover zij van lokaal belang zijn of in het verlengde liggen van het industrieel onderzoek dat tot de plaatsgebonden bevoegdheid behoort" te vervangen door "de nieuwe zachte en niet-conventionele energiebronnen". De indiener vond immers dat met betrekking tot zo een belangrijk gebied, het niet normaal is dat de gewestelijke bevoegdheid beperkt wordt tot een plaatselijk belang, dat bovendien moeilijk te omschrijven is.<sup>454</sup> Het amendement werd echter niet aangenomen. In de Senaat werd eveneens kritiek geuit op het begrip "lokaal belang" en werd een amendement ingediend om de zinsnede te vervangen door "de energie verkregen met de wind, de zon en uit de exploitatie van de biologische massa". Men vroeg zich immers af hoe men kon bepalen of de nieuwe energiebronnen al dan niet van lokaal belang waren? Tot waar gaat het "lokaal" belang? Dezelfde vraag kan gesteld worden over het "verlengde van het industrieel onderzoek" dat tot de gewestelijke bevoegdheid behoort. Bevoegdheidsconflicten moesten volgens de indieners dan ook worden vermeden. Het amendement werd echter verworpen met 16 stemmen tegen 1.<sup>455</sup>

Een ander element van kritiek was de zinsnede "technische en economische ondeelbaarheid". In de Kamer werd een amendement ingediend waarbij werd gepleit om de uitdrukking "technische ondeelbaarheid" en "economische

<sup>452</sup> Ontwerp van bijzondere wet tot hervorming der instellingen, *Parl.St.* Senaat 1979-1980, nr. 434/2, 191 en 192.

<sup>453</sup> Ontwerp van bijzondere wet tot hervorming der instellingen, *Parl.St.* Senaat 1979-1980, nr. 434/29, 2.

<sup>454</sup> Ontwerp van bijzondere wet tot hervorming der instellingen, *Parl.St.* Kamer 1979-1980, nr. 627/6, 2.

<sup>455</sup> Ontwerp van bijzondere wet tot hervorming der instellingen, *Parl.St.* Senaat 1979-1980, nr. 434/2, 193.

ondeelbaarheid" te schrappen en te vervangen door "De Gewesten zijn echter niet bevoegd voor", dit omwille van het feit dat de begrippen te vaag zouden zijn en daarom aanleiding konden geven tot allerlei interpretaties die de bevoegdheid van de Gewesten ten onrechte konden beperken.<sup>456</sup> Ook dit argument werd van tafel geveegd.

Tenslotte was er nog bezwaar tegen "het rationele gebruik van de energie". Het is volgens DE WASSEIGE, MOUREAUX en BONMARIAGE eerder een doelstelling en geen aangelegenheid, aangezien het in de praktijk toepassing vindt door maatregelen zoals isolaties van woningen, beperking van de snelheid van auto's, premies voor investeringen enz. Indien alle maatregelen die daartoe bijdragen of kunnen bijdragen, uitsluitend aan de Staat voorbehouden zijn, worden aan de gewesten bepaalde aangelegenheden ontnomen die hun reeds zijn overgedragen (o.a. "de nieuwe energiebronnen").<sup>457</sup> De oorspronkelijke tekst bleef echter behouden.<sup>458</sup>

**158.** De restrictieve opsomming in de BWHI toonde bijgevolg een regeling die gekenmerkt werd door een verregaande beperking van de gewestelijke bevoegdheden.<sup>459</sup> De uitzonderingen op de gewestelijke bevoegdheden werden immers in zodanig open termen geformuleerd, dat de federale overheid de draagwijdte van de gewestelijke bevoegdheden mee kon bepalen. Zo waren alle aspecten die de federale overheid als technisch en economisch ondeelbaar kon verantwoorden, vatbaar voor federaal optreden.<sup>460</sup> Deze bevoegdheidsverdeling was bovendien niet altijd even duidelijk en kon dan ook aanleiding geven tot diverse uitvoerings- en interpretatieproblemen.

**159.** Een voorbeeld van de bevoegdheidsproblematiek inzake energie in die tijd, is het arrest nr. 54/1988 van het Grondwettelijk Hof,<sup>461</sup> betreffende het beroep tot gedeeltelijke vernietiging van het decreet van het Waalse Gewest van 11 september 1985 tot organisatie van de waardering van de weerslagen op het leefmilieu in het Waalse Gewest. Het decreet schreef namelijk voor dat "die bepalingen van toepassing zijn op de in punt 2 (gedeeltelijk) en 3 van Bijlage I bedoelde installaties", waarbij 2 "kerncentrales en andere kernreactoren" waren en 3 "installaties die uitsluitend dienen voor het permanent opslaan of het definitief opruimen van radioactieve afvalstoffen" betroffen.<sup>462</sup> Reeds bij de bespreking in de Kamer van Volksvertegenwoordigers van het ontwerp van bijzondere wet tot hervorming der instellingen antwoordde de minister op de vraag van een lid van de Kamer, dat wou weten of de problemen van leefmilieu, met name wat de radioactieve afvalstoffen betreft, tot de regionale

---

<sup>456</sup> Ontwerp van bijzondere wet tot hervorming der instellingen, *Parl.St.* Kamer 1979-1980, nr. 627/6, 2.

<sup>457</sup> Ontwerp van bijzondere wet tot hervorming der instellingen, *Parl.St.* Senaat 1979-1980, nr. 434/29, 2.

<sup>458</sup> Ontwerp van bijzondere wet tot hervorming der instellingen, *Parl.St.* Senaat 1979-1980, nr. 434/2, 194.

<sup>459</sup> Ontwerp van decreet houdende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, *Parl.St.* VI.Parl. 1999-2000, nr. 285/1, 3.

<sup>460</sup> Ontwerp van decreet houdende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, *Parl.St.* VI.Parl. 1999-2000, nr. 285/1, 4.

<sup>461</sup> GwH 24 mei 1988, nr. 54/1988.

<sup>462</sup> Overweging 6.A.1.

bevoegdheden behoorden. De minister stelde dat deze aangelegenheid wel degelijk tot de *nationale* bevoegdheid behoorde.<sup>463</sup> Volgens het Grondwettelijk Hof bevat de "kernbrandstof cyclus" alle bewerkingen vanaf de extractie van het uraniumerts tot de definitieve opruiming van radioactieve afvalstoffen. Daarom moest men er volgens het Hof van uitgaan dat de punten 2 en 3 van bijlage I van het decreet van 11 september 1985 aangelegenheden zijn waarvan de technische en economische ondeelbaarheid de in artikel 6, § 1, VII, in fine, van de bijzondere wet omschreven bevoegdheid van de *Staat* impliceert.<sup>464</sup> Het Hof vernietigde dan ook de toepasselijke bepalingen in de bijlage I van het decreet.

## 2. Situatie vanaf de derde staatshervorming (1988): uitdrukkelijke gewestelijke bevoegdheden en uitdrukkelijke federale uitzonderingen?

### 2.1. Algemeen

**160.** De Bijzondere Wet van 8 augustus 1988 wijzigde artikel 6, § 1, VII BWHI,<sup>465</sup> in die zin dat de bevoegdheden van de gewesten aanzienlijk werden uitgebreid. De gewesten werden bevoegd voor de gewestelijke aspecten van energie, en in ieder geval:

- a. De distributie en het plaatselijk vervoer van elektriciteit door middel van netten waarvan de nominale spanning lager is dan of gelijk aan **70.000 volt**;
- b. De openbare gasdistributie;
- c. De aanwending van mijngas en van gas afkomstig van hoogovens;
- d. De netten van warmtevoorziening op afstand;
- e. De valorisatie van steenbergen;
- f. De **nieuwe energiebronnen**, met uitzondering van deze die verband houden met de kernenergie;
- g. De terugwinning van energie door de nijverheid en andere gebruikers;
- h. Het **rationeel energiegebruik**.

De federale overheid bleef echter bevoegd voor de aangelegenheden die wegens hun technische en economische ondeelbaarheid nood hebben aan een gelijke behandeling op het nationaal vlak, **te weten**:

- a. Het nationaal uitrustingsprogramma in de elektriciteitssector;
- b. De kernbrandstofcyclus;
- c. De grote infrastructuren voor de stockering; het vervoer en de productie van energie;
- d. De tarieven.

**161.** De grootste verandering deed zich bijgevolg voor, voor wat de bevoegdheden van het federale niveau betrof. De opsomming van de gewestelijke aspecten die wegens hun technische en economische ondeelbaarheid tot de federale bevoegdheid behoren werd nu limitatief en uitdrukkelijk ("te weten" i.p.v. "en in ieder geval voor"). Dit had tot gevolg dat

<sup>463</sup> Ontwerp van bijzondere wet tot hervorming der instellingen, *Parl.St.* Kamer 1979-1980, nr. 627/10, 74.

<sup>464</sup> Overweging 6.B.6.

<sup>465</sup> Wet 8 augustus 1988 tot wijziging van de bijzondere wet tot hervorming der instellingen, *BS* 13 augustus 1988.



de federale overheid bevoegd was voor (1) de niet-gewestelijke aspecten van het energiebeleid (nationale energiebeleid)<sup>466</sup> en (2) de uitdrukkelijk opgesomde gewestelijke aspecten die wegens hun technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling op nationaal vlak behoeven.<sup>467</sup> Het begrip "aangelegenheden waarvan de technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling op het nationaal vlak behoeven" heeft bijgevolg een andere juridische draagwijdte gekregen.<sup>468</sup> Daar waar de federale overheid aanvankelijk (BWHI 1980) via dit begrip kon optreden in nagenoeg elk gewestelijk aspect, kan men nu (BWHI 1988) enkel nog de gewestelijke aspecten regelen van de uitdrukkelijk en limitatief opgesomde gevallen. Door deze wijziging verkregen de gewesten een algemene bevoegdheidsomschrijving en werden de federale bevoegdheden beperkt. Federaal ingrijpen in gewestelijke aangelegenheden was voortaan enkel nog mogelijk wanneer het kaderde in één van de vier voorbehouden bevoegdheidsdomeinen die als technisch en economisch ondeelbaar werden bestempeld. Het begrip "aangelegenheden waarvan de technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling op nationaal vlak behoeven" had bijgevolg geen autonome bevoegdheidsverdelende functie meer, maar werd gezien als een wijze waarop de federale bevoegdheden geïnterpreteerd moeten worden.<sup>469</sup> Het federale niveau bleef uiteraard wel nog bevoegd voor de niet-gewestelijke aspecten, zijnde het nationale energiebeleid.

**162.** De interpretatie van de diverse bevoegdheden is belangrijk in het kader van de afbakening van de bevoegdheden tussen de gewesten en de nationale overheid. Vandaar dat in onderstaand deel kort wordt ingegaan op deze bevoegdheden en de interpretatie ervan.

## 2.2. Federale bevoegdheden

### 2.2.1. *Het nationaal uitrustingsprogramma in de elektriciteitssector*

**163.** In de parlementaire voorbereiding is geen duidelijke omschrijving terug te vinden van het "nationaal uitrustingsprogramma". Dit komt omdat het nationaal uitrustingsprogramma in de elektriciteitssector zijn wettelijke basis vond in de wet van 8 augustus 1980 betreffende de budgettaire voorstellen 1979-1980.<sup>470</sup> Artikel 173, § 1, eerste lid stelde dat het programma de uitrusting van de middelen voor de productie en het groot vervoer van

<sup>466</sup> Ontwerp van wet tot wijziging van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, *Parl.St.* Senaat BZ 1988, nr. 405/2, 111.

<sup>467</sup> Ontwerp van wet tot wijziging van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, *Parl.St.* Senaat BZ 1988, nr. 405/2, 111.

<sup>468</sup> L. DERIDDER, *De verdeling van elektriciteit en aardgas in België. Een nieuw wetgevend kader - een nieuwe rol voor de overheid?*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 2002, 111; L. DERIDDER, "Het Energiebeleid" in G. VAN HAEGENDOREN en B. SEUTIN (eds.), *De bevoegdheidsverdeling in het federale België*, Brugge, die Keure, 2000, (1) 45; L. DERIDDER, *Handboek gas- en elektriciteitsliberalisering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 127-201.

<sup>469</sup> Ontwerp van decreet houdende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, *Parl.St.* VI.Parl. 1999-2000, nr. 285/1, 5.

<sup>470</sup> Wet 8 augustus 1980 betreffende de budgettaire voorstellen 1979-1980, *BS* 15 augustus 1980, 9463.

elektrische energie bepaalde. Het nationaal uitrustingsprogramma in de elektriciteitssector beoogde, via een investeringsprogramma dat de betrekkingen tussen de verschillende productiefactoren regelde, de behoeften inzake elektrische energie en de middelen die moesten worden aangewend om in die behoeften te voorzien, te bepalen.<sup>471</sup> Artikel 173, § 1, van de wet van 8 augustus 1980 is echter opgeheven door artikel 35 van de Elektriciteitswet. Artikel 3, § 1, van de Elektriciteitswet verving het nationaal uitrustingsprogramma door "een indicatief programma van de productiemiddelen".<sup>472</sup> Huidig artikel 3, § 1, van de Elektriciteitswet spreekt echter ondertussen van een "prospectieve studie",<sup>473</sup> gedefinieerd als de studie over de perspectieven van elektriciteitsbevoorrading.<sup>474</sup>

### 2.2.2. De kernbrandstofcyclus

**164.** De bevoegdheid inzake de kernbrandstofcyclus behoort uitdrukkelijk toe aan het federale niveau. Bovendien beklemtoont de bijzondere wet van 8 augustus 1988 dat de gewesten bevoegd zijn voor de nieuwe energiebronnen, *met uitzondering van deze die verband houden met de kernenergie*. Een link kan hierbij gemaakt worden met de bevoegdheden inzake leefmilieu.<sup>475</sup> In het arrest nr. 57/95 van 12 juli 1995 van het Grondwettelijk Hof wordt immers duiding gegeven bij de draagwijdte van de bevoegdheid inzake kernenergie. Het arrest heeft betrekking op de ordonnantie van 29 augustus 1991 houdende de organisatie van de planning en de stedenbouw. De ordonnantie vereist dat de projecten, die vermeld zijn in een bijlage,<sup>476</sup> aan een effectenstudie worden onderworpen wanneer zij betrekking hebben o.a. op bepaalde nucleaire installaties of inrichtingen voor opslag of verwijdering van radioactief afval. Stedenbouw en de ruimtelijke ordening zijn gewestaangelegenheden. De gewesten kunnen aldus die vergunningen aan een voorafgaande milieu-effectenstudie onderwerpen, beperkt tot de doelstelling van de stedenbouw en de ruimtelijke ordening. Het gewest mag volgens het Grondwettelijk Hof evenwel de stedenbouw en ruimtelijke ordening niet op een zodanige wijze

<sup>471</sup> GwH 12 juli 1995, nr. 57/95, overweging B.12.2.

<sup>472</sup> Art. 3 § 1 - "De commissie stelt een indicatief programma van de productiemiddelen voor elektriciteit vast in samenwerking met de Administratie voor Energie van het federaal Ministerie van Economische Zaken en na raadpleging van de netbeheerder, het federaal Planbureau, het controlecomité, de Interdepartementale commissie voor de duurzame ontwikkeling en de gewestregeringen. Het indicatief programma is onderworpen aan de goedkeuring van de minister. Het indicatief programma is een tienjarenprogramma; het wordt om de drie jaar aangepast voor de volgende tien jaar, overeenkomstig de procedure bepaald in het eerste lid. Het wordt voor de eerste maal opgesteld binnen vierentwintig maanden vanaf de inwerkingtreding van dit artikel" [versie 28 februari 2003].

<sup>473</sup> Art. 3, § 1 - De prospectieve studie wordt opgesteld door de Algemene Directie Energie in samenwerking met het Federaal Planbureau en in overleg met de commissie. De netbeheerder en de Nationale Bank van België worden geraadpleegd. De Algemene Directie Energie kan de representatieve spelers van de elektriciteitsmarkt raadplegen. Het ontwerp van prospectieve studie wordt voor advies voorgelegd aan de Interdepartementale Commissie Duurzame Ontwikkeling en aan de Centrale Raad voor het Bedrijfsleven. De adviezen worden bezorgd binnen de zestig dagen na het verzoek om advies. Bij gebrek aan advies wordt de procedure inzake de uitwerking van de prospectieve studie voortgezet. De prospectieve studie strekt zich uit over minstens tien jaar. Ze wordt om de vier jaar na de publicatie van de vorige studie aangepast [...]. [versie oktober 2014].

<sup>474</sup> Art. 2, 21° van de Elektriciteitswet.

<sup>475</sup> Huidig artikel 6, § 1, II, tweede lid, 2° BWHI: "De federale overheid is echter bevoegd voor ... de bescherming tegen ioniserende stralingen, met inbegrip van het radioactief afval".

<sup>476</sup> Bijlage A van de ordonnantie van 23 november 1993 tot wijziging van de ordonnantie van 30 juli 1992 betreffende de voorafgaande effectenbeoordeling van bepaalde projecten in het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest.

opvatten dat het voor de Staat niet mogelijk zou zijn om een doeltreffend beleid te voeren in de aangelegenheden die tot zijn bevoegdheid behoren.<sup>477</sup>

Krachtens de BWHI is de bescherming van het leefmilieu een gewestelijke aangelegenheid. Evenwel is de bescherming tegen ioniserende stralingen van de gewestbevoegdheid uitgezonderd krachtens artikel 6, § 1, II, tweede lid, 2<sup>o</sup>, van vermelde bijzondere wet. Die wetsbepaling sluit uit dat de gewesten, met een doelstelling van bescherming van het leefmilieu, in hun regelgeving omtrent stedenbouw en ruimtelijke ordening, voorschriften opnemen en verplichtingen opleggen met betrekking tot de bescherming tegen ioniserende stralingen, die tot de enkele bevoegdheid van de federale overheid behoort.<sup>478</sup>

### 2.2.3. *De grote infrastructuren voor de stockering; het vervoer en de productie van energie*

**165.** De bevoegdheid van de federale overheid strekt zich eveneens uit tot de grote infrastructuren voor de *stockering* van energie. Hiermee worden o.a. de Liquefied Natural Gas (LNG) terminal (Zeebrugge), de ondergrondse stockage-infrastructuur (Loenhout, Anderlues,...) en de opslaginfrastructuur voor petroleum bedoeld.<sup>479</sup> Het betrof bijgevolg de grote opslaginstallaties voor aardgas en aardolie.<sup>480</sup>

**166.** Met het *vervoer* van energie (transmissie) worden bv. de hoogspanningslijnen van 150, 220 en 380 kV, de pijpleiding voor vervoer van petroleum en het transportnet van het aardgasnetwerk geïnviseerd.<sup>481</sup>

**167.** De *productie* van energie is een materie die wegens haar technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling vereist op nationaal vlak.<sup>482</sup> In de parlementaire voorbereiding bij de wet van 8 augustus 1988 blijft men echter vrij vaag wanneer men de term "productie van energie" tracht toe te lichten als "hiermee worden onder meer de raffinaderijen en de elektriciteitscentrales bedoeld".<sup>483</sup> Het moet daarbij wel gaan om de productie van energie die een nationale relevantie heeft.<sup>484</sup> De vraag is echter hoe de bevoegdheden van de gewesten inzake "de nieuwe energiebronnen" zich verhouden tot de "productie van energie". Wanneer de gewesten immers onbevoegd zouden zijn voor iedere vorm van energieopwekking kan de vraag gesteld worden naar het nut van een bevoegdheid inzake nieuwe

<sup>477</sup> GwH 12 juli 1995, nr. 57/95, overweging B.6.

<sup>478</sup> GwH 12 juli 1995, nr. 57/95, overweging B.6.

<sup>479</sup> Wetsontwerp tot wijziging van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, *Parl.St. Kamer* 1987-1988, nr. 516/6, 144.

<sup>480</sup> L. DERIDDER, "Het Energiebeleid" in G. VAN HAEGENDOREN en B. SEUTIN (eds.), *De bevoegdheidsverdeling in het federale België*, Brugge, die Keure, 2000, (1) 48.

<sup>481</sup> *Parl.St. Kamer* 1987-1988, nr. 516/6, 145.

<sup>482</sup> K. DEKETELAERE, K. DE COCK, L. DERIDDER en G. VERHOESEL, *Handboek energierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 15.

<sup>483</sup> *Parl.St. Kamer* 1987-1988, nr. 516/6, 145.

<sup>484</sup> K. DEKETELAERE, K. DE COCK, L. DERIDDER en G. VERHOESEL, *Handboek energierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 15.

energiebronnen. Van een nieuwe energiebron kan er immers enkel sprake zijn indien die bron energie opwekt (produceert). Ook maatregelen met betrekking tot het rationeel energiegebruik en de terugwinning van energie kunnen betrekking hebben op de productie van energie. Wanneer men bepaalde productieprocessen gaat wijzigen of stimuleren om energie terug te winnen, wordt ook hier energie opgewekt.<sup>485</sup> Het begrip "productie van energie" laat geen werkbare, zelfstandige interpretatie toe die kan gebruikt worden om bevoegdheden af te lijnen, waardoor de term productie dus een meer precieze inhoud moet krijgen dan het louter opwekken van energie.<sup>486</sup> De memorie van toelichting stelt echter enkel: "inzake de in dezelfde *littera c* bedoelde productie zijn *niet* begrepen, de nieuwe energiebronnen, met uitzondering van deze die verband houden met de kernenergie, voor zover tenminste de technische en economische ondeelbaarheid niet in het gedrang komt".<sup>487</sup>

Uit het arrest nr. 57/95 van het Grondwettelijk Hof bleek dat de federale ministerraad de productie van energie interpreteert als de productie van energie als *hoofddoel*, door de elektriciteitscentrale, ongeacht het warmtevermogen en het soort energie waarvan zij gebruik maken.<sup>488</sup> De installaties en de ondernemingen die de energieproductie tot doel hebben vallen in die visie bijgevolg onder de bevoegdheid van de Staat, de installaties of ondernemingen die een ander doel hebben en slechts op een accessoire manier energie produceren, niet. Het Grondwettelijk Hof stelt dat "de parlementaire voorbereiding van het voormelde artikel 6, § 1, VII, tweede lid, c, ervan doet blijken dat de bijzondere wetgever dat bevoegdheidsvoorbehoud heeft gemaakt om de federale Staat ertoe in staat te stellen hetzij te blijven deelnemen aan het beheer van de ondernemingen en instellingen welke in de betrokken sectoren actief zijn, hetzij toezicht te blijven uitoefenen op de productie, de opslag en het transport van energie en hierbij op te treden in het belang van 's lands energiebevoorrading".<sup>489</sup> De residuaire bevoegdheid in deze materie blijft dan ook behoren tot de nationale overheid.

#### 2.2.4. De tarieven

**168.** Ook na 1988 bleef de federale overheid als enige bevoegd voor het vastleggen van de energietarieven. Dit impliceerde dat alleen de federale overheid bevoegd was voor het uitwerken van specifieke tariefregels of concrete

---

<sup>485</sup> L. DERIDDER, *De verdeling van elektriciteit en aardgas in België. Een nieuw wetgevend kader - een nieuwe rol voor de overheid?*, onuitg. doctoraatssthesis Rechten KU Leuven, 2002, 116.

<sup>486</sup> L. DERIDDER, *De verdeling van elektriciteit en aardgas in België. Een nieuw wetgevend kader - een nieuwe rol voor de overheid?*, onuitg. doctoraatssthesis Rechten KU Leuven, 2002, 116.

<sup>487</sup> *Parl.St.* Kamer 1987-1988, nr. 516/1, 12.

<sup>488</sup> GwH 12 juli 1995, nr. 57/95, A.1.2: "Naar luid van artikel 6, § 1, VII, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 vallen de installaties en ondernemingen die de energieproductie tot doel hebben, onder de bevoegdheid van de Staat, echter niet de installaties of ondernemingen die een ander doel hebben en die, om dat te verwezenlijken, op accessoire manier energie produceren. De elektriciteitscentrales vallen dus, ongeacht hun warmtevermogen en het soort energie waarvan zij gebruik maken, onder de bevoegdheid van de federale wetgever aangezien hun hoofddoel de productie van energie is".

<sup>489</sup> Overweging B.14.2.

prijzen.<sup>490</sup> De gewesten konden bijgevolg niet op een rechtstreekse manier tariefmaatregelen inzake energie nemen.<sup>491</sup> Een arrest met betrekking tot de bevoegdheidsverdeling inzake tarieven is het arrest nr. 154/2013 van het Grondwettelijk Hof.<sup>492</sup> Daarin stelt het Grondwettelijk Hof dat de bijzondere wetgever het energiebeleid heeft opgevat als een gedeelde exclusieve bevoegdheid, waarbij het bepalen van de tarieven tot de bevoegdheid van de federale wetgever is blijven behoren. Onder tarieven dienen te worden begrepen zowel de "tarieven voor levering aan de gewone consument" als die "voor industriële levering van gas en elektriciteit".<sup>493</sup> Het Grondwettelijk Hof stelt dat de regeling in het Energiedecreet van 8 mei 2009, waarin wordt bepaald dat de leveranciers maximaal de door hen daadwerkelijk gemaakte kosten aan de eindgebruiker mag doorrekenen, ingrijpt in de tariefstructuur.<sup>494</sup> De tarieven behoorden toe aan de federale overheid. Het Hof stelt bovendien dat de weerslag van de Vlaamse maatregel bovendien niet marginaal is.<sup>495</sup> De bepalingen worden vernietigd.<sup>496</sup> De tariefbevoegdheid zal verder nog aan bod komen (*infra* nr. 186 e.v.).

### 2.3. De gewestelijke bevoegdheden

**169.** De gewesten zijn sinds de wijziging aan de BWHI in 1988 in algemene termen bevoegd voor de gewestelijke aspecten van het energiebeleid. Hoewel de gewestelijke bevoegdheden open geformuleerd zijn, worden toch een aantal bevoegdheden uitdrukkelijk voorbehouden voor de gewestelijke regelgever. Deze opsomming zorgt echter niet altijd voor duidelijkheid inzake de bevoegdheidsverdeling.

#### 2.3.1. *De distributie en het plaatselijk vervoer van elektriciteit door middel van netten waarvan de nominale spanning lager is dan of gelijk aan 70.000 volt*

**170.** In tegenstelling tot de BWHI van 1980, bepaalt de wet van 1988 dat de bevoegdheidsverdeling nu wordt gebaseerd op de spanningsgrens van 70.000 volt in plaats van 30.000 volt. Dit maakt dat de federale overheid bevoegd is

---

<sup>490</sup> K. DEKETELAERE, K. DE COCK, L. DERIDDER en G. VERHOUSEL, *Handboek energierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 17.

<sup>491</sup> L. DERIDDER, *De verdeling van elektriciteit en aardgas in België. Een nieuw wetgevend kader - een nieuwe rol voor de overheid?*, onuitg. doctoraats thesis Rechten KU Leuven, 2002, 119.

<sup>492</sup> GwH 13 november 2013, nr. 154/2013.

<sup>493</sup> *Parl.St.* Kamer 1988, nr. 516/6, 145.

<sup>494</sup> GwH 13 november 2013, nr. 154/2013, overw. B.6.3.

<sup>495</sup> GwH 13 november 2013, nr. 154/2013, overw. B.7.3; zie ook T. VERMEIR, "Het Energiebeleid" in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *De bevoegdheden van de gewesten*, Brugge, die Keure, 2016, 260. VERMEIR merkt op "dat het onduidelijk is of het Grondwettelijk Hof tot dezelfde conclusie zou zijn gekomen indien de federale regeling niet zou bestaan hebben. Het Vlaamse Gewest had kunnen verwijzen naar de vaste rechtspraak (o.a. GwH 25 januari 2012, nr. 10/2012, overw. B.3.) van het Hof, die inhoudt dat hoewel de federale overheid bevoegd is voor het prijs- en inkomensbeleid, dit niet impliceert dat de gemeenschappen en de gewesten wordt ontzegd wat betreft de tarieven van de diensten die onder hun bevoegdheid vallen".

<sup>496</sup> "Vernietiging van de artikelen 13 en 15, 2<sup>o</sup>, van het decreet van het Vlaams Gewest van 13 juli 2012 houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de milieuvriendelijke energieproductie".

voor het (niet plaatselijke) vervoer boven 70.000 volt.<sup>497</sup> Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat een lid van de parlementaire commissie had gevraagd of er uitzonderingen bestonden op het aan de gewesten toegewezen plaatselijk vervoer van elektriciteit tot 70.000 volt. De minister antwoordde dat de tekst van de wet duidelijk was en niet in uitzonderingen voorzag.<sup>498</sup> Volgens DERIDDER houdt dit in dat de nadruk op het spanningsniveau van de leiding komt te liggen, waardoor de bijzondere wetgever aangeeft dat de 70kV-grens als een demarcatie criterium moet worden beschouwd.<sup>499</sup> Om de bevoegde overheid inzake elektriciteit te bepalen moet men bijgevolg met de nominale spanning van het net rekening houden. Het moet echter vermeld worden dat de juridische grens niet optimaal overeenkomt met de technische realiteit inzake spanningsniveaus,<sup>500</sup> waardoor *de facto* bepaalde ondernemingen of netbeheerders met diverse overheden te maken hebben en onder diverse regels vallen.

### 2.3.2. De openbare gasdistributie

**171.** De openbare gasdistributie wordt in de parlementaire voorbereiding bij de wet van 8 augustus 1988 gedefinieerd als “de werkzaamheid die tot doel heeft gas door middel van leidingen, te leveren aan verbruikers gevestigd op het grondgebied van een bepaalde gemeente of op het grondgebied van verschillende aan elkaar palende gemeenten die met het oog op de levering van gas onderling een overeenkomst hebben gesloten, met uitzondering van de gasleveringen waarvoor houders van een vergunning of van een toelating voor gasvervoer, [...] toelating hebben”.<sup>501</sup> Het federale niveau was dus bevoegd inzake het *vervoer* en de *grote infrastructures* voor de *stockering* van gas. Er is echter in de BWHI geen onderscheidscriterium aanwezig zoals bij elektriciteit (70.000 volt), waardoor de bevoegdheidsverdeling inzake aardgas voor onduidelijkheden zorgde.

De parlementaire voorbereiding zou hierbij antwoorden moeten bieden. In vergelijking met de versie van de BWHI in 1980 valt op dat de verwijzing naar artikel 1 van de wet van 12 april 1965 (Gaswet) in de BWHI van 1988 verdwenen is en plaats heeft gemaakt voor de algemene term “openbare gasdistributie”.<sup>502</sup> De parlementaire voorbereiding van de bijzondere wet van 8 augustus 1988 leert ons echter dat men de bevoegdheidsverdeling nog steeds

---

<sup>497</sup> De problematiek van de gesloten distributienetten zal hier niet worden besproken aangezien dit valt buiten het kader van dit onderzoek.

<sup>498</sup> *Parl.St.* Kamer 1987-1988, nr. 516/6, 144.

<sup>499</sup> L. DERIDDER, *De verdeling van elektriciteit en aardgas in België. Een nieuw wetgevend kader - een nieuwe rol voor de overheid?*, onuitg. doctoraats thesis Rechten KU Leuven, 2002, 122.

<sup>500</sup> Advies ADV-2008-4 van de Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt (VREG) van 29 april 2008 met betrekking tot het voorstel tot wijziging van de bijzondere wet tot hervorming van de instellingen op het vlak van de energiebevoegdheden, [www.vreg.be](http://www.vreg.be), 5.

<sup>501</sup> *Parl.St.* Kamer 1987-1988, nr. 516/6, 144.

<sup>502</sup> T. VERMEIR, “Het Energiebeleid” in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *De bevoegdheden van de gewesten*, Brugge, die Keure, 2016, 249.

moet bepalen in het licht van artikel 1 van de Gaswet.<sup>503</sup> Het vervoer van gasproducten bleef behoren tot de nationale bevoegdheid.<sup>504</sup> Artikel 1, b) van de Gaswet definieerde gasdistributie als "de werkzaamheid die tot doel heeft gas, door middel van leidingen, te leveren aan verbruikers gevestigd op het grondgebied van een bepaalde gemeente of op het grondgebied van verschillende aan elkaar palende gemeenten die met het oog op de levering van gas onderling een overeenkomst hebben gesloten, met uitzondering van de gasleveringen waarvoor houders van een vergunning of van een toelating voor gasvervoer, krachtens deze wet toelating hebben". Dit is bijgevolg dezelfde definitie als in de parlementaire voorbereiding bij de bijzondere wet van 8 augustus 1988. De BWHI in 1988 blijft dus gewoon uitgaan van een bevoegdheidsverdeling gebaseerd op artikel 1 van de Gaswet. Gasvervoer werd door artikel 1, c) van de Gaswet gedefinieerd als "de werkzaamheid die tot doel heeft gas, door middel van leidingen die geen deel uitmaken van het distributienet van een plaats naar een andere over te brengen en, in voorkomend geval, te leveren aan de in artikel 2 opgesomde gevallen". Artikel 2 van de Gaswet stelde dat "het gasvervoer aan de voorschriften van deze wet werd onderworpen, als het plaats had:

1° ter bevoorrading van een distributiedienst;

2° voor een der hierna vermelde doeleinden:

- a. ter bevoorrading van verbruikers wier gasafname aan iedere leveringsaansluiting, op een bestendige wijze, een minimum bereikt van achtduizend gigacalorieën per jaar (calorische bovenwaarde);
- b. vervoer zonder verdeling noch verkoop op het grondgebied van België;
- c. naar een onderneming met het oog op haar bevoorrading in gas waarvan de chemische samenstelling of de fysische eigenschappen verschillen van die van het gas dat door de plaatselijke of gewestelijke distributiedienst wordt geleverd;
- d. ter bevoorrading van een verbruiker waaraan de plaatselijke of gewestelijke distributiedienst geen voldoende gas levert [...];
- e. [...];"

**172.** Hoewel artikel 2 geen duidelijke bevoegdheidsafbakening toeliet, poogde de federale regelgever toch om via het artikel zijn bevoegdheden uit te breiden (of uitgebreid te interpreteren) en daardoor de bevoegdheden van de gewesten te beknootten.<sup>505</sup> De federale overheid trachtte op die manier de bevoegdheidsverdeling tussen de federale overheid en de gewesten te bepalen...<sup>506</sup>

Lange tijd bleef de bevoegdheidsverdeling dan ook gekenmerkt door grote onduidelijkheid. De wet van 8 januari 2012 veranderde de definitie van vervoer

---

<sup>503</sup> *Parl.St.* Kamer 1987-1988, nr. 516/1, 12; "onder de in de nieuwe *littera* b, van hetzelfde artikel, bedoelde openbare gasdistributie dient de openbare gasdistributie zoals bepaald in artikel 1 van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasproducten, te worden verstaan".

<sup>504</sup> *Parl.St.* Kamer 1987-1988, nr. 516/6, 144.

<sup>505</sup> K. DEKETELAERE, K. DE COCK, L. DERIDDER en G. VERHOESEL, *Handboek energierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 21; L. DERIDDER, *De verdeling van elektriciteit en aardgas in België. Een nieuw wetgevend kader - een nieuwe rol voor de overheid?*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 2002, 131.

<sup>506</sup> Zie o.a. L. DERIDDER, "Het Energiebeleid" in G. VAN HAEGENDOREN en B. SEUTIN (eds.), *De bevoegdheidsverdeling in het federale België*, Brugge, die Keure, 2000, (1) 61.

echter in "het vervoer van aardgas alsook van biogas en gas voortkomend uit biomassa en andere types van gas in de zin van de bepalingen van artikel 2, § 4, door een net dat vooral bestaat uit hogedruk-pijpleidingen, anders dan een upstreampijpleidingnet en dan het gedeelte van hogedrukpijpleidingen dat in de eerste plaats voor lokale aardgasdistributie wordt gebruikt, met het oog op de beleving van afnemers, de levering zelf niet inbegrepen".<sup>507</sup> De definitie van *gasdistributie* bleef grotendeels gelijk als "de werkzaamheid die erin bestaat gas via plaatselijke pijpleidingnetten te leveren aan afnemers gevestigd op het grondgebied van één of meer bepaalde gemeenten, de levering zelf niet inbegrepen". Het onderscheid inzake bevoegdheden wordt echter bemoeilijkt door de koppeling in de parlementaire voorbereiding aan de Gaswet, daar de Gaswet hoofdzakelijk de liberalisering tot doel had en niet de bevoegdheidsverdeling. Artikel 2 van de Gaswet diende er namelijk voor te zorgen dat er eveneens leveringen konden gebeuren op het vervoersnet, waardoor op die manier de concurrentie werd bevorderd tussen het distributienet en het vervoersnet. Dit zorgde echter voor een niet zo eenvoudige verdeling inzake bevoegdheden. Moet de evolutie inzake bevoegdheden de Gaswet volgen?

**173.** Het Grondwettelijk Hof deed op 9 juli 2013 uitspraak inzake de problematiek van de gesloten gastransmissienetten.<sup>508</sup> Het Hof stelde daarbij dat het bedienen van eindafnemers (de leveringsactiviteit), ongeacht door welk net, niet onder de vervoersactiviteit (federale bevoegdheid) valt, maar onder de openbare gasdistributie.<sup>509</sup> De federale wetgever is bijgevolg niet bevoegd inzake de gesloten gastransmissienetten (of ook "gesloten industriële gasnetten").<sup>510</sup>

Het Hof leek hierbij te overwegen dat *slechts vervoer van gas zonder levering* - in tegenstelling tot de bediening van/levering aan eindafnemers van gas, of de openbare gasdistributie - tot de federale bevoegdheid behoorde.<sup>511</sup> In dit kader stelde het Hof eveneens dat de uitoefening van elke distributieactiviteit, ongeacht door welk net, onverkort onder de exclusieve bevoegdheid van de gewesten valt.<sup>512</sup> Het Hof maakte bijgevolg een onderscheid tussen 'vervoer' en

<sup>507</sup> Wet 8 januari 2012 wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, BS 11 januari 2012.

<sup>508</sup> GwH 9 juli 2013, nr. 98/2013.

<sup>509</sup> GwH 9 juli 2013, nr. 98/2013, overweging B.11.3.

<sup>510</sup> D. VERHOEVEN, "Recente ontwikkelingen in het federaal energierecht. Een mix van bevoorradings-, investerings- en rechtszekerheid" in K. DEKETELAERE EN B. DELVAUX, *Jaarboek Energierecht 2013*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (43) 72.

<sup>511</sup> B. DELVAUX en W. GELDHOF, "Openbare gasdistributie op een gesloten distributienet – het land van Magritte?" (noot onder GwH 9 juli 2013, nr. 98/2013), *MER* 2014, afl. 2, (140) 143.

<sup>512</sup> Overweging B.11.3. Deze zinsnede kan verregaande implicaties hebben. Zo werd in het Vlaams Parlement ook de vraag gesteld of door dit arrest de gehele leveringsactiviteit langs het vervoersnet (van Fluxys) nu onder gewestelijke bevoegdheid moest worden geplaatst (*Vr. en Antw.* VI. Parl. 2012-2013). De minister antwoordde dat: "de gevolgen van het arrest voor de distributieactiviteiten die door de aardgasvervoersnetbeheerder (Fluxys) worden uitgeoefend zijn minder eenduidig en moeten verder worden geanalyseerd. Indien het zo zou zijn dat het Vlaamse Gewest (mee) bevoegd zou [zijn] technische regels vast te stellen voor die onderdelen van het Fluxysnet die dienen voor de rechtstreekse levering aan eindafnemers zou dit nopen tot een wijziging van de relevante regelgeving (energiedecreet en -besluit,



'distributie', op basis van de activiteiten, en niet op basis van het betrokken net.<sup>513</sup> VERMEIR stelt dat dit betekent dat elke netactiviteit die erop gericht is om aardgas te leveren aan eindafnemers, dus ook langs het vervoersnet, exclusief onder de gewestelijke bevoegdheid valt.<sup>514</sup> De artikelen 1, c en 2 van de Gaswet lijken daarbij niet meer als doorslaggevend te worden gezien.<sup>515</sup>

Het Grondwettelijk Hof stelde echter eveneens dat aangenomen kan worden dat het "vervoer" van gas *de levering aan bepaalde eindafnemers niet uitsluit* en dat die *activiteit van het vervoersnet geen distributienet maakt*.<sup>516</sup> De vraag is echter hoe dit geïnterpreteerd moet worden en wie er dan bevoegd is. DELVAUX en GELDHOF stellen dat de leveringsactiviteiten via het aardgasvervoersnet niet gekwalificeerd kunnen worden als "openbare gasdistributie", onder gewestelijke bevoegdheden. De leveringsactiviteiten via het vervoersnet zijn m.a.w. een federale bevoegdheid. Zij baseren zich daarbij op de tweede zinsnede bij de parlementaire voorbereiding bij de wet van 8 augustus 1988 (openbare gasdistributie is "de werkzaamheid die tot doel heeft gas door middel van leidingen, te leveren aan verbruikers [...] **met uitzondering** van de **gasleveringen** waarvoor [...] een toelating voor **gasvervoer** [...]"). Bij de definitie van openbare gasdistributie worden "de gasleveringen waarvoor houders van een vergunning of van een toelating voor gasvervoer, [...] toelating hebben" immers uitgesloten. De bijzondere wetgever lijkt daarmee inderdaad bepaalde grote gasleveringen uit de gewestelijke openbare gasdistributieactiviteit te hebben willen sluiten, waarvoor het federale niveau bevoegd blijft.<sup>517</sup>

Het Grondwettelijk Hof lijkt de klemtoon van de bevoegdheidsverdeling echter anders te interpreteren en baseert zich op de eerste zinsnede van de parlementaire voorbereiding (de openbare gasdistributie is "de werkzaamheid die tot doel heeft gas door middel van leidingen, te **leveren** aan verbruikers"). Het Grondwettelijk Hof baseert de huidige bevoegdheidsverdeling eerder op het criterium van de *activiteit* en niet op basis van het net; waardoor het Hof het leveren aan bepaalde eindafnemers via het vervoernet, onder de bevoegdheid van de gewesten plaatst, aangezien het niet gaat om louter vervoer zonder

---

technisch reglement). In ieder geval moet duidelijk worden bepaald in welke gevallen de gewestelijke dan wel federale overheid (of *regulator*) bevoegd is".

<sup>513</sup> Zie ook D. VERHOEVEN, "Recente ontwikkelingen in het federaal energierecht" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2013*, Antwerpen, Intersentia, (43) 68.

<sup>514</sup> Zie ook T. VERMEIR, "Berg baart belegen borrelnootjes. De intern-Belgische bevoegdheidsverdeling inzake energie na de zesde staatshervorming" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2013*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (139) 141.

<sup>515</sup> T. VERMEIR, "Het Energiebeleid" in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *De bevoegdheden van de gewesten*, Brugge, die Keure, 2016, 254.

<sup>516</sup> Overweging B.11.3.

<sup>517</sup> B. DELVAUX en W. GELDHOF, "Openbare gasdistributie op een gesloten distributienet – het land van Magritte?" (noot onder GwH 9 juli 2013, nr. 98/2013), *MER* 2014, afl. 2, (140) 144.

levering, ook al blijft het om een vervoersnet gaan en niet om een distributienet.<sup>518</sup>

VERMEIR stelt dat dit echter niet wil zeggen dat de federale overheid enkel nog maar bevoegd zou zijn voor die activiteiten (van Fluxys) via het vervoersnet die er niet op gericht zijn om de levering aan eindafnemers te faciliteren, maar wel dat de federale overheid zich minstens moet onthouden van het regelen van leveringsactiviteiten (distributie) via het vervoersnet. De distributienetten en de gesloten distributienetten, die enkel bestemd zijn om de levering aan eindafnemers mogelijk te maken, zijn zowel wat de netactiviteit, als wat de leveringsactiviteit betreft, een exclusieve gewestelijke bevoegdheid.<sup>519</sup>

In de rechtsleer is men het bijgevolg oneens of men moet uitgaan van de eerste zinsnede ("openbare gasdistributie is de werkzaamheid die tot doel heeft gas door middel van leidingen, te leveren aan verbruikers [...]") of dat men toch moet vasthouden aan de tweede zinsnede ("[...] met uitzondering van de gasleveringen waarvoor [...] een toelating voor gasvervoer [...]"). Bij de eerste optie (VERMEIR) maakt de levering via een vervoersnet een gewestelijke bevoegdheid uit. Bij de tweede optie (DELVAUX en GELDHOF) maakt de levering via een vervoersnet, een federale bevoegdheid uit. Het Grondwettelijk Hof lijkt de eerste optie te volgen, maar de rechtsleer blijkt verdeeld.

### 2.3.3. *De netten van warmtevoorziening op afstand, de valorisatie van steenberg, de aanwending van mijn gas en van gas afkomstig van hoogovens en de terugwinning van energie door de nijverheid en andere gebruikers*

**174.** Onder warmtevoorziening op afstand worden onder meer de centrale netten voor stadsverwarming begrepen. Hieronder valt o.a. het verspreiden van warm water vanuit een centrale naar een groep van gebouwen of bedrijven.<sup>520</sup>

**175.** Volgens de parlementaire voorbereiding wordt onder de valorisatie van steenberg begrepen: "de energetische en metallurgische valorisatie van

<sup>518</sup> T. VERMEIR, "Het Energiebeleid" in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *De bevoegdheden van de gewesten*, Brugge, die Keure, 2016, 253; Inzake elektriciteit: De VREG stelde in 2008 inzake de bevoegdheidsverdeling bij elektriciteit (70.000 volt) dat er moet uitgegaan worden van een pragmatische oplossing voor de tarifiering voor de netten met een transmissiefunctie (netten die als hoofdzaak bestemd zijn voor het transport van energie, en bijkomend voor de levering aan grote industriële afnemers). Naar het aanvoelen van de VREG is het immers pragmatisch om voor de netten tussen 30 en 70kV (=distributienetten) met een transmissiefunctie, de tarifiering bij het federale niveau te laten. Ook al gaat het dus om distributienetten, de 'transmissiefunctie' geeft de doorslag inzake bevoegdheid; Zie hierover Advies ADV-2008-4 van de Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt (VREG) van 29 april 2008 met betrekking tot het voorstel tot wijziging van de bijzondere wet tot hervorming van de instellingen op het vlak van de energiebevoegdheden, [www.vreg.be](http://www.vreg.be), 5.

<sup>519</sup> Zie ook T. VERMEIR, "Berg baart belegen borrelnootjes. De intern-Belgische bevoegdheidsverdeling inzake energie na de zesde staatsvorming" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2013*, Antwerpen, Intersentia, (139) 142.

<sup>520</sup> L. DE DEYNE en B. VANHEUSDEN, "Warmtenetten in België: juridisch (on)zekerheid? Analyse van zaken-, energie- en contractenrechtelijke aspecten bij de aanleg en exploitatie van een warmtenet", *MER* 2015, afl. 2, 99-117.

koolmijnstorten”.<sup>521</sup> Het gaat met andere woorden om de herwaardering van de steenbergens – die zijn ontstaan als ophoping van steenafval als bijproduct van ondergrondse mijnbouw. Het gaat daarbij om materiaalrecyclage energetische valorisatie, materiaalrecuperatie,...

**176.** In de BWHI uit 1980 was de federale overheid bevoegd voor de energieproductie met inbegrip van de mijnen. Het gebruik van mijngas vormde hierop een uitzondering. Aangezien de federale bevoegdheid inzake de mijnen is opgeheven, lijkt de “aanwending van mijngas en van gas afkomstig van hoogovens” dan ook volledig te zijn opgenomen door de bevoegdheid inzake de terugwinning van energie door nijverheid en andere gebruikers. Een commissielid vroeg zich echter af waarom men de termen “mijngas” en “gas afkomstig van hoogovens” niet vervangen heeft door de uitdrukking “dodelijk gas van de industrieën”.<sup>522</sup> Men merkte daarbij op dat onder de terugwinning van industriële energie uiteraard ook de gassen, dodelijk of niet, vallen. De bevoegdheid inzake de aanwending van mijngas en van gas afkomstig van hoogovens lijkt dan ook grotendeels opgeslorpt.

**177.** Terugwinning van energie laat de gewesten onder meer toe energie-audits te bevorderen, demonstratieprojecten op te zetten en terugwinningsprojecten te subsidiëren.<sup>523</sup>

#### 2.3.4. *De nieuwe energiebronnen en het rationeel energiegebruik*

**178.** Artikel 2, 4° van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt geeft een indicatie van wat verstaan moet worden onder de hernieuwbare energiebronnen.<sup>524</sup> Het artikel stelt dat de hernieuwbare energiebronnen betrekking hebben op de hernieuwbare *niet-fossiele* energiebronnen, zoals wind, zon, geothermische warmte, golfslag, getij, waterkracht, biomassa, stortgas, gas van afvalwaterzuiveringsinstallaties en biogassen. Dit artikel is een informatiebron met betrekking tot de interpretatie van de bepalingen van de BWHI. Het spreekt echter wel voor zich dat deze federale wet geen bevoegdheidsverdelende werking heeft. Artikel 1.1.3., 65°, van het Energiedecreet van 8 mei 2009 bepaalt dat onder hernieuwbare energiebronnen, hernieuwbare *niet-fossiele en niet-nucleaire* energiebronnen, met name wind, zon, aerothermische, geothermische, hydro-thermische energie en energie uit de oceanen, waterkracht, biomassa, stortgas, gas van rioolwaterzuiveringsinstallaties en biogas, moet worden verstaan. Deze definitie

<sup>521</sup> Ontwerp van bijzondere wet tot hervorming der instellingen, *Parl.St.* Senaat 1979-1980, nr. 434/1, 31.

<sup>522</sup> *Parl. St.* Senaat 1988, nr. 405/2, 108.

<sup>523</sup> L. DERIDDER, *De verdeling van elektriciteit en aardgas in België. Een nieuw wetgevend kader - een nieuwe rol voor de overheid?*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 2002, 132.

<sup>524</sup> De hernieuwbare energiebronnen worden in de wetgeving eigenlijk gezien als een nadere bepaling van de nieuwe energiebronnen, waarvoor de gewesten hoe dan ook bevoegd zijn; zie ook L. DERIDDER, “Het Energiebeleid” in G. VAN HAEGENDOREN en B. SEUTIN (eds.), *De bevoegdheidsverdeling in het federale België*, Brugge, die Keure, 2000, (1) 62.

is grotendeels gelijklopend met deze uit de Elektriciteitswet, zij het dat men enkele logische nuances heeft toegevoegd (zoals *niet-nucleaire*). In het arrest nr. 98/2013 van 9 juli 2013 verduidelijkt het Grondwettelijk Hof dat de gewesten exclusief bevoegd zijn voor hernieuwbare energiebronnen en rationeel energiegebruik op het territorium waarvoor zij bevoegd zijn.<sup>525</sup>

**179.** In de parlementaire voorbereiding is inzake rationeel energiegebruik weinig tot geen houvast te vinden omtrent de invulling van dit begrip. Rationeel energiegebruik werd in het decreet van 2 april 2004 (REG-decreet) gedefinieerd als "het zo efficiënt mogelijk gebruik van energie".<sup>526</sup> Men verstaat hieronder o.a. de aanwending van hernieuwbare energiebronnen en de toepassing van bepaalde maatregelen die zijn opgenomen in het Kyoto Protocol. Het hangt nauw samen met het rationele energiebeheer, hetgeen gedefinieerd werd als "het geheel van handelingen die ondernomen worden om het energiegebruik te meten, te analyseren, te verminderen en te volgen met het oog op het verkrijgen van een rationeel energiegebruik, met inbegrip van het volgen van vormingsactiviteiten rond rationeel energiegebruik en het ondernemen van haalbaarheidsstudies voor de installatie van een energiezuinig product, systeem of een energiezuinige techniek".<sup>527</sup> Het REG-decreet werd echter opgeheven in 2009 door het Energiedecreet. Artikel 1.1.3., 105° van het Energiedecreet definieert rationeel energiegebruik echter eveneens als het zo efficiënt mogelijke gebruik van energie. Rationeel energiebeheer behoudt eveneens dezelfde definitie als in het REG-decreet.<sup>528</sup>

### **3. Situatie na de zesde staatshervorming: een gemiste kans?**

**180.** Met het institutioneel akkoord ('Vlinderakkoord') van 11 oktober 2011 werd de zesde staatshervorming aangekondigd. Deze staatshervorming werd uiteindelijk geconcretiseerd door de Bijzondere Wet van 6 januari 2014 met betrekking tot de Zesde Staatshervorming en de **Bijzondere Financieringswet** van 6 januari 2014.<sup>529</sup> Door de zesde staatshervorming worden er opnieuw bevoegdheden overgeheveld naar de Gewesten. Zo verhuizen de distributie-nettarieven voor gas en elektriciteit, het Fonds ter Reductie van de Globale Energiekost en de fiscale uitgaven voor energiebesparende investeringen naar het Vlaamse niveau. Alle andere bevoegdheden die de federale overheid uitoefende blijven een federale bevoegdheid. Het betreft de prospectieve studies inzake energie, de kernbrandstofcyclus, de energieproductie (met inbegrip van de offshore), de

---

<sup>525</sup> GwH 9 juli 2013, nr. 98/2013, overw. B.19. en volgende.

<sup>526</sup> Artikel 2,1° Decreet 2 april 2004 tot vermindering van de uitstoot van broeikasgassen in het Vlaamse Gewest door het bevorderen van het rationeel energiegebruik, het gebruik van hernieuwbare energiebronnen en de toepassing van flexibiliteitsmechanismen uit het Protocol van Kyoto (aangehaald als REG-decreet), BS 2 april 2004.

<sup>527</sup> Art. 2, 2° REG Decreet.

<sup>528</sup> Artikel 1.1.3., 106° van het Energiedecreet.

<sup>529</sup> Bijzondere wet 6 januari 2014 met betrekking tot de Zesde Staatshervorming, BS 31 januari 2014; Bijzondere wet 6 januari 2014 tot hervorming van de financiering van de gemeenschappen en de gewesten, tot uitbreiding van de fiscale autonomie van de gewesten en tot financiering van de nieuwe bevoegdheden, BS 31 januari 2014.

grote infrastructuur voor de aanvoer en opslag van energie, het energietransport, het beleid inzake de uiteindelijke eindprijs voor de gebruiker (prijsbeleid, incl. het socialeprijzenbeleid) en de energie-efficiëntie van de federale gebouwen.<sup>530</sup> Artikel 19 van de Bijzondere Wet van 6 januari 2014 wijzigde de bevoegdheden inzake energie als volgt.<sup>531</sup> De gewesten zijn bevoegd voor de gewestelijke aspecten van de energie, en in ieder geval voor:

- a) De distributie en het plaatselijk vervoer van elektriciteit door middel van netten waarvan de nominale spanning lager is dan of gelijk is aan 70.000 volt, met inbegrip van de distributienettarieven voor elektriciteit, met uitzondering van de tarieven van de netten die een transmissiefunctie hebben **en** die uitgebaat worden door dezelfde beheerder als het transmissienet;
- b) De openbare gasdistributie, met inbegrip van de nettarieven voor de openbare distributie van gas, met uitzondering van de tarieven van de netwerken die ook een aardgasvervoersfunctie hebben **en** die worden uitgebaat door dezelfde beheerder als het aardgasvervoersnet;
- c) De aanwending van mijngas en van gas afkomstig van hoogovens;
- d) De netten van warmtevoorziening op afstand;
- e) De valorisatie van steenbergen;
- f) De nieuwe energiebronnen met uitzondering van deze die verband houden met de kernenergie;
- g) De terugwinning van energie door de nijverheid en andere gebruikers;
- h) Het rationeel energieverbruik.

De federale overheid is echter bevoegd voor de aangelegenheden die wegens hun technische en economische ondeelbaarheid een gelijke behandeling op nationaal vlak behoeven, te weten:

- a) De studies over de perspectieven van energiebevoorrading;<sup>532</sup>
- b) De kernbrandstofcyclus;
- c) De grote infrastructuur voor de stockering; het vervoer en de productie van energie;
- d) De tarieven, met inbegrip van het prijsbeleid, onverminderd de gewestelijke bevoegdheid inzake de tarieven bedoeld in het eerste lid, a) en b).

---

<sup>530</sup> Institutioneel akkoord voor de zesde staatshervorming (Vlinderakkoord). *Een efficiëntere federale staat en een grotere autonomie voor de deelstaten*, 11 oktober 2011, 42- 43. Zie ook P. POPELIER en W. VANDENBRUWAENE, "Leefmilieu, klimaat en energie" in J. VELAERS, J. VANPRAET, Y. PEETERS en W. VANDENBRUWAENE (eds.), *De zesde staatshervorming*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (573) 581.

<sup>531</sup> Bijzondere wet 6 januari 2014 met betrekking tot de Zesde Staatshervorming, *BS* 31 januari 2014.

<sup>532</sup> De federale Staat voorbehouden bevoegdheid voor het opstellen van het nationaal uitrustingsprogramma van de elektriciteitssector wordt opgeheven, omwille van het feit dat het dwingende karakter van het nationaal uitrustingsprogramma strijdig werd bevonden met de Europese liberaliseringsregelgeving inzake de vrije werking van de markt (omdat het ging om een planningsinstrument dat de aanwezige elektriciteitsproducenten tot bijkomende investeringen verplichtte) en wordt vervangen door een "studie over de perspectieven van elektriciteitsbevoorrading", waarvoor de federale overheid bevoegd wordt. Op deze bevoegdheid werd echter nogal wat kritiek geuit. Zo is in het Ontwerp van Bijzondere Wet terug te vinden dat "studies over de perspectieven van energiebevoorrading enkel door de federale overheid zullen kunnen worden besteld, waardoor de Gewesten in de toekomst dus niet langer bevoegd zullen zijn. Dit is een merkwaardige vaststelling, in het bijzonder omdat de Vlaamse regering regelmatig dit soort van studies laat uitvoeren om de haalbaarheid van haar doelstellingen op het vlak van groene stroom af te toetsen. Deze onderzoeken worden in veel gevallen uitgevoerd door studiebureaus, maar ook de Vlaamse Instelling voor Technologisch Onderzoek (VITO) stond in het verleden voor dergelijke studies in. Wat kan de reden zijn om deze bevoegdheid aan de Gewesten te ontnemen? Zullen de Gewesten zich in de toekomst dan uitsluitend kunnen beroepen op federale studies bij de concretisering van hun beleid op het vlak van hernieuwbare energie? Wellicht was de federale overheid niet onverdeeld gelukkig over door de Gewesten bestelde studies waaruit bleek dat de energiebevoorrading tijdens de volgende winters niet verzekerd was..." (*Parl.St.* Kamer 2012-2013, nr. 3201/4). De latere parlementaire voorbereiding verduidelijkte echter dat "het [...] vanzelfsprekend [is] dat deze bevoegdheid geen afbreuk doet aan de bevoegdheid van de federale overheid, de gemeenschappen en de gewesten om studies te (laten) verrichten" (*Parl.St.* Senaat 2013-2014, nr. 5-2232/5). Zie ook T. VERMEIR, "Berg baart belegen borrelnootjes. De intern-Belgische bevoegdheidsverdeling inzake energie na de zesde staatshervorming" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2013*, Antwerpen, Intersentia, (139) 174.

**181.** De grootste verandering is de verhuis van de distributietarieven voor gas en elektriciteit naar het niveau van de gewesten, waardoor de federale overheid niet langer de tarieven inzake gas- en elektriciteitsdistributie bepaalt. De achterliggende reden hiervoor is dat de gewesten reeds bevoegd waren inzake de exploitatiekosten, de investeringsbehoefte en de regelgeving met betrekking tot de distributie, in het bijzonder de definitie van de openbare dienstverplichtingen en de impact ervan op de exploitatie- en investeringskosten. Door ook de distributietarieven over te hevelen naar de gewesten hoopte men dat op die manier de beslissingen over acties, projecten en openbare dienstverplichtingen, alsook de beoordeling van de kosten die ermee overeenstemmen, beter op elkaar afgestemd worden in de tarieven. Zo is er één globale lijn tussen de exploitatiekosten, de investeringen en de financiering ervan.<sup>533</sup> Voor de elektriciteit betreft de overdracht naar de gewesten niet de tarieven van de netwerken die een transmissiefunctie hebben en die uitgebaat worden door dezelfde beheerder als het transmissienet.<sup>534</sup>

**182.** Aangezien het afhankelijk is van het reglementaire kader voor de tarieven, of de kosten voor de openbare dienstverplichtingen al dan niet worden opgenomen in de tarieven, dient men zich af te vragen of de kosten die gepaard gaan met de openbare dienstverplichtingen tot de gewestelijke bevoegdheden behoren indien een decreetgever zou oordelen dat die *niet* verrekend mogen worden in de tarieven maar op een andere manier betaald moeten worden door de eindafnemers.<sup>535</sup> Bovendien is het eveneens onduidelijk of andere verplichtingen dan openbare dienstverplichtingen, die een impact hebben op de exploitatie- en investeringskosten, onder de gewestelijke bevoegdheden vallen. Een kost, zoals bijvoorbeeld de opkoopverplichting van groenestroomcertificaten, heeft een impact op de resultaten van de netbeheerder, maar is daarom nog geen kost die rechtstreeks te maken heeft met de exploitatie van of de investeringen in het distributienet. Het feit dat het vroegere federale kader bepaalde dat in de tarieven ook opgelegde belastingen, taksen, bijdragen en toeslagen mochten worden opgenomen, wil nog niet zeggen dat de gewesten hierin automatisch een tarifaire bevoegdheid kunnen zien. Elke andere kost dan een kost voor de exploitatie van of de investeringen in het distributienet die een gewestelijke overheid wenst door te rekenen in de distributietarieven, zal immers gevolgen hebben voor de *prijs* die de eindafnemer moet betalen.<sup>536</sup> Dit zorgt ervoor dat er discussie mogelijk is tussen de gewesten – bevoegd inzake distributietarieven – en de federale overheid – bevoegd inzake het prijsbeleid. Het prijsbeleid (economie) inzake de *levering*

<sup>533</sup> Ontwerp van bijzondere wet met betrekking tot de Zesde Staatshervorming, *Parl.St.* Senaat 2013-2014, nr. 5-2232/5, 47.

<sup>534</sup> *Parl.St.* Senaat 2013-2014, nr. 5-2232/5, 47.

<sup>535</sup> T. VERMEIR, "Berg baart belegen borrelnootjes. De intern-Belgische bevoegdheidsverdeling inzake energie na de zesde staatshervorming" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2013*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (139) 167-168.

<sup>536</sup> Voor meer informatie hieromtrent: T. VERMEIR, "Berg baart belegen borrelnootjes. De intern-Belgische bevoegdheidsverdeling inzake energie na de zesde staatshervorming" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2013*, Antwerpen, Intersentia, (139) 167-168.

van elektriciteit en gas, met daarin begrepen het sociaal prijzenbeleid, blijft immers tot de bevoegdheid van de federale overheid behoren.<sup>537</sup> De federale overheid houdt graag de bevoegdheid inzake het prijsbeleid vast omwille van het feit dat het prijsbeleid een krachtig economisch instrument is (bv. inzake prijsblokkering). De parlementaire voorbereiding stelt evenwel dat deze bevoegdheid geen afbreuk doet aan de bevoegdheden van de gewesten om openbare dienstverplichtingen op te leggen die verband houden met hun bevoegdheden, noch aan hun bevoegdheid inzake de distributietarieven.<sup>538</sup> VERMEIR stelt dat omwille van het feit dat de federale overheid bevoegd blijft voor de prijzen die de eindgebruikers betalen, zij zelfs kan raken aan de gevolgen van de beslissingen van de gewestelijke regulatoren inzake de distributienettarieven die zij nemen op basis van gewestelijke tarifaire richtsnoeren (inzake deze richtsnoeren, *infra* nrs. 645 e.v.). Het is volgens de auteur dan ook niet duidelijk waarom het niet mogelijk was om een deel van het prijsbeleid inzake energie te regionaliseren.<sup>539</sup>

**183.** Het Grondwettelijk Hof stelt in zijn rechtspraak steeds dat de tarieven behoren tot de exclusieve bevoegdheid van de federale wetgever. Om te bepalen of een gewestelijke maatregel een tarief kan zijn (of een tariefbepaling), hanteert het Hof een welbepaald criterium.<sup>540</sup> De vraag wordt daarbij gesteld of de maatregel "ingrijpt in de tariefstructuur" dan wel "de eindprijs aan de consument beïnvloedt".<sup>541</sup> Hoewel de distributienettarieven ingesteld zijn als uitzondering op deze exclusieve bevoegdheid van de federale regelgever, lijkt het aanneembaar dat het Grondwettelijk Hof dezelfde categorische benadering zal blijven hanteren bij andere mogelijke nieuwe tariefmaatregelen genomen door de gewesten (bv. inzake hernieuwbare energie).

**184.** In de parlementaire commissie werd eveneens gediscussieerd met betrekking tot de bevoegdheidsverdeling inzake de tarieven bij de openbare distributie van gas en het aardgasvervoer. De heer LAEREMANS stelde de vraag waarom er een onderscheid werd gemaakt tussen de "nettarieven voor de openbare distributie van gas" en "de tarieven van de netwerken die ook een aardgasvervoersfunctie hebben". Eenzelfde beheerder kan volgens hem op die manier te maken hebben met twee verschillende niveaus en tarieven. Hij stelde zich dan ook de vraag waarom de bevoegdheid gesplitst moest worden en waarom er niet gekozen werd om op een *intuitu materiae* manier te werken, in plaats van op een *intuitu personae* wijze. De enige verantwoording die hiervoor

<sup>537</sup> V. DE SCHEPPER, "De bevoegdheidsoverdrachten inzake leefmilieu en energie" in A. ALEN, B. DALLE, K. MUYLLE, W. PAS, J. VAN NIEUWENHOVE en W. VERRIJDT (eds.), *Het federale België na de Zesde Staatshervorming*, Brugge, die Keure, 2014, (503) 512.

<sup>538</sup> *Parl. St. Senaat* 2013-2014, nr. 5-2232/5, 48.

<sup>539</sup> T. VERMEIR, "Het Energiebeleid" in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *De bevoegdheden van de gewesten*, Brugge, die Keure, 2016, 267.

<sup>540</sup> Voor een bespreking zie o.a. W. VANDENBRUWAENE, "Een accessoire gewestelijke tariefbevoegdheid?" (noot onder GwH nr.154/2013), *MER* 2015, afl. 1, 43-49.

<sup>541</sup> Zie GwH 13 november 2013, nr. 154/2013, overw. B.6.3.; GwH 10 juli 2014, nr. 104/2014, overw. B.14.1.

werd gegeven is dat "het onderscheid moet worden gemaakt tussen het grote netwerk met hoge druk en het fijnmazig netwerk met lage druk, dat tot bij de eindgebruikers komt. Vandaar de voorgestelde bevoegdheidsverdeling". Dit komt neer op: "Waarom? Daarom". Inzake aardgas blijft de bevoegdheidsverdeling even onduidelijk als voorheen doordat, zoals eerder aangehaald, geen wettelijke bepaling bestaat waarin de vervoersfunctie van het aardgasnet wordt gedefinieerd. Doordat onduidelijk blijft welke bedrijven onder welke regels vallen, kunnen volgens de parlementaire voorbereiding talloze juridische betwistingen worden verwacht. Men stelt zich in de parlementaire voorbereiding dan ook terecht de vraag: "kan de wetgever het begrip vervoersfunctie voor aardgas niet definiëren en duidelijkheid creëren in plaats van een uitspraak van het Grondwettelijk Hof over het onderwerp af te wachten?" Bovendien was er effectief tijdens de parlementaire voorbereiding een uitspraak van het Grondwettelijk Hof bekend (cf. het arrest van 9 juli 2013, nr. 98/2013), waarmee de wetgever *geen* rekening heeft gehouden om op die manier enige duidelijkheid inzake de bevoegdheidsverdeling in te voeren.<sup>542</sup>

**185.** Bijgevolg dient te worden vastgesteld dat "de principiële bevoegdheid van de gewesten" zich situeert binnen een nog steeds vrij onduidelijk kader inzake bevoegdheidsverdeling, waardoor er ongetwijfeld bepaalde interpretatieproblemen en bevoegdheidsconflicten zullen (blijven) opduiken. DUMERY stelt dat "de manier waarop de overdracht *de facto* is uitgewerkt, de gewesten eerder een zo min mogelijke beslissingsbevoegdheid geeft".<sup>543</sup> Indien de netten een transmissie- of vervoersfunctie hebben en zij worden beheerd door een transmissienetbeheerder inzake elektriciteit of een vervoersnetbeheerder inzake aardgas, dan zijn de gewesten tariefgewijs immers onbevoegd.<sup>544</sup> De precieze draagwijdte van dit artificieel ogend onderscheid is echter onduidelijk.<sup>545</sup> Met betrekking tot de elektriciteit lijkt het betrekking te hebben op het net tussen 30 en 70 kV, dat door Elia wordt beheerd en tegelijk voor de *levering* aan veel kmo's en andere bedrijven wordt gebruikt. Het bevoegd maken van de gewesten voor de vaststelling van de tarieven die voor die bedrijven gelden, was blijkbaar echter niet aanvaardbaar voor de institutionele meerderheid, terwijl volgens de gewesten deze bevoegdheid noodzakelijk was voor het voeren van een doelgericht beleid.<sup>546</sup>

Dat er bepaalde interpretatieproblemen en bevoegdheidsconflicten opduiken blijkt ook uit de praktijk. Het arrest nr. 8/2016 van het Grondwettelijk Hof toont,

---

<sup>542</sup> T. VERMEIR, "Berg baart belegen borrelnootjes. De intern-Belgische bevoegdheidsverdeling inzake energie na de zesde staatshervorming" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2013*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (139) 146.

<sup>543</sup> Ontwerp van bijzondere wet met betrekking tot de Zesde Staatshervorming, *Parl.St.* Kamer 2012-2013, nr. 3201/4, 23.

<sup>544</sup> Zie ook voetnoot 82 en het Advies ADV-2008-4 van de Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt (VREG) van 29 april 2008 met betrekking tot het voorstel tot wijziging van de bijzondere wet tot hervorming van de instellingen op het vlak van de energiebevoegdheden, [www.vreg.be](http://www.vreg.be), 5.

<sup>545</sup> *Parl.St.* Kamer 2012-2013, nr. 3201/4, 23.

<sup>546</sup> *Parl.St.* Kamer 2012-2013, nr. 3201/4, 23.



ter illustratie, aan dat de federale wetgever – hoewel bevoegd inzake vervoer van gas – deze bevoegdheid niet mag aanwenden om de bevoegdheden van de gewesten te schenden.<sup>547</sup> Zo komt het aan de gewesten toe, wanneer zij openbare werken van algemeen belang willen uitvoeren binnen de bevoegdheden die de BWHI hen toekent, om de kostenverdeling tussen de domeinbeheerder en de nutsmaatschappijen te bepalen en om daarbij de noodwendigheden van het algemeen belang af te wegen tegen de belangen van de nutsmaatschappijen.<sup>548</sup> De federale wetgever mag niet bepalen dat er moet uitgegaan worden van een principiële verdeling van de kosten tussen de domeinbeheerder en de houder van de gasvervoervergunning.

## **D. DE IMPACT VAN DE BEVOEGDHEIDSVERDELING OP DE ENERGIEREGULATOREN**

### **1. Algemeen**

**186.** De bevoegdheidsverdeling inzake het energiebeleid wordt gereflecteerd in de bevoegdheidsverdeling van de energieregulatoren in België. De taak van de energieregulator bestaat immers erin om toezicht te houden op de naleving van de regelgeving en op een correcte werking van de markt. De regelgeving is dan ook een belangrijk instrument voor de energieregulator. Het regelgevend kader moet duidelijk zijn om voor de regulatoren werkbaar te zijn.<sup>549</sup> Het is dan ook noodzakelijk dat de bevoegdheidsverdeling in België duidelijk is aangezien het regelgevend kader daar in essentie is op gebaseerd. Zowel de bevoegdheidsverdeling tussen de energieregulatoren als hun instrumenten hangen dus af van deze, niet altijd even duidelijke bevoegdheidsverdeling.

**187.** Na de zesde staatshervorming is de CREG, op het federale niveau, o.a. bevoegd om op eigen initiatief of op verzoek van de minister of van een gewestregering onderzoeken en studies uit te voeren in verband met de elektriciteitsmarkt en om de bevoorradingszekerheid inzake elektriciteit op te volgen.<sup>550</sup> Deze bevoegdheden situeren zich binnen de federale bevoegdheid inzake de studies over de perspectieven van energiebevoorrading. De CREG beoordeelt eveneens de objectief verantwoorde verhouding tussen de *prijzen* en de kosten van een bedrijf, bedoeld in artikel 23<sup>ter</sup> van de Elektriciteitswet.<sup>551</sup> Deze bevoegdheid kadert in het prijsbeleid. De CREG controleert eveneens de toepassing van het technisch reglement en keurt daarbij de documenten goed

---

<sup>547</sup> GwH 21 januari 2016, nr. 8/2016.

<sup>548</sup> GwH 21 januari 2016, nr. 8/2016, overw. B.32.

<sup>549</sup> Advies ADV-2008-4 van de Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt (VREG) van 29 april 2008 met betrekking tot het voorstel tot wijziging van de bijzondere wet tot hervorming van de instellingen op het vlak van de energiebevoegdheden, [www.vreg.be](http://www.vreg.be), 2, 4 en 5: "deze onduidelijkheid inzake bevoegdheidsverdeling bemoeilijkt het efficiënt toezicht".

<sup>550</sup> Artikel 23, § 2, 2° en 18° van de Elektriciteitswet.

<sup>551</sup> Art. 23<sup>ter</sup> § 1 van de Elektriciteitswet: "De prijzen van een elektriciteitsbedrijf dienen op een objectief verantwoorde wijze in verhouding te staan tot de kosten van het bedrijf. De Commissie beoordeelt deze verhouding door ondermeer de kosten en de prijzen van genoemd bedrijf te vergelijken met de kosten en de prijzen van vergelijkbare bedrijven, indien mogelijk ook op internationaal vlak".

die door dit reglement worden beoogd, met name met betrekking tot de voorwaarden voor de aansluiting en de toegang tot het *transmissienet*. De commissie evalueert ook de prestaties uit het verleden van de regels van het technisch reglement die de veiligheid en de betrouwbaarheid van het *transmissienet* regelen. Die bevoegdheid past in het kader van de federale bevoegdheid inzake het vervoer van energie. De CREG oefent ook de bevoegdheden uit, zoals bedoeld in de artikelen 12 tot 12*quinquies*, op de tarieven voor het beheer van het *transmissienet* en de netten die een transmissiefunctie hebben.<sup>552</sup> Men ziet er ook op toe dat de technische en tarifaire toestand van de elektriciteitssector alsook de evolutie van deze sector het algemeen belang beogen en kaderen in het algemene energiebeleid. De commissie verzekert de permanente monitoring van de elektriciteitsmarkt, zowel op het vlak van de marktwerking als op het vlak van de prijzen.

**188.** De VREG, CWaPE en Brugel zijn dan weer bevoegd voor de gewestelijke aspecten van de bevoegdheidsverdeling. De VREG fungeert voor het Vlaamse Gewest en voor de gewestelijke bevoegdheden inzake elektriciteit en aardgas als de regulerende instantie.<sup>553</sup> De bepalingen in het Energiedecreet inzake de bevoegdheid van de VREG werden gewijzigd door het decreet van 14 maart 2014.<sup>554</sup> De VREG houdt onder andere toezicht op de zekerheid en de betrouwbaarheid van de distributienetten en het plaatselijk vervoersnet van elektriciteit, alsook de kwaliteit van de dienstverlening van de netbeheerders.<sup>555</sup> De energieregulator houdt eveneens toezicht op de uitvoering van regels betreffende de taken en verantwoordelijkheden van de distributienetbeheerders, leveranciers, afnemers en andere marktpartijen die actief zijn in het Vlaamse Gewest.<sup>556</sup> De VREG heeft ook regulerende taken, waarbij zij de toegang tot en de werking van de elektriciteits- en gasmarkt reguleert, inclusief de distributienettarieven voor elektriciteit en aardgas.<sup>557</sup> Zij voert ook studies of onderzoeken uit betreffende de elektriciteits- en gasmarkt, op eigen initiatief of op verzoek van de minister of de Vlaamse Regering.<sup>558</sup>

De bevoegdheden van Brugel werden door de ordonnantie van 8 mei 2014 aangepast aan de zesde staatshervorming.<sup>559</sup> Brugel is onder andere bevoegd

---

<sup>552</sup> Art. 12, § 1 van de Elektriciteitswet: "De aansluiting, het gebruik van de infrastructures en van de elektrische systemen en, desgevallend, de ondersteunende diensten van de netbeheerder maken het voorwerp uit van tarieven voor het beheer van het transmissienet en de netten die een transmissiefunctie hebben [...]§ 2: Na gestructureerd, gedocumenteerd en transparant overleg met de netbeheerder, werkt de commissie de tariefmethodologie uit die deze netbeheerder moet gebruiken voor het opstellen van diens tariefvoorstel [...]"

<sup>553</sup> Art. 3.1.1, § 5, van het Energiedecreet.

<sup>554</sup> Art. 4, 1<sup>o</sup> Decr.VI. 14 maart 2014 houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft de omzetting van de Richtlijn van de Europese Unie 2012/27/EU van 25 oktober 2012 betreffende energie-efficiëntie en de toekenning van groenestroomcertificaten, warmte-krachtcertificaten en garanties van oorsprong, BS 28 maart 2014.

<sup>555</sup> Art. 3.1.1, 1<sup>o</sup>, e), van het Energiedecreet.

<sup>556</sup> Art. 3.1.1, 1<sup>o</sup>, f), van het Energiedecreet.

<sup>557</sup> Art. 3.1.1, 2<sup>o</sup>, van het Energiedecreet.

<sup>558</sup> Art. 3.1.1, 5<sup>o</sup>, b) van het Energiedecreet.

<sup>559</sup> De Elektriciteitsordonnantie werd aangepast aan de zesde staatshervorming door Ord.Br. 8 mei 2014 tot wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en van de ordonnantie van 1 april 2004 betreffende de organisatie van de gasmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, betreffende wegenisretributies inzake gas en elektriciteit en houdende wijziging van de

voor het geven van adviezen, het uitvoeren studies, het nemen van gemotiveerde beslissingen en het uitvoeren van onderzoeken betreffende de elektriciteits- en gasmarkt.<sup>560</sup> De Brusselse regulator stelt ook een tariefmethodologie op voor de elektriciteitsdistributie en de gasdistributie en beslist over de goedkeuring van de tarieven voor de elektriciteitsdistributie en voor de gasdistributie.<sup>561</sup>

De CWaPE is o.a. bevoegd voor het toezicht op de naleving door de distributienetbeheerders van hun verplichtingen, met inbegrip van de technische voorschriften. De energieregulator zorgt eveneens voor de monitoring en evaluatie van de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen door de netbeheerders (*les gestionnaires de réseaux*).<sup>562</sup> De regulator houdt ook toezicht op de bevordering van hernieuwbare energie en warmtekrachtkoppeling.<sup>563</sup> Bovendien kan de CWaPE ook studies uitvoeren ter verbetering van de werking van de elektriciteitsmarkt.<sup>564</sup> De Waalse energieregulator is, na de zesde staatshervorming, uiteraard ook bevoegd inzake de goedkeuring van de tarieven voor het distributienet (overeenkomstig de artikelen 15a en 15b), alsook het bepalen van de tariefmethodologie.<sup>565</sup>

## **2. Typevoorbeeld: de bevoegdheidsoverdracht inzake tarieven – van CREG naar VREG**

**189.** Artikel 67 van de Bijzondere Wet van 6 januari 2014 bepaalde dat de nieuwe bevoegdheidsverdeling in werking zou treden vanaf 1 juli 2014. Specifiek wat de tarieven betreft, bracht deze nieuwe bevoegdheidsverdeling aanzienlijke veranderingen met zich mee voor de energieregulators.<sup>566</sup> Zo vond op 1 juli 2014 effectief de overdracht van de bevoegdheid betreffende de Vlaamse distributietarieven van de CREG naar de VREG plaats. De CREG is daardoor niet langer bevoegd voor de goedkeuring van de tarieven voor de toegang tot de distributienetwerken, die voorgesteld worden door de distributienetbeheerder voor aardgas of elektriciteit.

**190.** In het advies van 29 april 2008 ging de VREG in op de toekomstige overdracht van bevoegdheden.<sup>567</sup> De Vlaamse energieregulator bleek dan ook een voorstander te zijn van de bevoegdheidsoverdracht aangezien de regionaal opgelegde openbardienstverplichtingen meer en meer “regionale” kosten zijn,

---

ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, *BS* 11 juni 2014.

<sup>560</sup> Art. 30bis, § 2, 1° en 2° van de Elektricitetsordonnantie.

<sup>561</sup> Art. 30bis, § 3, 7° en 8° van de Elektricitetsordonnantie.

<sup>562</sup> Artikel 43, § 2, 4° van het Waals Elektricitetsdecreet.

<sup>563</sup> Artikel 43, § 2, 8° van het Waals Elektricitetsdecreet.

<sup>564</sup> Artikel 43, § 2, 13° van het Waals Elektricitetsdecreet.

<sup>565</sup> Artikel 43, § 2, 14° van het Waals Elektricitetsdecreet.

<sup>566</sup> Voor een overzicht zie ook : Q. PEIFFER, “La régionalisation des tarifs de distribution d’énergie”, *TRNI* 2014, afl. 1, 403-417.

<sup>567</sup> Voorstel van bijzondere wet houdende institutionele maatregelen ingediend op 5 maart 2008 door de heren Hugo Vandenberghe, Philippe Monfils, Paul Wille, Philippe Moureaux, Johan Vande Lanotte, Francis Delpérée, Marcel Cheron en mevrouw Freya Piryns, *Parl.St.* Senaat 2007-2008, nr. 602/1.

die het argument van de ondeelbaarheid van de tarieven en prijzen in vraag stelden. De voorgestelde herverdeling van bevoegdheden komt volgens de VREG hier dan ook aan tegemoet: kwaliteitsregulering en tarieven komen in een hand. De gewesten die de verplichtingen opleggen, worden immers ook bevoegd voor de distributienettarieven voor gas en elektriciteit. Dit levert volgens de energieregulator een bonus op inzake efficiëntie en effectiviteit, aangezien de verantwoordelijke overheid ook wordt geconfronteerd met het prijskaartje. Nog volgens de VREG zal het toezicht op de netbeheerders hierdoor versterkt worden. Het is immers dezelfde regulator die enerzijds de technische activiteiten opvolgt, en anderzijds de kosten die hiervoor gemaakt worden, kan beoordelen. Ook in het kader van de administratieve vereenvoudiging levert dit enkel voordelen op: de netbeheerders zullen niet langer dezelfde informatie aan twee regulatoren moeten aanleveren in het kader van verschillende rapporteringsverplichtingen.<sup>568</sup>

In het jaarverslag 2013 van de VREG verwijst de energieregulator naar het Groenboek zesde staatshervorming.<sup>569</sup> Het Groenboek vermeldde dat de VREG kampte met diverse problemen bij de aanvang van de overdracht van bevoegdheden. De Vlaamse energieregulator beschikte bijvoorbeeld niet over alle gespecialiseerde kennis ter zake en had bovendien een duidelijk tekort aan personeel om de bevoegdheidsoverdracht en het bijkomende werk op te vangen. Daarenboven bleek dat er geen overdracht van personeel van de CREG naar de VREG ging plaatsvinden.<sup>570</sup> De kans was dan ook reëel dat er (1) geen wetgevend kader voor de tariefregulering en (2) geen tariefmethodologie zou bestaan bij de overdracht van de bevoegdheid. Enerzijds diende er dus een decretaal kader te worden opgemaakt voor de distributienettarieven en anderzijds moest de Vlaamse energieregulator een tariefmethodologie uitwerken ofwel (a) op basis van het bestaande federale wettelijk kader ofwel (b) via een nieuwe decretaal kader.<sup>571</sup> Het Groenboek verduidelijkte dat er drie beleidsopties waren. Ten eerste kon men de federale beleidsvisie en de beleidsinstrumenten integraal overnemen. Deze optie werd echter al snel uitgesloten ("geen optie in realiteit").<sup>572</sup> De tweede optie was dat er een volledig eigen Vlaamse beleidsvisie werd ontwikkeld. Bij deze optie vermeldde het Groenboek dat het voordeel ervan is dat men de mogelijkheid creëert om een juridische stabiel, volledig eigen Vlaams beleid uit te werken, met eigen, Vlaamse beleidsaccenten. Het uitwerken van een volledig eigen Vlaams decretaal kader/tariefbeleid, en daarna

---

<sup>568</sup> Advies ADV-2008-4 van de Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt (VREG) van 29 april 2008 met betrekking tot het voorstel tot wijziging van de bijzondere wet tot hervorming van de instellingen op het vlak van de energiebevoegdheden, [www.vreg.be](http://www.vreg.be), 2, 4.

<sup>569</sup> VREG, *Jaarverslag 2013*, [http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/jaarverslag\\_2013.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/jaarverslag_2013.pdf).

<sup>570</sup> Groenboek Zesde staatshervorming, *Deel 1 – Sociaal-Economisch beleid*, 16 september 2013, <http://www.vlaanderen.be/nl/publicaties/detail/groenboek-zesde-staats-hervorming>, 71.

<sup>571</sup> Groenboek Zesde staatshervorming, *Deel 1 – Sociaal-Economisch beleid*, 16 september 2013, <http://www.vlaanderen.be/nl/publicaties/detail/groenboek-zesde-staats-hervorming>, 72.

<sup>572</sup> "Het is een wetgevend kader dat nog niet is toegepast door de CREG en er bestaat dus ook nog geen tariefmethodologie die in overeenstemming is met dit kader". Groenboek Zesde staatshervorming, *Deel 1 – Sociaal-Economisch beleid*, 16 september 2013, <http://www.vlaanderen.be/nl/publicaties/detail/groenboek-zesde-staats-hervorming>, 74.

op basis hiervan een nieuwe tariefmethodologie door de VREG, zou echter veel tijd en inzicht vergen. De derde optie bestond erin dat de federale beleidsvisie werd overgenomen, met toewijzing van de rol inzake het vaststellen van de tariefmethodologie en de goedkeuring van tariefvoorstellen aan de VREG, doch met een sterke vereenvoudiging van de opgelegde procedures en opdrachten voor de energieregulator gecombineerd met de toevoeging van enkele eigen, Vlaamse beleidsaccenten. De zeer strikte opdrachten, procedures en timing ("richtsnoeren") opgelegd aan de energieregulator bij het vastleggen van de tariefmethodologie, zoals opgenomen in de huidige federale wetteksten, moesten daarbij sterk worden vereenvoudigd om tot een wetgevend kader te komen waarin de regulator op een transparante en meer efficiënte wijze in overleg met de distributienetbeheerders zal optreden. Deze optie heeft dezelfde effecten als de tweede optie, met het voordeel dat wellicht sneller en met minder risico voor procedurefouten dan in de tweede optie kan geland worden met de opmaak van het decretaale kader en vervolgens de opmaak van een tariefmethodologie door de regulator.<sup>573</sup> Uiteindelijk heeft men beslist om voor de derde optie te kiezen, o.a. bij gebrek aan een decretaal kader.<sup>574</sup> Zij het dat de VREG stelt dat ze de federale bepalingen niet wenst over te nemen, maar dat zij deze wel als vertrekpunt beschouwen.<sup>575</sup>

**191.** Door de zesde staatshervorming werd de VREG op 1 juli 2014 bevoegd voor de vastlegging van een tariefmethodologie en de goedkeuring van de distributienettarieven voor elektriciteit en aardgas in het Vlaams gewest. Tot eind 2014 golden de door de CREG goedgekeurde distributienettarieven. De methodologie voor de goedkeuring van tarieven moest dus zijn goedgekeurd en vastgelegd zodra de overdracht van de bevoegdheid op 1 juli 2014 een feit was en dit ten laatste eind 2014. De VREG rekende echter op minstens één jaar om een correcte en goed functionerende methodologie op te stellen. Bovendien werd pas in april 2014 extra personeel bij de VREG aangenomen, waardoor de VREG *de facto* maar een half jaar de tijd kreeg om tegen eind 2014 een tariefmethodologie op te stellen. Op dat moment liep immers ook de bevrozing van de energieprijzen af. Gezien de besparingen bij de Vlaamse overheid zouden er echter van de 33 personeelsleden in 2013, maar 30 meer overblijven, waarvan er dan nog eens 7 zouden overgeheveld worden naar het Vlaams Energieagentschap. Op die manier bleef de VREG anno 2015 met nog slechts 23 mensen over. Op deze problematiek zal later nog teruggekomen worden (*infra* nrs. 686 e.v.).

---

<sup>573</sup> Groenboek Zesde staatshervorming, *Deel 1 - Sociaal-Economisch beleid*, 16 september 2013, [http://www.vlaanderen.be/nl/publicaties/detail/groenboek-zesde-staatshervorming\\_76](http://www.vlaanderen.be/nl/publicaties/detail/groenboek-zesde-staatshervorming_76).

<sup>574</sup> Ondanks het feit dat de VREG regelmatig pleitte voor een decretaal kader, zie bijvoorbeeld het advies van 22 november 2013; Verslag namens de Commissie voor Woonbeleid, Stedelijk Beleid en Energie, *Parl.St.* VI.Parl. 2013-2014, nr. 2185/11, 10.

<sup>575</sup> <http://www.vreg.be/sites/default/files/persmededelingen/pers-2014-07.pdf>.

**192.** Op 27 juni 2014 liet de VREG weten dat ze in plaats van de cost plus-methode van de CREG (rendementsregulering) kozen voor de inkomstenregulering als basis.<sup>576</sup> Deze stimuleert efficiënte bedrijfsvoering door benchmarking en een rem op uitgaven, verhoogt de efficiëntie van het administratief toezicht, houdt impliciet rekening met de informatieachterstand van de regulator t.o.v. de gereguleerde en leidt tot een stabiel en transparant regulerend kader. De CWaPE en Brugel kiezen voor een cost plus-methode met een aantal nieuwe elementen. De gewestelijke energieregulators in België kiezen dus niet allen voor eenzelfde aanpak. Op 27 oktober 2014 kondigde de VREG aan dat de verwerking van de binnengekomen gegevens met betrekking tot de kosten en budgetten van de distributienetbeheerders waren afgerond. Op basis van dit inkomen werd dan aan de distributienetbeheerders een tariefvoorstel gevraagd. Dit is in lijn met hetgeen werd voorop gesteld.<sup>577</sup> Eind 2014 legden de distributienetbeheerders dan ook het voorstel voor aan de VREG. De regulator schatte echter ongeveer een half jaar nodig te hebben om conclusies te formuleren, waardoor volgens de VREG moest worden aangenomen dat de nieuwe tarieven er pas zullen zijn rond 1 januari 2016, hoewel in principe vanaf 1 januari 2015 de door de VREG goedgekeurde tarieven voor een periode van 2 jaar moeten gelden. Deze periode zou de VREG de kans kunnen geven om de gekozen tariefmethodologie verder te verfijnen en aan te vullen en de tariefstructuur grondig te herzien. Echter, op 19 december 2014 werden reeds de tarieven gepubliceerd (via de inkomstenregulering als methodologie). De VREG heeft hierbij distributienettarieven voor elektriciteit en aardgas voor Vlaanderen goedgekeurd voor de periode van 2 jaar.<sup>578</sup>

## **E. CONCLUSIE**

**193.** Wat de organisatie en de inrichting van de energieregulators betreft, zijn er vrij aanzienlijke verschillen aanwezig tussen de diverse energieregulators. Zo bestaat de CREG uit een directiecomité, waaronder drie directies vallen, zijnde de Directie Algemene Zaken, de Directie Technische werking van de markten en de Directie Controle prijzen en rekeningen. Het andere orgaan van de CREG is de Geschillenkamer (de vroegere Beroepskamer). Hiernaast bestaat er ook een Adviesraad Gas en Elektriciteit, die bestaat uit vertegenwoordigers van de federale regering en van diverse representatieve organisaties, zoals werknemers-, werkgevers-, middenstands- en verbruikersorganisaties. Er is eveneens een Ombudsdienst. Het toezicht op de CREG wordt, in tegenstelling tot bijvoorbeeld de Brugel en CWaPE (en VREG vroeger) niet uitgeoefend door een of meerdere regeringscommissarissen. De

---

<sup>576</sup> VREG, <http://www.vreg.be/sites/default/files/press-release/pers-2014-07.pdf>, en VREG, [http://www.vreg.be/sites/default/files/press-release/persbericht\\_distributienettarieven\\_2015\\_0.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/press-release/persbericht_distributienettarieven_2015_0.pdf), laatst geconsulteerd op 27 april 2015. Inkomstenregulering gaat uit van het toegestane inkomen van de distributienetbeheerder, dat op voorhand met kennis van zaken wordt vastgelegd. Het niveau wordt bepaald op basis van kostentrend en benchmarking (= onderlinge vergelijking van efficiëntie van netbeheerders).

<sup>577</sup> Verslag namens de Commissie voor Woonbeleid, Stedelijk Beleid en Energie, *Parl.St.* VI.Parl. 2013-2014, nr. 2185/11.

<sup>578</sup> VREG, [http://www.vreg.be/sites/default/files/press-release/persbericht\\_distributienettarieven\\_2015\\_0.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/press-release/persbericht_distributienettarieven_2015_0.pdf), laatst geconsulteerd op 27 april 2015.

VREG bestaat uit een raad van bestuur, met aan het hoofd een gedelegeerd bestuurder. De raad van bestuur bevat vertegenwoordigers, aangeduid door de Vlaamse regering. Zij staan in voor het dagelijks bestuur. Hiernaast is er een directieraad, waaronder de drie directies functioneren: de directie marktwerking, de directie netbeheer en de directie organisatie- en beleidsondersteunende diensten. Brugel kent nog een andere samenstelling, en bestaat uit een Geschillendienst, een raad van bestuur en de opdrachthouders. De Brusselse energieregulator kent eveneens, net zoals de VREG, een raad van bestuur. Deze raad van bestuur is samengesteld uit een voorzitter en vier bestuurders. Binnenin de raad van bestuur zetelen echter eveneens twee (regerings)commissarissen, die zijn aangewezen door de Brusselse regering. Zij nemen deel aan de vergaderingen van de raad van bestuur, maar zetelen als waarnemers, zonder stemrecht. Het administratief toezicht wordt bijgevolg uitgeoefend door twee regeringscommissarissen. Het andere orgaan van Brugel zijn de "opdrachthouders". Zij nemen functies waar binnen Brugel, maar blijven deel uitmaken van het BIM, het Brussel Instituut voor Milieubeheer, de *administratie* bevoegd voor leefmilieu. Bij deze nauwe banden tussen een onafhankelijke energieregulator en de regering(sinstanties) – alleen al qua vorm en inrichting – moeten, in het licht van het derde Europese liberaliseringspakket, serieuze vragen inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid worden gesteld. De CWaPE bestaat eveneens uit een directiecomité, bestaand uit een voorzitter en vier directeurs. De Waalse energieregulator bestaat uit een technische directie, een socio-economische directie, een directie hernieuwbare energie en een directie juridische en consumentenzaken. Bovendien is er ook nog een administratieve en ondersteunende eenheid aanwezig. Net zoals bij de CREG is er eveneens een Algemene Raad aanwezig (het vroegere Energiecomité), zij het buiten de CWaPE zelf. De regulator beschikt eveneens over een bemiddelingsdienst, alsook over een Geschillenkamer. Net als bij de Brusselse energieregulator Brugel, wordt het administratief toezicht uitgeoefend door twee regeringscommissarissen.

**194.** De organisatie van de vier energieregulators in België wordt duidelijk op een verschillende manier ingevuld:

	<b>Energieregulators bij hun oprichting</b>	<b>Energieregulators vandaag</b>
De Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas CREG	<p>Wetgeving: opgericht door de Elektriciteitswet 29 april 1999, als:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Autonom organisme met rechtspersoonlijkheid</li> </ul> <p>Organen:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Directiecomité</li> <li>- Algemene Raad (oefende toezicht uit op het</li> </ul>	<p>Geldende wetgeving: Elektriciteitswet 29 april 1999 en Gaswet 12 april 1965</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Autonom organisme met rechtspersoonlijkheid</li> </ul> <p>Organen:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Directiecomité <ul style="list-style-type: none"> <li>➢ Directie Algemene Zaken</li> <li>➢ Directie Technische werking van de markt</li> <li>➢ Directie Controle prijzen en rekeningen</li> </ul> </li> <li>- Geschillenkamer (<i>niet operationeel</i>)</li> </ul>

	<p>directiecomité)</p> <p>Binnen de CREG werd eveneens een Beroepskamer opgericht; en "in de schoot van de Commissie" een ombudsdienst</p>	<p>BUITEN de CREG:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Adviesraad Gas en Elektriciteit (voormalige Algemene Raad; uitspraak GwH nr. 117/2013)</li> <li>- Ombudsdienst (een autonome dienst met rechtspersoonlijkheid - operationeel sinds 2010)</li> </ul>
<p>De Vlaamse regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt VREG</p>	<p>Wetgeving: opgericht door het Elektriciteitsdecreet 17 juli 2000, als:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Instelling van openbaar nut met rechtspersoonlijkheid</li> </ul> <p>Bestond uit: dagelijks bestuur en een permanent secretariaat Toezicht: één overheidscommissaris</p>	<p>Geldende wetgeving: Energiedecreet 8 mei 2009</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Autonome dienst met rechtspersoonlijkheid (sinds 2016)</li> </ul> <p>Organen:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Uitgebreide raad van bestuur</li> <li>- Algemeen directeur</li> <li>- Directies: <ul style="list-style-type: none"> <li>➢ Directie Marktwerking</li> <li>➢ Directie Netbeheer</li> <li>➢ Directie organisatie- en beleidsondersteunende diensten</li> </ul> </li> </ul> <p>Bemiddeling en geschilbeslechting door de VREG zelf Toezicht door het parlement</p>
<p>La Commission wallonne pour l'Energie CWaPE</p>	<p>Wetgeving: opgericht door het Waals Elektriciteitsdecreet 12 april 2001, als:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Een autonoom orgaan met rechtspersoonlijkheid</li> </ul> <p>Directies:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>➢ Directie voor de technische werking van de markt,</li> <li>➢ Directie voor de controle van de plichten van openbare diensten van de methoden ter bevordering van milieuvriendelijke energie</li> <li>➢ Een administratieve directie</li> </ul> <p>Bemiddelings- en arbitragedienst BINNEN de CWaPE: een autonoom orgaan "Beroepskamer" Energiecomité Toezicht: 2 overheidscommissarissen</p>	<p>Geldende wetgeving: Waals Elektriciteitsdecreet</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Een autonoom orgaan met rechtspersoonlijkheid</li> </ul> <p>Organen :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Directiecomité <ul style="list-style-type: none"> <li>➢ Technische directie</li> <li>➢ Socio-economische directie</li> <li>➢ Directie hernieuwbare energie</li> <li>➢ Directie juridische en consumentenzaken <ul style="list-style-type: none"> <li>• Hieronder: bemiddelingsdienst</li> </ul> </li> <li>➢ Ondersteunende eenheid</li> </ul> </li> </ul> <p>Geschillenkamer Het Energiecomité werd door het decreet van 11 maart 2014 omgedoopt tot de Algemene Raad</p> <p>Toezicht: 2 overheidscommissarissen</p>
<p>De Brusselse regulator voor energie</p>	<p>Wetgeving: opgericht door de Elektriciteitsordonnantie 19 juli 2001,</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- geen afzonderlijke reguleringsinstantie</li> </ul>	<p>Geldende wetgeving: Elektriciteits- en Gasordonnantie, Wijzigingsordonnantie 2006 en 2011:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- oprichting Brugel in 2006</li> <li>- autonome instelling met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid</li> </ul>



Brugel	<ul style="list-style-type: none"> <li>- gedeeltelijk door administratie bevoegd voor energie en leefmilieu (Brussels Instituut voor Milieubeheer – BIM – Dienst Energie)</li> <li>- gedeeltelijk door de Brusselse regering</li> </ul> <p>Bemiddelingsdienst Geschillenkamer</p>	<p>Organen (2 entiteiten):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Raad van bestuur (aanwezigheid 2 regeringscommissarissen)</li> <li>- De opdrachthouders</li> </ul> <p>Geschillendienst</p>
--------	---	--

Deze verschillende invulling heeft echter ook een weerslag op de onafhankelijkheid van de regulatoren en hun verantwoordingsplicht. Zo lijkt de CREG, vandaag qua inrichting en toezicht het behoorlijk onafhankelijk. De onafhankelijkheid van de VREG werd beperkt door de EVA structuur en de toepassing van het Kaderdecreet. De toekomstige VREG daarentegen zal op een volledige andere manier worden ingevuld. Brugel lijkt dan weer de nauwste band te hebben met het bestuur. Dit zijn echter vaststellingen, louter en alleen gebaseerd op organisatorische gegevens. De concrete inhoudelijke verhoudingen inzake het uitoefenen van hun taken en bevoegdheden worden besproken in volgende hoofdstukken. Daarbij zal ook het organisatorisch aspect nog veel verder worden uitgediept en besproken. In dat opzicht zal dan ook moeten blijken of bovenstaande *prima facie* beoordeling inzake onafhankelijkheid ook *de facto* wel klopt.

**195.** Wat de bevoegdheidsverdeling inzake energie in België betreft, kan worden vastgesteld dat de hervormingen van de Belgische staatsstructuur en de daarmee samenhangende bevoegdheidsoverdrachten ervoor hebben gezorgd dat de gewestelijke bevoegdheden over de jaren heen gevoelig zijn uitgebreid. Begin jaren tachtig bleek echter duidelijk uit de parlementaire voorbereiding bij de BWHI dat het beleidsdomein energie geen echte prioriteit had, waardoor ook de bevoegdheidsverdeling inzake energie nauwelijks aanleiding gaf tot enige discussie. De algemene termen van de toepasselijke bepalingen en de vaagheid van de parlementaire voorbereiding zorgde voor onduidelijke grenzen aan de bevoegdheidsverdeling tussen het federale niveau en de gewesten. Bovendien ontbrak in die periode eveneens relevante rechtspraak om een mogelijk verduidelijkend perspectief te bieden. Echter, aangezien de federale overheid met de BWHI van 1980 beschikte over een zeer algemene bevoegdheid, konden de belangrijkste bevoegdheidsproblemen zonder veel discussie worden opgevangen.

**196.** De bijzondere wet van 8 augustus 1988 veranderde dit. De bevoegdheden van de gewesten werden uitgebreid, maar de bepalingen bleven

even onduidelijk, waardoor de daadwerkelijke uitoefening van de bevoegdheden zo mogelijk nog onduidelijker werd. Pas na de Europese liberalisering kreeg men meer aandacht voor het beleidsdomein energie, waardoor ook de bevoegdheid enigszins invulling kreeg en waar grenzen werden bepaald. De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof speelde daarin een belangrijke rol. Daarenboven werden in uitvoering van de Europese regelgeving de energieregulatoren opgericht, hetgeen ervoor zorgde dat de bevoegdheidsverdeling inzake energie een praktische en werkbare vertaling diende te krijgen in de bevoegdheden van deze energieregulatoren. In 1998 kwam de senaatscommissie voor Institutionele aangelegenheden samen in het kader van de evaluatie van de werking van de nieuwe federale structuren. De commissie stelde daarbij vast dat "de formulering van artikel 6, § 1, VII niet zeer geslaagd is en kan worden verbeterd."<sup>579</sup>

**197.** Echter pas met het derde Europese liberaliseringspakket werd de aandacht gevestigd op het belang van de energiesector en de vrijmaking ervan. Dit belang sijpelde langzaam door in België, waardoor aan de bevoegdheidsverdeling inzake energie meer belang werd gehecht. Met de zesde staatshervorming bleek dit duidelijk. De bevoegdheden werden toen gezien als een instrument tot het aanpakken en reguleren van een algemene economische crisis (inzake prijsbeleid). Bovendien kreeg men meer aandacht voor de (draagwijdte van de) energietarieven, o.a. door de verhuis van de distributietarieven van het federale niveau naar het gewestelijke niveau. Een verhuis die bovendien gepaard ging met een stevige discussie inzake het doorrekenen van de kost van de groenestroomcertificaten in de tarieven. Ook de bevoorradings(on)zekerheid in de winter van 2014 zorgde ervoor dat het energiebeleid een belangrijk(er) onderwerp werd.

**198.** Het analyseren van de bevoegdheidsverdeling inzake energie en het aankaarten van bepaalde problemen duidde aan dat deze verdeling een essentiële invloed heeft op de bevoegdheden van de energieregulatoren in België. De onduidelijkheid inzake de bevoegdheidsverdeling wordt immers weerspiegeld in hun werking. Het probleem blijft echter dat de bevoegdheidsverdeling, bijvoorbeeld inzake elektriciteit, niet overeenkomt met de technische werkelijkheid (bv. laagspanning/hoogspanning). Bovendien blijven er ontzettend veel onduidelijkheden bestaan inzake definiëring en interpretatie, bijvoorbeeld inzake de afbakening van de begrippen "vervoer", "openbare gasdistributie", "nieuwe of hernieuwbare energiebronnen", "rationeel energiegebruik", etc.

**199.** Daarenboven heeft het verder opsplitsen van de energiebevoegdheden over een aantal niveaus een ongunstig effect op de efficiëntie van het beleid

---

<sup>579</sup> Evaluatie van de werking van de nieuwe federale structuren, verslag namens de commissie voor de institutionele aangelegenheden uitgebracht door de heren Caluwé, Coene, Desmedt en Hotyat, *Parl.St.* Senaat 1998-1999, 1-1333, 1.

indien men geen eenvormigheid en homogeniteit in acht neemt. De bevoegdheidspakketten zijn niet duidelijk afgelijnd en zorgen voor overlappingsen en interpretatiemoeilijkheden. Zo zijn het prijsbeleid en de energiebevoegdheden niet op elkaar afgestemd, hetgeen efficiënt en effectief toezicht en een goede marktmonitoring bemoeilijkt. Zoals de VREG het formuleert, is er om "een goed bestuur" op beide beleidsniveaus inzake energie te kunnen uitbouwen, een duidelijke bevoegdheidsverdeling tussen de federale overheid en de gewesten nodig. De zesde staatshervorming voldoet slechts gedeeltelijk aan deze voorwaarden.<sup>580</sup>

---

<sup>580</sup> Advies ADV-2008-4 van de Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt (VREG) van 29 april 2008 met betrekking tot het voorstel tot wijziging van de bijzondere wet tot hervorming van de instellingen op het vlak van de energiebevoegdheden, [www.vreg.be](http://www.vreg.be). 6 en 7.



## Hoofdstuk 3 – De probleemstelling in het licht van de eisen van legitimiteit

### A. INLEIDING

**200.** Energieregulatoren moeten onafhankelijk zijn, zoveel is duidelijk. Dit wil evenwel niet zeggen dat zij opereren in een juridisch en maatschappelijk vacuüm. De energieregulatoren bevinden zich in immers op het kruispunt van de diverse economische belangen van de verschillende stakeholders in onze maatschappij. Zij moeten in alle onafhankelijkheid beslissingen kunnen nemen maar moeten dit ook aftoetsten met de stakeholders en de betrokkenen. Bovendien moeten zij hun beslissingen afdoende motiveren en worden zij eveneens getoetst door de rechterlijke instanties. Daarnaast werken de nationale energieregulatoren op Europees vlak ook nauw met elkaar samen en vervullen zij een cruciale rol in de verwezenlijking van de Europese interne energiemarkt. Daarenboven beschikken de energieregulatoren over uitgebreide bevoegdheden en een ruim takenpakket. Het is fundamenteel dat zij deze taken en bevoegdheden op een onafhankelijke, efficiënte en effectieve wijze kunnen uitoefenen. Zij kunnen dit *niet* op voldoende wijze nastreven indien er juridische problemen rijzen met betrekking tot hun positie en de uitoefening van hun bevoegdheden. Een duidelijke juridische inbedding in de fundamenten van ons rechtsstelsel is daarom essentieel.

**201.** Een onafhankelijke energieregulator moet bijgevolg een *legitieme* energieregulator zijn: gerechtvaardigd, wettelijk, politiek erkend en maatschappelijk geaccepteerd. Elk van de probleemstellingen uit het onderzoeksopzet, die gerelateerd zijn aan het juridisch statuut van de energieregulatoren, zijn dan ook gelieerd aan hun legitimiteit. Verschillende auteurs poneren bijvoorbeeld dat de onafhankelijkheid van de energieregulatoren, gecombineerd met hun beperkte politieke verantwoordelijkheid, ertoe leidt dat de democratische legitimiteit van de regulatoren onder druk komt te staan.<sup>581</sup> Wat zij daarbij uit het oog verliezen is dat de rechtstreekse democratische legitimiteit uit meer bestaat dan enkel de electorale component.

---

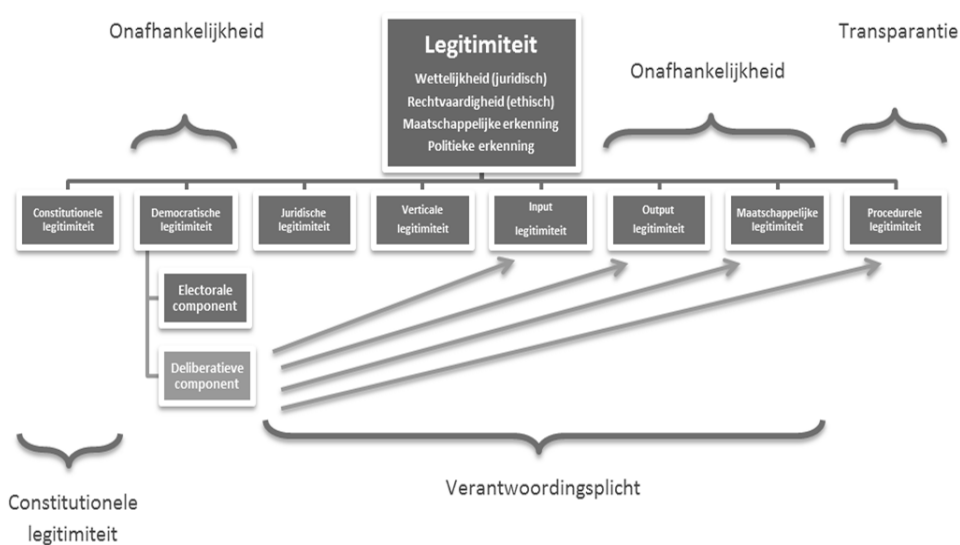
<sup>581</sup> Zie o.a. S. ZIJLSTRA, "Zbo's, marktautoriteiten en regelgevende bevoegdheden", *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2005, afl. 1, (2) 6; S. ZIJLSTRA, Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat: een onderzoek naar democratisch-rechtsstatelijke en positiefrechtelijke aspecten van het gebruik van zelfstandige bestuursorganen, meer in het bijzonder op gemeentelijk niveau, 's-Gravenhage, VUGA, 1997, 99 e.v.; S. DE SOMER, "International and European impulse with regard to the creation of autonomous public bodies: an emerging trend", *UCL Journal of Law and Jurisprudence* 2014, (58) 67; C. DEGREEF en S. DE SOMER, "Accountability van de federale en de Vlaamse Energieregulator of toezicht op de toezichthouders na het derde energiepakket", *MER* 2013, (77) 96; Y. PAPADOPOULOS, "Cooperative forms of governance: Problems of democratic accountability in complex environments", *European Journal of Political Research* 2003, (473) 473; Y. PAPADOPOULOS, "Problems of Democratic Accountability in Network and Multilevel Governance", *European Law Journal* 2007, (469) 471; G. MAJONE, "The regulatory state and its legitimacy problems", *Western European Politics* 1999, 1-24; M. THATCHER, "Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation", *Western European Politics* 2011, (125) 125.

Het maatschappelijk vertrouwen en de inbreng van de stakeholders (maatschappelijke en inputlegitimiteit), samen met de efficiëntie van de besluitvorming en de expertise van energieregulatoren (outputlegitimiteit), en de procedurele waarborgen zoals de motivering en de openbaarheid (procedurele legitimiteit) representeren evengoed de democratische legitimiteit van de energieregulatoren. Het gaat daarbij evenwel niet om een electorale component, maar wel om een *deliberatieve* component van de democratische legitimiteit. Democratie omvat immers meer dan de loutere volksvertegenwoordiging.

De legitimiteit van de energieregulator wordt daarnaast versterkt door hun verantwoordingsplicht: zowel grensoverschrijdende netwerken en Europese toezichthouders, als rechterlijke toetsing en parlementaire controle vormen controlemechanismen waardoor de energieregulatoren verantwoording afleggen.

Deze verschillende vormen van legitimiteit vormen de kern van dit onderzoek: zij vormen immers de verbinding tussen de onafhankelijkheid en de verantwoordingsplicht van de energieregulator. Zij vormen het verschil tussen een "onafhankelijke en totalitaire energieregulator" en een "onafhankelijke en ingebedde energieregulator".

202. Schematisch geeft dit volgend overzicht:



In totaal zijn er dus acht verschillende vormen van legitimiteit. Deze worden reeds in dit hoofdstuk (Hoofdstuk 3) beknopt onderzocht en toegelicht. Onderstaand hoofdstuk vormt bijgevolg het globaal kader op basis waarvan dit werk verder vorm zal aannemen en uitgewerkt zal worden.

## B. LEGITIMITEIT

203. Het begrip "legitimiteit" is een complexe term die verschillende elementen omvat en daarom vaak op verschillende manieren gedefinieerd wordt.<sup>582</sup> Een van de diverse definities uit de politieke wetenschappen wordt gegeven door BEETHAM en LORD.<sup>583</sup> Er is volgens hen sprake van legitimiteit "wanneer het politieke gezag wordt verworven en uitgeoefend op grond van gevestigde regels (legaliteit); de regels gerechtvaardigd zijn op grond van sociaal aanvaarde overtuigingen over de rechtmatige bron van gezag, en de juiste doeleinden en standaarden van bestuur; en de gezagsposities worden bevestigd door de uitdrukkelijke instemming of bevestiging van gepaste ondergeschikten, en door de erkenning van ander legitiem gezag (legitimering)".<sup>584</sup>

204. Het Witboek van de Europese Commissie uit 2001 inzake Europese Governance stelt dat de besluitvorming **legitimiteit** ontleent aan haar inherente kwaliteit: de besluitvorming moet gekenmerkt worden door openheid, participatie, verantwoordingsplicht, doeltreffendheid en samenhang.<sup>585</sup> Volgens de Europese Commissie is elk van deze beginselen van groot belang om een democratischere vorm van *governance* tot stand te doen brengen.<sup>586</sup> De beginselen liggen ten grondslag aan de democratie en de rechtsstaat in de lidstaten, maar zijn van toepassing op alle bestuursniveaus: mondiaal, Europees, nationaal, regionaal en lokaal.

205. BOKHORST geeft in haar doctoraat volgende definitie: "legitimiteit is het gerechtvaardigde, wettelijke, politiek erkende en maatschappelijk geaccepteerde recht om gezag uit te oefenen. Legitimiteit wordt bepaald door de mate waarin macht ethisch gerechtvaardigd, juridisch gewettigd, door allen politiek erkend en door ondergeschikten maatschappelijk geaccepteerd is".<sup>587</sup> De auteur gaat uit van vier dimensies van legitimiteit: een ethische dimensie, een maatschappelijke dimensie (*informele dimensies*), een juridische dimensie en een politieke dimensie (*formele dimensies*).<sup>588</sup> Een van de vier dimensies van legitimiteit is de juridische dimensie: de mate waarin beleid en bestuurlijk optreden gewettigd

<sup>582</sup> Voor een overzicht zie F. SCHRAM, *Burger en Bestuur. Een introductie tot een complexe verhouding*, Brussel, Politeia, 2014, 171-200.

<sup>583</sup> D. BEETHAM en C. LORD, *Legitimacy and the European Union*, Londen, Longman, 1998, 144.

<sup>584</sup> D. BEETHAM en C. LORD, *Legitimacy and the European Union*, Londen, Longman, 1998, 144.

<sup>585</sup> COM(2001)425DEF, *European Governance. Een Witboek*, Pb.L. 12 oktober 2001, afl. 287, 1-29. Zie ook P. POPELIER, "De juridische implicaties van het EU-beleid inzake Betere Regelgeving: over legitimiteit en rechterlijk toezicht", *SEW* 2011, afl. 2, (51) 52.

<sup>586</sup> De Engelstalige term *governance* wordt eveneens gebruikt in de Nederlandstalige versie van het witboek van de Europese Commissie en heeft voornamelijk betrekking op een deliberatieve vorm besluitvorming (of besluitvormingsproces): "In het Witboek wordt voorgesteld het besluitvormingsproces opener te maken om meer mensen en organisaties te betrekken bij de totstandkoming en de uitvoering van het EU-beleid. Het Witboek pleit voor meer openheid, verantwoordingsplicht en verantwoordelijkheid voor alle betrokkenen".

<sup>587</sup> M. BOKHORST, *Bronnen van legitimiteit. Over de zoektocht van de wetgever naar zeggenschap en gezag*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 20.

<sup>588</sup> M. BOKHORST, *Bronnen van legitimiteit. Over de zoektocht van de wetgever naar zeggenschap en gezag*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 20; F. SCHRAM, *Burger en Bestuur. Een introductie tot een complexe verhouding*, Brussel, Politeia, 2014, 193.

zijn.<sup>589</sup> Koppelt men dit aan de democratie dan houdt de legitimiteit verband met participatie, de representativiteit en de responsiviteit.<sup>590</sup> Een legitieme energieregulator is bijgevolg een instantie die beschikt over het gerechtvaardigde, wettelijke, politiek erkende en maatschappelijk geaccepteerde recht om gezag uit te oefenen.<sup>591</sup> De legitimiteit van de energieregulator hangt daarbij af van de mate waarin hun macht geaccepteerd en beschouwd wordt als rechtvaardig, wettelijk, politiek en maatschappelijk erkend.<sup>592</sup>

### C. DEMOCRATISCHE LEGITIMITEIT

206. Aangezien de onafhankelijkheid van de energieregulators ten aanzien van de politiek voornamelijk vragen opwerpt inzake de democratische legitimiteit van de energieregulators – in die zin dat politieke verantwoording *onverenigbaar* is met hun onafhankelijkheid – vormt deze vorm van legitimiteit het uitgangspunt van dit hoofdstuk. Vanuit de vraagstelling “of energieregulators wel over voldoende democratische legitimiteit beschikken?” worden verschillende voorstellen geformuleerd om deze democratische legitimiteit enerzijds aan te vullen en anderzijds te versterken met andere vormen van legitimiteit.

#### 1. Een parlementaire regime

207. België wordt gekenmerkt door een parlementair regime, waarin het parlement rechtstreeks verkozen wordt door de burger. Bijgevolg bezit alleen het parlement een democratische legitimiteit.<sup>593</sup> Het staatshoofd en de ministers en staatssecretarissen worden niet verkozen, maar worden aangeduid. Het staatshoofd, de Koning, wordt via erfopvolging aangeduid, terwijl de ministers en staatssecretarissen worden benoemd. Samen vormen zij de regering. Aangezien de regering niet rechtstreeks is verkozen en dus over geen democratische legitimiteit beschikt, dient zij **verantwoording** af te leggen aan het parlement.<sup>594</sup> Het voorgaande impliceert een zekere parlementaire invloed, een invloed die eveneens van toepassing is op de energieregulators. Dit zowel qua personele samenstelling van de energieregulators en de marktautoriteiten, als qua parlementaire controle op hun functioneren. De invloed is in beginsel slechts **indirect**. Doorgaans is het immers de regering of de minister die invloed uitoefent op de samenstelling en taakuitoefening van de marktautoriteiten of energieregulators, waarna vervolgens het parlement – via de ministeriële

---

<sup>589</sup> M. BOKHORST, *Bronnen van legitimiteit. Over de zoektocht van de wetgever naar zeggenschap en gezag*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 27.

<sup>590</sup> F. SCHRAM, *Burger en Bestuur. Een introductie tot een complexe verhouding*, Brussel, Politeia, 2014, 195.

<sup>591</sup> M. BOKHORST, *Bronnen van legitimiteit. Over de zoektocht van de wetgever naar zeggenschap en gezag*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 20.

<sup>592</sup> M. BOKHORST, *Bronnen van legitimiteit. Over de zoektocht van de wetgever naar zeggenschap en gezag*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 20.

<sup>593</sup> T. DE PELSMAKER, G. GOEDERTIER, J. GOOSSENS, Y. HAECK en J. VANDE LANOTTE, *Handboek Belgisch Publiekrecht. Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 213.

<sup>594</sup> T. DE PELSMAKER, G. GOEDERTIER, J. GOOSSENS, Y. HAECK en J. VANDE LANOTTE, *Handboek Belgisch Publiekrecht. Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 213.



verantwoordelijkheid – de minister aanspreekt.<sup>595</sup> De energieregulatoren kunnen bijgevolg ter verantwoording worden geroepen via de minister bevoegd voor energie.

## 2. Democratie

**208.** Aangezien gezagsdragers beschikken over een ruime beoordelingsbevoegdheid, is het belangrijk dat de Grondwet machtsmisbruik tegen gaat. In de positieve zin dient de Grondwet er eveneens voor te zorgen dat de gezagsstructuren op dergelijke manier worden ingericht dat het recht en de rechtvaardigheid niet te ver uiteenlopen. Het staatsgezag in België wordt hiertoe ingevuld door de *democratie*.<sup>596</sup> De Belgische democratie is echter geen zuivere democratie, in die zin dat niet elk orgaan rechtstreeks verkozen wordt door de burger. De Grondwet laat dan ook uitdrukkelijk ruimte voor niet-gekozen organen. Bijgevolg worden niet alle gezagsdragers rechtstreeks verkozen door de burger. Toch leek de voorkeur van de wetgever, zeker anno 1830, uit te gaan van een voorkeur voor democratisch verkozen organen, zoals het parlement. Dit uit vrees voor absolutistische heersers.

De invulling van het principe en de vormgeving van het begrip “democratie” is dan ook afhankelijk van tijd en plaats en wordt gedetermineerd door de inzichten over mens en maatschappij in een bepaalde periode.<sup>597</sup> Het is bijgevolg een historisch evolutief principe. De Belgische Grondwet van 1831 baseerde de democratie in België op het principe van de nationale soevereiniteit. Hierbij is de natie een abstracte, ondeelbare en blijvende collectiviteit die de burgers uit het verleden, het heden en de toekomst omvat”.<sup>598</sup> Artikel 42 GW is een van de gevolgen van de theorie van de nationale soevereiniteit<sup>599</sup> en stelt dat de leden van beide Kamers de Natie vertegenwoordigen en niet enkel degenen die hen hebben verkozen.

**209.** In het algemeen wordt de democratie voorgesteld als een regeringsvorm waarbij het *volk* als zodanig wordt betrokken bij de totstandkoming van de wetten – hoe aan die betrokkenheid verder ook wordt vormgegeven – en waarbij die voorstelling precies de machtsuitoefening legitimeert.<sup>600</sup> België kent een *representatieve democratie*, via vertegenwoordiging door het parlement (art. 42 GW). De democratie kan immers niet worden vormgegeven zonder de gedachte van een autoriteit die noodzakelijk is om een samenlevingsverband te structureren en overeind te houden. De organisatie van de democratie is

<sup>595</sup> L. VERHEY en N. VERHEIJ, “De macht van de marktmeesters” in A. VAN ROSSUM, L. VERHEY en N. VERHEIJ (eds.), *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2005), Deventer, Kluwer, 2005, (139) 177.

<sup>596</sup> P. SCHOLLEN, *De greep van de wetgever op de rechter*, Brugge, die Keure, 2011, 18.

<sup>597</sup> F. SCHRAM, *Burger en Bestuur. Een introductie tot een complexe verhouding*, Brussel, Politeia, 2014, 226; P. POPELIER, “Governance and Better Regulation: Dealing with the Legitimacy Paradox”, *European Public Law* 2011, afl. 3, (555) 556; P. POPELIER, *Democratisch regelgeven*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 17.

<sup>598</sup> A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 120.

<sup>599</sup> M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, ULB, Bruylant, 2014, 22.

<sup>600</sup> F. SCHRAM, *Burger en Bestuur. Een introductie tot een complexe verhouding*, Brussel, Politeia, 2014, 227; P. POPELIER, *Democratisch regelgeven*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 20.

bijgevolg gesteund op van het volk onderscheiden publieke instellingen, die de machten concentreren en uitoefenen.<sup>601</sup> Een democratische *staat* is bijgevolg “een regeringsvorm, volgens dewelke de personen die zijn onderworpen aan de publiekrechtelijke besluitvorming, betrokken zijn bij de totstandkoming ervan, in functie van de vrijheid”.<sup>602</sup> Net zoals de rechtsstaat, is het begrip “de democratische staat” een dynamisch gegeven: het is historisch, open, relatief en onbepaald.<sup>603</sup> De democratische staat is *historisch* in die zin dat het begrip wordt beïnvloed door de tijd en de context, maar heeft eveneens een constante kerninhoud. De democratische staat is *open* in die zin dat er een constant streven naar vrijheid is.<sup>604</sup> De democratische staat is *relatief* in die zin dat het beginsel tegenover andere beginselen kan komen te staan en dat de realisatie ervan verschilt naar gelang de historische omstandigheden.<sup>605</sup> Het principe is ook *onbepaald*, aangezien het een algemene en abstracte uitdrukking is die weinig dienstbaar is in de praktijk. De definitie geeft de kern weer, maar moet uitgewerkt worden in andere, meer tastbare rechtsbeginselen. De democratische staat is ook rationeel. Die rationaliteit ligt in de eerste plaats in het *legitimitieitsprincipe*, dat seculier is opgevat (via het stemrecht) en niet wordt gezocht in een goddelijke oorsprong.<sup>606</sup> Twee elementen komen volgens POPELIER evenwel steeds terug: de participatie van het volk in de collectieve besluitvorming en de idee van rationaliteit, waarbij rationele mensen geleid moeten worden door rationele wetgeving.<sup>607</sup>

**210.** Volgens LAUVAUX is het *legitimatieprincipe* op basis waarvan de democratie als regeringsvorm wordt ingericht essentieel,<sup>608</sup> waarbij voor België vooral de representativiteitsgedachte belangrijk is.<sup>609</sup> In volgende sectie wordt daarom dieper ingegaan bij het begrip “democratische legitimiteit”. Des te meer omdat de democratische legitimiteit van de energieregulatoren wel eens in vraag wordt gesteld.

**211.** Ook **Nederland** is een parlementaire democratie. Het democratiebeginsel is erop gericht burgers zeggenschap te geven over het overheidsbeleid.<sup>610</sup> Het uitgangspunt daarbij is dat een volk de uiteindelijke zeggenschap heeft, in ieder geval via regelmatige en geheime verkiezingen, hoewel HERINGA eveneens benadrukt dat het begrip in talloze betekenissen voorkomt. De verschillende opvattingen variëren van de gedachte dat democratie een stelsel is waarmee op vreedzame wijze van machthebbers kan

<sup>601</sup> P. POPELIER, *Democratisch regelgeven*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 13.

<sup>602</sup> P. POPELIER, *Democratisch regelgeven*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 105.

<sup>603</sup> P. POPELIER, *Democratisch regelgeven*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 83.

<sup>604</sup> F. SCHRAM, *Burger en Bestuur. Een introductie tot een complexe verhouding*, Brussel, Politeia, 2014, 229.

<sup>605</sup> F. SCHRAM, *Burger en Bestuur. Een introductie tot een complexe verhouding*, Brussel, Politeia, 2014, 227.

<sup>606</sup> P. POPELIER, *Democratisch regelgeven*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 83-84.

<sup>607</sup> P. POPELIER, “Governance and Better Regulation: Dealing with the Legitimacy Paradox”, *European Public Law* 2011, afl. 3, (555) 556.

<sup>608</sup> P. LAUVAUX, *Les grandes démocraties contemporaines*, Parijs, P.U.F., 1990, 15.

<sup>609</sup> P. POPELIER, *Democratisch regelgeven*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 20.

<sup>610</sup> L. VERHEY en N. VERHEIJ, “De macht van de marktmeesters” in A. VAN ROSSUM, L. VERHEY en N. VERHEIJ (eds.), *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2005), Deventer, Kluwer, 2005, (139) 176.

worden gewisseld tot de wens dat eenieder kan meebeslissen inzake tal van elementen die voor hem of haar of voor de samenleving van belang zijn.<sup>611</sup>

**212.** De **Verenigde Staten van Amerika** is eveneens een democratische rechtsstaat,<sup>612</sup> dit evenwel met een presidentieel stelsel in plaats van een parlementair stelsel. Van een presidentieel stelsel is er sprake wanneer er naast het democratisch verkozen parlement ook een direct verkozen President is, die tegenover het parlement een eigen mandaat heeft en eigen specifiek omschreven bevoegdheden.<sup>613</sup> De President en het Amerikaanse Congres worden verschillend van elkaar verkozen, op separate tijdstippen. Omdat de zittingstermijn van de president vier jaar is en de verkiezingen voor het Huis van Afgevaardigden (volledig aantal leden) en de Senaat (voor 1/3 van de leden) om de twee jaar plaatsvinden, kan de politieke agenda zeer verschillend zijn.<sup>614</sup> Er is geen vertrouwensband tussen de President en het parlement. De president kan bijgevolg het parlement niet ontbinden en het parlement kan de president niet via een motie van wantrouwen afzetten. Dit is in België en Nederland wel het geval in de relatie tussen de regering en het parlement.

### **3. Democratische legitimiteit is een ruim begrip**

**213.** Voor zover overheidsbeslissingen worden overgelaten aan niet rechtstreeks verkozen bestuurders, dienen deze laatsten in beginsel te worden aangewezen door een algemeen vertegenwoordigend orgaan, zijnde het parlement. Bovendien dienen zij door dat orgaan te worden gecontroleerd.<sup>615</sup> In België en in Nederland is de parlementaire invloed evenwel indirect. Het is immers doorgaans de verantwoordelijke minister die invloed uitoefent op de samenstelling van en de taakuitoefening door nationale regulatoren. Vervolgens kan het parlement de minister aanspreken via de ministeriële verantwoordelijkheid. Juist die ministeriële verantwoordelijkheid ligt echter gevoelig wanneer het gaat om *politiek onafhankelijke* energieregulatoren.

Het overheidsoptreden moet evenwel democratisch gelegitimeerd zijn. Dit criterium valt volgens de Nederlandse Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR 2000; SCHELTEMA *et al.*) uiteen in tenminste drie delen: (1) de eis van algemeen actief en passief kiesrecht, (2) de eis van democratische sturing (vertegenwoordigende lichamen geven sturing aan de uitoefening van publieke bevoegdheden of van de besteding van publieke middelen) en (3) de eis van democratische verantwoording (het bestuur is verantwoording verschuldigd aan de vertegenwoordigende lichamen). Aan deze

---

<sup>611</sup> A. HERINGA, *Boom Basics Staatsrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 19.

<sup>612</sup> E. DE JONGE, *Amerikaans Staatsrecht. Beschouwingen over de rule of Law, staatsinstellingen en politiek in de Verenigde Staten van Noord-Amerika*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers (WLP), 2012, 9.

<sup>613</sup> A. HERINGA, *Boom Basics Staatsrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 25.

<sup>614</sup> A. HERINGA, *Boom Basics Staatsrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 25.

<sup>615</sup> L. VERHEY en N. VERHEIJ, "De macht van de marktmeesters" in A. VAN ROSSUM, L. VERHEY en N. VERHEIJ (eds.), *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2005), Deventer, Kluwer, 2005, (139) 177.

laatste eis wordt vaak de politieke (ministeriële) verantwoordelijkheid als instrument gekoppeld.<sup>616</sup>

De kern van de democratische legitimatie ligt volgens BOVENS en SCHELTMA primair in de bepaling van de publieke belangen zelf, dus in de democratische sturing. Hoewel dit beginsel de noodzaak aan controle en verantwoording impliceert, kan dit volgens de auteurs **bij voorkeur langs andere wegen dan de politieke verantwoordelijkheid** gebeuren.<sup>617</sup> Publieke belangen worden democratisch gelegitimeerd door uitspraken van de formele wetgever, waar en door wie ze ook worden behartigd. Het is volgens de auteurs onjuist om te stellen dat de democratische legitimitieit groter zou zijn indien de overheid zelf voor de behartiging van de publieke belangen zorgdraagt. Private bedrijven kunnen bijgevolg ook democratisch gelegitimeerd zijn om publieke belangen te behartigen, indien zij opereren binnen een door de formele wetgever vastgelegd wettelijk kader.<sup>618</sup>

Vervolgens stelt de WRR, terecht, dat de democratie verder gaat dan de volkswil en de volksvertegenwoordiging.<sup>619</sup> Democratie heeft eveneens betrekking op het burgerschap en het zelfbeschikkingsrecht van de burgers. De democratie heeft nood aan een bredere of zelfs andere invulling. Het voorbeeld wordt daarbij gegeven dat de wetgever aan gemeenten bepaalde taken overlaat, omdat de behartiging daarvan vooral de inwoners van een bepaalde stad of dorp aangaan. Op basis van de democratische legitimitieit stelt men dat de behartiging van andere, specifieke publieke belangen kunnen worden toebedeeld aan een bepaalde belangengemeenschap. Volgens de WRR verlangt de democratie immers niet dat het publieke belang uiteindelijk wordt behartigd binnen het publieke domein, democratie vereist voornamelijk een **democratisch gelegitimeerde besluitvorming**.<sup>620</sup> De democratisch gekozen organen moeten de aard van de publieke belangen bepalen, alsook de wijze van behartiging. Gaat het om besluiten die de volledig natie aanbelangen, dan moet de besluitvorming bij het parlement liggen. Gaat het om besluiten die een kleinere territoriale of functionele gemeenschap betreffen, dan moet de besluitvorming binnen die gemeenschap democratisch gelegitimeerd plaatsvinden.

---

<sup>616</sup> Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), *Het borgen van publiek belang*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2000, 27.

<sup>617</sup> "De ministeriële verantwoordelijkheid lijkt in de Kamer meer betekenis te hebben dan binnen het departement. Ministers worden ter verantwoording geroepen over zaken die zich soms geheel buiten hun gezichtsveld afspelen. Het verkeer op een departement is te intensief om de minister van alle *ins and outs* op de hoogte te houden. Van een systematische controle door de minister op de juistheid van de uitvoering kan geen sprake zijn. Als uitvloeisel hiervan wordt de ministeriële verantwoordelijkheid vaak terecht gezien als een juridische fictie. Bovendien gaat het bij democratische legitimatie niet alleen om democratische verantwoording". Zie: M. BOVENS en M. SCHELTMA, "Rechtsstatelijke redeneerpatronen" in W. DERKSEN (ed.), *Over publieke en private verantwoordelijkheden*, WRR Voorstudies en Achtergronden, Den Haag, Sdu Uitgevers, 1997, 167 en Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), *Het borgen van publiek belang*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2000, 37.

<sup>618</sup> Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), *Het borgen van publiek belang*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2000, 37.

<sup>619</sup> Zie ook M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 166 en M. SCHOLTEN, "The democratic legitimacy of IRAs: assessing against a proper level", *SSRN* 2014 en <http://ssrn.com/abstract=24033797>, 6.

<sup>620</sup> Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), *Het borgen van publiek belang*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2000, 37.

214. Indien we deze redenering van de WRR toepassen op de energieregulatoren in België dan lijkt men voor een dilemma te staan. Aan de ene kant heeft de taakinvulling van de energieregulatoren hoofdzakelijk betrekking op een beperkte belangengroep (de marktspelers in de energiemarkt), waardoor het een functionele gemeenschap betreft waarvan de belangen of de besluitvorming bij een energieregulator mogen liggen. Andere aspecten van hun bevoegdheden (o.a. de tarieven) hebben een impact op een groter aantal burgers. Gaat dit dan om besluiten die (enkel) de natie aanbelangen? M.i. mag men deze redenering niet zover doortrekken. Bovendien ligt dit ook niet in de lijn van hetgeen de auteurs bedoelen, zeker indien men de achterliggende reden van de WRR als zijnde "het belang van de inspraak van de burger" voor ogen houdt. De vraag is echter of de burger voldoende betrokken wordt bij de besluitvorming van de energieregulatoren?

Deze vraag kadert zich in een ander aspect van de democratische legitimiteit, namelijk de **deliberatieve component** (naast de electorale component, of de volksvertegenwoordiging). Hoewel wederkerende verkiezingen onmiskenbaar een essentiële component uitmaken van democratie, leidt tijdelijke electorale dominantie niet *per se* tot een weloverwogen beslissing of beleidskeuze. Er moet bijgevolg aandacht besteed worden aan de deliberatieve component. De deliberatieve component van heeft betrekking op "een inclusieve, transparante afweging van rationele argumenten die leidt tot een weloverwogen en goed gemotiveerde beslissing".<sup>621</sup> Deliberatieve instellingen moeten een inclusief forum bieden waar zo veel mogelijk zinvolle en diverse standpunten worden verzameld; actief op zoek gaan naar (wetenschappelijke) feiten die deze standpunten al dan niet ondersteunen, haar beslissing nemen na uitgebreid, intern overleg; deze beslissing verantwoorden met zorgvuldig geformuleerde argumenten en verder debat over de beleidskwesties stimuleren en faciliteren.<sup>622</sup>

215. Toezicht en controle door een politieke instantie maakt bijgevolg slechts een deel uit van de democratische legitimiteit van de energieregulatoren. Toch is er veel kritiek onder de vorm van wat men noemt "het democratisch deficit" van de energieregulatoren en de marktautoriteiten. Wat is nu juist dit democratisch deficit?

#### 4. Democratisch deficit van energieregulatoren?<sup>623</sup>

216. Zoals eerder vermeld is België een *parlementaire* democratie, waarin het parlement rechtstreeks verkozen wordt door de burger. Bijgevolg bezit ook

---

<sup>621</sup> J. DE JAEGERE, "Inclusiviteit als deliberatieve bouwsteen legitimiteit: een empirische analyse van het Belgische Grondwettelijk Hof", *TBP* 2015, afl. 4-5, (194) 194.

<sup>622</sup> J. DE JAEGERE, "Inclusiviteit als deliberatieve bouwsteen legitimiteit: een empirische analyse van het Belgische Grondwettelijk Hof", *TBP* 2015, afl. 4-5, (194) 194.

<sup>623</sup> Zie hierover ook L. DE DEYNE, "Het 'democratisch deficit' van onafhankelijke energieregulatoren en de rol van het parlement", *TBP* 2016, afl. 4, 261-278.

enkel het parlement *democratische legitimiteit*.<sup>624</sup> Gezien vanuit het democratiebeginsel zijn energieregulatoren en marktautoriteiten bijgevolg zwak gelegitimeerd om algemene normatieve kaders te bepalen.<sup>625</sup> Het staatshoofd en de ministers en staatssecretarissen worden niet verkozen, maar worden aangeduid (art. 96 en 104 GW). Ook de administratie wordt niet verkozen. Evenmin worden de leden van de energieregulatoren rechtstreeks verkozen. Zij worden in de regel aangeduid en benoemd door de regering. Democratisch systemen worden bovendien gekenmerkt door een ketting van delegaties, vertrekkend van de burgers/kiezers, tot het parlement, de regering, de individuele ministers en eindigend bij de administratie.<sup>626</sup> Aangezien de regering niet rechtstreeks is verkozen en dus over geen democratische legitimiteit beschikt, dient zij verantwoording af te leggen ten aanzien van het parlement. De individuele minister legt bovendien verantwoordelijkheid af ten aanzien van het parlement voor de administratie die onder hem of haar valt.

**217.** De attributie of delegatie van bevoegdheden aan onafhankelijke energieregulatoren is evenwel bijzonder. Zowel bij attributie als bij delegatie van bevoegdheden kan men (in de regel<sup>627</sup>) ter verantwoording worden geroepen.<sup>628</sup> Dit houdt in dat energieregulatoren, die formeel deel uitmaken van de uitvoerende macht, in principe,<sup>629</sup> eveneens via de parlementaire verantwoordelijkheid van de minister bevoegd voor energie ter verantwoording kunnen worden geroepen.

**218.** Maar er is weldegelijk een onderscheid tussen een gewone administratie en een *onafhankelijke* energieregulator of marktautoriteit. Toezichthouders in Nederland (zbo's) zijn uitdrukkelijk en doelbewust op een afstand geplaatst van de minister en ook in België is hiërarchisch of administratief toezicht niet verenigbaar met de onafhankelijkheid van de energieregulatoren.<sup>630</sup> Parlementaire verantwoordelijkheid van de minister bevoegd voor energie is daardoor ook moeilijk uitvoerbaar. De onafhankelijkheid van de toezichthouders en energieregulatoren, gecombineerd met hun beperkte politieke verantwoordelijkheid, leidt er volgens sommigen toe dat de hun democratische

---

<sup>624</sup> T. DE PELSMAYER, G. GOEDERTIER, J. GOOSSENS, Y. HAECK en J. VANDE LANOTTE, *Handboek Belgisch Publiekrecht. Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 213.

<sup>625</sup> L. VERHEY en N. VERHEIJ, "De macht van de marktmeesters" in A. VAN ROSSUM, L. VERHEY en N. VERHEIJ (eds.), *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2005), Deventer, Kluwer, 2005, (139) 323.

<sup>626</sup> M. MAGGETTI, *Regulation in practice. The de facto independence of regulatory agencies*, Colchester, ECPR Press 2012, 18.

<sup>627</sup> Niet bij sommige zbo's in Nederland, zie onderdeel D.

<sup>628</sup> L. DAMEN, C. ALBERS, P. NICOLAÏ, K. DE GRAAF, J. JANS, A. KLAP, A. KLINGENBERG, A. MARSEILLE, B. OLIVIER, H. TOLSMA en R. VERMEER, *Bestuursrecht. Deel 1. Systeem, Bevoegdheid, Bevoegdheidsuitoefening, Handhaving*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2013, 160.

<sup>629</sup> De CREG staat rechtstreeks onder toezicht van het parlement, zie o.a.: VREG, Memorandum van de VREG voor de Vlaamse Regering 2014-2019, <http://www.vreg.be/sites/default/files/adviezen/adv-2013-10.pdf>, 35 en Mondelinge vraag van de heer Bert Ancliaux aan de minister van Klimaat en Energie over "de uitspraken van de voorzitter van de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas", *Hand. Senaat* 2010-2011, 31 maart 2011, nr. 5-95: "Het toezicht op de goede werking van de regulator behoort tot de bevoegdheid van het parlement" en "Het toezicht op de CREG gebeurt door het parlement, maar wij moeten onze informatie bij de minister halen."

<sup>630</sup> Dit vloeit rechtstreeks voort uit de Europese richtlijnen en wordt ook verduidelijkt in de Interpretatieve Nota van de Europese Commissie. Dit volgt ook uit het arrest van het Grondwettelijk Hof van 18 november 2010, nr. 130/2010.

legitimiteit onder druk komt te staan.<sup>631</sup> Hierbij wordt aangehaald dat daardoor de rol van verkozen representanten minder relevant wordt terwijl de rol van gespecialiseerde technische experts uitbreidt.<sup>632</sup> Daarbij wordt volgens sommigen het belang van de democratische participatie ondermijnd, waardoor er een "netto-verlies" is aan democratische legitimiteit.<sup>633</sup> MAJONE concludeert dat "democratically accountable principals can transfer policy-making powers to non-majoritarian institutions, but they cannot transfer their own legitimacy".<sup>634</sup> MAGGETTI brengt hier tegen in dat dit echter niet zo problematisch hoeft te zijn, aangezien onafhankelijke autoriteiten beroep kunnen doen op andere vormen van legitimiteit. Nog volgens de auteur moet de onafhankelijke autoriteit het gebrek aan democratische legitimiteit compenseren door andere legitimiteitsprocedures, waaronder **outputlegitimiteit** (hoge mate van expertise, efficiëntie en effectiviteit) en een hoge mate van **procedurele legitimiteit** (waardoor zij meer legitiem, transparant, open en eerlijk zijn).<sup>635</sup> De democratische legitimiteit van een energieregulator hangt bovendien niet alleen af van het democratische gehalte in de zin van verantwoording. Zoals BOVENS en SCHELTEMA stellen zorgt immers ook de input van burgers voor meer democratische legitimiteit (**inputlegitimiteit**).<sup>636</sup>

**219.** Dat het democratische deficit moet genuanceerd worden, blijkt eveneens uit de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie. Het Europees Hof van Justitie wijst in een arrest van 9 maart 2010 (inzake gegevensbescherming)<sup>637</sup> op het feit dat het beginsel van de democratie deel uitmaakt van de communautaire rechtsorde en uitdrukkelijk in artikel 6, lid 1, EU is neergelegd als een van de grondslagen van de Europese Unie.<sup>638</sup> Dat beginsel belet niet dat er buiten de klassieke hiërarchische administratie overheidsinstanties bestaan die in meerdere of mindere mate onafhankelijk zijn van de regering. Het bestaan en de voorwaarden voor de werking van deze (markt)autoriteiten worden in de

<sup>631</sup> Zie o.a. S. ZIJLSTRA, "Zbo's, marktautoriteiten en regelgevende bevoegdheden", *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2005, afl. 1, (2) 6; S. ZIJLSTRA, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat: een onderzoek naar democratisch-rechtsstatelijke en positiefrechtelijke aspecten van het gebruik van zelfstandige bestuursorganen*, 's-Gravenhage, VUGA, 1997, 99 e.v.; S. DE SOMER, "International and European impulse with regard to the creation of autonomous public bodies: an emerging trend", *UCL Journal of Law and Jurisprudence* 2014, (58) 67; C. DEGREEF en S. DE SOMER, "Accountability van de federale en de Vlaamse Energieregulator of toezicht op de toezichthouders na het derde energiepakket", *MER* 2013, afl. 2, (77) 96; Y. PAPADOPOULOS, "Cooperative forms of governance: Problems of democratic accountability in complex environments", *European Journal of Political Research* 2003, (473) 473; Y. PAPADOPOULOS, "Problems of Democratic Accountability in Network and Multilevel Governance", *European Law Journal* 2007, (469) 471; G. MAJONE, "The regulatory state and its legitimacy problems", *Western European Politics* 1999, 1-24; M. THATCHER, "Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation", *Western European Politics* 2011, (125) 125.

<sup>632</sup> Y. PAPADOPOULOS, "Cooperative forms of governance: Problems of democratic accountability in complex environments", *European Journal of Political Research* 2003, (473) 479.

<sup>633</sup> M. MAGGETTI, "Legitimacy and Accountability of Independent Regulatory Agencies: A Critical Review", *Living Reviews in Democracy* 2010, afl. 2, <http://democracy.livingreviews.org/index.php/lrd/article/viewFile/lrd-2010-4/29>, 3; G. MAJONE, "The Regulatory State and Its Legitimacy Problems", *West European Politics* 1999, (1) 13; C. SCOTT, "Accountability in the Regulatory State", *Journal of Law and Society* 2000, (38) 50.

<sup>634</sup> G. MAJONE, "The Regulatory State and Its Legitimacy Problems", *West European Politics* 1999, (1) 13.

<sup>635</sup> M. MAGGETTI, "Legitimacy and Accountability of Independent Regulatory Agencies: A Critical Review", *Living Reviews in Democracy* 2010, afl. 2, <http://democracy.livingreviews.org/index.php/lrd/article/viewFile/lrd-2010-4/29>, (1) 3;

<sup>636</sup> Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), *Het borgen van publiek belang*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2000, 37.

<sup>637</sup> HvJ 9 maart 2010, nr. C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125; S. LAVRIJSEN, "Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU-perspectief", *RegelMaat* 2015, afl. 3, 189.

<sup>638</sup> Overweging 41 arrest nr. C-518/07.

lidstaten in de wet of in bepaalde lidstaten zelfs in de Grondwet geregeld en deze autoriteiten moeten de wet naleven en staan onder toezicht van de bevoegde rechter. Dergelijke onafhankelijke administratieve autoriteiten hebben vaak regelgevende taken of vervullen taken waarbij er geen politieke beïnvloeding mag zijn, maar moeten wel de wet blijven naleven en staan onder toezicht van de bevoegde rechter.<sup>639</sup> Dat er geen parlementaire invloed op deze autoriteiten zou zijn is volgens het Hof stellig ondenkbaar.<sup>640</sup> Zo kunnen de personen die de toezichthoudende autoriteiten leiden, worden benoemd door het parlement of de regering. Bovendien kan de wetgever de bevoegdheden van deze autoriteiten omschrijven.<sup>641</sup> Daarbij komt dat de wetgever de toezichthoudende autoriteiten de verplichting kan opleggen om over hun activiteiten verantwoording af te leggen aan het parlement.

Volgens het Hof "**ontneemt** de omstandigheid dat de autoriteiten die belast zijn met het toezicht op de bescherming van natuurlijke personen bij de verwerking van persoonsgegevens in de niet-publieke sector, onafhankelijk zijn van het algemene bestuur, deze autoriteiten op zich **niet hun democratische legitimiteit**".<sup>642</sup> Hoewel er bij de gegevensbeschermingsautoriteiten sprake is van de meeste verregaande vorm van onafhankelijkheid ("volledige onafhankelijkheid") die Verdragsrechtelijk is vastgelegd, kan deze redenering toch worden doorgetrokken naar de onafhankelijke energieregulatoren, aangezien zij eveneens onafhankelijk zijn van het algemene bestuur.<sup>643</sup> LAVRIJSEN en OTTOW wijzen er terecht op dat het Hof de Europese onafhankelijkheidsvereisten op een ruime en teleologische wijze interpreteert.<sup>644</sup> Het is bijgevolg niet ondenkbaar dat het Hof dezelfde redenering zal toepassen bij de interpretatie van de onafhankelijkheidsvereisten van de energieregulatoren.<sup>645</sup> Het is dus niet omdat de energieregulatoren onafhankelijk fungeren van het bestuur dat ze niet over een democratische legitimiteit beschikken.

**220.** Het democratisch deficit bij de energieregulatoren moet bijgevolg genuanceerd worden. Er is misschien een minder rechtstreekse democratische legitimiteit aangewezen, maar van het geheel ontbreken van democratische legitimiteit is er zeker en vast geen sprake. In onderstaande secties wordt uitgelegd waarom energieregulatoren weldegelijk over democratische legitimiteit beschikken. Bovendien wordt ook een poging ondernomen om deze legitimiteit en de globale legitimiteit van de energieregulatoren nog te vergroten.

---

<sup>639</sup> Overweging 42 arrest nr. C-518/07.

<sup>640</sup> De toepasselijke Richtlijn 95/46 schrijft de lidstaten echter niet voor, beïnvloeding door het parlement uit te sluiten.

<sup>641</sup> Overweging 44 arrest nr. C-518/07.

<sup>642</sup> Overweging 46 arrest nr. C-518/07.

<sup>643</sup> S. LAVRIJSEN, "Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU-perspectief", *RegelMaat* 2015, afl. 3, (182) 190.

<sup>644</sup> S. LAVRIJSEN en A. OTTOW, "Independent Supervisory Authorities: A Fragile Concept", *Legal Issues of Economic Integration* 2012, afl. 4, (419) 422 en 436.

<sup>645</sup> S. LAVRIJSEN, "Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU-perspectief", *RegelMaat* 2015, afl. 3, (182) 191-192.



## 5. Versterking van de legitimiteit bij energieregulatoren

### 5.1. Algemeen

221. De deliberatieve component van de democratische legitimiteit heeft een ruime draagwijdte. Deliberatieve instellingen moeten immers (1) een inclusief forum bieden waar zo veel mogelijk diverse en zinvolle standpunten worden verzameld (*inputlegitimiteit*), (2) actief op zoek gaan naar (wetenschappelijke) feiten die deze standpunten al dan niet ondersteunen, en haar beslissing nemen na uitgebreid, intern overleg (*outputlegitimiteit*); (3) deze beslissing verantwoorden met zorgvuldig geformuleerde en gemotiveerde argumenten (*procedurele legitimiteit*) en (4) verder debat over de beleidskwesties stimuleren en faciliteren (*maatschappelijke legitimiteit*).<sup>646</sup>

Uit deze deliberatieve insteek worden verschillende vormen van legitimiteit gehaald. Zo spreekt men over *inputlegitimiteit*, *outputlegitimiteit* en *throughput* (of *procedurele*) *legitimiteit*.<sup>647</sup> HENDRIKS, VAN OSTAAIJEN en BOOGERS vullen *inputlegitimiteit* in als "de wijze waarop en de mate waarin het bestuur signalen vanuit de samenleving en burgers oppikt omtrent de toegankelijkheid, openheid en representativiteit van het bestuur en hun participatie daarin". *Outputlegitimiteit* wordt door hen gezien als "de wijze waarop en de mate waarin het openbaar bestuur resultaten levert en bijdraagt aan maatschappelijke probleemoplossing". Het gaat daarbij om efficiëntie en effectiviteit. *Throughputlegitimiteit* wordt door de auteurs gedefinieerd als "de wijze waarop en de mate waarin processen in het bestuur verlopen, waarin zaken en personen worden behandeld, al dan niet in lijn met de beginselen van behoorlijk bestuur".<sup>648</sup>

De begrippen input-, throughput en outputlegitimiteit worden evenwel vaak verschillend ingevuld.<sup>649</sup> De omschrijving van POPELIER en VAN NIEUWENHOVE leunt sterk aan bij de omschrijving van HENDRIKS *et al.* en stelt dat inputlegitimiteit "de betrokkenheid van de burgers vereist bij het bestuur en de besluitvorming". Het heeft tot doel om maatregelen te nemen die berusten op een afweging van alle belangen die op het spel staan.<sup>650</sup> Outputlegitimiteit heeft betrekking "de kwaliteit van de maatregel zelf en op de effectiviteit van het

---

<sup>646</sup> J. DE JAEGERE, "Inclusiviteit als deliberatieve bouwsteen legitimiteit: een empirische analyse van het Belgische Grondwettelijk Hof", *TBP* 2015, afl. 4-5, (194) 194.

<sup>647</sup> Hier is echter ook kritiek op, zie bijvoorbeeld: Y. PAPADOPOULOS, "Cooperative forms of governance: Problems of democratic accountability in complex environments", *European Journal of Political Research* 2003, (473) 477 en 482.

<sup>648</sup> F. HENDRIKS, J. VAN OSTAAIJEN en M. BOOGERS, *Legitimiteitsmonitor Democratisch bestuur. Naar een metamonitor van de legitimiteit van het democratisch bestuur in Nederland*, Ministerie van Binnenlandse Zaken, Den Haag, 2011, 11 en 12.

<sup>649</sup> Voor een overzicht zie F. SCHRAM, *Burger en Bestuur. Een introductie tot een complexe verhouding*, Brussel, Politeia, 2014, 171-200.

<sup>650</sup> Zie P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE, "Decentralisering en privatisering van wetgeving" in J. DE MOT (ed.), *Liber amicorum Boudewijn Bouckaert Vrank en Vrij*, Brugge, die Keure, 2012, (261) 263.

bestuur en de besluitvorming”.<sup>651</sup> Om de maatregel zo efficiënt en effectief mogelijk te maken worden er allerlei procedurele vereisten gesteld, waaronder bijvoorbeeld experten-advies.<sup>652</sup>

**222.** In dit onderzoek wordt dieper ingegaan op deze verschillende vormen van legitimiteit. Een onderscheid wordt daarbij gemaakt tussen: constitutionele legitimiteit, maatschappelijke legitimiteit, outputlegitimiteit, procedurele legitimiteit, inputlegitimiteit, juridische legitimiteit, verticale en democratische legitimiteit. Constitutionele legitimiteit heeft betrekking op de relatie tussen de energieregulatoren en bepaalde staats- en grondwettelijke principes. Een stevigere inbedding in dit constitutioneel raamwerk versterkt immers de legitimiteit van energieregulatoren. De maatschappelijke legitimiteit houdt in dat de energieregulator naar buiten treedt met tekst en uitleg over zijn handelen, waarbij het maatschappelijk vertrouwen in de instantie centraal staat.<sup>653</sup> Outputlegitimiteit slaat in dit onderzoek op de geloofwaardigheid en expertise van de energieregulator, waardoor hun handelen als efficiënt en effectief wordt beschouwd. Procedurele legitimiteit (*legitimacy by the throughputs*) heeft betrekking op het gebruik van *ex-ante* instrumenten zoals prestatie management, kwaliteitsstandaarden, de motiveringsplicht, de transparantieplicht, de openbaarheid,... of *ex-post* instrumenten zoals audits, sancties en beloningen.<sup>654</sup> Inputlegitimiteit houdt verband met de toegankelijkheid, de openheid en de representativiteit van het bestuur en de participatie van de burgers daarin. Juridische legitimiteit heeft in dit onderzoek betrekking op de rechterlijke controle op de energieregulatoren. Verticale legitimiteit houdt verband met het toezicht dat wordt uitgeoefend op de energieregulatoren via transnationale netwerken en Europese toezichthouders. De (rechtstreekse) link tussen de energieregulatoren en het parlement wordt in dit onderzoek benoemd als de democratische legitimiteit.

**223.** Door de legitimiteit op een flexibele, minder traditionele manier te benaderen, wordt het probleem dat ten aanzien van onafhankelijke energieregulatoren ontstaat ten gevolge van het democratisch deficit, weggewerkt.<sup>655</sup> De nadruk wordt verlegd van traditionele democratische legitimiteit (via ministeriële verantwoordelijkheid of administratief toezicht) naar andere, even waardevolle compenserende vormen van legitimiteit. Dit zorgt ervoor dat het spanningsveld tussen de onafhankelijkheid van de

---

<sup>651</sup> Zie P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE, “Decentralisering en privatisering van wetgeving” in J. DE MOT (ed.), *Liber amicorum Boudewijn Bouckaert Vrank en Vrij*, Brugge, die Keure, 2012, (261) 263; P. POPELIER, “Governance and Better Regulation: Dealing with the Legitimacy Paradox”, *European Public Law* 2011, afl. 3, (555) 559.

<sup>652</sup> Zie P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE, “Decentralisering en privatisering van wetgeving” in J. DE MOT (ed.), *Liber amicorum Boudewijn Bouckaert Vrank en Vrij*, Brugge, die Keure, 2012, (261) 263.

<sup>653</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 165 en 167.

<sup>654</sup> M. MAGGETTI, “Legitimacy and Accountability of Independent Regulatory Agencies: A Critical Review”, *Living Reviews in Democracy* 2010, afl. 2, <http://democracy.livingreviews.org/index.php/lrd/article/viewFile/lrd-2010-4/29>, (1) 4.

<sup>655</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 168.

energieregulator en de democratische legitimiteit kan worden overbrugd.<sup>656</sup> In onderstaande delen wordt beknopt ingegaan op manieren om de legitimiteit van de energieregulators in België te versterken.

## 5.2. De verschillende vormen van legitimiteit

### 5.2.1. *Constitutionele legitimiteit: uitgebreide bevoegdheden, legaliteit en machtenscheiding*

**224.** De constitutionele legitimiteit gaat in op het leerstuk van het legaliteitsbeginsel en de delegatie van bevoegdheden. Er wordt onderzocht in welke mate bepaalde bevoegdheden kunnen worden toegekend aan onafhankelijke energieregulators. Daarenboven wordt ingegaan op deze toch wel uitgebreide bevoegdheden van de energieregulators en de verhouding met de scheiding der machten. Er is in dit opzicht zowel sprake van een verticale machtenscheiding, als van een horizontale machtenscheiding. De verticale machtenscheiding creëert een *checks and balances* binnen het overheidsverband. Dit houdt in dat de bevoegdheden niet geconcentreerd blijven binnen de centrale overheid, maar worden gespreid over hogere en lagere overheden. Deze verdeling van bevoegdheden tussen centrale en decentrale overheden bevordert het *checks and balances* systeem.<sup>657</sup> Er is bijgevolg een link tussen de rechtsstaat en de decentralisatie, hoewel decentralisatie als dusdanig niet een eis is die rechtstreeks voortvloeit uit de rechtsstatelijke eisen. De remedie tegen absolutistische bevoegdheidsuitoefening is immers volgens het rechtsstatelijk principe van de machtenscheiding, het verdelen van de macht over verschillende overheidsorganen. Dat moeten daarom niet *per se* de organen van de centrale overheid zijn. BURKENS *et al.* stellen dan ook terecht dat "door centrale en decentrale overheidsorganen ieder voor een deel met de uitvoering van overheidstaken en uitoefening van overheidsgezag te belasten, er een stelsel ontstaat waarin de verschillende overheidsorganen elkaar in evenwicht houden".<sup>658</sup>

De legitimiteit van de energieregulators vloeit bijgevolg voor een deel voort uit het principe van de scheiding der machten. Essentieel bij de scheiding der machten is immers hoe de macht in een rechtsstelsel wordt verdeeld.<sup>659</sup> Net als LOCKE is MONTESQUIEU immers de opinie toegedaan dat machtsconcentratie in

---

<sup>656</sup> M. AELEN en G. BIEZEVELD, "Onrustige onafhankelijkheid", *Tijdschrift voor Toezicht* 2013, afl. 4, (52) 60.

<sup>657</sup> M. BURKENS, H. KUMMELING, B. VERMEULEN en R. WIDDERSHOVEN, *Beginselen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Amsterdam, Kluwer, 2012, 299.

<sup>658</sup> M. BURKENS, H. KUMMELING, B. VERMEULEN en R. WIDDERSHOVEN, *Beginselen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Amsterdam, Kluwer, 2012, 299.

<sup>659</sup> Zie ook: M. MAGGETTI, "Legitimacy and Accountability of Independent Regulatory Agencies: A Critical Review", *Living Reviews in Democracy* 2010, afl. 2, <http://democracy.livingreviews.org/index.php/lrd/article/viewFile/lrd-2010-4/29>, (1) 2.

één hand - en de daaruit voortvloeiende willekeur - moest vermeden worden.<sup>660</sup> Indien men bepaalde bevoegdheden toebedeelt aan energieregulators zorgt dit ervoor dat de macht nog meer verspreid wordt over verschillende organen, waardoor machtsconcentratie in één hand - bijvoorbeeld in de hand van de regering - vermeden wordt. Men gaat in dit opzicht bevoegdheden onderbrengen bij technische experts, waardoor zij worden beschermd tegen korte termijn politieke, electorale en niet-rationele belangen. Om succesvol tegengewicht te kunnen bieden tegen deze politieke belangen is het natuurlijk noodzakelijk dat de *de facto* onafhankelijkheid van de energieregulator ten aanzien van de regering en individuele minister gewaarborgd wordt, en dat er niet alleen sprake is van een louter formele onafhankelijkheid. Indien de *de facto* onafhankelijkheid ontbreekt, ontbreekt immers ook de legitimiteit van de scheiding der machten.

**225.** Om machtsconcentratie bij energieregulators – waarbij zij bijvoorbeeld misbruik kunnen maken van hun onafhankelijke positie – te vermijden, is het nodig om tegenover hun onafhankelijkheid bepaalde democratische waarborgen te stellen. Deze waarborgen vormen een prototype van de “checks and balances” die inherent deel uitmaken van de scheiding der machten, aangezien zowel *samenwerking* als *controle* van doorslaggevend belang zijn. Deze democratische waarborgen, waaronder rechterlijke controle, parlementaire controle en procedurele verantwoordingsplicht, vergroten op hun beurt de (democratische) legitimiteit van de energieregulator.

### 5.2.2. Maatschappelijke legitimiteit

**226.** De maatschappelijke legitimiteit houdt in dat de energieregulator naar buiten treedt met tekst en uitleg over zijn handelen, waarbij het maatschappelijk vertrouwen in de instantie centraal staat. De maatschappelijke legitimiteit van het toezicht heeft betrekking op de acceptatie van het toezicht door de maatschappij.<sup>661</sup> De gedachte hierbij is dat indien de maatschappij het vertrouwen in de energieregulator opzegt, men er alles aan moet doen om dit vertrouwen op een rechtmatige manier terug te winnen, wil men zijn *license to operate* niet verliezen. De energieregulators moeten er bijgevolg voor waken dat zij voldoende rekening houden met de maatschappelijke belangen. Dit aspect inzake maatschappelijke legitimiteit houdt nauw verband met de *publieke verantwoordingsplicht* van de energieregulator. Een voorbeeld hierbij is het afnemen van een vertrouwensbarometer bij (een deel) van de bevolking inzake de energieregulators. Een dergelijke barometer is reeds in het algemeen uitgewerkt door o.a. BOUCKAERT bij het Steunpunt Bestuurlijke Organisatie Vlaanderen. Met behulp van deze barometer moet de evolutie in de houding van de burger ten aanzien van de administratie en de Vlaamse overheid op

<sup>660</sup> K. RAES en D. VANDENDRIESSCHE, *Van rechtswege(n). Politieke en rechtsfilosofische stromingen door de eeuwen*, Gent, Story-Scientia, ii en 57; T. BELLEKOM, A. HERINGA, J. VAN DER VELDE en L. VERHEY, *Compendium van het staatsrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 19.

<sup>661</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 165 en 167.

regelmatige basis opgevolgd worden.<sup>662</sup> Een dusdanige vertrouwensbarometer met betrekking tot de energieregulatoren zou bijvoorbeeld via bepaalde consumentenorganisaties kunnen worden afgenomen. Ook hier zijn uiteraard bedenkingen bij te maken. Zo moeten de consumenten bijvoorbeeld over voldoende informatie beschikken om de vragen op een gefundeerde manier te kunnen beantwoorden.

### 5.2.3. *Outputlegitimiteit: geloofwaardigheid, expertise en deskundige besluitvorming*

**227.** Outputlegitimiteit heeft betrekking op de geloofwaardigheid en de expertise van de energieregulator, waardoor hun handelen als efficiënt en effectief wordt beschouwd.<sup>663</sup> Outputlegitimiteit wordt gegenereerd door de efficiënte, effectieve en geloofwaardige realisaties van de regulator zijn beslissingen, zijn beleid en de economische of maatschappelijke gevolgen daarvan.<sup>664</sup> De Wetenschappelijke Raad stelde in een rapport uit 2013 dat "toezichthouders hun legitimiteit niet ontleen aan de stembus en de inherent daarmee verbonden partijdigheid. Integendeel, ze ontleen hun legitimiteit aan hun deskundigheid én onpartijdige houding als tegenwicht tegen partijdige politiek. Partijdige politiek is in een democratische rechtsstaat essentieel en legitiem, maar er is ook een maatschappelijke vraag naar onpartijdige instituties die zich volledig oriënteren op rechtsstatelijke waarden (rechtsgelijkheid, rechtszekerheid) en publieke belangen".<sup>665</sup> De WRR vervolgt dat geloofwaardige binding (*credible commitment*) aan lange termijn beleidsdoelen en een consistente focus op de samenleving de belangrijkste motieven zijn om toezicht aan een onpartijdige en onafhankelijke instantie toe te wijzen.<sup>666</sup>

**228.** Artikel 35(4) van de richtlijn 2009/72/EG en artikel 39(4) van de richtlijn 2009/73/EG stellen dat de lidstaten de onafhankelijkheid van de regulerende instantie moeten waarborgen en ervoor moeten zorgen dat zij haar bevoegdheid op onpartijdige en transparante wijze uitoefent. Volgens de Interpretatieve Nota van de Europese Commissie is de onpartijdigheid erop gericht te garanderen dat de regulator op een neutrale wijze handelt en beslissingen neemt, en dit op grond van objectieve criteria en methodologieën.<sup>667</sup> Specifieke of uitdrukkelijke

<sup>662</sup> Zie hierover meer: [http://steunpuntbov.be/rapport/s1705002\\_rapport%20vertrouwensbarometer.pdf](http://steunpuntbov.be/rapport/s1705002_rapport%20vertrouwensbarometer.pdf), laatst geconsulteerd op 25 mei 2015.

<sup>663</sup> F. SCHARPF, *Governing in Europe: Effective and Democratic?*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 6; Zie P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE, "Decentralisering en privatisering van wetgeving" in J. DE MOT (ed.), *Liber amicorum Boudewijn Bouckaert Vrank en Vrij*, Brugge, die Keure, 2012, (261) 263; P. POPELIER, "Governance and Better Regulation: Dealing with the Legitimacy Paradox", *European Public Law* 2011, afl. 3, (555) 559; F. SCHRAM, *Burger en Bestuur. Een introductie tot een complexe verhouding*, Brussel, Politeia, 2014, 181.

<sup>664</sup> S. DE SOMER, "De oprichting van verzelfstandigde besturen vanuit Europees rechtsvergelijkend perspectief: internationale impuls, nationale beheersingsdrang en de verzoening van deze trends", *RW* 2015, afl. 14, (523) 527.

<sup>665</sup> Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), *Toezen op publieke belangen. Naar een verruimd perspectief op rijkstoezicht*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2013, 138.

<sup>666</sup> Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), *Toezen op publieke belangen. Naar een verruimd perspectief op rijkstoezicht*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2013, 138.

<sup>667</sup> Interpretatieve Nota, 5.

vereisten inzake deskundigheid of expertise worden echter niet veruitwendigd in de Europese regelgeving.

**229.** De Belgische wetgeving verwijst wel uitdrukkelijk naar de deskundigheid van de leden van de energieregulator. Artikel 24, § 2 van de Elektriciteitswet bepaalt dat de voorzitter en de leden van het directiecomité worden gekozen omwille van hun deskundigheid, inzonderheid voor de aangelegenheden die onder hun bevoegdheid vallen: de voorzitter wat betreft het management van de commissie, de leden wat betreft de directies die zij moeten leiden. De parlementaire voorbereiding bij de wet van 8 januari 2012 (ter omzetting van het derde pakket liberaliseringsrichtlijnen) geeft evenwel geen verdere toelichting bij deze noodzaak aan expertise. De Memorie van Toelichting bij het Wetontwerp van de Elektriciteitswet stelde wel dat "de essentiële kenmerken van de nieuwe instantie haar *onafhankelijkheid* en *deskundigheid* moeten zijn". Het KB van 3 mei 1999 heeft betrekking op belangenconflicten en onverenigbaarheden en bepaalt dat de leden van het comité zijn benoemd omwille van hun deskundigheid.<sup>668</sup> Een KB van 13 juli 2012 wijzigde het KB van 3 mei en stelt dat de kandidaten wier kandidatuur toelaatbaar werd verklaard, voor de selectiecommissie een mondelinge proef afleggen, uitgaande van een praktijkgeval dat verband houdt met de vacante functie. Deze proef heeft tot doel zowel de competenties die eigen zijn aan de uit te oefenen functie als de vaardigheden die vereist zijn voor de uitoefening van de betreffende functie, te evalueren.<sup>669</sup> Er wordt een mondeling proef afgenomen,<sup>670</sup> die wordt voorafgegaan door geïnformateerde testen die ertoe strekken de organisatorische en de management-vaardigheden van de kandidaten alsook hun persoonlijkheid te testen. Wat de voorzitter van het directiecomité betreft: hij is het eerste aanspreekpunt voor de andere leden van het directiecomité en moet beschikken, middels zijn voorgaande ervaring, over managementcapaciteiten en de bekwaamheid om een directieteam te leiden.<sup>671</sup> Na afloop van de testen, de proeven en de vergelijking van de titels en merites van de kandidaten worden de kandidaten ingeschreven in de groep "geschikt" of in de groep "niet geschikt".<sup>672</sup> Door de minister wordt een bijkomend gesprek georganiseerd met de kandidaten van de groep "geschikten" ten einde hen onderling te vergelijken met betrekking tot hun specifieke competenties, hun relationele vaardigheden en hun leidinggevende capaciteiten vergeleken met de functiebeschrijving en het competentieprofiel betreffende de vacante functie. De

---

<sup>668</sup> KB 3 mei 1999 tot vaststelling van de regels toepasselijk op de voorzitter en de leden van het directiecomité van de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas inzake onverenigbaarheden en belangenconflicten, *BS* 15 juni 1999, 22.295.

<sup>669</sup> KB 13 juli 2012 betreffende de benoemingsprocedure en het administratief statuut van de voorzitter en de leden van het directiecomité van de commissie voor de regulering van de elektriciteit en het gas en tot wijziging van het koninklijk besluit van 3 mei 1999 tot vaststelling van de regels toepasselijk op de voorzitter en de leden van het directiecomité van de commissie voor de regulering van de elektriciteit en het gas inzake onverenigbaarheden en belangenconflicten, *BS* 26 juli 2012.

<sup>670</sup> Voor een selectiecommissie, zie artikel 6 KB 13 juli 2012.

<sup>671</sup> Artikel 5, § 2 KB 13 juli 2012.

<sup>672</sup> Artikel 7 KB 13 juli 2012.

minister maakt een voorstel voor benoeming over aan de Ministerraad.<sup>673</sup> De vereisten en het selectieproces op federaal niveau zijn bijgevolg redelijk zwaarwichtig.

Het Energiedecreet vermeldt niet uitdrukkelijk de noodzaak aan deskundigheid. De Memorie van Toelichting bij het ontwerp van het Elektriciteitsdecreet stelde wel dat de leden van de instantie vertrouwd moeten zijn met de werking van de elektriciteitssector en dat zij in deze sector een zeker respect dienen af te dwingen.<sup>674</sup> In het Jaarverslag 2002 van de VREG wordt gesteld dat de VREG, voor de uitoefening van haar bevoegdheden personeelsleden heeft aangeworven met de nodige ervaring en expertise.<sup>675</sup>

Artikel 45, § 2*bis* van het Waals Elektriciteitsdecreet bepaalt dat de kandidaten zullen worden beoordeeld op basis van de volgende selectiecriteria : 1° een ervaring voorleggen van minstens vijf jaar op het gebied van elektriciteit en gas of op het gebied van de netmarkten zoals de telecommunicatie, de spoorwegen of de postdiensten; 2° over de nodige managementvaardigheden beschikken; 3° in een multidisciplinair team kunnen werken; 4° naast het Frans, een degelijke kennis van het Nederlands en het Engels kunnen aantonen; 5° blijk geven van belangstelling voor het algemene belang, onafhankelijkheid ten opzichte van de spelers van de energiemarkt, en de energiebezorgdheden, met inbegrip van de duurzame ontwikkeling; 6° een goede kennis hebben van de institutionele, economische, sociale en milieutoestand van het Waalse Gewest, België en op Europees vlak; 7° een diepgaande kennis hebben van de elektriciteit en gasector met betrekking tot ten minste een van de volgende aspecten, in functie van de in te vullen posten: a) werking van de elektriciteit en gasector; b) juridisch, bescherming van de verbruiker, mededinging; c) tarifair, economisch, financieel, openbare dienstverplichting; d) bevordering van de hernieuwbare energieën en markten van de groene certificaten; of, bij gebrek, in de netmarkten zoals de telecommunicatie, de spoorwegen of de postdiensten; 8° beschikken over de capaciteit om de elektriciteits- en gasmarkt te ontleden en in te schatten, meer bepaald de sociale, economische en milieudimensie. De kandidaat voor de positie van voorzitter voldoet bovendien aan de volgende voorwaarden : 1° over minstens vijf jaar ervaring beschikken inzake vertegenwoordiging van een instelling naar de buitenwereld toe; 2° over een bijkomende ervaring van minstens vijf jaar beschikken in het teambeheer en in onderhandelingen; 3° over een ervaring beschikken in het leiden van beheersorganen. De Regering benoemt de voorzitter en de directeurs, onder wie de vice-voorzitter, uit de kandidaten die de vermelding "volledig geschikt voor

---

<sup>673</sup> Artikel 8 en 9 KB 13 juli 2012.

<sup>674</sup> MVT ontwerp van decreet houdende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, *Parl.St.* VI.Parl. 1999-2000, nr. 285/1.

<sup>675</sup> VREG, *Jaarverslag 2002*,

<http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/documenten/Jaarverslagen/Jaarverslag%20VREG%202002.pdf>, 36.

de functie” of “geschikt voor de functie” hebben gekregen, rekening houdend met hun complementariteiten inzake vaardigheden en expertise.<sup>676</sup>

Artikel 30ter, § 4 van de Brussels Elektriciteitsordonnantie bevat eveneens gelijkaardige vereisten die worden gesteld aan de bestuurders.<sup>677</sup> Ook in Nederland staat de deskundigheid van de leden van de Autoriteit Consument en Markt centraal.<sup>678</sup> Artikel 3 van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt bepaalt dat de benoeming van de leden plaatsvindt op grond van de deskundigheid die nodig is voor de uitoefening van de taken van de Autoriteit Consument en Markt alsmede op grond van maatschappelijke kennis en ervaring.<sup>679</sup>

**230.** De Federal Energy Regulatory Commission (FERC) in de VS wordt gekenmerkt door haar deskundigheid en expertise. FERC houdt zich aan vijf elementaire principes bij het vervullen van haar opdracht: (1) *Organizational Excellence*; (2) *Due Process and Transparency*; (3) *Regulatory Certainty*; (4) *Stakeholder Involvement* en (5) *Timeliness*.<sup>680</sup> Verschillende van deze principes houden verband met de deskundigheid van de leden en de kwaliteit, efficiëntie en effectiviteit van het werk van de FERC. Onder *Organizational Excellence* verstaat men immers dat de FERC boven alles er naar streeft om haar middelen zo efficiënt en effectief mogelijk in te zetten voor het bereiken van de strategische prioriteiten. De FERC controleert ook nauwgezet de activiteiten van haar personeelsleden om na te gaan of zij de strategische doeleinden en objectieven weldegelijk bereiken.<sup>681</sup> De vereisten inzake deskundigheid vloeien voort uit de Federal Power Act.<sup>682</sup> Dat de expertise van uiterst belang is blijkt uit een discussie omtrent de bekwaamheid van de nieuwe voorzitter van de FERC, waarbij senator BARRASSO stelde dat: "*FERC is an independent agency. It needs a highly qualified leader—a leader whose record is beyond reproach—a*

---

<sup>676</sup> Artikel 45, § 2bis van het Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>677</sup> Artikel 30ter, § 4 van de Brussels Elektriciteitsordonnantie: "Zij 1° vertonen een gedrag dat overeenstemt met de functievereisten; 2° zijn houder van een diploma van hoger of universitair onderwijs, of kunnen een ervaring voorleggen van ten minste 10 jaar binnen het domein van elektriciteit en gas; 3° hebben een goede kennis van de milieu-, sociale, economische en institutionele toestand van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest; 4° hebben diepgaande kennis van de elektriciteit en gassector met betrekking tot ten minste een van de volgende aspecten: gastechniek, elektriciteitstechniek, juridische aspecten, organisatie, financiën, bescherming van de verbruiker, mededinging, groene elektriciteit; en zo niet binnen het domein van de regulering van de netwerkmarkten, zoals de telecommunicatie, de spoorwegen of de postdiensten; 5° beschikken over de capaciteit om de elektriciteits- en gasmarkt binnen een stedelijke omgeving te kunnen inschatten; 6° geven blijk van belangstelling voor het algemene belang, onafhankelijkheid ten opzichte van de spelers van de energiemarkt, en de energiebezorgdheden, met inbegrip van de duurzame ontwikkeling en de milieubescherming; 7° kunnen in een multidisciplinair team werken; 8° zijn voldoende beschikbaar om de functie te kunnen uitoefenen, met inbegrip van de voorbereiding van de vergaderingen; 9° begrijpen de Franse en Nederlandse taal".

<sup>678</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 268.

<sup>679</sup> Wet 28 februari 2013, houdende regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt, *Stb.* 2013, 21 maart 2013, 102 (hierna: Instellingswet Autoriteit Consument en Markt).

<sup>680</sup> FERC, <http://www.ferc.gov/about/strat-docs/fy08-an-rpt.pdf>, laatst geconsulteerd op 25 mei 2015.

<sup>681</sup> FERC, <http://www.ferc.gov/about/strat-docs/fy08-an-rpt.pdf>, laatst geconsulteerd op 25 mei 2015.

<sup>682</sup> 16 U.S. Code § 792 - Federal Power Commission: "[...] Their successors shall be appointed each for a term of five years from the date of the expiration of the term for which his predecessor was appointed and until his successor is appointed and has qualified [...]."



leader who will resist political interference from the White House and the Majority Leader".<sup>683</sup>

**231.** Energieregulatoren worden bijgevolg gekenmerkt door de aanwezigheid van leden die specifiek benoemd zijn omwille van hun deskundigheid, technische expertise, onpartijdigheid en onafhankelijkheid. De aanwezigheid van deskundigen verhoogt in dit opzicht zowel de geloofwaardigheid (*credibility*) van de instelling zelf, als van alle handelingen die zij stelt en de beslissingen die zij neemt.<sup>684</sup> De hoge mate van geloofwaardigheid en de efficiënte werking van de energieregulatoren zorgt ervoor dat mag aangenomen worden dat deze technische experts bekwaam en competent zijn om een kwalitatief hoogstaandere beleidsuitvoering te verwezenlijken dan bijvoorbeeld de regering en de administratie.<sup>685</sup> Ingevolge de informatieasymmetrie tussen de energieregulatoren en de sector zijn de eerste instanties afhankelijk van informatie van de sector. De energieregulator moet bijgevolg voldoende deskundig zijn om de informatie die hij vergaart naar waarde te kunnen schatten. Hij moet in staat zijn om relevante informatie te differentiëren van irrelevante of onjuiste informatie.<sup>686</sup>

**232.** De democratische legitimiteit van de energieregulatoren vloeit dus ook voort uit hun verhoogde geloofwaardigheid. Onafhankelijke regulatoren worden in dit opzicht bewust uit de traditionele delegatieketting gelaten, juist omwille van het feit dat betere resultaten van de regulerende acties worden verwacht, omdat een bepaalde mate van onafhankelijkheid nodig wordt geacht voor geloofwaardige (*credible*) regulering.<sup>687</sup> De verhoogde geloofwaardigheid van de energieregulatoren is het resultaat van verschillende samenvallende elementen, waaronder ten eerste de bekwaamheid en expertise van de leden. Ten tweede speelt ook het zogenaamde *time-consistency* element hierbij een rol. Dit houdt in dat er in de schoot van energieregulatoren een onafhankelijke, lange termijn regulering tot stand komt, in tegenstelling tot een eerder politiek, electoraal korte termijn geïnspireerd regulerend beleid door de regering of minister.<sup>688</sup> Dit neemt echter niet weg dat de technische expertise en de politieke belangen ook vaak in eenzelfde lijn liggen en dat de energieregulatoren ook rekening moeten

<sup>683</sup> Zie hierover: <http://www.barrasso.senate.gov/public/index.cfm/news-releases?ID=20568331-a43d-ba1e-1cd3-4a681664860a>, laatst geconsulteerd op 25 mei 2015.

<sup>684</sup> A. LARSEN, L. PEDERSEN, E. SORESENSEN en J. OLSEN, "Independent Regulatory Authorities in Europe", SESSA Conference on Regulation, 2005, 4; G. MAJONE, "The regulatory state and its legitimacy problems", *Western European Politics* 1999, (1) 5.

<sup>685</sup> M. MAGGETTI, "Legitimacy and Accountability of Independent Regulatory Agencies: A Critical Review", *Living Reviews in Democracy* 2010, afl. 2, <http://democracy.livingreviews.org/index.php/lrd/article/viewFile/lrd-2010-4/29>, (1) 2; P. MAGNETTE, "The Politics of Regulation in the European Union" in D. GERADIN, R. MUNOZ en N. PETIT (eds.), *Regulation through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, (3) 6; K. JOHANNSEN, L. PEDERSEN en E. SORESENSEN, "Independent Regulatory Authorities – a Comparative Study of European Energy Regulators", *AFK Forlaget*, 2004, 10.

<sup>686</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 229.

<sup>687</sup> M. MAGGETTI, *Regulation in practice. The de facto independence of regulatory agencies*, Colchester, ECPR Press 2012, 19.

<sup>688</sup> M. MAGGETTI, *Regulation in practice. The de facto independence of regulatory agencies*, Colchester, ECPR Press 2012, 19.

houden met de algemene politieke visie inzake het energiebeleid.<sup>689</sup> Bovendien, in een economisch gevoelige en onvoorspelbare sector als de energiesector, is de aanwezigheid van een onafhankelijke energieregulator cruciaal voor het goed functioneren van het systeem,<sup>690</sup> waardoor de keuze voor een onafhankelijke regulator als *in se* legitiem kan worden beschouwd. Er zijn evenwel nog bijkomende legitimiteitswaarborgen aanwezig om deze *inherent* legitimiteit van de energieregulator aan te vullen.

#### 5.2.4. *Inputlegitimiteit*

**233.** Inputlegitimiteit houdt verband met de toegankelijkheid, de openheid en de representativiteit van het bestuur en de participatie van de burgers daarin. Democratie omvat immers meer dan alleen maar parlementaire invloed.<sup>691</sup> Ook andere vormen van zeggenschap of inspraak dan via vertegenwoordigde organen vallen onder het democratiebeginsel.<sup>692</sup> Zo werd bijvoorbeeld in het Verdrag tot vaststelling van de Europese Grondwet een onderscheid gemaakt tussen *representatieve* en *participerende* democratie.<sup>693</sup> Participerende democratie kan plaatsvinden in verschillende vormen en kan in die zin ook bijdragen aan de controle van energieregulators. Daarbij kan worden gedacht aan (uitbreiding van de) raadpleging van belanghebbenden.<sup>694</sup> Participatie, consultatie, overleg en inspraak zijn derhalve belangrijke kenwoorden bij de democratische legitimering van de energieregulators. Een noodzakelijke voorwaarde hierbij is wel dat de energieregulators beschikken over voldoende middelen en draagkracht, waardoor het participatie- en consultatieproces relatief snel en efficiënt kan plaatsvinden. Het één sluit met andere woorden het ander niet uit, maar men moet natuurlijk wel de middelen hebben.

Er moet hierbij ook rekening gehouden worden met de representativiteit van diverse groepen die deelnemen aan de participatie- en consultatieprocessen. De vrees bestaat namelijk dat zekere groepen, bijvoorbeeld consumenten, hierbij

---

<sup>689</sup> S. LAVRIJSEN en A. OTTOW, "The legality of independent regulatory authorities" in L. BESSELINK, F. PENNINGEN en S. PRECHAL (eds.), *The eclipse of the legality principle in the European Union*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, (73) 94. Het energiebeleid behoort ook nog steeds toe tot de bevoegdheid van de politiek (zie artikel 35(4), b), ii) van de richtlijn 2009/72/EG: "Eventuele nauwe samenwerking met andere bevoegde nationale instanties of de toepassing van algemene beleidsrichtsnoeren van de overheid die geen verband houden met de in artikel 37 genoemde reguleringsstaken, worden door dit voorschrift onverlet gelaten. Zie ook de Interpretatieve Nota, 7: "The Electricity and Gas Directives do not deprive the government of the possibility of establishing and issuing its national energy policy".

<sup>690</sup> Zie Hoofdstuk 1: de aanwezigheid van een onafhankelijke energieregulator is nodig om het natuurlijk monopolie van de transmissienetbeheerders en de distributienetbeheerders te reguleren en om eerlijke tarieven inzake non-discriminatoire en transparante toegang tot het net te verzekeren voor derden (third-party-access).

<sup>691</sup> K. JOHANNSEN, L. PEDERSEN en E. SORESENSEN, "Independent Regulatory Authorities – a Comparative Study of European Energy Regulators", *AFK Forlaget*, 2004, 27.

<sup>692</sup> Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), *De staat van de democratie. Democratie voorbij de staat*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2004, 357; L. VERHEY en N. VERHEIJ, "De macht van de marktmeesters" in A. VAN ROSSUM, L. VERHEY en N. VERHEIJ (eds.), *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2005), Deventer, Kluwer, 2005, (139) 178.

<sup>693</sup> Artikel I-47: Het beginsel van de participerende democratie (inzake het Europees burgerinitiatief).

<sup>694</sup> Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR), *De staat van de democratie. Democratie voorbij de staat*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2004, 88.

niet of onvoldoende zullen betrokken worden.<sup>695</sup> De energieregulator dient hiertoe bijeenkomsten te organiseren of op een andere wijze input te vergaren van de stakeholders of belanghebbenden. Men moet kunnen garanderen dat de stakeholdervertegenwoordiging een representatieve afspiegeling vormt van de daadwerkelijk bij het toezicht betrokken stakeholders. In het geval dat alleen de sector wordt vertegenwoordigd, ontstaat er scheve participatie, hetgeen met het oog op het risico op *capture* nadrukkelijk vermeden moet worden.<sup>696</sup> Het doel van stakeholderparticipatie in relatie tot de verantwoordingsplicht is immers net gelegen in het versterken van de legitimiteit van de energieregulator. Wanneer stakeholderparticipatie enkel betrekking heeft op de deelname van de rechtstreeks onder toezicht staande instellingen, kan dit niet gekwalificeerd worden als stakeholderparticipatie in het kader van een legitieme verantwoordingsplicht. Dat betekent dat naast sectorvertegenwoordiging ook consumentengroepen betrokken moeten worden in de participatie.<sup>697</sup> Daar waar de wetgever hier nog niet in heeft voorzien wordt aanbevolen op te nemen dat de energieregulator, naast sectorale participatie, ruimte creëert voor (nog meer) vertegenwoordiging door consumenten.<sup>698</sup> In de VS maakt *public participation* bijvoorbeeld een belangrijk deel uit van de verantwoordingsplicht bij *independent regulatory agencies*.<sup>699</sup>

#### 5.2.5. Procedurele legitimiteit

**234.** Democratische legitimiteit rust eveneens op bepaalde procedurele waarborgen. De procedurele legitimiteit (*legitimacy by the throughputs*) heeft betrekking op het gebruik van *ex-ante* instrumenten zoals prestatie management, kwaliteitsstandaarden, de motiveringsplicht, de transparantieplicht, de openbaarheid,... of *ex-post* instrumenten zoals audits, sancties en beloningen.<sup>700</sup>

**235.** De procedurele legitimiteit vloeit hoofdzakelijk voort uit de procedurele verantwoordingsplicht. Verantwoordingsplicht of accountability is immers een essentieel onderdeel van de legitimiteit van de energieregulators. Het houdt enerzijds in dat de toezichthouder verantwoording aflegt over zijn handelen, anderzijds dat hij zich laat controleren. Er bestaan verschillende vormen van verantwoordingsplicht, deze komen later nog uitgebreid aan bod. Een van de vormen bestaat uit (een hoge mate van) procedurele verantwoordingsplicht,

---

<sup>695</sup> M. OLSON, *The Logic of Collective Action; Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, 14 en 128; M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 376 en 377.

<sup>696</sup> De term *capture* wordt nader uitgelegd in het onderdeel: "de onafhankelijkheid van de marktspelers".

<sup>697</sup> M. OLSON, *The Logic of Collective Action; Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, 166.

<sup>698</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 169.

<sup>699</sup> S. LAVRIJSEN, "An Analysis of the Constitutional Position of the US Independent Agencies" in R. CARANTA, D. FAIRGRIEVE en M. ANDENAS (eds.), *Independent Administrative Authorities*, London, British Institute of International and Comparative Law 2004, (1) 33.

<sup>700</sup> M. MAGGETTI, "Legitimacy and Accountability of Independent Regulatory Agencies: A Critical Review", *Living Reviews in Democracy* 2010, afl. 2, <http://democracy.livingreviews.org/index.php/lrd/article/viewFile/lrd-2010-4/29>, (1) 4.

hetgeen ervoor zorgt dat energieregulatoren opereren op een juridische verantwoorde, transparante, open en eerlijke manier, meer dan de traditionele democratische instellingen. In het zesde hoofdstuk zal dan ook uitvoerig worden ingegaan op diverse elementen inzake de procedurele verantwoordingsplicht: de motiveringsplicht, de transparantieplicht (publicatieverplichtingen etc.)<sup>701</sup> en de openbaarheid van bestuur,...

De achterliggende gedachte bij de procedurele legitimiteit is dat politieke actoren, zelfs indien zij het niet eens zijn met een beslissing, deze toch als legitiem moeten aanvaarden, indien deze beslissing werd genomen op een eerlijke manier, voortvloeiend uit een open, transparant en op gelijkheid gebaseerde toegang en deliberatie.<sup>702</sup> In dit opzicht houdt de procedurele legitimiteit eveneens verband met de input- en outputlegitimiteit: procedurele waarborgen dragen bij tot het nemen van deskundige en onderbouwde beslissingen. Het zogenaamde democratisch deficit kan bijgevolg gecompenseerd worden door het geloof en vertrouwen van de relevante spelers in het feit dat de procedures geschikt, relevant, transparant en pertinent zijn. Het gaat hier dan ook om een procedurele component van de legitimiteit van de energieregulatoren.

**236.** De hoge mate van procedurele verantwoordingsplicht is echter ook onderhevig aan kritiek. Zo kan de hoge mate van procedurele verantwoordingsplicht conflicteren met de efficiëntie van de energieregulatoren, waardoor men de onderliggende veronderstelling ondermijnt die de delegatie of attributie van bevoegdheden aan energieregulatoren rechtvaardigt.<sup>703</sup> Door de legitimiteit te verhogen via procedurele verantwoordelijkheid, verlaagt men de mate van efficiëntie, waardoor men ook ongewild de legitimiteit van het "efficiëntie-argument" (outputlegitimiteit) verlaagt.<sup>704</sup>

Een beperkte procedurele verantwoordingsplicht (zoals bijvoorbeeld het louter aanwezig zijn van bepaalde procedureregels) lijkt misschien efficiënter, het is evenwel onvoldoende om op die manier democratische legitimiteit te geven aan de onafhankelijke energieregulatoren, zeker ten aanzien van politieke actoren. BARBER stelt terecht dat "when legitimacy is only based on procedural correctness, the regulatory order will risk being considered scarcely legitimised,

---

<sup>701</sup> B. VAN DER MEULEN en A. OTTOW, "Toezicht op markten", VAR-reeks 130, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers 2004, 66-68.

<sup>702</sup> M. LODGE, "Accountability and transparency in regulation: critiques, doctrines and instruments" in J. JORDANA en D. LEVI-FAUR (eds.), *The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, (124) 125; M. MAGGETTI, *Regulation in practice. The de facto independence of regulatory agencies*, Colchester, ECPR Press 2012, 19; M. MAGGETTI, "Legitimacy and Accountability of Independent Regulatory Agencies: A Critical Review", *Living Reviews in Democracy* 2010, afl. 2, <http://democracy.livingreviews.org/index.php/lrd/article/viewFile/lrd-2010-4/29>, (1) 4.

<sup>703</sup> G. MAJONE, "The Rise of the Regulatory State in Europe", *West European Politics* 1994, afl. 17, 77-101; G. MAJONE, "Nonmajoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance: A Political Transaction-Cost Approach", *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 2001, afl. 157, 57-78.

<sup>704</sup> M. MAGGETTI, *Regulation in practice. The de facto independence of regulatory agencies*, Colchester, ECPR Press 2012, 20.

likewise a weak democracy".<sup>705</sup> Dit zorgt ervoor dat een hoge mate van procedurele verantwoordingsplicht noodzakelijk is.

MAGGETTI stelt dat dit "technocratisch scenario" een louter procedurele legitimiteit geeft aan de energieregulatoren. Het gaat daarbij om de implementatie van een strikt, op regels gebaseerd systeem, dat voorziet in expertise om zo de efficiëntie van de regulerende acties te maximaliseren. Hij gaat daarbij zelfs zo ver, dat hij stelt dat "this scenario implies the minimization of the involvement of political representatives and public participation, generating the supremacy of the technocratic rule over democracy".<sup>706</sup> Hij besluit dan ook dat regulerend bestuur door onafhankelijke instanties nauwelijks kan rekenen op een sterke legitimiteit. Deze stelling kan niet worden bijgetreden. De democratische logica wordt immers niet vervangen door een non-democratische (technocratische) logica,<sup>707</sup> integendeel: de procedurele waarborgen geven een nieuwe vorm aan de klassieke democratische principes. In het huidige *multi-level* bestuursstelsel vereisen nieuwe vormen van bestuur immers ook nieuwe, alternatieve vormen van toezicht en verantwoordingsplicht.<sup>708</sup>

#### 5.2.6. Juridische legitimiteit: rechterlijke controle op beslissingen

**237.** De legitimiteit van energieregulatoren wordt eveneens versterkt door de juridische verantwoordingsplicht die zij moeten afleggen ten aanzien van een onafhankelijke rechter.<sup>709</sup> De verantwoordingsplicht die de energieregulatoren op die manier afleggen wordt beschouwd als een *individuele* waarborg voor goed toezicht.<sup>710</sup> Bij andere vormen van verantwoordingsplicht betreft het immers veelal geen individuele gevallen. De rechter speelt bijgevolg een belangrijke rol in het verbreden van de legitimiteit van de energieregulator.<sup>711</sup>

---

<sup>705</sup> B. BARBER, *Strong Democracy. Participatory Politics for a New Age* Berkeley, California, University of California Press, 2004, zoals vermeld in M. MAGGETTI, *Regulation in practice. The de facto independence of regulatory agencies*, Colchester, ECPR Press 2012, 20.

<sup>706</sup> M. MAGGETTI, *Regulation in practice. The de facto independence of regulatory agencies*, Colchester, ECPR Press 2012, 20.

<sup>707</sup> P. MAGNETTE, "The Politics of Regulation in the European Union" in D. GERADIN, R. MUNOZ en N. PETIT (eds.), *Regulation through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, (3) 16.

<sup>708</sup> P. MAGNETTE, "The Politics of Regulation in the European Union" in D. GERADIN, R. MUNOZ en N. PETIT (eds.), *Regulation through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, (3) 13.

<sup>709</sup> Zijlstra is hierbij kritisch en stelt dat rechterlijke controle geen substituut is voor democratische controle, S. ZIJLSTRA, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat: een onderzoek naar democratisch-rechtsstatelijke en positiefrechtelijke aspecten van het gebruik van zelfstandige bestuursorganen*, 's-Gravenhage, VUGA, 1997, 126.

<sup>710</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 379.

<sup>711</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 380; A. OTTOW en M. DE COCK BUNING, "Juridische ruggengraat toezicht mag niet ontbreken", *Tijdschrift voor Toezicht* 2013, afl. 4, (33) 35;

**238.** In België wordt de rechterlijke toetsing voor de CREG uitgeoefend door het Hof van beroep te Brussel,<sup>712</sup> voor de VREG door het Hof van beroep te Brussel en de rechtbank van eerste aanleg,<sup>713</sup> voor de CWaPE het Hof van beroep te Luik<sup>714</sup> en voor Brugel door het Hof van beroep te Brussel.<sup>715</sup> Bij de Autoriteit Consument en Markt wordt de rechterlijke controle gedaan door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb).<sup>716</sup> Bij FERC vindt *judicial review* plaats via de *Court of Appeals (District of Columbia Circuit/ Ninth Circuit)* of nadien het *U.S. Supreme Court*.<sup>717</sup>

**239.** Hoe ver de rechterlijke toetsing moet reiken maakt het voorwerp uit van een omvangrijk debat. Sommigen zijn voorstander van een indringende toets ("volle rechtsmacht"), ter compensatie van het democratisch deficit en stellen dat de rechterlijke toetsing een belangrijk deel van de *checks and balances* vormt waardoor deze niet te terughoudend of marginaal mag zijn.<sup>718</sup> Anderen pleiten voor een terughoudende toets waarbij wordt uitgegaan van de expertise van het bestuursorgaan (een "marginale toetsing").<sup>719</sup> Zo stelde het Hof van beroep te Brussel dat men marginaal dient te toetsen wanneer de CREG handelt in het kader van diens discretionaire bevoegdheden. Dit moet ad hoc - geval per geval – worden beoordeeld. Het Hof stelt dat het geen uitspraak kan doen over de opportuniteit van de aangevochten beslissingen en dat het terughoudend moet beoordelen gelet op het hoog technisch karakter van sommige beslissingen van de CREG.<sup>720</sup> Het Hof vult het begrip volle rechtsmacht evenwel zaak per zaak anders in. In sommige arresten gaat het Hof dan ook vrij ver in deze toetsing en trekt het Hof daarbij op verregaande wijze de inhoudelijke beoordeling van de energieregulator in twijfel. Hier zal dieper op worden ingegaan in het hoofdstuk met betrekking tot de verantwoordingsplicht. Zowel in Nederland als in België is er bijgevolg geen eensgezindheid in de rechtsleer en rechtspraak over de specifieke draagwijdte van zowel de notie "volle

---

<sup>712</sup> Artikel 29bis van de Elektriciteitswet en de Wet 27 juli 2005 tot organisatie van de mogelijkheden tot beroep tegen de beslissingen genomen door de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas, BS 29 juli 2005.

<sup>713</sup> Artikel 13.3.1, § 4 van het Energiedecreet

<sup>714</sup> Artikel 53sexies van het Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>715</sup> Artikel 9septies, § 1 van de Elektriciteitsordonnantie.

<sup>716</sup> Artikel 3:29 en artikel 4 van de Wet van 4 juni 1992, houdende algemene regels van bestuursrecht, Stb. 1992, 21 maart 2013, 315 (hierna: Algemene Wet Bestuursrecht).

<sup>717</sup> R. HUGHES, "Roadblocks to Judicial Review of Department of Energy and Federal Energy Regulatory Commission Administrative Actions", *Tulsa Law Review* 1986, Vol. 22, (601) 605. "Administrative Procedure Act" (APA) – An Act to improve the administration of justice by prescribing fair administrative procedure, Pub. L. No. 79-404, 60 Stat. 237 (11 June 1946). Codified 5 U.S.C. Chapter 7 §700. Zie ook in meer algemene termen: S. LAVRIJSSEN, "An Analysis of the Constitutional Position of the US Independent Agencies" in R. CARANTA, D. FAIRGRIEVE en M. ANDENAS (eds.), *Independent Administrative Authorities*, London, British Institute of International and Comparative Law 2004, (1) 41.

<sup>718</sup> L. VERHEY en N. VERHEIJ, "De macht van de marktmeesters" in A. VAN ROSSUM, L. VERHEY en N. VERHEIJ (eds.), *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2005), Deventer, Kluwer, 2005, (139) 314. Over de invulling van het begrip "volle rechtsmacht" zie ook: S. BOULLART, "De ene volle rechtsmacht is de andere niet: over volle en minder volle rechtsmacht", *CDPK* 2007, afl. 3, 245-273; C. DEGREEF en S. DE SOMER, "Accountability van de federale en de Vlaamse Energieregulator of toezicht op de toezichthouders na het derde energiepakket", *MER* 2013, afl. 2, 77-99.

<sup>719</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 381; S. LAVRIJSSEN, "De rol van de Nederlandse administratieve rechter bij het toezicht op de mededinging", *SEW* 2004, afl. 1, (18) 22.

<sup>720</sup> Brussel 27 oktober 2006, *RABG*, 2007, 291, noot T. VANDEN BORRE.

rechtsmacht" (zoals in België) als de notie "marginale toetsing" (zoals in Nederland).<sup>721</sup>

#### 5.2.7. *Democratische legitimiteit: de inspraak van het parlement versterken*

**240.** Om tegemoet te komen aan de eis inzake democratische legitimiteit moet de energieregulator – anders dan nu het geval is – rechtstreeks verantwoording aan het vertegenwoordigend politieke orgaan (het parlement) afleggen.<sup>722</sup> Dit heeft als gevolg dat niet langer een politiek orgaan (de minister) ter verantwoording kan worden geroepen voor het handelen van de energieregulator. De banden inzake toezicht tussen de minister en de energieregulator worden doorgeknipt. Aangezien administratief toezicht onverenigbaar is met de onafhankelijkheid van de energieregulatoren en het ontbreken van dit administratief toezicht op zijn beurt de ministeriële verantwoordelijkheid uitholt (*infra* nr. 738, 739 en 895), is dit een logische evolutie. Er vindt bijgevolg een verschuiving plaats van de nadruk op sturingsmechanismen door de minister, naar controlemechanismen door de volksvertegenwoordiging. Op die manier wordt een rechtstreekse democratische legitimiteit gegarandeerd.<sup>723</sup> Zo zouden de Belgische energieregulatoren allen onder het toezicht (of zelfs institutioneel, *infra* nrs. 892 e.v.) moeten vallen van het respectievelijke parlement. De nationale marktautoriteiten in Nederland zouden verantwoording moeten afleggen aan de Tweede Kamer.<sup>724</sup> Deze vorm van democratische verantwoording bestaat reeds in de Verenigde Staten van Amerika, waar bijvoorbeeld de FERC op diverse manieren verantwoording aflegt aan het Congres (aannee nieuwe wetgeving, beperken van het budget,...)<sup>725</sup> maar ook via hoorzittingen voor een bepaald *Congressional committee*.<sup>726</sup> In Nederland heeft de ACM reeds aangegeven open te staan voor een periodiek bezoek aan de Tweede Kamer.<sup>727</sup> Ook in België zijn gelijkaardige geluiden te horen. Zo stelt de VREG in het "memorandum voor de Vlaamse Regering 2014-2019" dat de onafhankelijkheid van de VREG kan versterkt worden door hen rechtstreeks onder het toezicht van het Vlaams Parlement te plaatsen. Dit naar

<sup>721</sup> A. OTTOW, *Market and Competition Authorities. Good Agency Principles*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 17 en 18.

<sup>722</sup> M. AELEN en G. BIEZEVELD, "Onrustige onafhankelijkheid", *Tijdschrift voor Toezicht* 2013, afl. 4, (52) 61.

<sup>723</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 449.

<sup>724</sup> M. AELEN en G. BIEZEVELD, "Onrustige onafhankelijkheid", *Tijdschrift voor Toezicht* 2013, afl. 4, (52) 61.

<sup>725</sup> S. LAVRIJSEN, "An Analysis of the Constitutional Position of the US Independent Agencies" in R. CARANTA, D. FAIRGRIEVE en M. ANDENAS (eds.), *Independent Administrative Authorities*, London, British Institute of International and Comparative Law 2004, (1) 26.

<sup>726</sup> Specifiek voor FERC gaat het om het *Energy and Commerce Committee* (opgericht in 1795) van het Huis van Afgevaardigden <http://energycommerce.house.gov/about>, met een subcommittee *Energy and Power* <http://energycommerce.house.gov/subcommittees/energy-and-power>; zie ook E.J. DE JONGE, *Amerikaans Staatsrecht. Beschouwingen over de rule of Law, staatsinstellingen en politiek in de VS*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers (WLP), 2012, 110.

<sup>727</sup> M. AELEN en G. BIEZEVELD, "Onrustige onafhankelijkheid", *Tijdschrift voor Toezicht* 2013, afl. 4, (52) 62.

analogie met bijvoorbeeld de Vlaamse ombudsdienst en op federaal vlak naar analogie met de CREG.<sup>728</sup>

**241.** Een andere manier om de democratische legitimiteit van de energieregulators te vergroten is bij de benoeming van de leden van de energieregulator door de regering, de inspraak van het parlement te vergroten. Op die manier krijgt het voltallige parlement een stem en dus niet enkel de regeringspartijen. In dit opzicht kan men gelijkaardig met de Europese Commissie en het Europees parlement een hoorzitting organiseren bij de benoeming van de bestuursleden. Dit vergroot opnieuw de democratische legitimiteit van de energieregulator.

**242.** Belangrijk hierbij is wel dat de controle door het parlement niet het enige instrument tot toezicht mag worden. Het risico op beïnvloeding wordt dan immers te substantieel. Zoals LODGE het mooi verwoordt: "any analysis of accountability and transparency should seek to adopt such a multi-dimensional perspective rather than on relying purely on dated conceptions of accountability to parliament".<sup>729</sup> Op Vlaams niveau streeft men ernaar om de Vlaamse energieregulator VREG volledig onder te brengen bij het parlement. Dus niet enkel het toezicht, maar eveneens alle andere aspecten waaronder de benoemingen, het ontslag, de tuchtregeling, de financiële aspecten etc. Hoewel kan worden aangemoedigd dat men vanuit de politiek de onafhankelijkheid van de VREG wenst te versterken en men de regulator niet meer afhankelijk wil maken van één minister, moet men hierbij toch voorzichtig zijn. Het Vlaams Parlement is en blijft een politieke instantie. Elke schijn van afhankelijkheid van de energieregulator ten aanzien van dit parlement moet dan ook vermeden worden. Het zal er dus ook op neer komen hoe men deze "wijziging in het organogram van overheid" in de praktijk wil invullen (*infra nrs. 892 e.v.*).

#### 5.2.8. *Verticale legitimiteit: Netwerken van nationale toezichthouders en Europese toezichthouders*

**243.** EBERLEIN en GRANDE stellen dat bepaalde recente trends nieuwe perspectieven bieden inzake de legitimering van onafhankelijke regulators. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om de opkomst en de voortgaande consolidatie van transnationale netwerken.<sup>730</sup> Naast de invloed van het Europees recht op het nationale niveau, zijn er in de loop der jaren inderdaad diverse Europese netwerken van nationale marktautoriteiten ontstaan. Zij zijn mede bepalend bij de verdere harmonisatie, implementatie en handhaving van het Europese

<sup>728</sup> VREG, *Memorandum van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits-en Gasmarkt voor de Vlaamse Regering 2014-2019*, <http://www.vreg.be/sites/default/files/adviezen/adv-2013-10.pdf>, 35; P. VAN HUMBEECK, "Autonomie, onafhankelijkheid en accountability van sectorale regulators: economische invalshoek", *TvW* 2014, afl. 1, (2) 14.

<sup>729</sup> M. LODGE, "Accountability and transparency in regulation: critiques, doctrines and instruments" in J. JORDANA en D. LEVI-FAUR (eds.), *The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, (124) 144 en <http://regulation.upf.edu/reg-network/papers/lodge2.pdf>, 18.

<sup>730</sup> B. EBERLEIN en E. GRANDE, "Beyond Delegation: Transnational Regulatory Regimes and the EU Regulatory State", *Journal of European Public Policy* 2005, afl. 12, 89-112.



recht.<sup>731</sup> Een recente ontwikkeling daarbij zijn eveneens de Europese toezichthouders.<sup>732</sup> Specifiek met betrekking tot het energierecht is er enerzijds *The Council of European Energy Regulators (CEER)* en anderzijds *The Agency for the Cooperation of Energy Regulators (ACER)*. De eerste instantie, CEER, is een non-profit organisatie die fungeert als een Europees netwerk van alle nationale energieregulators in de Europese Unie en de Europese Economische Ruimte (EER). Binnen die organisatie kunnen de Europese energieregulators samenwerken om op die manier een sterke, competitieve Europese interne energiemarkt tot stand te doen brengen.<sup>733</sup> De CEER werd opgericht in 2000 en bestaat uit een algemene vergadering (bestaande uit alle leden), een raad van bestuur (bestaande uit een voorzitter en twee vicevoorzitters, die voor twee jaar worden verkozen) en een secretariaat.<sup>734</sup> De CEER staat o.a. de Europese Commissie bij en geeft raad bij reguleringskwesties over elektriciteit en gas. Voor België neemt de CREG deel aan de werkzaamheden van de CEER. De aanwezigheid van een Europees netwerk inzake energieregulators verhoogt de legitimiteit van de nationale energieregulators omdat het netwerk meer uniformiteit creëert onder de regulators en daardoor ook het draagvlak voor bepaalde regulerende beslissingen kan vergroten. Bovendien vindt er een grote mate van informatie-uitwisseling plaats tussen de verschillende leden, wat opnieuw de expertise van de energieregulators verhoogt. In dit opzicht organiseert de CEER ook *training programs* voor de energieregulators.<sup>735</sup> De CEER publiceert ook regelmatig verschillende documenten met betrekking tot diverse onderwerpen (consumentenbelangen, de elektriciteitssector,...) en publiceert ook een jaarlijks werkprogramma. Daarenboven organiseert de CEER ook regelmatig vrij omvangrijke publieke consultatierondes (zowel bij producenten, netwerkkoperatoren, leveranciers als consumenten).<sup>736</sup> Ook alle jaarverslagen, van elke energieregulator die lid is van de CEER, worden op de website van de CEER gepubliceerd in een Engelstalige versie. OTTOW stelt dat de netwerken drie belangrijke functies hebben: de expertisefunctie, de coördinatiefunctie en een peer review functie.<sup>737</sup> De expertisefunctie heeft betrekking op het feit dat de netwerken betrokken zijn bij het tot stand brengen van Europese regels, waarbij ze de Europese Commissie de nodig input geven voor de opstelling en aanpassing van de regels. De coördinatiefunctie houdt in

<sup>731</sup> B. VAN DER MEULEN en A.T. OTTOW, "Toezicht op markten", VAR-reeks 130, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers 2004, 113.

<sup>732</sup> A. OTTOW, "Europeanisering van het markttoezicht", *SEW* 2011, afl. 1, (3) 3; A. DE MOOR-VAN VUGT, "Netwerken en de europeanisering van het toezicht", *SEW* 2011, afl. 3, (94) 94; A. OTTOW, "Het Europese toezicht op de financiële markten", *Congres Toezicht en Wetenschap* 2011, [www.toezichtenwetenschap.nl](http://www.toezichtenwetenschap.nl), 1.

<sup>733</sup> [http://www.ceer.eu/portal/page/portal/EER\\_HOME](http://www.ceer.eu/portal/page/portal/EER_HOME), laatst geconsulteerd op 22 mei 2015.

<sup>734</sup> Zie hiervoor: *CEER Articles of Association*, zoals laatst geconsolideerd op 4 november 2013: [http://www.ceer.eu/portal/page/portal/EER\\_HOME/EER\\_PUBLICATIONS/CEER\\_PAPERS/Founding Documents and Rules /Other/CEER Statutes-EN 2013-11-04.pdf](http://www.ceer.eu/portal/page/portal/EER_HOME/EER_PUBLICATIONS/CEER_PAPERS/Founding Documents and Rules /Other/CEER Statutes-EN 2013-11-04.pdf).

<sup>735</sup> CEER, [http://www.ceer.eu/portal/page/portal/EER\\_HOME/TRAINING](http://www.ceer.eu/portal/page/portal/EER_HOME/TRAINING), laatst geconsulteerd op 22 mei 2015.

<sup>736</sup> Zie hiervoor: *Guidelines on CEER's Public Consultation Practices*, [http://www.ceer.eu/portal/page/portal/EER\\_HOME/EER\\_PUBLICATIONS/CEER\\_PAPERS/Founding Documents and Rules /Other/E07-EP-16-03\\_PC-Guidelines CEER.pdf](http://www.ceer.eu/portal/page/portal/EER_HOME/EER_PUBLICATIONS/CEER_PAPERS/Founding Documents and Rules /Other/E07-EP-16-03_PC-Guidelines CEER.pdf): "The public consultation guidelines recognise in particular: the importance of consultation in providing expert input and views on draft proposals; the need for a flexible approach to consultation (one that can be adapted according to the significance and urgency of an issue); the principles of openness and transparency, consistency, and accountability; the need for clear rule on confidentiality and the need to ensure a high quality to consultation including the use, when appropriate, of regulatory impact assessments".

<sup>737</sup> A. OTTOW, "Europeanisering van het markttoezicht", *SEW* 2011, afl. 1, (3) 8 en 9.

dat er uniforme standaarden worden ontwikkeld, waardoor de nationale toepassingspraktijken op elkaar worden afgestemd. De laatste functie betreft het leveren van expertise en commentaar op elkaars uitvoeringspraktijk.<sup>738</sup>

**244.** Via de verordening nr. 713/2009 werd een nieuw institutioneel kader gecreëerd, waarmee het ACER werd opgericht.<sup>739</sup> Het gaat om een communautaire structuur met duidelijke bevoegdheden.<sup>740</sup> Het Agentschap moet ervoor zorgen dat de regelgevingskloof op communautair niveau wordt gedicht en dient bij te dragen tot een efficiënte werking van de interne markten voor elektriciteit en gas.<sup>741</sup> Bovendien zorgt het voor een platform dat nationale regulerende instanties moet in staat stellen om intensiever op communautair niveau samen te werken. ACER brengt namelijk advies uit aan transmissienetbeheerders, regulatoren en het Europees Parlement, de Raad en de Europese Commissie,<sup>742</sup> maar kan ook zelf besluiten nemen. ACER draagt bij tot de legitimiteit van nationale energieregulatoren omdat ook hier de verantwoordingsplicht een belangrijke rol speelt. Artikel 39 van de richtlijn 2009/72/EG bepaalt bijvoorbeeld dat "elke regulerende instantie en de Commissie het Agentschap kan verzoeken na te gaan of een door een regulerende instantie genomen besluit strookt met de in deze richtlijn of in Verordening (EG) nr. 714/2009 bedoelde richtsnoeren".<sup>743</sup> ACER is bijvoorbeeld ook bevoegd om besluiten te nemen over aangelegenheden waarover de nationale regulatoren geen overeenstemming kunnen bereiken.<sup>744</sup>

**245.** Europese netwerken en Europese toezichthouders zouden bijgevolg kunnen zorgen voor meer legitimiteit, omdat op die manier de verantwoordingsplicht van nationale regulatoren toeneemt. Door de aanwezigheid van dergelijke Europese netwerken en toezichthouders komt er immers een langdurend samenwerkingsverband tot stand, waardoor er ook een internationale reputatie aanwezig is die gewaarborgd moet worden. De nationale energieregulatoren moeten als het ware verantwoording voor hun acties afleggen ten aanzien van deze Europese spelers.<sup>745</sup> Deze vormen van samenwerking en wederzijdse controle zorgen voor een versterkte horizontale verantwoordingsplicht (tussen de regulatoren onderling).<sup>746</sup> De Europese netwerken (waaronder CEER) en de Europese toezichthouders (waaronder

<sup>738</sup> A. OTTOW, "Europeanisering van het markttoezicht", *SEW* 2011, afl. 1, (3) 8 en 9.

<sup>739</sup> 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 energieregulatoren, *Pb.L.* 14 augustus 2009, afl. 211, 1. Deze verordening zal in detail besproken worden bij een verdere uiteenzetting.

<sup>740</sup> A. OTTOW, "Europeanisering van het markttoezicht", *SEW* 2011, afl. 1, (3) 12.

<sup>741</sup> Overweging 5 van de Verordening nr. 713/2009.

<sup>742</sup> Artikel 4 van de Verordening nr. 713/2009.

<sup>743</sup> "Het gaat om richtsnoeren die de Europese Commissie kan vaststellen om het vereiste niveau van harmonisatie te bewerkstelligen. Dergelijke richtsnoeren, die bijgevolg bindende uitvoeringsmaatregelen zijn, vormen, ook ten aanzien van sommige bepalingen van deze richtlijn, vormen een nuttig instrument dat wanneer nodig snel kan worden aangepast", aldus overweging 63 van de richtlijn 2009/72/EG.

<sup>744</sup> Artikel 8 van de Verordening nr. 713/2009.

<sup>745</sup> M. MAGGETTI, *Regulation in practice. The de facto independence of regulatory agencies*, Colchester, ECPR Press 2012, 13 en 14.

<sup>746</sup> D. COEN en M. THATCHER, "Network Governance and Multi-level Delegation: European Networks of Regulatory Agencies" *Journal Of Public Policy* 2008, (49) 67.

ACER) dragen bijgevolg op een directe manier bij tot de legitimatie van de energieregulatoren. Zij zorgen namelijk voor een procedurele component van hun legitimiteit, waarbij zowel *checks and balances*, transparantie als striktere procedurele eisen aanwezig zijn.<sup>747</sup> Nationale energieregulatoren streven gezamenlijke doelstellingen na en worden met dezelfde problemen geconfronteerd. De samenwerking binnen een Europees netwerk zorgt ervoor dat zij zich meer onafhankelijk zullen gedragen, aangezien ze samen sterker staan om bepaalde externe beïnvloeding (politieke en sectorale invloed) te weerstaan. De *organisational reputation* van de individuele energieregulator staat immers op het spel.<sup>748</sup> Gelet op het feit dat dit onderzoek zich evenwel concentreert op het nationale niveau en niet op het Europese niveau wordt in dit werk niet meer ingegaan op deze vorm van legitimiteit (*supra* nr. 36).

#### **D. JURIDISCHE KENMERKEN VAN LEGITIEM MARKTTOEZICHT**

**246.** Het toezicht uitgeoefend door de energieregulatoren moet voldoen aan een aantal voorwaarden, beginselen, principes of juridische kenmerken wil het als legitiem aanschouwd worden. Door op een bekwame manier hun taken uit te oefenen, vergroot immers het vertrouwen van het publiek in hun werking waardoor ook hun legitimiteit wordt versterkt.<sup>749</sup> De vraag wat nu juist als *goed toezicht* gekwalificeerd kan worden werd door verschillende auteurs reeds benaderd vanuit een ogenpunt van *good (market) governance*.

##### **1. Good governance volgens de EU, de OESO en de Wereld Bank**

**247.** Aangezien corporate governance verwijst naar het gebruiken van macht op een correcte manier, om zo de doelstellingen van de organisatie te valoriseren en het processen inhoudt die bepalen hoe een organisatie wordt gestuurd of beheerst, ontstond de idee om na te gaan of deze principes ook konden worden toegepast in de publieke sector.<sup>750</sup> Men diende daarbij wel rekening te houden met de specifieke eigenschappen van de publieke sector, die op een aantal punten, duidelijk verschillen van die van de private sector.<sup>751</sup> Good governance wordt door de OESO gedefinieerd als:

---

<sup>747</sup> C. HOOD, "Control over Bureaucracy: Cultural Theory and Institutional Variety", *Journal of Public Policy* 1995, (207) 218.

<sup>748</sup> G. MAJONE, "The Agency Model: The Growth of Regulation and Regulatory Institutions in the European Union", *EIPASCOPE* 1997, afl. 3, (1) 4: "This is because the agency executives have an incentive to maintain their reputation in the eyes of the other members of the network. Unprofessional or politically motivated decisions would compromise the executives' international reputation and make cooperation more difficult to achieve in the future"; D. CARPENTER, *The forging of bureaucratic autonomy: reputations, networks, and policy innovation in executive agencies, 1862-1928*, Princeton, Princeton University Press, 2001, 4.

<sup>749</sup> W. KOVACIC, "Rating the competition agencies: what constitutes good performance?", *George Mason Law Review* 2009, afl. 4, (903) 906.

<sup>750</sup> K. VERHOEST en J. SPANHOVE, "Deugdelijk bestuur en government governance", *Vlaams tijdschrift voor overheidsmanagement* 2007, afl. 4, (2) 3.

<sup>751</sup> K. VERHOEST en J. SPANHOVE, "Deugdelijk bestuur en government governance", *Vlaams tijdschrift voor overheidsmanagement* 2007, afl. 4, (2) 3; Er is in de publieke sector bijvoorbeeld (1) een duidelijke nood aan democratische (parlementaire) controle, (2) een gebrek aan winst als ultieme doelstelling, (3) het belang van rechtszekerheid, rechtmatigheid en rechtsgelijkheid, (4) de mogelijkheid tot het nemen van algemeen bindende beslissingen, (5) etc.; zie ook M. EDWARDS en R. CLOGH, "Corporate Governance and Performance: An Exploration of

"Good governance: Governance is the exercise of political, economic and administrative authority necessary to manage a nation's affairs. Good governance is characterised by participation, transparency, accountability, rule of law, effectiveness, equity, etc".<sup>752</sup>

**248.** De Wereld Bank definieert *good governance* als volgt: "(good) governance consists of the traditions and institutions by which authority in a country is exercised. This includes the process by which governments are selected, monitored and replaced; the capacity of the government to effectively formulate and implement sound policies; and the respect of citizens and the state for the institutions that govern economic and social interactions among them".<sup>753</sup> Uit beide definities blijkt dat het gaat om een globale vorm van *governance* die van toepassing op het gehele overheidsapparaat, en voornamelijk gericht is op de manier waarop de macht (*the environment*) door het bestuur wordt uitgeoefend.

**249.** In de EU heeft de Europese Commissie op 25 juli 2001 haar witboek getiteld 'Europese Governance' uitgebracht.<sup>754</sup> Het Witboek heeft betrekking op de manier waarop de Unie omgaat met de bevoegdheden die haar door de burgers zijn toegekend en pleit voor meer openheid, verantwoordingsplicht en verantwoordelijkheid voor alle betrokkenen. Het witboek stelt dat governance gebaseerd is op vijf beginselen: **openheid**, **participatie**, **verantwoordingsplicht** (accountability), **doeltreffendheid** (effectiviteit) en **samenhang**. Elk van deze beginselen is volgens de Europese Commissie van groot belang om een democratischer vorm van governance tot stand te brengen. Zij liggen ten grondslag aan de democratie en de rechtsstaat in de lidstaten, maar zijn van toepassing op alle bestuursniveaus: mondiaal, Europees, nationaal, regionaal en lokaal. Volgens de Europese Commissie is elk beginsel op zich belangrijk en staan zij niet los van elkaar. Het eerste beginsel van good governance is openheid. De Europese instellingen en de lidstaten moeten actief communiceren over wat de EU doet en welke besluiten zij neemt. Bovendien moet hun taalgebruik begrijpelijk zijn voor het grote publiek. Het tweede beginsel is participatie. De Europese Commissie stelt dat de kwaliteit, de relevantie en de doeltreffendheid van het EU-beleid wordt bepaald door een brede participatie in elke fase van de besluitvorming, vanaf het eerste ontwerp tot de uitvoering. Grotere participatie zal volgens de Europese Commissie leiden tot meer vertrouwen in het eindresultaat en in de instellingen die het beleid ontwikkelen. Verantwoordingsplicht is het derde beginsel van good governance. Dit beginsel impliceert dat elke EU-instelling moet uitleggen wat zij doet en moet daar de verantwoordelijkheid voor nemen. Bovendien is er de behoefte aan

---

the Connection in a Public Sector Context", Issues Series 2005, Paper No. 1, 33 en [http://www.canberra.edu.au/corpgov-aps/pub/IssuesPaperNo.1\\_GovernancePerformanceIssues.pdf](http://www.canberra.edu.au/corpgov-aps/pub/IssuesPaperNo.1_GovernancePerformanceIssues.pdf).

<sup>752</sup> OESO, "Applying Strategic Environmental Assessment. Good Practice Guidance For Development Co-Operation", 2006, <http://www.oecd.org/environment/environment-development/37353858.pdf>.

<sup>753</sup> WorldBank, "Worldwide Governance Indicators", <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#doc-intro>, laatst geconsulteerd op 11 juni 2016.

<sup>754</sup> COM(2001)425DEF, *European Governance. Een Witboek*, Pb.L. 12 oktober 2001, afl. 287, 1-29.

meer duidelijkheid en verantwoordelijkheid van de lidstaten en alle andere partijen die betrokken zijn bij de ontwikkeling en de uitvoering van het EU-beleid, op welk niveau dan ook. Het voorlaatste beginsel van Europese good governance is doeltreffendheid. Dit houdt in dat het beleid de gewenste resultaten moet opleveren op basis van duidelijke doelstellingen, een evaluatie van het toekomstige effect en, zo mogelijk, van ervaringen in het verleden. Ook het uitvoeren van het EU-beleid op een evenredige manier en het nemen van besluiten op het juiste niveau zijn bepalend voor de doeltreffendheid. Ten slotte, als laatste beginsel, dient er samenhang aanwezig te zijn. Het beleid en de daaruit volgende maatregelen moeten samenhangend zijn en gemakkelijk te begrijpen. Samenhang in het beleid van de EU wordt steeds belangrijker: er zijn meer taken bijgekomen; de uitbreiding zal tot een grotere diversiteit leiden; problemen zoals klimatologische en demografische veranderingen overstijgen het sectorale beleid waarop de Unie is gebouwd; regionale en lokale autoriteiten zijn steeds meer betrokken bij het EU-beleid.

## 2. Good governance and good agency principles in de rechtsleer

250. Voornamelijk in de Nederlandse rechtsleer wordt de klemtoon gelegd op beginselen van *good governance* en *good agency principles*. In België lijkt deze tendens zich vooralsnog niet zo uitdrukkelijk voor te doen en komen dergelijke beginselen hoofdzakelijk aan bod binnen het domein van de politieke en bestuurswetenschappen.

251. HANCHER, LAROUCHE en LAVRIJSSEN hebben het in hun artikel uit 2004 over "good market governance", waarmee ze refereren aan de principes van good governance in de publieke sector.<sup>755</sup> Zij bespreken welke juridische principes de basis moeten vormen voor de wetgeving en het toezicht binnen een markt. Wanneer deze principes immers gerespecteerd worden zal het regulerend kader beter functioneren, waardoor op zijn beurt investeringszekerheid en marktstabiliteit creëert. Volgens de auteurs biedt het opstellen van een *code of good governance* door onafhankelijke autoriteiten bovendien een *checks and balances*-waarborg met betrekking tot de uitvoering van hun discretionaire bevoegdheden. De code garandeert dat de beslissingen genomen door de onafhankelijke autoriteiten gebaseerd zijn op een degelijke economische analyse, die strookt met de beginselen inzake voorspelbaarheid en consistentie.<sup>756</sup> In het kader van hun onderzoek, dat betrekking heeft op de economische regulering, definiëren de auteurs good governance als volgt: "the search for the best set of all laws, regulations, processes and practices that affect the functioning of a regulatory framework and the market".<sup>757</sup> Hoewel de

---

<sup>755</sup> L. HANCHER, P. LAROUCHE en S. LAVRIJSSEN, "Principles of Good Market Governance", *Tijdschrift voor Economie en Management* 2004, Vol. 2, (339) 339-374.

<sup>756</sup> L. HANCHER, P. LAROUCHE en S. LAVRIJSSEN, "Principles of Good Market Governance", *Tijdschrift voor Economie en Management* 2004, Vol. 2, (339) 339.

<sup>757</sup> L. HANCHER, P. LAROUCHE en S. LAVRIJSSEN, "Principles of Good Market Governance", *Tijdschrift voor Economie en Management* 2004, Vol. 2, (339) 340.

principes, vastgelegd in codes, in principe niet juridisch bindend zijn, kan werking toch afgedwongen worden via de opname ervan in Europese of nationale regelgeving. Dit zorgt er uiteraard voor dat de principes, juridische principes worden. De auteurs merken terecht op dat enkele van de principes reeds terug te vinden zijn in Europese (telecom en energie) liberaliseringsrichtlijnen.<sup>758</sup> HANCHER, LAROUCHE en LAVRIJSSEN onderscheiden volgende principes: "transparency, independent supervision of the market, clear legislative mandate, flexible powers, proportionality, consistency, predictability, accountability, respect for competition law and policy, respect for EC law and effective cooperation with and within the EU".<sup>759</sup>

**252.** In haar doctoraat gaat LAVRIJSSEN eveneens uitvoerig in op waarborgen voor *good governance*, waarbij zij drie governance stadia onderscheidt.<sup>760</sup> In de institutionele fase worden de basisstructuren en voorwaarden voor de uitoefening van het toezicht op en voor de regulering/herstructurering van de markt opgesteld. Het gaat daarbij om de beginselen van participatie, transparantie, accountability, proportionaliteit, consistentie, coherentie, voorspelbaarheid, stabiliteit, effectiviteit, efficiëntie en onafhankelijkheid, die deel uitmaken van de Europese rechtsbeginselen.<sup>761</sup> In de uitvoerende fase zijn bestaande Europese rechtsbeginselen, nieuwe *good governance* beginselen en bestaande en nieuwe nationale beginselen van goed bestuur van belang. Daarbij zijn ook alle Europese en nationale (constitutionele) wettelijke regels en Europese en nationale beleidsregels, die de Europese Commissie en de nationale autoriteiten in acht moeten nemen bij de uitvoering van Europese en/of nationale wetgeving van belang.<sup>762</sup> Voorgaande beginselen zijn daarbij te herleiden tot een nieuw fundamenteel grondrecht op een goed bestuur (artikel 41 van het EU-Handvest). Het recht op behoorlijk bestuur is daarbij onderdeel geworden van een ruimer recht op goed bestuur, waarin het optreden van de overheid niet alleen behoorlijk maar ook effectief, efficiënt, proportioneel, transparant, participatief en accountable moet zijn. Daar speelt ook het effectiviteitsbeginsel een grote rol (als marktintegratiebeginsel), waarbij de nationale autoriteiten een uniforme toepassing van het Europese recht in de lidstaten moeten waarborgen en waarbij de maatregelen van de toezichthouders in objectieve zin geschikt moeten zijn voor de realisatie van de doelstellingen van het Europese recht. De derde fase heeft betrekking op de controle en verantwoording. In deze fase kan worden gecontroleerd of de uitvoerende instanties de toepasselijke Europese en nationale rechtsbeginselen en wetgeving

---

<sup>758</sup> L. HANCHER, P. LAROUCHE en S. LAVRIJSSEN, "Principles of Good Market Governance", *Tijdschrift voor Economie en Management* 2004, Vol. 2, (339) 341.

<sup>759</sup> L. HANCHER, P. LAROUCHE en S. LAVRIJSSEN, "Principles of Good Market Governance", *Tijdschrift voor Economie en Management* 2004, Vol. 2, (339) 342.

<sup>760</sup> S. LAVRIJSSEN, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 577 p.

<sup>761</sup> S. LAVRIJSSEN, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 69.

<sup>762</sup> S. LAVRIJSSEN, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 55.

hebben gerespecteerd en op een goede wijze hebben toegepast.<sup>763</sup> Daarbij gaat het zowel om politieke controle, rechterlijke controle, als eveneens het nieuw instrument van de stakeholderverantwoording.<sup>764</sup>

**253.** In 2009 bracht het Ministerie van Binnenlandse Zaken in Nederland een algemene Nederlandse code voor goed openbaar bestuur uit.<sup>765</sup> De code bevat beginselen van deugdelijk overheidsbestuur die als informele richtlijnen gelden voor alle besturen van de overheid.<sup>766</sup> De noodzaak aan deze code lag volgens de minister voornamelijk in het feit dat de grote hoeveelheid aan formele wetten en regels die het functioneren van het openbaar bestuur vastleggen (zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur) de besturen niet echt uitnodigden tot zelfreflectie. Volgens de minister doet "een informeel instrument beroep op de eigen verantwoordelijkheid van de besturen om een gewetensvolle invulling te geven aan hun taken en verantwoordelijkheden in het openbaar bestuur".<sup>767</sup> De code bevat bijgevolg geen normen, maar weerspiegelt wel de gezamenlijke waarden op basis waarvan het openbaar bestuur functioneert.<sup>768</sup> Deze code is een vertaling van bestaande wet- en regelgeving in waarden die daaraan ten grondslag liggen. De code omvat zeven beginselen:

- (1) Openheid en integriteit: het bestuur is open en integer. Het maakt relevante informatie toegankelijk.
- (2) Participatie: het bestuur weet wat er leeft in de maatschappij. Burgers en belangrijke partijen worden betrokken bij het vormen of bijstellen van het beleid.
- (3) Behoorlijke contacten met burgers: het bestuur zorgt ervoor dat hijzelf en de organisatie zich behoorlijk gedragen in contacten met burgers.
- (4) Doelgerichtheid en doelmatigheid: het bestuur maakt de doelen van de organisatie bekend en neemt de beslissingen en maatregelen die nodig zijn om de gestelde doelen te behalen.
- (5) Legitimiteit: het bestuur neemt de beslissingen en maatregelen die het mag nemen en die in overeenstemming zijn met geldende wet- en regelgeving. De beslissingen zijn te rechtvaardigen.
- (6) Lerend en zelfreinigend vermogen: het bestuur verbetert zijn prestaties en die van de organisatie, en richt de organisatie hier op in.
- (7) Verantwoording: het bestuur is bereid zich regelmatig en ruimhartig jegens de omgeving te verantwoorden. Dit is essentieel voor het functioneren van de democratische rechtsstaat.<sup>769</sup>

**254.** Nog in Nederland stelt AELEN dat de beginselen van goed toezicht binnen drie categorieën kunnen worden geïdentificeerd. In de eerste plaats zijn er beginselen die invulling geven aan de effectiviteit van het toezicht, ten tweede worden beginselen geïdentificeerd die invulling geven aan de (democratische)

---

<sup>763</sup> S. LAVRIJSEN, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 56.

<sup>764</sup> S. LAVRIJSEN, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 96.

<sup>765</sup> Nederlandse code voor goed openbaar bestuur – beginselen van deugdelijk overheidsbestuur, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/brochures/2009/06/23/brochure-nederlandse-code-voor-goed-openbaar-bestuur>, laatst geconsulteerd op 11 juni 2016.

<sup>766</sup> De code bevat geen juridisch afdwingbare normen.

<sup>767</sup> Nederlandse code voor goed openbaar bestuur – beginselen van deugdelijk overheidsbestuur, 3.

<sup>768</sup> Nederlandse code voor goed openbaar bestuur – beginselen van deugdelijk overheidsbestuur, 23.

<sup>769</sup> Nederlandse code voor goed openbaar bestuur – beginselen van deugdelijk overheidsbestuur, 9, 11 en 12.

legitimatie van het toezicht en ten derde zijn er beginselen die invulling geven aan de redelijkheid van het optreden van de toezichthouder.<sup>770</sup> Samen vormen zij de beginselen van goed toezicht. Onder de beginselen van het effectief toezicht plaatst de auteur het onafhankelijkheidsbeginsel en het beginsel van de reflectieve en slagvaardige toezichthouder. De beginselen van een gelegitimeerd toezicht omvatten dan weer het accountabilitybeginsel, het transparantiebeginsel en het legaliteitsbeginsel. De beginselen van behoorlijk toezicht hebben betrekking op het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel, het beginsel van de redelijk handelende toezichthouder, het handhavingsbeginsel en de fair-play regels.<sup>771</sup>

**255.** In een recent werk spreekt OTTOW van de LITER-principes: *legality, independence, transparency, effectiveness* en *responsibility*. Het gaat daarbij om algemene regels en principes die de markt- en mededingingsautoriteiten zouden moeten volgen bij het uitoefenen van hun taken. *Legality* of legaliteit houdt in dat de uitoefening van de bevoegdheden door de regulatoren gesteund gebaseerd moeten zijn op een juridisch mandaat, vastgelegd door het parlement.<sup>772</sup> Bovendien moeten de regulatoren ook over voldoende discretionaire bevoegdheden beschikken om hun taak op een efficiënte en flexibele wijze te kunnen uitoefenen. *Independence* of onafhankelijkheid houdt in dat de regulator o.a. op onpartijdige wijze de regels moet kunnen toepassen op alle marktpartijen (zowel t.a.v. de marktspelers als de overheid). *Transparency* of transparantie houdt in dat de procedures die worden gevolgd door de regulator eerlijk, toegankelijk en open moeten zijn, waarbij er voldoende ruimte is voor consultaties en stakeholder participaties. Ook de motivering van de beslissingen genomen door de regulator moet afdoende zijn.<sup>773</sup> *Effectiveness* of effectiviteit houdt in dat de regulator zijn doelstellingen moet bereiken (ook gelet op de redelijkheid en proportionaliteit). Dit beginsel is ook gelinkt aan de efficiëntie. *Responsibility* of verantwoordelijkheid houdt in dat dat de regulator ook rekening moet houden met de standpunten van o.a. consumenten en dus gericht moet zijn op consultatie en samenwerking.<sup>774</sup>

**256.** In België hebben SPANHOVE en VERHOEST in 2007 getracht een algemeen raamwerk te ontwikkelen voor 'government governance' (of good governance).<sup>775</sup> Het raamwerk is gebaseerd op internationale theoretische en praktijkgerichte literatuur, waaraan de auteurs een reflectie naar Vlaamse context hebben gekoppeld. Zij benaderen de *government governance* op drie

---

<sup>770</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 8.

<sup>771</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 9-13.

<sup>772</sup> A. OTTOW, *Market and Competition Authorities. Good Agency Principles*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 10.

<sup>773</sup> A. OTTOW, *Market and Competition Authorities. Good Agency Principles*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 11.

<sup>774</sup> A. OTTOW, *Market and Competition Authorities. Good Agency Principles*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 12.

<sup>775</sup> J. SPANHOVE en K. VERHOEST, "Analyse van government governance op verschillende niveaus: ontwikkeling van een normatief en analytisch raamwerk gebaseerd op principes, processen, instrumenten en cycli", *Vlaams tijdschrift voor overheidsmanagement* 2007, afl. 4, 56-71.



verschillende inter-afhankelijke niveaus: macro, meso en micro. Government governance op macroniveau focust zich op het deugdelijk bestuur van de hele publieke sector en de relaties tussen het parlement, de regering en het gehele administratieve apparaat. Het mesoniveau focust zich eerder op één beleidsdomein en de doelstellingen van een bevoegde minister. Het microniveau heeft dan weer betrekking op een aparte organisatie (bv. een agentschap). Aangezien volgens de auteurs er binnen en tussen de niveaus verschillende processen spelen die moeten zorgen voor een deugdelijk bestuur in de gehele publieke sector, is het belangrijk dat er op *elk* niveau gestreefd wordt naar de naleving van de principes van good governance. De auteurs gaan in hun bijdrage uit van vijf hoofdprincipes van good governance: accountability, transparantie, efficiëntie, effectiviteit en ethisch handelen.<sup>776</sup>

- **Accountability:** "belichaamt het feit dat de organisatie of sommige personen binnen de organisatie (leden van raad van bestuur, hoofd van een agentschap, een minister, ...) rekenschap afleggen voor hun daden ten aanzien van de organisatie of andere belanghebbenden (dus zowel intern als extern). Het moet duidelijk zijn wie welke verantwoordelijkheden draagt. Accountability betekent anderzijds ook de beschikbaarheid van betrouwbare informatie. Accountability is derhalve een breed concept, maar noodzakelijk als principe binnen government governance".
- **Transparantie:** "of openheid is tevens een essentiële vereiste binnen government governance. Enkel via een transparant beleid kan een management of bestuur vertrouwen winnen over zijn accountability bij de stakeholders of belanghebbenden. Transparantie kan in de hand gewerkt worden door middel van een degelijk communicatiebeleid en rapportering. Binnen elk deelproces van het beleid (sturen, beheersen, toezichhouden, verantwoorden) moet er duidelijkheid zijn over de verwachtingen, de taken, de doelstellingen, ..."
- **Efficiëntie** of doelmatigheid is een ander vaak vernoemd principe binnen government governance. Het handelt over het maximaliseren van resultaten met een minimum aan middelen. Een economisch principe dus, dat in confrontatie kan komen met het algemene belang dat binnen de overheidscontext verdedigd wordt. Het kunnen genereren van een efficiënt beleid vereist eveneens het integer omgaan met de organisatiedoelstellingen en de middelen die voorhanden zijn om die doelen te bereiken.
- **Effectiviteit:** "de mate waarin het beoogde doel bereikt werd en de acties van de organisatie hebben bijgedragen tot deze doelbereiking. Om een effectief beleid te voorzien zijn er dus kwaliteitsvolle middelen nodig, zoals bekwaam personeel dat integer handelt ten aanzien van de organisatie. Om de beleidsdoelstellingen niet in het gedrang te brengen, moet het nastreven van individuele belangen vermeden of geminimaliseerd worden".
- **Ethisch handelen:** "In de publieke sector is dit een essentieel principe en betekent het een schild tegen corruptie en fraude om het algemene belang te bewaken. Daarom is het vooreerst belangrijk dat de personen binnen het systeem over voldoende kwaliteiten beschikken en een zeker professionalisme kunnen voorleggen. Diegenen die de topfuncties invullen, moeten een voorbeeld zijn voor de andere ambtenaren. Ze moeten een foutloos en voorbeeldig standaardgedrag aannemen. Er wordt van hen verwacht dat zij integer, eerlijk, objectief en op een transparante

---

<sup>776</sup> J. SPANHOVE en K. VERHOEST, "Analyse van government governance op verschillende niveaus: ontwikkeling van een normatief en analytisch raamwerk gebaseerd op principes, processen, instrumenten en cycli", *Vlaams tijdschrift voor overheidsmanagement* 2007, afl. 4, (56) 62.

manier handelen in het belang van de maatschappij en op die manier een voorbeeld zijn voor de anderen".<sup>777</sup>

**257.** In de VS gaat COGLIANESE in op de vraag wanneer er nu sprake is van *regulatory excellence*. Hij geeft daarbij geen algemene principes weer maar stelt dat er, meer operationeel gezien (*management decisionmaking*), sprake is van *regulatory excellence* wanneer volgende standaarden worden nageleefd: *the utmost integrity, empathic engagement, en stellar competence*:

- **The Utmost Integrity**, foundationally, it is about the character of the regulator: its commitment to serving the public interest, to respecting the law and duly elected representatives, to taking evidence and analysis seriously, to admitting and learning from mistakes, and so forth. Attributes such as honesty, humility, and publicspirited all fit within this category. But so too will courage, as seeking to act in a way that advances overall public value will, by necessity for a regulator, require making decisions that will displease some segments of society, including sometimes some of the most powerful segments;
- **The Empathic Engagement** is about **transparency** and public engagement; it is about how the regulator interacts with the public. Does the regulator, for example, provide adequate public notice of its activities? Does it affirmatively solicit public input and seek to educate the public? Just as importantly, empathic engagement refers to the attitudes a regulator's employees exhibit when they interact with others. This encompasses how inspectors treat the managers of the facilities they are inspecting – as well as how the person picking up the phone in the regulator's home office treats the non-native language speaker who has a question. Do they treat others respectfully? Do they assume at the outset that noncompliance might not always stem from ill will? Finally, when they make decisions, do they provide clear, sincere, and coherent reasons for them?
- **The Stellar Competence** is about delivering **substantive outcomes** – achieving high performance – and everything a regulator does to advance those substantive outcomes that yield maximal public value. The criterion of efficiency fits into this category, and so too does effectiveness and the distributional equity of outcomes. Competence, though, is also about various qualities related to best regulatory practices, such as proportionality, flexible instruments, and risk-informed priority-setting. Finally, included too are numerous qualities that describe regulatory personnel, their technical knowledge and skill, as well as other organizational resources needed to deliver stellar outcomes: e.g., adequate fiscal resources, state-of-the-art information technology systems, and so forth".<sup>778</sup>

### **3. Juridische kenmerken: grondwettigheid, onafhankelijkheid, transparantie en verantwoordingsplicht**

**258.** Legitiem toezicht houdt in dat er een maatschappelijk draagvlak is voor het toezicht in de maatschappij. Legitiem toezicht gaat dan ook verder dan het toezicht dat enkel op democratische wijze (door volksvertegenwoordiging) als legitiem wordt aanschouwd. Om tot een legitieme regulator te komen is er immers meer nodig dan enkel politieke controle. Legitimiteit wordt ook bepaald

---

<sup>777</sup> J. SPANHOVE en K. VERHOEST, "Analyse van government governance op verschillende niveaus: ontwikkeling van een normatief en analytisch raamwerk gebaseerd op principes, processen, instrumenten en cycli", *Vlaams tijdschrift voor overheidsmanagement* 2007, afl. 4, (56) 62-63.

<sup>778</sup> C. COGLIANESE, "A Framework for Regulatory Excellence", University of Pennsylvania Law School, 2015, <https://www.law.upenn.edu/live/files/4946-pprfinalconvenersreportpdf>, 23.

door de mate waarin macht ethisch gerechtvaardigd, juridisch gewettigd, politiek erkend en maatschappelijk geaccepteerd is.<sup>779</sup> Welke juridische kenmerken zijn nu essentieel voor het kwalificeren van het markttoezicht op de energiemarkt, uitgeoefend door de energieregulator, als legitiem?

**259.** Wanneer bovenstaande beginselen en principes in acht worden genomen dan moet met betrekking tot het toezicht op de energiemarkt worden vastgesteld dat veel van deze beginselen in hoofdzaak herleid kunnen worden tot vier algemene juridische kenmerken, waarvoor een grondslag kan worden gevonden in de toepasselijke Belgische of Europese wetgeving. In de Europese liberaliseringsrichtlijnen liggen bijvoorbeeld een aantal principes vervat die ondertussen ook duidelijk **juridische kenmerken** zijn geworden van het toezicht uitgeoefend door de energieregulators; juridische kenmerken die bijgevolg ook geïmplementeerd en gerespecteerd moeten worden door de lidstaten.<sup>780</sup>

Zo wijzen de richtlijnen uitdrukkelijk op de **onafhankelijkheid** als juridisch kenmerk van een legitieme energieregulator, waaronder ook de onpartijdigheid valt.<sup>781</sup> Ook het **transparantiebeginsel** wordt uitdrukkelijk vermeld.<sup>782</sup> Bovendien verwijzen de richtlijnen eveneens op expliciete wijze naar de **verantwoordingsplicht** of accountability.<sup>783</sup> Het blijkt daarbij duidelijk dat er enkel sprake kan zijn van een legitieme regulator, wanneer deze naast het onafhankelijk opereren, ook verantwoording moet afleggen. Zo bepalen overweging 30 (richtlijn 2009/73/EG) en 34 (richtlijn 2009/72/EG) dat "om de interne markt voor elektriciteit goed te laten functioneren, [...] de energieregulators besluiten [moeten] kunnen nemen over alle relevante reguleringskwesties en [...] zij volledig onafhankelijk [moeten] zijn van alle andere publieke of particuliere belangen. Dit sluit rechterlijke toetsing en parlementair toezicht overeenkomstig het constitutionele recht van de lidstaten niet uit". Tot slot moet de energieregulator beschikken over specifieke bevoegdheden,<sup>784</sup> die zij evenwel met respect voor de nationale constitutionele regels inzake legaliteit en de scheiding der machten moeten uitoefenen. Bijgevolg moet er ook sprake zijn van **grondwettigheid**. In elk van de vier

<sup>779</sup> M. BOKHORST, *Bronnen van legitimiteit. Over de zoektocht van de wetgever naar zeggenschap en gezag*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 20.

<sup>780</sup> L. HANCHER, P. LAROUCHE en S. LAVRIJSEN, "Principles of Good Market Governance", *Tijdschrift voor Economie en Management* 2004, Vol. 2, (339) 341.

<sup>781</sup> Artikel 35(4) en artikel 39(4) van de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG: "De lidstaten waarborgen de onafhankelijkheid van de regulerende instantie".

<sup>782</sup> Artikel 35(4) en artikel 39(4) van de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG: "De lidstaten [...] zorgen ervoor dat zij haar bevoegdheid op onpartijdige en transparante wijze uitoefent".

<sup>783</sup> Artikel 37(16) en artikel 41(16) van de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG De door de regulerende instantie genomen besluiten worden volledig gemotiveerd en verantwoord, teneinde door de rechter te kunnen worden getoetst;

<sup>784</sup> Overweging 33 (richtlijn 2009/72/EG) en overweging 29 (richtlijn 2009/73/EG): "Bij Richtlijn 2003/54/EG is voor de lidstaten de eis ingevoerd om regulators met specifieke bevoegdheden op te zetten. De ervaring heeft echter uitgewezen dat de doeltreffendheid van regulering vaak wordt belemmerd door het gebrek aan onafhankelijkheid van de regulators van hun regeringen en door de ontoereikendheid van hun bevoegdheden en beslissingsmacht"; zie ook artikel 35(5)(a) en artikel 39(5)(a) van de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG: "Om de onafhankelijkheid van de regulerende instantie te beschermen, waken de lidstaten er met name over dat de regulerende instantie zelfstandig besluiten kan nemen".

volgende hoofdstukken zal telkens één juridisch kenmerk besproken worden, waarbij ook expliciet of impliciet geraakt zal worden aan de bovenvermelde beginselen. Zo omvat de (procedurele) verantwoordingsplicht bijvoorbeeld ook eisen inzake de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel, de hoorplicht,...), maar ook eisen inzake consultatie en participatie. Transparantie raakt bijvoorbeeld ook aan de voorspelbaarheid, consistentie, coherentie, de reflectiviteit en de openbaarheid. Verantwoordingsplicht in het kader van de rechterlijke toetsing, maar ook de onafhankelijkheid raakt bv. ook aan de effectiviteit en de efficiëntie van het toezicht.

## **E. CONCLUSIE**

**260.** De nodig input en participatie, bepaalde procedurele waarborgen en transparantieplichten, en specifieke vormen van verantwoording alsmede de mogelijkheid van rechterlijke toetsing bevorderen het feit dat de energieregulator zorgt voor een rechtmatige invulling van zijn bevoegdheden, alsmede dat bij de belanghebbenden draagvlak bestaat voor de keuzes die de regulator maakt.<sup>785</sup> Bijgevolg wordt het handelen van de energieregulator niet alleen via de wet en via de traditionele democratische verantwoordingsmechanismen, maar ook via andere controlemechanismen democratisch gelegitimeerd. Deze nieuwe, deels vervangende vormen van legitimiteit en verantwoording doen geen afbreuk aan het democratiebeginsel, integendeel, zij verankeren juridisch de invloed van de burgers op het overheidsbeleid.<sup>786</sup>

**261.** In elk van de volgende vier volgende hoofdstukken zal telkens één juridisch kenmerk besproken worden, waarbij ook expliciet of impliciet bovenstaande beginselen aan bod zullen komen. De manier waarop deze juridische kenmerken (en daarin in begrepen de verschillende beginselen) ingevuld worden geeft weer op welke manier de regulatoren ook voldoen aan bovenvermelde legitimiteitseisen. Zo omvat de (procedurele) verantwoordingsplicht bijvoorbeeld ook eisen inzake de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel, de hoorplicht,...), maar ook eisen inzake consultatie en participatie. Deze beginselen raken duidelijk aan de eisen van maatschappelijke, procedurele, input- én outputlegitimiteit. Transparantie houdt ook verband met aan de voorspelbaarheid, consistentie, coherentie, reflectiviteit en de openbaarheid. Ook dit raakt opnieuw aan de input- en outputlegitimiteit van de regulator.

---

<sup>785</sup> S. LAVRIJSSEN, "Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU-perspectief", *RegelMaat* 2015, afl. 3, (182) 197.

<sup>786</sup> S. LAVRIJSSEN, "Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU-perspectief", *RegelMaat* 2015, afl. 3, (182) 197.

Verantwoordingsplicht in het kader van de parlementaire controle en de rechterlijke toetsing raakt o.a. aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de effectiviteit en de efficiëntie van het toezicht. Deze vormen van verantwoordingplicht verhogen de democratische en juridische legitimiteit van de energieregulator. De grondwettigheid heeft dan weer betrekking op de verenigbaarheid van de bevoegdheden van de energieregulators met het legaliteitsbeginselen en het principe van de scheiding der machten, hetgeen de constitutionele legitimiteit van de regulator versterkt.

**262.** In de volgende hoofdstukken komen dus diverse aandachts- en knelpunten aan bod die verband houden met de vier essentiële juridische kenmerken van de energieregulators. De kenmerken zullen dan ook op diepgaande wijze geanalyseerd worden. Zo komt in het hoofdstuk met betrekking tot de onafhankelijkheid onder andere aan bod wat moet er verstaan worden onder het begrip "onafhankelijkheid" en uit welke verschillende elementen de onafhankelijkheid wordt geconcipeerd. Ook de tuchtregeling, mogelijke belangenconflicten of onverenigbaarheden komen aan bod en uiteraard wordt ook ingegaan op hoe de onafhankelijkheid van de energieregulators zich verhoudt tot de regering en het parlement. Het hoofdstuk met betrekking tot de verantwoordingsplicht gaat onder andere in op de vraag of het parlementair toezicht en rechterlijke toetsing voldoende waarborgen bieden voor het ontbreken van een administratief toezicht of een toezicht uitgeoefend door de regering. Bovendien wordt nagegaan of er andere vormen van verantwoordingsplicht zijn die beide toezichtsvormen kunnen complementeren of compenseren. Bij het kenmerk transparantie wordt onder andere de link gelegd met de openbaarheid van bestuur. Tegelijkertijd wordt ook de link gemaakt met de procedurele verantwoordingsplicht, waarbij ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur aan bod komen. Elk van deze aspecten houdt verband van de specifieke legitimiteitsvereisten vermeld in dit hoofdstuk. Bepaalde aspecten van de juridische kenmerken zullen immers de legitimiteit van de energieregulators ofwel verzwakken ofwel versterken. Op basis van deze analyse zullen doorheen de hoofdstukken aanbevelingen worden geformuleerd om de aandachtspunten om te zetten in een versterking van de legitimiteit van de energieregulators. Deze aanbevelingen worden daarna gebundeld in een laatste hoofdstuk.

**263.** In volgend hoofdstuk wordt ingegaan op de (discretionaire) bevoegdheden van de energieregulators, hun juridische positie en artikel 33 van de Grondwet, het legaliteitsbeginsel én de scheiding der machten. Welke bevoegdheden zijn er toevertrouwd aan de energieregulators? Hoe verhouden deze bevoegdheden zich tot de scheiding der machten en het legaliteitsbeginsel? Zo wordt geargumenteed dat via de scheiding der machten de bevoegdheden van de energieregulators juist *gelegitimeerd* kunnen worden.



**DEEL II**





## **Hoofdstuk 4 – Uitgebreide bevoegdheden en constitutionele legitimiteit**

### **A. INLEIDING**

**264.** Om een legitieme energieregulator te hebben, zijn een welomschreven juridisch statuut en een duidelijke juridische positie vereist. Dit houdt in dat deze legitieme energieregulator moet functioneren in overeenstemming met de constitutionele regels. Essentieel daarbij is een legitieme basis voor de uitoefening van zijn bevoegdheden. In dit hoofdstuk wordt de klemtoon gelegd op de verhouding tussen de Belgische Grondwet en de verregaande onafhankelijkheid en de uitgebreide bevoegdheden van de energieregulators. Zo rijst de vraag welke bevoegdheden kunnen worden toevertrouwd aan een dergelijke onafhankelijke energieregulator in het licht van de scheiding der machten en de leer inzake de delegatie van bevoegdheden. Aangezien energieregulators niet binnen het klassieke overheidspatroon vallen, wordt onderzocht of ze constitutioneel voldoen aan de legitimiteitstoets. Daarenboven worden aanbevelingen gedaan over hoe men de energieregulators beter kan inbedden in het Belgisch constitutioneel landschap. Zo wordt in dit hoofdstuk onder andere geargumenteed dat de bevoegdheden van de energieregulators de scheiding der machten ongemoeid laten.

### **B. NATIONALE SOEVEREINITEIT**

#### **1. België: nationale soevereiniteit**

**265.** Energieregulators, als instanties die onafhankelijk van de traditionele overheidsorganen een regulerende rol opnemen, doen vragen rijzen met betrekking tot artikel 33 van de Grondwet. Immers, welke plaats nemen de energieregulators in, in de verdeling van functies die in de basiswetgeving van het Belgische rechtsstelsel is neergelegd? Volgens artikel 33 van de Grondwet gaan "alle machten uit van de Natie" en worden zij uitgeoefend op de wijze bij de Grondwet bepaald. In de artikelen 36 en 37 worden de federale wetgevende en uitvoerende macht – waarbij het machtsbegrip in deze bepalingen functioneel dient opgevat te worden – opgedragen aan de Koning, de Kamer en de Senaat respectievelijk de Koning.<sup>787</sup>

**266.** Aangezien artikel 33 van de Grondwet een prominente rol inneemt wordt kort stil gestaan bij deze bepaling en bij de nationale soevereiniteit die eruit voortvloeit. Titel III van de Grondwet, "De Machten", legt de oorsprong van de machten bij de Natie. De macht gaat dus niet uit van één persoon, bijvoorbeeld een vorst of President, maar wel van de Natie. Artikel 33 van de Grondwet houdt echter ook een bepaalde beperking in van de bewegingsvrijheid van de

---

<sup>787</sup> Art. 36 GW: de federale wetgevende macht wordt gezamenlijk uitgeoefend door de Koning, de Kamer van volksvertegenwoordigers en de Senaat. Art. 37 GW: de federale uitvoerende macht, zoals zij door de Grondwet is geregeld, berust bij de Koning.

machten, in die zin dat de uitoefening ervan moet gebeuren overeenkomstig de Grondwet.<sup>788</sup> "Alle machten gaan uit van de Natie" houdt geen positiefrechtelijke regel in, maar verwijst eerder naar een politiek principe. Concreet gezien bestaat de "Natie" immers niet en is zij niet in de mogelijkheid om bevoegdheden uit te oefenen.<sup>789</sup> De term "Natie" is bijgevolg een veruitwendiging van een meer algemene theorie, namelijk die van de nationale soevereiniteit,<sup>790</sup> gebaseerd op de ideeën van SIEYES.<sup>791</sup> De notie soevereiniteit verwijst hierbij naar het hoogste gezag in de Staat, dat ertoe gemachtigd is de staatsinrichting en het grondwettelijk stelsel te bepalen.<sup>792</sup> UYTENDAELE stelt dat "la souveraineté exprime l'idée d'indépendance de l'Etat. Dans l'organisation interne, elle vise à identifier le détenteur de l'autorité suprême".<sup>793</sup>

De leer van de nationale soevereiniteit houdt in dat de soevereiniteit bij de "Natie" berust, die door MAST en DUJARDIN gedefinieerd wordt "als een op zichzelf staand complex dat zowel de huidige generaties als die van het verleden en van de toekomst omvat".<sup>794</sup> ALEN en MUYLLE geven een soortgelijke definitivering: "de Natie is een abstracte, ondeelbare en blijvende collectiviteit die de burgers uit het verleden, het heden en de toekomst omvat".<sup>795</sup> Artikel 42 GW is een van de toepassingen van de theorie van de nationale soevereiniteit<sup>796</sup> en stelt dat de leden van beide Kamers de Natie vertegenwoordigen en niet enkel degenen die hen hebben verkozen. De burger heeft, in naam van de Natie, de plicht om de volksvertegenwoordigers aan te duiden, waarbij deze laatsten de gehele Natie vertegenwoordigen en niet enkel hun kiezers. Dit en het feit dat de machten moeten worden uitgeoefend op de wijze bij de Grondwet bepaald, houdt in dat er sprake is van een representatieve democratie waarbij rechtstreekse democratie (bijvoorbeeld via een referendum) moeilijk te verzoenen valt met de Belgische Grondwet.<sup>797</sup> De nationale soevereiniteit vormt de legitimatie voor onze representatieve democratie.<sup>798</sup>

**267.** Aangezien de machten moeten worden uitgeoefend "op de wijze bij de Grondwet bepaald", moet de verantwoording voor de uitoefening ervan dan ook

<sup>788</sup> T. DE PELSMACKER, G. GOEDERTIER, J. GOOSSENS, Y. HAECK en J. VANDE LANOTTE, *Handboek Belgisch Publiekrecht. Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 179.

<sup>789</sup> M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, ULB, Bruylant, 2014, 22.

<sup>790</sup> Dit in tegenstelling tot de volkssoevereiniteit, een theorie die werd verdedigd door Jean-Jacques Rousseau, zie K. RAES en D. VANDENDRIESSCHE, *Van rechtswege(n). Politieke en rechtsfilosofische stromingen door de eeuwen*, Gent, Story-Scientia, 56; P. POPELIER, *Democratisch regelgeven*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 24-25.

<sup>791</sup> K. RAES en D. VANDENDRIESSCHE, *Van rechtswege(n). Politieke en rechtsfilosofische stromingen door de eeuwen*, Gent, Story-Scientia, ii en 57; A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 19; R. DE LANGE, D.J. ELZINGA en H.G. HOOGERS, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer, Kluwer, 2014, 171. POPELIER verduidelijkt dat Sieyès zelf nooit de idee van de nationale soevereiniteit heeft voorgestaan, met een onnipotent, onbegrensd parlement en hij ook de term soevereiniteit vermeed. Zijn idee van nationale eenheid (geen klassenmaatschappij) heeft echter wel de nationale soevereiniteitsleer gevoed. Zie P. POPELIER, *Democratisch regelgeven*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 28.

<sup>792</sup> A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 120.

<sup>793</sup> M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, Brussel, Bruylant, 2014, 21-22.

<sup>794</sup> A. MAST en J. DUJARDIN, *Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht*, Brussel, Story-Scientia, 1981, 28-29.

<sup>795</sup> A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 120.

<sup>796</sup> M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, Brussel, Bruylant, 2014, 22.

<sup>797</sup> Adv.RvS. 15 mei 1985, *Parl.St.* Kamer 1983-1984, nr. 783/2, 5.

<sup>798</sup> D. BATSELE, T. MORTIER en M. SCARCEZ, *Initiation au droit constitutionnel*, Brussel, Bruylant, 2014, 61; M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, Brussel, Bruylant, 2014, 179.

steeds worden gevonden in de tekst van de Grondwet.<sup>799</sup> Uit deze laatste zinsnede wordt afgeleid dat de machten in beginsel onvervreemdbaar en onoverdraagbaar zijn.<sup>800</sup> Delegatie van bevoegdheden is dus in beginsel verboden. Het publiekrechtelijk delegatiebegrip is dus gestoeld op de basisbeginselen die ten grondslag liggen aan het staatsrechtelijk bestel.<sup>801</sup>

## 2. Nederland: geen fundering in het volk

268. Het begrip "soevereiniteit" in Nederland houdt volgens HERINGA, VAN DER VELDE, VERHEY en VAN DER WOUDE in dat de staat het gezag uitoefent en over het geweldsmonopolie beschikt.<sup>802</sup> De legitimatie voor de staat en zijn gezag volgt echter niet uit de verwijzing naar het volk of de Natie. In Nederland ontbreekt dergelijke verwijzing naar het volk in de Grondwet. Tot op vandaag zwijgt de Nederlandse Grondwet over de uiteindelijke grondslag van de Nederlandse rechtsorde.<sup>803</sup> Het hoogste juridische gezag is volgens HERINGA *et al.* de grondwetgever, zonder fundering in het volk.<sup>804</sup> Volgens KORTMANN is er binnen de Nederlandse constitutie echter geen ambt aan te wijzen dat de hoogste, niet meer herleidbare bevoegdheid bezit. Ook de grondwetgever is volgens de auteur niet als zodanig te beschouwen.<sup>805</sup>

## 3. Verenigde Staten van Amerika: *popular sovereignty*

269. Reeds van bij de onafhankelijkheidsverklaring in 1776 werd in de VS de nadruk gelegd op de *popular sovereignty* of de volkssoevereiniteit. De verklaring vermeldt uitdrukkelijk dat "Governments are instituted among Men, deriving their just Powers from the Consent of the Governed".<sup>806</sup> Ook de Grondwet uit 1789 verwijst naar de volkssoevereiniteit.<sup>807</sup> De preambule bepaalt dat "We the people of the United States, [...], do ordain and establish this Constitution for the United States of America".<sup>808</sup>

---

<sup>799</sup> C. BAEKELAND, "De bijzondere machtenattributie binnen een periode van lopende zaken: een loopje met de grondwettelijke bevoegdheidsverdeling?", *TvW* 2011, (198) 199.

<sup>800</sup> T. DE PELSMARKER, G. GOEDERTIER, J. GOOSSENS, Y. HAECK en J. VANDE LANOTTE, *Handboek Belgisch Publiekrecht. Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 209.

<sup>801</sup> M. VANDAMME, *Elementen van jurisprudentie. Bedenkingen bij het moderne wetgevingsbedrijf*, Brussel, Larcier, 2010, 140.

<sup>802</sup> A. HERINGA, J. VAN DER VELDE, VERHEY en VAN DER WOUDE, *Staatsrecht*, Deventer, Kluwer, 2012, 8.

<sup>803</sup> Er is in Nederland geen volkssoevereiniteit, geen vorstensoevereiniteit maar ook geen duidelijk alternatief, zie R. DE LANGE, D.J. ELZINGA en H.G. HOOGERS, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer, Kluwer, 2014, 173.

<sup>804</sup> A. HERINGA, J. VAN DER VELDE, VERHEY en VAN DER WOUDE, *Staatsrecht*, Deventer, Kluwer, 2012, 8; TH. BELLEKOM, A. HERINGA, J. VAN DER VELDE en L. VERHEY, *Compendium van het staatsrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 6; A. HERINGA, *Staatsrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 12.

<sup>805</sup> C. KORTMANN, *Constitutioneel recht*, Deventer, Kluwer, 2008, 70: Van zodra de grondwetgever bepaalde ambten bevoegdheden heeft geattribueerd, deze dientengevolge niet meer zelf kan uitoefenen en bovendien gebonden is aan de procedurevoorschriften inzake de herziening van de Grondwet, is hij geen ongebonden hoogste macht meer.

<sup>806</sup> Congress, *Declaration of Independence*, 1776, transcript: [http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration\\_transcript.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html).

<sup>807</sup> B. CASALINI, "Popular sovereignty, the rule of law, and the "rule of judges" in the United States" in P. COSTA en D. ZOLO (eds.), *The Rule of Law. History, Theory and Criticism*, Dordrecht, Springer, 2007, (201) 201.

<sup>808</sup> U.S. Constitution, Preamble: "We the people...", <https://www.law.cornell.edu/constitution/preamble>.

## C. LEGALITEITSBEGINSEL

### 1. België

270. In het onderzoeksopzet werd reeds gewezen op het feit dat energieregulators, als zijnde instanties die onafhankelijk van de traditionele overheidsorganen een regulerende rol opnemen, vragen doen rijzen met betrekking tot artikel 33 van de Grondwet. De notie van een energieregulator, die onafhankelijk van al deze staatsorganen optreedt en bepaalde taken en functies van algemeen belang op zich neemt en daarbij deelneemt aan elk van de drie overheidsfuncties, kan op gespannen voet komen te staan met de zinsnede "op de wijze bij de Grondwet bepaald". Artikel 33 GW, lid 2 houdt immers geen rekening met decentralisatie en al helemaal niet met specifieke onafhankelijke administratieve overheden.<sup>809</sup>

271. Er wordt in dit onderdeel nagegaan of de uitoefening van de bevoegdheden van de energieregulators niet conflicteert met deze zinsnede en meer specifiek of er al dan niet regelgevende bevoegdheden werden gedelegeerd aan de energieregulators. Het legaliteitsbeginsel speelt daarbij uiteraard een belangrijke rol: het houdt immers een verbod van delegatie van regelgevende bevoegdheden in. Dit strikt verbod blijkt echter moeilijk houdbaar, waardoor onder bepaalde voorwaarden, sommige vormen van delegatie toch worden aanvaard.<sup>810</sup>

#### 1.1. Materieel en formeel legaliteitsbeginsel<sup>811</sup>

272. Het materieel legaliteitsbeginsel is voornamelijk gericht tot de uitvoerende macht en houdt twee eisen in. Ten eerste kan de uitvoerende macht niet handelen zonder grondslag in de wet. Voor elke bestuurshandeling moet een (grond)wettelijke basis voorhanden zijn. Op federaal niveau houdt dit in dat de Koning alleen mag handelen wanneer hij daartoe door de Grondwet of de wet gemachtigd is (artikel 105 GW<sup>812</sup>: "De Koning heeft geen andere macht dan die welke de Grondwet en de bijzondere wetten, krachtens de Grondwet zelf uitgevaardigd, hem uitdrukkelijk toekennen").<sup>813</sup> De wettelijke basis kan bestaan in een uitdrukkelijke machtiging maar ook in een algemene regel in de wet.<sup>814</sup> Ten tweede houdt het beginsel in dat de uitvoerende macht enkel kan optreden

<sup>809</sup> H. DUMONT, "La Constitution et le contrôle parlementaire des délégations de pouvoirs aux autorités administratives. Pour un renouveau du régime parlementaire belge à l'heure de la gouvernance" in A. ALEN, A. RAINER en M. BOSSUYT (eds.), *De Grondwet : verleden, heden en toekomst*, Brussel, Bruylant, 2006, (59) 63.

<sup>810</sup> M. VANDAMME, *Elementen van jurisprudentie. Bedenkingen bij het moderne wetgevingsbedrijf*, Brussel, Larcier, 2010, 140.

<sup>811</sup> Uiteraard mag men dit niet verwarren met de materiële en formele component bij strafzaken in het strafrecht.

<sup>812</sup> En voor wat betreft de deelstaten, artikel 78 BWHI: "De (Regering) heeft geen andere macht dan die welke de Grondwet en de wetten en decreten krachtens de Grondwet uitgevaardigd, haar uitdrukkelijk toekennen".

<sup>813</sup> J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid: onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, Brugge, die Keure, 2011, 32.

<sup>814</sup> P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE, "Decentralisering en privatisering van wetgeving" in J. DE MOT (ed.), *Liber amicorum Boudewijn Bouckaert Vrank en Vrij*, Brugge, die Keure, 2012, (261) 267.

in overeenstemming met de wet.<sup>815</sup> De Koning mag niet handelen in strijd met de wet (artikel 108 GW<sup>816</sup>: "De Koning maakt de verordeningen en neemt de besluiten die voor de uitvoering van de wetten nodig zijn, zonder ooit de wetten zelf te mogen schorsen of vrijstelling van hun uitvoering te mogen verlenen").<sup>817</sup> De uitvoerende macht kan bijgevolg wel rechtsregels maken (in de vorm van besluiten, reglementen,...), maar de juridische geldigheid ervan wordt gekoppeld aan het legaliteitsbeginsel.<sup>818</sup>

De verordenende maatregelen van de Koning moeten dus steeds conform zijn met hun wettelijke grondslag en de draagwijdte en betekenis daarvan eerbiedigen.<sup>819</sup> Het legaliteitsbeginsel geeft de juridische garantie dat "de rechtssubjecten niet zonder meer worden onderworpen aan besluitvorming bij de totstandkoming waarvan ze niet werden betrokken en dat de regelgeving, bij de totstandkoming waarvan zij werden betrokken, wordt nageleefd".<sup>820</sup>

Het legaliteitsbeginsel beschermt daarbij de primauteit en suprematie van de formele wet: het houdt in dat elke bestuurshandeling die geen grondslag vindt in de wet of die niet in overeenstemming is met de wet, onwettig is en niet kan worden toegepast.

**273.** Het formeel legaliteitsbeginsel heeft betrekking op de betekenis die het beginsel heeft voor de wetgever.<sup>821</sup> Het beginsel slaat op het verbod van delegatie door de wetgever van de hem door de Grondwet toegekende bevoegdheid. De belangrijkste door de Grondwet toegekende bevoegdheid van de wetgevende macht is het uitvaardigen van wetten in de formele zin, dit zijn de rechtsregels gestemd door een verkozen parlement. Deze wetgevende bevoegdheid gaat voor op eender welke regelgevende bevoegdheid van de uitvoerende macht.<sup>822</sup> Dit delegatieverbod neemt twee vormen aan: enerzijds mag de wetgever de aan hem voorbehouden aangelegenheden niet delegeren aan de Koning of aan een zelfstandige openbare instelling; anderzijds mag hij

---

<sup>815</sup> J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid: onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, Brugge, die Keure, 2011, 32.

<sup>816</sup> En voor wat betreft de deelstaten, artikel 20 BWHI: "De (Regering) maakt de verordeningen en neemt de besluiten die voor de uitvoering van de decreten nodig zijn, zonder ooit de decreten zelf te mogen schorsen of vrijstelling van hun uitvoering te mogen verlenen".

<sup>817</sup> J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid: onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, Brugge, die Keure, 2011, 32.

<sup>818</sup> P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE, "Decentralisering en privatisering van wetgeving" in J. DE MOT (ed.), *Liber amicorum Boudewijn Bouckaert Vrank en Vrij*, Brugge, die Keure, 2012, (261) 267.

<sup>819</sup> C. BAEKELAND, "De bijzondere machtenattributie binnen een periode van lopende zaken: een loopje met de grondwettelijke bevoegdheidsverdeling?", *TvW* 2011, afl. 3, (198) 205; P. POPELIER, *Democratisch regelgeven*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 107.

<sup>820</sup> P. POPELIER, *Democratisch regelgeven*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 105.

<sup>821</sup> J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid: onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, Brugge, die Keure, 2011, 32.

<sup>822</sup> P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE, "Decentralisering en privatisering van wetgeving" in J. DE MOT (ed.), *Liber amicorum Boudewijn Bouckaert Vrank en Vrij*, Brugge, die Keure, 2012, (261) 267.

eveneens niet een algemene verordenende bevoegdheid opdragen aan zelfstandige openbare instellingen die niet politiek verantwoordelijk zijn.<sup>823</sup>

## 1.2. Bijzonder en algemeen legaliteitsbeginsel

**274.** De grondwetgever van 1831 stelde de formele wetgever voorop als belangrijkste staatsmacht om mogelijke misbruiken van de uitvoerende en rechterlijke macht te voorkomen.<sup>824</sup> Hiertoe beschikt de wetgever over de volheid van wetgevende bevoegdheid. De volheid van wetgevende bevoegdheid impliceert dat de wetgever normerend kan optreden in alle aangelegenheden, behoudens wanneer de Grondwet uitdrukkelijk een andere macht ter zake de bevoegdheid toekent.<sup>825</sup> De uitvoerende macht beschikt enkel over een toegewezen bevoegdheid.<sup>826</sup> Wanneer de Grondwet niet uitdrukkelijk bepaalt dat de betrokken aangelegenheid door de wetgever moet worden geregeld, spreekt men van *residuaire bevoegdheden*, waarin een algemeen legaliteitsbeginsel vervat ligt.<sup>827</sup> Dit zijn alle aangelegenheden die de grondwetgever niet aan een bepaald overheidsorgaan heeft toegewezen en die, gelet op diens volheid van bevoegdheid, normaal gezien toekomen aan de wetgever.<sup>828</sup> Het bijzonder legaliteitsbeginsel heeft betrekking op die grondwetsbepalingen die uitdrukkelijk een bepaalde aangelegenheid aan de wetgevende macht voorbehouden (*voorbehouden bevoegdheden*). Het voorbehoud dient uit de tekst van de grondwet te worden afgeleid, er bestaat immers niet zoiets als een algemeen domein dat aan de wetgever is voorbehouden.<sup>829</sup>

### 1.2.1. *Voorbehouden bevoegdheden*

**275.** Voor verschillende aangelegenheden bepaalt de Grondwet uitdrukkelijk dat die "door de wet" of "bij de wet" dienen te worden geregeld: dit zijn de voorbehouden aangelegenheden waar een bijzonder legaliteitsbeginsel in vervat ligt. De wetgever is in dit geval verplicht om zelf op te treden en kan in beginsel geen bijkomende regelgevende bevoegdheden aan de regering delegeren.<sup>830</sup> Aangezien een absoluut verbod van delegatie praktisch onhoudbaar is, zal er slechts sprake zijn van een schending van het legaliteitsbeginsel wanneer de essentiële elementen van de regelgevende bevoegdheden werden

<sup>823</sup> K. MUYLLE, "Het Grondwettelijk delegatieverbod en het Unierecht: welke democratisch verkozen beraadslagende vergadering?" in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *De Europese dimensie in het Belgisch publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2012, (317) 320.

<sup>824</sup> A. ALEN en K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, 15.

<sup>825</sup> J. VELAERS, "Het recht op de wetgever: beschouwingen over de voorbehouden en de residuaire bevoegdheden" in X (ed.) *En hommage à Francis Delpérée: itinéraires d'un constitutionnaliste*, Brussel, Bruylant, 2007, (1631) 1632; M. VANDAMME, *Elementen van legisprudentie. Bedenkingen bij het moderne wetgevingsbedrijf*, Brussel, Larcier, 2010, 148.

<sup>826</sup> A. ALEN en K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, 15.

<sup>827</sup> H. BORTELS en P. HEYVAERT, "Het legaliteitsbeginsel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: een variërende intensiteit van toetsing", *TBP* 2011, afl. 6, (334) 335; J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid: onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, Brugge, die Keure, 2011, 32.

<sup>828</sup> M. VANDAMME, *Elementen van legisprudentie. Bedenkingen bij het moderne wetgevingsbedrijf*, Brussel, Larcier, 2010, 150-151.

<sup>829</sup> M. VANDAMME, *Elementen van legisprudentie. Bedenkingen bij het moderne wetgevingsbedrijf*, Brussel, Larcier, 2010, 150.

<sup>830</sup> H. BORTELS en P. HEYVAERT, "Het legaliteitsbeginsel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: een variërende intensiteit van toetsing", *TBP* 2011, afl. 6, (334) 335.

toegewezen.<sup>831</sup> De voorbehouden bevoegdheden houden met andere woorden niet in dat de wetgever elk aspect van de betrokken materie zelf moet regelen. De formele wet moet *wel* de essentiële elementen van de voorbehouden aangelegenheden regelen.<sup>832</sup>

Aan de uitvoerende macht kan dan de ruimte worden gelaten om deze essentiële elementen verder uit te werken, op basis van de algemene reglementaire uitvoeringsbevoegdheid van de uitvoerende macht (onder artikel 108 GW of artikel 20 BWHI).<sup>833</sup> Een andere optie is dat de wetgever opteert voor een delegatie aan de uitvoerende macht van de regeling van de niet-essentiële elementen (op basis van artikel 105 GW of artikel 78 BWHI).<sup>834</sup> Delegaties van bijkomstige en aanvullende bevoegdheden worden bijgevolg wel toegestaan zij het onder voorwaarden: de machtiging moet voldoende nauwkeurig zijn omschreven en de gedelegeerde bevoegdheden hebben enkel betrekking op de nadere uitwerking van de principes en beleidskeuzes die de wetgever zelf heeft vastgesteld.<sup>835</sup> Het onderscheid tussen wat wel en niet kan gedelegeerd worden is evenwel een casuïstische aangelegenheid.<sup>836</sup>

**276.** In uitzonderlijke omstandigheden kan de wetgever eveneens de regeling van de essentiële elementen van de voorbehouden aangelegenheden delegeren.<sup>837</sup> Hiervoor dient te worden voldaan aan strikte voorwaarden: de machtiging wordt verantwoord door uitzonderlijke omstandigheden, de machtiging moet **uitdrukkelijk** en **ondubbelzinnig** zijn en de door de Koning genomen maatregelen moeten worden bekrachtigd bij wet en dit binnen een in de **machtigingswet** vastgestelde, **relatief korte termijn**, bij gebreke waarvan de koninklijke besluiten worden geacht nooit uitwerking te hebben gehad.<sup>838</sup> Uit

<sup>831</sup> J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid: onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, Brugge, die Keure, 2011, 35; W. PAS en B. STEEN, "Met het nodige voorbehoud. Het grondwettelijk voorbehoud aan de formele en aan de federale wetgever – Deel 1", *TvW* 2004, afl. 10, (362) 373; K. MUYLLE, "Het Grondwettelijk delegatieverbod en het Unierecht: welke democratisch verkozen beraadslagende vergadering?" in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *De Europese dimensie in het Belgisch publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2012, (317) 322.

<sup>832</sup> P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE, "Decentralisering en privatisering van wetgeving" in J. DE MOT (ed.), *Liber amicorum Boudewijn Bouckaert Vrank en Vrij*, Brugge, die Keure, 2012, (261) 267; H. BORTELS en P. HEYVAERT, "Het legaliteitsbeginsel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: een variërende intensiteit van toetsing", *TBP* 2011, afl. 6, (334) 335.

<sup>833</sup> W. PAS en B. STEEN, "Met het nodige voorbehoud. Het grondwettelijk voorbehoud aan de formele en aan de federale wetgever – Deel 1", *TvW* 2004, afl. 10, (362) 374.

<sup>834</sup> H. BORTELS en P. HEYVAERT, "Het legaliteitsbeginsel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: een variërende intensiteit van toetsing", *TBP* 2011, afl. 6, (334) 335. Een dergelijke delegatie kan indien deze voldoende nauwkeurig is omschreven en de wetgever zelf de beleidskeuzes en de fundamentele beginselen bepaalt. Zie daarover P. POPELIER, *Democratisch regelgeven*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 162.

<sup>835</sup> P. POPELIER, *Democratisch regelgeven*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 162; H. BORTELS en P. HEYVAERT, "Het legaliteitsbeginsel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: een variërende intensiteit van toetsing", *TBP* 2011, afl. 6, (334) 335.

<sup>836</sup> J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid: onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, Brugge, die Keure, 2011, 35.

<sup>837</sup> W. PAS en B. STEEN, "Met het nodige voorbehoud. Het grondwettelijk voorbehoud aan de formele en aan de federale wetgever – Deel 1", *TvW* 2004, afl. 10, (362) 375-380.

<sup>838</sup> H. BORTELS en P. HEYVAERT, "Het legaliteitsbeginsel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: een variërende intensiteit van toetsing", *TBP* 2011, afl. 6, (334) 335; J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid: onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, Brugge, die Keure, 2011, 35; M. VANDAMME, *Elementen van jurisprudentie. Bedenkingen bij het moderne wetgevingsbedrijf*, Brussel, Larcier, 2010, 151; K. MUYLLE, "Het Grondwettelijk delegatieverbod en het Unierecht: welke democratisch verkozen beraadslagende vergadering?" in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *De Europese dimensie in het Belgisch publiekrecht*, Brugge, die Keure,

rechtspraak van het Grondwettelijk Hof blijkt dat de vierde voorwaarde evenwel kan wegvallen.<sup>839</sup>

### 1.2.2. *Residuaire bevoegdheden*

**277.** Indien de Grondwet niet uitdrukkelijk bepaalt dat de betrokken aangelegenheid door de wetgever dient te worden geregeld, dan heeft dit betrekking op een residuaire aangelegenheid waarin een *algemeen* legaliteitsbeginsel vervat ligt.<sup>840</sup> De wetgever beschikt derhalve over een keuze.<sup>841</sup> Ofwel regelt hij de aangelegenheden zelf en laat hij de Koning enkel de ruimte om de wetgeving uit te voeren (met toepassing van artikel 108 van de Grondwet of artikel 20 BWHI), ofwel delegeert de wetgever bijkomende regelgevende bevoegdheden aan de Koning (met toepassing van artikel 105 van de Grondwet of artikel 78 BWHI).<sup>842</sup> Men spreekt in dit laatste geval dan over een toegewezen reglementaire bevoegdheid of een volstrekte verordenende bevoegdheid.<sup>843</sup>

**278.** De omvang van de delegatie hangt af van de invulling die men geeft aan artikel 105 GW. Zoals THEUNIS stelt leest men ofwel in artikel 105 GW dat het optreden van een democratisch verkozen vergadering verplicht is en dat de essentiële beleidskeuzen door de wetgever moeten worden vastgesteld. Dit ligt in lijn met de vaste adviespraktijk van de afdeling wetgeving van de Raad van State.<sup>844</sup> Ofwel leest men volgens THEUNIS in artikel 105 GW dat de wetgever vrij over zijn residuaire bevoegdheid mag beschikken en dat die bepaling geen hinderpaal vormt om ook de essentiële elementen te delegeren aan de uitvoerende macht.<sup>845</sup>

---

2012, (317) 323; A. ALEN en K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, 14.

<sup>839</sup> GwH 7 juli 2016, nr. 107/2016, overw. B.4.2. Zie ook H. BORTELS en J. THEUNIS, "Het fiscale legaliteitsbeginsel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof (2005-2015)", *TFR* 2016, 428.

<sup>840</sup> J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid: onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, Brugge, die Keure, 2011, 36; W. PAS en B. STEEN, "Met het nodige voorbehoud. Het grondwettelijk voorbehoud aan de formele en aan de federale wetgever – Deel 1", *TvW* 2004, afl. 10, (362) 363.

<sup>841</sup> J. VELAERS, "Het recht op de wetgever: beschouwingen over de voorbehouden en de residuaire bevoegdheden" in *En hommage à Francis Delpérée: itinéraires d'un constitutionnaliste*, Brussel, Bruylant, 2007, (1631) 1632.

<sup>842</sup> H. BORTELS en P. HEYVAERT, "Het legaliteitsbeginsel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: een variërende intensiteit van toetsing", *TBP* 2011, afl. 6, (334) 335; W. PAS en B. STEEN, "Met het nodige voorbehoud. Het grondwettelijk voorbehoud aan de formele en aan de federale wetgever – Deel 1", *TvW* 2004, afl. 10, (362) 369.

<sup>843</sup> W. PAS en B. STEEN, "Met het nodige voorbehoud. Het grondwettelijk voorbehoud aan de formele en aan de federale wetgever – Deel 1", *TvW* 2004, afl. 10, (362) 369.

<sup>844</sup> In het arrest nr. 31/2004 lijkt het Grondwettelijk Hof, dat zich toen voor het eerst uitsprak over de bevoegdheidsverdeling tussen de wetgever en de uitvoerende macht in *residuaire* aangelegenheden, zich achter deze adviespraktijk te hebben geschaard. In overweging B.5.4. stelt het Hof dat "overeenkomstig de beginselen die de verhouding tussen de wetgevende en de uitvoerende macht regelen, dienen de essentiële beleidskeuzen door de wetgevende vergadering te worden vastgesteld. De nadere uitwerking daarvan mag aan de uitvoerende macht worden overgelaten" (GwH 3 maart 2004, nr. 31/2004). Naar de mening van PAS en STEEN bestaat het onderscheid tussen de voorbehouden aangelegenheden en de residuaire aangelegenheden alleen daarin in "dat in de eerste soort aangelegenheden slechts essentiële aspecten kunnen worden gedelegeerd mits er nadien bekrachtiging volgt, terwijl in de residuaire aangelegenheden dergelijke delegatie geoorloofd is zonder dat de wetgever de besluiten nadien bekrachtigt"; zie W. PAS en B. STEEN, "Met het nodige voorbehoud. Het grondwettelijk voorbehoud aan de formele en aan de federale wetgever – Deel 1", *TvW* 2004, afl. 10, (362) 382. De rechtspraak uit het arrest nr. 31/2004 is ondertussen reeds verlaten.

<sup>845</sup> J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid: onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, Brugge, die Keure, 2011, 37. Ook VANDAMME stelt dat het als verdedigbaar standpunt mag worden beschouwd dat de wetgever steeds zelf de essentiële aspecten van een regeling vaststelt, ook al betreft het geen



### 1.3. Primaat van de formele wetgever

**279.** Het primaat van de formele wetgever (wet-, decreet- en ordonnantiegevers) houdt in dat “de wetgever zelf de rechtspolitieke of beleidskeuzen over de inhoud van het recht in wettelijke regelingen behoort te maken en dat hij die keuze in beginsel niet mag overlaten aan een regelgever die zich op een lagere trap in de hiërarchie der normen bevindt, noch aan het bestuur of de rechter”.<sup>846</sup> Zoals VANDAMME terecht stelt, is het maatschappelijk leven te complex en te regelintensief geworden, waardoor het parlement niet meer in staat is om in verregaande mate coördinerend en anticiperend in te grijpen.<sup>847</sup> Goede regelgeving wordt ook meer en meer gekenmerkt door “regelgeving op het juiste niveau” (als beginsel van behoorlijke regelgeving).<sup>848</sup> Er valt bijgevolg een verschuiving waar te nemen van regelgeving naar bestuursdaden. De invulling die men geeft aan het primaat van de wetgever is met andere woorden gewijzigd: het wetgevend optreden door de formele wetgever zal minder geconcretiseerd verlopen. De formele wetgever zal aan het primaat vorm geven door een institutioneel raamwerk te bieden waarbinnen beleidsvorming en beleidsuitvoering zich moeten afspelen.<sup>849</sup> Het beginsel van de “regelgeving op het juiste niveau” houdt o.a. in dat in een Grondwet enkel basisregels worden opgenomen. Een wet moet beleidslijnen juridisch verwoorden maar moet terzake niet noodzakelijk zelf in een uitgewerkte regeling voorzien.<sup>850</sup> De formele wetgever zal met andere woorden beroep moeten doen op de techniek van de delegatie opdat voldoende gespecialiseerde en geconcretiseerde regelgeving tot stand zou komen.

### 1.4. Delegatie van regelgevende bevoegdheden aan publieke (autonome en onafhankelijke) instanties

#### 1.4.1. *Delegatieverbod?*

**280.** Uit artikel 33, tweede lid GW, gelezen in samenhang met artikel 37 GW, is afgeleid dat de delegatie van toegewezen regelgevende bevoegdheden eveneens (in beginsel) ontoelaatbaar is.<sup>851</sup> Het toekennen van regelgevende bevoegdheden aan openbare instellingen (of zelfs private instellingen) is in

---

aangelegenheid die aan hem is voorbehouden door de grondwetgever. De voorwaarden waaronder delegatie in dat geval toelaatbaar kan worden geacht, hoeven evenwel niet even stringent te zijn als bij de voorbehouden aangelegenheden, zie M. VANDAMME, *Elementen van legisprudentie. Bedenkingen bij het moderne wetgevingsbedrijf*, Brussel, Larcier, 2010, 151.

<sup>846</sup> M. VANDAMME, *Elementen van legisprudentie. Bedenkingen bij het moderne wetgevingsbedrijf*, Brussel, Larcier, 2010, 144. Het primaat van de wetgever werd geïntroduceerd in Nederland door de Commissie Polak (zie verder).

<sup>847</sup> M. VANDAMME, *Elementen van legisprudentie. Bedenkingen bij het moderne wetgevingsbedrijf*, Brussel, Larcier, 2010, 144.

<sup>848</sup> H. COREMANS en M. VANDAMME, *Beginselen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving*, Brugge, die Keure, 2001, 136-140.

<sup>849</sup> M. VANDAMME, *Elementen van legisprudentie. Bedenkingen bij het moderne wetgevingsbedrijf*, Brussel, Larcier, 2010, 144.

<sup>850</sup> M. VANDAMME, *Elementen van legisprudentie. Bedenkingen bij het moderne wetgevingsbedrijf*, Brussel, Larcier, 2010, 145.

<sup>851</sup> M. VANDAMME, *Elementen van legisprudentie. Bedenkingen bij het moderne wetgevingsbedrijf*, Brussel, Larcier, 2010, 140.

principe niet mogelijk aangezien dit soort van delegatie niet in overeenstemming is met de eenheid van de verordenende macht.<sup>852</sup> Dit beginsel ligt vervat in artikel 37 GW (daar waar artikel 9 BWHI nog voorziet dat de gemeenschappen en de gewesten gedecentraliseerde diensten kunnen oprichten). De wetgever mag in beginsel geen verordnungsbevoegdheid rechtstreeks aan een minister of een zelfstandig regelgevend orgaan toekennen, aangezien artikel 108 GW de verordnungsbevoegdheid enkel aan de Koning toekent.<sup>853</sup> Daarenboven wordt de delegatie van regelgevende bevoegdheden aan autonome of onafhankelijke overheidsinstellingen in beginsel eveneens ongeoorloofd geacht gezien het verlies aan parlementaire controle via de ministeriële verantwoordelijkheid (*infra* nr. 286).<sup>854</sup>

**281.** In een advies van 29 november 2005 stelde de afdeling wetgeving van de Raad van State dat: "Luidens artikel 33 van de Grondwet gaan alle machten uit van de Natie en worden zij uitgeoefend op de wijze bij de Grondwet bepaald. Op federaal vlak berust de uitvoerende macht, zoals zij door de Grondwet is geregeld, bij de Koning (artikel 37 [GW]). Naast de normatieve bevoegdheid die bij de Grondwet zelve aan de Koning wordt toegekend, onder meer die ter uitvoering van de wetten (artikel 108 [GW]), kan door bijzondere wetten, krachtens de Grondwet zelf uitgevaardigd en bijgevolg met inachtneming van de begrenzingen die bij de Grondwet zijn aangebracht of eruit voortvloeien bijkomende verordenende bevoegdheid aan de Koning worden toegekend (artikel 105 [GW]). Aldus kan de wetgever de Koning machtigen bepaalde aangelegenheden te regelen die tot zijn residuaire bevoegdheid behoren. Nu de Grondwet de aan de federale uitvoerende macht toekomende verordenende bevoegdheid alleen aan de Koning heeft toegekend, en de machten dienen te worden uitgeoefend op de wijze bij de Grondwet bepaald, *geldt het beginsel van de eenheid van de verordenende macht*, dat inhoudt dat uitgesloten is dat de verordenende macht op een andere wijze wordt uitgeoefend dan is voorgeschreven door de Grondwet. De federale wetgever vermag derhalve in beginsel slechts aan de Koning normatieve bevoegdheden te delegeren. Die regel is des te belangrijker nu, krachtens artikel 106 van de Grondwet, het optreden van de Koning gekoppeld is aan de politieke verantwoordelijkheid van

---

<sup>852</sup> K. MUYLLE, "Het Grondwettelijk delegatieverbod en het Unierecht: welke democratisch verkozen beraadslagende vergadering?" in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *De Europese dimensie in het Belgisch publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2012, (317) 324-325.

<sup>853</sup> K. MUYLLE, "Het Grondwettelijk delegatieverbod en het Unierecht: welke democratisch verkozen beraadslagende vergadering?" in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *De Europese dimensie in het Belgisch publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2012, (317) 319.

<sup>854</sup> A. ALEN en W. DEVROE, *Preadvies: Verzelfstandiging van bestuurszaken in België*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, 72 en 123-124: "verzelfstandiging [houdt] het zeer reële risico [in] dat een bevoegde minister zich zou kunnen 'verschillen' achter de beslissingen van een min of meer autonome [instantie]" en "indien de wetgever, meestal op initiatief van de uitvoerende macht, of de uitvoerende macht zelf, een ruime autonomie meent te moeten toekennen aan extern verzelfstandigde lichamen, dan zal de uitvoerende macht in bepaalde gevallen politiek verantwoordelijk zijn voor beslissingen die zij zelf niet heeft kunnen nemen"; P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE, "Decentralisering en privatisering van wetgeving" in J. DE MOT (ed.), *Liber amicorum Boudewijn Bouckaert Vrank en Vrij*, Brugge, die Keure, 2012, (261) 268.

de ministers".<sup>855</sup> Op het niveau van de gemeenschappen en gewesten is het toekennen van een verordnungsbevoegdheid aan een andere overheid dan de regeringen in de regel in strijd met artikel 20 BWHI.

#### 1.4.2. *Waarom dan toch decentralisering van regelgeving?*

**282.** Waarom gaat men dan toch in toenemende mate regelgeving gaan decentraliseren? Zoals reeds vermeld, is een strikt verbod nagenoeg onhoudbaar gezien de snelle en complexe maatschappelijke veranderingen. Delegatie van regelgevende bevoegdheden is noodzakelijk indien men wil komen tot een kwaliteitsvol wetgevend proces dat de inbreng vereist van verscheidene regelgevers die elk optreden op het voor hen gepaste niveau.<sup>856</sup> Het bestaan van een vrij centralistisch model van regelgeving verhindert bijgevolg niet dat er ook op meer gedecentraliseerde wijze (of zelfs private wijze) regelgeving tot stand komt. Deze tendens wordt ook weerspiegeld in de regelgeving met betrekking tot de energiesector waarbij er nood is aan snelle, flexibele en technische regels. Een "complex van regels" valt waar te nemen, met op federaal niveau de Elektriciteits- en de Gaswet (met talrijke bijhorende koninklijke besluiten), op Vlaams niveau het Energiedecreet (met o.a. het bijhorend Energiebesluit), in Brussel de Elektriciteits- en Gasordonnantie (met bijhorende besluiten), in Wallonië het Elektriciteits- en Gasdecreet (met besluiten)... waarbij er eveneens tariefmethodologieën, technische reglementen en individuele besluiten opgesteld worden (hierover later meer, o.a. *infra* nrs. 366 e.v.).

**283.** Indien men afwijkt van het principiële delegatieverbod dan gebeurt dit omwille van praktische redenen.<sup>857</sup> De Raad van State, afdeling wetgeving, wees er in het verleden immers steeds op dat het toekennen van verordenende bevoegdheid aan openbare instellingen of organen ervan, moeilijk in overeenstemming te brengen valt met de algemene principes van het Belgisch publiek recht, aangezien erdoor wordt geraakt aan het beginsel van de eenheid van de verordenende macht en terzake iedere rechtstreekse parlementaire controle ontbreekt.<sup>858</sup> Verordeningen van die aard ontberen volgens de Raad

<sup>855</sup> Adv.RvS 29 november 2005 bij wetsontwerp tot wijziging van de wet van 24 januari 1977 betreffende de bescherming van de gezondheid van de gebruikers op het vlak van de voedingsmiddelen en andere producten, *Parl.St.* 2005-2006, nr. 51-2491/001, 9-10, eigen cursivering.

<sup>856</sup> M. VANDAMME, *Elementen van legisprudentie. Bedenkingen bij het moderne wetgevingsbedrijf*, Brussel, Larcier, 2010, 145.

<sup>857</sup> H. DUMONT, "La Constitution et le contrôle parlementaire des délégations de pouvoirs aux autorités administratives. Pour un renouveau du régime parlementaire belge à l'heure de la gouvernance" in A. ALEN, A. RAINER en M. BOSSUYT (eds.), *De Grondwet : verleden, heden en toekomst*, Brussel, Bruylant, 2006, (59) 64.

<sup>858</sup> Adv.RvS nr. 46.476/1 van 7 mei 2009 bij het koninklijk besluit tot wijziging van het koninklijk besluit van 15 februari 2005 betreffende de uitoefening van het beroep van erkend boekhouder en erkend boekhouder-fiscalist in het kader van een rechtspersoon, *BS* 21 december 2009, 80.053; Adv.RvS nr. 40.698/1 van 6 juli 2006 over een voorontwerp van wet tot wijziging van de procedure tot vaststelling van de maximale referentievoet voor verzekeringsverrichtingen van lange duur, *Parl.St.* Kamer 2006-2007, nr. 51-2844/1, 13: "De bevoegdheid die aan de CBFA wordt verleend om de betrokken rentevoeten vast te stellen, is van verordenende aard. Zoals de Raad van State, afdeling wetgeving, in het verleden meermaals heeft opgemerkt, is het verlenen van verordenende bevoegdheid aan een openbare instelling in beginsel niet inpasbaar in ons grondwettelijk bestel, waarin de verordenende macht in beginsel toekomt aan de Koning [...]. De verordnungsbevoegdheid die het ontwerp aan de CBFA verleent, kan niettemin worden gebillijkt. In de eerste plaats heeft die bevoegdheid betrekking op een specifieke en technische aangelegenheid die goed aansluit op de taken die de CBFA, in haar hoedanigheid van toezichthouder in de financiële en verzekeringssector, uitoefent en op de deskundigheden waarover zij beschikt. In de tweede plaats is de aan de CBFA opgedragen bevoegdheid precies

daarenboven de waarborgen waarmee de klassieke regelgeving gepaard gaat, zoals die inzake de bekendmaking en de preventieve controle van de afdeling wetgeving van de Raad van State. Als er in het verleden al uitzonderingen op het delegatieverbod van verordenende bevoegdheid aan openbare instellingen toelaatbaar werden geacht, "betref het doorgaans delegaties met een beperkte draagwijdte en van een zodanig technische aard, dat ervan mocht worden uitgegaan dat die instellingen, die de betrokken reglementering dienden toe te passen, ook het best geplaatst waren om deze met kennis van zaken uit te werken en de aldus gedelegeerde bevoegdheid uit te oefenen".<sup>859</sup>

**284.** De verklaring voor dergelijke delegaties ligt bij de functionele noodzaak aan een hoge mate van techniciteit van de regelgeving en de ermee samenhangende vereisten van specialisatie, flexibiliteit en snelheid.<sup>860</sup> Optreden op het gepaste niveau geeft uiting aan een meer efficiënte en adequatere manier van regelgeving.<sup>861</sup> Bovendien heeft dergelijke delegatie te maken met een rationele noodzaak: de wetgever beschikt soms over onvoldoende informatie (*informatieasymmetrie*) of capaciteit om complexe en technische materies te regelen, zoals bijvoorbeeld de regels met betrekking tot de regulering van de energiemarkt.<sup>862</sup>

In de economische en rechtseconomische wetenschappen wordt via een *principal-agent* model verantwoording gegeven voor de delegatie van regelgevende bevoegdheden aan onafhankelijke instanties.<sup>863</sup> De creatie en de oprichting van een onafhankelijke energieregulator, wordt daarbij gezien als een institutionele keuze. Deze keuze wordt gemaakt door de principaal – zijnde de verkozen politici – waarbij zij de kosten en baten analyseren van de delegatie van bevoegdheden aan onafhankelijke energieregulators.<sup>864</sup> Ze gaan over tot het delegeren van bevoegdheden als er voldoende baten zijn: de onafhankelijke instanties nemen de druk weg van de politici en lossen bijhorende problemen

---

afgebakend [...]. Tot slot is de ontworpen regeling op zo een wijze uitgewerkt dat aan de politiek verantwoordelijke instanties de mogelijkheid wordt verleend om zo nodig zelf op te treden om de aan de CBFA gedelegeerde bevoegdheid in haar plaats uit te oefenen".

<sup>859</sup> Adv.RvS nr. 46.476/1 van 7 mei 2009, BS 21 december 2009, 80.054; Adv.RvS nr. 44.704/3 van 24 juni 2008 over een ontwerp van B.VI.Reg. betreffende de voorwaarden en procedure voor het verkrijgen van een vergunning voor het aanbieden van een radio-en televisieomroepnetwerk en de bijhorende zendvergunning, zoals geciteerd in P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE, "Decentralisering en privatisering van wetgeving" in J. DE MOT (ed.), *Liber amicorum Boudewijn Bouckaert Vrank en Vrij*, Brugge, die Keure, 2012, (261) 277.

<sup>860</sup> M. VANDAMME, *Elementen van legisprudentie. Bedenkingen bij het moderne wetgevingsbedrijf*, Brussel, Larcier, 2010, 157.

<sup>861</sup> P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE, "Decentralisering en privatisering van wetgeving" in J. DE MOT (ed.), *Liber amicorum Boudewijn Bouckaert Vrank en Vrij*, Brugge, die Keure, 2012, (261) 261; S. LAVRIJSSEN en T. NAUTA, "De Europeanisering van het toezicht op de energiesector", *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* 2010, (136) 138.

<sup>862</sup> P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE, "Decentralisering en privatisering van wetgeving" in J. DE MOT (ed.), *Liber amicorum Boudewijn Bouckaert Vrank en Vrij*, Brugge, die Keure, 2012, (261) 262; S. LAVRIJSSEN en T. NAUTA, "De Europeanisering van het toezicht op de energiesector", *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* 2010, (136) 138.

<sup>863</sup> P. MAGNETTE, "The Politics of Regulation in the European Union" in D. GERADIN, R. MUNOZ en N. PETIT (eds.), *Regulation through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, (3) 5; M. THATCHER, "Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation", *Western European Politics* 2011, (125) 129.

<sup>864</sup> M. THATCHER, "Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation", *Western European Politics* 2011, (125) 129.

op.<sup>865</sup> Deze druk en problemen waarmee verkozen politici worden geconfronteerd zijn onder andere: het nemen van beslissingen die in toenemende mate technisch en complex zijn geworden, het introduceren van onpopulaire maatregelen, het omgaan met druk uitgeoefend door internationale en supranationale organisaties, het maken van beloften omtrent het gedrag van bepaalde marktpartijen...

Bovendien vloeit de onafhankelijkheid van de energieregulator voort uit Europese liberaliseringsrichtlijnen. Het optreden van een van de staat en politieke onafhankelijke energieregulator moet immers vermijden dat de overheid zijn eigen regelgevende bevoegdheden gaat misbruiken om, als marktspeler, zijn eigen concurrentiepositie te bevoordelen.<sup>866</sup> Een onafhankelijke energieregulator die over eigen regelgevende bevoegdheden beschikt, waarborgt de eerlijke concurrentie.

**285.** Regelgeving op het juist niveau, door het delegeren van regelgevende bevoegdheden aan gedecentraliseerde instanties, zorgt daarenboven ook voor meer legitimiteit. Zoals reeds in het vorige hoofdstuk werd beklemtoond gaat legitimiteit immers verder dan een louter electoraal of volksvertegenwoordigend aspect. Men mag er niet vanuit gaan dat wetgeving legitiem is louter omdat ze werd aangenomen door het parlement.<sup>867</sup> Regelgeving op het gedecentraliseerd niveau geeft immers meer ruimte voor input- en outputlegitimiteit. De outputlegitimiteit houdt nauw verband met de redenen tot het delegeren van regelgevende bevoegdheden: wanneer de wetgever het nemen van concrete maatregelen overlaat aan meer gespecialiseerde organen, die op basis van hun expertise tot meer rationele oplossingen kunnen komen, kan dit de legitimiteit van de energieregulator versterken en meer publiek vertrouwen creëren.<sup>868</sup>

#### 1.5. Delegatie van regelgevende bevoegdheden aan instanties zonder politieke verantwoordelijkheid: de omvang van de bevoegdheden bepaalt de mate van controle?

**286.** De adviespraktijk van de Raad van State is doorgaans streng wat betreft de mogelijke delegatie van verordenende bevoegdheden aan instellingen die geen politieke verantwoordelijkheid dragen.<sup>869</sup> Bij de wijziging van het statuut

<sup>865</sup> M. THATCHER, "Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation", *Western European Politics* 2011, (125) 130.

<sup>866</sup> K. MUYLLE, "Het Grondwettelijk delegatieverbod en het Unierecht: welke democratisch verkozen beraadslagende vergadering?" in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *De Europese dimensie in het Belgisch publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2012, (317) 332.

<sup>867</sup> P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE, "Decentralisering en privatisering van wetgeving" in J. DE MOT (ed.), *Liber amicorum Boudewijn Bouckaert Vrank en Vrij*, Brugge, die Keure, 2012, (261) 263.

<sup>868</sup> P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE, "Decentralisering en privatisering van wetgeving" in J. DE MOT (ed.), *Liber amicorum Boudewijn Bouckaert Vrank en Vrij*, Brugge, die Keure, 2012, (261) 263.

<sup>869</sup> Zie o.a. Adv.RvS nr. 34.758/2 van 7 mei 2003 avant projet de décret portant constitution d'un institut wallon de formation en alternance et des indépendants et petites et moyennes entreprises, *Parl.St. W.Parl.*, 2002-03, nr. 524/1, 22-23 (met betrekking tot individuele besluiten); Adv.RvS nr. 38.394 van 12 mei 2005 bij wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende het sociaal overleg, *Parl.St. Kamer* 2004-2005, nr. 51-1767/003, 11-12; Adv.RvS nr. 39.272/3 van 29 november 2005 bij wetsontwerp tot wijziging van de wet van 24 januari 1977 betreffende de bescherming van de gezondheid van de gebruikers op het vlak van de voedingsmiddelen en andere producten, *Parl.St.*

van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie (BIPT – de *telecomregulator*) onderzocht de afdeling wetgeving van de Raad van State, in zijn advies bij het wetsontwerp, de onafhankelijkheid van de BIPT ten opzichte van de regering. De Raad stelde daarbij dat de keuze om het BIPT op te richten als “een administratieve overheid [...] waarover de Regering slechts een beperkte zeggenschap [zou] hebben, geenzins een verplichting [was] die [voortvloei]de uit het Europese recht”.<sup>870</sup> De Raad van State benadrukte dat het twijfelachtig was of dergelijke keuze wel verenigbaar was met de grondwettelijke beginselen van bevoegdheidsopdracht, die impliceren dat bevoegdheden in principe niet kunnen worden overgedragen aan personen over wier activiteiten de publieke overheid geen zeggenschap heeft. Immers, in zoverre de prerogatieven van administratieve overheden werden opgedragen aan instellingen die niet rechtstreeks door de uitvoerende macht bestuurd werden, moest de uitvoerende macht op deze instellingen voldoende controle kunnen uitoefenen om voor de wetgevende kamers de politieke verantwoordelijkheid ervoor te kunnen dragen. Toenmalig artikel 3, lid 2, van de telecom-kaderrichtlijn bepaalde dat de nationale regelgevende instanties juridisch onderscheiden moesten zijn en functioneel onafhankelijk moesten zijn van alle organisaties die elektronische-communicatienetwerken, -apparatuur of -diensten aanbieden.<sup>871</sup> In overweging 11 van die richtlijn werd echter gesteld dat deze eis van onafhankelijkheid niets af deed aan de institutionele autonomie en de constitutionele verplichtingen van de lidstaten. De Raad van State leidde daaruit af dat er diende te worden voorzien in mechanismen waardoor de politieke verantwoordelijkheid van de uitvoerende macht kon worden gehandhaafd. Op die manier kon de wetgevende macht daadwerkelijke controle uitoefenen.<sup>872</sup>

In hetzelfde advies verwees de Raad van State eveneens naar de CREG.<sup>873</sup> De Raad stelde dat de afdeling wetgeving zonder opmerking de zelfstandigheid van de CREG bewilligde. De bevoegdheden van de CREG en de controle waaraan deze onderworpen was vertoonden echter een aantal niet te verwaarlozen verschillen met het voorontwerp inzake de oprichting van het BIPT. De CREG was toen in hoofdzaak belast met een raadgevende taak en een algemene taak van toezicht en controle op de toepassing van de wetten en reglementen. De CREG had geen bevoegdheid om overtredingen te bestraffen en haar personeelsleden beschikten niet over het voorrecht van gerechtelijke politie. Het

---

2005-2006, nr. 51-2491/001, 9-10; Adv.RvS nr. 46.476/1 van 7 mei 2009, BS 21 december 2009, 80.054; H. DUMONT, “La Constitution et le contrôle parlementaire des délégations de pouvoirs aux autorités administratives. Pour un renouveau du régime parlementaire belge à l’heure de la gouvernance” in A. ALEN, A. RAINER en M. BOSSUYT (eds.), *De Grondwet : verleden, heden en toekomst*, Brussel, Bruylant, 2006, (59) 63.

<sup>870</sup> Adv.RvS nr. 33.255/4 van 5 juni 2002 wetsontwerp met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post-en telecommunicatiesector, *Parl.St.* Kamer 2001-2002, nr. 1937/001, 59.

<sup>871</sup> Richtlijn 2002/21/eg van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn), *Pb.L.* 24 april 2002, afl. 108, 33.

<sup>872</sup> Adv.RvS nr. 33.255/4 van 5 juni 2002 bij wetsontwerp met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post-en telecommunicatiesector, *Parl.St.* Kamer 2001-2002, nr. 1937/001, 60.

<sup>873</sup> Adv.RvS nr. 33.255/4 van 5 juni 2002 bij wetsontwerp met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post-en telecommunicatiesector, *Parl.St.* Kamer 2001-2002, nr. 1937/001, 62.

directiecomité stond eveneens onder toezicht van de Algemene Raad die was samengesteld uit vertegenwoordigers van de federale regering.

Volgens de Raad van State kon worden aangenomen dat een instelling die belast werd met bepaalde controletaken of zelfs met de taak om te bestraffen, slechts over een *relatieve* zelfstandigheid beschikte. Hierdoor werd de noodzaak dat de regering voldoende controle uitoefende niet minder. Het al dan niet voldoende zijn van de controle moest volgens de Raad beoordeeld worden *in verhouding tot de omvang van de (discretionaire) bevoegdheden* die toevertrouwd werden aan de administratieve overheid.<sup>874</sup> Wanneer het erom ging op individuele gevallen een nauwkeurige regelgeving toe te passen, die slechts weinig discretionaire bevoegdheid overliet aan de instelling, kon de controlebevoegdheid van de uitvoerende macht worden beperkt. Wanneer daarentegen de uitoefening van de bevoegdheden die aan die instelling werden toevertrouwd, opportuiniteitskeuzes inhielden, moest die overheid, die niet politiek verantwoordelijk was, onderworpen worden aan strengere controle vanwege de regering. In dat verband waren de bevoegdheden van het BIPT volgens de Raad niet te verwaarlozen.<sup>875</sup> De Raad stelde dat, ten einde ervoor te zorgen dat zowel de onafhankelijkheid van het BIPT gewaarborgd werd als de naleving van de grondwettelijke beginselen die maken dat de regering de politieke verantwoordelijkheid kan dragen voor de genomen administratieve beslissingen, één van de voorschriften er kon in bestaan dat de Staat zelf beroep mocht instellen tegen de beslissingen van het BIPT.<sup>876</sup>

De toenmalige richtlijnen met betrekking tot de telecom- en de energiesector (96/92/EG en 2003/54/EG) spraken inderdaad nog niet van een politieke onafhankelijkheid. In dit opzicht is de redenering van de Raad van State te volgen: waarom ingaan tegen de grondwettelijke beginselen en politieke controle uitsluiten of beperken indien dit niet door het EU-recht opgelegd werd. De vraag is of de opgebouwde redenering "dat de omvang van de bevoegdheden de mate van controle bepaalt" wel houdbaar is indien de regulatoren ook politiek onafhankelijk moeten zijn? De bevoegdheden van het BIPT en de energieregulatoren zijn door de nieuwe richtlijnen (2009/72/EG in de energiesector) immers nog uitgebreid. Volgens de Raad van State zou dit een strengere vorm van toezicht door de regering moeten impliceren. De

---

<sup>874</sup> Eigen cursivering; Adv.RvS nr. 33.255/4 van 5 juni 2002 bij wetsontwerp met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post-en telecommunicatiesector, *Parl.St.* Kamer 2001-2002, nr. 1937/001, 65.

<sup>875</sup> Adv.RvS nr. 33.255/4 van 5 juni 2002 bij wetsontwerp met betrekking tot het statuut van de Belgische post-en telecommunicatiesector, *Parl.St.* Kamer 2001-2002, nr. 1937/001, 62-63: "Het Instituut treedt op als administratieve overheid voor de toewijzing van zeldzame faciliteiten (nummering en radiogolven), voor het bepalen van organisaties met een sterke positie op de markt, waaraan bijzondere verplichtingen worden opgelegd, om verplichtingen op te leggen inzake toegang en interconnectie van de netwerken of gedeeld gebruik. Voor die beslissingen heeft het Instituut geen gebonden bevoegdheid, verre daarvan. Het beschikt daarenboven over bevoegdheden van gerechtelijke politie voor het opsporen en vaststellen van overtredingen van de gezamenlijke regelgeving inzake postdiensten, telecommunicatie en radiobereikbaarheid en heeft de bevoegdheid om administratieve sancties uit te spreken". Zie ook D. STEVENS, *Toezicht in de elektronische communicatiesector. Constitutionele en institutionele aspecten van de wijzigende rol van de overheid*, Gent, Larcier, 2010, 441.

<sup>876</sup> Adv.RvS nr. 33.255/4 van 5 juni 2002 bij wetsontwerp met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post-en telecommunicatiesector, *Parl.St.* Kamer 2001-2002, nr. 1937/001, 64.

controlebevoegdheid van de uitvoerende macht moet onder de richtlijnen nochtans worden uitgesloten.

**287.** Het toekennen van regelgevende bevoegdheden aan dergelijke instellingen raakt volgens de Raad aan het beginsel van de eenheid van verordenende macht. Toch heeft de afdeling wetgeving van de Raad van State aanvaard dat de wetgever verordenende bevoegdheid toekent aan een entiteit die geen politieke verantwoordelijkheid draagt. MUYLLE leidt uit de adviespraktijk van de Raad van State af dat een dergelijke delegatie van bevoegdheden slechts kan plaatsvinden en toelaatbaar zijn indien voldaan is aan volgende vier voorwaarden: (1) de door het politiek onverantwoorde orgaan vastgestelde verordeningen behoeven de *goedkeuring* van een politiek verantwoordelijke overheid (in beginsel de Koning); (2) de delegatie heeft een beperkte, welbepaalde draagwijdte; (3) het gaat om ondergeschikte of detailmaatregelen; (4) de delegatie mag er niet toe leiden dat de Koning wordt belemmerd in de uitoefening van zijn prerogatieven.<sup>877</sup> De Raad vereiste dus dat de uitvoerende macht, die politiek verantwoordelijk is voor de wetgevende kamers, een vorm van controle zou blijven uitoefenen: het *goedkeuringstoezicht*.<sup>878</sup>

**288.** Ook het Grondwettelijk Hof oordeelde dat een algemene verordenende bevoegdheid enkel kan toekomen aan de Koning of regering. Evenwel mag een wet of decreet wel verordenende bevoegdheid toekennen aan een autonome overheidsdienst, voor specifieke, door de wetgever aangeduide materies.<sup>879</sup> In het arrest nr. 24/98 stelde het Grondwettelijk Hof bijvoorbeeld dat "de machtiging om een 'reglement'<sup>880</sup> aan te nemen – die aan de Brusselse Gewestelijke Huisvestingsmaatschappij (een autonome overheidsinstelling) is verleend bij artikel 17, § 1, van de ordonnantie – niet bestaat in een delegatie, aan die overheidsinstelling, van de zorg om haar eigen bevoegdheid te bepalen, een bevoegdheid die, krachtens artikel 9, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, niet kan worden geregeld dan door de gewestwetgever. De bevoegdheid die door de ordonnantie wordt verleend, heeft immers enkel betrekking op de *technische ordening* van tien aangelegenheden die de Brusselse wetgever zelf heeft bepaald in de ordonnantie.<sup>881</sup> Anderzijds stelt het Hof, "is de aan de Brusselse Gewestelijke Huisvestingsmaatschappij toegewezen bevoegdheid om een 'reglement' aan te nemen, evenmin een delegatie, aan een autonome overheidsinstelling, van een algemene verordenende bevoegdheid die

---

<sup>877</sup> K. MUYLLE, "Het Grondwettelijk delegatieverbod en het Unierecht: welke democratisch verkozen beraadslagende vergadering?" in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *De Europese dimensie in het Belgisch publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2012, (317) 326.

<sup>878</sup> P. BOUCQUEY en P-O. DE BROUX, "Les recours juridictionnels contre les décisions des autorités de régulation" in H. DUMONT, P. JADOUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Brussel, La Chartre, 2007, (211) 229.

<sup>879</sup> P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE, "Decentralisering en privatisering van wetgeving" in J. DE MOT (ed.), *Liber amicorum Boudewijn Bouckaert Vrank en Vrij*, Brugge, die Keure, 2012, (261) 268; GwH 10 maart 1998, nr. 24/98.

<sup>880</sup> Overweging B.2.: "De prejudiciële vraag heeft enkel betrekking op artikel 17 van die ordonnantie. In paragraaf 1 van dat artikel wordt bepaald dat de Brusselse Gewestelijke Huisvestingsmaatschappij een reglement opstelt dat verscheidene aangelegenheden regelt, namelijk tien, en dat het reglement evenwel niet van toepassing is op de openbare vastgoedmaatschappij die met de Huisvestingsmaatschappij een beheerscontract heeft afgesloten".

<sup>881</sup> Overweging B.5.2.



naar luid van de artikelen 20 en 78 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 enkel kan worden uitgeoefend door de Brusselse Regering".<sup>882</sup> Het Hof besluit dat artikel 17, § 1 van de ordonnantie de artikelen 9, 20 en 78 BWHI niet miskent door aan de Huisvestingsmaatschappij de bevoegdheid toe te vertrouwen om een reglement aan te nemen dat de tien door de ordonnantie beoogde aangelegenheden regelt.<sup>883</sup>

#### 1.6. Delegaties aan onafhankelijke energieregulatoren en het EU-recht

##### 1.6.1. *Algemeen*

**289.** Bijzonder is dat zowel de Raad van State als het Grondwettelijk Hof hun strenge benadering enigszins aanpassen wanneer er een samenloop is tussen het nationale rechtsstelsel en het EU-recht, zeker indien de richtlijnen verregaande politieke onafhankelijkheid vereisen.

##### 1.6.2. *Arrest nr. 130/2010 van het Grondwettelijk Hof*

###### 1.6.2.1. Uitspraak

**290.** In de zaak die leidde tot het arrest nr. 130/2010 werd aan het Grondwettelijk Hof gevraagd of de bij de wet van 29 april 1999 aan de CREG toegekende bevoegdheden, inzonderheid de bevoegdheid om administratieve geldboeten op te leggen, bestaanbaar zijn met de artikelen 10 en 11 GW, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 33 en 37 GW, in zoverre het bestuur van de CREG niet rechtstreeks wordt verzekerd door de uitvoerende macht, die de CREG niet voldoende kan controleren om de politieke verantwoordelijkheid voor de door haar gestelde handelingen voor de wetgever op zich te kunnen nemen.<sup>884</sup>

Er wordt daarbij door de Stad Waver aangevoerd dat er sprake is van een schending van de artikelen 10, 11, 33 en 37 van de Grondwet, omdat deze artikelen het beginsel omvatten volgens hetwelk de bevoegdheden niet mogen worden gedelegeerd aan personen wier activiteiten ontsnappen aan de controle van de overheid. Dit zou een schending uitmaken van het gelijkheidsbeginsel aangezien "degenen die worden getroffen door een administratieve sanctie opgelegd door de CREG, in tegenstelling tot diegenen die worden getroffen door een administratieve sanctie opgelegd door elke andere administratieve overheid, niet de waarborg genieten dat de uitvoerende macht een hiërarchische [...] of toezichthoudende controle uitoefent ten aanzien van een dergelijke overheid waardoor zij de politieke verantwoordelijkheid voor de door die overheid genomen beslissingen op zich kan nemen, en dat de jurisdictionele controle die

---

<sup>882</sup> Overweging B.5.3.

<sup>883</sup> Overweging B.6.

<sup>884</sup> GwH 18 november 2010, nr. 130/2010.

kan worden uitgeoefend op de beslissingen van de CREG de regering geenszins toelaat een dergelijke politieke verantwoordelijkheid op zich te nemen<sup>885</sup>.

De CREG voert dan weer aan dat de prejudiciële vraag erop neerkomt het begrip "onafhankelijke administratieve overheid" in het geding te brengen, in zoverre de wetgever aan een dergelijke administratieve overheid een marge van autonomie heeft willen toekennen die niet verenigbaar is met het onderwerpen van die overheid aan een hiërarchische of toezichthoudende controle.<sup>886</sup> De Ministerraad voegt daaraan toe dat de CREG "geen administratieve overheid als de andere is". Immers als onafhankelijke administratieve overheid, beantwoordt de CREG aan bijzondere vereisten die een grotere onafhankelijkheid ten opzichte van de uitvoerende macht impliceren.<sup>887</sup> Het is volgens de Ministerraad dan ook verantwoord dat de CREG onafhankelijk is, met name omdat de uitvoerende macht deelneemt aan de activiteit van de sector.<sup>888</sup>

**291.** Het Hof stelt dat de oprichting van de CREG past in de context van de liberalisering van de elektriciteitsmarkt ter uitvoering van richtlijnen van de Europese Unie.<sup>889</sup> De CREG is volgens het Hof een administratieve overheid die beschikt over een ruime autonomie die niet verenigbaar is met een hiërarchisch of administratief toezicht, waarbij zij werd opgericht om bepaalde taken uit te voeren, die de wetgever wenste te onttrekken aan het gezag van de federale regering.<sup>890</sup> Het Grondwettelijk Hof voegt hier uitdrukkelijk aan toe dat de ontstentenis van een hiërarchisch of administratief toezicht niet strijdig is met de Grondwet. Artikel 37 GW staat er niet aan in de weg dat de wetgever specifieke uitvoerende bevoegdheden in een welbepaalde technische aangelegenheid toevertrouwt aan een autonome administratieve overheid, die voor het overige onderworpen blijft aan zowel de rechterlijke toetsing als de parlementaire controle.<sup>891</sup> Het Hof verwijst daarbij naar overweging 34 van de richtlijn 2009/72/EG waarin staat dat de onafhankelijkheid van de energieregulator rechterlijke toetsing en parlementair toezicht overeenkomstig het constitutionele recht van de lidstaten niet uitsluit. De administratieve handelingen van de CREG zijn vatbaar voor jurisdictionele controle: toen nog bij de Raad van State, nu bij het Hof van Beroep te Brussel. In overweging B.7. stelt het Hof dat er eveneens parlementaire controle is, waaronder verstaan moet worden: (1) de bevoegdheid van de wetgever om de taken en de werking van de CREG te regelen; (2) de goedkeuring door de wetgever van de begroting

---

<sup>885</sup> Feiten en rechtspleging bodemgeschil.

<sup>886</sup> Overw. A.2.2.

<sup>887</sup> Overw. A.3.3.

<sup>888</sup> Overw. A.3.3.

<sup>889</sup> Overw. B.3.2.

<sup>890</sup> Overw. B.4.

<sup>891</sup> Overw. B.5. Dergelijke overwegingen werden nog uitdrukkelijk herhaald in de arresten GwH 21 november 2013, nr. 158/2013 (overweging B.14.4), GwH 10 juli 2014, nr. 104/2014, GwH 20 februari 2014, nr. 30/2014 (overweging B.7.3): "Daarenboven staan de artikelen 170, § 2, en 172, tweede lid, van de Grondwet evenmin eraan in de weg dat de decreetgever in een welbepaalde technische aangelegenheid specifieke uitvoerende bevoegdheden toevertrouwt aan een autonome administratieve overheid, die voor het overige onderworpen blijft aan zowel de rechterlijke toetsing als de parlementaire controle"

van de CREG; (3) het uitbrengen door de CREG van een jaarlijks verslag dat door de minister wordt overgezonden naar de wetgevende kamers; (4) de politieke verantwoording van de minister voor het parlement.

**292.** Alsof het Hof niet echt overtuigd is van zijn redenering voegt het er in overweging B.8.1. nog bijna terloops aan toe dat "in zoverre het voorgaande niet zou volstaan om te verantwoorden dat de personen die het voorwerp zijn van een beslissing van de CREG 'niet de garantie genieten dat de beslissing wordt genomen door een administratieve overheid waarvan het bestuur rechtstreeks wordt verzekerd door de uitvoerende macht' wordt dit, op grond van artikel 34 van de Grondwet, verantwoord door de vereisten die voortvloeien uit het recht van de Europese Unie". Waarna het Hof enkel nog de artikelen 20, lid 3 en 22 van de richtlijn 96/92/EG, artikel 23 van de richtlijn 2003/54/EG en artikel 35 van de richtlijn 2009/72/EG citeert... om te besluiten dat de prejudiciële vraag ontkennend moet worden beantwoord.

#### 1.6.2.2. Parlementaire en rechterlijke controle

**293.** Het Grondwettelijk Hof steunt zich voor de verenigbaarheid met artikel 37 van de Grondwet op de aanwezigheid van rechterlijke en parlementaire controle. Verschillende auteurs argumenteren dat de parlementaire controle eerder zwak of zelfs nagenoeg uitgehold is.<sup>892</sup> Volgens het Grondwettelijk Hof omvat parlementaire controle: de bevoegdheid van de wetgever om de taken en de werking van de CREG te regelen; de goedkeuring door de wetgever van de begroting van de CREG; het uitbrengen door de CREG van een jaarlijks verslag dat door de minister wordt overgezonden naar de wetgevende kamers en de politieke verantwoording van de minister voor het parlement. Deze uitspraak van het Grondwettelijk Hof ligt in gelijkaardige lijn als een arrest van het Hof van Justitie van 9 maart 2010.<sup>893</sup> Het Hof van Justitie stelt hierbij dat de parlementaire controle op onafhankelijke nationale toezichhoudende instanties (*in casu* de Duitse gegevens-beschermingsinstantie) uitgeoefend kan worden door de benoeming van de toezichhouders door het parlement of de regering, door het omschrijven van de bevoegdheden van de toezichhoudende instantie door de wetgever<sup>894</sup> en door de verantwoording aan het parlement via een (jaarlijks) verslag over haar activiteiten.<sup>895</sup> Het Hof van Justitie concludeert, dat

---

<sup>892</sup> S. DE SOMER, "Internationale impuls en nationale beheersingsdrang inzake bestuurlijke verzelfstandiging: het Grondwettelijk Hof en de casus van de energieregulator", *TBP* 2012, (214) 224; K. MUYLLE, "Het Grondwettelijk delegatieverbod en het Unierecht: welke democratisch verkozen beraadslagende vergadering?" in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *De Europese dimensie in het Belgisch publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2012, (317) 351; A-S. RENSON, "L'indépendance des autorités de régulation: la fin d'une controverse", *JT* 2011, (348) 350; E. SLAUTSKY, "Droit européen, Constitution et autorités administratives indépendantes : commentaire de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 18 novembre 2010, n° 130/2010 et de l'arrêt du Conseil d'État du 7 avril 2011, Ville de Wavre, n° 212.557", *AP* (trim.), 2012, afl. 1, (95) 111-112.

<sup>893</sup> HvJ 9 maart 2010, nr. C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125.

<sup>894</sup> Overw. 44.

<sup>895</sup> Overw. 45.

gelet op hun onafhankelijkheid van het algemeen bestuur, dit op zich niet de democratische legitimiteit van deze autoriteiten ontnemt.<sup>896</sup>

**294.** Het grote verschil tussen beide uitspraken ligt vervat in het feit dat het Grondwettelijk Hof refereert aan de politieke verantwoordelijkheid van de minister ten aanzien van het parlement. Deze verwijzing is enigszins vreemd te noemen aangezien de politieke ministeriële verantwoordelijkheid als instrument wordt uitgehold indien administratief toezicht niet meer kan worden toegepast. Hierdoor wordt de ministeriële verantwoordelijkheid een praktisch onhaalbaar of onuitvoerbaar instrument. Dergelijke vorm van controle is nagenoeg onmogelijk effectief uit te oefenen in de praktijk: aangezien er geen politieke controle mogelijk is via het administratief toezicht en de minister ter zake op een afstand wordt geplaatst van de energieregulator, kan de minister moeilijk ter verantwoording worden geroepen (*infra* nrs. 738, 739 en 895).<sup>897</sup> De enige vorm van politieke controle die nog kan spelen, is de *rechtstreekse* controle door het parlement, zoals verenigbaar met overweging 34 van de richtlijn 2009/72/EG. Indien men de eerder *politieke* democratische legitimiteit van de energieregulatoren wil vergroten – op een manier die verenigbaar is met de richtlijnen – dan dient men de rol van het parlement te verstevigen.<sup>898</sup> Deze democratische controle strekt zich niet uit tot de concrete individuele beslissingen genomen door de energieregulator aangezien de Europese liberaliseringsrichtlijnen duidelijk opleggen dat de regulator “zelfstandig besluiten moeten kunnen nemen, onafhankelijk van enig politiek orgaan”.<sup>899</sup> Individuele beslissingen zullen evenwel een grotere democratische legitimiteit genieten indien men de democratische legitimiteit van de energieregulator als instelling vergroot. Parlementaire inspraak speelt hierbij een rol. De verhouding tussen de energieregulatoren, het administratief toezicht, de ministeriële verantwoordelijkheid en de parlementaire controle komt uitvoerig aan bod in Hoofdstuk 6 “Verantwoordingsplicht”.

**295.** De rechterlijke controle houdt een wettigheidstoets in: de rechter zal nagaan of de overheid de bijzondere wettelijke norm waarop haar bevoegdheid steunt op de concrete feitelijke situatie toepast en of de overheid binnen de perken van haar bevoegdheid blijft. Via de toets aan het criterium van de kennelijke onredelijkheid (marginale toetsing) wordt evenwel ook de

---

<sup>896</sup> Overw. 46.

<sup>897</sup> A-S. RENSON, “L’indépendance des autorités de régulation: la fin d’une controverse”, *JT* 2011, (348) 350; E. SLAUTSKY, “Droit européen, Constitution et autorités administratives indépendantes : commentaire de l’arrêt de la Cour constitutionnelle du 18 novembre 2010, n° 130/2010 et de l’arrêt du Conseil d’État du 7 avril 2011, Ville de Wavre, n° 212.557”, *AP* (trim.), 2012, afl. 1, (95) 111.

<sup>898</sup> VREG, *Memorandum van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits-en Gasmarkt voor de Vlaamse Regering 2014-2019*, <http://www.vreg.be/sites/default/files/adviezen/adv-2013-10.pdf>, 35; P. VAN HUMBEECK, “Autonomie, onafhankelijkheid en accountability van sectorale regulatoren: economische invalshoek”, *TvW* 2014, (2) 14; M. AELEN en G. BIEZVELD, “Onrustige onafhankelijkheid”, *Tijdschrift voor Toezicht* 2013, afl. 4, (52) 61; M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 449; S. LAVRIJSEN, “Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU-perspectief”, *RegelMaat* 2015, afl. 3, (182) 195; J. BROEKSTEEG, “De regelgevende bevoegdheid van zelfstandige bestuursorganen, mede in het licht van het EU-recht”, *RegelMaat* 2015, afl. 3, (170) 178.

<sup>899</sup> Artikel 35(5)(a) richtlijn 2009/72/EG.

discretionaire bevoegdheid van het bestuur getoetst. De rechter mag echter, door de scheiding der machten, zijn oordeel niet in de plaats stellen van de beslissing van het bestuur. De rechter mag zich dus niet inlaten met de opportuniteit van een beslissing. Het Hof van Beroep te Brussel neemt met volle rechtsmacht kennis van de beroepen tegen de beslissingen van de CREG en de tariefbeslissingen van de VREG en Brugel. De precieze inhoud van het begrip "volle rechtsmacht" is niet geheel duidelijk, maar lijkt er voornamelijk op te wijzen dat het Hof kennis kan nemen van het volledige geschil (in feite en in rechte) en uitspraak kan doen over de grond van de zaak.<sup>900</sup>

**296.** De wettigheidscontrole is een belangrijk instrument, het zorgt er immers voor dat de wetgever nog steeds de touwtjes in handen heeft: immers hoe minder beleidsvrijheid de wetgever de energieregulator toekent, hoe omvangrijker de wettigheidscontrole van de rechter is. Zoals RENSON stelt heeft de wetgever nog steeds de mogelijkheid om in alle opportuniteit de wetten aan te passen indien hij vaststelt dat de energieregulator zijn bevoegdheden te ruim interpreteert.<sup>901</sup> De auteur concludeert dat "de politiek uiteindelijk altijd het laatste woord heeft, met als enige voorwaarde dat men conform het Europees recht handelt".<sup>902</sup> Ook HANCHER en LAROUCHE wijzen erop dat de specifieke doelstellingen, taken en bevoegdheden van de regulatoren door de wetgever zijn vastgelegd.<sup>903</sup> Dit zorgt ervoor dat zij binnen een bepaald wettelijk kader moeten werken en zij hun bevoegdheden dus niet willekeurig kunnen uitoefenen. Vertegenwoordigende organen controleren bijgevolg nog steeds de hoofdlijnen van het beleid, enkel de meer gedetailleerde uitvoering daarvan wordt overgelaten aan de energieregulator. De toekenning van de bevoegdheid om bepaalde economische en juridische keuzes te maken kan volgens LAVRIJSEN juist bijdragen aan een effectieve toepassing van de wet.<sup>904</sup> Dit zorgt volgens de auteur voor een betere waarborg voor een consistente, voorspelbare en deskundige toepassing van de wet, hetgeen resulteert in een betere realisatie van de doelstellingen van de wetgeving, waardoor er eveneens recht wordt gedaan aan de wil van het volk die is neergelegd in de wetgeving.<sup>905</sup> De Raad van State stelt evenwel dat de wetgever zich ervoor moet hoeden om dat kader zo gedetailleerd in te vullen dat de beoordelingsbevoegdheid van de CREG overmatig wordt beperkt. *A fortiori* moet de wetgever vermijden om bepaalde aspecten die aan de beoordeling van de CREG moeten worden onderworpen toe

---

<sup>900</sup> Wetsontwerp tot organisatie van de mogelijkheden tot beroep tegen de beslissingen genomen door de Commissie voor de regulering van de Elektriciteit en het Gas, *Parl.St. Kamer 2004-2005*, nr. 1895/1, 9. Zie hierover later meer.

<sup>901</sup> A-S. RENSON, "L'indépendance des autorités de régulation: la fin d'une controverse", *JT* 2011, 3(48) 350.

<sup>902</sup> A-S. RENSON, "L'indépendance des autorités de régulation: la fin d'une controverse", *JT* 2011, (348) 350.

<sup>903</sup> L. HANCHER en P. LAROUCHE, "The coming of age of EU regulation of network industries and services of general economic interest" in P. CRAIG en G. DE BURCA (eds.), *The evolution of EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, (743) 775.

<sup>904</sup> S. LAVRIJSEN, "Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU-perspectief", *RegelMaat* 2015, afl. 3, (182) 195.

<sup>905</sup> S. LAVRIJSEN, "Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU-perspectief", *RegelMaat* 2015, afl. 3, (182) 195.

te vertrouwen aan de Koning of aan andere overheidsinstellingen, al dan niet na advies van de CREG.<sup>906</sup>

**297.** Verschillende auteurs uit diverse Europese landen, waaronder SPYRELLI, HANCHER en LAROUCHE, LAVRIJSSEN en OTTOW en POPELIER stellen dat *ex-post* jurisdictionele controle alleen of gecombineerd met (beperkte) parlementaire controle, voldoende waarborgen bieden inzake controle op individuele beslissingen van regulatoren.<sup>907</sup> Daarenboven zijn de regulatoren ook steeds meer onderworpen aan Europese controleprocessen: zo moeten de energieregulatoren verantwoording afleggen aan de Europese Commissie, die eveneens opmerkingen kan maken ten aanzien van individuele besluiten van de energieregulatoren bij de toepassing van het energierecht.<sup>908</sup> Bovendien kan het toezicht op de individuele beslissingen *ex-ante* worden verhoogd door diverse legitimiteitstoetsen toe te passen (meer inputlegitimiteit, transparantie, procedurele waarborgen etc.).

#### 1.6.2.3. Artikel 34 van de Grondwet

**298.** Een tweede element waar nader op ingegaan moet worden is de eerder terloopse vermelding van artikel 34 GW door het Grondwettelijk Hof ("in zoverre het voorgaande niet zou volstaan"). Hoewel de uitspraak van het Grondwettelijk Hof correct is in het licht van de onafhankelijkheidsvereisten die vervat liggen in het EU-recht, is de *redenering* van het Hof bij momenten zeer dubbelzinnig. Zo moet worden vastgesteld dat het Hof, door zich te steunen op "twee pistes", zichzelf tegenspreekt. Enerzijds stelt het Hof immers vast dat er geen schending is van artikel 37 van de Grondwet, om daarna anderzijds te stellen dat "in zoverre dit niet zou volstaan" en er toch een schending lijkt te zijn van artikel 37 GW, dit op grond van artikel 34 GW verantwoord wordt.<sup>909</sup> Het (al dan niet expliciet)<sup>910</sup> inroepen van de voorrang van het EU-recht kan immers enkel indien

<sup>906</sup> Adv.RvS nr. 49570/3 van 31 mei 2011 bij wetsontwerp tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2011-2012, nr. 53-1725/001, 307.

<sup>907</sup> S. LAVRIJSSEN en A. OTTOW, "The Legality of Independent Regulatory Authorities" in L. BESSELINK, F. PENNINGEN en S. PRECHAL (eds.), *The eclips of the legality principle in the European Union*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, (73) 94-95; C. SPYRELLI, "Regulating the regulators? An assessment of institutional structures and procedural rules of national regulatory authorities", *International Journal of Communications Law and Policy* 2003, afl. 8, (2) 42; L. HANCHER en P. LAROUCHE, "The coming of age of EU regulation of network industries and services of general economic interest" in P. CRAIG en G. DE BURCA (eds.), *The evolution of EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, (743) 775: "If accountability means that the NRA must feel that it has to answer for its actions, then NRAs are accountable; of course, they are accountable to so many principles that the incentives on NRAs might be distorted".

<sup>908</sup> S. LAVRIJSSEN, "Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU-perspectief", *RegelMaat* 2015, afl. 3, (182) 196.

<sup>909</sup> E. SLAUTSKY, "Droit européen, Constitution et autorités administratives indépendantes : commentaire de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 18 novembre 2010, n° 130/2010 et de l'arrêt du Conseil d'État du 7 avril 2011, Ville de Wavre, n° 212.557", *AP* (trim.), 2012, afl. 1, (95) 112.

<sup>910</sup> Zie Hoofdstuk 1 en de discussie met betrekking tot het feit of het Grondwettelijk Hof hiermee al dan niet uitdrukkelijk de voorrang van het EU-recht boven de grondwet heeft aanvaard. MUYLLE poneert dat in het arrest het Hof stelt dat het EU-recht een delegatie van regelgevende bevoegdheden, die niet bestaanbaar is met artikel 37 van de Grondwet, aan een zelfstandig orgaan kan verantwoorden. Die overweging zou volgens de auteur impliceren dat het Hof aangeeft dat het EU-recht voorrang geniet op de Grondwet (K. MUYLLE, "Het Grondwettelijk delegatieverbod en het Unierecht: welke democratisch verkozen beraadslagende vergadering?" in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *De Europese dimensie in het Belgisch publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2012, (317) 350.

er daadwerkelijk een conflict is met een nationale norm.<sup>911</sup> Het Hof had reeds aangegeven dat dit niet het geval was aangezien er geen sprake was van een schending van de artikelen 33 en 37 GW (*supra* nr. 55).

Het Hof steunt zich daarbij op de strikte politieke onafhankelijkheidsvereisten die vervat liggen in het derde pakket liberaliseringsrichtlijnen om via artikel 34 van de Grondwet een mogelijke schending van artikelen 33 en 37 van de Grondwet te verantwoorden.<sup>912</sup> Ten tijde van het geschil was echter het tweede pakket liberaliseringsrichtlijnen nog niet omgezet, waardoor het Hof eigenlijk de richtlijn 96/92/EG in acht diende te nemen. Er moest immers rekening worden gehouden met het moment waarop de voor de Raad van State bestreden beslissing, werd genomen.<sup>913</sup> Zowel het eerste als het tweede pakket liberaliseringsrichtlijnen gaan niet zover als het instellen van een politieke onafhankelijkheid. De verwijzing naar artikel 34 GW is *in casu* dus niet pertinent.<sup>914</sup> Vandaag had deze redenering uiteraard wel standgehouden.

**299.** MUYLLE leidt uit het feit dat het Hof zich beroept op artikel 34 (en daardoor een schending van artikel 37 dekt) af dat het Hof suggereert dat wanneer het EU-recht dat zou opleggen, de vereiste parlementaire controle kan vervallen.<sup>915</sup> De auteur stelt dat op die manier regelgeving tot stand kan komen zonder dat de auteur ervan rechtstreeks of onrechtstreeks verantwoording is verschuldigd aan de wetgever. Het gaat volgens de auteur daarbij om een fundamentele breuk met het model dat de grondwetgever van 1831 voor ogen had en waarin regelgeving democratisch wordt gelegitimeerd (dit ofwel rechtstreeks door tussenkomst van de wetgever, ofwel onrechtstreeks door de politieke verantwoordelijkheid). Wanneer een wetgevende norm een aangelegenheid delegeert aan een orgaan of instelling die noch rechtstreeks noch onrechtstreeks door een wetgevende vergadering kan worden gecontroleerd, geniet de burger volgens de auteur niet meer de waarborg dat de regels slechts kunnen worden aangenomen onder toezicht van een democratisch verkozen beraadslagende vergadering. MUYLLE besluit dan ook dat onder invloed van het EU-recht het democratisch staatsmodel wordt vervangen door een technocratisch staatsmodel.<sup>916</sup> Zoals reeds werd gesteld kan hier tegen worden in gebracht dat de politieke ministeriële verantwoording kan vervangen worden door een rechtstreekse verantwoording van de energieregulator aan het

---

<sup>911</sup> M. CHAMON, "Verzelfstandiging in de nationale en Europese rechtsordes: nieuwe uitdaging van een meergelaagde administratie", *TBP* 2013, afl. 2-3, (114) 118.

<sup>912</sup> Overweging B.8.1. en B.3.3.3.

<sup>913</sup> Het Grondwettelijk Hof stelt dit ook met zoveel woorden: "Het Hof beantwoordt de prejudiciële vraag in het licht van de bepalingen die van kracht waren op het ogenblik dat de voor de Raad van State bestreden administratieve handeling is gesteld" (overweging B.1.4.).

<sup>914</sup> S. DE SOMER, "Internationale impuls en nationale beheersingsdrang inzake bestuurlijke verzelfstandiging: het Grondwettelijk Hof en de casus van de energieregulator", *TBP* 2012, afl. 4, (214) 222.

<sup>915</sup> K. MUYLLE, "Het Grondwettelijk delegatieverbod en het Unierecht: welke democratisch verkozen beraadslagende vergadering?" in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *De Europese dimensie in het Belgisch publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2012, (317) 351.

<sup>916</sup> K. MUYLLE, "Het Grondwettelijk delegatieverbod en het Unierecht: welke democratisch verkozen beraadslagende vergadering?" in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *De Europese dimensie in het Belgisch publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2012, (317) 351.

parlement. De Europese liberaliseringsrichtlijnen vereisen immers niet dat de rechtstreekse parlementaire controle vervalt. Deze vorm van toezicht moet uiteraard op dergelijke manier georganiseerd worden dat het toezicht verenigbaar is met de onafhankelijkheid van de regulator. Daarenboven is het technocratisch model ook complementair met het democratisch model: technocratische besluitvorming kan democratisch gelegitimeerd worden. Democratie is immers meer dan politieke toezicht. Democratische legitimatie omvat eveneens input-, output-, procedurele legitimiteit...

**300.** Concluderend kan worden vastgesteld dat het Grondwettelijk Hof niet het meest duidelijke arrest heeft geveld. Het Hof toonde in dit arrest eerder terughoudendheid om grote uitspraken te doen met betrekking tot bepaalde "juridische hete hangijzers", zoals de voorrang van het EU-recht (zie evenwel het arrest inzake het Stabiliteitspact, *infra* nr. 57). Daarnaast is het jammer dat het Hof de tendens inzake delegatie van regelgevende bevoegdheden aan onafhankelijke instanties (en hun juridische positie in het overheidsorganogram) niet adequater omkaderde, door bijvoorbeeld te verwijzen naar de scheiding der machten en de democratische verantwoording. Het Hof had zich uitgebreider kunnen steunen op de verenigbaarheid van de onafhankelijkheid en de bevoegdheden van de energieregulator met artikel 37 van de Grondwet. Het Hof had daarbij duidelijkere criteria kunnen ontwikkelen onder welke omstandigheden artikel 37 van de Grondwet dergelijke delegaties aan onafhankelijke regulatoren zou kunnen toelaten.<sup>917</sup> Een andere piste was dat het Hof effectief een schending van artikel 37 GW vaststelde, waardoor het uitdrukkelijk de voorrang van het secundair EU-recht boven de Grondwet diende te erkennen. Op die manier kon het Grondwettelijk Hof een signaal geven richting een aanpassing van de Grondwet.<sup>918</sup> Door beide pistes door elkaar te hanteren draagt het arrest niet bij tot de rechtszekerheid.

#### 1.6.3. *Advies Raad van State met betrekking tot wijziging statuut BIPT: politieke onafhankelijkheid*

**301.** De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof krijgt navolging in het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State met betrekking tot de wijzigingen in het statuut van het BIPT.<sup>919</sup> De afdeling wetgeving verwijst naar het arrest nr. 130/2010 van het Grondwettelijk Hof: "indien, zoals het Grondwettelijk Hof [...] stelt, een hiërarchisch of een administratief toezicht op

<sup>917</sup> "Specifieke uitvoerende bevoegdheden in een welbepaalde technische aangelegenheid" is een vrij vage formulering.

<sup>918</sup> K. MUYLLE, "Het Grondwettelijk delegatieverbod en het Unierecht: welke democratisch verkozen beraadslagende vergadering?" in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *De Europese dimensie in het Belgisch publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2012, (317) 352. Ook POPELIER en VANNIEUWENHOVE stellen dat een verantwoording op basis van artikel 34 een te zwakke basis biedt ("Het lijkt immers allesbehalve vanzelfsprekend om deze bevoegdheid te verantwoorden vanuit de theorie van de overdracht van soevereiniteit aan internationale en supranationale instellingen") in P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE, "Decentralisering en privatisering van wetgeving" in J. DE MOT (ed.), *Liber amicorum Boudewijn Bouckaert Vrank en Vrij*, Brugge, die Keure, 2012, (261) 280.

<sup>919</sup> Adv.RvS nr. 50.003/4 bij wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake elektronische communicatie, *Parl.St.* Kamer 2011-2012, nr. 2143/1, 185.



een administratieve overheid belast met specifieke uitvoerende bevoegdheden in een welbepaalde technische aangelegenheid niet vereist is door de Grondwet, lijkt geconcludeerd te kunnen worden dat de Grondwet niet in de weg staat aan het schrappen van het toezicht”.<sup>920</sup> De Raad van State plaatst hier twee kanttekeningen bij. Het arrest biedt volgens de Raad immers geen duidelijk antwoord op twee belangrijke vragen:

(1°) In de eerste plaats is het volgens de Raad immers niet mogelijk om op basis van de beslissing van het Grondwettelijk Hof, zoals ze is gesteld, met zekerheid uit te maken of de argumenten die in de punten B.8.1. tot B.8.3.3 van het arrest zijn ontleend aan het Europees recht, ten overvloede worden gegeven dan wel of ze echte voorwaarden zijn voor de grondwettelijkheid van de ontstentenis van een hiërarchische bevoegdheid ten aanzien van en van toezicht op onafhankelijke administratieve overheden. Zo bijvoorbeeld haalt het Grondwettelijk Hof zijn argumenten aan “in zoverre [de bovenstaande argumenten, ontleend aan de Grondwet en aan het bestaan van een parlementair en rechterlijk toezicht op de CREG] niet zou[den] volstaan [...]”. De Raad wijst op de contradictie in de argumentatie van het Hof: (1) ofwel zijn de argumenten ontleend aan de Grondwet en aan het bestaan van een parlementaire en rechterlijke controle voldoende, in zoverre het gaat om een welbepaalde technische aangelegenheid waarvoor specifieke uitvoerende bevoegdheden toevertrouwd zijn aan een autonome administratieve overheid, ongeacht de vereisten van het Europees recht; (2) ofwel zijn de argumenten van intern recht onvoldoende en is de opheffing van het toezicht op de beslissingen van het BIPT alleen aanvaardbaar voor zover het wordt opgelegd door het Europees recht.<sup>921</sup>

(2°) Vervolgens rijst volgens de afdeling wetgeving van de Raad van State de vraag of, los van het vraagstuk van de overeenstemming met het EU-recht, de lezing van arrest nr. 130/2010 geldt voor alle handelingen van onafhankelijke administratieve overheden — de verordenende en de individuele handelingen —, dan wel of ze enkel geldt voor de individuele handelingen.<sup>922</sup> Zo vestigt de Raad van State de aandacht op het beginsel van de eenheid van verordenende macht. Zo stelt de Raad dat “indien ervan uitgegaan zou worden dat de lering van dat arrest geldt voor alle verordenende handelingen, daaruit afgeleid zou moeten

---

<sup>920</sup> Adv.RvS nr. 50.003/4 bij wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake elektronische communicatie, *Parl.St.* Kamer 2011-2012, nr. 2143/1, 185. Het toezicht dat was ingevoerd bij artikel 15 van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector: art. 15.§ 1. “De Ministerraad kan, op voorstel van de Minister, bij een met redenen omkleed besluit de uitvoering schorsen van sommige beslissingen” (BS 24 januari 2003). Dit artikel is ook opgegeven door de wet van 16 maart 2015 tot wijziging van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (BS 7 april 2015).

<sup>921</sup> In het eerste geval geeft de opheffing van artikel 15 van de wet van 17 januari 2003 “met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector” geen aanleiding tot enig bezwaar, voor zover de bevoegdheden toegekend aan het BIPT onder specifieke uitvoerende bevoegdheden in een welbepaalde technische aangelegenheid vallen. In het tweede geval doet de opheffing zonder meer van het genoemde artikel 15 een probleem rijzen.

<sup>922</sup> Adv.RvS nr. 50.003/4 bij voorontwerp van wet houdende diverse bepalingen inzake elektronische communicatie, *Parl.St.* Kamer 2011-2012, nr. 2143/1, 185.

worden dat de wetgever in welbepaalde technische aangelegenheden en op voorwaarde dat een parlementaire en een rechterlijke controle zouden worden georganiseerd, verordeningsbevoegdheden kan toekennen aan onafhankelijke administratieve overheden, waarbij de betreffende verordenende handelingen niet vooraf ter goedkeuring moeten worden voorgelegd aan een politiek verantwoordelijke overheid". Wat dat betreft moet worden vastgesteld dat de handelingen van de CREG waar het om ging in het geschil betrekking hadden op de bevoegdheid om sancties in de vorm van administratieve geldboetes op te leggen (een handeling met individuele strekking). De Raad stelt terecht vast dat het Hof zich niet heeft uitgesproken over de vraag of artikel 108 van de Grondwet, waarbij de Koning de bevoegdheid wordt toegekend om "de verordeningen [te maken] en (...) de besluiten [te nemen] die voor de uitvoering van de wetten nodig zijn", al dan niet toestaat dat een ruime autonomie wordt toegekend aan onafhankelijke administratieve overheden. Het Hof heeft zich alleen uitgesproken ten aanzien van de artikelen 10, 11, 33 en 37 van de Grondwet. Uit het bovenstaande volgt dat het niet zeker is, gezien zowel de bewoordingen van artikel 37 GW als van het arrest nr. 130/2010, dat de lering van dat arrest hoe dan ook zou gelden voor verordenende handelingen. De conclusie is dat, gezien de onzekerheid die er bestaat wat betreft het arrest nr. 130/2020, de voorzichtigheid gebiedt dat de schrapping, van het toezicht op de beslissingen van het BIPT, beperkt wordt tot de handelingen waarvoor volgens het Europees recht absolute onafhankelijkheid van de regelgevende overheden is vereist, overeenkomstig artikel 3, lid 3*bis*, van de kaderrichtlijn.

**302.** Het advies van de Raad van State volgt in grote mate de uitspraak van het Grondwettelijk Hof maar beklemtoont ook dat de concrete draagwijdte van het arrest onduidelijkheden met zich meebrengt. De meest duidelijke optie (en dus de optie die de voorkeur geniet) is deze waarbij dat de argumenten ontleend aan de Grondwet en aan het bestaan van een parlementaire en rechterlijke controle voldoende zijn, in zoverre het gaat om een welbepaalde technische aangelegenheid waarvoor specifieke uitvoerende bevoegdheden toevertrouwd zijn aan een autonome administratieve overheid, ongeacht de vereisten van het Europees recht.

**303.** Het Grondwettelijk Hof heeft zich op 20 februari en 10 juli 2014 in gelijkaardige bewoordingen uitgesproken (*supra* nr. 56).<sup>923</sup> In beide arresten stond de verenigbaarheid van de bevoegdheden van de CWaPE met de artikelen 170 en 172 van de Grondwet ter sprake. In overweging B.7.3. stelt het Hof dat "daarenboven staan de artikelen 170, § 2, en 172, tweede lid, van de Grondwet evenmin eraan in de weg dat de decreetgever in een welbepaalde technische aangelegenheid specifieke uitvoerende bevoegdheden toevertrouwt aan een autonome administratieve overheid, die voor het overige onderworpen blijft aan zowel de rechterlijke toetsing als de parlementaire controle". De bevoegdheid van de CWaPE om de schatting van de totale elektriciteitsproductie door de

---

<sup>923</sup> GwH 20 februari 2014, nr. 30/2014; GwH 10 juli 2014, nr. 104/2014.

belastingplichtigen te bepalen waardoor vervolgens de breuk kan worden berekend om de belasting onder hen te verdelen, stond ter discussie.<sup>924</sup> Het gaat hier niet meer om een louter individuele beslissing, maar wel degelijk over een bevoegdheid met een meer algemene draagwijdte (aangezien deze bevoegdheid aan de basis ligt tot het bepalen van een tarief/belasting). Het Grondwettelijk Hof stelde hierbij dat de artikelen 170 en 172 van de Grondwet niet zover gaan dat ze de decreetgever ertoe zouden verplichten elk aspect van een belasting of van een vrijstelling zelf te regelen. Een aan een andere overheid verleende bevoegdheid is niet in strijd met het wettigheidsbeginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de essentiële elementen voorafgaandelijk door de decreetgever zijn vastgesteld. Het Hof verduidelijkt daarbij dat tot de essentiële elementen van de belasting behoren de aanwijzing van de belastingplichtigen, de belastbare materie, de heffingsgrondslag, de aanslagvoet en de eventuele belastingvrijstellingen.<sup>925</sup> De CWaPe is volgens het Hof de meest geschikte instantie om de totale elektriciteitsproductie in te schatten omdat zij die gegevens verzamelt. Het is dus volgens het Hof "verantwoord dat de decreetgever die taak heeft gedelegeerd aan de CWaPe, een gespecialiseerde autonome instelling van openbaar nut die over de daartoe noodzakelijke expertise beschikt".<sup>926</sup>

**304.** Het geniet daarbij de voorkeur om deze delegatie van regelgevende bevoegdheden aan administratieve overheden in een apart artikel te laten opnemen in de Grondwet. Dit nieuw grondwetsartikel zou rechtszekerheid bieden en zou een einde kunnen maken aan de jarenlange casuïstische aanpak. Op die manier kunnen ook de onafhankelijke instanties, "op de wijze bij de Grondwet bepaald", zowel individuele als verordenende handelingen stellen. Zij het uiteraard onder specifieke legitimiteitsvoorwaarden: jurisdictionele en parlementaire controle, aangevuld met andere vormen van legitimiteit (input, output, procedureel, verticaal toezicht etc.).

## 1.7. Voorstel nieuwe grondwetsbepaling

### 1.7.1. *Algemeen*

**305.** Volgens MUYLLE houdt een minimale vorm van parlementaire controle een breuk in met het traditionele model dat de grondwetgever van 1831 voor ogen had. Hij vraagt zich af of artikel 34 GW wel een dergelijke breuk kan verantwoorden.<sup>927</sup> De afdeling wetgeving van de Raad van State stelt dat op

---

<sup>924</sup> Artikel 4, § 1 van het Wl. Decr. 18 juli 2012 houdende de eerste aanpassing van de ontvangstenbegroting van het Waals Gewest voor het begrotingsjaar 2012, *BS* 3 september 2012.

<sup>925</sup> Overw. B.6. GwH 20 februari 2014, nr. 30/2014.

<sup>926</sup> Overw. B.7.2.

<sup>927</sup> K. MUYLLE, "Het Grondwettelijk delegatieverbod en het Unierecht: welke democratisch verkozen beraadslagende vergadering?" in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *De Europese dimensie in het Belgisch publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2012, (317) 351 en 352.

grond van artikel 34 GW het mogelijk wordt om, in afwijking van artikel 33, tweede lid GW, de uitoefening van bevoegdheden die door of krachtens de Grondwet toekomen aan de organen van de federale overheid, de gemeenschappen of de gewesten, bij verdrag of bij wet over te dragen aan volkenrechtelijke instellingen.<sup>928</sup> De Raad voegt daar aan toe dat "voor zover de bepalingen van een verdrag verder reiken dan het opdragen van machten aan een supranationale instelling en voor zover zij daarbij afbreuk doen aan andere grondwettelijke bepalingen dan deze over de uitoefening van die machten, heeft de Raad van State steeds geoordeeld dat een instemming met het verdrag slechts mogelijk is na een voorafgaande herziening van de desbetreffende bepalingen van de Grondwet".<sup>929</sup> De Raad wijst daarbij op zijn advies nr. 28.936/2 van 21 april 1999 over een ontwerp van wet houdende instemming met het Statuut van Rome van het Internationaal Strafgerechtshof.<sup>930</sup> Daarbij merkte de Raad op dat "er niet van mag [...] uitgegaan worden dat de afwijkingen van de Grondwet die verder reiken dan wat de opdracht van bevoegdheden aan een volkenrechtelijke organisatie inhoudt, door artikel 34 van de Grondwet worden « aanvaard ». Dat artikel houdt niet in dat met een verdrag dat zodanige afwijkingen zou bevatten, kan worden ingestemd zonder dat eerst de Grondwet wordt herzien".<sup>931</sup>

**306.** Het opdragen van de uitoefening van bepaalde machten aan volkenrechtelijke instellingen, toegestaan bij artikel 34 van de Grondwet, impliceert volgens de Raad dat deze instellingen noodzakelijkerwijze autonoom zullen kunnen beslissen over de wijze waarop ze die machten uitoefenen, zonder gebonden te zijn door de bepalingen van de Belgische Grondwet (*supra* nr. 48). Dit betekent volgens de Raad, in beginsel althans, "dat wanneer met toepassing van de voorliggende verdragen, in de toekomst bijvoorbeeld een verordening of een richtlijn wordt uitgevaardigd, die respectievelijk zelf ingaat tegen de Belgische Grondwet of die de Belgische overheden verplicht tot het stellen van handelingen die tegen de Grondwet ingaan, de Grondwet niet tegen die handelingen van afgeleid Europees recht ingeroepen zal kunnen worden".<sup>932</sup> De Raad van State stelt dat het in de toekomst evenwel, wanneer de hypothese zich voordoet dat het afgeleid Europees recht ingaat tegen bepalingen van de Belgische Grondwet, wenselijk of zelfs noodzakelijk zal zijn om, rekening houdend met de ruime of minder ruime interpretatie die aan artikel 34 van de

---

<sup>928</sup> Adv.RvS nr. 44.028/AV van 29 januari 2008 bij het wetsontwerp houdende instemming met het Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, en met de Slotakte, gedaan te Lissabon op 13 december 2007, *Parl.St.* Senaat 2007-2008, nr. 4-568/1, 339.

<sup>929</sup> Adv.RvS nr. 44.028/AV van 29 januari 2008 bij het wetsontwerp houdende instemming met het Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, en met de Slotakte, gedaan te Lissabon op 13 december 2007, *Parl.St.* Senaat 2007-2008, nr. 4-568/1, 340.

<sup>930</sup> Adv.RvS nr. 28.936/2 van 21 april 1999 over een ontwerp van wet houdende instemming met het Statuut van Rome van het Internationaal Strafgerechtshof, gedaan te Rome op 17 juli 1998, *Parl. St.* Senaat, 1999-2000, nr. 2-329/1.

<sup>931</sup> Adv.RvS nr. 28.936/2 van 21 april 1999 over een ontwerp van wet houdende instemming met het Statuut van Rome van het Internationaal Strafgerechtshof, gedaan te Rome op 17 juli 1998, *Parl. St.* Senaat, 1999-2000, nr. 2-329/1, 95.

<sup>932</sup> Adv.RvS nr. 44.028/AV van 29 januari 2008 bij het wetsontwerp houdende instemming met het Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, en met de Slotakte, gedaan te Lissabon op 13 december 2007, *Parl.St.* Senaat 2007-2008, nr. 4-568/1, 341.

Grondwet zou worden gegeven, de betrokken grondwetsbepalingen te wijzigen.<sup>933</sup>

Dergelijke hypothese is vandaag zeer reëel: het derde pakket Europese liberaliseringsrichtlijnen impliceert wel degelijk (vrij verregaande) veranderingen wat betreft onze constitutionele en bestuursrechtelijke regels. Het lijkt met andere woorden – indien de adviespraktijk van de Raad van State wordt gevolgd – wenselijk of zelfs noodzakelijk om de betrokken grondwetsbepalingen te wijzigen of aan te vullen waardoor er geen sprake meer is van een schending van de Grondwet.

MUYLLE is één van de auteurs die eveneens beklemtoont dat wanneer het EU-recht de toekenning van regelgevende bevoegdheden aan onafhankelijke regulerende instanties oplegt, een dergelijke grondwetswijziging zich opdringt.<sup>934</sup> Ook NIHOUL stelt dat de reglementaire bevoegdheden van autonome administratieve overheden erkend moeten worden in hun bestaan: “la fonction réglementaire [...] [et] son mode d’exercice dans une ou plusieurs de ses composantes ne peut dès lors rester étranger au texte constitutionnel. Il est temps de donner une assise constitutionnelle à ces nouveaux modes de réglementation et surtout aux limites que les entourent. Par respect de l’Etat de droit. Mais aussi par souci de légitimité”.<sup>935</sup> Ook DUMONT stelt dat het tijd wordt om de Grondwet te herzien, om op die manier een correct kader te schetsen voor wat betreft de diverse vormen van attributie of delegatie van bevoegdheden.<sup>936</sup>

**307.** Wanneer de toepassing van bepaalde grondwettelijke beginselen, zoals het verplicht optreden van de wetgever, de regering of de minister, strijdig is met de onafhankelijkheidsvereisten die vervat liggen in de Europese liberaliseringsrichtlijnen, dan is het niet wenselijk om deze strijdigheid toe te dekken op basis van artikel 34 GW. Het is immers niet vanzelfsprekend om een delegatie van regelgevende bevoegdheden te verantwoorden vanuit de theorie van de overdracht van soevereiniteit aan internationale en supranationale instellingen. Het is dan ook noodzakelijk om het Belgische grondwettelijk kader aan te passen om de zelfstandige regelgevende bevoegdheid van een regulerende instantie *constitutioneel te legitimeren*.<sup>937</sup>

---

<sup>933</sup> Adv.RvS nr. 44.028/AV van 29 januari 2008 bij het wetsontwerp houdende instemming met het Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, en met de Slotakte, gedaan te Lissabon op 13 december 2007, Parl.St. Senaat 2007-2008, nr. 4-568/1, 341.

<sup>934</sup> K. MUYLLE, “Het Grondwettelijk delegatieverbod en het Unierecht: welke democratisch verkozen beraadslagende vergadering?” in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *De Europese dimensie in het Belgisch publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2012, (317) 352.

<sup>935</sup> P. NIHOUL, “Pouvoir réglementaire dérivé et dérives du pouvoir réglementaire” in X (ed.), *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d’un constitutionnaliste*, Brussel, Bruylant, 2007, (1123) 1134-1135.

<sup>936</sup> H. DUMONT, “La Constitution et le contrôle parlementaire des délégations de pouvoirs aux autorités administratives. Pour un renouveau du régime parlementaire belge à l’heure de la gouvernance” in A. ALEN, A. RAINER en M. BOSSUYT (eds.), *De Grondwet : verleden, heden en toekomst*, Brussel, Bruylant, 2006, (59) 62-66.

<sup>937</sup> P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE, “Decentralisering en privatisering van wetgeving” in J. DE MOT (ed.), *Liber amicorum Boudewijn Bouckaert Vrank en Vrij*, Brugge, die Keure, 2012, (261) 280.

**308.** Een nieuwe grondwetsbepaling die het bestaan en de bevoegdheden van onafhankelijke instanties met regelgevende bevoegdheden erkent dringt zich bijgevolg op, aangezien de huidige juridische bezwaren voornamelijk van grondwettelijke aard zijn. Bovendien geeft een dergelijke bepaling bij uitstek een sterke constitutionele legitimatie aan de energieregulatoren. Het meest concrete voorstel van dergelijke bepaling komt van POPELIER en VANNIEUWENHOVE. Zij formuleren een effectief voorstel waarbij twee nieuwe artikelen (art. 41/1 en art. 41/2) in de Grondwet zouden moeten worden opgenomen. Deze artikelen omvatten de mogelijkheid om delegaties van regelgevende bevoegdheden door de wetgever aan functioneel gedecentraliseerde besturen (en private organisaties, art. 41/2) te regelen.<sup>938</sup>

Artikel 41/1 zou daarbij als volgt worden geformuleerd: "Aan gedecentraliseerde besturen kan de bevoegdheid worden opgedragen om regels uit te vaardigen. De wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel bepalen de aangelegenheden waarin die bevoegdheid uitdrukkelijk wordt opgedragen, de beginselen met betrekking tot de samenstelling van de organen die die regels uitvaardigen, de wijze van bekendmaking van die regels, alsook de rechtsbescherming tegen die regels".<sup>939</sup> Dergelijke bepaling omvat verschillende specifieke vereisten die hieronder kort zullen worden toegelicht.

#### 1.7.2. *Specifieke vereisten*

**309.** Een delegatie van regelgevende bevoegdheden aan gedecentraliseerde besturen zou enkel mogelijk zijn onder voorwaarde dat de wetgever (1) de bevoegdheden bepaalt die worden toegekend aan die besturen; (2) de beginselen met betrekking tot de samenstelling van de organen bepaalt, (3) de wijze van bekendmaking van die regels vastlegt, (4) alsook de rechtsbescherming tegen die regels bepaalt.

(1) Het is volgens POPELIER en VAN NIEUWENHOVE niet nodig om in de grondwetsbepaling zelf voor te schrijven dat dergelijke bevoegdheden beperkt of van technische of aanvullende aard moeten zijn.<sup>940</sup> DUMONT geeft er de voorkeur aan om in de grondwetsbepaling toch te benadrukken dat de delegatie beperkt qua omvang dient te zijn.<sup>941</sup> Het geniet evenwel de voorkeur om de grondwetsbepaling "open" te laten en de verantwoordelijkheid voor de invulling ervan over te laten aan de wetgever (zoals bij art. 105 GW en art. 78 BWHI).

<sup>938</sup> P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE, "Decentralisering en privatisering van wetgeving" in J. DE MOT (ed.), *Liber amicorum Boudewijn Bouckaert Vrank en Vrij*, Brugge, die Keure, 2012, (261) 283.

<sup>939</sup> En in gelijkaardige bewoordingen artikel 41/2: "De wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel kan aan private organisaties de bevoegdheid opdragen om beslissingen te nemen en om regels uit te vaardigen. De wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel bepalen de aangelegenheden waarin die bevoegdheid uitdrukkelijk wordt opgedragen, de beginselen met betrekking tot de samenstelling van de organen die die regels uitvaardigen, de wijze van bekendmaking van die regels, alsook de rechtsbescherming tegen die regels".

<sup>940</sup> P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE, "Decentralisering en privatisering van wetgeving" in J. DE MOT (ed.), *Liber amicorum Boudewijn Bouckaert Vrank en Vrij*, Brugge, die Keure, 2012, (261) 283.

<sup>941</sup> H. DUMONT, "La Constitution et le contrôle parlementaire des délégations de pouvoirs aux autorités administratives. Pour un renouveau du régime parlementaire belge à l'heure de la gouvernance" in A. ALEN, A. RAINIER en M. BOSSUYT (eds.), *De Grondwet : verleden, heden en toekomst*, Brussel, Bruylant, 2006, (59) 68.

Het bepalen van de bevoegdheden vereist wel een voldoende nauwkeurige en uitdrukkelijke omschrijving van die bevoegdheden, aangezien deze bevoegdheden nog steeds een uitzondering vormen op de volheid van bevoegdheid van de wetgever en van de uitvoerende macht.<sup>942</sup> De wetgever beslist over het toekennen, uitbreiden, inperken of ontnemen van de bevoegdheden. Wat de energieregulatoren betreft kan worden vastgesteld dat in de toepasselijke wetgeving in dergelijke gedetailleerde omschrijving van hun bevoegdheden is voorzien.<sup>943</sup> Het inperken of ontnemen van bevoegdheden kan bij de energieregulatoren uiteraard geen betrekking hebben op de kernbevoegdheden van de energieregulatoren.

**310.** De rechtsregels die op grond van dergelijke delegatie tot stand komen, mogen niet ingaan tegen wetgevende regels en tegen regels die door de politiek verantwoordelijke organen van de uitvoerende macht worden vastgesteld. Dit in acht genomen zorgt ervoor dat POPELIER en VAN NIEUWENHOVE een **correctie** aanbrengen op de uitoefening van de regelgevende bevoegdheden door de gedecentraliseerde entiteiten. Dit houdt volgens de auteurs namelijk in dat zowel de wetgever als de laatstgenoemde uitvoerende organen "steeds geheel of gedeeltelijk met een eigen regeling in de plaats kunnen treden van de gedecentraliseerde besturen".<sup>944</sup>

Ook DUMONT stelt verschillende vormen van toezicht voor op de beslissingen van autonome instanties. Vooreerst stelt de auteur dat een goedkeuring van het reglement door de overheid goede waarborgen biedt.<sup>945</sup> Daarnaast gaat DUMONT nog een stap verder. Bij instellingen met een technocratische legitimiteit (of regulatoren) pleit hij voor een administratief toezicht dat volgens hem op algemene wijze moet worden uitgeoefend: "il nous semble légitime de doter expressément l'exécutif politiquement responsable d'un droit d'amendement de leurs règlements et d'un droit d'initiative en cas de carence de leur part".

**311.** Deze "hiërarchie" waarover de auteurs spreken is niet verenigbaar met de onafhankelijkheidsvereisten uit het derde pakket liberaliseringsrichtlijnen. Aangezien een hiërarchische verhouding niet uitdrukkelijk dient te worden voorgeschreven in de nieuwe grondwetsbepaling, lijkt het aangewezen dat het wetgevend kader inzake de energieregulatoren uitdrukkelijk bepaalt dat dergelijke hiërarchische indeplaatsstelling niet mogelijk is. Dit ligt ook in lijn met het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State met betrekking tot het voorontwerp van de wet van 8 januari 2012 (ter omzetting van het derde

---

<sup>942</sup> P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE, "Decentralisering en privatisering van wetgeving" in J. DE MOT (ed.), *Liber amicorum Boudewijn Bouckaert Vrank en Vrij*, Brugge, die Keure, 2012, (261) 283.

<sup>943</sup> Zie bijvoorbeeld artikel 23, § 2 van de Elektriciteitswet, artikel 3.1.3 en volgende van het Energiedecreet, artikel 30bis, §3 van de Elektriciteitsordonnantie.

<sup>944</sup> P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE, "Decentralisering en privatisering van wetgeving" in J. DE MOT (ed.), *Liber amicorum Boudewijn Bouckaert Vrank en Vrij*, Brugge, die Keure, 2012, (261) 284.

<sup>945</sup> H. DUMONT, "La Constitution et le contrôle parlementaire des délégations de pouvoirs aux autorités administratives. Pour un renouveau du régime parlementaire belge à l'heure de la gouvernance" in A. ALEN, A. RAINIER en M. BOSSUYT (eds.), *De Grondwet : verleden, heden en toekomst*, Brussel, Bruylant, 2006, (59) 68.

pakket). Daarin stelt de Raad dat “naar luid van het huidige artikel 11 van de Elektriciteitswet worden in het door de Koning vast te stellen technisch reglement met betrekking tot het beheer van en de toegang tot het transmissienet een aantal aangelegenheden opgenomen die overeenkomstig artikel 37, lid 6, van richtlijn 2009/72/EG tot de *exclusieve bevoegdheid* van de regulerende instantie behoren. Die aspecten moeten in ieder geval worden uitgezonderd van de in het huidige artikel 11, tweede lid, opgesomde aangelegenheden. Indien dit laatste onmogelijk blijkt te zijn, moet de bevoegdheid om het technisch reglement vast te stellen, volledig worden toevertrouwd aan de CREG”.<sup>946</sup> In de parlementaire voorbereiding verwijst de Raad ook naar het arrest nr. 97/2011 van het Grondwettelijk Hof<sup>947</sup>: “Ook het Grondwettelijk Hof wijst op de versterking door richtlijn 2009/73/EG van de bevoegdheid ter zake van de regulerende instantie: voortaan moet de CREG exclusief bevoegd zijn om de tarieven of de tariefmethodologie vast te stellen”.<sup>948</sup> Het kan bijgevolg niet dat de wetgever of de regering een technisch reglement, de tarieven of tariefmethodologie vaststelt in plaats van de energieregulator. Een goedkeuring, zoals DUMONT voorstelt, lijkt eveneens moeilijk verenigbaar met de onafhankelijkheid van de regulatoren. De goedkeuring, vaak gevolgd door het geven van opmerkingen (zoals bijvoorbeeld bij de VREG en de goedkeuring van het technisch reglement door de Vlaamse regering<sup>949</sup>) houdt immers een vorm van **administratief toezicht** in. Dit toezicht werd door het Grondwettelijk Hof onverenigbaar geacht met de onafhankelijkheid van de regulator. Bovendien houden deze opmerkingen – die al dan niet verplicht moeten worden aangenomen – een instructie vanwege de regering in ten aanzien van de regulator. Dit gaat in tegen artikel 35(4)(b)(ii) van de richtlijn 2009/72/EG (“bij het verrichten van de reguleringstaken geen directe instructies verlangen of ontvangen van regeringen of andere publieke of particuliere entiteiten”).

(2) De nieuwe grondwetsbepaling moet volgens POPELIER en VAN NIEUWENHOVE de wetgever ook verplichten om nog enkele aspecten van die delegatie te regelen, onder meer om voldoende democratische en rechtsstatelijke

<sup>946</sup> Adv.RvS nr. 49.570/3 van 31 mei 2011 bij het wetsontwerp van wet tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitswet en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, nr. 1725/1, 309.

<sup>947</sup> GwH 31 mei 2011, nr. 97/2011, overweging B.9.5: Onder toepassing van de vroegere richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van richtlijn 96/92/EG heeft het Hof van Justitie België veroordeeld wegens het niet correct omzetten van de bepalingen in verband met de bevoegdheid van de CREG inzake het vaststellen van de tariefmethodologie, doordat de elektriciteitswet aan de Koning de bevoegdheid verleende om voor bepaalde installaties voor het vervoer van elektriciteit bijzondere regels vast te stellen met betrekking tot de bepaling van de afschrijvingen en de billijke winstmarge (HvJ 29 oktober 2009, nr. C-474/08, ECLI:EU:C:2009:681, punten 24-31).

<sup>948</sup> Adv.RvS nr. 49.570/3 van 31 mei 2011 bij het wetsontwerp van wet tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitswet en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, nr. 1725/1, 284.

<sup>949</sup> Artikel 4.2.1, § 3 van het Energiedecreet: “De technische reglementen, vermeld in § 1, zijn onderworpen aan de goedkeuring van de Vlaamse Regering. In voorkomend geval wordt de beslissing tot niet-goedkeuring onverwijld meegedeeld aan de VREG, die, rekening houdend met de opmerkingen van de Vlaamse Regering, de nodige aanpassingen verricht. Daarna wordt het technisch reglement opnieuw ter goedkeuring voorgelegd aan de Vlaamse Regering”, zie eveneens *Parl.St.* VI.Parl. 2014-2015, nr. 461/8, 10 en nr. 461/1, 34. Op de concrete implicaties van deze goedkeuringsprocedure wordt teruggekomen in het hoofdstuk betreffende de onafhankelijkheid van de energieregulator, meer specifiek het onderdeel met betrekking tot de autonome besluitvorming.



waarborgen te bieden, zodat het verlies aan democratische legitimiteit wordt gecompenseerd.<sup>950</sup> Een eerste aspect dat volgens de auteurs door de wetgever moet worden geregeld is de samenstelling van het orgaan van het bestuur dat de rechtsregels zou mogen uitvaardigen (in grote lijnen). De wetgever hoeft volgens de auteurs niet in detail te regelen hoeveel leden dat orgaan moet omvatten en volgens welke procedure ze worden verkozen. DUMONT benadrukt dat het essentieel is dat de wetgever een specifieke procedure opneemt waarbij de bestuurders of de directeurs rechtstreeks verantwoordelijk kunnen worden gesteld voor hun management. Aan deze vereiste wordt bij de energieregulatoren vandaag voldaan door het opmaken van een jaarverslag en dit over te maken aan het parlement. DUMONT stelt daarbij terecht voor om dit te koppelen aan een discussie met vraagstelling aan de voorzitter van de regulator in de bevoegde parlementaire commissie.<sup>951</sup> Zoals reeds is vermeld in het derde hoofdstuk verhoogt de rechtstreekse verantwoording aan het parlement de democratische legitimiteit van de energieregulatoren (*supra* nr. 240 ev.). Bovendien zijn de regulatoren ook zelf voorstander van dergelijke werkwijze (via een toelichting en vraagstelling).

**312.** Nog volgens POPELIER en VAN NIEUWENHOVE zou de wetgever wel op algemene wijze moeten regelen op welke manier het orgaan zijn interne democratische legitimiteit of zijn inhoudelijke expertise verwerft. Op die manier kan de wetgever het verlies aan klassieke democratische legitimiteit compenseren door te voorzien in een interne democratische legitimiteit of een bijzondere inhoudelijke expertise. De wetgeving inzake de energieregulator bevat reeds deze algemene bepalingen.<sup>952</sup> Bovendien zouden eveneens duidelijke regels moeten worden vastgesteld over wie recht heeft op

---

<sup>950</sup> P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE, "Decentralisering en privatisering van wetgeving" in J. DE MOT (ed.), *Liber amicorum Boudewijn Bouckaert Vrank en Vrij*, Brugge, die Keure, 2012, (261) 284.

<sup>951</sup> H. DUMONT, "La Constitution et le contrôle parlementaire des délégations de pouvoirs aux autorités administratives. Pour un renouveau du régime parlementaire belge à l'heure de la gouvernance" in A. ALEN, A. RAINER en M. BOSSUYT (eds.), *De Grondwet: verleden, heden en toekomst*, Brussel, Bruylant, 2006, (59) 68.

<sup>952</sup> Zie bv. artikel 24, §2 van de Elektriciteitswet: "Het directiecomité bestaat uit een voorzitter en drie andere leden, benoemd bij een in Ministerraad overlegd koninklijk besluit voor een eenmaal hernieuwbare termijn van zes jaar. In afwijking van het voorgaande worden bij de oprichting van de commissie twee leden benoemd voor een aanvankelijke termijn van drie jaar. De voorzitter en de leden van het directiecomité worden gekozen omwille van hun deskundigheid, inzonderheid voor de aangelegenheden die onder hun bevoegdheid vallen: de voorzitter wat betreft het management van de commissie, de leden wat betreft de directies die zij moeten leiden. [...]"; Artikel 30ter § 1 van de Elektriciteitsordonnantie: "Brugel wordt beheerd door een bestuursraad samengesteld uit vijf bestuurders, waaronder een voorzitter, benoemd door de Regering voor een mandaat van vijf jaar, die eenmaal hernieuwbaar is. De hernieuwing van de mandaten is verschillend in de tijd teneinde tenminste een bestuurder te behouden, met het oog op de verzekering van de continuïteit van Brugel; § 2 De selectie van de bestuurders gebeurt op voordracht van een jury van drie leden, aangeduid door de Regering; § 3 [...], § 4 De bestuurders: 1° vertonen een gedrag dat overeenstemt met de functievereisten; 2° zijn houder van een diploma van hoger onderwijs van het lange type of van de tweede cyclus van het universitair onderwijs, of kunnen een ervaring voorleggen van ten minste 10 jaar binnen het domein van elektriciteit en gas; 3° hebben een goede kennis van de milieu-, sociale, economische en institutionele toestand van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest; 4° hebben diepgaande kennis van de elektriciteit en gasector met betrekking tot ten minste een van de volgende aspecten: gastechniek, elektriciteitstechniek, juridische aspecten, organisatie, financiën, bescherming van de verbruiker, mededinging, groene elektriciteit; en zo niet binnen het domein van de regulering van de netwerkmarkten, zoals de telecommunicatie, de spoorwegen of de postdiensten; [...]"

**participatie** bij de besluitvorming van de onafhankelijke instanties en wat de basisprincipes of basisregels zijn bij dergelijke participatieve besluitvorming.<sup>953</sup>

(3) De wetgever zou ook de wijze van bekendmaking van de betrokken rechtsregels moeten bepalen, zoals bijvoorbeeld publicatie in het Belgisch Staatsblad en (4) de wetgever zou ook de rechtsbescherming dienen te regelen met betrekking tot de betrokken rechtsregels door op zijn minst te bepalen welk rechtscollege bevoegd is voor de geschillen. Ook aan deze vereisten voldoet het wetgevend kader inzake de vier energieregulators in België.<sup>954</sup> Andere aspecten van de totstandkoming van de betrokken rechtsregels hoeven volgens de auteurs niet door de wetgever te worden vastgesteld en kunnen in beginsel worden overgelaten aan de uitvoerende macht of eventueel aan het betrokken bestuur zelf.

#### 1.8. Conclusie

**313.** Delegatie van regelgevende bevoegdheden is geen eenvoudig leerstuk en vergt vandaag een eerder casuïstische benadering. Zowel de Raad van State als het Grondwettelijk Hof stellen zich vrij strikt op indien het gaat om delegaties inzake de voorbehouden aangelegenheden, zeker indien het gaat om delegaties van essentiële elementen. Wat de delegaties betreft wordt door de Raad van State ook de eenheid van verordenende macht benadrukt: de bevoegdheid kan in principe enkel worden uitgeoefend door de Koning, aangezien ook politieke verantwoordelijkheid een noodzakelijke vereiste is. Regelgeving komt normaal gezien enkel tot stand door de rechtstreekse of onrechtstreekse tussenkomst van een democratisch verkozen beraadslagende vergadering. Rechtstreeks omdat vereist is dat de wetgever de essentiële elementen van een aangelegenheid zelf regelt of, voor zover hij die kan delegeren naar de regering, de relevante besluiten binnen een redelijke termijn bekrachtigt.<sup>955</sup> Onrechtstreeks doordat regelgeving tot stand komt in de schoot van of onder het toezicht van een orgaan dat politieke verantwoordelijkheid draagt ten aanzien van een democratisch verkozen vergadering.<sup>956</sup> Of (on)rechtstreeks doordat de regelgeving tot stand komt onder het toezicht van het parlement.

**314.** Meer recent werd het Grondwettelijk Hof geconfronteerd met specifieke eisen uit het EU-recht waarbij het Hof een delegatie van regelgevende bevoegdheid aan een zelfstandige instantie aanvaardt. Delegaties van

<sup>953</sup> H. DUMONT, "La Constitution et le contrôle parlementaire des délégations de pouvoirs aux autorités administratives. Pour un renouveau du régime parlementaire belge à l'heure de la gouvernance" in A. ALEN, A. RAINER en M. BOSSUYT (eds.), *De Grondwet : verleden, heden en toekomst*, Brussel, Bruylant, 2006, (59) 68.

<sup>954</sup> Zie o.a. artikel 9septies, § 2 van de Elektriciteitsordonnantie (Brugel, Hof van beroep te Brussel); artikel 13.3.1, § 4 van het Energiedecreet (VREG, Rechtbank van eerste aanleg); artikel 29bis, § 1 van de Elektriciteitswet (CREG, Hof van beroep Brussel); artikel 49bis van het Waals Elektriciteitsdecreet (CWaPE, Hof van beroep Luik).

<sup>955</sup> K. MUYLLE, "Het Grondwettelijk delegatieverbod en het Unierecht: welke democratisch verkozen beraadslagende vergadering?" in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *De Europese dimensie in het Belgisch publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2012, (317) 353.

<sup>956</sup> K. MUYLLE, "Het Grondwettelijk delegatieverbod en het Unierecht: welke democratisch verkozen beraadslagende vergadering?" in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *De Europese dimensie in het Belgisch publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2012, (317) 353.

regelgevende bevoegdheden aan zelfstandige organen zijn geen nieuw fenomeen,<sup>957</sup> doch worden zij in grote mate aangestuurd door het EU-recht. Indien deze gedelegeerde bevoegdheden zich situeren en worden aangestuurd door het EU-recht stellen de Raad van State en het Grondwettelijk Hof zich iets minder streng op. De Raad van State doet dit onder meer door uitdrukkelijk te wijzen op de voorrang van het EU-recht. Het Grondwettelijk Hof doet dit door het aanvaarden van de delegatie van verordenende bevoegdheden aan entiteiten waarop geen administratief toezicht van toepassing, doch die gecontroleerd worden door de rechter en het parlement. Zoals aangetoond, zorgt de door het Grondwettelijk Hof opgebouwde redenering nog voor verschillende onduidelijkheden. Er wordt dan ook gepleit voor een nieuw artikel in de Grondwet. Dit artikel zorgt immers voor meer rechtszekerheid en biedt – in het kader van artikel 33 van de Grondwet – ook meer houvast voor het uitvoeren van regelgevende bevoegdheden door autonome publieke of zelfs private instanties. Een dergelijke erkenning is wenselijk om de Grondwet in overeenstemming te brengen met een tendens die in de praktijk reeds geruime tijd bestaat, maar waaromtrent ernstige constitutionele bedenkingen worden gemaakt.<sup>958</sup>

**315.** Zoals blijkt, kunnen de (beperkte) discretionaire regelgevende bevoegdheden van de energieregulators verenigd worden met het democratie- en het legaliteitsbeginsel in het bijzonder. Deze beginselen dienen immers mee te evolueren en laten meer ruimte dan de invulling gelinkt aan een politieke ministeriële verantwoordelijkheid. Onrechtstreekse verantwoording via de ministeriële verantwoordelijkheid zou dan ook vervangen moeten worden door rechtstreekse parlementaire verantwoordelijkheid. De verantwoording aan een democratisch gekozen orgaan speelt een rol bij de controle van de energieregulators, maar deze processen worden wel op een andere wijze – meer gericht op de hoofdlijnen, en niet inzake individuele beslissingen – ingevuld.<sup>959</sup> Reglementaire en individuele beslissingen genomen door energieregulators kunnen zeker democratisch gelegitimeerd worden mits voldoende verantwoordingsmechanismen worden ingebouwd die juridische waarborgen bevatten waardoor burgers inspraak hebben en waardoor de energieregulator verantwoordelijk kan worden gehouden voor zijn optreden door de rechter. Zoals LAVRIJSSEN terecht stelt “ontwikkelen de Europese regels inzake markttoezicht steeds meer naar een *checks and balances*-benadering, waarbij een mix van politieke, publieke en juridische verantwoordingsinstrumenten moet borgen dat de onafhankelijke toezichthoudende autoriteiten hun regulerende bevoegdheden op een

---

<sup>957</sup> H. DUMONT, “La Constitution et le contrôle parlementaire des délégations de pouvoirs aux autorités administratives. Pour un renouveau du régime parlementaire belge à l’heure de la gouvernance in A. ALEN, A. RAINER en M. BOSSUYT (eds.), *De Grondwet: verleden, heden en toekomst*, Brussel, Bruylant, 2006, (59) 62.

<sup>958</sup> P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE, “Decentralisering en privatisering van wetgeving” in J. DE MOT (ed.), *Liber amicorum Boudewijn Bouckaert Vrank en Vrij*, Brugge, die Keure, 2012, (261) 285.

<sup>959</sup> S. LAVRIJSSEN, “Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU-perspectief”, *RegelMaat* 2015, afl. 3, (182) 197.

rechtmatige en redelijke wijze uitoefenen”.<sup>960</sup> Het is belangrijk om in dergelijke instrumenten te voorzien. Op die manier kan het administratief toezicht en de ministeriële verantwoordelijkheid vervangen worden door andere vormen van toezicht. Hierbij moet benadrukt worden dat dergelijke vormen van toezicht reeds in beperkte of zelfs uitgebreide mate aanwezig zijn (denk maar aan de openbaarheid of de motivering). Concluderend kan worden gesteld dat regelgeving, die uitgaat van gespecialiseerde instanties, enerzijds noodzakelijk is aangezien deze regelgeving op een snellere, meer kwalitatieve en meer efficiënte wijze tot stand komt en anderzijds eveneens voldoende democratisch gelegitimeerd is door de aanwezigheid van verschillende waarborgen en verantwoordingsmechanismen.

## 2. Het legaliteitsbeginsel in Nederland

### 2.1. Algemeen

**316.** Het legaliteitsbeginsel brengt met zich mee dat de wet een centrale plaats inneemt in het Nederlandse stelsel van bevoegdheidstoebedeling. Het beginsel is in Nederland niet in de Grondwet neergelegd maar maakt deel uit van het ongeschreven recht.<sup>961</sup> Ook in Nederland houdt het beginsel in dat geen overheidsgezag kan worden uitgeoefend zonder grondslag in de wet en dat de uitoefening van het overheidsgezag te allen tijde gebonden is aan de grenzen van het recht.<sup>962</sup> Het impliceert dat er een wettelijke grondslag moet bestaan voor al het overheidsoptreden dat burgers bindt.<sup>963</sup> Het overheidsgezag in een moderne democratie is alleen nog legitiem indien aan de eis van de legaliteit is voldaan.<sup>964</sup>

Het overheidsoptreden moet dus gebaseerd zijn op regelgeving, waarbij deze op attributie of delegatie berustende regelgeving tot formele wetgeving herleidbaar moet zijn.<sup>965</sup> Het legaliteitsbeginsel heeft o.a. betrekking op de wettelijke grondslag, als positieve fundering van de overheidsbevoegdheden. Het beginsel ziet toe op *welke* instantie een bepaalde bevoegdheid heeft of kan hebben, *wat* die bevoegdheid inhoudt en *hoe* die bevoegdheid verkregen is of kan worden. Net zoals in België heeft het legaliteitsbeginsel ook een negatief, begrenzend aspect. Dit houdt in dat de overheidsbevoegdheden binnen de grenzen van het

---

<sup>960</sup> S. LAVRIJSSEN, "Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU-perspectief", *RegelMaat* 2015, afl. 3, (182) 197.

<sup>961</sup> R. DE LANGE, D. ELZINGA en H. HOOGERS, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer, Kluwer, 2014, 660.

<sup>962</sup> L. DRAGSTRA, N. EFTHYMIU, A. HINS, R. DE LANGE, A. BELINFANTE en J. DE REEDE, *Beginselen van het Nederlandse Staatsrecht*, Deventer, Kluwer, 2015, 11.

<sup>963</sup> T. BELLEKOM, A. HERINGA, J. VAN DER VELDE en L. VERHEY, *Compendium van het staatsrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 17; S. LAVRIJSSEN en T. NAUTA, "De Europeanisering van het toezicht op de energiesector", *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* 2010, (136) 137; S. LAVRIJSSEN en A. OTTOW, "The Legality of Independent Regulatory Authorities" in L. BESSELINK, F. PENNINGEN en S. PRECHAL (eds.), *The eclips of the legality principle in the European Union*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, (73) 74.

<sup>964</sup> R. DE LANGE, D. ELZINGA en H. HOOGERS, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer, Kluwer, 2014, 661.

<sup>965</sup> M. BURKENS, H. KUMMELING, B. VERMEULEN en R. WIDDERSHOVEN, *Beginselen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Amsterdam, Kluwer, 2012, 51 en 111.

(hoger) recht uitgeoefend moeten worden.<sup>966</sup> Er zijn met andere woorden grenzen en randvoorwaarden aan de uitoefening van de bevoegdheden, ze kunnen niet zomaar worden uitgeoefend en moeten overeenstemmen met de formele wet.

## 2.2. Het primaat van de wetgever

**317.** De richtsnoer van "het primaat van de wetgever" werd in Nederland in 1985 geïntroduceerd door de Commissie wetgevingsvraagstukken (Polak), in een rapport getiteld "Orde in de regelgeving".<sup>967</sup> Het begrip geeft een meer specifieke invulling aan het legaliteitsbeginsel. Het houdt in dat de wetgever de voornaamste (rechtspolitieke) keuzes over de inhoud van het recht in wettelijke regelingen behoort te maken. Die keuzes kunnen niet worden overgelaten aan het bestuur of aan de rechter.<sup>968</sup> Dit hield volgens de Commissie Polak in dat de structuur van een wetgevingscomplex als geheel, alsmede de hoofdlijnen, de voornaamste duurzame normen en de reikwijdte-bepalende elementen, in een wet in formele zin moeten worden neergelegd.<sup>969</sup> Aan lagere regelgevers kan worden overgelaten om uitvoeringsregels op te stellen, zij het binnen de kaders die de wet stelt. Het rapport gaat nader in op welke voorschriften nu bij uitstek behoren tot de materie die geregeld moet worden bij wet in de formele zin. Ook de voorschriften die kunnen overgelaten worden aan gedelegeerde regelgevers worden vermeld.<sup>970</sup> Vanaf eind 1992 zijn deze richtsnoeren uit het rapport neergelegd in wat heet de "Aanwijzingen voor de regelgeving".<sup>971</sup> Deze aanwijzingen gaan dieper in op het concept van het primaat van de wetgever.<sup>972</sup> Het uitgangspunt van het primaat van de wetgever is neergelegd in aanwijzing 22. De aanwijzing stelt dat "bij verdeling van de elementen van een regeling over de wet en algemeen verbindende voorschriften van lager niveau, [...] de wet ten minste de hoofdelementen van de regeling [bevat]".<sup>973</sup> Bij de keuze welke elementen in de wet zelf regeling moeten vinden en ter zake van welke elementen delegatie is toegestaan, dient het primaat van de wetgever als richtsnoer.

<sup>966</sup> M. BURKENS, H. KUMMELING, B. VERMEULEN en R. WIDDERSHOVEN, *Beginselen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Amsterdam, Kluwer, 2012, 51.

<sup>967</sup> J. POLAK (ed.), "Eindrapport van de Commissie wetgevingsvraagstukken" (cie. Polak), *Orde in de regelgeving*, 's-Gravenhage, 1985, 141 p.

<sup>968</sup> W. VOERMANS, "Toekomstperspectieven voor het primaat van de wetgever", *RegelMaat* 1998, afl. 1, (35) 35.

<sup>969</sup> P. EIJLANDER, M. LOKIN en W. VOERMANS, "Delegatie van regelgevende bevoegdheden: de Aanwijzingen voorbij", *RegelMaat* 2001, afl. 2, (65) 66.

<sup>970</sup> W. VOERMANS, "Toekomstperspectieven voor het primaat van de wetgever", *RegelMaat* 1998, afl. 1, (35) 35.

<sup>971</sup> Circulaire van de Minister-President van 18 november 1992, *Aanwijzingen voor de regelgeving*, *Stcrt.* 1992, 230 (zoals geldend op 1 maart 2015).

<sup>972</sup> A. OTTOW en S. LAVRIJSSSEN, "The legality of independent regulatory authorities" in L. BESSELINK, F. PENNINGEN en S. PRECHAL (eds.), *The eclips of the legality principle in the European Union*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, (73) 75.

<sup>973</sup> Hoofdelementen van de regeling: Hoofdelementen zijn in ieder geval de reikwijdte en de structurele elementen van de regeling. Veelal zullen daartoe ook de voornaamste duurzame normen behoren. Het kan echter uit een oogpunt van toegankelijke regelgeving beter zijn om in de wet over een bepaald onderwerp geen materiële normen op te nemen, maar aan de lagere wetgever over te laten een integrale materiële regeling tot stand te brengen.

**318.** Het primaat van de wetgever stelt het belang van wetten in de formele zin bij de rechtsvorming centraal.<sup>974</sup> Vandaag moet dit principe enigszins genuanceerd worden. Zo is het primaat van de wetgever een richtsnoer en heeft het *in se* geen bindende kracht. Het is een politieke interpretatie van het legaliteitsbeginsel.<sup>975</sup> Het primaat van de wetgever is immers "een kind van zijn tijd" en is in de kern een sterk constitutioneel-juridische reactie op diverse delegatiepraktijken die de democratische legitimatie van de regelgeving toentertijd bedreigden.<sup>976</sup> Op de dag van vandaag verliest de nationale wetgeving en wetgever aan belang, o.a. door de aanwezigheid van het primair en secundair Europees recht.<sup>977</sup> Bovendien is de democratische legitimiteit die uitgaat van het principe onderhevig aan afbrokkeling, door de noodzaak aan omvangrijke vormen van gedelegeerde regels. Bovendien is er een steeds grotere afstand tussen de burger en de politiek.<sup>978</sup> De met het primaat van de wetgever verbonden notie dat rechtsvorming primair bij de wetgever thuishoort, heeft eveneens veel vanzelfsprekendheid verloren. Het bestuur en de rechter spelen immers eveneens een belangrijke rol bij het verwezenlijken van essentiële rechtsstatelijke garanties.<sup>979</sup> Bestuursorganen zorgen voor beleidsregels, plannen, (contra-*legem*) interpretaties, terwijl nationale en Europese rechters de wetgeving toetsen aan fundamentele rechtswaarborgen, mensenrechten en grondrechten.<sup>980</sup>

Aanwijzing 22 stelt momenteel uitdrukkelijk dat onder het primaat van de wetgever aldus *niet* dient te worden verstaan dat het parlement bij alle onderdelen van een regeling rechtstreeks moet worden betrokken. Lang niet alle onderdelen van een regeling zijn van die aard dat directe parlementaire invloed op de vaststelling daarbij noodzakelijk is. De mogelijkheid die het parlement heeft het regeringsbeleid achteraf te controleren, is dan voldoende.<sup>981</sup> Het legaliteitsbeginsel en de representatieve democratie houden bijgevolg in dat de wetgever enkel de essentiële bestanddelen moet regelen.<sup>982</sup>

### 2.3. Delegatie van regelgevende bevoegdheden en onafhankelijke instanties

<sup>974</sup> W. VOERMANS, "Toekomstperspectieven voor het primaat van de wetgever", *RegelMaat* 1998, afl. 1, (35) 36.

<sup>975</sup> A. OTTOW en S.A.C.M. LAVRIJSSEN, "The legality of independent regulatory authorities" in L. BESSELINK, F. PENNINGNS en S. PRECHAL (eds.), *The eclips of the legality principle in the European Union*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, (73) 75.

<sup>976</sup> P. EIJLANDER, M. LOKIN en W. VOERMANS, "Delegatie van regelgevende bevoegdheden: de Aanwijzingen voorbij", *RegelMaat* 2001, afl. 2, (65) 67.

<sup>977</sup> R. DE LANGE, D. ELZINGA en H. HOOGERS, *Handboek van het Nederlandse staatrecht*, Deventer, Kluwer, 2014, 660.

<sup>978</sup> W. VOERMANS, "Toekomstperspectieven voor het primaat van de wetgever", *RegelMaat* 1998, afl. 1, (35) 36.

<sup>979</sup> Ook in België is de deze tendens waar te nemen, waarbij wordt aangevoerd dat "de uitvoerende macht zich niet heeft laten terugdringen tot de ondergeschikte rol die haar is toebedeeld in de Grondwet. Ondanks de bestaande teksten is zij uitgegroeid tot de eerste macht in de staat". Zie A. OOMS, "De uitvoerende bevoegdheid van de Koning: van conforme proclamatie tot eerste staatsmacht. Een historische analyse van artikel 108 Grondwet", *CDPK* 2009, (195) 216.

<sup>980</sup> W. VOERMANS, "Toekomstperspectieven voor het primaat van de wetgever", *RegelMaat* 1998, afl. 1, (35) 37.

<sup>981</sup> W. VOERMANS, "Toekomstperspectieven voor het primaat van de wetgever", *RegelMaat* 1998, afl. 1, (35) 37.

<sup>982</sup> S. LAVRIJSSEN en A. OTTOW, "The Legality of Independent Regulatory Authorities" in L. BESSELINK, F. PENNINGNS en S. PRECHAL (eds.), *The eclips of the legality principle in the European Union*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, (73) 73 en 74.

**319.** Wanneer de wetgever de bevoegdheid tot regelgeving wenst te delegeren aan de regering, dan gebruikt hij daarvoor de formule dat bepaalde voorschriften “bij algemene maatregel van bestuur” worden gegeven.<sup>983</sup> Een algemene maatregel van bestuur valt te omschrijven als een koninklijk besluit, waarbij advies wordt gegeven door de Nederlandse Raad van State en die wordt gepubliceerd in het Staatsblad. Nagenoeg altijd is een *wettelijke grondslag* vereist voor een algemene maatregel van bestuur, hoewel artikel 89, lid 1 van de Nederlandse Grondwet ruimte laat voor zelfstandige algemene maatregelen van bestuur, die niet op een specifieke wet berusten.<sup>984</sup> Dergelijke maatregelen komen evenwel weinig voor aangezien de meeste maatregelen strafbepalingen bevatten die steeds gesteund moeten worden op een wettelijke grondslag (art. 89, lid 2 Nederlandse Grondwet).

**320.** In de praktijk komen ook veel voorschriften voor die niet vallen in een van de categorieën vermeld in de artikelen 81 en volgende van de Nederlandse Grondwet. Het gaat hierbij om de uitoefening van bevoegdheden die aan *bestuursorganen* zijn toegekend. Artikel 1:3 Algemene wet bestuursrecht (Awb) geeft de verschillende regelgevende voorschriften weer die door bestuursorganen kunnen geformuleerd worden. Zo wordt onder een *besluit* verstaan “een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling”. Een *beschikking* is “een besluit dat niet van algemene strekking is, met inbegrip van de afwijzing van een aanvraag daarvan”. Een *aanvraag* is “een verzoek van een belanghebbende, een besluit te nemen”. Onder een *beleidsregel* wordt het volgende verstaan: “een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan”. Artikel 4:81 Awb bepaalt dat een bestuursorgaan *beleidsregels* kan vaststellen met betrekking tot een hem toekomende of onder zijn verantwoordelijkheid uitgeoefende, dan wel door hem gedelegeerde bevoegdheid (lid 1). In andere gevallen kan een bestuursorgaan slechts beleidsregels vaststellen, voor zover dit bij wettelijk voorschrift is bepaald (lid 2). Beleidsregels worden meestal gepubliceerd in de Staatscourant. Deze laatste categorie, de *beleidsregels*, zijn dus *geen* algemeen verbindend voorschriften en vereisen daardoor ook geen wettelijke grondslag.<sup>985</sup> Aangezien beleidsregels echter wel “een bij besluit algemene regel vaststellen”, zijn deze ontstane regels evenwel niet altijd eenvoudig te onderscheiden van algemeen verbindende voorschriften te onderscheiden.<sup>986</sup>

---

<sup>983</sup> R. DE LANGE, D. ELZINGA en H. HOOGERS, *Handboek van het Nederlandse staatrecht*, Deventer, Kluwer, 2014, 683.

<sup>984</sup> Artikel 89 van de Nederlandse Grondwet: 1. Algemene maatregelen van bestuur worden bij koninklijk besluit vastgesteld. 2. Voorschriften, door straffen te handhaven, worden daarin alleen gegeven krachtens de wet. De wet bepaalt de op te leggen straffen. 3. De wet regelt de bekendmaking en de inwerkingtreding van de algemene maatregelen van bestuur. Zij treden niet in werking voordat zij zijn bekendgemaakt. 4. Het tweede en derde lid zijn van overeenkomstige toepassing op andere vanwege het Rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften.

<sup>985</sup> R. DE LANGE, D. ELZINGA en H. HOOGERS, *Handboek van het Nederlandse staatrecht*, Deventer, Kluwer, 2014, 691.

<sup>986</sup> R. DE LANGE, D. ELZINGA en H. HOOGERS, *Handboek van het Nederlandse staatrecht*, Deventer, Kluwer, 2014, 691.

**321.** Voor regelgevende voorschriften, opgesteld door gedecentraliseerde lichamen geldt dat zij, op grond van het perspectief van de gedecentraliseerde eenheidsstaat, slechts bevoegd zijn tot het opstellen van deze regels indien zij daar *expliciet toe bevoegd zijn verklaard*.<sup>987</sup> De bestuursbevoegdheid fungeert daarbij als grondslag (en zelfs als verplichting) tot het opstellen van beleidsregelgeving.<sup>988</sup> Dus ook bestuursrechtelijk geldt de eis van de legaliteit. De bestuursbevoegdheid zelf moet zijn toegekend door een algemeen verbindend voorschrift. Bevoegdheidstoekenning, waarvan in de legaliteitspraak is, kan plaatshebben door middel van attributie, delegatie dan wel sub-delegatie.<sup>989</sup>

**322.** De Autoriteit Consument en Markt (ACM), die in Nederland eveneens functioneert als energieautoriteit, is opgericht als een zelfstandig bestuursorgaan (zbo). De minister heeft slechts beperkt zeggenschap over een zbo: enkel over de bevoegdheden die hem in de instellingswet ten aanzien van de ACM zijn toegekend, hoeft hij verantwoording af te leggen aan het parlement. BROEKSTEEG stelt dat door deze beperking van de ministeriële verantwoordelijkheid er ook een beperking is van de parlementaire controle.<sup>990</sup> Met name, als een minister niet bevoegd is en dus niet verantwoordelijk is, kan de parlementaire controle daarop eveneens geen betrekking hebben. De instellingswet dient volgens BROEKSTEEG duidelijk enkele voldoende precies beschreven taken en bevoegdheden van de zbo te beschrijven aangezien veel beleidsvrijheid volgens de auteur "niet past bij een orgaan waarover de minister slechts beperkt verantwoording aflegt".<sup>991</sup> De auteur leidt hier uit af dat een zbo "bij voorkeur niet over regelgevende bevoegdheden beschikt [aangezien] zij geen democratische legitimiteit [hebben] en in het licht van de machtenscheiding moet voorkomen worden dat zbo's zowel regels stellen als die uitvoeren".<sup>992</sup>

**323.** Over het algemeen wordt aangenomen dat het legaliteitsbeginsel in ieder geval vereist dat de wetgever in de wet de belangrijkste punten regelt en zorgt voor een voldoende duidelijke wettelijke grondslag voor het optreden van de energie-autoriteit.<sup>993</sup> Hieruit volgt in beginsel dat de bevoegdheid tot het

---

<sup>987</sup> T. BELLEKOM, A. HERINGA, J. VAN DER VELDE en L. VERHEY, *Compendium van het staatsrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 17.

<sup>988</sup> R. DE LANGE, D. ELZINGA en H. HOOGERS, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer, Kluwer, 2014, 692; zie ook artikel 4:81 Awb.

<sup>989</sup> T. BELLEKOM, A. HERINGA, J. VAN DER VELDE en L. VERHEY, *Compendium van het staatsrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 19.

<sup>990</sup> J. BROEKSTEEG, "De regelgevende bevoegdheid van zelfstandige bestuursorganen, mede in het licht van het EU-recht", *RegelMaat* 2015, afl. 3, (170) 170-171.

<sup>991</sup> J. BROEKSTEEG, "De regelgevende bevoegdheid van zelfstandige bestuursorganen, mede in het licht van het EU-recht", *RegelMaat* 2015, afl. 3, (170) 171.

<sup>992</sup> J. BROEKSTEEG, "De regelgevende bevoegdheid van zelfstandige bestuursorganen, mede in het licht van het EU-recht", *RegelMaat* 2015, afl. 3, (172) 172.

<sup>993</sup> S. LAVRIJSSSEN en T. NAUTA, "De Europeanisering van het toezicht op de energiesector", *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* 2010, (136) 137; S. LAVRIJSSSEN, "Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU-perspectief", *RegelMaat* 2015, afl. 3, (182) 184.



vaststellen van algemeen verbindende voorschriften bij een democratisch gelegitimeerde wetgever dient te berusten, regelgevende bevoegdheden kunnen dus *in principe* niet aan zelfstandige bestuursorganen worden gedelegeerd.<sup>994</sup>

Sommige auteurs houden vast aan deze traditionele invulling van het legaliteitsbeginsel en betogen dat de bevoegdheden van onafhankelijke regulatoren zo beperkt mogelijk moeten worden geïnterpreteerd.<sup>995</sup> Zo spreekt men volgens DE RU over regulatoren, niet omdat zij bevoegd zijn voor het opstellen van regelgeving, maar omdat zij een economisch takenpakket hebben. DE RU wijst er op dat, in het kader van het toezicht op tarieven, het bij de *regulations* van marktautoriteiten "niet om regelgeving in juridische zin gaat, maar dat men het economische begrip 'regulering' bedoelt, waaronder iedere vorm van overheidsingrijpen (interventie en sturing) en prijsvorming valt".<sup>996</sup> Het *in concreto* vaststellen welk tarief gehanteerd mag worden ("tariefregulering"), dan wel het verbieden van ander marktgedrag van één of meer bedrijven, hoe langdurig en ingrijpend ook, is volgens de auteur *geen regelstelling* maar een beschikking.<sup>997</sup> Ook ZIJLSTRA is op dit gebied streng en stelt dat "[...] de beperkte ministeriële verantwoordelijkheid, en daarmee hun beperkte democratische legitimatie, staatsrechtelijk van doorslaggevend belang [is] bij de vraag of, en zo ja in welke vorm en mate, zij [zbo's] regelgevende bevoegdheid zouden moeten hebben". Ieder bestuur is daarbij bevoegd om eigen beleidsregels vast te stellen aangezien deze enkel het bestuur zelf binden. Dit ligt volgens de auteur anders bij wettelijke voorschriften, juist omdat zij eenzijdig de burger kunnen binden. De bevoegdheid tot het uitvaardigen van wettelijke voorschriften bestaat dan ook alleen wanneer daarvoor een basis in een wet in formele zin bestaat, dan wel de bevoegdheid rechtstreeks in de Grondwet is terug te vinden. Bovendien vereist het Nederlands constitutioneel bestel volgens de auteur "dat de wetgevende bevoegdheid in beginsel alleen wordt toegekend aan organen die een directe of indirecte democratische legitimatie hebben".<sup>998</sup> De auteur duidt daarbij op rechtstreeks of indirect gekozen algemeen vertegenwoordigende organen als de Tweede en Eerste Kamer, de provinciale staten en de gemeenteraad, maar ook de Kroon (algemene maatregel van bestuur), ministers (ministeriële regeling), en colleges van burgemeester en wethouders en van gedeputeerde staten (gedelegeerde verordeningen). Deze laatste categorieën beschikken weliswaar niet over

---

<sup>994</sup> S. LAVRIJSEN, "Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU-perspectief", *RegelMaat* 2015, afl. 3, (182) 184; M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 277.

<sup>995</sup> S. LAVRIJSEN en A. OTTOW, "The Legality of Independent Regulatory Authorities" in L. BESSELINK, F. PENNINGNS en S. PRECHAL (eds.), *The eclips of the legality principle in the European Union*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, (73) 75.

<sup>996</sup> H. DE RU, "Overheidsbemoeienis met prijzen, een algemene inleiding", in H. DE RU (ed.), *Tarieven. Regelgeving en toezicht*, Den Haag, Sdu, 2003, (1) 10-12.

<sup>997</sup> Artikel 1:3 Algemene Wet Bestuursrecht (NL): "Onder besluit wordt verstaan: een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Onder beschikking wordt verstaan: een besluit dat niet van algemene strekking is, met inbegrip van de afwijzing van een aanvraag daarvan".

<sup>998</sup> S. ZIJLSTRA, "Zbo's, marktautoriteiten en regelgevende bevoegdheden", *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2005, afl. 1, (2) 4.

rechtstreekse democratische legitimatie, maar door politieke verantwoordelijkheid en de vertrouwensregel bezitten zij een zeer zware indirecte democratische legitimatie. ZIJLSTRA vervolgt door te argumenteren dat “zelfs dán, [...] datzelfde constitutionele bestel [vereist] dat de wetgevende bevoegdheid van deze organen beperkt blijft tot het vaststellen van nadere, min of meer uitvoerende regels; de hoofdlijnen moeten door de wet in formele zin [...] worden vastgelegd. Dit is wenselijk vanuit het oogpunt van de democratie, maar ook vanuit de gedachte van de machtenscheiding, volgens welke algemeen verbindende voorschriften in beginsel niet mogen worden vastgesteld door hetzelfde orgaan dat ze moet uitvoeren”.<sup>999</sup>

**324.** In de praktijk blijkt echter dat bestuursorganen, zoals reeds vermeld, wel degelijk (*beleids*)regels vaststellen die zij zelf moeten uitvoeren.<sup>1000</sup> In de “Aanwijzingen voor de regelgeving” hebben de aanwijzingen 124a en volgende specifiek betrekking op zbo’s.<sup>1001</sup> Aanwijzing 124c bepaalt dat regelgevende bevoegdheden uitsluitend aan een zelfstandig bestuursorgaan worden toegekend (a) voor zover het organisatorische of technische onderwerpen betreft, of (b) in bijzondere gevallen mits voorzien is in de bevoegdheid tot goedkeuring van de regeling door een minister. ZIJLSTRA leidt hier “geen regelgevende bevoegdheid voor marktautoriteiten” uit af, doordat toezichthouders (als zbo’s) niet werkzaam zijn onder volledige politieke verantwoordelijkheid, en bovendien – bij regelgevende bevoegdheid – wetgeving en uitvoering in één hand zou komen te liggen.<sup>1002</sup>

Aangezien aanwijzing 124c bepaalt dat regelgevende bevoegdheden kunnen worden toegekend voor zover het organisatorische of technische onderwerpen betreft, lijken regelgevende bevoegdheden voor toezichthouders, zeker in een technische materie als het reguleren van de energiesector, wel degelijk mogelijk, in tegenstelling tot wat ZIJLSTRA aanvoert.<sup>1003</sup> KLOOSTERMAN en WINTER analyseerden wat moet worden verstaan onder “organisatorische of technische onderwerpen”.<sup>1004</sup> ‘Technisch’ kan volgens de auteurs worden uitgelegd als “een (hoge) specifieke deskundigheid vereisend”. Een technisch onderwerp is in deze benadering een onderwerp waarover binnen een vakgebied weinig inhoudelijke discussie bestaat. Een technisch reglement vereist volgens

<sup>999</sup> S. ZIJLSTRA, “Zbo’s, marktautoriteiten en regelgevende bevoegdheden”, *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2005, afl. 1, (2) 5.

<sup>1000</sup> L. VERHEY en N. VERHEIJ, “De macht van de marktmeesters” in A. VAN ROSSUM, L. VERHEY en N. VERHEIJ (eds.), *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2005), Deventer, Kluwer, 2005, (139) 179; J. BROEKSTEEG, “De regelgevende bevoegdheid van zelfstandige bestuursorganen, mede in het licht van het EU-recht”, *RegelMaat* 2015, afl. 3, (170) 172.

<sup>1001</sup> Circulaire van de Minister-President van 18 november 1992, Aanwijzingen voor de regelgeving, *Stcrt.* 1992, 230. Zie eveneens hoger, bij het onderdeel betreffende het primaat van de wetgever.

<sup>1002</sup> S. ZIJLSTRA, “Zbo’s, marktautoriteiten en regelgevende bevoegdheden”, *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2005, afl. 1, 5.

<sup>1003</sup> M. AELEN, *Beginnelsen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 277.

<sup>1004</sup> D. KLOOSTERMAN en H. WINTER, “In zelfstandigheid geregeld. Een onderzoek naar de omvang en de aard van de regelgevende bevoegdheden van zelfstandige bestuursorganen en de kwaliteit van regelgeving”, *RegelMaat* 2003, afl. 4, (119) 122.

de auteurs geen wezenlijke beleidskeuzes. Organisatorische onderwerpen hebben betrekking op de efficiency en effectiviteit van (beslis)processen. Organisatorische regelgeving is bijgevolg gebaseerd op algemeen aanvaarde of aanvaardbare managementinzichten en niet op beleidskeuzes waarover discussie kan bestaan.<sup>1005</sup>

**325.** Specifiek wat de ACM betreft kunnen verschillende regelgevende bevoegdheden worden vastgesteld. Eerst en vooral moet evenwel opgemerkt worden dat met betrekking tot de ACM de minister enkele *beleidsregels* heeft opgesteld in het kader van o.a. de mededinging maar dat de minister dit doet, bv. inzake boetes en clementie (*infra* nrs. 781 en 785).<sup>1006</sup> Deze beleidsregels in Nederland vormen min of meer het equivalent van de richtsnoeren die in België worden opgesteld.<sup>1007</sup> Omwille van de verschillende Europese onafhankelijkheidsvereisten in de diverse sectoren waarvoor ACM bevoegd is (telecom, energie, mededinging, post en vervoer) is de wijze waarop de minister intervenueert in de besluitvorming van de ACM verschillend (en daardoor ook enigszins onduidelijk) geregeld. De Nederlandse Elektriciteitswet bepaalt ook dat de ACM in specifieke gevallen zelf beleidsregels kan opstellen.<sup>1008</sup> Dit betekent dat in het geval van het toezicht zowel de minister als de ACM zelf beleidsregels kunnen opstellen.<sup>1009</sup>

De daadwerkelijke regelgevende bevoegdheden van de ACM zijn de volgende: het vaststellen van netwerktarieven voor elektriciteit en gas,<sup>1010</sup> de methode voor de berekening van de tarieven,<sup>1011</sup> en de codes voor de toegang tot elektriciteits- en gasnetwerken.<sup>1012</sup> Deze bevoegdheden omvatten volgens LAVRIJSEN duidelijk de bevoegdheid tot de vaststelling van algemeen verbindende voorschriften.<sup>1013</sup> Dergelijke voorschriften worden vastgesteld op basis van de wet, waarbij zij zelfstandige bindende normen met externe werking

---

<sup>1005</sup> D. KLOOSTERMAN en H. WINTER, "In zelfstandigheid geregeld. Een onderzoek naar de omvang en de aard van de regelgevende bevoegdheden van zelfstandige bestuursorganen en de kwaliteit van regelgeving", *RegelMaat* 2003, afl. 4, (119) 122.

<sup>1006</sup> Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 4 juli 2014, nr. WJZ/14112617, met betrekking tot het opleggen van bestuurlijke boetes door de Autoriteit Consument en Markt (Boetebeleidsregel ACM 2014), *Stcrt.* 2014, 19776; Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 4 juli 2014, nr. WJZ/14112586, tot vermindering van geldboetes betreffende kartels (Beleidsregel clementie), *Stcrt.* 2014, 19.745.

<sup>1007</sup> Zie S. LAVRIJSEN, "Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU-perspectief", *RegelMaat* 2015, afl. 3, (182) 188: "Lezing van de energie- en communicatierichtlijnen laat zien dat algemene beleidsregels van de minister zijn toegestaan, maar deze mogen geen betrekking hebben op de wijze waarop de nationale autoriteiten hun reguleringsbevoegdheden, zoals de vaststelling van tarieven en tarievenmethodes, uitvoeren".

<sup>1008</sup> Artikel 37a, van de Nederlandse Elektriciteitswet: "1. De Autoriteit Consument en Markt kan op aanvraag bij beschikking een ontheffing verlenen van de tariefstructuren en de voorwaarden. Bij haar beslissing neemt de Autoriteit Consument en Markt de belangen als bedoeld in artikel 36, eerste lid, onderdelen b tot en met f en de regels, bedoeld in artikel 36, eerste lid, onderdelen g en h, in acht; 2. De Autoriteit Consument en Markt stelt *beleidsregels* op met betrekking tot de procedure voor aanvraag van een ontheffing. De beleidsregels worden bekendgemaakt in de Staatscourant". Eigen cursivering.

<sup>1009</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 261.

<sup>1010</sup> Artikel 41c van de Nederlandse Elektriciteitswet en artikel 81c van de Nederlandse Gaswet.

<sup>1011</sup> Artikel 41 van de Nederlandse Elektriciteitswet en artikel 81 van de Nederlandse Gaswet.

<sup>1012</sup> Artikelen 27, 31, 36 van de Nederlandse Elektriciteitswet en de artikelen 12a, 12b, 12f van de Nederlandse Gaswet, S. LAVRIJSEN, "Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU-perspectief", *RegelMaat* 2015, afl. 3, 183.

<sup>1013</sup> S. LAVRIJSEN, "Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU-perspectief", *RegelMaat* 2015, afl. 3, (182) 183.

inhouden en algemene, abstracte regels omvatten die geschikt zijn voor herhaalde toepassing.<sup>1014</sup> Met name het vaststellen van de methodes en de vaststelling van de technische voorwaarden maken bevoegdheden uit die algemeen verbindende voorschriften inhouden die de autoriteit onafhankelijk moet kunnen uitoefenen. Er is ook in Nederland een duidelijke spanning tussen het EU-recht, de interpretatie van het legaliteitsbeginsel en de toekenning van regelgevende bevoegdheden aan onafhankelijke instanties. Sommigen auteurs stellen bijvoorbeeld dat er geen sprake is van regelgevende bevoegdheden, maar dat het gaat om *regulerende* bevoegdheden. Dit zijn bevoegdheden op basis waarvan expliciet aan de toezichthouder de verantwoordelijkheid wordt gegeven om een bepaalde norm nader in te vullen door bepaalde uitvoeringsmaatregelen.<sup>1015</sup> Het gaat daarbij om *uitvoering* van regelgeving. Dergelijke "reguleringsbesluiten" komen frequent voor in het energierecht. Regelgevende bevoegdheden zien specifiek toe op het creëren van algemeen verbindende voorschriften en zijn volgens verschillende auteurs (DE RU, ZIJLSTRA, AELEN) eerder af te raden omdat het ertoe leidt dat een niet democratisch gelegitimeerd orgaan regelgeving opstelt, hetgeen een zware druk legt op de verantwoording naar de politiek maar ook naar het publiek dat geen inspraak heeft.<sup>1016</sup> Het moet evenwel erkend worden, net zoals in België, dat dergelijke bevoegdheden wel degelijk regelgevend van aard zijn, zeker voor wat betreft het opstellen van een tariefmethodologie en het opmaken van technische codes of reglementen. Deze bevatten zeker algemeen verbindende voorschriften. Dus ook in Nederland, net zoals in België, is er discussie over de omvang en de draagwijdte van toekenningen van regelgevende bevoegdheden aan onafhankelijke toezichthouders.

**326.** Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat de regulerende instanties over ruime discretionaire bevoegdheden beschikken die niet mogen worden beperkt.<sup>1017</sup> LAVRIJSEN en NAUTA beklemtonen dat de rechtspraak van het Hof van Justitie de lidstaten bindt, hetgeen betekent dat ook in Nederland, net als in België, op basis van een Nederlandse of Belgische interpretatie van het legaliteitsbeginsel, de bevoegdheden van de energieautoriteit niet op een te restrictieve manier mogen worden uitgelegd.<sup>1018</sup> Hoewel dit volgens de auteurs betekent dat de procedurele en institutionele autonomie bij de vormgeving van bevoegdheden en de ruimte voor de toepasselijkheid van nationale interpretaties van constitutionele rechtsbeginselen (zoals het legaliteitsbeginsel)

---

<sup>1014</sup> S. LAVRIJSEN, "Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU-perspectief", *RegelMaat* 2015, afl. 3, (182) 183.

<sup>1015</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 282.

<sup>1016</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 279.

<sup>1017</sup> HvJ 3 december 2009, nr. C-424/07, ECLI:EU:C:2009:749.

<sup>1018</sup> S. LAVRIJSEN en T. NAUTA, "De Europeanisering van het toezicht op de energiesector", *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* 2010, (136) 142.

aanmerkelijk is ingeperkt (*supra* nr. 58 e.v.),<sup>1019</sup> moeten België en Nederland toch de toebedeling en interpretatie van bevoegdheden in lijn brengen met de eisen die het Hof en de EU wetgever stellen.<sup>1020</sup> LAVRIJSSEN en OTTOW spreken hier ook van een Europeesrechtelijke invulling van het legaliteitsbeginsel.<sup>1021</sup>

Belangrijk daarbij is uiteraard een wetgevend kader en voldoende *checks and balances* op de uitoefening van deze regelgevende bevoegdheden. VERHEY en VERHEIJ stellen dat het vanuit het machtscheidingsperspectief van belang is dat beslissingsruimte van marktautoriteiten, daar waar redelijkerwijs mogelijk, door de wetgever wordt genormeerd.<sup>1022</sup> Voorkomen dient te worden dat naast de kerntaken uitvoering en toezicht, marktautoriteiten te veel macht krijgen door grotendeels ook nog het beleid en de daarmee samenhangende regels te mogen bepalen. De auteurs benadrukken dat dit des te meer een bezwaar is, aangezien marktautoriteiten over een zwakke democratische legitimiteit beschikken om algemene normatieve kaders vast te stellen. Voor zover echter de toekenning van een substantiële beslissingsruimte onvermijdelijk is, moeten er volgens de auteurs voldoende *check and balances* worden ingesteld, door middel waarvan de wijze waarop die ruimte wordt gebruikt, kan worden gecorrigeerd.<sup>1023</sup> Ook LAVRIJSSEN stelt dat er voldoende *checks and balances* aanwezig dienen te zijn, waaronder verstaan moet worden: beperkte parlementaire controle, voorleggen van jaarverslagen, rechterlijke controle, Europese controleprocessen, transparantie, consultatie en participatie.<sup>1024</sup> Regelgevende bevoegdheden, zeker wat betreft organisatorische of technische materies – waarbij een duidelijk wettelijk kader betreffende die bevoegdheden aanwezig is, evenals voldoende *checks and balances* ter verantwoording – moeten daarom mogelijk zijn.

### 3. The principle of legality in de Verenigde Staten

#### 3.1. Non-delegation doctrine en het "intelligible principle"

---

<sup>1019</sup> Zie ook S. LAVRIJSSEN en A. OTTOW, "The Legality of Independent Regulatory Authorities" in L. BESSELINK, F. PENNINGNS en S. PRECHAL (eds.), *The eclips of the legality principle in the European Union*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, (73) 73 en 74 en S. LAVRIJSSEN, "Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU-perspectief", *RegelMaat* 2015, afl. 3, (182) 195.

<sup>1020</sup> S. LAVRIJSSEN en T. NAUTA, "De Europeanisering van het toezicht op de energiesector", *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* 2010, (136) 143.

<sup>1021</sup> S. LAVRIJSSEN en A. OTTOW, "The Legality of Independent Regulatory Authorities" in L. BESSELINK, F. PENNINGNS en S. PRECHAL (eds.), *The eclips of the legality principle in the European Union*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, (73) 96: "One could argue that all of these trends give shape to a European interpretation of the principle of legality, which is a national constitutional principle common to the constitutional traditions of the Member States, and therefore part of European law as a general principle of law. According to this European interpretation of the principle of legality, the legality of administrative authorities will not be assured by a limited and restricted interpretation of the NRA's powers. Instead, a mix of European and national checks and balances, including a legal base, administrative procedures, European coordination, and cooperation procedures and judicial review by national courts, will contribute to the legality of NRA's".

<sup>1022</sup> L. VERHEY en N. VERHEIJ, "De macht van de marktmeesters" in A. VAN ROSSUM, L. VERHEY en N. VERHEIJ (eds.), *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2005), Deventer, Kluwer, 2005, (139) 179. Eigen cursivering.

<sup>1023</sup> L. VERHEY en N. VERHEIJ, "De macht van de marktmeesters" in A. VAN ROSSUM, L. VERHEY en N. VERHEIJ (eds.), *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2005), Deventer, Kluwer, 2005, (139) 179.

<sup>1024</sup> S. LAVRIJSSEN, "Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU-perspectief", *RegelMaat* 2015, afl. 3, (82) 196-197.

**327.** In de Verenigde Staten geldt in principe *the non-delegation doctrine* hetgeen inhoudt dat het Congres, dat beschikt over "alle legislatieve bevoegdheden" (artikel 1, sectie 1 van de Amerikaanse Grondwet), deze bevoegdheid niet kan delegeren. Het Congres gaat evenwel frequent over tot het delegeren van bepaalde onderdelen van wetgeving aan de President, de uitvoerende diensten of onafhankelijke commissies en dit omwille van de toenemende omvang van het openbaar bestuur en de toegenomen werklast.<sup>1025</sup> Het Congres heeft immers niet de tijd, de kennis of de mogelijkheden om gedetailleerde wetgeving uit te vaardigen in de diverse beleidsdomeinen waarvoor het bevoegd is.<sup>1026</sup> De geldigheid van de *non-delegation doctrine* werd dan ook in vraag gesteld.<sup>1027</sup>

**328.** Het feit dat *agencies* (quasi-)legislatieve bevoegdheden uitoefenen werd echter slechts heel geleidelijk aan aanvaard. Zo beschreef het *Minnesota Supreme Court* in de zaak *State v. Chicago, Milwaukee & St. Paul Railway Co.* (1888) de bevoegdheden van een *regulatory agency* als de loutere uitvoering van de wetgeving:

"If such a power is to be exercised at all, it can only be satisfactorily done by a board or commission, constantly in session, whose time is exclusively given to the subject, and who, after investigation of the facts, can fix rates with reference to the peculiar circumstances of each road, and each particular kind of business, and who can change or modify these rates to suit the ever-varying conditions of traffic... Our legislature has gone a step further than most others, and vested our commission with full power to determine what rates are equal and reasonable in each particular case. Whether this was wise or not is not for us to say, but, in doing so, we cannot see that they have transcended their constitutional authority. They have not delegated to the commission any authority or discretion as to what the law shall be -- which would not be allowable -- but have merely conferred upon it an authority and discretion, to be exercised in the **execution** of the law and under and in pursuance of it, which is entirely permissible. The legislature itself has passed upon the expediency of the law and what it shall be. The commission is intrusted with no authority or discretion upon these questions."<sup>1028</sup>

In de zaak *Interstate Commerce Commission v. Goodrich Transit* (1912) stelde het U.S. Supreme Court eveneens dat de bevoegdheden van de ICC enkel de toepassing van de regelgeving inhielden:

"The Congress may not delegate its purely legislative power to a commission, but, having laid down the general rules of action under which a commission shall proceed, it may require of that commission the **application** of such rules to particular situations and the investigation of facts, with a view to making orders in a particular matter within the rules laid down by the Congress."<sup>1029</sup>

In 1928 besliste het *U.S. Supreme Court*, in de zaak *J.W. Hampton, Jr., & Co. v. United States*, dat een delegatie van regelgevende bevoegdheden aan de *Tariff*

---

<sup>1025</sup> E. DE JONGE, *Amerikaans Staatsrecht. Beschouwingen over de rule of Law, staatsinstellingen en politiek in de Verenigde Staten van Noord-Amerika*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers (WLP), 2012, 169-170.

<sup>1026</sup> R. LORCH, *Democratic Process and Administrative Law*, Detroit, Wayne State University Press, 1980, 79.

<sup>1027</sup> D. SCHOENBROD, "The Delegation Doctrine: Could the Court Give It Substance?", *Michigan Law Review* 1985, (1223) 1224; K. DAVIS, "A New Approach to Delegation", *University of Chicago Law Review* 1969, (713) 713.

<sup>1028</sup> *State v. Chicago, Milwaukee & St. Paul Railway Co.*, 38 Minn. 281, 298 to 302. *Chicago, M. & St. P. Ry. Co. v. Minnesota*, 134 U.S. 418 (1890).

<sup>1029</sup> *Interstate Commerce Commission v. Goodrich Transit Co.*, 224 U.S. 194, 224 U.S. 214 (1912).

*Commission* wel degelijk mogelijk was en een impliciete bevoegdheid (*implied power*) van het Congres uitmaakt:<sup>1030</sup>

"The same principle that permits Congress to exercise its ratemaking power in interstate commerce by declaring the rule which shall prevail in the legislative fixing of rates, and enables it to remit to a ratemaking body created in accordance with its provisions the fixing of such rates,<sup>1031</sup> justifies a similar provision for the fixing of customs duties on imported merchandise. If Congress shall lay down by legislative act **an intelligible principle** to which the person or body authorized to fix such rates is directed to conform, such legislative action is **not a forbidden delegation of legislative power**".<sup>1032</sup>

Het Congres kan volgens deze rechtspraak *legislative power* delegeren, zij het onder een voorwaarde: de delegatie zal slechts in overeenstemming zijn met de Grondwet indien het Congres een "intelligible principle" opgeeft om de uitvoerende macht te begeleiden bij het uitoefenen van de regelgevende bevoegdheden. Het "intelligible principle" houdt in dat in de wetgeving nauwkeurig wordt aangegeven door het Congres met welke voorschriften het *agency* bij de delegatie van de regelgevende bevoegdheden moet rekening houden.<sup>1033</sup>

In 1989 stelde het *U.S. Supreme Court* in de zaak *Mistretta v. United States* uitdrukkelijk waarom delegatie essentieel is:

"Applying this "intelligible principle" test to congressional delegations, our jurisprudence has been driven by a practical understanding that in our increasingly complex society, replete with ever changing and more technical problems, Congress simply cannot do its job absent an ability to delegate power under broad general directives.<sup>1034</sup> Accordingly, this Court has deemed it "constitutionally sufficient" if Congress clearly **delineates** the **general policy**, the public agency which is to apply it, and the **boundaries** of this delegated authority".<sup>1035</sup>

Volgens het *U.S. Supreme Court* moet de delegatie "sufficiently specific and detailed" zijn om te voldoen aan de constitutionele vereisten.<sup>1036</sup> Een delegatie van regelgevende bevoegdheden aan een *agency* werd *in casu* mogelijk geacht onder drie voorwaarden die vervat zouden liggen in het "intelligible principle": (1) de wetgever vult op een duidelijke wijze het algemeen beleid in; (2) de wetgever duidt aan welk *agency* het beleid moet toepassen en (3) de wetgever geeft duidelijk de grenzen aan van de gedelegeerde bevoegdheid. Dit zijn echter minimumvereisten, de wetgeving mag volgens het *U.S. Supreme Court* steeds

---

<sup>1030</sup> *J. W. Hampton, Jr. & Co. v. United States*, US Supreme Court Center. April 9, 1928. 276 U.S. 394 (1928).

<sup>1031</sup> As said by this Court in *Interstate Commerce Commission v. Goodrich Transit Co.*, 224 U. S. 194, 224 U. S. 214.

<sup>1032</sup> *J. W. Hampton, Jr. & Co. v. United States*, US Supreme Court Center. April 9, 1928. 276 U.S. 394 (1928), 276 U. S. 410.

<sup>1033</sup> E. DE JONGE, *Amerikaans Staatsrecht. Beschouwingen over de rule of Law, staatsinstellingen en politiek in de Verenigde Staten van Noord-Amerika*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers (WLP), 2012, 171.

<sup>1034</sup> Zie ook *United States v. Robel*, 389 U. S. 258, 389 U. S. 274 (1967) (opinion concurring in result): "In an increasingly complex society, Congress obviously could not perform its functions if it were obliged to find all the facts subsidiary to the basic conclusions which support the defined legislative policy)".

<sup>1035</sup> *Mistretta v. United States* 488 U.S. 361 (1989), citing *J.W. Hampton, Jr., & Co. v. United States*, 276 U.S. 394, 406, 48 S.Ct. 348, 351 (1928).

<sup>1036</sup> *Mistretta v. United States* (1989), citing *J.W. Hampton, Jr., & Co. v. United States*, 276 U.S. 394, 406, 48 S.Ct. 348, 351(1928).

meer gedetailleerd zijn.<sup>1037</sup> Net zoals in België het geval is, moeten de essentiële elementen dus blijvend door de wetgever worden vastgelegd.

*Whitman v. American Trucking Associations* had betrekking op het Environmental Protection Agency (EPA) dat onder Sectie 109(b)(1) van de Clean Air Act bevoegd was "to set ambient air quality standards the attainment and maintenance of which in the judgment of the Administrator, based on the criteria and allowing an **adequate margin of safety**, are requisite to protect the public health". De vraag kwam aan bod of dergelijke delegatie wel grondwettig was. Het D.C. Circuit Court of Appeals had geoordeeld dat "requisite level" onvoldoende duidelijk was en de delegatie de *intelligible* test niet had doorstaan. Het U.S. Supreme Court stelde dat:

"It is true enough that the degree of agency discretion that is acceptable varies according to the scope of the power congressionally conferred. [...] Congress [...] must provide substantial guidance on setting air standards that affect the entire national economy. But even in sweeping regulatory schemes we have never demanded, as the Court of Appeals did here, that statutes provide a "determinate criterion" for saying "how much [of the regulated harm] is too much. In *Touby*, for example, we did not require the statute to decree how "imminent" was too imminent, or how "necessary" was necessary enough, or even-most relevant here-how "hazardous" was too hazardous. "A certain degree of discretion, and thus of lawmaking, inheres in most executive or judicial action" (*Mistretta v. United States*). Section 109(b)(1) of the CAA, which to repeat we interpret as requiring the EPA to set air quality standards at the level that is "requisite" - that is, not lower or higher than is necessary - to protect the public health with an adequate margin of safety, fits **comfortably** within the scope of **discretion** permitted by our precedent".<sup>1038</sup>

Belangrijk hierbij om op te merken is dat het Hof het heeft over *decision making authority* en uitvoerende of rechterlijke bevoegdheden met een zekere discretie en niet over een delegatie van legislatieve bevoegdheden.<sup>1039</sup> De *dissenting opinion* van Justice Stevens is in dit kader bijzonder interessant:

"The Court has two choices. We could choose to articulate our ultimate disposition of this issue by frankly acknowledging that the power delegated to the EPA is "legislative" but nevertheless conclude that the delegation is constitutional because adequately limited by the terms of the authorizing statute. Alternatively, we could pretend, as the Court does, that the authority delegated to the EPA is somehow "not legislative power." [...]. I am persuaded that it would be both wiser and more faithful to what we have actually done in delegation cases to admit that agency rulemaking authority is "legislative power". The proper characterization of governmental power should generally depend on the nature of the power, not on the identity of the person exercising it. **It seems clear that an executive agency's exercise of rulemaking authority pursuant to a valid delegation from Congress is "legislative"**. As long as the delegation provides a sufficiently intelligible principle, there is nothing inherently unconstitutional about it. Accordingly, [...] when Congress enacted § 109, it effected a constitutional delegation of legislative power to the EPA".<sup>1040</sup>

---

<sup>1037</sup> The Act sets forth more than merely an "intelligible principle" or minimal standards. One court has aptly put it: "The statute outlines the policies which prompted establishment of the Commission, explains what the Commission should do and how it should do it, and sets out specific directives to govern particular situations."

<sup>1038</sup> *Whitman v. American Trucking Associations* (2001), 531 U.S. 457 (2001).

<sup>1039</sup> M. SCHOLTEN, *The Political Accountability of EU Agencies: Learning from the US Experience*, Maastricht, Universitaire Pers Maastricht, 2014, 198.

<sup>1040</sup> *Whitman v. American Trucking Associations* 531 U.S. 457, 487-490(2001).



329. POSNER en VERMEULE volgen de *Whitman*-uitspraak van het *U.S. Supreme Court* en argumenteren dat er van een *nondelegation doctrine* geen sprake is, aangezien het volgens hen niet gaat over een delegatie van legislatieve bevoegdheden, maar wel over de **uitvoering** van legislatieve bevoegdheden: "A statutory grant of authority to the executive isn't a transfer of legislative power, but an exercise of legislative power. Conversely, agents acting within the terms of such a statutory grant are exercising executive power, not legislative power".<sup>1041</sup> Volgens de auteurs is de "uitoefening van legislatieve bevoegdheden" gelijk aan de "uitoefening van uitvoerende bevoegdheden".<sup>1042</sup> Deze redenering lijkt behoorlijk tegenstrijdig. Indien we evenwel terugkoppelen naar België en Nederland dan moet worden vastgesteld dat er wel degelijk een onderscheid kan worden gemaakt tussen *wetgevende regels* (wetten, en voor België ook decreten en ordonnanties) en *uitvoerende regels* (KB's, MB's, reglementen, beleidsregels...). De auteurs halen terecht aan dat "neither Congress nor its members may delegate to anyone else the authority to vote on **federal statutes** or to exercise other *de jure* powers of federal legislators. What we argue, in contradiction of the usual view, is that a statutory grant of authority to the executive branch or other agents can never amount to a delegation of *legislative* power". Ook in België en Nederland is het duidelijk dat het opstellen van formele wetgeving enkel en alleen toebehoort aan het parlement. Dergelijke wetgevende bevoegdheden kunnen niet gedelegeerd worden.

330. Bijgevolg is er in de Verenigde Staten regelmatig discussie over de kwalificatie, de grondslag en omvang van de bevoegdheden, een discussie die bovendien afhangt van casus tot casus. De regelgevende bevoegdheden die worden gedelegeerd aan *executive of independent regulatory agencies* worden door de meerderheid bestempeld als legislatief of minstens toch als quasi-legislatief (als een soort verzachting voor de tegenstanders).<sup>1043</sup> LORCH wijst er echter op dat de term "quasi" eerder een façade uitmaakt waardoor het voor de rechtscolleges eenvoudiger is om dergelijke delegaties te verzoenen met de constitutionele beginselen ("if a person is sent to jail for violation of a quasi law, the prison cell will not be a quasi cell").<sup>1044</sup> De auteur beschouwt dergelijke bevoegdheden dus duidelijk als wetgevende bevoegdheden, terwijl POSNER en

<sup>1041</sup> E. POSNER en A. VERMEULE, "Interring the Nondelegation Doctrine", *The University of Chicago Law Review* 2002, (1721) 1723.

<sup>1042</sup> E. POSNER en A. VERMEULE, "Interring the Nondelegation Doctrine", *The University of Chicago Law Review* 2002, (1721) 1724: "On the naive view, by contrast, any authority that the executive enjoys pursuant to the terms of a duly enacted federal statute is simply executive authority in an unproblematic sense. To say that a federal statute resembles a delegation of "legislative" authority because it confers excessive discretion on the executive is to employ a metaphor, one that lacks constitutional roots, whatever its literary merit. None of the standard sources of formal constitutional argument supports such an idea".

<sup>1043</sup> G. WARP, "Independent regulatory commissions and the separation of powers doctrine", *Notre Dame Law Review* 1941, (183) 185: "The use of the prefix "quasi" is intended to avoid the separation of powers objection. It is argued that, while legislative powers may not be delegated by the legislatures, there are no prohibitions against the delegation of quasi-legislative powers. Likewise, while judicial powers may not be granted to any agency but the courts, there is nothing to limit the grant of powers of a quasi-judicial nature. The term "quasi" means "almost, but not quite." Thus, although legislative and judicial powers may not be vested in executive agencies, powers which are "almost" legislative and "almost" judicial may be constitutionally conferred."

<sup>1044</sup> R. LORCH, *Democratic Process and Administrative Law*, Detroit, Wayne State University Press, 1980, 80.

VERMEULE het als uitvoerende regelgevende bevoegdheden beschouwen. De discussie in België en Nederland gaat niet zozeer over de kwalificatie (duidelijk uitvoerend regelgevend en niet wetgevend) maar wel over de mogelijke grondslag en de omvang van de delegatie. In de VS bediscussieert men zowel de kwalificatie ((quasi-)wetgevend of uitvoerend), de grondslag (wel of geen *nondelegation* doctrine) als de omvang van de delegatie (toepassing van *intelligible principle*).

**331.** In het Amerikaans bestuursrecht verwijst men naar de "rule-making power" van de *agencies*, als een quasi-legislatieve bevoegdheid.<sup>1045</sup> Als POSNER en VERMEULE gevolgd worden dan zijn de "quasi-legislatieve bevoegdheden" eigenlijk *uitvoerende* regels. Men zou dan kunnen stellen dat deze "quasi-legislatieve bevoegdheden" als gelijkaardig aanzien kunnen worden aan de uitvoerende regelgevende bevoegdheden in België en Nederland. De overgrote meerderheid van de Amerikaanse auteurs houdt echter vast aan het omschrijven van de bevoegdheden als **wetgevend** of legislatief. Het "intelligible principle" en de duidelijke aflijning, omschrijving en beperking van de bevoegdheden bij de delegatie moet er dan bij voor zorgen dat de quasi-legislatieve bevoegdheden zich niet volledig ontwikkelen tot pure legislatieve bevoegdheden met een ongebreidelde discretionaire draagwijdte.<sup>1046</sup> Een ongedefinieerde en vage delegatie is moeilijk verzoenbaar met de Grondwet. Wat de precieze draagwijdte van het "intelligible principle" betreft is het niet duidelijk hoeveel specifieke procedurele en substantieve standaarden er juist nodig zijn om de delegatie test te doorstaan.<sup>1047</sup>

Het bestempelen van uitvoerende regelgevende bevoegdheden in de VS als wetgevend of legislatief komt ongetwijfeld door het verschil in staatsstructuur. In België en Nederland vervult het parlement de legislatieve functie en de regering de uitvoerende functie. De regering geeft daarbij invulling aan de formele wetgeving door het uitvaardigen van uitvoerende regels, zoals KB's. In de VS vervult het parlement ook de legislatieve functie, maar vervult de President de uitvoerende functie (gesteund door een kabinet met *Secretaries*, waarbij de *Secretaries* aan het hoofd staan van de departementen). Het instrument van de uitvoerende regels, zoals bij ons aangenomen door de regering, was in de VS eind 1800 – bij het ontstaan van de eerste *agencies* – dan ook ongekend. Dit is ook duidelijk te merken aan het feit dat het **administratief recht** in de VS nog een vrij recente rechtstak uitmaakt. Indien het Congres rond eind 1800 de *agencies* dergelijke "rule-making" bevoegdheden wenste toe te kennen, kwam men al snel uit bij de term **legislatief** (de *agencies* werden ook gezien als een *arm of Congress*). Pas nadien, na een exponentiële

<sup>1045</sup> D. CUSTOS, "The Rulemaking Power of Independent Regulatory Agencies", *The American Journal of Comparative Law* 2006, (615) 623.

<sup>1046</sup> R. LORCH, *Democratic Process and Administrative Law*, Detroit, Wayne State University Press, 1980, 83.

<sup>1047</sup> M. SCHOLTEN, *The Political Accountability of EU Agencies: Learning from the US Experience*, Maastricht, Universitaire Pers Maastricht, 2014, 199.

groei in het aantal *agencies*, kwam het administratief recht (met de *rules* en *regulations*) onder de aandacht. De bevoegdheden bleven echter als (quasi-)legislatief bestempeld worden, ook al gaat het m.i. wel degelijk om *uitvoerende* regels.

### 3.2. Rule-making power en independent regulatory agencies

**332.** De bevoegdheden van de *agencies* kunnen in ruime mate discretionair zijn. Zo beschikt de *Federal Trade Commission* in de VS over de bevoegdheid om "unfair methods of competition" te verbieden. Wat er moet verstaan worden onder de term "unfair" wordt overgelaten aan de discretionaire beoordeling van de FTC.<sup>1048</sup>

**333.** *Administrative rulemaking* (of het uitoefenen van quasi-legislatieve bevoegdheden) door IRA's is qua procedure onderworpen aan de *Administrative Procedure Act* (APA).<sup>1049</sup> De APA werd in het leven geroepen om het toenemend grote aantal *agencies* en hun uitgebreide bevoegdheden te reguleren en te sturen. Hun bevoegdheden werden niet zozeer beknot, maar hun regelgevend en rechtsprekend proces werd geüniformiseerd en gestandaardiseerd.<sup>1050</sup> De APA is dan ook van toepassing op alle *agencies*. Hieronder dient men zowel de *executive agencies* te verstaan die opereren binnen en deel uitmaken van de federale uitvoerende departementen (*federal executive departments*), als de IRA's die formeel en constitutioneel wel deel uitmaken van de uitvoerende macht, maar die onafhankelijk van presidentiele controle opereren. Volgens de *Attorney General's Manual on the Administrative Procedure Act* (1947)<sup>1051</sup> waren de doelstellingen van de APA (1) "to require agencies to keep the public informed of their organization, procedures and rules, (2) to provide for public participation in the rule making process, (3) to prescribe uniform standards for the conduct of formal rule making and adjudicatory proceedings, i.e. proceeding which are required by statute to be made on the record after opportunity for an agency hearing and (4) to restate the law of judicial review".<sup>1052</sup> Transparantie, consultatie en participatie van de burgers staan bijgevolg centraal.<sup>1053</sup> De APA is

<sup>1048</sup> R. LORCH, *Democratic Process and Administrative Law*, Detroit, Wayne State University Press, 1980, 83.

<sup>1049</sup> 5 U.S. Code § 551, "(4) 'rule' means the whole or a part of an agency statement of general or particular applicability and future effect designed to implement, interpret, or prescribe law or policy or describing the organization, procedure, or practice requirements of an agency and includes the approval or prescription for the future of rates, wages, corporate or financial structures or reorganizations thereof, prices, facilities, appliances, services or allowances therefor or of valuations, costs, or accounting, or practices bearing on any of the foregoing; (5): 'rule making' means agency process for formulating, amending, or repealing a rule".

<sup>1050</sup> D. CUSTOS, "The Rulemaking Power of Independent Regulatory Agencies", *The American Journal of Comparative Law* 2006, (615) 623-624.

<sup>1051</sup> T. CLARK, "Attorney General's Manual on the Administrative Procedure Act", United States Department of Justice, 1947, 139 p.

<sup>1052</sup> T. CLARK, "Attorney General's Manual on the Administrative Procedure Act", United States Department of Justice, 1947, 9.

<sup>1053</sup> Dit is evenwel niet vrij van kritiek. Zo stelt E. RUBIN dat andere vormen van controle op de *agencies* nodig waren, niet enkel publieke controle: "All of its basic provisions rely on a single method for controlling the actions of administrative agencies, namely, participation by private parties. The publication provisions inform private parties of the agencies' actions. The rulemaking and adjudication provisions enable private parties to communicate their views to the agency decision makers. The judicial review provisions give private parties an opportunity to challenge the legality of those decisions. Any other methods of controlling administrative action, including executive, legislative, and internal supervision, are largely absent from the statute, although one means of legislative supervision, the report and wait

opgebouwd uit twee fundamentele categorieën: regelgevende of *rule making functions* enerzijds en rechterlijke of *adjudicative activities* anderzijds.

De APA maakt het onderscheid tussen *formal* en *informal rulemaking*. Bij *informal rulemaking* volstaat een korte procedure. Zo vereist de APA dat een agency op voorhand een aankondiging of notificatie moet doen in het *Federal Register* indien het voornemens heeft om een *rule* uit te vaardigen.<sup>1054</sup> Na deze aankondiging dient het agency de belanghebbenden te consulteren en dient het mogelijke bezwaren in acht te nemen.<sup>1055</sup> Na deze consultatieperiode publiceert het *agency* de *rule*, waarbij het aangeeft op welke manier zij de opmerkingen of bezwaren al dan niet in acht hebben genomen.<sup>1056</sup>

In uitzonderlijke gevallen moet het *agency* gebruik maken van de *formal rulemaking* procedure waarbij er gebruik wordt gemaakt van een hoorzitting. *Formal rulemaking* komt voor in twee omstandigheden: (1) where a statute provides that rules are "required to be made on the record after opportunity for an agency hearing"; and (2) in rulemakings that involve adjudicative facts, or facts specific to the rights of an individual.<sup>1057</sup> *Formal rulemaking* maakt dus gebruik van een hoorzitting en een officiële registratie en *informal rulemaking* van een notificatie en bezwarenprocedure.

**334.** FERC heeft de discretionaire bevoegdheid om *regulations* aan te nemen: "these regulations govern its own procedures as well as the transactions of regulated companies".<sup>1058</sup> Bij FERC doorlopen de voorgestelde *regulations* een *rulemaking process* waarbij een verzoekschrift kan worden ingediend door de energie-industrie, door specifieke bedrijven, bepaalde stakeholders en het publiek. Het proces doorloopt vier verschillende stappen: (1) petition for rulemaking; (2) notice of proposed rulemaking; (3) notice of final rulemaking; (4) rehearing of rulemaking.<sup>1059</sup> De procedure wijkt enigzins af van de procedure uit de APA, hetgeen toegelaten is aangezien *agencies* hun eigen procedures mogen opstellen. Bij het opstellen van deze *regulations* volgt FERC hoofdzakelijk de *informal rulemaking* procedure waarbij men een notificatie geeft van het voornemen om een *regulation* aan te nemen en men bezwaren van

---

requirement" in E. RUBIN, "It's Time to Make the Administrative Procedure Act Administrative", *Cornell Law Review* 2003, afl. 89, (95) 101.

<sup>1054</sup> 5 U.S. Code § 553: "[...] (b) General notice of proposed rule-making shall be published in the Federal Register, unless persons subject thereto are named and either personally served or otherwise have actual notice thereof in accordance with law. The notice shall include (1) a statement of the time, place, and nature of public rule making proceedings; (2) reference to the legal authority under which the rule is proposed; and (3) either the terms or substance of the proposed rule or a description of the subjects and issues involved. [...]"

<sup>1055</sup> 5 U.S. Code § 553: "(c) After notice required by this section, the agency shall give interested persons an opportunity to participate in the rule making through submission of written data, views, or arguments with or without opportunity for oral presentation. After consideration of the relevant matter presented, the agency shall incorporate in the rules adopted a concise general statement of their basis and purpose. When rules are required by statute to be made on the record after opportunity for an agency hearing, sections 556 and 557 of this title apply instead of this subsection".

<sup>1056</sup> T. ZWART, "Independent Regulatory Agencies in the US" in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), *Agencies in European and Comparative Law*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, (3) 10.

<sup>1057</sup> 5 U.S. Code § 556 – Hearings.

<sup>1058</sup> J. MCGREW, *Basic Practice Series: FERC Federal Energy Regulatory Commission*, Chicago, ABA Publishing, 2009, 251.

<sup>1059</sup> <https://www.ferc.gov/resources/processes/pro-rule.asp>.

belanghebbenden ontvangt. Naast regulations, neemt FERC ook orders aan.<sup>1060</sup> Orders zijn individuele beslissingen ("with regard to one or more specific company or with regard to an entire industry"),<sup>1061</sup> in tegenstelling tot regulations die een algemene draagwijdte hebben. De meeste orders van FERC zijn terug te vinden in the FERC Reporter, FERC's regulations worden officieel gepubliceerd in Titel 18 van the Code of Federal Regulations.<sup>1062</sup> Beiden zijn ook beschikbaar op de eLibrary van FERC's website.<sup>1063</sup>

**335.** Regelgeving dient democratisch tot stand te komen, waarbij *agencies* kampen met het probleem dat zij niet verkozen entiteiten zijn. De vraag rijst hoe het publiek de *agencies* kan controleren.<sup>1064</sup> Deze vraag wordt belangrijker aangezien *agencies* meer en meer (quasi-) legislatieve bevoegdheden (cf. uitvoerende regelgevende bevoegdheden) krijgen. Bovendien zijn de wetgevers (o.a. het Congres) volgens LORCH niet meer in staat om "intelligente vragen" te stellen met betrekking tot de zeer uiteenlopende en specifieke materies en beschikken zij eveneens niet over voldoende tijd. Dit kan de wetgever evenwel niet kwalijk genomen worden aangezien de tijden nu eenmaal veranderen en het regelgeven van de maatschappij (te) complex is geworden.<sup>1065</sup> *Democratic administration* houdt in dat de *agencies* zelf ervoor moeten zorgen dat de regels op een democratische wijze tot stand komen. Het is een methode die ervoor zorgt dat het administratieve proces op dergelijke wijze georganiseerd wordt dat het participatie door diegenen die beïnvloed worden door de beslissing in het beslissingsproces stimuleert (inputlegitimiteit). Consultatie is het hart van de democratische administratie.<sup>1066</sup> Men kan er dan ook terecht vanuit gaan dat indien de administratie op een democratische manier tewerk wil gaan, er geen effectieve noodzaak is aan een "democratische verkiezing". Democratie kan ook op andere manieren tot stand komen. Voor een groot deel hangt het democratisch gehalte ook samen met het professionalisme van de *agencies*, waarbij men doelt op de ontwikkeling van ethische en professionele standaarden (outputlegitimiteit).<sup>1067</sup>

## D. DE SCHEIDING DER MACHTEN

### 1. De scheiding der machten in België

#### 1.1. Algemeen

---

<sup>1060</sup> De term *order* wordt gedefinieerd in Chapter 5, Subchapter II, § 551, (6) van de Administrative Procedure Act als: "the whole or part of a final decision, whether affirmative, negative, injunctive, or declaratory in form, of an agency in a matter other than rule making but including licensing".

<sup>1061</sup> J. MCGREW, *Basic Practice Series: FERC Federal Energy Regulatory Commission*, Chicago, ABA Publishing, 2009, 251.

<sup>1062</sup> J. MCGREW, *Basic Practice Series: FERC Federal Energy Regulatory Commission*, Chicago, ABA Publishing, 2009, 247.

<sup>1063</sup> <http://www.ferc.gov/docs-filing/elibrary.asp>

<sup>1064</sup> R. LORCH, *Democratic Process and Administrative Law*, Detroit, Wayne State University Press, 1980, 99.

<sup>1065</sup> R. LORCH, *Democratic Process and Administrative Law*, Detroit, Wayne State University Press, 1980, 100.

<sup>1066</sup> R. LORCH, *Democratic Process and Administrative Law*, Detroit, Wayne State University Press, 1980, 100.

<sup>1067</sup> R. LORCH, *Democratic Process and Administrative Law*, Detroit, Wayne State University Press, 1980, 101.

**336.** Het principe van de scheiding der machten vindt zijn oorsprong in het werk "De l'esprit des lois" van MONTESQUIEU,<sup>1068</sup> waarin vermeld wordt dat het essentieel is hoe de macht in een rechtsstelsel verdeeld wordt. Net als LOCKE is MONTESQUIEU immers de opinie toegedaan dat machtsconcentratie in één hand – en de daaruit voortvloeiende willekeur – moest vermeden worden.<sup>1069</sup> MONTESQUIEU beschreef daarbij de Engelse staatsinrichting, waarbij hij een onderscheid maakte tussen een wetgevende, een uitvoerende en een rechterlijke macht.<sup>1070</sup> Het belangrijkste daarbij is dat het gezag in een staat verdeeld wordt over verschillende groepen of personen waardoor er verschillende machtscentra ontstaan die elkaar in evenwicht houden.<sup>1071</sup>

**337.** In de Belgische Grondwet vormt het principe van de scheiding der machten een van de uitgangspunten, hoewel het niet uitdrukkelijk geformuleerd is.<sup>1072</sup> Het blijkt immers uit de structuur van de Grondwet dat de grondwetgever de scheiding der machten als richtinggevend beginsel heeft gehanteerd.<sup>1073</sup> Verschillende organen kregen immers verschillende overheidsfuncties toebedeeld.<sup>1074</sup>

Artikel 36 van de Grondwet bepaalt dat "de federale wetgevende macht gezamenlijk wordt uitgeoefend door de Koning, de Kamer van volksvertegenwoordigers en de Senaat". Zij beschikken echter ook over enkele andere taken, die de bevoegdheid van organen uit een andere macht kunnen raken, zoals bijvoorbeeld de vaststelling van het legercontingent (art. 183 GW), het verlenen van naturalisaties (art. 9 GW), ...

De federale uitvoerende macht, zoals zij door de Grondwet is geregeld, berust bij de Koning (art. 37 GW). De Koning heeft echter geen andere macht dan die welke de Grondwet en de bijzondere wetten, krachtens de Grondwet zelf uitgevaardigd, hem uitdrukkelijk toekennen (art. 105 GW). Voor de uitoefening van de uitvoerende macht benoemt (en ontslaat) de Koning ministers en staatssecretarissen (art. 96 en 104 GW). De Koning is o.a. exclusief bevoegd voor het verlenen van de graden in het leger, het benoemen van ambtenaren en het bepalen van hun statuut (art. 107 GW), voor het nemen van verordeningen en besluiten die nodig zijn voor de uitvoering van de wetten, zonder de wetten

---

<sup>1068</sup> Het werk dateert uit 1748, maar werd opnieuw uitgebracht in 1979: C.L. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, I, Parijs, Garnier-Flammarion, 1979, 293. Zie T. DE PELSMARKER, G. GOEDERTIER, J. GOOSSENS, Y. HAECK en J. VANDE LANOTTE, *Handboek Belgisch Publiekrecht. Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 177 en R. DE LANGE, D. ELZINGA en H. HOOGERS, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer, Kluwer, 2014, 31.

<sup>1069</sup> K. RAES en D. VANDENDRIESSCHE, *Van rechtswege(n). Politieke en rechtsfilosofische stromingen door de eeuwen*, Gent, Story-Scientia, ii en 57; T. BELLEKOM, A. HERINGA, J. VAN DER VELDE en L. VERHEY, *Compendium van het staatsrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 19; C.A.J.M. KORTMANN, *Constitutioneel recht*, Deventer, Kluwer, 2008, 298.

<sup>1070</sup> Boek XI, Hoofdstuk VI.

<sup>1071</sup> P. SCHOLLEN, *De greep van de wetgever op de rechter*, Brugge, die Keure, 2011, 23; C. KORTMANN, *Constitutioneel recht*, Deventer, Kluwer, 2008, 299.

<sup>1072</sup> Het beginsel van de scheiding der machten zit in de Grondwet verankerd, zie A. ALEN, "De trias politica in grondwettelijk perspectief" in A. ALEN en L. WINTGENS (eds.), *De Trias Politica ruimer bekeken...*, Brussel, Larcier, 2000, 26.

<sup>1073</sup> T. DE PELSMARKER, G. GOEDERTIER, J. GOOSSENS, Y. HAECK en J. VANDE LANOTTE, *Handboek Belgisch Publiekrecht. Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 179.

<sup>1074</sup> P. SCHOLLEN, *De greep van de wetgever op de rechter*, Brugge, die Keure, 2011, 25.

te mogen schorsen of vrijstelling van hun uitvoering te mogen verlenen (art. 108 GW). De regering beschikt eveneens over een wetgevend initiatiefrecht (art. 75 GW) en stelt de algemene politieke beleidslijnen voor. Op het niveau van de gemeenschappen en gewesten wordt de wetgevende functie gezamenlijk uitgeoefend door een monocameraal parlement en een regering. De uitvoerende functie berust bij de gemeenschaps- en gewestregeringen.

De rechterlijke macht wordt uitgeoefend door de hoven en rechtbanken (art. 40 GW). De artikelen 144 en 145 van de Grondwet bepalen dat de gewone hoven en rechtbanken bij uitsluiting bevoegd zijn voor geschillen over burgerlijke rechten.<sup>1075</sup> De gewone hoven en rechtbanken worden in de Grondwet opgesomd,<sup>1076</sup> twee belangrijke rechtscolleges vallen buiten de rechterlijke macht, namelijk het Grondwettelijk Hof en de Raad van State. Zij vervullen wel een gerechtelijke functie. De Hoge Raad voor de Justitie wordt vermeld in artikel 151, § 2 van de Grondwet. Deze instantie kan onder geen van de drie machten worden geklasseerd (*sui generis*) aangezien zij een brug moet vormen tussen de wetgevende en uitvoerende macht enerzijds en de rechterlijke macht anderzijds.<sup>1077</sup>

De provinciale en gemeentelijke belangen worden door de provincies en de gemeenten behartigd (art. 41 GW). Hoewel de provincies en gemeenten een afzonderlijk artikel in de Grondwet krijgen en geplaatst worden onder Titel III "De Machten", wordt gesteld dat zij niet echt fungeren als een vierde macht, aangezien hun beslissingsbevoegdheid minder verregaand is.<sup>1078</sup> Anderen bestempelen bijvoorbeeld eerder "de media" als vierde macht.<sup>1079</sup>

## 1.2. Samenwerking der machten?

**338.** De scheiding der machten in België is geen strikte scheiding der machten maar eerder een samenwerking der machten.<sup>1080</sup> Er is immers niet vereist dat de verschillende gezagsdragers alle contact mijden.<sup>1081</sup> Het houdt wel in dat de machten elkaar controleren (*checks and balances*), maar ook dat zij

<sup>1075</sup> Artikel 144 GW: "De wet kan echter, volgens de door haar bepaalde nadere regels, de Raad van State of de federale administratieve rechtscolleges machtigen om te beslissen over de burgerrechtelijke gevolgen van hun beslissingen".

<sup>1076</sup> Artikelen 147, 151, 156, 157 en 158 van de Grondwet.

<sup>1077</sup> T. DE PELSMARKER, G. GOEDERTIER, J. GOOSSENS, Y. HAECK en J. VANDE LANOTTE, *Handboek Belgisch Publiekrecht. Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 182.

<sup>1078</sup> T. DE PELSMARKER, G. GOEDERTIER, J. GOOSSENS, Y. HAECK en J. VANDE LANOTTE, *Handboek Belgisch Publiekrecht. Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 182.

<sup>1079</sup> A. VIENNE, *Le quatrième pouvoir: la presse - son évolution, son influence*, Bruxelles, L'Eglantine, 1930, 167 p; K. WOUTERS, "Op welk nieuws heeft het publiek recht? De relatie tussen de derde en de vierde macht" in S. LUST en P. LUYPAERS (eds.), *Recht & media in een democratische rechtsstaat. Wie bewaakt de waakhond?*, Brugge, die Keure, 2010, 1-11; J. CLEMENT en M. VAN DE PUTTE, *De Vierde Macht: de gespannen driehoeksverhouding tussen media, gerecht en politiek*, Groot-Bijgaarden, Globe, 1996, 150 p; E. VAN BAREN, *Macht, Media en Montesquieu. Over nieuwe vormen van publieke macht en machtsevenwicht*, Leiden, Leiden University Press, 2009, 5.

<sup>1080</sup> A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 13 en 26; A. ALEN, "Scheiding of 'samenwerking' der machten", *Jura Falc.* 1992-1993, (13) 13; A. ALEN, "Séparation ou collaboration des pouvoirs", *AP* (Trimestriel) 1990, (221) 221; C. BAEKELAND, "De bijzondere machtenattributie binnen een periode van lopende zaken: een loopje met de grondwettelijke bevoegdheidsverdeling?", *TVW* 2011, afl. 3, (198) 199.

<sup>1081</sup> Ook MONTESQUIEU was geen voorstander van een absolute scheiding der machten, zie F. DELPEREE (ed.), *De scheiding der machten: twee eeuwen na Montesquieu*, Brussel, Koning Boudewijnstichting, 1998, 187 p. en A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 26.

samenwerken aangezien zij allen het algemeen belang dienen.<sup>1082</sup> De samenwerking tussen de machten blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat de Koning een initiatiefrecht heeft en dat voor de totstandkoming van een wet beiden – regering en parlement – moeten optreden.

**339.** De scheiding der machten houdt de onafhankelijkheid van elke macht ten aanzien van elkaar in. Deze onafhankelijkheid mag echter niet resulteren in absolute macht, vandaar dat controle en samenwerking essentiële elementen zijn bij de scheiding der machten. De regering wordt gerechtelijk gecontroleerd op de wettigheid van haar acties en wordt parlementair gecontroleerd via de politieke verantwoordelijkheid van de ministers en staatssecretarissen inzake de politieke opportuniteit. Het parlement kan de regering dan ook tot ontslag dwingen.<sup>1083</sup> Het parlement keurt ook de begroting van de regering goed. Het parlement wordt op zijn beurt eveneens gerechtelijk gecontroleerd door de hoven en rechtbanken op de verenigbaarheid van zijn handelen met de internationale normen en door het Grondwettelijk Hof op de verenigbaarheid met de Grondwet. Het parlement kan ook onder druk geplaatst worden door de regering, door o.a. de dreiging van het vallen van de regering en de daaruit voortvloeiende nieuwe verkiezingen (met de ontbinding van het parlement tot gevolg).<sup>1084</sup> De rechterlijke macht legt verantwoording af via de openbaarheid en de motiveringsplicht. De leden van de rechterlijke macht worden benoemd door de uitvoerende macht en de rechterlijke macht krijgt middelen van de wetgevende macht. De controle op de rechterlijke macht wordt eveneens uitgeoefend door de Hoge Raad voor de Justitie.<sup>1085</sup>

De scheiding der machten wordt ook niet op een dogmatische wijze ingevuld in die zin dat de drie machten enkel hun exclusieve uitvoerende, wetgevende en rechterlijke functie op zich mogen nemen.<sup>1086</sup> De omstandigheid dat de organen elk een hoofdfunctie vervullen, verhindert niet dat ze een aantal bijkomende functies vervullen, die kunnen raken aan de hoofdfuncties van de andere organen.<sup>1087</sup> Een voorbeeld hiervan is het parlementair onderzoek uitgevoerd door de wetgevende macht.

### 1.3. Wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht: organen of functies?

---

<sup>1082</sup> C. BAEKELAND, "De bijzondere machtenattributie binnen een periode van lopende zaken: een loopje met de grondwettelijke bevoegdheidsverdeling?", *TvW* 2011, afl. 3, (198) 199.

<sup>1083</sup> A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 144-148.

<sup>1084</sup> Zowel het Vlaams Parlement, het Waals Parlement, het Brussels Parlement als het Parlement van de Duitstalige Gemeenschap zijn echter legislatuurparlementen. Dit houdt in dat het parlement niet kan worden ontbonden voor de zittingsperiode van vijf jaar voorbij is. Als de regering valt dan moet een nieuwe regering gevormd worden met de huidige samenstelling van het parlement. Er kunnen dus geen vervroegde verkiezingen plaatsvinden. Zie hierover: K. MUYLLE, "Legislatuurparlement of legislatuurregering, een hervorming naar bestaande voorbeelden?", *Jura Falconis*, 1992-1993, (127) 129.

<sup>1085</sup> T. DE PELSMARKER, G. GOEDERTIER, J. GOOSSENS, Y. HAECK en J. VANDE LANOTTE, *Handboek Belgisch Publiekrecht. Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 185-186.

<sup>1086</sup> A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 26.

<sup>1087</sup> A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 26.



**340.** Het uitgangspunt van MONTESQUIEU is niet enkel dat de machten gescheiden moeten zijn, maar eveneens dat zij elkaars bevoegdheden moeten controleren. Uit dit systeem van *checks and balances* heeft men afgeleid dat de drie staatsfuncties niet in dezelfde handen mogen aanwezig zijn en moeten worden toegewezen aan afzonderlijke organen.<sup>1088</sup> Op die manier kreeg de scheiding der machten een invulling in de zin van drie machten als organen. Indien men vandaag de dag spreekt over de wetgevende macht, de uitvoerende macht en de rechterlijke macht, dan heeft men het vaak over de *organen*: de Kamer, de Senaat en de Koning; respectievelijk de Koning en de regering; de hoven en rechtbanken. Dit is een organieke invulling van het begrip “de machten”. In dit opzicht doet men echter afbreuk aan de complexe staatsstructuur waarbij er diverse organen zijn, andere dan de klassieke, die eveneens één van de drie (of verschillende) functies uitoefenen, denk maar aan de provincies of gemeenten.<sup>1089</sup>

**341.** Het is belangrijk om voor ogen te houden dat deze machten in de eerste plaats *functies* zijn en géén organen. Deze machten beschikken eerder over een bevoegdheidsverdelende rol. Zoals SCHOLLEN terecht stelt “[geeft] een organiek gebruik van de termen [...] de indruk dat elke macht overeenstemt met een bepaald geheel van staatsorganen, met uitsluiting van alle andere, die aan een eigen geheel van regels onderworpen zijn en die geen overlappings kennen”.<sup>1090</sup> De staatsorganen vallen immers niet perfect samen met “de machten”.<sup>1091</sup> “De machten” maken wel het voorwerp uit dat aan de organen werd toebedeeld, maar zijn niet – organiek – de organen zelf, hoewel men de termen vaak organiek gebruikt. Een orgaan kan immers verschillende functies uitoefenen, bv. de Koning. Het statuut van een overheidsinstelling wordt niet enkel en alleen bepaald door deze organiek in één van de drie grondwettelijk erkende machten te klasseren.<sup>1092</sup> De gemeenten en provincies oefenen bijvoorbeeld wetgevende en uitvoerende functies uit, maar vallen niet zozeer onder de uitvoerende of de wetgevende macht. Het gaat daarbij m.i. ook niet om een “vierde macht”, aangezien dit opnieuw een organieke opdeling is, waaraan geen extra overheidsfunctie kan worden toebedeeld. Hetzelfde geldt voor de gemeenschappen en de gewesten.

## **2. Machtenscheiding in Nederland**

### **2.1. Historisch perspectief**

---

<sup>1088</sup> F. SCHRAM, *Burger en Bestuur. Een introductie tot een complexe verhouding*, Brussel, Politeia, 2014, 75.

<sup>1089</sup> F. SCHRAM, *Burger en Bestuur. Een introductie tot een complexe verhouding*, Brussel, Politeia, 2014, 75.

<sup>1090</sup> P. SCHOLLEN, *De greep van de wetgever op de rechter*, Brugge, die Keure, 2011, 25.

<sup>1091</sup> Het beste voorbeeld daarbij is de Koning : “Le pouvoir législatif ne réside pas uniquement dans les chambres. Le chef de l’Etat n’est pas borné à l’exercice du pouvoir exécutif; il participe au pouvoir législatif”. Zie P. SCHOLLEN, *De greep van de wetgever op de rechter*, Brugge, die Keure, 2011, 25, met verwijzing naar J. RAIKEM, (Verslag namens de centrale afdeling over de titel “De Machten”), opgenomen in J. VANOVERLOOP, *Exposé des motifs de la constitution belge*, Brussel, Goemaere, 1864, 355.

<sup>1092</sup> P. SCHOLLEN, *De greep van de wetgever op de rechter*, Brugge, die Keure, 2011, 26.

**342.** Net als België wordt Nederland gekenmerkt door een machtscheiding.<sup>1093</sup> Historisch gezien is de scheiding der machten in 1814 als het ware gelijktijdig met de monarchie aangenomen, opdat de Koning zich niet tot een absolute monarch kon ontwikkelen.<sup>1094</sup> Men leek hierbij uit te gaan van een eerder strikte scheiding tussen de wetgevende, de uitvoerende en de rechtsprekende macht.<sup>1095</sup> Dit houdt in dat macht niet in handen van één enkel persoon of ambt moet worden gelegd. Macht bij de één dient een tegengewicht te hebben bij de ander.<sup>1096</sup> Ten tijde van Koning Willem I bestond een staatsrechtelijk opzet dat sterk geïnspireerd was op de ideeën van MONTESQUIEU. Hierbij oefende de Koning het landsbestuur uit, was de wetgever bevoegd inzake het privaatrechtelijke en strafrechtelijke terrein (monopolie van de wetgever) en waren de rechtbanken onafhankelijk en bevoegd inzake het beslechten van private geschillen.<sup>1097</sup> De macht van de Koning was vrij sterk, aangezien hij over een algemene regelingsbevoegdheid beschikte, enkel beperkt door het codificatieartikel uit de Grondwet (monopolie van de wetgever).<sup>1098</sup> Dit strookte niet met het legaliteitsbeginsel.<sup>1099</sup> In het kader van dit opkomende legaliteitsbeginsel werd wetgeving niet meer begrepen als de beperkte taak van de formele wetgever, maar meer in het algemeen als regelgeving. Wetgeving werd gezien als burgers bindende regelgeving, uitvoering werd toegespitst op toepassing van deze wettelijke regelgeving. BURKENS *et al.* stellen dat “wanneer we tegenwoordig over de zogenaamde trias politica praten, [we][denken] aan een onderscheid tussen wetgeving als regelgeving, uitvoering als de toepassing van deze regelgeving en rechtspraak als geschillenbeslechting ter zake en strafoplegging. Die functies zijn dan aan de staatsorganen wetgever, bestuur en rechterlijke macht toevertrouwd”.<sup>1100</sup> Het gaat daarbij om een rechtsstatelijke transformatie van het MONTESQUIEU-model. Volgens de auteurs houden de drie functies méér in dan enkel het formuleren van regelgeving of de loutere uitvoering daarvan. De regering verricht bijvoorbeeld ook tal van andere

<sup>1093</sup> A. HERINGA, J. VAN DER VELDE, L. VERHEY en W. VAN DER WOUDE, *Staatsrecht*, Deventer, Kluwer, 2012, 18; A. KORTMANN, *Constitutioneel recht*, Deventer, Kluwer, 2008, 48; T. BELLEKOM, A. HERINGA, J. VAN DER VELDE en L. VERHEY, *Compendium van het staatsrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 19; L. VERHEY en N. VERHEIJ, “De macht van de marktmeesters” in A. VAN ROSSUM, L. VERHEY en N. VERHEIJ (eds.), *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2005), Deventer, Kluwer, 2005, (139) 179.

<sup>1094</sup> A. KORTMANN, *Constitutioneel recht*, Deventer, Kluwer, 2008, 48.

<sup>1095</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 168.

<sup>1096</sup> M. BURKENS, H. KUMMELING, B. VERMEULEN en R. WIDDERSHOVEN, *Beginselen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Amsterdam, Kluwer, 2012, 109; E. VAN BAREN, *Macht, Media en Montesquieu. Over nieuwe vormen van publieke macht en machtsevenwicht*, Leiden, Leiden University Press, 2009, 5.

<sup>1097</sup> M. BURKENS, H. KUMMELING, B. VERMEULEN en R. WIDDERSHOVEN, *Beginselen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Amsterdam, Kluwer, 2012, 110.

<sup>1098</sup> Artikel 107 van de Nederlandse Grondwet staat bekend als het codificatie-artikel. Onder codificatie wordt verstaan het samenstellen en vaststellen van stelselmatige wetten in formele zin voor rechtsonderdelen van enige omvang, welke wetten binnen het nationale rechtsgebied overal gelijkelijk verbindende kracht bezitten. De codificatiebepaling beoogt een waarborg voor de rechtseenheid te geven, zie ook Memorie van toelichting bij Verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet van de bepalingen inzake de regeling van delen van het recht in algemene wetboeken en tot opnemng van een bepaling inzake algemene regels van bestuursrecht, *Kamerstukken II 1977/78*, 15 046, nr. 3, 3-4. Artikel 107 GW bepaalt: “1. De wet regelt het burgerlijk recht, het strafrecht en het burgerlijk en strafprocesrecht in algemene wetboeken, behoudens de bevoegdheid tot regeling van bepaalde onderwerpen in afzonderlijke wetten. 2. De wet stelt algemene regels van bestuursrecht vast”.

<sup>1099</sup> Zie hoger.

<sup>1100</sup> M. BURKENS, H. KUMMELING, B. VERMEULEN en R. WIDDERSHOVEN, *Beginselen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Amsterdam, Kluwer, 2012, 111.

(feitelijke) handelingen. Ook op al deze handelingen is de machtsverdeling van toepassing. Bovendien is de trias politica gedachte in Nederland eveneens slechts gedeeltelijk verwezenlijkt. Dit komt bijvoorbeeld tot uiting in het feit dat de regering en de Staten-Generaal in samenwerking de wet tot stand brengen (art. 81 GW).<sup>1101</sup>

## 2.2. Hedendaagse invulling

**343.** Machtenscheiding houdt in Nederland vandaag niet (meer) in dat de organen – de wetgevende, de uitvoerende en de rechterlijke macht – respectievelijk belast zijn met regelgeving, de toepassing ervan en de conflictbeslechting op grondslag ervan. Het gaat niet (meer) om een strikte scheiding der machten.<sup>1102</sup> De machtsverdeling houdt volgens BURKENS *et al.* wel in dat “bepaalde hoofdorganen in het staatsbestel – de Staten-Generaal, de regering en de rechterlijke macht – [...] belast [zijn] met bepaalde taken, die zij deels zelfstandig en deels in samenwerking met elkaar uitoefenen, waarbij sprake is van onderlinge afhankelijkheid en onderlinge controle”.<sup>1103</sup> De auteurs interpreteren de machtenscheiding daarbij *functioneel*. Machtverdeling gaat uit van de gedachte, dat overheidshandelingen functioneel van elkaar kunnen worden onderscheiden. Hierbij worden regelgeving, bestuur (uitvoering van de regelgeving) en rechtspraak als hoofdcategorieën aangemerkt.<sup>1104</sup> Men vervalt hierbij tot absolute machtsuitoefeningen en willekeur, wanneer deze drie functies aan eenzelfde overheidsorgaan worden toevertrouwd. Dit orgaan stelt dan immers de regels vast die het zelf gaat uitvoeren, terwijl het bovendien overtredingen van deze regels en conflicten zelf kan beoordelen en beslechten. Om dergelijke machtsconcentratie te voorkomen, worden in een rechtsstaat verschillende overheidsorganen belast met de behartiging van deze onderscheiden staatsstaken.<sup>1105</sup> Hierbij oefenen zij soms gezamenlijk een functie uit (regering en Staten-Generaal) en is er onderlinge controle. Dit systeem van machtsevenwicht en onderlinge wettelijke controle wordt ook wel een stelsel van *checks and balances* genoemd.<sup>1106</sup> Deze invulling van de machtenscheiding noemt men ook wel de **horizontale machtenscheiding**. Het Nederlandse constitutionele recht sluit wel aan bij de trias politica leer – het onderscheidt

<sup>1101</sup> C. KORTMANN, *Constitutioneel recht*, Deventer, Kluwer, 2008, 47.

<sup>1102</sup> L. VERHEY en N. VERHEIJ, “De macht van de marktmeesters” in A. VAN ROSSUM, L. VERHEY en N. VERHEIJ (eds.), *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2005), Deventer, Kluwer, 2005, (139) 179.

<sup>1103</sup> M. BURKENS, H. KUMMELING, B. VERMEULEN en R. WIDDERSHOVEN, *Beginselen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Amsterdam, Kluwer, 2012, 112.

<sup>1104</sup> M. BURKENS, H. KUMMELING, B. VERMEULEN en R. WIDDERSHOVEN, *Beginselen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Amsterdam, Kluwer, 2012, 47.

<sup>1105</sup> M. BURKENS, H. KUMMELING, B. VERMEULEN en R. WIDDERSHOVEN, *Beginselen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Amsterdam, Kluwer, 2012, 47.

<sup>1106</sup> C. KORTMANN, *Constitutioneel recht*, Deventer, Kluwer, 2008, 49; L. VERHEY en N. VERHEIJ, “De macht van de marktmeesters” in A. VAN ROSSUM, L. VERHEY en N. VERHEIJ (eds.), *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2005), Deventer, Kluwer, 2005, (139) 179; M. BURKENS, H. KUMMELING, B. VERMEULEN en R. WIDDERSHOVEN, *Beginselen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Amsterdam, Kluwer, 2012, 47; T. BELLEKOM, A. HERINGA, J. VAN DER VELDE en L. VERHEY, *Compendium van het staatsrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 19; M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 169; R. DE LANGE, D. ELZINGA en H. HOOGERS, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer, Kluwer, 2014, 642.

wetgeving, bestuur en rechtspraak – maar toch is deze scheiding volgens KORTMANN minder van belang dan het gehele stelsel van *checks and balances* in het constitutionele recht.<sup>1107</sup> Ook AELEN stelt dat tegenwoordig meer vanuit de *checks and balances* gedachte invulling wordt gegeven aan het principe van de machtenscheiding, waarbij de staatsmachten elkaar in evenwicht moeten houden. Hierbij geldt eveneens dat er niet *te veel* macht bij één orgaan zou mogen liggen.<sup>1108</sup>

**344.** Daarnaast bestaat er nog een **verticale machtenscheiding**. Dit creëert een *checks and balances* binnen het overheidsverband. Dit houdt in dat de bevoegdheden niet geconcentreerd blijven binnen de centrale overheid, maar worden gespreid over hogere en lagere overheden.<sup>1109</sup> Deze verdeling van bevoegdheden bevordert het *checks and balances* systeem.<sup>1110</sup> Er is bijgevolg een link tussen de rechtsstaat en de decentralisatie, hoewel decentralisatie als dusdanig niet een eis is die rechtstreeks voortvloeit uit de rechtsstatelijke eisen.<sup>1111</sup> De remedie tegen absolutistische bevoegdheidsuitoefening is immers volgens het rechtsstatelijk principe van de machtenscheiding, het verdelen van de macht over verschillende overheidsorganen. Dat moeten daarom niet *per se* de organen van de centrale overheid zijn. BURKENS *et al.* stellen terecht dat “door centrale en decentrale overheidsorganen ieder voor een deel met de uitvoering van overheidstaken en uitoefening van overheidsgezag te belasten, er een stelsel ontstaat waarin de verschillende overheidsorganen elkaar in evenwicht houden”.<sup>1112</sup>

### 3. Separation of powers in de VS

#### 3.1. Algemeen

**345.** Het principe van de scheiding der machten of de *separation of powers* wordt in de VS op federaal niveau als volgt ingevuld: de wetgevende macht wordt uitgeoefend door het bicameraal Congres (*Congress*), dat bestaat uit de Senaat (*the Senate*) en het Huis van Afgevaardigden (*the House of Representatives*);<sup>1113</sup> de uitvoerende macht behoort toe aan de President<sup>1114</sup> en de rechterlijke macht wordt in eerste instantie uitgeoefend door de federale rechter, met als hoogste instantie het *U.S. Supreme Court*.<sup>1115</sup> De eerste drie

---

<sup>1107</sup> A. KORTMANN, *Constitutioneel recht*, Deventer, Kluwer, 2008, 49.

<sup>1108</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 169.

<sup>1109</sup> T. BELLEKOM, A. HERINGA, J. VAN DER VELDE en L. VERHEY, *Compendium van het staatsrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 20.

<sup>1110</sup> M. BURKENS, H. KUMMELING, B. VERMEULEN en R. WIDDERSHOVEN, *Beginselen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Amsterdam, Kluwer, 2012, 299.

<sup>1111</sup> Op decentralisatie wordt later nog uitvoerig ingegaan.

<sup>1112</sup> M. BURKENS, H. KUMMELING, B. VERMEULEN en R. WIDDERSHOVEN, *Beginselen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Amsterdam, Kluwer, 2012, 299.

<sup>1113</sup> Article I US Constitution.

<sup>1114</sup> Article II US Constitution.

<sup>1115</sup> Article III US Constitution.

artikelen van de Grondwet hebben betrekking op de drie machten.<sup>1116</sup> Het systeem van de *checks and balances* is eveneens terug te vinden in verschillende artikelen van de Grondwet. Zo heeft de President een recht van veto inzake wetgeving. Dit vetorecht kan wel ongedaan gemaakt worden door het Congres indien er een gekwalificeerde meerderheid is. Het Congres kan de President uit zijn ambt ontzetten via de *impeachment* procedure, zij het niet bij gebrek aan vertrouwen maar enkel wegens verraad of het begaan van misdrijven. Het Congres heeft ook *the power of the purse*, of beheert met andere woorden het budget. De President benoemt de federale rechters. De federale rechter controleert via het rechterlijk toetsingsrecht de wetgeving en het handelen van de president. De Senaat tenslotte geeft ook advies en toestemming bij de rechterlijke benoemingen (en bij een veelheid van andere benoemingen, waaronder bijvoorbeeld de benoemingen van leden van *independent regulatory agencies*. Zie hoofdstuk 5). Het idee van de vrijheid staat centraal bij de Amerikaanse scheiding der machten, waarbij er zowel verticaal (federaal, deelstatelijk en lokaal) als horizontaal (*legislative, executive and judicial*) bevoegdheden werden verspreid.<sup>1117</sup>

### 3.2. “Headless fourth branch”?

**346.** Het Congres heeft de bevoegdheid om *independent regulatory agencies* (IRA's) te creëren. De IRA's werden dan ook aanvankelijk – reeds vanaf de oprichting van de *Interstate Commerce Commission* (ICC) – beschouwd als een *arm of Congress*, waarbij zij bovendien *legislative* of *quasi-legislative* bevoegdheden toebedeeld kregen.<sup>1118</sup> De term ***arms of Congress*** sloeg bijgevolg op het feit dat de “independent regulatory agencies do things which Congress itself might do had it the time and expert knowledge”.<sup>1119</sup> De IRA's kregen nadien evenwel ook rechterlijke, quasi-rechterlijke (*quasi-judicial*) én zelfs uitvoerende taken toebedeeld.<sup>1120</sup> Het toekennen van (quasi-)rechterlijke en (quasi-)legislatieve taken aan de IRA's werd in de VS slechts in beperkte mate in vraag gesteld.<sup>1121</sup> Reeds van bij het begin werd ook aanvaard dat het Congres (quasi-)rechterlijke bevoegdheden kon toekennen aan de IRA's. Zoals nog zal blijken, lagen de uitvoerende bevoegdheden moeilijker.

<sup>1116</sup> L. TRIBE, *American Constitutional Law*, New York, Foundation Press, 2000, 7.

<sup>1117</sup> S. LAVRIJSEN, “An Analysis of the Constitutional Position of the US Independent Agencies” in R. CARANTA, D. FAIRGRIEVE en M. ANDENAS (eds.), *Independent Administrative Authorities*, London, British Institute of International and Comparative Law 2004, (1) 1.

<sup>1118</sup> G. MILLER, “Independent Agencies”, *The Supreme Court Review* 1986, (41) 43: “One of the principal structural approaches used to justify independent agencies is what might be called the “arm of the Congress” theory. According to this view, independent agencies function essentially as agencies of Congress and should be located within the legislative branch of government. Because they are within the legislative branch, so this argument goes, there is no violation of the tripartite principle of separation of powers”.

<sup>1119</sup> R. CUSHMAN, “Constitutional Status of the Independent Regulatory Commissions”, *Cornell Law Review* 1939, (163) 165.

<sup>1120</sup> P. STRAUSS, “The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch”, *Columbia Law Review* 1984, Vol. 84, (573) 577.

<sup>1121</sup> Zie evenwel de discussie hiervoor over de al dan niet correcte benaming van de bevoegdheden als wetgevend of legislatief.

347. Na het arrest *Humphrey's Executor v. United States* (1935) werd het duidelijk dat de IRA's **traditioneel** als *arm of Congress* beschouwd worden omwille van hun afstand ten aanzien van de President (*infra* nr. 821, hoewel zij vandaag formeel als uitvoerend worden gezien, *infra* nr. 437).<sup>1122</sup> Uit het arrest bleek namelijk dat de term "independent" moest worden ingevuld als "the freedom from the normal control exercised by the President over his subordinates, not independence in the geographical sense of being outside the ten executive departments".<sup>1123</sup> In *Humphrey's* besliste het *U.S. Supreme Court* dat de "for cause removal"-bepaling, hoewel deze de macht van de President beperkte, grondwettig was aangezien de leden van de *Federal Trade Commission* (FTC) quasi-legislatieve en quasi-rechterlijke functies uitoefenden.<sup>1124</sup> Het *U.S. Supreme Court* kwam tot deze beslissing omwille van het feit dat President Franklin D. Roosevelt, William Humphrey - een lid van de FTC - omwille van louter politieke redenen wenste te ontslaan. De *Federal Trade Commission Act* stelde echter duidelijk dat de President de leden van de FTC enkel uit hun ambt kon ontzetten, omwille van "inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office".<sup>1125</sup> Het *U.S. Supreme Court* oordeelde dat de FTC een **quasi-legislatieve entiteit** was waardoor de President de leden van de FTC niet zomaar, omwille van louter politieke redenen, uit hun ambt kon verwijderen. Deze regeling had tot gevolg dat de grondwettelijke bevoegdheid van de President (artikel II van de Amerikaanse Grondwet) werd beperkt door de *Statutes*, uitgevaardigd door het Congres. Door *Humphrey's Executor v. United States* verkregen de IRA's, door het *U.S. Supreme Court*, een grondwettelijke status, los van de drie machten. De grondwettelijkheid vloeide volgens het Hof voort uit de speciale constitutionele status van de IRA's, waarbij ze in het constitutionele landschap een plaats innemen *buiten de drie traditionele machten*.<sup>1126</sup> Dit omwille van het feit dat ze zowel wetgevende, uitvoerende als rechterlijke functies uitoefenen.<sup>1127</sup> Het idee hierbij is dat wanneer het Congres een IRA *for cause* ontslagbescherming geeft, het dit *agency* in een speciale constitutionele categorie wenst onder te brengen, hetgeen eveneens gepaard gaat met andere beschermingsmogelijkheden tegen Presidentiele controle. Volgens sommige auteurs doet dit een onconstitutionele

<sup>1122</sup> *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602, 79 L. Ed. 1611 (1935). Zie hierover meer in het volgende hoofdstuk, in punt 4.4.5.

<sup>1123</sup> R. CUSHMAN, "Constitutional Status of the Independent Regulatory Commissions", *Cornell Law Review* 1939, (163) 167.

<sup>1124</sup> *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602, 79 L. Ed. 1611 (1935) en <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/295/602/case.html>: "1. The Federal Trade Commission Act fixes the terms of the Commissioners and provides that any Commissioner may be removed by the President for inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office. Held that Congress intended to restrict the power of removal to one or more of those causes 2. This construction of the Act is confirmed by a consideration of the character of the Commission -- an independent, nonpartisan body of experts, charged with duties neither political nor executive, but predominantly quasi-judicial and quasi-legislative, and by the legislative history of the Act. 4. The authority of Congress, in creating quasi-legislative or quasi-judicial agencies, to require them to act in discharge of their duties independently of executive control cannot well be doubted, and that authority includes, as an appropriate incident, power to fix the period during which they shall continue in office, and to forbid their removal except for cause in the meantime."

<sup>1125</sup> Federal Trade Act" (FTA), 38 Stat. 717 (26 September 1914). Codified 15 U.S.C. §41.

<sup>1126</sup> *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 630.

<sup>1127</sup> A. MORRISON, "How independent are independent regulatory agencies?", *Duke Law Journal*, 1998, (252) 252.

“**Headless Fourth Branch**” ontstaan.<sup>1128</sup> Het Hof stelde immers dat de FTC niet specifiek gesitueerd kon worden binnen een bepaalde macht: “the agency was not only wholly disconnected from the executive department, but [...] was created by Congress as a means of carrying into operation legislative and judicial powers, and as an agency of the legislative and judicial departments”.<sup>1129</sup>

De zaak *Humphrey’s* had betrekking op de *Federal Trade Commission*, een instantie die niet over uitvoerende functies beschikte, enkel over rechterlijke en legislatieve functies.<sup>1130</sup> Dat de macht van de President – bij het ontbreken van uitvoerende functies – beperkt werd tot de *for cause* ontslagmogelijkheden werd dan ook vrij algemeen aanvaard. De President heeft immers de *executive power*,<sup>1131</sup> niet de gerechtelijke of legislatieve macht en moet erop toezien dat “the Laws be faithfully executed”.<sup>1132</sup> Bij *executive agencies* moet hij over alle ontslagmogelijkheden beschikken (*at his pleasure*).

**348.** De meeste IRA’s in de VS beschikken echter over zowel gerechtelijke, legislatieve als uitvoerende bevoegdheden. De constitutionele status van deze instanties werd niet getroffen door het arrest *Humphrey’s*, dat enkel inging op het onderscheid tussen loutere *executive agencies* (“at his pleasure”) en IRA’s met enkel rechterlijke/legislatieve taken (“for cause”). De meest voorkomende **mengvorm** (IRA’s met rechterlijke, legislatieve én uitvoerende taken) werd niet behandeld en bijgevolg bleef het onduidelijk welke ontslagbevoegdheden de President had ten aanzien van deze mengvorm IRA’s. Op dat moment, na het arrest *Humphrey’s*, ging men er van uit dat het *U.S. Supreme Court* zich hierover ging buigen en een praktische oplossing ging geven voor dit probleem. Hierbij nam CUSHMAN aan dat “the doctrine of the separation of powers will weigh less than the considerations of policy”.<sup>1133</sup> Volgens hem is het duidelijk dat de constitutionele verantwoording voor de onafhankelijkheid het uitvoeren van *gerechtelijke* taken is, waarbij het Congres IRA’s mag instellen ter vervulling van die taken. Van zodra er echter een overgewicht is aan uitvoerende taken stelt de auteur, dan moet de President over zijn volledige ontslagbevoegdheden (*at his pleasure*) kunnen beschikken.<sup>1134</sup>

---

<sup>1128</sup> K. DATLA en R.L. REVESZ, “Deconstructing independent agencies (and executive agencies)”, *Cornell Law Review* 2012-2013, 7(769) 774.

<sup>1129</sup> *Humphrey’s Executor v. United States*, 295 U.S. 630.

<sup>1130</sup> S. LAVRIJSEN, “An Analysis of the Constitutional Position of the US Independent Agencies” in R. CARANTA, D. FAIRGRIEVE en M. ANDENAS (eds.), *Independent Administrative Authorities*, London, British Institute of International and Comparative Law 2004, (1) 14.

<sup>1131</sup> Article II US Constitution, section 1, 1: “The executive Power shall be vested in a President of the United States of America”.

<sup>1132</sup> Article II US Constitution, section 3: “[...] he shall take Care that the Laws be faithfully executed, and shall Commission all the Officers of the United States”.

<sup>1133</sup> R. CUSHMAN, “Constitutional Status of the Independent Regulatory Commissions”, *Cornell Law Review* 1939, (163) 174.

<sup>1134</sup> R. CUSHMAN, “Constitutional Status of the Independent Regulatory Commissions”, *Cornell Law Review* 1939, (163) 174.

349. Vandaag zijn de meeste IRA's mengvormen en beschikken zij over drie verschillende functies (rechterlijk, legislatief en uitvoerend). Dus zelfs indien een IRA over uitvoerende functies beschikt, blijft de macht van de President beperkt tot de *for cause* ontslagmogelijkheden. Uit de rechtspraak van het *U.S. Supreme Court* blijkt dat de bevoegdheden uit de "drie machten" door elkaar mogen lopen. Zoals CUSHMAN reeds in 1939 aannam, gaat het *U.S. Supreme Court* uit van de primaire bevoegdheid van het Congres om, indien nodig, de overheidsstructuur aan te passen aan nieuwe beleidsoverwegingen.<sup>1135</sup> Het Hof vult het principe van de scheiding der machten eerder op een functionele manier in.<sup>1136</sup>

350. Het arrest ***Morrison vs. Olson*** (1988) van het *U.S. Supreme Court* verduidelijkt één en ander.<sup>1137</sup> Zo stelt het Hof dat het arrest *Humphrey's* inderdaad voor een onderscheid zorgt tussen *executive* en *independent agencies*, maar dat het niet duidelijk is wanneer men nu precies een uitvoerende of een quasi-rechterlijke of quasi-legislatieve rol vervult. De zaak *Morrison vs. Olson* had betrekking op een samenloop van alle drie de functies. Olson (de *Assistant Attorney General for the Office of Legal Counsel*, een *executive branch agency*) vroeg aan het hoofd van EPA (het *Environmental Protection Agency*), op vraag van President Reagan, om bepaalde informatie achter te houden voor het Congres. Het Congres, via het *House of Representatives Judiciary Committee*, stelde op dat moment een onderzoek in waaruit bleek dat Olson valse verklaringen had afgelegd. Het rapport werd doorgestuurd naar de *Attorney General (executive branch)* die mevrouw Morrison aanduidde als een *independent counsel*. Mevrouw Morrison kreeg hiertoe uitvoerende bevoegdheden om onregelmatigheden en misbruik bij de uitvoerende macht bloot te leggen. Olson stelde dat deze uitvoerende bevoegdheden een "hybrid fourth branch" creëerden. Morrison voerde aan dat de bevoegdheden nodig waren om toezicht uit te oefenen om misbruik door de uitvoerende macht bloot te leggen. Het Hof stelde dat de bepaling inzake het aanstellen van een onafhankelijke adviseur geen inbreuk vormde op de scheiding der machten.<sup>1138</sup> Hoewel het de *Attorney General* was die de onafhankelijke adviseur (met uitvoerende bevoegdheden) "for good cause" kon ontslaan, en niet de President, hield ook dit volgens het Hof geen inbreuk in op de door de Grondwet toegekende bevoegdheden aan de President en de machtscheiding.<sup>1139</sup> Het

---

<sup>1135</sup> S. LAVRIJSEN, "An Analysis of the Constitutional Position of the US Independent Agencies" in R. CARANTA, D. FAIRGRIEVE en M. ANDENAS (eds.), *Independent Administrative Authorities*, London, British Institute of International and Comparative Law 2004, (1) 2.

<sup>1136</sup> S. LAVRIJSEN, "An Analysis of the Constitutional Position of the US Independent Agencies" in R. CARANTA, D. FAIRGRIEVE en M. ANDENAS (eds.), *Independent Administrative Authorities*, London, British Institute of International and Comparative Law 2004, (1) 3.

<sup>1137</sup> *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (1988).

<sup>1138</sup> *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (1988): 4. "The Act does not violate separation of powers principles by impermissibly interfering with the functions of the Executive Branch". Pp. 487 U. S. 685-696.

<sup>1139</sup> *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 658: "the Act's provision restricting the Attorney General's power to remove the independent counsel to only those instances in which he can show "good cause," taken by itself, does not impermissibly interfere with the President's exercise of his constitutionally appointed functions. Here, Congress has not attempted to gain a role in the removal of executive officials other than its established powers of impeachment and conviction. The Act instead puts the removal power squarely in the hands of the Executive Branch. The analysis contained in this Court's



Hof stelde uitdrukkelijk dat "the determination of whether the Constitution allows Congress to impose a "good cause"-type restriction on the President's power to remove an official does not turn on whether or not that official is classified as "purely executive".<sup>1140</sup> Het Hof erkent daarmee de grondwettigheid van de IRA's, zolang het Congres maar op een aanvaardbare wijze de bevoegdheden van de President aantast en dit ongeacht de aard van de bevoegdheden van de IRA's.<sup>1141</sup> Dus zelfs al hebben de IRA's uitvoerende bevoegdheden dan nog mag het Congres de bevoegdheden van de President beperken door een "for cause" of "good cause" bepaling in te stellen. Het Hof stelt immers dat "the congressional determination to limit the Attorney General's removal power was essential, in Congress' view, to establish the necessary independence of the office of independent counsel". De scheiding der machten wordt niet bijzonder strikt, maar eerder functioneel gehanteerd door het *U.S. Supreme Court* (ter bescherming van de onafhankelijkheid, zie ook *infra* nr. 358).

### 3.3. Twee theorieën

**351.** Nagenoeg elk standpunt in de Amerikaanse rechtsleer dat betrekking heeft op de constitutionele status van de IRA's – maar ook discussies inzake de benoemingen, de ontslagen, de financiering,... van de IRA's in de VS – kan worden ondergebracht in één van de twee rechtstheoretische benaderingen van het principe van de **scheiding der machten**. Eén categorie van rechtsgeleerden houdt daarbij op vrij strikte wijze vast aan een eerder letterlijke interpretatie van de Grondwet en pleit daarbij voor een *unitaire* benadering, terwijl de andere categorie pleit voor een *functionele* benadering waarbij geen enkele macht strikt van elkaar gescheiden kan worden.

#### 3.3.1. *Unitaire of formele benadering*

**352.** Door *Humphrey's* verkregen IRA's een grondwettelijke status en werd het aan het Congres uitdrukkelijk toegestaan om de uitvoerende bevoegdheden van de President te beperken. Bovendien stelde het *U.S. Supreme Court* in *Humphrey's* dat IRA's hun taken dienen uit te oefenen *independently of executive control*. Aanhangers van de "Unitary Executive Theory" zijn het niet eens met deze rechtspraak en beschouwen de IRA's als een *Headless Fourth Branch*: ongrondwettelijke entiteiten die buiten de drie machten worden geplaatst zonder dat de President er (voldoende) controle kan over uitoefenen ("Headless"). De term "Headless Fourth Branch" dook voor het eerst op in 1936, in een rapport van het *Committee on Administrative Management (Brownlow*

---

removal cases is designed not to define rigid categories of those officials who may or may not be removed at will by the President, but to ensure that Congress does not interfere with the President's exercise of the "executive power" and his constitutionally appointed duty to "take care that the laws be faithfully executed" under Article II".

<sup>1140</sup> *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 658 (1988).

<sup>1141</sup> S. LAVRIJSEN, "An Analysis of the Constitutional Position of the US Independent Agencies" in R. CARANTA, D. FAIRGRIEVE en M. ANDENAS (eds.), *Independent Administrative Authorities*, London, British Institute of International and Comparative Law 2004, (1) 19.

*Committee or Commission* - 1937).<sup>1142</sup> Het Comité had immers vastgesteld dat er meer dan 100 verschillende *departments, boards, commissions, corporations, authorities and agencies* bestonden die de taken van de uitvoerende macht uitoefenden, hetgeen ervoor zorgde dat de President hier onmogelijk voldoende controle kon op uitoefenen. Bovendien bekritiseerde het Comité het gebruik van *boards* en *commissions* en beklemtoonde het dat "...out that the practice of creating independent regulatory commissions, who perform administrative work in addition to judicial work, threatens to develop a "fourth branch" of the Government for which there is no sanction in the Constitution".<sup>1143</sup> Het Comité vreesde dat de IRA's het grondwettelijke principe van de scheiding der machten (*separation of powers*) zouden schenden.

De *Unitary Executive Theory* is gebaseerd op artikel 2 van de Amerikaanse Grondwet en het samenlezen van twee specifieke secties. Sectie 1 van dat artikel bepaalt dat: "The executive power shall be vested in a President of the United States of America". Dit wordt ook wel de *Vesting Clause* genoemd. Sectie 3 bepaalt dan weer: "[...] he shall take care that the laws be faithfully executed, and shall commission all the officers of the United States". Dit is de *Take Care Clause*. Uit deze bepalingen en uit een aantal historische elementen, leiden de aanhangers van deze theorie af dat de *Founding Fathers* de bedoeling zouden gehad hebben om de volledige ("the executive power shall be vested in a President") uitvoerende macht bij de President onder te brengen.<sup>1144</sup> De gevolgen hiervan zijn dat het Congres ten eerste niet over de bevoegdheid beschikt om IRA's op te richten buiten de uitvoerende macht en ten tweede ook niet over de bevoegdheid beschikt om de President op afstand te plaatsen.<sup>1145</sup> Doet het Congres dit wel dan is er sprake van een schending van de scheiding der machten.

**353.** Binnen de *Unitary Executive Theory* zijn er verschillende standpunten waar te nemen: van een heel sterke vorm van unitarisme tot een zwakkere vorm. MANHEIM en IDES verduidelijken dat de theorie in zijn extreme vorm zelfs het toezicht en de controle op de uitvoerende macht door het Congres en de

---

<sup>1142</sup> Summary of the Report of the Committee on Administrative Management, *January 12, 1937*, <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=15342>: "The Committee on Administrative Management also condemns all other boards and commissions when used for management, and recommends that they be abolished and their work transferred to the regular departments, in which there would be set up, wherever needed, a commission or board to deal exclusively with the judicial phases of the work. The Committee points out that the independent commissions have been created one by one over the past 50 years, and that they threaten in time to become "a headless fourth branch of the Government, not contemplated by the Constitution, and not responsible administratively either to the President, to the Congress, or to the Courts".

<sup>1143</sup> F. ROOSEVELT, "Message to Congress Recommending Reorganization of the Executive Branch", 12 Januari 1937.

<sup>1144</sup> S. CALABRESI en K. RHODES, "The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary", *Harvard Law Review* 1992, (1153) 1165; G. MILLER, "Independent Agencies", *The Supreme Court Review* 1986, (41) 54 en 57: "I believe that the classical approach is the superior mode for analyzing separation of powers questions, for several reasons. First, it is congenial to the purposes of the Framers. If the history of the framing of the Constitution shows us anything, it is that the Framers viewed the separation of powers as the single greatest protection against the danger of tyranny that inheres in the process of government itself. To this end they divided the government among three branches and carefully worked out the system of checks and balances among them. [...]. The neoclassical approach suggests that the starting point for analysis is the text of the Constitution, interpreted in light of the tripartite structure established by the Framers".

<sup>1145</sup> S. CALABRESI en K. RHODES, "The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary", *Harvard Law Review* 1992, (1153) 1165-1166.

rechterlijke macht niet aanvaardt.<sup>1146</sup> Zo zijn bijvoorbeeld CALABRESI, LAWSON en MILLER voorstanders van een sterke unitaire uitvoerende macht. CALABRESI en LAWSON argumenteren dat "the Vesting Clause of Article II constitutionally vests all of the "executive Power" of the United States in a President, who personally stands at the apex of a unitary executive department and exercises supervisory power over **all subordinates** within his department".<sup>1147</sup> Volgens CALABRESI en RHODES zouden de opstellers van de Grondwet het Congres gezien hebben als "the most dangerous branch, over the distribution of power within the executive department".<sup>1148</sup> Het praktische gevolg van de unitaire theorie is volgens de auteurs dan ook dat "it renders unconstitutional independent agencies and counsels to the extent that they exercise discretionary executive power". IRA's en de discretionaire bevoegdheden die zij uitoefenen zijn volgens de auteurs bijgevolg geheel ongrondwettig. MILLER stelt dat "the notion of an agency that is neither legislature nor court, yet is independent of the executive branch, is exceedingly difficult to reconcile with a tripartite structure of government".<sup>1149</sup> De auteur stelt dan ook dat IRA's een institutionele anomalieën zijn die opgericht zijn zonder rekening te houden met de scheiding der machten.<sup>1150</sup> Aanhangers van de unitaire theorie zijn dan ook hevige voorstander van sterke presidentiële controle:

"Unitary executive theorists concede that Congress has broad power under the Necessary and Proper Clause to structure the executive department, just as Congress has broad power under that clause to structure the inferior federal courts. They maintain, however, that "no matter what structure Congress selects however, the **President** must retain the **authority** to give **directives** to the officers who assist him."<sup>1151</sup>

**354.** Binnen de *Unitary Executive Theory* aanhangers is er echter ook discussie over hoe ver deze presidentiële controle moet gaan: daarbij gaat het van een indeplaatsstelling door de President, die een beslissing moet kunnen nemen in plaats van het *agency*, tot een veto-mogelijkheid door de President, waarbij hij een beslissing van het *agency* tegenhoudt, tot de minst strenge mogelijkheid, een ontslag *at will* (in plaats van *for cause*).<sup>1152</sup> Zo stelt MILLER dat de *for cause* bescherming niet kan spelen wanneer een *officer* een taak-gerelateerde instructie van de President heeft genegeerd:

"Congress may not constitutionally restrict the President's power to remove officials who fail to obey these presidential instructions [...]. Analysis of various factors bearing

<sup>1146</sup> K. MANHEIM en A. IDES, "The Unitary Executive", *Los Angeles Lawyer* 2006, (24) 27.

<sup>1147</sup> S. CALABRESI en G. LAWSON, "The Unitary Executive, Jurisdiction Stripping, And The Hamdan Opinions: A Textualist Response To Justice Scalia", *Columbia Law Review* 2007, (1002) 1006.

<sup>1148</sup> S. CALABRESI en K. RHODES, "The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary", *Harvard Law Review* 1992, (1153) 1156.

<sup>1149</sup> G. MILLER, "Independent Agencies", *The Supreme Court Review* 1986, (41) 43.

<sup>1150</sup> G. MILLER, "Independent Agencies", *The Supreme Court Review* 1986, (41) 96.

<sup>1151</sup> L. LIBERMAN, "Morrison v. Olson: A Formalist Perspective on Why the Court Was Wrong", *American University Law Review* 1989, (313) 316; S. CALABRESI en K. RHODES, "The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary", *Harvard Law Review* 1992, (1153) 1168.

<sup>1152</sup> S. CALABRESI en K. RHODES, "The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary", *Harvard Law Review* 1992, (1153) 1165-1166; L. LIBERMAN, "Morrison v. Olson: A Formalist Perspective on Why the Court Was Wrong", *American University Law Review* 1989, (313) 353; Deze verschillende controlevormen worden nog verder besproken in het zesde hoofdstuk met betrekking tot de verantwoordingsplicht van de energieregulatoren.

on the separation of powers analysis suggests that the President must have the power to remove policy-making officials of agencies, whether or not denominated as "independent," when the officials fail to follow a presidential instruction to carry out an action otherwise within their statutory discretion (or to refrain from carrying out an action when they enjoy discretion not to act). Although the President cannot personally take the action necessary to implement a statutory authority vested in particular agencies, the President can make his or her views known to the agency official and can remove the official if the ultimate decision is contrary to the President's instructions".<sup>1153</sup>

**355.** Wat MILLER betreft zijn IRA's gewone *administrative agencies*.<sup>1154</sup> Ook DATLA en REVESZ stellen dat er in de praktijk eigenlijk geen sprake is van een onderscheid tussen IRA's en *executive agencies*.<sup>1155</sup> Uit hun onderzoek, waarbij 81 *executive* en *independent agencies* werden onderzocht, kan volgens hen immers worden afgeleid dat het fundamentele criterium (de 'for cause'-bepaling) toch niet zo doorslaggevend is.<sup>1156</sup> Bij slechts een beperkt aantal IRA's zou er in de toepasselijke statutes een 'for cause' bepaling zijn ingeschreven. Bovendien blijkt dat verschillend onafhankelijkheidscriteria<sup>1157</sup> eveneens voorkwamen bij *executive agencies*. Volgens de auteurs is het onderscheid, ingevoerd in 1938, dan ook verouderd en achterhaald. De *agencies* zijn volgens DATLA en REVESZ allen *executive agencies*, waarbij de één meer structureel of functioneel onafhankelijk is dan de ander, en dit op voorwaarde dat deze onafhankelijkheid uitdrukkelijk in de *Statutes* werd vastgelegd. De 'headless fourth branch' is volgens de auteurs ongrondwettelijk. De uiteindelijke verzoening met het principe van de scheiding der machten zou er volgens de aanhangers van het unitarisme dus slechts komen indien de IRA's *executive agencies* zouden worden.

**356.** SUNSTEIN en LESSIG zien de *Unitary Executive Theory* eerder als een theorie die in de twintigste eeuw is ontstaan en niet noodzakelijk voortvloeit uit historische argumenten.<sup>1158</sup> De opstellers van de Grondwet konden volgens de auteurs op dat moment immers nog geen rekening houden met het feit dat het administratieve overheidsapparaat zo exponentieel ging groeien. Bovendien kreeg het Congres volgens de auteurs duidelijk de bevoegdheid om de *executive branch* te structureren (vloeit voort uit de *Necessary and Proper Clause*)<sup>1159</sup> en kon het Congres, reeds van bij het begin van het opstellen van de Grondwet, bepaalde *officials* zoals de *Comptroller* op afstand plaatsen van de President.<sup>1160</sup>

<sup>1153</sup> G. MILLER, "Independent Agencies", *The Supreme Court Review* 1986, (41) 97.

<sup>1154</sup> G. MILLER, "Independent Agencies", *The Supreme Court Review* 1986, (41) 97.

<sup>1155</sup> K. DATLA en R.L. REVESZ, "Deconstructing independent agencies (and executive agencies)", *Cornell Law Review* 2012-2013, 7(769) 772.

<sup>1156</sup> K. DATLA en R.L. REVESZ, "Deconstructing independent agencies (and executive agencies)", *Cornell Law Review* 2012-2013, 784.

<sup>1157</sup> Voor een meer gedetailleerde weergave hiervan, zie punt B. Independent Regulatory Agencies in de VS in het volgende hoofdstuk.

<sup>1158</sup> C. SUNSTEIN en L. LESSIG, "The President and the Administration", *Columbia Law Review* 1994, (2) 2.

<sup>1159</sup> Artikel 1, Sectie 8: "The Congress shall have Power ... To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof".

<sup>1160</sup> C. SUNSTEIN en L. LESSIG, "The President and the Administration", *Columbia Law Review* 1994, (2) 97: "In the original understanding, officials who exercise the President's enumerated powers must operate under his control. But Congress was originally entitled to immunize some officials from presidential control when it thought proper - in particular, if those officials operated like judges, or if their duties were ministerial, or even if (as in the case of the

Wanneer er duidelijk sprake is van *judicial of legislative functions*, moet onafhankelijkheid ten aanzien van de President mogelijk zijn, aldus de auteurs en ze geven daarbij het voorbeeld van de *Federal Reserve Board*.<sup>1161</sup> De auteurs zijn evenwel voorstander van een **sterke unitaire theorie**, gebaseerd op wat zij noemen de "gewijzigde omstandigheden". Na de New Deal (jaren 30) begon de *nondelegation doctrine* immers af te brokkelen en werden op grote schaal discretionaire beleidsbevoegdheden toegekend aan administratieve overheden, waaronder de IRA's.<sup>1162</sup> Ook MANHEIM en IDES stellen dat de theorie een product is uit de twintigste eeuw.<sup>1163</sup> Hetgeen volgens SUNSTEIN en LESSIG wel blijkt uit de geschiedenis is dat de opstellers van de Grondwet voldoende *accountability* en *checks and balances* wilden invoegen, zeker indien er sprake is van *policy making powers*.<sup>1164</sup> De ruime discretionaire beleidsbevoegdheden houden volgens de auteurs de noodzaak aan sterke **presidentiële controle** in.<sup>1165</sup> Zo moet de President volgens hen over ruime ontslagmogelijkheden beschikken en dient de *for cause* bepaling ruim te worden geïnterpreteerd.<sup>1166</sup>

KAVANAUGH volgt SUNSTEIN en LESSIG in die zin dat hij stelt dat "in some situations it may be worthwhile to insulate particular agencies from direct presidential oversight or control – the Federal Reserve Board may be one example, due to its power to directly affect the short-term functioning of the U.S. Economy by setting interest rates and adjusting the money supply".<sup>1167</sup> Daarnaast is het volgens de auteur mogelijk om *agencies* meer onafhankelijkheid te garanderen indien zij enkel rechterlijke functies uitoefenen. Deze onafhankelijkheid valt volgens KAVANAUGH evenwel niet te verenigen met de ruime beleids- en regelgevende bevoegdheden waarover sommige IRA's beschikken. Hij steunt zich hiervoor, in tegenstelling tot SUNSTEIN en LESSIG op het historische argument dat de opstellers van de Grondwet de uitvoerende macht in handen van één persoon wilden leggen: "Independent agencies arguably should be more the exception, as they are in considerable tension with our nation's longstanding belief in accountability and the Framers' understanding that one person would be responsible for the executive power".<sup>1168</sup>

**357.** Samengevat zijn aanhangers van de *Unitary Executive Theory* geen voorstanders van *independent regulatory agencies* en beschikt het Congres volgens hen dan ook niet over de bevoegdheid om deze op te richten. De IRA's zouden eigenlijk allen moeten worden ingericht binnen de uitvoerende macht,

---

Comptroller) their actions were discretionary but properly separated from the President's. All this of course operated in the context of a presidency that had an exceptionally narrow range of discretionary policymaking authorities in the domestic area, at least compared to what we now find routine".

<sup>1161</sup> C. SUNSTEIN en L. LESSIG, "The President and the Administration", *Columbia Law Review* 1994, (2) 108.

<sup>1162</sup> C. SUNSTEIN en L. LESSIG, "The President and the Administration", *Columbia Law Review* 1994, (2) 97-98.

<sup>1163</sup> K. MANHEIM en A. IDES, "The Unitary Executive", *Los Angeles Lawyer* 2006, (24) 27-28.

<sup>1164</sup> C. SUNSTEIN en L. LESSIG, "The President and the Administration", *Columbia Law Review* 1994, (2) 94.

<sup>1165</sup> C. SUNSTEIN en L. LESSIG, "The President and the Administration", *Columbia Law Review* 1994, (2) 101.

<sup>1166</sup> C. SUNSTEIN en L. LESSIG, "The President and the Administration", *Columbia Law Review* 1994, (2) 111.

<sup>1167</sup> B. KAVANAUGH, "Separation of Powers During the Forty-Fourth Presidency and Beyond", *Minnesota Law Review* 2009, (1454) 1474.

<sup>1168</sup> B. KAVANAUGH, "Separation of Powers During the Forty-Fourth Presidency and Beyond", *Minnesota Law Review* 2009, (1454) 1475.

waarbij de President over voldoende beïnvloedings- en toezichtbevoegdheden zou moeten beschikken en waarbij hij de leden ervan *at will* kan ontslaan.<sup>1169</sup> Zoals nog zal blijken uit het zesde hoofdstuk, wordt de *Unitary Executive Theory* ook vaak aangehaald door de administratie en de President zelf, om mogelijke inmenging of controle bij de IRA's, door hen te rechtvaardigen. Zo wordt het argument vaak gebruikt om de Presidentiële *Executive Orders* op de IRA's van toepassing te laten verklaren.

### 3.3.2. Functionele benadering

#### 3.3.2.1. Binnen de rechtspraak van het U.S. Supreme Court

**358.** Aanhangers van de functionele benadering baseren zich op de *Necessary and Proper Clause* (waarbij het Congres de uitvoerende departementen mag structureren) om te argumenteren dat het Congres daardoor ook IRA's mag creëren en deze op een afstand van de President mag plaatsen. Ze baseren zich daarbij eveneens op de rechtspraak van het *U.S. Supreme Court* (zie de reeds vermelde arresten *Humphrey's, Morrison,...*) die hoofdzakelijk een functionele benadering volgt.

In het arrest *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* (1952) stelde het Hof bijvoorbeeld dat "while the Constitution diffuses power the better to secure liberty, it also contemplates that practice will integrate the dispersed powers into a workable government. It enjoins upon its branches separateness but interdependence, autonomy but reciprocity. Presidential powers are not fixed but fluctuate depending upon their disjunction or conjunction with those of Congress".<sup>1170</sup> De drie takken van de macht zijn met andere woorden van elkaar gescheiden maar toch onderling afhankelijk, en fungeren autonoom doch met wederkerigheid. In *Youngstown Sheet* werd door het Hof evenwel een schending van de scheiding der machten vastgesteld en werd beslist dat "the President may not execute and exercise legislative authority belonging only to Congress".

In *United States v. Nixon*<sup>1171</sup> verwijst het U.S. Supreme Court naar de *Framers* van de *U.S. Constitution*:<sup>1172</sup> "In designing the structure of our Government and dividing and allocating the sovereign power among three co-equal branches, the Framers of the Constitution sought to provide a comprehensive system, but the

---

<sup>1169</sup> K. MANHEIM en A. IDES, "The Unitary Executive", *Los Angeles Lawyer* 2006, (24) 29: "Basically, under this theory the President runs the enforcement and implementation show. [...] For Unitarians, that exclusivity implies a strong principle of non-interference from the other branches. As such, unitary executive theory is designed to justify and constitutionalize a type of presidency that is largely insulated from the checks and balances one associates with a republican form of government".

<sup>1170</sup> *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952) concurring opinion of Justice Jackson.

<sup>1171</sup> *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974).

<sup>1172</sup> In 1973, identificeerde historicus Richard B. Morris de zeven "Founding Fathers": John Adams, Benjamin Franklin, Alexander Hamilton, John Jay, Thomas Jefferson, James Madison, and George Washington. James Madison stond daarbij gekend als de Founder of the Constitution. Zie R. MORRIS, *Seven Who Shaped Our Destiny: The Founding Fathers as Revolutionaries*, New York, Harper & Row, 1973.

separate powers were **not** intended to operate with **absolute independence**". Hierbij gaat het Hof in tegen een strikte invulling van de machtscheiding.

In *Buckley v. Valeo*<sup>1173</sup> verwijst het Hof nog veel uitdrukkelijker naar de *Framers* van de *U.S. Constitution*, als praktijkgerichte staatsmannen die een efficiënt functioneren van de Staat onderschreven: "Yet it is also clear from the provisions of the Constitution itself, and from the Federalist Papers,<sup>1174</sup> that the Constitution **by no means contemplates total separation** of each of these three essential branches of Government. The President is a participant in the lawmaking process by virtue of his authority to veto bills enacted by Congress. The Senate is a participant in the appointive process by virtue of its authority to refuse to confirm persons nominated to office by the President. The men who met in Philadelphia in the summer of 1787 were practical statesmen, experienced in politics, who viewed the principle of separation of powers as **a vital check** against tyranny. But they likewise saw that a **hermetic sealing** off of the three branches of Government from one another would **preclude** the establishment of a Nation capable of governing itself **effectively**". Het U.S. Supreme Court geeft in dit arrest aan dat er sprake is van een schending van de scheiding der machten wanneer één macht ten koste van een andere macht optreedt: "The Framers regarded the checks and balances that they had built into the tripartite Federal Government as a self-executing safeguard against the **encroachment** or **aggrandizement** of one branch at the expense of the other".

In *Commodity Futures Trading Commission v. Schor* bevestigt *U.S. Supreme Court* het deze rechtspraak en stelt het dat een formalistische benadering (of unitaire benadering) enkel en alleen nodig is wanneer één tak van de machten zich wil versterken ten koste van een andere tak.<sup>1175</sup>

*Bowsher v. Synar* wordt door de aanhangers van het unitarisme vaak als voorbeeldarrest gebruikt, aangezien het Hof vaststelde dat het Congres op onrechtmatige wijze *executive branch functions* had trachtten te usurperen door de *Comptroller*, als wetgevende instantie, uitvoerende bevoegdheden toe te kennen<sup>1176</sup>: "Moreover, the political realities do not reveal that the Comptroller General is free from Congress' influence. [...] Over the years, the Comptrollers General have also viewed themselves as part of the Legislative Branch. Thus, because Congress has retained removal authority over the Comptroller General, he may not be entrusted with executive powers. Under § 251 of the Act, the Comptroller General has been improperly assigned executive powers".<sup>1177</sup> Een

---

<sup>1173</sup> *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976).

<sup>1174</sup> *Federalist Papers* zijn 85 verhandelingen geschreven door Alexander Hamilton, James Madison en John Jay, drie van de *Framers* van de *U.S. Constitution* waarbij zij toelichting geven bij de interpretatie van de Grondwet.

<sup>1175</sup> *Commodity Futures Trading Commission v. Schor*, 478 U.S. 833, 856-57 (1986). Zie ook P. STRAUSS, "Formal and Functional Approaches to Separation-of-Powers Questions – A Foolish inconsistency?", *Cornell Law Review* 1987, (488) 502-503.

<sup>1176</sup> In het volgende hoofdstuk komt dit arrest nog aan bod, met betrekking tot de draagwijdte van de *for cause* bepaling.

<sup>1177</sup> *Bowsher v. Synar*, 478 U.S. 714 (1986).

wetgevende instantie mag in het licht van deze rechtspraak dus geen uitvoerende taken uitoefenen. Volgens STRAUSS en BARNETT gaat het Hof hier duidelijk uit van een formalistische of unitaire benadering.<sup>1178</sup>

In het volgende arrest nam het Hof een soepelere houding aan. In *Morrison v. Olson* stelde het Hof dat het blijft vasthouden aan de *Buckley* rechtspraak: "As we observed above, one purpose of the broad prohibition upon the courts' exercise of "executive or administrative duties of a nonjudicial nature, (*Buckley*) is to maintain the separation between the judiciary and the other branches of the Federal Government by ensuring that judges **do not encroach** upon executive or legislative authority or undertake tasks that are more properly accomplished by those branches". In deze zaak stelde het Hof evenwel **geen schending** van de scheiding der machten vast: "In this case, the miscellaneous powers described above do not impermissibly trespass upon the authority of the Executive Branch".<sup>1179</sup> Dit, aldus het Hof, omdat "this case does not involve an attempt by Congress itself to gain a role in the removal of executive officials". Het Congres verruimt dus niet haar *eigen* bevoegdheden.<sup>1180</sup> De gerechtelijke officier kan dus wel degelijk uitvoerende bevoegdheden toebedeeld krijgen.

In *Mistretta v. United States* gaat het U.S. Supreme Court op uitgebreide wijze in op de scheiding der machten.<sup>1181</sup> Het Hof gaat daarbij niet uit van een strikte scheiding:

"In applying the principle of separated powers in our jurisprudence, we have sought to give life to Madison's view of the appropriate relationship among the three coequal Branches. Accordingly, we have recognized, as Madison admonished at the founding, that while our Constitution mandates that "each of the three general departments of government must remain entirely free from the control or coercive influence, direct or indirect, of either of the others" (*Humphrey's Executor v. United States*) the Framers did **not** require—and indeed rejected—the notion that the three Branches **must be entirely separate and distinct**".<sup>1182</sup>

Het Hof verwijst hierbij naar de opinie van James Madison als één van de opstellers van de Grondwet, waarbij het Hof benadrukt dat het altijd rekening houdt met de achterliggende historische redenen: "This Court consistently has given voice to, and has reaffirmed, the **central judgment of the Framers of the Constitution** that, within our political scheme, the separation of governmental powers into three coordinate Branches is essential to the

---

<sup>1178</sup> P. STRAUSS, "Formal and Functional Approaches to Separation-of-Powers Questions – A Foolish inconsistency?", *Cornell Law Review* 1987, (488) 498; K. BARNETT, "Avoiding Independent Agency Armageddon", *Notre Dame Law Review* 2012, (1349) 1364.

<sup>1179</sup> *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 682 (1988): "Nor do we think that the "good cause" removal provision at issue here impermissibly burdens the President's power to control or supervise the independent counsel, as an executive official, in the execution of his or her duties under the Act. This is not a case in which the power to remove an executive official has been completely stripped from the President, thus providing no means for the President to ensure the "faithful execution" of the laws. Rather, because the independent counsel may be terminated for "good cause," the Executive, through the Attorney General, retains ample authority to assure that the counsel is competently performing his or her statutory responsibilities in a manner that comports with the provisions of the Act".

<sup>1180</sup> *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 695 (1988): "We observe first that this case does not involve an attempt by Congress to increase its own powers at the expense of the Executive Branch".

<sup>1181</sup> *Mistretta v. United States* 488 U.S. 361 (1989).

<sup>1182</sup> *Mistretta v. United States* 488 U.S. 361 (1989).



preservation of liberty".<sup>1183</sup> Het Hof stelt vervolgens dat een strikte scheiding der machten niet zozeer beschermt tegen een tiranniek overgewicht binnen één bepaalde macht:

"In adopting this flexible understanding of separation of powers, we simply have recognized Madison's teaching that the greatest security against tyranny – the accumulation of excessive authority in a single Branch – lies not in a hermetic division among the Branches, but in a carefully crafted system of **checked and balanced power** within each Branch. "The greatest security," wrote Madison, "against a gradual concentration of the several powers in the same department, consists in giving to those who administer each department, the necessary constitutional means, and personal motives, to **resist encroachments** of the others." The Federalist No. 51, p. 349 (J. Cooke ed. 1961). Accordingly, as we have noted many times, the Framers "built into the tripartite Federal Government . . . a self-executing safeguard against the **encroachment or aggrandizement** of one branch at the expense of the other."

De scheiding der machten is volgens het Hof in eerste instantie een samenwerking der machten waarbij er voldoende *checks and balances* aanwezig moeten zijn zodat één bepaalde macht niet aangetast of vergroot wordt *ten koste* van een andere macht.

Het Hof verduidelijkt in *Mistretta* dat het steeds dergelijke vormen van *encroachment* en *aggrandizement* heeft vernietigd: "Accordingly, we have not hesitated to strike down provisions of law that either accrete to a single Branch powers more appropriately diffused among separate Branches or that undermine the authority and independence of one or another coordinate Branch". Zo heeft het Hof in *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* de wetgevende bevoegdheden van de President bekritiseerd, heeft het Hof in *INS v. Chadha* (1983) het *legislative veto* van het Congres vernietigd,<sup>1184</sup> en besliste het Hof in *Bowsher v. Synar* (1986) dat het Congres geen uitvoerende bevoegdheden kan toekennen aan een wetgevende instantie en dat het Congres een *officer* met uitvoerende functies niet kan ontslaan.<sup>1185</sup> Aan de andere kant heeft het Hof dan weer wel bepaalde vermenging tussen de verschillende takken van de macht toegestaan (zie *Morrison v. Olson* en *Commodity Futures Trading Commission v. Schor*).<sup>1186</sup> Het Hof stelde in *Mistretta* uiteindelijk geen schending van de scheiding der machten vast.<sup>1187</sup>

---

<sup>1183</sup> *Mistretta v. United States* 488 U.S. 361 (1989).

<sup>1184</sup> Waarbij het Congres eigenlijk de daadwerkelijke uitvoering van de wet tegenhoudt. Zie hierover later meer in het hoofdstuk met betrekking tot de verantwoordingsplicht.

<sup>1185</sup> P. STRAUSS, "Formal and Functional Approaches to Separation-of-Powers Questions – A Foolish inconsistency?", *Cornell Law Review* 1987, (488) 496-497.

<sup>1186</sup> *Mistretta v. United States* 488 U.S. 361 (1989).

<sup>1187</sup> *Mistretta v. United States* 488 U.S. 361 (1989): "Mistretta argues that the Act suffers from each of these constitutional infirmities. He argues that Congress, in constituting the Commission as it did, effected an unconstitutional accumulation of power within the Judicial Branch while at the same time undermining the Judiciary's independence and integrity. Specifically, petitioner claims that in delegating to an independent agency within the Judicial Branch the power to promulgate sentencing guidelines, Congress unconstitutionally has required the Branch, and individual Article III judges, to exercise not only their judicial authority, but legislative authority—the making of sentencing policy—as well. Such rulemaking authority, petitioner contends, may be exercised by Congress, or delegated by Congress to the Executive, but may not be delegated to or exercised by the Judiciary. [...] Although the unique composition and responsibilities of the Sentencing Commission give rise to serious concerns about a disruption of the appropriate balance of governmental power among the coordinate Branches, we conclude, upon close inspection, that petitioner's fears for the fundamental structural protections of the Constitution prove, at least in this case, to be "more smoke than fire," and

**359.** Omwille van het feit dat het *U.S. Supreme Court* uitgaat van een eerder flexibele en functionele benadering van het principe van de scheiding der machten vinden de aanhangers van de *Unitary Executive Theory* weinig tot geen steun in de rechtspraak van het Hof. Het *U.S. Supreme Court* zal immers slechts uitgaan van een schending van de scheiding der machten wanneer er sprake is van een duidelijke onrechtmatige beknotting of inperking van de bevoegdheden van één macht ten koste van die van de andere machten. Is dit het geval dan zal het Hof een eerder formalistische benadering hanteren (*Commodity v. Schor*). Volgens STRAUSS hoeft dit zelfs niet op een formalistische manier te gebeuren maar kan ook functioneel de vraag worden gesteld: "Has so much been taken from the functioning of Actor X to impair its core function?".<sup>1188</sup> Binnen de rechtsleer zijn er dan ook verschillende aanhangers te vinden van deze functionele benadering van de machtenscheiding.

### 3.3.2.2. Binnen de rechtsleer

**360.** De functionele benadering gaat in tegen de unitaire benadering, in die zin dat men niet uitgaat van een strikte scheiding der machten, maar wel van een *samenwerking* der machten. ROSENBERG stelt dat "the unitary executive lacks substantial constitutional basis and subverts our delicately balanced scheme of separated but shared powers".<sup>1189</sup> Of zoals BREGER en EDLES stellen "functionalism advocates an alternative model that allows for **permeability** between branches".<sup>1190</sup> BRUFF stelt het zelfs nog iets sterker: "functional analysis favors complex arrangements blending the powers of the branches; formalism tends to condemn them".<sup>1191</sup>

**361.** In de Amerikaanse rechtsleer is STRAUSS gekend is als de grootste voorstander van de functionele benadering. STRAUSS stelt dat men de Amerikaanse Grondwet op drie manieren kan interpreteren: via de *separation of powers*, de *separation of functions* en de *checks and balances*. De *separation of powers* gaat te alle tijden uit van een strikte scheiding van de drie machten: het Congres maakt wetgeving, de President staat in voor de uitvoering en de rechtbanken houden toezicht op de toepassing in concrete zaken.<sup>1192</sup> De functionele benadering (*separation of functions*) erkent dat elke tak van de trias politica de ultieme autoriteit heeft over een specifieke vorm van overheidsfunctie (wetgevend, uitvoerend, rechterlijk).<sup>1193</sup> Men houdt bij deze benadering echter

---

do not compel us to invalidate Congress' considered scheme for resolving the seemingly intractable dilemma of excessive disparity in criminal sentencing".

<sup>1188</sup> P. STRAUSS, "Formal and Functional Approaches to Separation-of-Powers Questions – A Foolish inconsistency?", *Cornell Law Review* 1987, (488) 518.

<sup>1189</sup> M. ROSENBERG, "Congress's Prerogative over Agencies and Agency Decision Makers: The Rise and Demise of the Reagan Administration's Theory of the Unitary Executive", *George Washington Law Review* 1989, (627) 634.

<sup>1190</sup> M. BREGER en G. EDLES, *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 72.

<sup>1191</sup> H. BRUFF, "Presidential Management of Agency Rulemaking", *George Washington Law Review* 1989, (533) 537.

<sup>1192</sup> P. STRAUSS, "The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch", *Columbia Law Review* 1984, Vol. 84, (573) 577.

<sup>1193</sup> P. STRAUSS, "The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch", *Columbia Law Review* 1984, Vol. 84, (573) 577.

meer rekening met de individuele eerlijkheid *case by case* inzake bepaalde procedures. Men erkent dat een *agency* vaak alle drie de functies (wetgevend, uitvoerend en rechterlijk) kan uitoefenen, dit echter in een web van verschillende vormen van controle: parlementaire, uitvoerende en rechterlijke controle. Deze functionele benadering gaat er vanuit dat er op het lagere administratieve niveau niet noodzakelijk een strikte scheiding der machten aanwezig hoeft te zijn. De *checks and balances* vormt op die manier een brug tussen de twee benaderingen.<sup>1194</sup> Net zoals bij de *separation of powers* gaan de *checks and balances* immers de burgers beschermen tegen een tirannieke uitoefening van de macht. In tegenstelling tot de *separation of powers*, gaan de *checks and balances* echter niet uit van een strikte scheiding tussen de drie overheidsfuncties. STRAUSS stelt dat "from this perspective, as from the perspective of the separation of functions, it is not important how powers below the apex<sup>1195</sup> are treated; the important question is whether the relationship of each of the three named actors of the Constitution to the exercise of those powers is such as to promise a continuation of their effective independence and interdependence".<sup>1196</sup> De samenloop van de drie functies in één instantie moet volgens de auteur dan ook aanvaard worden, zij kunnen immers op een lager administratief niveau niet strikt gescheiden worden.<sup>1197</sup> In principe kan elke regeling door het Congres aanvaard worden indien er voldoende *checks and balances* aanwezig zijn tussen de drie machten en zij daarbij ook hun kerntaken inzake het toezicht op de *agencies*, en de uitoefening van hun taken kunnen, blijven uitoefenen.<sup>1198</sup> Elk *agency* is in bepaalde mate onderworpen aan controle door sommige of zelfs alle drie de constitutionele machten. Deze relatie geeft de zekerheid dat zij hun bevoegdheden, bij het uitoefenen van hun taken, niet zullen misbruiken.<sup>1199</sup>

**362.** BREMER stelt dat er sprake is van een principe van de scheiding der machten op administratief niveau, waarbij dit principe slechts beperkt vervat ligt in de Grondwet, maar voornamelijk aanwezig is binnen de *Statutes, regulations* etc.<sup>1200</sup> Doordat de constitutionele principes op verschillende plaatsen zijn doorgedrongen binnen het Amerikaans administratief recht spreekt BREMER van een "unwritten administrative constitution". Zo liggen de regels met betrekking tot de *agencies* niet vervat in de Amerikaanse Grondwet, maar worden ze

---

<sup>1194</sup> P. STRAUSS, "The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch", *Columbia Law Review* 1984, Vol. 84, (573) 578.

<sup>1195</sup> "Apex" slaat op de drie hoogste organen: het Congres, de President en de federale rechtscolleges.

<sup>1196</sup> P. STRAUSS, "The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch", *Columbia Law Review* 1984, Vol. 84, (573) 578.

<sup>1197</sup> P. STRAUSS, "The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch", *Columbia Law Review* 1984, Vol. 84, (573) 579; S. LAVRIJSEN, "An Analysis of the Constitutional Position of the US Independent Agencies" in R. CARANTA, D. FAIRGRIEVE en M. ANDENAS (eds.), *Independent Administrative Authorities*, London, British Institute of International and Comparative Law 2004, (1) 25.

<sup>1198</sup> S. LAVRIJSEN, "An Analysis of the Constitutional Position of the US Independent Agencies" in R. CARANTA, D. FAIRGRIEVE en M. ANDENAS (eds.), *Independent Administrative Authorities*, London, British Institute of International and Comparative Law 2004, (1) 25.

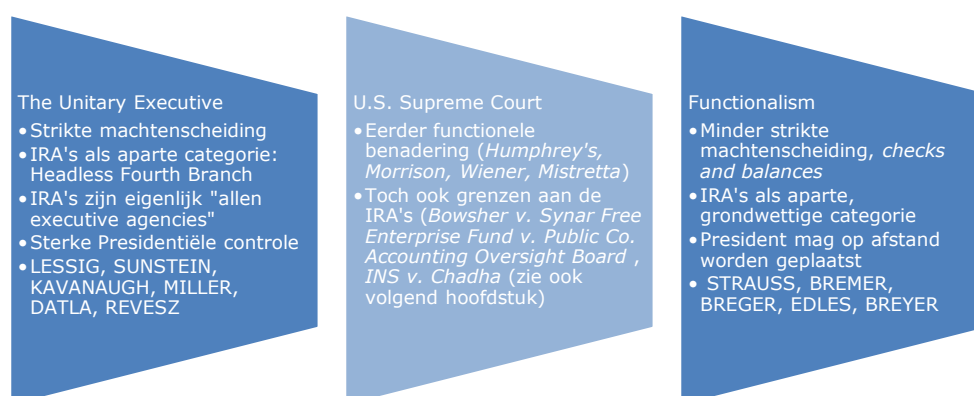
<sup>1199</sup> P. STRAUSS, "The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch", *Columbia Law Review* 1984, Vol. 84, (573) 579.

<sup>1200</sup> E. BREMER, "The Unwritten Administrative Constitution", *Florida Law Review* 2014, (1217) 1253.

gevormd door een amalgaam van verschillende bronnen. Net als STRAUSS gaat ook BREMER, maar dan op administratief niveau, uit van een scheiding der machten op drie niveaus: (1) op het niveau van alle drie de primaire machten samen, als controlerende instanties op de *agencies*, bijvoorbeeld inzake de ontslagbescherming<sup>1201</sup>; (2) op het niveau van de relatie tussen elk *agency* en één specifieke macht, bijvoorbeeld inzake de omvang van de rechterlijke toetsing na een delegatie van bevoegdheden aan een *agency*<sup>1202</sup>; (3) op het niveau van de interne werking van een *agency*, bijvoorbeeld de vraag of bij de uitoefening van zijn bevoegdheden het *agency* ook in de praktijk een functiescheiding doorvoert (dit komt later nog aan bod, zie "Chinese Walls").<sup>1203</sup>

**363.** Net zoals in Nederland en ook België wordt in de VS door het *U.S. Supreme Court* en bepaalde rechtsgeleerden de klemtoon gelegd op een moderne invulling van de scheiding der machten, met name door de nadruk te leggen op de noodzaak aan voldoende *checks and balances*.

### 3.3.3. Schematisch



## E. DE SCHEIDING DER MACHTEN TOEGEPAST OP ENERGIE-REGULATOREN IN BELGIË

### 1. Algemeen

**364.** Men lijkt er vanuit te gaan dat regulatoren bevoegdheden uitoefenen die zich situeren binnen de drie takken van de trias politica.<sup>1204</sup> Hoewel er geen

<sup>1201</sup> E. BREMER, "The Unwritten Administrative Constitution", *Florida Law Review* 2014, (1217) 1250.

<sup>1202</sup> E. BREMER, "The Unwritten Administrative Constitution", *Florida Law Review* 2014, (1217) 1251.

<sup>1203</sup> E. BREMER, "The Unwritten Administrative Constitution", *Florida Law Review* 2014, (1217) 1252.

<sup>1204</sup> Zie bijvoorbeeld: L. VERHEY en N. VERHEIJ, "De macht van de marktmeesters" in A. VAN ROSSUM, L. VERHEY en N. VERHEIJ (eds.), *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2005), Deventer, Kluwer, 2005, (139) 139; M. AELLEN, *Beginnselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële*

strikte scheiding der machten aanwezig is, lijken de bevoegdheden van de energieregulatoren toch op gespannen voet te staan met het principe. Onafhankelijke energieregulatoren of marktautoriteiten worden daardoor wel eens, net zoals de media, bestempeld als een "vierde macht".<sup>1205</sup> Zeker in de Nederlandse rechtsleer wordt frequent ingegaan op de al dan niet verenigbaarheid van de bevoegdheden van de marktautoriteiten met de machtenscheiding, en de daaruit voortvloeiende invulling van de *checks and balances*.<sup>1206</sup> Sommige auteurs zijn bijzonder kritisch ten aanzien van de bevoegdheden van de toezichthouders.<sup>1207</sup> Ook in België zijn er kritische stemmen te horen.<sup>1208</sup> Andere auteurs pleiten dan weer voor onafhankelijke toezichthouders met ruime bevoegdheden.<sup>1209</sup> Zo stelt HERINGA dat men moet accepteren "dat de nationale democratie en de parlementaire zeggenschap deze vierde macht als noodzakelijke branch de goede instrumenten geeft en zichzelf iets verder op afstand zet". Hij beklemtoont dat men de toezichthoudende sector moet beschouwen als "een onafhankelijke en onpartijdige sector, met waarborgen en mechanismen die verwantschap vertonen met de regels en waarborgen voor de rechterlijke macht".<sup>1210</sup>

**365.** Indien een energieregulator een combinatie van wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende taken en bevoegdheden uitoefent (*supra* nrs. 97 e.v.), verhoudt dit zich dan niet moeilijk met het principe van de scheiding der machten? In dit kader worden twee specifieke vragen gesteld: (1) oefenen energieregulatoren wel degelijk bevoegdheden uit die zich situeren binnen de

---

*markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 169; E. SLAUTSKY, "Droit Européen, constitution et autorités administratives indépendantes" (noot onder GwH 18 november 2010, nr.130/2010), *APT* 2012, (95) 106.

<sup>1205</sup> P. STRAUSS, "The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch", *Columbia Law Review* 1984, Vol. 84, 573-669; G. MAJONE, "Controlling Regulatory Bureaucracies: Lessons from the American Experience", *European University Institute Working Papers* 1993, 14-22; P. ATHANASSIOU, "Financial Sector Supervisors' Accountability. A European Perspective", *ECB Legal Working Paper* nr. 12, 2011, 5; A. HERINGA, "Montesquieu revisited and revised", [http://www.montesquieu-instituut.nl/id/vj41bp1moixk/montesquieu\\_revisited\\_and\\_revised](http://www.montesquieu-instituut.nl/id/vj41bp1moixk/montesquieu_revisited_and_revised), laatst geconsulteerd op 1 mei 2015; H. DE RU, "Toezicht moet geen nieuwe staatsmacht worden. Commentaar op de pre-adviezen voor de VAR over: Toezicht op de markten", *M&M* 2003, 179 en 181;

<sup>1206</sup> C. VAN MONTFORT, "Ontwikkelingen in toezicht en verantwoording bij instellingen op afstand. Een terugblik en een blik in de toekomst", *Tijdschrift voor Toezicht* 2010, afl. 1, (6) 17; F. SIX, "Vertrouwen in toezicht", *Tijdschrift voor Toezicht* 2010, afl. 4, (6) 9; E. VAN BAREN, *Macht, Media en Montesquieu. Over nieuwe vormen van publieke macht en machtsevenwicht*, Leiden, Leiden University Press, 2009, 11: "Buiten de centrale instituties ontstaan door verzelfstandiging van overheidsstaken nieuwe instituties, zoals de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (Opta). Ook voor die nieuwe instituties zou omwille van de zuiverheid van de staatsinrichting het adagium van de democratische rechtsstaat, macht en tegenmacht, moeten gelden".

<sup>1207</sup> S. ZIJLSTRA, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat: een onderzoek naar democratische rechtsstatelijke en positiefrechtelijke aspecten van het gebruik van zelfstandige bestuursorganen*, 's-Gravenhage, VUGA, 1997, 513 p; S. ZIJLSTRA, "Zbo's, marktautoriteiten en regelgevende bevoegdheden", *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2005, afl. 1, 2-6; J. BARENDRECHT, "Onafhankelijkheid van toezicht is niet essentieel", *Tijdschrift voor Toezicht* 2011, 66-68.

<sup>1208</sup> S. DE SOMER, *The creation of autonomous public bodies from a European comparative legal perspective: international impulse, national restraint and how to reconcile these trends*, onuitg. Doctoraatsthesis, Universiteit Antwerpen, 2015, 532 p. Zie ook D. STEVENS, "Geef regulatoren een beheersovereenkomst mee", 2010, <http://trends.knack.be/economie/e-business/geef-regulatoren-eeen-beheersovereenkomst-mee/article-normal-222605.html>.

<sup>1209</sup> L. SCHOUTEN en A. DE MOOR-VAN VUGT, "De onafhankelijkheid van de Autoriteit Consument en Markt", *SEW* 2015, 62-75; S. LAVRIJSEN, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor goed governance*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 577 p; M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 515 p; C. FONTEIJN, "Onafhankelijkheid van toezicht is wel essentieel", *Tijdschrift voor Toezicht* 2011, 64-66.

<sup>1210</sup> A.W. HERINGA, "Montesquieu revisited and revised", [http://www.montesquieu-instituut.nl/id/vj41bp1moixk/montesquieu\\_revisited\\_and\\_revised](http://www.montesquieu-instituut.nl/id/vj41bp1moixk/montesquieu_revisited_and_revised), laatst geconsulteerd op 1 mei 2015.

drie takken van de trias politica? en (2) is er *teveel* macht geconcentreerd binnen eenzelfde overheidsorgaan (een energieregulator)?

## 2. Bevoegdheden binnen de wetgevende functie?

**366.** Er mag algemeen aangenomen worden dat energieregulators **niet** over *wetgevende* bevoegdheden (formele wetgeving) als dusdanig beschikken. Wetgevende bevoegdheden behoren immers enkel toe aan de wetgevende organen, zijnde het parlement en de Koning (organiek "de wetgevende macht") of de regionale parlementen en regeringen. Enkel zij kunnen wetten, decreten en ordonnanties uitvaardigen. Energieregulators kunnen dit niet. Zij beschikken evenwel, zoals reeds aangetoond, over beperkte *uitvoerende regelgevende* bevoegdheden (materiële wetgeving). In vergelijking met de VS kent deze bevoegdheid van de Belgische (en ook de Nederlandse, op basis van het EU-recht) energieregulators *geen dergelijke uitgebreide discretionaire mogelijkheden* zoals bij het "rule-making" het geval is. Sommige auteurs spreken eerder van regulerende bevoegdheden, als zijnde loutere uitvoering van regelgeving.<sup>1211</sup> In dit onderzoek wordt de voorkeur gegeven aan de term regelgevende bevoegdheden, omdat de bevoegdheden van de energieregulators – volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie – niet beperkend mogen worden uitgelegd en zij wel degelijk enige discretionaire ruimte omvatten. Het gaat dan ook niet om de *loutere uitvoering van wetgeving*. Tegelijk gaat het ook niet om *pure formele wetgeving*, zoals in de VS wordt geargumenteed. Het gaat om een "gulden middenweg": *uitvoerende regelgevende bevoegdheden*.

**367.** Specifiek wat het energietoezicht betreft kunnen de regelgevende bevoegdheden hoofdzakelijk als volgt worden opgesomd: (1) het vaststellen van netwerktarieven voor elektriciteit en gas, (2) de methode voor de berekening van de tarieven, (3) het opstellen van technische reglementen.<sup>1212</sup> Het gaat om regels met een abstract, algemeen en onpersoonlijk karakter die voor de duur van hun gelding op een onbepaald aantal gevallen van toepassing zijn.<sup>1213</sup> Met name het vaststellen van de methodes en de vaststelling van de technische voorwaarden betreffen bevoegdheden die algemeen verbindende voorschriften inhouden. Bevoegdheden die de regulator onafhankelijk moet kunnen uitoefenen.<sup>1214</sup> Energieregulators formuleren ook gedragscodes, mededelingen, richtlijnen... waarbij deze documenten eveneens blijken te geven van een (beperkte)

---

<sup>1211</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 282.

<sup>1212</sup> In het Jaarverslag van de VREG uit 2002 wordt uitdrukkelijk gesteld dat een technisch reglement "regelgeving" uitmaakt: "Naast de marktactoren is uiteraard ook de netgebruiker (als producent of eindafnemer) een betrokken partij. Het bleek echter zeer moeilijk om opmerkingen over de ontwerpdocumenten vanuit dit gezichtspunt te krijgen. Dit was ten dele te wijten aan de technische aard van de regelgeving; [...]".

<http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/documenten/Jaarverslagen/Jaarverslag%20VREG%202002.pdf>, 42.

<sup>1213</sup> J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek van het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2007, 142.

<sup>1214</sup> S. LAVRIJSSEN, "Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU-perspectief", *RegelMaat* 2015, afl. 3, (182) 183.

regelgevende aard (eerder soft law). Hierna volgt een overzicht van de belangrijkste regelgevende instrumenten van de energieregulators, te beginnen met het opstellen van een tariefmethodologie.

## 2.1. Tariefmethodologie

**368.** De tariefmethodologie geeft een antwoord op de vraag: "hoe worden de netbeheerders vergoed voor hun diensten en aangezet tot efficiënte bedrijfsvoering?".<sup>1215</sup> Het vastleggen van de tariefmethodologie en structuur geeft de regulators eveneens een regelgevende bevoegdheid in die zin dat zij zelf bepalen welke methodologie zij zullen gebruiken en deze methodologie een abstract, algemeen en onpersoonlijk karakter heeft die voor de duur van zijn gelding op een onbepaald aantal gevallen van toepassing is.<sup>1216</sup> Het vaststellen van een tariefmethodologie behoort volgens de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG en de Interpretatieve Nota tot de "core duties" van de energieregulators.<sup>1217</sup> Deze bevoegdheid is een exclusieve bevoegdheid van de energieregulators en mag door geen enkele andere instantie worden uitgeoefend.<sup>1218</sup> Een correcte omzetting van de tariefbepalingen uit het derde pakket biedt vier opties: "the NRA fixes the tariffs, the NRA fixes the methodology, the NRA approves the tariffs or the NRA approves the methodology". De Interpretatieve Nota verduidelijkt nog dat indien de energieregulator de bevoegdheid is verleend om de methodologie te bepalen of goed te keuren, de netbeheerders de tarieven moeten berekenen. Het komt dan aan de regulator toe om te controleren of deze berekeningen al dan niet overeenstemmen met de methodologie.<sup>1219</sup>

**369.** Artikel 3.1.4, § 2 van het Energiedecreet bepaalt dat de VREG bevoegd is voor het goedkeuren van distributienettarieven voor elektriciteit en aardgas en het vaststellen van de berekeningsmethodes hiervoor.<sup>1220</sup> De Vlaamse energieregulator stelt op zijn website dat "De VREG een tariefmethodologie zal

<sup>1215</sup> <http://www.vreg.be/nl/tariefmethodologie>, laatst geconsulteerd op 3 augustus 2015.

<sup>1216</sup> J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek van het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2007, 142.

<sup>1217</sup> Overweging 36 van de richtlijn 2009/72/EG: "De nationale regulerende instanties moeten in staat zijn de tarieven of de methoden voor de berekening van de tarieven vast te stellen of goed te keuren op basis van een voorstel van de transmissiesysteembeheerder(s), of van de distributiesysteembeheerder(s), dan wel op basis van een voorstel dat is overeengekomen tussen deze systeembeheerder(s) en de gebruikers van het net. Bij de uitvoering van deze taken moeten de nationale regulerende instanties ervoor zorgen dat de transmissie- en distributietarieven niet-discriminerend zijn en een weerspiegeling van de kosten vormen, en rekening houden met de op lange termijn, marginale vermeden netkosten van gedistribueerde productie en vraagzijdebeheersmaatregelen"; Interpretative Note on Directive 2009/72/EG concerning Common Rules for the Internal Market in Electricity and Directive 2009/73/EG concerning Common Rules for the Internal Market in Natural Gas. The Regulatory Authorities, Brussel, 22 januari 2010, [http://ec.europa.eu/energy/gas\\_electricity/interpretative\\_notes/doc/implementation\\_notes/2010\\_01\\_21\\_the\\_regulatory\\_authorities.pdf](http://ec.europa.eu/energy/gas_electricity/interpretative_notes/doc/implementation_notes/2010_01_21_the_regulatory_authorities.pdf), 14: "The core duties of the NRA as regards network tariffs".

<sup>1218</sup> T. VANDEN BORRE, "De omzetting van de bepalingen inzake de onafhankelijke energieregulator – Op weg naar Luxemburg?" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht* 2010, Intersentia, Antwerpen, 2011, (79) 123. Zie ook GwH 31 mei 2011, nr. 97/2011, overweging B.9.5.

<sup>1219</sup> T. VANDEN BORRE, "De omzetting van de bepalingen inzake de onafhankelijke energieregulator – Op weg naar Luxemburg?" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht* 2010, Intersentia, Antwerpen, 2011, (79) 123.

<sup>1220</sup> VREG, BESL-2014-21 van de VREG m.b.t. methode ter vaststelling van de distributienettarieven voor elektriciteit en aardgas voor de reguleringsperiode 2015-2016, te consulteren op <http://www.vreg.be/nl/document/besl-2014-21> en de tariefmethodologie 2015-2016, te consulteren op [http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/tariefmethodologie\\_reguleringsperiode\\_2015-2016.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/tariefmethodologie_reguleringsperiode_2015-2016.pdf).

hanteren waaruit de distributienetbeheerder een prikkel ontvangt voor een meer efficiënt distributienetbeheer. De distributienetbeheerder treedt in zijn werkingsgebied immers op als monopolist en dit kan leiden tot nadelige effecten voor de klanten. We zullen daarom aan elke netbeheerder een redelijk inkomstenplafond per jaar toekennen, waarmee hij het netbeheer zal uitvoeren. Dit inkomstenplafond wordt afgeleid uit de werkelijk door de distributienetbeheerders gemaakte kosten in het recente verleden. Het is uiteraard de bedoeling om dit proces in de toekomst te herhalen per nieuwe reguleringsperiode. [...]. De VREG heeft de methode gefinaliseerd na de uitvoering van drie publieke consultatieronden, waarbij belanghebbenden werden uitgenodigd om hun zienswijzen in te dienen en toe te lichten”.<sup>1221</sup> De tariefmethodologie zelf is opgebouwd uit 9 delen: (1) Begrippenlijst; (2) Inleiding; (3) Toepassingsgebied; (4) Economische regulering van distributienetbeheerders; (5) Economische regulering door VREG; (6) Algemene tariefstructuur; (7) Regulatorische boekhoudkundige voorschriften; (8) Rapportering door distributienetbeheerders en (9) Bijlagen.<sup>1222</sup> De hybride-methode die aan de basis lag van de vroegere distributienettarieven wordt volgens de VREG best niet meer onder deze vorm verder gezet. De VREG kiest er, anno 2015, voor om een aangepaste tariefmethodologie toe te passen. Nadien dient de VREG de tariefvoorstellen van de netbeheerders goed te keuren.<sup>1223</sup> Uit deze bewoordingen blijkt duidelijk dat de VREG de exclusieve bevoegdheid heeft om vrij te bepalen welke methode de regulator al dan niet hanteert.<sup>1224</sup> Het besluit dat de tariefmethodologie omvat is opgesteld als een document dat regels met een abstract, algemeen en onpersoonlijk karakter omvat die voor de duur van hun gelding (2015-2016) op een onbepaald aantal gevallen van toepassing zijn. De tariefmethodologie is in eerste instantie gericht aan een bepaald aantal distributienetbeheerders. De uiteindelijke tarieven hebben evenwel een uitwerking op een onbepaald aantal gebruikers. Bij het opstellen van de methodologie moet de VREG rekening houden met 21 richtsnoeren die door de wetgever werden vastgesteld.<sup>1225</sup> De VREG publiceert de tariefmethodologie op zijn **website** (art. 4.1.31, § 4).

**370.** Wat Brugel betreft, bepaalt art. 9<sup>quater</sup>, § 1 van de Elektriciteitsordonnantie dat na gestructureerd, gedocumenteerd en transparant overleg met de distributienetbeheerder (cf. Sibelga), de regulator de

<sup>1221</sup> <http://www.vreg.be/nl/tariefmethodologie>.

<sup>1222</sup> [http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/tariefmethodologie\\_reguleringsperiode\\_2015-2016.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/tariefmethodologie_reguleringsperiode_2015-2016.pdf).

<sup>1223</sup> [http://www.vreg.be/sites/default/files/document/decisions/besl-2014-23\\_0.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/document/decisions/besl-2014-23_0.pdf)

<sup>1224</sup> Wat dit betreft dient evenwel gewezen te worden op de richtsnoeren die worden opgesteld door de decreetgever. In het advies van de VREG van 5 mei 2015 met betrekking tot het voorontwerp van decreet houdende diverse bepalingen inzake energie, zoals principieel goedgekeurd door de Vlaamse Regering op 3 april 2015, stelt de VREG dat "Een aantal tarifaire beleidsrichtsnoeren zijn echter meer dan alleen richtsnoeren en komen in strijd met de onafhankelijkheid van de regulator en zijn exclusieve bevoegdheid inzake tarieven. Sommige zijn zelfs tegenstrijdig. We stellen dan ook voor om deze te wijzigen of zelfs te schrappen", zie

[http://www.vreg.be/sites/default/files/document/voorontwerp\\_van\\_decreet\\_houdende\\_diverse\\_bepalingen\\_inzake\\_energie.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/document/voorontwerp_van_decreet_houdende_diverse_bepalingen_inzake_energie.pdf), 2 en 12-16. Dit komt later nog terug bij het hoofdstuk betreffende de onafhankelijkheid van de VREG.

<sup>1225</sup> Tekst aangenomen door de plenaire vergadering van het ontwerp van decreet houdende diverse bepalingen inzake energie, *Parl.St.* VI.Parl. 2014-2015, nr. 461/8, 6.



tariefmethodologie uitwerkt die deze netbeheerder moet gebruiken voor het opstellen van diens tariefvoorstel. Paragraaf 2 stelt dat de tariefmethodologie het volgende preciseert: 1° de definitie van de kostencategorieën die door de tarieven worden gedekt; 2° de regels van de evolutie in de tijd van de kostencategorieën bedoeld in 1°, met inbegrip van de methode voor de bepaling van de parameters die zijn opgenomen in de evolutieformules; 3° de regels voor de toewijzing van de kosten aan de categorieën van netgebruikers; 4° de algemene tariefstructuur en de tariefcomponenten. Paragraaf 4 van hetzelfde artikel bepaalt dat Brugel het advies van de Raad van gebruikers moet inwinnen.<sup>1226</sup> Artikel 9quinquies omvat 20 richtsnoeren waarmee Brugel rekening moet houden bij het opmaken van de tariefmethodologie. De tariefmethodologie werd goedgekeurd voor de periode 2015-2019.<sup>1227</sup> De methodologie wordt publiceerd op de **website** (art. 9quater, §5).

**371.** Het Waalse Elektriciteitsdecreet bepaalt in artikel 14 (voorlopig nog) dat artikel 12bis van de Elektriciteitswet en artikel 15/5ter toepasselijk blijven op het Waalse Gewest na de inwerkingtreding van de bijzondere wet van 6 januari 2014 met betrekking tot de Zesde Staatshervorming onder voorbehoud van de volgende wijzigingen :1° het woord "commissie" wordt vervangen door "CWaPE"; 2° de woorden "Kamer van volksvertegenwoordigers" worden vervangen door de woorden "Waals Parlement"; 3° in de eerste zin van paragraaf 2 worden de woorden "Na overleg met de regionale regulatoren en" opgeheven; 4° in paragraaf 14 worden de woorden "het hof van beroep te Brussel" vervangen door de woorden "het hof van beroep te Luik". In afwijking hiervan wordt de tariefmethodologie betreffende de periode 2015-2016 opgesteld volgens een *ad hoc* procedure. De netbeheerder maakt elk jaar de tarieven bekend die geldig zijn op het net waarvoor hij aangewezen is, met inbegrip van de tarieven betreffende de ondersteunende diensten, zoals goedgekeurd door de CWaPE.<sup>1228</sup> De methodologie werd door de CWaPE aangenomen voor de periode 2015-2016<sup>1229</sup> en gepubliceerd op de **website** (art. 12bis, §3).

**372.** Aangezien de tariefbevoegdheid in het verleden hoofdzakelijk bij de CREG lag, is het federaal kader inzake de tariefmethodologie, de tarieven en de richtsnoeren het meest uitgewerkt. De CREG werkt, na gestructureerd, gedocumenteerd en transparant overleg met de netbeheerder, de tariefmethodologie uit die de netbeheerder moet gebruiken voor het opstellen

---

<sup>1226</sup> De Raad, die door de Ordonnantie van 14 december 2006 is ontstaan, is samengesteld uit de belanghebbenden op de Brusselse energiemarkten. Het doel bestaat erin adviezen te geven over energietheema's gerelateerd aan specifieke Brusselse problemen. <http://www.conseildesusagers.be/index.php?lang=nl>. De tariefbevoegdheid is evenwel een exclusieve bevoegdheid van de energieregulatoren, waarbij dit advies op gespannen voet komt te staan met de onafhankelijkheid van de energieregulator en vooral met de zinsnede uit de richtlijn die stelt dat energieregulatoren "bij het verrichten van de reguleringstaken geen directe instructies verlangen of ontvangen van regeringen of andere publieke of particuliere entiteiten", artikel 35(4)(b)ii).

<sup>1227</sup> <http://www.brugel.be/nl/distributietarieven/tariefmethodologie-2015-2019>.

<sup>1228</sup> Voor de goedgekeurde voorstellen: <http://www.cwape.be/?dir=7.5.5>.

<sup>1229</sup> <http://www.cwape.be/?dir=7.5.1>.

van diens tariefvoorstel.<sup>1230</sup> De tariefmethodologie preciseert onder andere: de definitie van de kostencategorieën die door de tarieven worden gedekt; de regels van de evolutie na verloop van tijd van de vermelde kosten, met inbegrip van de methode voor de bepaling van de parameters die zijn opgenomen in de evolutieformule; de regels voor de toewijzing van de kosten aan de categorieën van netgebruikers; de algemene tariefstructuur en de tariefcomponenten. De commissie deelt haar ontwerp van tariefmethodologie, het geheel van de stukken met betrekking tot het overleg met de netbeheerder alsook alle documenten die zij noodzakelijk acht voor de motivering van haar beslissing met betrekking tot de tariefmethodologie mee aan de Kamer van volksvertegenwoordigers.<sup>1231</sup> In artikel 12, §5 zijn 25 richtsnoeren met betrekking tot deze tariefmethodologie opgenomen. De netbeheerder stelt het tariefvoorstel op (§6) en de commissie onderzoekt dit voorstel en beslist over de al dan niet goedkeuring ervan (§7). In een persbericht van december 2014 stelt de CREG dat de nieuwe methodologie het eerste volwaardig tarifair kader is dat de CREG zelf heeft ontworpen, waarna de CREG beklemtoont dat "het een daadwerkelijk beleidsinstrument is geworden", dat niet enkel een aantal beproefde methodes omvat maar ook belangrijke nieuwe elementen invoert, die onder meer bijdragen tot de transparantie van de tariefstructuur en een aantal opvallende stimulansen gericht op kostenbeheersing en kwaliteit van de dienstverlening. Ook de CREG publiceert de methodologie op haar **website** (art. 12, §3, lid 2).

**373.** Elke energieregulator in België is bevoegd voor het vaststellen van de tariefmethodologie en het goedkeuren van de tariefvoorstellen. Het besluit dat de tariefmethodologie omvat is opgesteld als een document dat regels met een abstract, algemeen en onpersoonlijk karakter omvat die voor de duur van hun gelding op een onbepaald aantal gevallen van toepassing zijn. De tariefmethodologie is in eerste instantie gericht aan een bepaald aantal distributienetbeheerders. De uiteindelijke tarieven hebben een uitwerking op een onbepaald aantal gebruikers. Energieregulators beschikken bijgevolg over specifieke uitvoerende *regelgevende* bevoegdheden (verordenende of reglementaire bevoegdheden) inzake de tariefmethodologie.<sup>1232</sup> Bovendien beschikken energieregulators over (beperkte) discretionaire bevoegdheden. Zo stelde het Hof van beroep te Brussel in het arrest van 27 oktober 2006 dat "de enige interpretatie van art. 15/20 gaswet 1965 die strookt met het algemeen beginsel van de scheiding der machten [erin] bestaat [...] te stellen dat het hof van beroep kennis kan nemen van alle aspecten van de feiten en het recht van het voorliggend geschil, dat het zelfs de beslissing kan vernietigen en hervormen, maar het [niet] beschikt [...] over de bevoegdheid om de

<sup>1230</sup> Artikel 12, § 2 van de Elektriciteitswet, <http://www.creg.be/nl/tarmethodee.html> en [http://www.creg.info/pdf/Presse/2014/20141222\\_Tariefmethodologie\\_NL.pdf](http://www.creg.info/pdf/Presse/2014/20141222_Tariefmethodologie_NL.pdf).

<sup>1231</sup> Artikel 12, § 3 van de Elektriciteitswet.

<sup>1232</sup> S. DE SOMER, "Internationale impuls en nationale beheersingsdrang inzake bestuurlijke verzelfstandiging: het Grondwettelijk Hof en de casus van de energieregulator", *TBP* 2012, afl. 4, (214) 225.

opportuniteit ervan te controleren van beslissingen die [de CREG] heeft genomen op grond van haar discretionaire bevoegdheden".<sup>1233</sup> In een arrest van 30 juni 2015 stelde datzelfde Hof van beroep evenwel dat in het kader van de vaststelling van een voorlopige tariefmethodologie "de CREG niet beschikt over een beleidsmarge om al dan niet de saldi te bepalen, het betreft een verplichting die voortvloeit uit de formulering van artikel 12*bis*, § 5 van de Elektriciteitswet".<sup>1234</sup>

**374.** De bevoegdheid tot het opstellen van een tariefmethodologie houdt enige vorm van discretionaire beoordeling in (bijvoorbeeld inzake de keuze welke methodologie men wil hanteren, zoals een *rate of return* methode, een hybride methode etc.) maar de bevoegdheid is ook onderworpen aan beperkingen zoals richtsnoeren (*infra* nrs. 645 e.v). Een toekenning van dergelijke regelgevende bevoegdheden moet in overeenstemming zijn met het legaliteitsbeginsel<sup>1235</sup> en moet gegarandeerd worden door voldoende *checks and balances*. De tariefmethodologie wordt opgesteld op basis van een wettelijk kader en dient ook dit kader te respecteren (cf. de richtsnoeren), dit houdt ook meteen parlementaire controle in. Bovendien is er overleg met de netbeheerders en met andere stakeholders (input- en procedurele legitimiteit), de besluiten worden gepubliceerd op de website van de energieregulatoren en het Belgisch Staatsblad (transparantie) en zijn aanvechtbaar voor de rechter (jurisdictionele controle).<sup>1236</sup>

## 2.2. Technisch reglement

**375.** Technische reglementen worden door de energieregulatoren opgesteld om de toegang tot het elektriciteits- en aardgasnet te regelen en de uitbreiding ervan te beheren. Energieregulatoren stellen een ontwerp en een definitief voorstel van technisch reglement op of keuren dit goed.<sup>1237</sup>

**376.** De VREG stelt, na consultatie van de marktpartijen, een apart technisch reglement op voor het beheer van het elektriciteitsdistributienet, het

<sup>1233</sup> Brussel 27 oktober 2006, *RABG* 2007, 291, noot T. VANDEN BORRE. Hierop wordt later nog dieper in gegaan, met name in het hoofdstuk met betrekking tot de verantwoordingsplicht.

<sup>1234</sup> Brussel 30 juni 2015, 2014/AR/750, onuitg. overweging 23.

<sup>1235</sup> Geen betrekking hebben op essentiële elementen, specifieke uitvoerende bevoegdheden in een welbepaalde technische aangelegenheid, onderworpen aan rechterlijke toetsing en parlementaire controle, zie GwH 18 november 2010, nr. 130/2010, GwH 20 februari 2014, nr. 30/2014, GwH 10 juli 2014, nr. 104/2014.

<sup>1236</sup> Zie bijvoorbeeld artikel 12, § 14 van de Elektriciteitswet: "Tegen de door de commissie vastgestelde tariefmethodologie alsook tegen de door haar genomen beslissingen betreffende de tariefvoorstellen in uitvoering van deze tariefmethodologie, kan een beroep worden ingesteld door elke persoon die een belang aantoonst bij het hof van beroep te Brussel met toepassing van artikel 29*bis*. Zulk beroep kan onder andere worden ingesteld indien: - de beslissing van de commissie de richtsnoeren bedoeld in dit artikel niet in acht neemt; - de beslissing van de commissie niet in overeenstemming is met het algemene energiebeleid, zoals gedefinieerd in de Europese, federale en gewestelijke wet- en regelgeving; - de beslissing van de commissie niet de noodzakelijke middelen waarborgt voor de realisatie van de investeringen van de netbeheerder en de instandhouding van de infrastructuur of de uitvoering van haar wettelijke opdracht"; Art. 9septies, § 1 van de Elektriciteitsordonnantie: " Tegen de beslissingen die door Brugel op basis van afdeling II*quater* worden genomen kan beroep aangetekend worden door iedere persoon die een belang aantoonst voor het Hof van beroep te Brussel zetelend zoals in kort geding".

<sup>1237</sup> Voor de VREG zie artikelen 3.1.4, § 2, 6° en 4.2.1., § 1 van het Energiedecreet; voor de CWaPE zie artikel 13 van het Waals Elektriciteitsdecreet; de CREG geeft enkel *advies*, de Koning stelt het reglement op (artikel 11 van de Elektriciteitswet); ook Brugel geeft enkel advies, zie artikel 9ter van de Elektriciteitsordonnantie.

aardgasdistributienet en het plaatselijk vervoernet van elektriciteit.<sup>1238</sup> Artikel 4.2.1. §2 van het Energiedecreet bepaalt dat de technische reglementen in ieder geval volgende opsomming bevatten, met betrekking tot het beheer, de toegang tot en de aansluiting op het net:

“1° de technische en operationele **regels** die verbonden zijn aan de taken die behoren tot het beheer van het net, vermeld in artikel 4.1.6; 2° de verplichtingen die opgelegd zijn aan producenten, evenwichtsverantwoordelijken, bevrachters, leveranciers, aanbieders van energiediensten met inbegrip van aggregatoren, afnemers, aanvragers van toegang tot het net en aanvragers van een aansluiting op het net, om de netbeheerder in staat te stellen zijn net zo kwaliteitsvol mogelijk te beheren, inclusief de handels- en balanceringsvereisten opgelegd aan iedere leverancier van elektriciteit of aardgas aan afnemers in het Vlaamse Gewest; 3° de **regels** voor de uitwisseling van gegevens tussen de beheerder van het transmissienet, de vervoeronderneming, de distributienetbeheerders, de beheerder van het plaatselijke vervoernet van elektriciteit, de beheerder van het gesloten distributienet, de producenten, de aardgasinvoerders, de evenwichtsverantwoordelijken, de bevrachters, de tussenpersonen, de leveranciers, de aanbieders van energiediensten met inbegrip van aggregatoren en de afnemers; 4° de **regels** die opgelegd zijn aan leveranciers en netbeheerders bij klant- of leverancierswissels, verhuizing, bewoning naar een nieuwe of verzegelde woning, verzegeling, afsluiting, de beëindiging van een leveringscontract, de opname en rechtzetting van meterstanden en de allocatie en reconciliatie, inclusief de financiële verrekeningen tussen marktpartijen; 5° de eventuele technische uitvoeringsregels bij openbaardienstverplichtingen die opgelegd zijn aan leveranciers of netbeheerders op grond van dit decreet; 6° de informatieverplichtingen of voorafgaande goedkeuring door de VREG van de operationele regels, algemene voorwaarden, typeovereenkomsten, formulieren en procedures die gebruikt worden door de netbeheerder ten aanzien van leveranciers, aanbieders van energiediensten met inbegrip van aggregatoren en afnemers; 7° de prioriteit die moet worden gegeven aan kwalitatieve warmtekrachtinstallaties en aan productie-installaties van groene stroom; 8° de verplichting voor de netbeheerders tot het verstrekken van informatie aan de VREG over de beoordeling die zij uitvoeren van het potentieel voor energie-efficiëntie van hun gas- en elektriciteitsinfrastructuur, in het bijzonder wat betreft transport, distributie, beheer van de belasting van het net en interoperabiliteit, en de aansluiting op installaties voor energieopwekking, inclusief de toegangsmogelijkheden voor micro-energiegeneratoren”.<sup>1239</sup>

Uit de bewoordingen “in ieder geval” kan worden afgeleid dat het voor de VREG mogelijk is om discretionair nog andere regels op te nemen. Ook op welke manier de verschillende punten specifiek worden ingevuld wordt enkel aan de beoordeling van de VREG overgelaten. Artikel 4.2.1. §3 van het Energiedecreet vormt hier wel een beperking op in die zin dat de technische reglementen van de VREG momenteel nog onderworpen zijn aan de **goedkeuring** van de Vlaamse regering. In voorkomend geval wordt de beslissing tot niet-goedkeuring onverwijld meegedeeld aan de VREG, die, rekening houdend met de opmerkingen van de Vlaamse regering, de nodige aanpassingen verricht. Daarna wordt het technisch reglement opnieuw ter goedkeuring voorgelegd aan de Vlaamse regering. Bij deze goedkeuringsbevoegdheid van de Vlaamse regering rijzen er problemen inzake de onafhankelijkheid van de energieregulator. Artikel 35(5) van de richtlijn 2009/72/EG stelt dat de regulerende instantie zelfstandig besluiten moet kunnen nemen en bij het verrichten van de reguleringstaken

<sup>1238</sup> Artikel 4.2.1. § 1 van het Energiedecreet.

<sup>1239</sup> Het Technisch Reglement van de VREG inzake de distributie van elektriciteit kan geraadpleegd worden op volgende webpagina: [http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/trde\\_versie\\_15\\_mei\\_2012.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/trde_versie_15_mei_2012.pdf).

geen directe instructies kan verlangen of ontvangen van regeringen of andere publieke of particuliere entiteiten. Dergelijke goedkeuring en het geven van "opmerkingen" houdt een niet conforme omzetting van de richtlijn in.<sup>1240</sup> Administratief toezicht is immers onverenigbaar met de onafhankelijkheid van de regulator.<sup>1241</sup> In de parlementaire voorbereiding bij de wet van 8 januari 2012 stelde de Raad van State dat "naar luid van het huidige artikel 11 van de Elektriciteitswet worden in het door de Koning vast te stellen technisch reglement met betrekking tot het beheer van en de toegang tot het transmissienet een aantal aangelegenheden opgenomen die overeenkomstig artikel 37, lid 6, van richtlijn 2009/72/EG tot de *exclusieve bevoegdheid* van de regulerende instantie behoren. Die aspecten moeten in ieder geval worden uitgezonderd van de in het huidige artikel 11, tweede lid, opgesomde aangelegenheden. Indien dit laatste onmogelijk blijkt te zijn, moet de bevoegdheid om het technisch reglement vast te stellen, volledig worden toevertrouwd aan de CREG".<sup>1242</sup>

De kerntaken van de energieregulators omvatten het goedkeuren van de tarieven of de methodologieën, ontvlechten, algemeen toezicht (naleving van de regels verzekeren), consumentenbescherming en implementatie van de bindende beslissingen van de EU Commissie of ACER. De monitoringstaken kunnen volgens de Nota en onder artikel 37(2) en 41(2) door de lidstaten worden toevertrouwd aan een andere instantie dan de energieregulator. Onder deze taken valt ook het reguleren van de infrastructuur en de netwerktoegang (cf. technisch reglement), de marktmonitoring en het beoordelen van de concurrentie op de markt. Aangezien de technische reglementen voor een deel betrekking hebben op de hoofdtaken en voor een deel op de monitoringstaken, *die in principe kunnen worden uitgeoefend door een andere instantie*, heeft de wetgever dit argument gebruikt om er een goedkeuring aan te koppelen. LAVRIJSSEN stelt evenwel – terecht – dat de "vaststelling van technische voorwaarden" bevoegdheden betreffen die algemeen verbindende voorschriften inhouden die de autoriteit onafhankelijk moet kunnen uitoefenen.<sup>1243</sup> Indien de wetgever ervoor kiest om de bevoegdheid tot het opstellen van technische reglementen *exclusief* toe te kennen aan de energieregulator, dan moet m.i. deze bevoegdheid onafhankelijk kunnen worden uitgeoefend, zonder goedkeuring en opmerkingen, of dat dit nu betrekking heeft op kerntaken of monitoringstaken. Dergelijke goedkeuring en het geven van "opmerkingen" houdt immers een niet conforme omzetting van de richtlijn in. Administratief toezicht is immers onverenigbaar met de onafhankelijkheid van de regulator.<sup>1244</sup>

---

<sup>1240</sup> Dit komt nog aan bod in het volgende hoofdstuk met betrekking tot de onafhankelijkheid van de energieregulators.

<sup>1241</sup> Zie hiervoor GwH 18 november 2010, nr. 130/2010.

<sup>1242</sup> Adv.RvS nr. 49.570/3 van 31 mei 2011 bij het wetsontwerp van wet tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitswet en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, nr. 1725/1, 309.

<sup>1243</sup> S. LAVRIJSSEN, "Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU-perspectief", *RegelMaat* 2015, afl. 3, 192-(182) 193.

<sup>1244</sup> Zie hiervoor GwH 18 november 2010, nr. 130/2010.

Het voorstel van decreet van 6 juni 2016 bepaalt dat ook terecht dat artikel 4.2.1, §3 **vervangen** wordt door volgende bewoordingen: "§3. De technische reglementen, vermeld in §1, worden na een openbare consultatie, goedgekeurd door de raad van bestuur van de VREG. De technische reglementen treden pas in werking na bekendmaking in het Belgisch Staatsblad".<sup>1245</sup> Van een goedkeuring door de regering is in de toekomst dan ook geen sprake meer.

**377.** Artikel 13 van het Waals Elektriciteitsdecreet stelt dat: "*En concertation avec les gestionnaires de réseaux et après consultation du conseil général, la CWaPE arrête un règlement technique unique pour la gestion et l'accès aux réseaux de distribution et un règlement technique pour la gestion et l'accès au réseau de transport local. Le règlement technique est approuvé par le Gouvernement et publié au Moniteur belge*". Net zoals de VREG stelt ook de CWaPE zelf het technisch reglement op, maar ook hier is er sprake van een goedkeuring. Het verschil met de VREG is dat er bij de CWaPE sprake is van een raadpleging van de algemene raad.<sup>1246</sup> Aangezien de *conseil général* is samengesteld uit vertegenwoordigers van de politiek en de energiesector, kunnen ook hier dezelfde vragen inzake beïnvloeding en onafhankelijkheid worden gesteld. Artikel 43*bis*, § 2, lid 3 bepaalt dat het technisch reglement een algemene draagwijdte heeft en bindend is in al zijn elementen. Het kan enkel worden ingevoerd in de gevallen die uitdrukkelijk voorzien zijn door of krachtens het decreet en treedt pas in werking na goedkeuring door de regering. Het wordt binnen de tien werkdagen na deze goedkeuring op de internetsite van de CWaPE gepubliceerd en in het Belgisch Staatsblad (art. 13).

**378.** In tegenstelling tot de VREG en CWaPE heeft de CREG beperktere bevoegdheden. Voor de CREG bepaalt artikel 11 van de Elektriciteitswet dat "na advies van de CREG en overleg met de netbeheerder, de Koning een technisch reglement opstelt voor het beheer van het transmissienet en de toegang ertoe". De CREG is met andere woorden niet bevoegd voor het opstellen van het technisch reglement, hetgeen ervoor zorgt dat de CREG in dit geval ook niet over een regelgevende bevoegdheid ter zake beschikt. Het louter geven van een advies en de vorm van een koninklijk besluit zorgen ervoor dat het voor de CREG onmogelijk is om het technisch reglement autonoom tot stand te doen komen of te wijzigen. Indien het technisch reglement, opgesteld door de Koning, regels bevat die betrekking hebben op de kerntaken van de regulator dan is dit reglement inderdaad in strijd met de richtlijn. Deze discussie kwam eveneens

<sup>1245</sup> Voorstel van decreet van het Vlaamse Gewest houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de oprichting en de organisatie van de regulator betreft, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16 nr. 812/1, 15.

<sup>1246</sup> Artikel 51, § 2 van het Waals Elektriciteitsdecreet: "Le Conseil est composé de vingt-quatre membres désignés par le Gouvernement, après appel à manifestation d'intérêt, à savoir : 1° trois représentants des pouvoirs publics régionaux; 2° quatre représentants du Conseil économique et social de la Région wallonne; 3° deux représentants des consommateurs résidentiels; 4° trois représentants des villes et communes et deux représentants des C.P.A.S. proposés respectivement par l'Union des villes, communes et provinces de la Wallonie et par le Fédération des C.P.A.S.; 5° quatre représentants des producteurs, dont un représentant des producteurs centralisés, un représentant des producteurs d'énergie renouvelable, un représentant des producteurs d'énergie à partir de cogénération de qualité et un représentant des autoproducteurs; 6° trois représentants des gestionnaires des réseaux de transport local et de distribution; 7° deux représentants des fournisseurs de gaz et d'électricité ; 8° un représentant des associations environnementales".

aan bod in het arrest nr. 117/2013 van het Grondwettelijk Hof.<sup>1247</sup> De CREG voerde aan dat “bij artikel 37, leden 6, onder c), en 9, van de richtlijn 2009/72/EG en bij artikel 41, leden 6, onder c), en 9, van de richtlijn 2009/73/EG aan de nationale regulerende instanties exclusieve bevoegdheden inzake grensoverschrijdende infrastructuur worden verleend, met name wat betreft de procedures voor congestiebeheer van de netten, en worden die instanties met het toezicht op dat beheer belast. [...]. De bevoegdheid die de CREG uit de richtlijn afleidt inzake voorwaarden voor toegang tot de grensoverschrijdende infrastructuur wordt aldus afhankelijk gesteld van de voorwaarden die krachtens een koninklijk besluit zijn vastgesteld en die betrekking hebben op de congestie in ruime zin, met inbegrip van de methoden voor het evalueren van de capaciteit die nochtans tot de exclusieve bevoegdheid van de CREG behoren”. Het Grondwettelijk Hof volgt deze redenering niet en stelt dat uit artikel 37, leden 6, onder c), en 9, van de richtlijn 2009/72/EG niet blijkt dat het vaststellen van het technisch reglement tot de bevoegdheid van de nationale regulerende instantie behoort.<sup>1248</sup> Het Hof bevestigt de bevoegdheid die de CREG wordt toegekend bij artikel 37, lid 6, onder c). Deze bevoegdheid past volgens het Hof niettemin in het ruimere kader van de verordening (EG) nr. 714/2009 die voorziet in de uitwerking van netcodes die in de Europese Unie uniform van toepassing zijn. Aangezien die netcodes nog niet door de bevoegde Europese autoriteiten waren goedgekeurd, kon worden aanvaard dat de wetgever, om rechtsonzekerheid te vermijden, het door de Koning vastgestelde technisch reglement in de rechtsorde heeft gehandhaafd.<sup>1249</sup> Deze redenering van het Hof is op zijn zachtst “vreemd” te noemen. Volgens de Europese Commissie is het “Technisch reglement inzake transmissie van elektriciteit” wel degelijk in strijd met de richtlijnen aangezien het reglement regels bevat inzake de aansluiting op en toegang tot het net en de methoden voor de evaluatie van de beschikbare capaciteit, het congestiebeheer en de toewijzing van capaciteit.<sup>1250</sup>

**379.** Bij Brugel bepaalt artikel 9<sup>ter</sup> van de Elektriciteitsordonnantie dat elke netbeheerder een voorstel van technisch reglement uitwerkt voor het beheer van zijn eigen net en de toegang hiertoe. Over deze voorstellen brengt Brugel een advies uit en kan het wijzigingen aan de voorstellen van technisch reglement voorstellen. In dit geval deelt zij deze mee aan de betrokken netbeheerder. Vervolgens beschikt de betrokken netbeheerder over een termijn van één maand om aan zijn oorspronkelijk voorstel alle of een deel van de

---

<sup>1247</sup> GwH 7 augustus 2013, nr. 117/2013. Zie ook D. VERHOEVEN, “Recente ontwikkelingen in het federale energierecht: *Europe strikes back*” in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2014*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (51) 62; L. DE DEYNE, “Lijvig arrest van het Grondwettelijk Hof versterkt onafhankelijkheid van CREG slechts matig”, *MER* 2014, 3-24.

<sup>1248</sup> Overweging B.20.3.

<sup>1249</sup> KB 19 december 2002 houdende een technisch reglement voor het beheer van het transmissienet van elektriciteit en de toegang ertoe, *BS* 28 december 2002, 58.471.

<sup>1250</sup> Europese Commissie, 2014/2189 C(2014) 7337 final, onuitgegeven, zoals vermeld in D. VERHOEVEN, “Recente ontwikkelingen in het federale energierecht: *Europe strikes back*” in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2014*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (51) 62.

wijzigingen voorgesteld door Brugel door te voeren. Als deze niet allemaal in overweging genomen worden, rechtvaardigt de betrokken netbeheerder zijn standpunt aan Brugel in een advies. Brugel stelt vervolgens een aanvullend advies op. Het geheel van de voornoemde documenten wordt aan de regering overgemaakt die het technisch reglement vaststelt door alle of een deel van de voorstellen aan te nemen. Net zoals de CREG, beschikt Brugel dus niet over eigen regelgevende bevoegdheden tot het opstellen van het technisch reglement. Het technisch reglement wordt gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad (art. 9<sup>ter</sup>).

**380.** De regeling inzake het opstellen van technische reglementen is verschillend: waar de VREG en de CWaPE zelf de reglementen opstellen, geven de CREG en Brugel enkel een advies. Technische reglementen betreffen "regels met een abstract, algemeen en onpersoonlijk karakter die voor de duur van hun gelding op een onbepaald aantal gevallen van toepassing zijn".<sup>1251</sup> Bijgevolg beschikken enkel de VREG en de CWaPE terzake over regelgevende bevoegdheden. Technische reglementen zijn een door de uitvoerende instanties uitgevaardigde norm: een *reglementaire akte* of een reglementaire administratieve handeling. De uitvoerende macht kan dus – zoals reeds uiteengezet in het onderdeel met betrekking tot het legaliteitsbeginsel – zelf recht creëren, maar slechts op grond van een wet en binnen de perken van een wetgevend kader.<sup>1252</sup> De wet maakt het stellen van een bestuurshandeling mogelijk en conditioneert daarbij de inhoud en legitimeert de handeling.<sup>1253</sup> Reglementaire akten zijn dus normen die niet door de wetgevende macht (in het parlement) zijn goedgekeurd.<sup>1254</sup> De technische reglementen worden (goedgekeurd door de respectievelijke regering en) opgenomen als bijlage bij een besluit van de Vlaamse, Waalse of Brussels regering of KB.<sup>1255</sup> Als dusdanig behoort de bevoegdheid tot het opstellen van een technisch reglement eerder tot de uitvoerende (regelgevende) functie in plaats van de wetgevende functie.

In de praktijk zijn er meer en meer voorbeelden waarin een bepaald orgaan een werkelijke *regelgevende functie* toegekend krijgt. Dit gebeurt vaak zonder aan het legaliteitsbeginsel in de klassieke zin te worden onderworpen (een rechtsgrondslag in de wet en overeenstemming met de wet).<sup>1256</sup> Dit leidt volgens POPELIER tot een versnippering van de verordenende bevoegdheid, waarvoor er (nog) geen grondwettelijke basis bestaat.<sup>1257</sup> De technische reglementen lijken eerder te voldoen aan het legaliteitsbeginsel. De wet (wet,

<sup>1251</sup> J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek van het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2007, 142.

<sup>1252</sup> P. POPELIER, *Democratisch regelgeven*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 36.

<sup>1253</sup> P. POPELIER, *Democratisch regelgeven*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 37.

<sup>1254</sup> J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek van het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2007, 143.

<sup>1255</sup> Zie bijvoorbeeld: BBR 23 mei 2014 tot vaststelling van het technisch reglement voor het beheer van het gasdistributienet in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en de toegang ertoe, BS 4 november 2014; BVR 28 juni 2013 houdende goedkeuring van het technisch reglement distributie elektriciteit BS 29 oktober 2013; BWR 3 maart 2011 tot goedkeuring van het technisch reglement voor het beheer van de elektriciteitsdistributienetten in het Waalse Gewest en de toegang daartoe, BS 11 mei 2011.

<sup>1256</sup> P. POPELIER, *Democratisch regelgeven*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 120.

<sup>1257</sup> P. POPELIER, *Democratisch regelgeven*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 120.



decreet of ordonnantie) biedt de rechtsgrondslag voor deze reglementen, zij mogen niet strijdig zijn met de wet en worden nadien opgenomen in uitvoeringsbesluiten (KB of besluit), die gepubliceerd worden in het Belgisch Staatsblad. Bovendien hangt de eigenlijke inhoud niet alleen af van de energieregulatoren zelf. De wet legt immers globaal vast wat er in het technisch reglement moet worden opgenomen.<sup>1258</sup> Enkel de gedetailleerde en concrete uitwerking wordt overgelaten aan de energieregulatoren, in overleg met de netbeheerder(s).

### 2.3. Andere regelgevende bevoegdheden ("soft law")

**381.** Het opstellen van de tariefmethodologie en het opmaken van een voorstel of de goedkeuring van het technisch reglement zijn de twee belangrijkste en meeste duidelijke voorbeelden van regelgevende bevoegdheden uitgeoefend door energieregulatoren. De energieregulatoren stellen daarenboven ook andere soorten regels op die eerder een "soft law" stempel dragen. Met *soft law* regels worden de eerder quasi-regelgevende instrumenten bedoeld die niet noodzakelijk bindend zijn of waarvan de bindende kracht minder sterk is dan bij algemeen verbindende regels zoals een tariefmethodologie of een technisch reglement. Het gaat bijvoorbeeld om besluiten, mededelingen, richtlijnen,...

#### 2.3.1. *Gedragcode voor de toegang tot het aardgasvervoersnet*

**382.** De gedragscode voor de toegang tot het aardgasvervoersnet houdt een nadere uitwerking in van het technisch reglement, waarbij de CREG een zekere beleidsvrijheid heeft.<sup>1259</sup> Artikel 15/*undecies* van de Gaswet bepaalt dat op voorstel van de CREG, de Koning een gedragscode vaststelt met betrekking tot de toegang tot het aardgasvervoersnet, de opslaginstallatie voor aardgas en de LNG-installatie.<sup>1260</sup> De CREG formuleert zelf een voorstel van gedragscode.

<sup>1258</sup> Zie artikel 4.2.1., § 2 van het Energiedecreet; artikel 13 van het Waals Elektriciteitsdecreet; artikel 9*ter* van de Elektriciteitsordonnantie; artikel 13 van het Waals Elektriciteitsdecreet en artikel 11 van de Elektriciteitswet.

<sup>1259</sup> T. VANDEN BORRE, "Geen volle rechtsmacht in beroepen inzake de discretionaire bevoegdheid van de CREG" (noot onder Brussel 27 oktober 2006), *RABG* 2007, afl. 5, (291) 301.

<sup>1260</sup> "De gedragscode bepaalt :1° de procedures en regels inzake de aanvraag van toegang tot het net; 2° de gegevens die de gebruikers van het aardgasvervoersnet, de opslaginstallatie voor aardgas en de LNG-installatie aan de beheerder van het aardgasvervoersnet, aan de beheerder van de opslaginstallatie voor aardgas en aan de beheerder van de LNG-installatie moeten verstrekken; 3° de voorzorgsmaatregelen die de beheerder van het aardgasvervoersnet, de beheerder van de opslaginstallatie voor aardgas en de beheerder van de LNG-installatie dienen te nemen om de vertrouwelijkheid van de commerciële gegevens met betrekking tot de gebruikers van het aardgasvervoersnet, de opslaginstallatie voor aardgas of de LNG-installatie te beschermen; 4° de termijnen waarbinnen de beheerder van het aardgasvervoersnet, de beheerder van de opslaginstallatie voor aardgas en de beheerder van de LNG-installatie moeten antwoorden op de aanvragen om toe te treden tot hun net en hun installatie; 5° de maatregelen om elke discriminatie tussen gebruikers of categorieën gebruikers van het aardgasvervoersnet, de opslaginstallatie voor aardgas of de LNG-installatie te vermijden; 6° de minimumvereisten met betrekking tot de juridische en operationele scheiding van de vervoers- en leveringsfuncties van aardgas binnen de geïntegreerde beheerders van het aardgasvervoersnet, de opslaginstallatie voor aardgas of de LNG-installatie; 7° de basisbeginselen met betrekking tot de rechten en verplichtingen van, enerzijds, de beheerder van het aardgasvervoersnet, de beheerder van de opslaginstallatie voor aardgas en de beheerder van de LNG-installatie, en, anderzijds, de gebruikers voor de toegang tot het aardgasvervoersnet, de opslaginstallatie voor aardgas of de LNG-installatie; 8° de basisbeginselen met betrekking tot facturering; 9° de basisbeginselen met betrekking tot de rechten en verplichtingen van, enerzijds, de beheerder van het aardgasvervoersnet, de beheerder van de opslaginstallatie voor aardgas en de beheerder van de LNG-installatie en, anderzijds, de gebruikers van het

Reeds in het arrest van 5 januari 2004 van de Raad van State bleek dat het de CREG is die de voorstellen formuleert en niet de regering.<sup>1261</sup>

Een voorbeeld is het voorstel van 9 oktober 2008, getiteld "voorstel tot koninklijk besluit".<sup>1262</sup> Op zijn vergadering van 9 oktober 2008 heeft het Directiecomité van de CREG dit voorstel goedgekeurd. In het eerste deel van het voorstel worden enkele algemene opmerkingen geformuleerd en wordt een overzicht gegeven van de belangrijkste thema's die in het voorstel van koninklijk besluit worden geregeld. Het tweede deel, getiteld "bijzondere opmerkingen", bevat opmerkingen die specifiek betrekking hebben op welbepaalde artikelen van het voorstel van koninklijk besluit. De voorstellen komen tot stand na uitgebreide consultatie en openbare raadpleging. De CREG vraagt de netgebruikers om hun opmerkingen, suggesties en commentaar schriftelijk over te maken.<sup>1263</sup> Voor het schrijven van de ontwerp tekst (versie 00) werd vertrokken van een oriëntatienota en een consultatieverslag. De ontwerp tekst werd in verschillende fasen (versie 00 tot versie 05) op informele wijze besproken met medewerkers van de N.V. FLUXYS. Deze opmerkingen werden naderhand op twee werkvergaderingen toegelicht en nadien werd het voorstel van nieuwe gedragscode herschreven. Uiteindelijk hebben de verschillende voorstellen (Voorstel (C)081009-CREG-797; Voorstel (C)090305-CDC-844 en Voorstel (C)090716-CDC-882)<sup>1264</sup> geleid tot het koninklijk besluit van 23

---

desbetreffende aardgasvervoersnet, van de opslaginstallatie voor aardgas of van de LNG-installatie inzake het gebruik ervan en meer bepaald, inzake onderhandelingen over de toegang tot vervoer, over het congestiebeheer en over de publicatie van informatie; 10° maatregelen die in het verbintissenprogramma moeten worden opgenomen om te waarborgen dat ieder discriminerend gedrag is uitgesloten en om te voorzien in een adequaat toezicht op de naleving ervan. Het programma bevat de specifieke verplichtingen van de werknemers ter verwezenlijking van die doelstelling. De persoon of instantie die verantwoordelijk is voor het toezicht op het verbintissenprogramma dient bij de Commissie jaarlijks een verslag in waarin de genomen maatregelen worden uiteengezet. Dit verslag wordt gepubliceerd; 11° de vereisten inzake onafhankelijkheid van het personeel van de beheerders ten opzichte van de producenten, distributeurs, leveranciers en tussenpersonen. 12° de regels en de organisatie van de secundaire markt waarvan sprake in artikel 15/1, § 1, 9°bis; 13° de basisprincipes betreffende de organisatie van de toegang tot de hubs.[...]".  
<sup>1261</sup> RvS 5 januari 2004, nr. 126.817, overw. 3.1: "Overwegende dat de verzoekende partijen in het eerste middel de schending aanvoeren van artikel 3, §1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, doordat de verwerende partij nagelaten heeft het advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State in te winnen over het ontwerpbesluit waarin de bemerkingen verwerkt werden die de CREG op 20 februari 2003 heeft geformuleerd; dat zij bij het middel de volgende toelichting geven: de regering heeft, op voorstel van de CREG, een ontwerp aan het advies van de afdeling Wetgeving voorgelegd; de afdeling Wetgeving heeft op 14 november 2002 advies verleend; vervolgens heeft de CREG een aantal aanpassingen aan haar eerste ontwerp voorgesteld en die aanpassingen zijn door de regering "quasi volledig overgenomen."

<sup>1262</sup> CREG, VOORSTEL (C)081009-CREG-797 van 9 oktober 2008 tot 'koninklijk besluit betreffende de gedragscode inzake de toegang tot het aardgasvervoersnet, de opslaginstallatie voor aardgas en de LNG-installatie en tot wijziging van het koninklijk besluit van 12 juni 2001 betreffende de algemene voorwaarden voor de levering van aardgas en de toekenningsvoorwaarden van de leveringsvergunningen voor aardgas' gedaan met toepassing van artikel 15/5undecies, §1, 15/4 juncto artikel 15/14, §2, tweede lid, 1°, en derde lid van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, <http://www.creg.info/pdf/Voorstellen/C797NL.pdf>.

<sup>1263</sup> <http://www.creg.info/pdf/Voorstellen/C797NL.pdf>, 10.

<sup>1264</sup> CREG, Voorstel (C)081009-CREG-797 van koninklijk besluit betreffende de gedragscode inzake de toegang tot het aardgasvervoersnet, de opslaginstallatie voor aardgas en de LNG-installatie en tot wijziging van het koninklijk besluit van 12 juni 2001 betreffende de algemene voorwaarden voor de levering van aardgas en de toekenningsvoorwaarden van de leveringsvergunningen voor aardgas; CREG, Voorstel (C)090305-CDC-844 tot wijziging van het voorstel (C)081009-CDC-797 van koninklijk besluit betreffende de gedragscode inzake de toegang tot het aardgasvervoersnet, de opslaginstallatie voor aardgas en de LNG-installatie en tot wijziging van het koninklijk besluit van 12 juni 2001 betreffende de algemene voorwaarden voor de levering van aardgas en de toekenningsvoorwaarden van de leveringsvergunningen voor aardgas; CREG, Voorstel (C)090716-CDC-882 van koninklijk besluit betreffende de gedragscode inzake de toegang tot het aardgasvervoersnet, de opslaginstallatie voor aardgas en de LNG-installatie en tot wijziging van het koninklijk besluit van 12 juni 2001 betreffende de algemene voorwaarden voor de levering van aardgas en de toekenningsvoorwaarden van de leveringsvergunningen voor aardgas.

december 2010.<sup>1265</sup> Het is duidelijk dat de CREG, in overleg met de marktpelers, de daadwerkelijke inhoud van het koninklijk besluit kan bepalen en in dit opzicht de CREG dus ook beschikt over enige regelgevende bevoegdheid. Het voorstel geformuleerd door de CREG kan gezien worden als *soft law* in die zin dat het nog niet bindend is, maar nadien wel bindend wordt gemaakt via de opname in een KB.

### 2.3.2. Mededelingen en richtlijnen

**383.** Het Energiebesluit vermeldt verschillende malen dat het aan de VREG wordt overgelaten om "nadere regels" vast te leggen.<sup>1266</sup> Een voorbeeld is de beslissing van de VREG van 26 april 2011 met betrekking tot de nadere regels bij het gebruik van garanties van oorsprong.<sup>1267</sup> De beslissing bestaat uit 10 artikelen (regels) opgesteld door de VREG. Andere besluiten of beslissingen van de VREG geven ook een praktische interpretatie of invulling aan het wetgevend kader<sup>1268</sup> of aan bepaalde regelgeving.<sup>1269</sup> Ook in dit kader beschikt de VREG over bepaalde discretionaire bevoegdheden om bestaande regelgeving (besluit van de Vlaamse regering) nader uit te werken. De beslissingen en besluiten worden gepubliceerd op de website van de VREG.

---

<sup>1265</sup> KB 23 december 2010 betreffende de gedragscode inzake de toegang tot het aardgasvervoersnet, de opslaginstallatie voor aardgas en de LNG-installatie, BS 5 januari 2011.

<sup>1266</sup> Art. 4.1.2. § 1. De leverancier wordt door de netbeheerder vergoed voor de bedragen die hij met toepassing van artikel 4.1.1, § 1, heeft afgetrokken of zal aftrekken van de facturen van de huishoudelijke afnemers die op het net van de betrokken netbeheerder zijn aangesloten, en factureert die bedragen aan de betrokken netbeheerder. De VREG stelt in overleg met de betrokken sector de nadere regels vast voor de praktische uitvoering van het eerste lid; Art. 6.1.14. [...] § 8. De eigenaar van een groenestroomcertificaat heeft leesrecht in de centrale databank voor de gegevens van de groenestroomcertificaten waarvan hij eigenaar is. De eigenaar van een groenestroomcertificaat kan een groenestroomcertificaat met de vermelding, bedoeld in paragraaf 2, 7° "nog niet ingeleverd", in de centrale databank overdragen aan een andere eigenaar of inleveren om te voldoen aan de certificatenverplichting, overeenkomstig de procedure vermeld in artikel 6.1.15. De VREG kan nadere regels bepalen op welke manier een overdracht of inlevering van een groenestroomcertificaat verloopt; (en in gelijke bewoordingen Art. 6.2.11. [...] § 8); Art. 6.2/3.7. De eigenaar van een garantie van oorsprong heeft toegang tot de centrale databank voor wat betreft de gegevens van de garanties van oorsprong waarvan hij eigenaar is. De eigenaar van een garantie van oorsprong met als status "nog niet ingeleverd", kan deze garanties van oorsprong in de centrale databank overdragen naar een ander lid van de certificatenbank of inleveren, zoals vermeld in artikel 7.1/1.2 van het Energiedecreet van 8 mei 2009. De VREG kan nadere regels bepalen op welke manier een overdracht, inlevering of in- of uitvoer van een garantie van oorsprong verloopt; Art. 6.2/3.14. § 1. Een leverancier van elektriciteit bezorgt maandelijks aan de VREG, een lijst van de afnemers die op het net van een netbeheerder of transmissienetbeheerder aangesloten zijn [...]. De VREG kan nadere regels vastleggen voor de wijze waarop de leverancier de gegevens, vermeld in het eerste lid, moet bezorgen. § 2. De netbeheerders en de transmissienetbeheerder melden maandelijks aan de VREG en aan de betrokken leverancier de geaggregeerde afnamegegevens van de afnemers [...], de VREG kan nadere regels vastleggen betreffende de manier waarop deze metingen dienen te gebeuren en de meetgegevens ervan dienen te worden bezorgd aan de VREG; Art. 6.3.3. De VREG kan nadere regels vastleggen voor de bepaling van de brandstofmix van het geheel van de leveringen van een leverancier, [...]; Art. 12.3.7. In afwijking van artikel 6.2/3.1, derde lid, wordt een standaarddossier inzake garanties van oorsprong ingediend bij en behandeld door de VREG. [...]. De VREG kan nadere regels vastleggen voor de manier waarop deze metingen uitgevoerd moeten worden en voor de manier waarop de gegevens aan de VREG bezorgd moeten worden.

<sup>1267</sup> Beslissing BESL-2011-7 van de VREG van 26 april 2011 met betrekking tot de nadere regels bij het gebruik van garanties van oorsprong, [http://www.vreg.be/sites/default/files/document/decisions/besl-2011-7\\_1.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/document/decisions/besl-2011-7_1.pdf). Zoals gewijzigd bij beslissing van de VREG op 25 oktober 2011 en op 19 februari 2014. Over garanties van oorsprong zie ook: T. VERMEIR, "De (tijde) zoektocht naar rechtszekerheid voor hernieuwbare energie" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2012*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (339) 374.

<sup>1268</sup> Zie bv. Beslissing BESL-2011-14 van de VREG van 25 oktober 2011 met betrekking tot de vaststelling van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit, BS 14 november 2011.

<sup>1269</sup> Zie bv. Beslissing BESL-2014-24 van de VREG van 4 november 2014 met betrekking tot de rapporteringsmethode voor klachten en vragen bedoeld in artikel 5.6.1, 7° van het energiebesluit, [http://www.vreg.be/sites/default/files/document/decisions/besl-2014-24\\_0.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/document/decisions/besl-2014-24_0.pdf).

Bij het opstellen van “Mededelingen” oefent de VREG eveneens beperkte regelgevende bevoegdheden uit, waar eveneens discretionaire ruimte meer gepaard gaat (zie ook *infra*, nr. 962 en voetnoten aldaar). In de “Mededeling van de VREG van 1 oktober 2012 met betrekking tot de testen (proefproject) die uitgevoerd worden met slimme meters, met een focus op data veiligheid & privacy” stelt de VREG dat de bestaande regelgeving niet voldoende is om een kader te vormen voor het proefproject, laat staan voor een (volledige of gedeeltelijke) uitrol van slimme meters. Aangezien de VREG zich voor deze mededeling enkel kan baseren op de bestaande Vlaamse energieregelgeving zal hij in de mededeling de principes van de bestaande regelgeving hanteren voor het proefproject. De VREG is van oordeel dat de bestaande regelgeving best zo snel mogelijk aangepast wordt om zo een kader te creëren voor de slimme meters zowel in het proefproject als bij een mogelijke definitieve uitrol.<sup>1270</sup> Verder benadrukt de regulator dat deze mededeling dieper ingaat op de rechten en plichten van distributienetbeheerders en netgebruikers specifiek binnen de omgeving van het proefproject (uitgebreide test met 50.000 slimme meters). Andere voorbeelden van mededelingen zijn de “Mededeling van de VREG van 5 maart 2013 met betrekking tot de principes en procedure ter implementatie van het solidariteitsmechanisme”<sup>1271</sup> of “Mededeling van de VREG van 8 juli 2008 Gewijzigd op 2 juni 2009 met betrekking tot de toepassing van artikel 15 van het besluit van de Vlaamse regering van 5 maart 2004 inzake de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen betreffende de aanvaardbaarheid voor de certificatenverplichting van groenestroomcertificaten voor elektriciteitsproductie uit houtstromen”.<sup>1272</sup> De mededelingen van de VREG moeten worden uitgevaardigd binnen en in overeenstemming met het regelgevend kader. Ze kunnen ook zelf regels omvatten (“gaan dieper in op de rechten en plichten”) die een abstract, algemeen en onpersoonlijk karakter hebben die voor de duur van hun gelding op een onbepaald aantal gevallen van toepassing zijn. Hun bindende kracht is evenwel minder sterk aangezien deze documenten niet worden opgenomen in koninklijke besluiten en niet worden gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad. In totaal heeft de VREG ruim 30 mededelingen gepubliceerd op zijn website.

**384.** Ook de CREG is bevoegd tot het nemen van “niet-tarifaire beslissingen” (ter nadere invulling van bepaalde koninklijke besluiten, in toepassing van de technische reglementen).<sup>1273</sup> Inzake elektriciteit kan het bijvoorbeeld gaan om beslissingen met betrekking tot de evaluatiemethode voor en de bepaling van de

---

<sup>1270</sup> VREG, [http://www.vreg.be/sites/default/files/mededelingen/mededeling\\_slimme\\_meters.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/mededelingen/mededeling_slimme_meters.pdf). MEDE-2012-4 van 1 oktober 2012 is gewijzigd op 16 juni 2015.

<sup>1271</sup> [http://www.vreg.be/sites/default/files/document/communications/mede-2013-02\\_1.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/document/communications/mede-2013-02_1.pdf), zie ook RvS 28 november 2013, nr. 225.621.

<sup>1272</sup> <http://www.vreg.be/sites/default/files/mededelingen/mede-2008-2.pdf>, zie hierover ook L. DE DEYNE en T. DE ROMPH, “Biomassa-uit-hout-en/of-houtafval-is-niet-vergelijkbaar met andere vormen van biomassa” (noot onder GwH nr. 27/2014), *MER* 2014, afl. 4, (309) 315-318.

<sup>1273</sup> D. VERHOEVEN en D. LECOQUE, “Recente ontwikkelingen in het federaal energierecht” in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2011*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (23) 91.

reservevermogens,<sup>1274</sup> de werkingsregels van de markt voor de compensatie van de kwartieronevenwichten,<sup>1275</sup> de wijziging van de algemene voorwaarden van de contracten van toegangsverantwoordelijke,<sup>1276</sup> etc. De CREG stelt ook richtlijnen op. In haar beginperiode stelde de Commissie op 9 februari 2001 richtlijnen op, maar stelde daarna vast dat het KB van 4 april 2001 van deze richtlijnen afweek. De CREG wenste dan ook de richtlijnen aan te passen om deze in overeenstemming te brengen met artikel 24 van het KB. De Commissie bekleemtoonde daarbij dat de richtlijnen werden opgesteld op basis van de beperkte informatie waarover de CREG dan beschikte en dat het evident is dat indien op basis van meer recente wetgevende initiatieven, de CREG wettelijk verplicht zal zijn om de richtlijnen opnieuw bij te stellen.<sup>1277</sup> Deze richtlijnen werden daarna nog diverse malen aangepast.<sup>1278</sup> Een recente richtlijn is de richtlijn van 28 augustus 2014 inzake "de informatie die als vertrouwelijk te beschouwen is omwille van het commercieel gevoelige karakter of persoonlijke karakter ervan".<sup>1279</sup> Artikel 15/5<sup>quater</sup>, derde lid, van de Gaswet stelt immers dat "krachtens haar transparantie- en motiveringsplicht publiceert de commissie op haar website de handelingen met individuele of collectieve draagwijdte die werden aangenomen in uitvoering van haar opdrachten krachtens artikelen 15/5<sup>bis</sup> tot 15/5<sup>quinquies</sup>, alsook iedere gerelateerde voorbereidende handeling, expertiseverslag, commentaar van de geraadpleegde partijen. Bij het verzekeren van deze openbaarheid vrijwaart zij de vertrouwelijkheid van de commercieel gevoelige informatie en/of informatie met een persoonlijk karakter. De commissie stelt hiertoe, na overleg met de betrokken aardgasbedrijven, richtsnoeren op die de informatie identificeren die binnen het toepassingsgebied van de vertrouwelijkheid valt". Deze richtsnoeren binden hoofdzakelijk de CREG zelf maar zorgen er ook voor dat dergelijke vertrouwelijkheidsregels gekend zijn door de bedrijven. In die zin houden deze richtsnoeren ook enigszins wederzijdse rechten en plichten in, hoewel de bindende kracht van dergelijk instrument natuurlijk beperkter is (vandaar eerder soft law).

**385.** Artikel 43<sup>bis</sup>, § 2, lid 3 van het Waals Elektriciteitsdecreet bepaalt dat de CWaPE richtsnoeren vastlegt. De richtsnoeren geven algemene aanwijzingen over de manier waarop de CWaPE haar opdrachten van toezicht en controle op

<sup>1274</sup> CREG, Beslissing (B)110519-CDC-1056 van 19 mei 2011 over "de vraag tot goedkeuring van de evaluatiemethode voor en de bepaling van het primair, secundair en tertiair reservevermogen voor 2012", [www.creg.info/pdf/Beslissingen/B1056NL.pdf](http://www.creg.info/pdf/Beslissingen/B1056NL.pdf).

<sup>1275</sup> CREG, Beslissing (B)111222-CDC-1132 van 22 december 2011 over "het voorstel van de NV ELIA SYSTEM OPERATOR betreffende de werkingsregels van de markt voor de compensatie van de kwartieronevenwichten voor 2012", [www.creg.info/pdf/Beslissingen/B1132NL.pdf](http://www.creg.info/pdf/Beslissingen/B1132NL.pdf).

<sup>1276</sup> CREG, Beslissing (B)120112-CDC-1135 van 12 januari 2012 over "de wijziging van de algemene voorwaarden van de contracten van toegangsverantwoordelijke", [www.creg.info/pdf/Beslissingen/B1135NL.pdf](http://www.creg.info/pdf/Beslissingen/B1135NL.pdf).

<sup>1277</sup> <http://www.creg.info/pdf/Richtlijnen/Div-Z001NL.pdf>.

<sup>1278</sup> CREG, Richtlijnen (R)030618-CDC-219: Richtlijnen met betrekking tot de billijke winstmarge toepasselijk op de aardgasvervoersondernemingen en de aardgasdistributienetbeheerders actief op het Belgische grondgebied; Richtlijnen (B)030618-CDC-218: Richtlijnen met betrekking tot de billijke winstmarge toepasselijk op de transmissie- en de distributienetbeheerders van elektriciteit actief op het Belgische grondgebied; Richtlijnen Z004: Richtlijnen met betrekking tot het tariefbeleid en met betrekking tot de billijke winstmarge in het bijzonder ten aanzien van de beheerders van de distributienetten voor elektriciteit (september 2002).

<sup>1279</sup> CREG, Richtsnoeren inzake tarieven (R)140828-CDC-1336 over "de informatie die als vertrouwelijk te beschouwen is omwille van het commercieel gevoelige karakter of persoonlijke karakter ervan" <http://www.creg.info/pdf/Richtlijnen/R1336NL.pdf>.

precieze punten wil uitoefenen. Ze zijn noch bindend voor derden, noch voor de CWaPE die ervan mag afwijken mits een afdoende motivering. Ze worden binnen de tien werkdagen na deze goedkeuring op de internetsite van de CWaPE gepubliceerd. Het gaat hier duidelijk om soft law regels met een niet-bindend karakter.

#### 2.4. Concluderend

**386.** Energieregulatoren zijn overduidelijk een prototype van onafhankelijke instanties waaraan de wetgever uitvoerende regelgevende bevoegdheden (*materiële wetgeving*) heeft toegekend. Hoewel deze bevoegdheden in de regel vrij strak zijn omlijnd door een gedetailleerd uitgewerkt wetgevend en reglementair kader, beschikken de energieregulatoren toch over enige discretionaire ruimte. De energieregulatoren beschikken wellicht zelfs over meer regelgevende bevoegdheden dan dat men aanvankelijk zou denken. Dit is echter geen "slechte zaak" voor de democratie en het legaliteitsbeginsel.

**387.** Het legaliteitsbeginsel vereist een wettelijke grondslag en het uitoefenen van de bevoegdheden in overeenstemming met de wet. De energieregulatoren oefenen hun regelgevende bevoegdheden uit in lijn met dit beginsel. Het gaat steeds om specifieke uitvoerende bevoegdheden in een welbepaalde technische aangelegenheid, die gesteund zijn op een uitdrukkelijke en omlijnde wettelijke basis. Bovendien – in het licht ook van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof – is er parlementaire controle aanwezig. Ter compensatie van het ontbreken van ministeriële verantwoordelijkheid kan deze rechtstreekse parlementaire controle nog versterkt worden. Daarenboven moet worden gewezen op de sterke aanwezigheid van talrijke andere waarborgen en vormen van controle die de legitimiteit van de regelgevende bevoegdheden van de energieregulatoren versterken. Er is immers *input* van stakeholders, de technische expertise en kwaliteit van de besluiten (*output*) vergt een gespecialiseerde aanpak, er is juridische controle ("volle rechtsmacht"), er zijn procedurele waarborgen (bijvoorbeeld inzake publicatie in het Belgisch Staatsblad, publicatie op de website etc). De constitutionele legitimiteit van deze bevoegdheden kan en moet nog versterkt worden door bijvoorbeeld het opnemen van hoger vermelde bepaling in de Grondwet.

### **3. Bevoegdheden binnen de uitvoerende functie?**

**388.** Energieregulatoren bezitten eveneens bevoegdheden die wezenlijk niet verschillen van bevoegdheden die ook vele andere bestuursorganen hebben. Artikel 37(4) van de richtlijn 2009/72/EG en artikel 41(4) van de richtlijn 2009/73/EG stellen dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat regulerende autoriteiten over voldoende bevoegdheden beschikken om hun taken goed uit te oefenen. Deze bevoegdheden omvatten voornamelijk uitvoerende bevoegdheden:

- (a) "Vaststellen van bindende besluiten voor elektriciteitsbedrijven;
- (b) Onderzoeken uitvoeren naar de werking van de elektriciteits- en gasmarkten en besluiten tot en opleggen van noodzakelijke en evenredige maatregelen om daadwerkelijke mededinging te bevorderen en de goede werking van de markt te waarborgen;
- (c) Opvragen bij elektriciteits- en gasbedrijven van informatie die relevant is voor de uitvoering van haar taken;
- (d) [...];
- (e) Passende bevoegdheden om onderzoek uit te voeren en nodige onderzoeksbevoegdheden met het oog op geschillenbeslechting."

### 3.1. Onderzoeksbevoegdheden

**389.** Onderzoeken uitvoeren en informatie opvragen zijn uitvoerende toezichts- en controlebevoegdheden. In de Interpretatieve Nota van de Europese Commissie worden de bevoegdheden van de energieregulators nader omschreven. De bevoegdheid tot het uitvoeren van onderzoek wordt daarin gezien als een duidelijke *law enforcement* bevoegdheid, waaraan ook bevoegdheden inzake inspecties ter plaatse, bij de transmissienetbeheerder en gas- en elektriciteitsbedrijven, worden gekoppeld. Deze bevoegdheid is volgens de Interpretatieve Nota duidelijk gelinkt aan de bevoegdheid tot het opvragen van alle noodzakelijke informatie. Het kan met name zijn dat de enige mogelijkheid voor de regulator om na te gaan of men wel degelijk over alle informatie beschikt erin bestaat ter plaatse inspecties uit te voeren.

**390.** Bij de CREG bepaalde de Elektricitetswet reeds vóór de omzetting van het derde pakket dat de Commissie over diverse onderzoeksbevoegdheden beschikte.<sup>1280</sup> Zo beschikte de CREG op grond van artikel 26, *1bis* van de Elektricitetswet,<sup>1281</sup> over de mogelijkheid om vanwege de elektriciteits- en gasbedrijven elke inlichting en verslagen te verkrijgen en te bepalen welke informatie haar regelmatig dient te worden meegedeeld. Bij weigering van het toezenden van de gevraagde informatie binnen de dertig dagen, kan de CREG overgaan tot het ter plaatse kennisnemen van inlichtingen en documenten die nodig zijn voor de uitvoering van de opdrachten die haar zijn toegewezen en deze desgevallend kopiëren. Vandaag bepaalt artikel 26, § 1 dat de CREG:

"In de uitvoering van de haar toegewezen opdrachten kan de commissie de netbeheerder en de distributienetbeheerders, alsook de producenten, leveranciers en tussenpersonen die op de Belgische markt tussenkomen, elke verbonden of geassocieerde onderneming evenals elke onderneming die een multilateraal commercieel platform beheert of uitbaat waarop energieblokken of financiële instrumenten worden verhandeld, die een rechtstreeks verband houden met de Belgische elektriciteitsmarkt of die er een directe impact op uitoefenen, vorderen om haar alle nodige informatie te verstrekken, met inbegrip van de verantwoording van elke weigering tot toegangverlening aan een derde, en alle informatie over de nodige maatregelen om het net te versterken, voor zover zij haar verzoek motiveert. Zij kan hun rekeningen ter plaatse controleren".

<sup>1280</sup> T. VANDEN BORRE, "De omzetting van de bepalingen inzake de onafhankelijke energieregulator – Op weg naar Luxemburg" in K. DEKETELEAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht* 2010, Intersentia, Antwerpen, 2011, (79) 132.

<sup>1281</sup> Artikel 15/16 van de Gaswet.

Artikel 26, §1bis stelt dat de CREG bij de uitvoering van de opdrachten die haar bij artikelen 23bis en 23ter (controle anti-competitief gedrag en discriminatoire prijzen) worden toebedeeld, beschikt over volgende bevoegdheden en rechten: 1° vanwege de elektriciteitsbedrijven elke inlichting verkrijgen, onder welke vorm ook, over materies die tot haar bevoegdheid en haar opdracht behoren binnen de dertig dagen na haar vraag; 2° van deze bedrijven verslagen verkrijgen over hun werkzaamheden of bepaalde aspecten ervan; 3° de informatie bepalen die haar regelmatig dient te worden meegedeeld en de periodiciteit waarmee deze informatie aan haar dient te worden overgezonden; 4° bij weigering van het toezenden van de gevraagde informatie binnen de dertig dagen overgaan tot het ter plaatse kennisnemen van alle hoger bedoelde inlichtingen en documenten die nodig zijn voor de uitvoering van de opdrachten die haar zijn toegewezen en deze desgevallend kopiëren.

De leden van het directiecomité en de personeelsleden van de CREG kunnen bekleed zijn met de hoedanigheid van "officier van gerechtelijke politie".<sup>1282</sup> Deze zijn bevoegd om inbreuken op welbepaalde artikelen van de Elektriciteits- en Gaswet (en uitvoeringsbesluiten) op te sporen en vast te stellen. Zij beschikken over de bevoegdheid om gebouwen te betreden, alle dienstige vaststellingen te doen, documenten in beslag te nemen, getuigenissen af te nemen.<sup>1283</sup> Het KB van 13 december 2009 omvat specifieke regels met betrekking tot de inspecteurs van de CREG.<sup>1284</sup>

Specifiek wat de CREG betreft (als nationale regulerende instantie)<sup>1285</sup> zijn deze bevoegdheden eveneens terug te vinden in de REMIT verordening.<sup>1286</sup> Op grond van artikel 13 van de REMIT verordening moeten de energieregulatoren erop toezien dat het verbod op handel met voorwetenschap en marktmanipulaties en de verplichting om informatie openbaar te maken worden toegepast. Hiervoor

---

<sup>1282</sup> Artikel 30bis, § 3 van de Elektriciteitswet en artikel 18, § 3 van de Gaswet. Artikel 30bis, § 3 van de Elektriciteitswet: "Onverminderd artikel 8 van het Wetboek van Strafvordering, wijst de Koning de leden van het Directiecomité en de personeelsleden van de Commissie aan die bekleed zijn met de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie. De leden bedoeld in het voorgaande lid zijn bevoegd om inbreuken op artikel 23, § 2, 3°, 3°bis, 5°, 19° tot 22°, 25° et 29°, op artikel 23bis, op artikel 23ter en op artikel 26, § 1, evenals op artikelen 3, 4 en 5 van de Verordening (EU) nr. 1227/2011 wat betreft de uitvoering van de opdrachten van de commissie bedoeld in artikel 23, § 2, 3°, 3°bis, 4°, 19° tot 22°, 25° en 29°, artikel 23bis, artikel 23ter en artikel 26, § 1bis en vast te stellen, door middel van processen-verbaal die bewijs opleveren tot het tegendeel. Hiertoe kunnen zij: 1° gebouwen, werkplaatsen en hun aanhorigheden tijdens de openings- of werkuren betreden, wanneer zulks voor de uitoefening van hun opdracht noodzakelijk is; 2° alle dienstige vaststellingen doen, zich documenten, stukken, boeken en voorwerpen die bij de opsporing en vaststelling van inbreuken nodig zijn, doen vertonen en die in beslag nemen; 3° alle inlichtingen verzamelen en alle geschreven of mondelinge verklaringen of getuigenissen afnemen; 4° bijstand verlenen in het kader van de uitvoering van de beslissingen van de commissie".

<sup>1283</sup> T. VANDEN BORRE, "De omzetting van de bepalingen inzake de onafhankelijke energieregulator – Op weg naar Luxemburg?" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht* 2010, Intersentia, Antwerpen, 2011, (79) 132.

<sup>1284</sup> KB 13 december 2009 betreffende de inspecteurs van de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas BS 16 december 2009; KB 2 maart 2011 tot vaststelling van het model van legitimatiekaart van de inspecteurs van de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas, BS 18 maart 2011; T. SCHOORS en D. PACQUEE, "Het federale energierecht in 2009: overzicht van de belangrijkste ontwikkelingen" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2009*, Antwerpen, Intersentia, 2010, (1) 2-3.

<sup>1285</sup> P. PAREZ, "Impact van Remit Verordening 1227/2011 op de groothandelsmarkt voor energie" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2012*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (47) 99.

<sup>1286</sup> Verordening (EU) nr. 1227/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende de integriteit en transparantie van de groothandelsmarkt voor energie, *Pb.L.* 8 december 2011, afl. 326,1. Zie ook D. VERHOEVEN, "Recente ontwikkelingen in het federale energierecht: *Europe strikes back*" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2014*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (51) 68.



moeten ze over voldoende onderzoeks- en handhavingsbevoegdheden kunnen beschikken die ze hetzij rechtstreeks, hetzij in samenwerking met andere instanties, hetzij middels een verzoek aan de bevoegde rechterlijke instanties uitoefenen. De onderzoeks- en handhavingsbevoegdheden blijven volgens REMIT beperkt tot het doel van het onderzoek. Ze worden uitgeoefend in overeenstemming met de nationale wetgeving, en omvatten het recht om:

- a) "toegang te verkrijgen tot ieder document, in enigerlei vorm, en een afschrift hiervan te ontvangen;
- b) inlichtingen te verlangen van *iedere relevante persoon*, met inbegrip van degenen die successievelijk betrokken zijn bij het doorgeven van handelsorders of het uitvoeren van de desbetreffende transacties, alsook hun opdrachtgevers, en in voorkomend geval het recht om een dergelijke persoon of opdrachtgever op te roepen en te horen;
- c) ter plaatse inspecties te verrichten;
- d) bestaande overzichten van telefoon- en dataverkeer op te vragen;
- e) te verlangen dat elke praktijk die in strijd is met deze verordening of de bijbehorende gedelegeerde handelingen of de daarop gebaseerde uitvoeringshandelingen, wordt beëindigd;
- f) een rechter te vragen om vermogensbestanddelen te bevroeren of in beslag te nemen;
- g) een rechterlijke of bevoegde instantie te verzoeken een tijdelijk verbod op beroepsuitoefening op te leggen".

In haar studie van 6 september 2012 stelde de CREG dat de bevoegdheden waarover zij op dat moment beschikte niet voldeden aan de voorwaarden uit artikel 13 REMIT.<sup>1287</sup> Zo stelde de CREG dat de lijst van personen die wordt opgesomd in artikel 26, § 1 van de Elektriciteitswet niet even ruim is als "iedere relevante persoon" en dat REMIT betrekking heeft op zowel fysieke als rechtspersonen terwijl de Elektriciteitswet enkel betrekking heeft op rechtspersonen.<sup>1288</sup> Ook het materiële toepassingsveld van artikel 26, § 1*bis* van de Elektriciteitswet is volgens de CREG te beperkt. De uitoefening van de bevoegdheden in artikel 26, § 1*bis* zijn immers beperkt tot de bevoegdheden van de CREG in het kader van artikelen 23*bis* en 23*ter*. Deze onderzoeksbevoegdheden mogen enkel worden toegepast met het oog op de opstelling van een verslag over de vastgestelde feiten aan de bevoegde minister, in voorkomend geval eveneens aan de Belgische Mededingingsautoriteit (cf. vroegere Raad voor de Mededinging), of het opstellen van een advies of aanbevelingen hierover aan de minister.<sup>1289</sup> Dit wil zeggen dat deze bevoegdheden duidelijk niet (meer) vooraf kunnen worden uitgeoefend, op het vlak van monitoring en in elk geval niet om tegemoet te komen aan een vraag van het Agentschap in het raam van REMIT. Ook de Europese Commissie merkte op dat deze bepalingen in strijd zijn met de artikelen 37(4)(a) en (b) en 41(4)(a) en (b) van de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG aangezien de

<sup>1287</sup> CREG STUDIE (F)120906-CDC-1168 van 6 september 2012 over de in Belgisch recht te nemen maatregelen ter uitvoering van verordening (EU) nr. 1227/2011 van 25 oktober 2011 betreffende de integriteit en transparantie van de groothandelsmarkt voor energie met toepassing van artikel 23, § 2, 2e lid, 2°, van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en artikel 15/14, § 2, 2e lid, 2°, van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, <http://www.creg.info/pdf/Studies/F1168NL.pdf>, 13 ev. Hierna: CREG studie 6 september 2012.

<sup>1288</sup> CREG studie 6 september 2012, 16.

<sup>1289</sup> D. VERHOEVEN, "Recente ontwikkelingen in het federale energierecht: *Europe strikes back*" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2014*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (51) 60.

CREG "geen eigen beslissingsbevoegdheid heeft voor het opleggen van noodzakelijke en evenredige maatregelen om daadwerkelijke mededinging te bevorderen en de goede werking van de markt te waarborgen.<sup>1290</sup> Tenslotte beklemt de CREG dat zij niet over de mogelijkheid beschikt om de stopzetting van een gedraging te "eisen", aangezien zij niet de mogelijkheid heeft om een rechtbank te vragen om vermogensbestanddelen in beslag te nemen en een tijdelijk verbod op beroepsuitoefening op te leggen. Voor deze diverse punten vroeg de CREG de aanpassing van de gas- en elektriciteitswetten (hetgeen indien men de wetgeving vandaag erbij neemt, niet is gebeurd).

**391.** Uit een audit van de CREG door het Rekenhof (daterend van november 2015) blijkt dat de regulator ingevolge juridische problemen haar bevoegdheden van gerechtelijke politie nog niet heeft kunnen uitoefenen. Het Rekenhof stelt namelijk dat de wet verwijst naar het Wetboek van Strafvordering als de CREG bepaalde daden stelt die kenmerken van een huiszoeking of van het afluisteren van telefoonverkeer hebben. De materiële bevoegdheid van de onderzoeksrechter is in dit kader echter beperkt tot misdaden en wanbedrijven, en omvat dus niet de **overtredingen** waarvoor de CREG bevoegd is. Bijgevolg is het voor de CREG niet mogelijk een onderzoeksrechter te adieren als ze vanuit haar bevoegdheid van officier van gerechtelijke politie handelingen wil stellen.<sup>1291</sup> Uit de studie van 6 september 2012 en uit de audit blijkt ook dat de CREG voorstelt voor in de wet de verwijzing naar het Wetboek van Strafvordering te vervangen door een voorafgaande machtiging van de onderzoeksrechter voor het uitoefenen van de bevoegdheden van officier van gerechtelijke politie (naar analogie met de regeling voor ambtenaren van de AD Energie van de FOD Economie). Voorts stelt de CREG voor in de wet expliciet te bepalen dat beroep tegen de handelingen van de officieren van gerechtelijke politie van de CREG mogelijk is bij het hof van beroep van Brussel.<sup>1292</sup> Deze wijzigingen werden voorsnog niet doorgevoerd.

**392.** Wat de andere Belgische energieregulatoren betreft worden de onderzoeksbevoegdheden eveneens uitdrukkelijk in de wetgeving vermeld. Artikel 3.1.4, § 2, (9°) geeft de VREG de bevoegdheid tot het uitvoeren van onderzoeken naar de werking van de elektriciteits- en gasmarkt in het Vlaamse Gewest en (10°) verleent de VREG de bevoegdheid tot het opleggen van noodzakelijke en evenredige maatregelen om de daadwerkelijke mededinging te bevorderen en de goede werking van de Vlaamse elektriciteits- en gasmarkt te waarborgen. Beide bepalingen (9° en 10°) vormen een uitbreiding van de bevoegdheden van de VREG, nieuw ingevoegd na het derde

<sup>1290</sup> 2014/2189 C(2014) 7337 final, punt 4, 8-9.

<sup>1291</sup> Rekenhof, "Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 25.

<sup>1292</sup> Rekenhof, "Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 26.

liberaliseringspakket. Het ontbrak de wetgever wel aan creativiteit, aangezien beide bepalingen een letterlijke overname omvatten van de artikelen uit dit derde pakket.

**393.** Artikel 30*bis*, § 2, 11° van de Elektriciteitsordonnantie stelt dat Brugel beschikt over een controlebevoegdheid ter plaatse, waarbij de regulator controles kan laten uitvoeren door haar personeel. Paragraaf 3 bepaalt dat Brugel volgende bevoegdheden op onpartijdige en transparante wijze uitoefent:

1° [...]

2° onderzoeken uitvoeren naar de werking van de elektriciteit- en gasmarkten en noodzakelijke en evenredige maatregelen opleggen om daadwerkelijke mededinging te bevorderen en de goede werking van de markt te waarborgen. In voorkomend geval, is Brugel ook bevoegd om samen te werken met de Raad voor de Mededinging en de marktregulators van de financiële markt in het kader van een onderzoek in verband met de mededingingswetgeving;

3° opvragen bij de beheerders van informatie die relevant is voor de uitvoering van haar taken, met inbegrip van verklaringen voor de weigering een derde partij toegang te geven en informatie over maatregelen die nodig zijn om het net te versterken;

4° over passende bevoegdheden om onderzoek te voeren en nodige onderzoeksbevoegdheden met het oog op geschillenbeslechting beschikken; [...]"

**394.** Ook bij de CWaPE is een bepaling met betrekking tot hun onderzoeksbevoegdheden opgenomen. Artikel 47, § 1 van het Waals Elektriciteitsdecreet bepaalt dat bij de uitvoering van de opdrachten die haar worden gegeven, de CWaPE de netbeheerders en, desgevallend, het filiaal bedoeld in artikel 16, § 2, alsook de beheerders van het privé-net en van de gesloten beroepsnetten, producenten, leveranciers en tussenpersonen die op de gewestelijke markt actief zijn en elke persoon die als cessionaris of makelaar groene certificaten van de CWaPE kan krijgen, kan verplichten om haar alle informatie te leveren die ze nodig heeft om haar taken uit te voeren, binnen een termijn die ze verduidelijkt. Ze motiveert haar beslissing. Indien er geen reactie komt op dit verzoek dan is de voorzitter of een directeur van de CWaPE gemachtigd om : 1° alle installaties, lokalen, terreinen en andere plaatsen op elk moment te betreden, behalve wanneer ze een woning vormen in de zin van artikel 15 van de Grondwet; 2° een kopie van de gevraagde informatie te nemen of deze tegen ontvangstbewijs mee te nemen; 3° elke persoon te ondervragen over elk feit in verband met dit artikel en zijn antwoorden te registreren.<sup>1293</sup> Het lid van het directiecomité van de CWaPE stelt een proces-verbaal op dat bewijskracht heeft tot bewijs van het tegengestelde. Het decreet bepaalt dat de betrokkenen<sup>1294</sup> zich moeten onderwerpen aan de controle ter plaatse die wordt uitgevoerd, op straffe van een administratieve boete. Paragraaf 3 van artikel 47 stelt tenslotte dat de CWaPE in elk geval een automatische controle ter plaatse mag doen van de rekeningen en meetgegevens van de betrokkenen.

<sup>1293</sup> Bij deze gelegenheid is het lid van het directiecomité van de CWaPE houder van een schriftelijk mandaat van het directiecomité met de redenen van de controle ter plaatse, dat de termen van dit artikel vermeldt.

<sup>1294</sup> "Netbeheerders en, desgevallend, hun filialen, de beheerders van privé-netten en de beheerders van gesloten beroepsnetten, de producenten, leveranciers en tussenpersonen die op de gewestelijke markt actief zijn, alsook elke persoon die als cessionaris of makelaar groene certificaten van de CWaPE kan krijgen".

**395.** Voor de VREG en Brugel zijn eerder beperkte onderzoeksbevoegdheden vastgelegd, terwijl de CREG en CWaPE zich kunnen steunen op een meer gedetailleerd en omvangrijker pakket onderzoeksbevoegdheden.

### 3.2. Adviserings- en studiebevoegdheden

**396.** Als eerder aparte categorie beschikken de regulatoren ook over adviserings-, studie- en informatiebevoegdheden.<sup>1295</sup> De energieregulatoren geven adviezen, doen voorstellen en aanbevelingen, verrichten onderzoek en studies en stellen hier verslagen van op, hetzij op eigen initiatief, hetzij op verzoek van de minister.<sup>1296</sup> Bovendien informeren zij de consumenten met betrekking tot de vrijgemaakte energiemarkt, het verhuizen van energieleverancier, het verbruik en de meteropnames, de prijsonderdelen op de energiefactuur, etc.<sup>1297</sup> Wat deze bevoegdheden betreft kan worden gesteld dat deze daden niet juridisch aanvechtbaar zijn.<sup>1298</sup>

### 3.3. Nemen van bindende individuele besluiten

**397.** Artikel 37(4)(a) van de richtlijn 2009/72/EG en artikel 41(4)(a) van de richtlijn 2009/73/EG stellen dat de energieregulator bevoegd is tot het vaststellen van bindende besluiten voor elektriciteits- en gasbedrijven. Energieregulatoren nemen individuele beslissingen met betrekking tot de controle op de naleving (of uitvoering) van de bepalingen uit de wetgeving en de uitvoeringsbesluiten door de marktpelers (netbeheerders, ...). Het gaat bijvoorbeeld om tariefbeslissingen ter goedkeuring van tariefvoorstellen van de netbeheerders, beslissingen betreffende het opleggen van administratieve boeten of om beslissingen betreffende de controle op en de evaluatie van de uitvoering van de openbaredienstverplichtingen.<sup>1299</sup> Het gaat hierbij om

<sup>1295</sup> De rapporten en adviezen (net als de beslissingen, consultaties en mededelingen) van de VREG zijn terug te vinden in de online databank van de VREG <http://www.vreg.be/nl/documenten-databank>; Voor de CREG kunnen de documenten teruggevonden worden op: <http://www.creg.be/nl/outputdb.asp>.

<sup>1296</sup> Artikel 23, § 2 van de Elektriciteitswet; Artikel 3.1.3, 5°, a) en b) van het Energiedecreet; Artikel 43bis, § 1 van het Waals Elektriciteitsdecreet; Artikel 30bis, § 2, 1° en 2° van de Elektriciteitsordonnantie.

<sup>1297</sup> Een goed voorbeeld hierbij is de website van de VREG: [www.vreg.be](http://www.vreg.be).

<sup>1298</sup> T. VANDEN BORRE, "Geen volle rechtsmacht in beroepen inzake de discretionaire bevoegdheid van de CREG" (noot onder HvB Brussel 27 oktober 2006), *RABG* 2007, afl. 5, (291) 302.

<sup>1299</sup> Voor een overzicht zie bv. Artikel 29bis van de Elektriciteitswet: "de beslissingen genomen met toepassing van artikel 23, § 2, tweede lid, 8°, betreffende de controle op de naleving door de netbeheerder van de bepalingen van artikel 9 en de uitvoeringsbesluiten ervan; 2° de beslissingen genomen met toepassing van artikel 23, § 2, tweede lid, 9°, betreffende de controle op de toepassing van het technisch reglement bedoeld in artikel 11 en de uitvoeringsbesluiten ervan, met uitzondering van de beslissingen bedoeld in artikel 29ter; 3° de beslissingen genomen met toepassing van artikel 23, § 2, tweede lid, 10°, betreffende de controle op de uitvoering door de netbeheerder van het ontwikkelingsplan bedoeld in artikel 13 en de uitvoeringsbesluiten ervan; 4° de beslissingen genomen met toepassing van artikel 23, § 2, tweede lid, 11°, betreffende de controle op en de evaluatie van de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen bedoeld in artikel 21, eerste lid, 1° en de uitvoeringsbesluiten ervan en, desgevallend, betreffende de toepassing van de afwijkingen die zijn toegestaan krachtens artikel 21, eerste lid, 2°, en de uitvoeringsbesluiten ervan; 5° de beslissingen genomen met toepassing van artikel 23, § 2, tweede lid, 13°, betreffende de goedkeuring van de berekeningsmethode en de controle van de berekeningen van de kosten en verliezen bedoeld in artikel 21, eerste lid, 3°, a) en de uitvoeringsbesluiten ervan; 6° de beslissingen genomen met toepassing van artikel 23, § 2, tweede lid, 14°; 7° de beslissingen genomen met toepassing van de opdracht die zij uitvoert krachtens artikel 23, § 2, tweede lid, 14°bis, betreffende het toezicht op het feit dat de tarifiering voor de levering van elektriciteit gericht is op het algemeen belang en zich in het globale energiebeleid integreert en in voorkomend geval betreffende het toezicht op de maximumprijzen die toepasselijk zijn op eindafnemers en distributeurs die eindafnemers

individuele administratieve rechtshandelingen.<sup>1300</sup> De rechterlijke toetsing gebeurde aanvankelijk door de Raad van State.<sup>1301</sup> Vandaag wordt de rechterlijke toetsing voornamelijk uitgeoefend door het Hof van beroep te Brussel en te Luik (CWaPE), maar ook door de rechtbank van eerste aanleg en de Raad van State.

**398.** Zo bepaalt artikel 3.1.4, §2 van het Energiedecreet dat de VREG over bijzondere bevoegdheden beschikt, zoals bijvoorbeeld (3°) de aanwijzing, de wijziging en beëindiging van de aanwijzing van de netbeheerders; (4°) het toekennen aan een distributienetbeheerder van de toestemming om een beroep te doen op een werkmaatschappij; (5°) de toekenning van leveringsvergunningen, de wijziging en de opheffing ervan.

**399.** Een klassiek voorbeeld van uitvoerende bevoegdheden is het verlenen van een vergunning door de energieregulators.<sup>1302</sup> Zo verlenen de Belgische energieregulators leveringsvergunningen.<sup>1303</sup> Een uitgereikte leveringsvergunning laat toe om elektriciteit en/of aardgas te leveren aan eindafnemers via het net. De federale energieregulator in België, CREG, beschikt ook over een certificeringsbevoegdheid.<sup>1304</sup> De certificering kadert in het derde pakket liberaliseringsrichtlijnen (artikel 10 van de richtlijn 2009/72/EG en 2009/73/EG).<sup>1305</sup> Een van de krachtlijnen daarin is immers een optimale werking van de markt met leveranciers die op gelijke voet met elkaar concurreren. Daarom dienen de regulators van de lidstaten na te gaan of de vervoersbeheerders voldoen aan de vereisten van onafhankelijkheid ten opzichte van de leveranciers en de producenten. De certificering is dan ook het eindpunt van een onderzoeksprocedure m.b.t. de onafhankelijkheidsvereisten ('ownership unbundling') die de regulators aan de transmissienetbeheerders opleggen. Zo beslist de CREG over de certificering van de transmissienetbeheerders Elia

---

bevoorraden die geen in aanmerking komende afnemers zijn; 8° de beslissingen genomen met toepassing van artikel 23, § 2, tweede lid, 15°, betreffende de controle van de rekeningen van de ondernemingen uit de elektriciteitssector bedoeld in artikel 22 en de uitvoeringsbesluiten ervan; 9° de beslissingen genomen met toepassing van artikel 31 om een administratieve boete op te leggen”.

<sup>1300</sup> T. DE PELSMARKER, G. GOEDERTIER, J. GOOSSENS, Y. HAECK en J. VANDE LANOTTE, *Handboek Belgisch Publiekrecht. Deel II. Basiskennmerken van de Belgische staatsstructuur*, Brugge, die Keure, 2015, 906. Zie ook CREG, STUDIE (F)050608-CDC-416 van 8 juni 2005 betreffende het wetsontwerp tot organisatie van de mogelijkheden tot beroep tegen beslissingen genomen door de commissie, voorzien door de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen en de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, <http://www.creg.info/pdf/Studies/F416NL.pdf>, 68 en 73.

<sup>1301</sup> Deze bevoegdheid bevindt zich nu bij het Hof van beroep te Brussel en Luik (CWaPE). De Raad van State stelde hierover in het arrest nr. 217.062 van 28 december 2011: “De Raad van State is echter niet bevoegd om een administratieve rechtshandeling van een orgaan van het actief bestuur te vernietigen wanneer zijn bevoegdheid wordt uitgesloten op grond van een specifieke wetsbepaling die een beroep mogelijk maakt bij de hoven en de rechtbanken dat tot een gelijkwaardig resultaat kan leiden. De exclusieve bevoegdheid van het Hof van Beroep te Brussel sluit te dezen de bevoegdheid van de Raad van State uit”.

<sup>1302</sup> L. VERHEY en N. VERHEIJ, “De macht van de marktmeesters” in A. VAN ROSSUM, L. VERHEY en N. VERHEIJ (eds.), *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2005), Deventer, Kluwer, 2005, (139) 158.

<sup>1303</sup> KB 12 juni 2001 betreffende de algemene voorwaarden voor de levering van aardgas en de toekenningsvoorwaarden van de leveringsvergunningen voor aardgas, *BS* 5 juli 2001, 23.434; Art. 3.1.4, § 2, 5° van het Energiedecreet; Artikel 43, § 2, 3° van het Waals Elektriciteitsdecreet; Brugel geeft enkel een positief of negatief advies terzake, het staat de Brusselse minister vrij om dit advies al dan niet te volgen bij het (al dan niet) verlenen van de vergunning (zie: <http://www.brugel.be/nl/leveringsvergunningen-leveranciers>).

<sup>1304</sup> Artikel 23, § 2, 31° van de Elektriciteitswet.

<sup>1305</sup> D. VERHOEVEN, “Recente ontwikkelingen in het federaal energierecht – na de bevrozing komt de lente” in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2012*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (105) 159.

(elektriciteit) en Fluxys (gas).<sup>1306</sup> De regionale regulator VREG wijst ook de distributienetbeheerders aan en kan ook deze aanwijzing wijzigen en beëindigen. CWaPE en Brugel geven enkel een advies.<sup>1307</sup>

#### 4. Bevoegdheden binnen de rechterlijke functie?

**400.** De rechter heeft een aparte plaats toebedeeld gekregen in de rechtsstaat. Hij treedt als onafhankelijke entiteit op bij de beslechting van geschillen. Sanctioneren en beslechten van geschillen zijn taken die vanuit het perspectief van de machtenscheiding bij de rechterlijke macht toebehoren. Dergelijke functies worden echter ook toegekend aan energieregulators.<sup>1308</sup> AELEN en BIEZEVELD stellen zelfs dat in Nederland het toezicht zich de afgelopen paar decennia zodanig heeft ontwikkeld – vooral in reactie op verschuivingen in de verhouding tussen de publieke sector en de private sector – dat het niet langer kan worden aangemerkt als een onderdeel van de uitvoerende macht. Het vertoont volgens de auteurs steeds meer gelijkens met de rol en positie van de rechterlijke macht, overigens zonder daartoe te kunnen worden gerekend.<sup>1309</sup> De gelijkens heeft volgens de auteurs niet enkel te maken met de vereisten inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid, die eveneens gelden voor de rechterlijke macht. Met name ook de toekenning aan toezichthouders van verregaande bevoegdheden tot het opleggen van sancties – bestuurlijke boetes of bestuurlijke strafbeschikkingen – hetgeen vroeger exclusief voorbehouden was voor de rechter, duidt op meer overeenkomsten.<sup>1310</sup> Deze rechtshandhaving echter, hoewel een typisch rechterlijk taak, *geen exclusieve* rechterlijke taak meer: meer nog, het bestuurlijk optreden door middel van het opleggen van bestuurlijke sancties kan worden beschouwd als een **normaal attribuut van de uitvoerende functie**.<sup>1311</sup>

##### 4.1. Opleggen van sancties

##### 4.1.1. *Administratieve geldboete*

**401.** De bevoegdheden die worden vermeld in artikel 37(4)(d) en 41(4)(d) van de richtlijnen hebben betrekking op het opleggen van effectieve, evenredige

<sup>1306</sup> Zie als voorbeeld de certificering van Elia: CREG, EINDBESLISSING (B)121206-CDC-1178 van 6 december 2012 over 'de aanvraag tot certificering van Elia System Operator N.V.' genomen met toepassing van artikelen 23, §2, 31°, en 10, §2ter, a), van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt <http://www.creg.info/pdf/Beslissingen/B1178NL.pdf>.

<sup>1307</sup> Art. 3.1.4, § 2, 3° van het Energiedecreet; Artikel 10, § 1, lid 1 van het Waals Elektriciteitsdecreet: "[...] wijst de Regering, na advies van de CWaPE, de distributienetbeheerders aan [...]". De CWaPE geeft dus enkel advies. Ook Brugel geeft enkel een advies, het is de regering die de netbeheerder aanwijst (artikel 6, § 1 van de Elektriciteitsordonnantie).

<sup>1308</sup> Artikel 29 en 30 e.v. van de Elektriciteitswet; Artikel 3.1.3, 3° en 13.1.2 van het Energiedecreet; Artikel 48 e.v. en 52 e.v. van het Waals Elektriciteitsdecreet; Artikel 30bis, § 3, 4° en 31 e.v. van de Elektriciteitsordonnantie.

<sup>1309</sup> M. AELEN en G. BIEZEVELD, "Onrustige onafhankelijkheid", *Tijdschrift voor Toezicht* 2013, afl. 4, (52) 60.

<sup>1310</sup> Bij de ACM met betrekking tot energie zie: artikel 6a, 2 en 12u, 1 Wet 28 februari 2013, houdende regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt, *Stb.* 2013, 21 maart 2013, 102 (hierna afgekort: Instellingswet Autoriteit Consument en Markt).

<sup>1311</sup> K. LEUS en A. BAEYENS, "De hervorming van de Raad van State: over administratieve geldboeten en andere administratieve sancties, volle rechtsmacht en een eventuele hervormings- en substitutiebevoegdheid voor de Raad van State" in M. VAN DAMME (ed.), *De hervorming van de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2014, (273) 278-279.

en afschrikkende sancties.<sup>1312</sup> Lidstaten konden hierbij wel kiezen om deze bevoegdheden toe te kennen aan de energieregulator of aan een bevoegde rechtbank. De Interpretatieve Nota verduidelijkt dat deze keuzemogelijkheid werd gegeven omwille van de constitutionele systemen van sommige lidstaten, waarin onafhankelijke entiteiten geen sancties kunnen opleggen.<sup>1313</sup> Een van de bevoegdheden omvat de mogelijkheid om aan de transmissiesysteembeheerder of het verticaal geïntegreerde bedrijf, naargelang het geval, sancties van maximaal 10 % van de jaaromzet van de transmissiesysteembeheerder of het verticaal geïntegreerde bedrijf op te leggen of voor te stellen deze op te leggen, wegens niet-naleving van hun respectieve verplichtingen uit hoofde van deze richtlijn.

**402.** Een administratieve geldboete is een eenzijdige, individuele bestuurshandeling met een door een overheid opgelegd bedrag als sanctie voor sommige overtredingen of inbreuken van een bepaalde norm (bijvoorbeeld inzake de groenestroomcertificaten).<sup>1314</sup> Het Hof van Cassatie tekende, in het arrest van 6 mei 2002,<sup>1315</sup> duidelijk de krijtlijnen af tussen een administratieve geldboete en een administratieve geldboete als straf. Opdat er sprake zou zijn van een administratieve geldboete als straf, is vereist dat de boete: 1) niet alleen een bepaalde groep met een particulier statuut betreft; 2) een bepaald gedrag voorschrijft en op de niet-naleving ervan een sanctie stelt; 3) niet alleen maar een vergoeding van schade betreft, maar er in essentie toe strekt te straffen om herhaling van gelijkaardige handelingen te voorkomen; 4) op een norm stoelt met een algemeen karakter, waarvan het oogmerk tezelfdertijd preventief en repressief is; 5) zeer zwaar is, gelet op het bedrag ervan.<sup>1316</sup> Deze criteria moeten bij elke administratieve geldboete nagegaan worden, om te achterhalen welk aspect nu de overhand heeft. De kwalificatie van de administratieve geldboete als een straf brengt de toepassing mee van de artikelen 6 EVRM en 14 IVBPR, die beginselen van behoorlijke rechtsbedeling in strafzaken waarborgen, evenals van de artikelen 7 EVRM en 15 IVBPR, die het non-retroactiviteitsbeginsel in strafzaken waarborgen.

**403.** De Raad van State oordeelde in 2008 in een reeks arresten<sup>1317</sup> dat indien de administratieve geldboete als straf bedoeld is, uit artikel 6.1 van het EVRM en de artikelen 12 tot 14, 110 en 144 van de Grondwet moet worden afgeleid dat

---

<sup>1312</sup> Artikel 37(4)(d): "opleggen van effectieve, evenredige en afschrikkende sancties aan elektriciteitsbedrijven die hun verplichtingen uit hoofde van deze richtlijn of enig toepasselijk wettelijk bindend besluit van de regulerende instantie of het Agentschap niet naleven, of een bevoegde rechtbank voorstellen dergelijke sancties op te leggen. Daartoe behoort de bevoegdheid om aan de transmissiesysteembeheerder of het verticaal geïntegreerde bedrijf, naargelang het geval, sancties van maximaal 10 % van de jaaromzet van de transmissiesysteembeheerder of het verticaal geïntegreerde bedrijf op te leggen of voor te stellen deze op te leggen, wegens niet-naleving van hun respectieve verplichtingen uit hoofde van deze richtlijn".

<sup>1313</sup> Interpretatieve Nota, 18.

<sup>1314</sup> Voor verschillende definities zie L. DE GEYTER, "De controle van de civiele rechter op de opgelegde administratieve geldboete", *TBP* 2001, afl. 1, (4) 5.

<sup>1315</sup> Cass. 6 mei 2002, AR S.01.0052.N.

<sup>1316</sup> Zie ook Cass. 25 mei 1999, AR P.99.0517.N; Cass. 26 juni 2000, AR F.99.0142.F.

<sup>1317</sup> RvS 4 december 2008, nr. 188.455, nr. 188.456, nr. 188.457, nr. 188.458 en nr. 188.459.

een straf uitsluitend door de hoven en rechtbanken van de rechterlijke macht kan worden opgelegd of beoordeeld.<sup>1318</sup> De Raad van State stelde dan ook dat hij "bijgevolg niet over de vereiste rechtsmacht [beschikt] om kennis te nemen van huidig beroep tot nietigverklaring van een individuele overheidshandeling waardoor een bepaalde gedraging wordt gestraft".<sup>1319</sup> THEUNIS stelt dat het arrest niet verduidelijkt hoe men uit artikel 6.1. van het EVRM de onbevoegdheid van de Raad van State zou kunnen afleiden.<sup>1320</sup> Zoals later nog zal blijken voldoet de annulatiebevoegdheid van de Raad in de meeste gevallen inderdaad aan de vereisten van die verdragsbepaling (zie verder in het kader van de volle rechtsmacht, *infra* nrs. 920 en 925). Het Hof van Cassatie heeft ondertussen dit attributieconflict beslecht en beslist dat de Raad van State toch bevoegd is ten aanzien van de administratieve geldboete.<sup>1321</sup> Het Hof van Cassatie stelde dat eenieder krachtens artikel 6.1 EVRM bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolging, recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie welke bij de wet is ingesteld.<sup>1322</sup> Geen verdrags- of grondwettelijke bepaling vereist volgens het Hof van Cassatie evenwel dat een administratieve geldboete die een straf uitmaakt in de zin van die bepaling, uitsluitend door een rechter van de rechterlijke orde wordt opgelegd en beoordeeld. Behalve wanneer de sancties een vrijheidsstraf inhouden volstaat het dat de overtreder beschikt over een volwaardig juridictioneel beroep. Een administratieve geldboete opgelegd aan een enkeling door een administratieve overheid in toepassing van een sanctieregeling bepaald in de wet, het decreet of de ordonnantie, kan wanneer de wetgever die bevoegdheid niet heeft toegekend aan een rechter van de rechterlijke orde, in de regel getoetst worden door de Raad van State in toepassing van zijn algemene bevoegdheid te beoordelen of een maatregel van de overheid al dan niet genomen is met machtsoverschrijding.<sup>1323</sup>

**404.** Energieregulatoren (als administratieve overheid) kunnen dus administratieve geldboetes opleggen, zelf indien dit een straf uitmaakt. Zo titelde een krantenkop in 2011 "CREG legt Electrabel monsterboete op".<sup>1324</sup> De boete kwam er omdat Electrabel aan de CREG niet de gevraagde informatie had

<sup>1318</sup> RvS 4 december 2008, nr. 188.456; overw. 3.1. en 3.2.: "Het doel van deze sancties is, enerzijds, - repressief - de daders van het bedoelde misdrijf te bestraffen en, anderzijds, - preventief - eenieder af te schrikken het bedoelde misdrijf te begaan".

<sup>1319</sup> RvS 4 december 2008, nr. 188.456; overw. 3.2.

<sup>1320</sup> J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid: onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat* in *Administratieve Rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 2011, 524.

<sup>1321</sup> J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid: onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat* in *Administratieve Rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 2011, 525.

<sup>1322</sup> Cass. 15 oktober 2009, AR C.09.0019.N.

<sup>1323</sup> De Raad van State kan hierbij onder meer onderzoeken, in het kader van dit objectief contentieux, of de individuele maatregel, met inachtneming van de verdragen, een wettelijke grondslag heeft en inzonderheid op haar evenredigheid kan worden getoetst door een rechter, en kan, zo de overtreder die mogelijkheid niet heeft, die individuele maatregel op grond van machtsoverschrijding vernietigen.

<sup>1324</sup> [http://www.tijd.be/ondernemen/milieu/energie/Creg legt Electrabel monsterboete op.9037313-3088.art](http://www.tijd.be/ondernemen/milieu/energie/Creg%20legt%20Electrabel%20monsterboete%20op.9037313-3088.art), laatst geconsulteerd op 13 augustus 2015.



gegeven over de kostprijs van zijn energieproductie. De CREG is op basis van artikel 31 van de Elektriciteitswet bevoegd voor het opleggen van administratieve geldboetes:

“[...] de commissie elke in België gevestigde natuurlijke of rechtspersoon kan verplichten tot naleving van specifieke bepalingen van deze wet, van de uitvoeringsbesluiten ervan, van latere wetten betreffende de tarieven of betreffende de bijdrage bedoeld in artikel 21*bis* of van alle andere bepalingen op de toepassing waarvan ze toeziet krachtens artikel 23, § 2, tweede lid, 4<sup>o</sup>, 8<sup>o</sup> binnen de termijn bepaald door de commissie. Indien deze persoon bij het verstrijken van de termijn in gebreke blijft, kan de commissie, op voorwaarde dat de persoon werd gehoord of naar behoren werd opgeroepen, in aanwezigheid van zijn raadsman een administratieve geldboete opleggen”.<sup>1325</sup>

Het artikel beperkt de mogelijkheid voor de CREG om geldboetes op te leggen tot geldboetes “die per kalenderdag, niet lager zijn dan 1240 euro, noch hoger zijn dan 100 000 euro, noch in totaal, hoger zijn dan 2 miljoen euro of 3% van de omzet die de betrokken persoon heeft gerealiseerd op de Belgische elektriciteits- of gasmarkt tijdens het afgesloten boekjaar, indien dit laatste bedrag hoger is”. Het beroep tegen een administratieve geldboete opgelegd door de CREG wordt ingesteld bij het Hof van beroep te Brussel. In het arrest nr. 117/2013 van het Grondwettelijk Hof voert de CREG aan dat artikel 53, 1<sup>o</sup> en 2<sup>o</sup>, van de wet van 8 januari 2012, dat artikel 31 van de Elektriciteitswet wijzigt, in strijd is met artikel 37, lid 4, onder d), van de richtlijn 2009/72/EG in zoverre het bedrag van de administratieve boete die de CREG kan opleggen, beperkt tot maximum 3 pct. van de jaarlijkse omzet en in zoverre het die laatste niet in staat stelt om boeten op te leggen voor de niet-naleving van de juridisch bindende besluiten van de CREG of van het ACER.<sup>1326</sup> Het Grondwettelijk Hof benadrukt dat de bestreden wet (artikel 53, 2<sup>o</sup>) artikel 31, eerste lid, niet heeft gewijzigd in zoverre het het maximumbedrag van de erin beoogde boete op 3 pct. vaststelt. Wat dat subonderdeel betreft, is het middel dus niet ontvankelijk met betrekking tot dat bedrag.<sup>1327</sup> Het Grondwettelijk Hof stelt wel dat de bevoegdheid van de CREG om geldboeten op te leggen zich voortaan, krachtens het voormelde artikel 31, eerste lid, uitstrekt tot alle bepalingen waarvan de CREG de toepassing controleert krachtens artikel 23, § 2, tweede lid, 8<sup>o</sup>, van de

<sup>1325</sup> “In het geval van recidive van een persoon die nalaat om zich in overeenstemming te brengen met de bepalingen waarover de commissie toezicht uitoefent op de naleving ervan uit hoofde van artikel 23, § 2, tweede lid, 4<sup>o</sup>, kan de commissie de geldboete en/of de dwangsom maximaal vermeerderen tot het dubbele van het maximale bedrag zoals bedoeld in het eerste en het tweede lid. De geldboete en de dwangsom worden ten gunste van de Schatkist geïnd door de Administratie bevoegd voor de niet-fiscale invordering binnen de FOD Financiën. De administratieve boetes en de dwangsommen die door de commissie aan de netbeheerder worden opgelegd worden niet opgenomen in zijn kosten, maar worden afgetrokken van zijn billijke winstmarge. De administratieve boetes en de dwangsommen die door de commissie aan de distributienetbeheerders worden opgelegd, worden niet opgenomen in hun kosten, maar worden afgetrokken van hun billijke winstmarge. De elektriciteitsbedrijven mogen aan hun afnemers het bedrag van de administratieve boetes en de dwangsommen die de commissie hen oplegt niet doorfactureren”.

<sup>1326</sup> GwH 7 augustus 2013, nr. 117/2013, overw. B.18.1.

<sup>1327</sup> GwH 7 augustus 2013, nr. 117/2013, overw. B.18.5: “[...]De omstandigheid dat dit maximumbedrag een van de onderdelen vormt van het alternatief waarin artikel 31 voorziet voor het vaststellen van het bedrag van de boete, en dat de bestreden bepaling het andere onderdeel wijzigt, volstaat niet om aan te tonen dat die twee elementen onlosmakelijk met elkaar zouden zijn verbonden, zoals de verzoekende partij beweert”.

Elektriciteitswet. Dit houdt volgens het Hof in dat de CREG aldus over de bevoegdheid beschikt om geldboeten op te leggen voor de niet-naleving van de juridisch bindende besluiten van de CREG of van het ACER.<sup>1328</sup> De Europese Commissie heeft ook, gelet op de ingebrekestelling van de Belgische Staat voor de niet-correcte omzetting van het derde pakket liberaliseringsrichtlijnen, opgemerkt dat er een onverenigbaarheid bestaat tussen de richtlijnen en de Belgische omzetting ervan.<sup>1329</sup> Ook het Rekenhof is kritisch en stelt dat de sanctiemogelijkheden onvoldoende effectief zijn.<sup>1330</sup>

**405.** Art. 13.3.1. van het Energiedecreet bepaalt dat de VREG elke natuurlijke persoon of rechtspersoon schriftelijk in gebreke kan stellen bij niet-naleving van de bepalingen van het decreet.<sup>1331</sup> De VREG kan de persoon die in gebreke werd gesteld overeenkomstig § 1 en werd gehoord of daartoe naar behoren werd opgeroepen een administratieve geldboete opleggen.<sup>1332</sup> De VREG zorgt ervoor dat er in deze gevallen geen kennelijke wanverhouding bestaat tussen de feiten die aan de administratieve boete ten grondslag liggen en de administratieve boete die op grond van die feiten wordt opgelegd. De toevoeging van deze laatste zin is overbodig aangezien bij het opleggen van administratieve sancties het expliciet de bedoeling is en zelfs noodzakelijk is dat de appreciatie van de beboetende instantie kan spelen en er op die manier een beleid kan worden gevormd.<sup>1333</sup> De evenredigheid van een administratieve boete moet worden beoordeeld door de energieregulator alleen. Een dergelijke zinsnede of instructie van de wetgever als "de VREG zorgt ervoor dat er in deze gevallen geen kennelijke wanverhouding bestaat tussen de feiten die aan de administratieve boete ten grondslag liggen en de administratieve boete die op grond van die feiten wordt opgelegd" is dan ook overbodig (of zelfs in strijd met de richtlijn). De energieregulator is meer dan competent genoeg om zelf de feiten (de begane overtredingen), als het recht (het wetsartikel dat bepaalt dat het gedrag in kwestie tot sancties kan leiden en het evenredigheidsbeginsel), als een bepaalde eigenbeleidslijn inzake administratieve sancties, in acht te nemen en tegen elkaar af te wegen.<sup>1334</sup>

Ook bij de VREG bepaalt de wetgever de grenzen aan de omvang van de administratieve boete. De VREG kan "een administratieve geldboete opleggen die per kalenderdag niet minder dan 250 euro mag bedragen, noch meer dan

<sup>1328</sup> GwH 7 augustus 2013, nr. 117/2013, overw. B.18.6.

<sup>1329</sup> Europese Commissie, 2014/2189 C(2014) 7337 final, onuitgegeven, zoals vermeld in D. VERHOEVEN, "Recente ontwikkelingen in het federale energierecht: *Europe strikes back*" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2014*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (51) 61.

<sup>1330</sup> Rekenhof, "Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 23.

<sup>1331</sup> "Bepalingen van titels IV, V, VI, hoofdstuk I tot en met IV van titel VII en artikel 13.1.2, van dit decreet en de bijbehorende uitvoeringsbesluiten, met inbegrip van de technische reglementen".

<sup>1332</sup> Vermeld in artikel 13.3.2. tot en met 13.3.4 van het Energiedecreet.

<sup>1333</sup> C. DEGREEF en S. DE SOMER, "Accountability van de federale en de Vlaamse Energieregulator of toezicht op de toezichthouders na het derde energiepakket", *MER* 2013, afl. 2, (77) 93.

<sup>1334</sup> C. DEGREEF en S. DE SOMER, "Accountability van de federale en de Vlaamse Energieregulator of toezicht op de toezichthouders na het derde energiepakket", *MER* 2013, afl. 2, (77) 93.

250.000 euro mag bedragen, noch in totaal hoger zijn dan 2.000.000 euro of 3 % van de omzet die de betrokken overtreder heeft gerealiseerd op de Vlaamse energiemarkt tijdens het laatste afgelopen boekjaar, als dit laatste bedrag lager is".<sup>1335</sup> De VREG kan geen dwangsom opleggen. De beslissing van de VREG tot het opleggen van een administratieve boete kan worden aangevochten bij de rechtbank van eerste aanleg.

**406.** Artikel 53, § 1 van het Waals Elektriciteitsdecreet bepaalt dat de CWaPE elke aan de toepassing van dat decreet onderworpen natuurlijke of rechtspersoon kan verplichten tot naleving van specifieke bepalingen van dit decreet of de uitvoeringsbesluiten ervan. Indien de CWaPE vaststelt dat deze persoon bij het verstrijken van de termijn in gebreke blijft, kan de CWaPE deze persoon een administratieve geldboete opleggen waarvan ze het bedrag bepaalt. De geldboete mag, per kalenderdag, niet lager zijn dan 250 euro; noch hoger dan 100.000 euro. Verder kan de CWaPE een administratieve boete opleggen voor kortstondige tekortkomingen aan specifieke bepalingen van dit decreet die niet in de tijd kunnen worden hersteld en dit, binnen zes maanden na kennis te hebben genomen van het feit dat ze zich hebben voorgedaan en uiterlijk binnen vijf jaar nadat ze zich hebben voorgedaan. Deze geldboete bedraagt maximaal 200.000 euro of 3 % van de omzet die de persoon in kwestie gedurende het jongste afgesloten boekjaar op de gewestelijke gas- of elektriciteitsmarkt heeft gerealiseerd indien dit laatste bedrag hoger is. Beroep kan worden ingesteld bij de rechtbank van eerste aanleg.<sup>1336</sup>

**407.** Bij Brugel vermeldt artikel 32 van de Elektriciteitsordonnantie dat de energieregulator elke natuurlijke of rechtspersoon kan gelasten zich te houden aan de bepalingen van deze ordonnantie of de uitvoeringsbesluiten ervan binnen de termijn die Brugel bepaalt. Als deze persoon in gebreke blijft na het verstrijken van de termijn, kan Brugel hem een administratieve boete opleggen. Deze boete mag, per kalenderdag, niet lager zijn dan 1239 euro en niet hoger dan 99.157 euro. De totale boete mag niet meer bedragen dan 10 procent van de omzet die de betreffende persoon gerealiseerd heeft op de gewestelijke markt voor elektriciteit in de loop van het laatste afgesloten boekjaar, indien dit bedrag hoger zou liggen.

**408.** Hoewel het niet uitdrukkelijk in de wet wordt vermeld, bleek uit het arrest nr. 117/2013 van het Grondwettelijk Hof dat de federale regulator (CREG) ook bevoegd is om sancties op te leggen bij de niet-naleving van *de juridisch bindende besluiten genomen door de CREG zelf*.<sup>1337</sup> Het principe van de

---

<sup>1335</sup> Art. 13.3.2 van het Energiedecreet.

<sup>1336</sup> Art. 53*sexies* van het Waals Elektriciteitsdecreet: "Binnen de dertig dagen na de kennisgeving van de beslissing van de CWaPE om een administratieve boete op te leggen, kan beroep worden ingesteld bij de rechtbank van eerste aanleg, volgens de vormen en procedures die het Gerechtelijk Wetboek voorziet. Het beroep bij de rechtbank van eerste aanleg is opschortend".

<sup>1337</sup> GwH 7 augustus 2013, nr. 117/2013, overw. B.18.1: "[...] om boeten op te leggen voor de niet-naleving van de juridisch bindende besluiten van de CREG [...] en overw. B.18.6: "De CREG beschikt aldus over de bevoegdheid om

scheiding der machten lijkt hierbij enigszins onder druk te staan in die zin dat de CREG besluiten gaat nemen terwijl men eveneens de overtredingen van deze besluiten kan beoordelen en sanctioneren. Dit is evenwel ook eigen aan het systeem van de administratieve sancties, vandaar de noodzaak aan rechterlijke controle. Er hoeft dus geen sprake te zijn van een moeilijke verhouding met de machtscheiding wanneer er voldoende *checks and balances*<sup>1338</sup> aanwezig zijn om het gevaar van machtsconcentratie effectief tegen te gaan.<sup>1339</sup> Bovendien kan men hierbij specifieke waarborgen invoeren, zoals *Chinese Walls* (zie verder).

#### 4.1.2. Dwangsom

**409.** Het arrest van 7 april 2011 van de Raad van State had betrekking op de beslissing van de CREG tot het opleggen van een administratieve geldboete van 1239,46 euro per dag aan de stad Waver (en beperkt tot 1.983.148,19 euro of 3% van de omzet). De Raad van State stelde dat: "une sanction ne peut jamais réprimer qu'un comportement passé et non un comportement futur, qui est nécessairement incertain". Een administratieve geldboete kan dus enkel een voorbije gedraging sanctioneren. Artikel 31 van de Elektriciteitswet, dat bepaalt dat de geldboete wordt opgelegd per kalenderdag, verwijst volgens de Raad van State naar "le nombre de jours où une infraction a été commise, arrêté au jour où l'autorité qui prononce la sanction statue".

Sinds de wet van 8 mei 2014 heeft de CREG nu, naast de administratieve geldboetes, ook de mogelijkheid om effectief een dwangsom op te leggen.<sup>1340</sup> Twee nieuwe artikelen (artikel 31, 2<sup>de</sup> lid van de Elektriciteitswet en artikel 20/2, 2<sup>de</sup> lid van de Gaswet) bepalen de modaliteiten waaronder een beperking van het bedrag mogelijk is, tussen 250 en 50.000 euro per dag, met een maximum van 2.500.000 euro. Deze wijziging werd ingevoerd in het licht van de REMIT verordening. Door het toekennen van de bevoegdheid om een dwangsom op te leggen is de rechtspraak van de Raad van State, inzake het niet-toelaatbaar zijn van een geldboete per komende kalenderdag, eveneens beantwoord.

**410.** Het lijkt aangewezen dat ook de regionale energieregulators over de bevoegdheid tot het opleggen van een dwangsom zouden beschikken.<sup>1341</sup>

---

geldboeten op te leggen voor de niet-naleving van de in B.18.1 vermelde besluiten. De juridische grondslag van die besluiten bevindt zich immers in de bepalingen die bij het voormelde artikel 23, § 2, tweede lid, 8<sup>o</sup>, worden beoogd".

<sup>1338</sup> Zoals het invoeren van "Chinese Walls", voldoende consultatie van de betrokken partijen (hoorzittingen, bemiddeling,...), publicatie van de besluiten (transparantie), rechterlijke controle, etc. Deze aspecten komen aan bod in het hoofdstuk met betrekking tot de verantwoordingsplicht.

<sup>1339</sup> Zie ook R. DE LANGE, D. ELZINGA en H. HOOGERS (eds.), *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer, Kluwer, 2014, 642.

<sup>1340</sup> Art. 17 Wet 8 mei 2014 houdende diverse bepalingen inzake energie, BS 4 juni 2014; Zie ook D. VERHOEVEN, "Recente ontwikkelingen in het federale energierecht: *Europe strikes back*" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2014*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (51) 68.

<sup>1341</sup> Het invoeren van de mogelijkheid tot het opleggen van een dwangsom vormt in de regel geen probleem in het licht van de bevoegdheidsverdeling (gelet op artikel 10 BWHI dat bepaalt dat "De decreten kunnen rechtsbepalingen bevatten in aangelegenheden waarvoor de Raden niet bevoegd zijn, voor zover die bepalingen (noodzakelijk) zijn voor de uitoefening van hun bevoegdheid."). De decreetgever heeft hiertoe dus de mogelijkheid op basis van de impliciete

## 4.2. Geschillenbeslechting

**411.** Energieregulatoren beschikken over sanctionerings- en handhavingsbevoegdheden, maar ook over bevoegdheden inzake geschillenbeslechting.

**412.** Er moet ook de aandacht gevestigd worden op de onafhankelijkheid van de energieregulatoren *ten aanzien van de rechterlijke macht*. Een voorbeeld hierbij is de Geschillenkamer bij de CREG. Artikel 29, § 1 van de Elektriciteitswet (gewijzigd door artikel 38, 1<sup>o</sup> en artikel 43 van de wet van 8 januari 2012)<sup>1342</sup> stelt dat binnen de commissie een Geschillenkamer wordt opgericht die, op verzoek van één van de partijen, beslist over geschillen tussen de netbeheerder en de netgebruikers betreffende de verplichtingen die aan de netbeheerders krachtens deze wet werden opgelegd. Het Grondwettelijk Hof heeft, in het arrest nr. 117/2013 van 7 augustus 2013,<sup>1343</sup> zich gebogen over de organisatie van de Geschillenkamer bij de CREG.<sup>1344</sup> De CREG voerde daarbij aan dat artikel 38, 1<sup>o</sup> en artikel 43 van de wet van 8 januari 2012 – in zoverre zij de artikelen 24 en 29 van de Elektriciteitswet wijzigen – de onafhankelijkheid van de CREG aantasten, aangezien zij een Geschillenkamer oprichten bij de CREG die geen wezenlijk deel ervan uitmaakt en die niet dezelfde waarborgen inzake onafhankelijkheid en deskundigheid biedt als de leden van die laatste of haar personeel. De CREG stelde dat de Geschillenkamer zowel qua samenstelling als qua werking wordt geconcipieerd als een orgaan zonder enige band met de nationale regulerende instantie en haar activiteiten: haar leden mogen immers niet onder de leden van het Directiecomité en de personeelsleden van de CREG worden gekozen (waarbij de voorzitter een magistraat *van de rechterlijke orde* is) en zij beschikt over autonome bevoegdheden die verschillen van die van het

---

bevoegdheden. Dit blijkt ook uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, zie bv. (in het kader van de ruimtelijke ordening): GwH 28 maart 2002, nr. 57/2002: "A.19. De Ministerraad verwijst naar de memorie van toelichting bij het in het geding zijnde decreet, waarin is uiteengezet dat aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen is voldaan. Het zou onontbeerlijk zijn voor de goede ruimtelijke ordening dat de administratieve overheid de herstelmaatregel kan vorderen en dat het strafgerecht die maatregel kan uitspreken. Het zou in het algemeen belang zijn dat bij niet-uitvoering van de herstelmaatregel een dwangsom kan worden opgelegd. Er zou slechts een marginale weerslag zijn op de bevoegdheid van de federale wetgever om de procedure voor de strafrechtbanken te regelen. [...]B.3. Het Hof dient te onderzoeken of de gewesten bevoegd zijn om, in geval van een misdrijf inzake ruimtelijke ordening, herstelmaatregelen te doen bevelen door de rechter en of zij in dat verband kunnen bepalen dat die rechter de termijn van uitvoering van de maatregel en een dwangsom per dag vertraging in de tenuitvoerlegging ervan vaststelt. [...]B.6.2. De regels betreffende de dwangsom zijn vervat in de artikelen 1385bis tot 1385nonies van het Gerechtelijk Wetboek. Doordat zij bepaalde aspecten van de rechtspleging voor de rechtscollages bepalen, behoren die regels in beginsel tot de bevoegdheid van de federale wetgever. [...]B.6.4. In zoverre zij ertoe strekt de herstelmaatregel kracht bij te zetten, is de dwangsom zelf verbonden met de strafvordering en, om de in B.5.5 en B.5.6 uiteengezette redenen, is de decreetgever bevoegd te beslissen in welk geval de dwangsom aan de strafrechtelijk veroordeelde partij kan worden opgelegd teneinde de uitvoering van de maatregel die met het oog op de stopzetting van het misdrijf werd bevolen, te waarborgen. B.6.5. Hieruit volgt dat artikel 149, § 1, laatste lid, van het betwiste decreet de bevoegdheidverdelende regels niet schendt". Zie ook meer recent GwH 17 september 2015, nr. 113/2015, B.8.2. De decreetgever beschikt over de mogelijkheid om een dwangsom in te stellen "maar vermag niet bepalen, zonder afbreuk te doen aan zowel het gezag van gewijsde van de rechterlijke beslissing waarbij de dwangsom werd opgelegd als aan de bevoegdheidverdelende regels, dat een orgaan van actief bestuur die tenuitvoerlegging kan verhinderen".

<sup>1342</sup> Wet 8 januari 2012 tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *BS* van 11 januari 2012.

<sup>1343</sup> GwH 7 augustus 2013, nr. 117/2013.

<sup>1344</sup> L. DE DEYNE, "Lijvig arrest van het Grondwettelijk Hof versterkt onafhankelijkheid van CREG slechts matig", *MER* 2014, 3-24.

directiecomité. Dit terwijl artikel 37, lid 11 van de richtlijn 2009/72/EG een bevoegdheid inzake geschillenbeslechting heeft willen verlenen aan de nationale regulerende instantie *zelf* en niet aan een aparte beroepsinstantie.

Het Grondwettelijk Hof volgde deze redenering niet en stelde dat artikel 24, § 1 bepaalt dat de Geschillenkamer, zoals het Directiecomité, een orgaan is van de CREG, zodat kan worden aangenomen dat die laatste als geschillenbeslechtingsinstantie optreedt. Het Hof aanvaardde bovendien dat de wetgever van de Geschillenkamer een afzonderlijk orgaan heeft gemaakt, waarvan de leden gehouden zijn tot onderscheiden vereisten inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid, rekening houdend met het feit dat dat orgaan moet worden belast met de geschillen betreffende de verplichtingen die zijn opgelegd aan de transmissie- of distributiesysteembeheerders en met het feit dat het Directiecomité ertoe kan zijn gebracht zich voordien over dergelijke verplichtingen of over de draagwijdte ervan uit te spreken.

**413.** Om geheel richtlijnconform te zijn geniet het de voorkeur dat de leden van de Geschillenkamer wel degelijk personeel zijn van de CREG zelf. De energieregulator kan op voldoende wijze fungeren als onpartijdige en onafhankelijke arbiter tussen de netbeheerder en een derde.<sup>1345</sup> Het is bovendien duidelijk dat de richtlijn de bevoegdheid inzake geschillenbeslechting uitdrukkelijk en exclusief toekent aan de energieregulator zelf. Artikel 37(11) richtlijn 2009/72/EG bepaalt dat:

“Partijen die een klacht hebben tegen een transmissie of distributiesysteembeheerder met betrekking tot diens verplichtingen uit hoofde van deze richtlijn, kunnen de klacht voorleggen aan de regulerende instantie die, fungerend als geschillenbeslechtingsinstantie, binnen twee maanden na ontvangst van de klacht een beslissing neemt. [...]. De beslissing van de regulerende instantie heeft bindende kracht tenzij of totdat zij in beroep wordt herroepen”.

**414.** In de parlementaire voorbereiding werd gesteld dat de bevoegdheden van de CREG in de schoot van de Geschillenkamer, beantwoorden aan de bekommernis om de onpartijdigheid van deze kamer te respecteren. De tussenkomst van de CREG bij de regeling van geschillen zou strijdig zijn met de beginselen van de onpartijdigheid, vermits de CREG aldus rechter en partij zou kunnen zijn.<sup>1346</sup> Men vervolgt dat de regeling van geschillen met betrekking tot de verplichtingen van de beheerders (met name tarifaire geschillen waarbij het Directiecomité van de CREG misschien officieus zijn advies zou hebben gegeven of wat de geschillen inzake toegang betreft) kan vooronderstellen dat de CREG reeds een standpunt heeft ingenomen. De regulator zou bijgevolg niet als onafhankelijk worden aanzien in de zin van artikel 6 van het EVRM en zou zichzelf moeten ontlasten. De onpartijdigheidsvereiste verplicht volgens de

<sup>1345</sup> D. VERHOEVEN en D. LECOQUE, “Recente ontwikkelingen in het federaal energierecht” in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2011*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (23) 61.

<sup>1346</sup> Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2011-2012, nr. 1725/001, 79.

parlementaire voorbereiding om, zeker bij de reguleringsinstantie, personen aan te wijzen die onafhankelijk zijn ten opzichte van het Directiecomité van de CREG, zoals magistraten, hoewel het secretariaat van deze instantie wordt behouden in de schoot van de CREG. De aanwezigheid van magistraten in deze instantie is van aard om zijn onafhankelijkheid te versterken.<sup>1347</sup>

Deze redenering kan gevolgd worden in die zin dat de onpartijdigheidsvereiste inderdaad verplicht om personen aan te wijzen die onafhankelijk zijn ten opzichte van de personen die de besluiten en beslissingen hebben genomen bij de energieregulator. Dit moeten niet noodzakelijk magistraten zijn. De energieregulator kan een eigen afdeling hebben die de besluiten en beslissingen opmaakt en een afdeling die verantwoordelijk is enkel en alleen voor de geschillenbeslechting. Deze functiescheiding waarborgt de onpartijdigheid en geeft de regulator de bevoegdheid die het hem toebehoort.

**415.** Ook de Raad van State had in het advies bij het wetsontwerp vastgesteld dat er een schending was van de richtlijn, maar het advies werd niet gevolgd door de wetgever. De Raad stelde dat de Geschillenkamer dezelfde gebreken vertoont als de bemiddelings- en arbitrageinstantie.<sup>1348</sup> De Geschillenkamer bestaat immers uitdrukkelijk niet uit "leden van de organen" van de CREG of personeelsleden ervan (art. 29, § 2, van de elektriciteitswet). De leden zijn integendeel een voorzitter, die een magistraat is van de rechterlijke orde, en twee leden, aangewezen omwille van hun deskundigheid inzake mededinging (artikel 29, § 2, van de elektriciteitswet). Aldus wordt ook met de Geschillenkamer binnen de CREG een instantie opgericht die in feite onafhankelijk van de CREG werkt. Hoewel men begrip kan opbrengen voor het feit dat de wetgever een onafhankelijke bemiddelings- en arbitrage-instantie en geschilleninstantie wenst, kan aldus de Raad niet anders dan vastgesteld worden dat artikel 37, lid 11, van richtlijn 2009/72/EG en artikel 41, lid 11, van richtlijn 2009/73/EG bepalen dat het de regulerende instantie zelf is, die "als geschillenbeslechtingsinstantie" klachten tegen bepaalde energiebedrijven moet kunnen behandelen. Het is de regulerende instantie die, ook via het beoordelen van klachten, de gelegenheid moet hebben om een beleid te voeren en een evenwicht te vinden tussen de verschillende bij een probleem betrokken belangen. De bestaande en de ontworpen bepalingen van de Elektriciteitswet en

---

<sup>1347</sup> Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St. Kamer 2011-2012*, nr. 1725/001, 79.

<sup>1348</sup> Aan die voorwaarden lijkt volgens de Raad niet te zijn voldaan in het geval van de bemiddelings- en arbitrageinstantie. Die dienst bestaat immers uitdrukkelijk niet uit "leden van de organen" (bedoeld wordt: van "de andere organen") van de CREG of personeelsleden ervan (bestaande artikel 28 van de elektriciteitswet). De bemiddelaars of arbiters kunnen integendeel worden gekozen uit een lijst van deskundigen die wordt opgesteld door de Kamer van volksvertegenwoordigers (ontworpen artikel 28 van de elektriciteitswet - artikel 43, tweede streepje, van het ontwerp). Overigens wordt ook het huishoudelijk reglement dat de CREG moet opstellen voor deze dienst door de Kamer van volksvertegenwoordigers goedgekeurd (ontworpen artikel 28 van de elektriciteitswet - artikel 43, eerste streepje, van het ontwerp). Aldus wordt binnen de CREG een instantie opgericht die in feite onafhankelijk van de CREG werkt; zie Adv.RvS bij het wetsontwerp tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St. Kamer 2011-2012*, nr. 53-1725/001, 314.

de Gaswet maken het volgens de Raad de CREG niet mogelijk om die taak te vervullen. Indien de stellers van het ontwerp de bemiddelings- en arbitragedienst en de geschillenkamer willen behouden, zouden zij moeten voorzien in een systeem waarbij de bemiddeling, de arbitrage en de geschillenbeslechting worden opgedragen aan diensten waarvoor de CREG zelf effectief verantwoordelijkheid kan dragen. De Geschillenkamer bij de CREG is echter nog steeds niet operationeel, bij gebrek aan uitvoeringsbesluit.<sup>1349</sup>

**416.** Ook bij de CWaPE is er een Geschillenkamer (*Chambre des litiges*). Deze Geschillenkamer is samengesteld uit de voorzitter van de CWaPE en de directeurs van de verschillende afdelingen. De voorzitter van de CWaPE is ook de voorzitter van de Geschillenkamer.<sup>1350</sup> De leden maken dus geen deel uit van de rechterlijke macht. De geschillenbeslechting bij de VREG gebeurt door de energieregulator zelf.<sup>1351</sup> Leden van de rechterlijke macht worden hierbij eveneens niet betrokken. De Geschillenkamer bij Brugel werd opgericht door de elektriciteits- en gasordonnantie.<sup>1352</sup> In 2007 werden de leden van de Geschillenkamer benoemd en werden de effectieve en de plaatsvervangende voorzitter van deze Kamer aangesteld.<sup>1353</sup> De voorzitter van de Geschillenkamer maakte deel uit van de *rechterlijke macht* en de leden waren advocaten.<sup>1354</sup> Ook hier maakte men dus een link met de rechterlijke macht. In het verslag van Brugel betreffende de werking van de Geschillenkamer (2009) werd zelfs gesteld dat "de Kamer een rechterlijk orgaan is".<sup>1355</sup> In 2011 werd de ordonnantie aangepast.<sup>1356</sup> Art. 30*novies*, § 2 bepaalt momenteel dat de Geschillendienst is samengesteld uit een of meerdere personeelsleden van Brugel die zich kunnen laten bijstaan door andere personeelsleden van Brugel en/of door deskundigen. Brugel wijst de leden van haar personeel aan die belast zijn met de Geschillendienst. De leden van deze Dienst moeten onafhankelijk en onpartijdig zijn. Verder wordt bepaald dat een jaarverslag wordt gepubliceerd, hetgeen de nieuwste trends inzake de *rechtspraak* van de Geschillendienst vermeldt. De voorzitter maakt dus geen deel meer uit van de rechterlijke macht en ook de leden zijn momenteel de personeelsleden van Brugel zelf. De Brusselse energieregulator heeft bijgevolg zelf rechtsprekende bevoegdheden.

<sup>1349</sup> CREG, *Jaarverslag 2013*, <http://www.creg.info/pdf/Ra/creg-ra2013nl.pdf>, 86; CREG, *Jaarverslag 2014*, <http://www.creg-ar.be/nl/images/CREGAR2014nl.pdf>, 87.

<sup>1350</sup> Artikel 49 van het Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>1351</sup> Art. 3.1.4/3 van het Energiedecreet.

<sup>1352</sup> Vroeger artikel 23 § 2, eerste lid van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest; Artikel 17 § 2, eerste lid van de ordonnantie van 1 april 2004 betreffende de organisatie van de gasmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest.

<sup>1353</sup> BBR 14 juni 2007 houdende benoeming van de leden van de Geschillenkamer en tot aanwijzing van de effectieve voorzitter en de plaatsvervangende voorzitter van deze Kamer, *BS* 12 september 2007.

<sup>1354</sup> Op dat moment: Mevr. Francine De Tandt, ondervoorzitter van de Rechtbank van Koophandel van Brussel, als voorzitter van de Geschillenkamer. De heer Patrick Van Leynseele advocaat aan de Balie, als plaatsvervangend voorzitter; De heer Bert Luyten advocaat aan de Balie en Guy Block advocaat aan de Balie als effectief lid; De heer Ludo Deckers en Philippe de Bournonville, advocaten als plaatsvervangend lid.

<sup>1355</sup> Brugel, *Jaarverslag 2009*, <http://www.brugel.be/Files/media/SIGI/528f1a7fd46be.pdf>, 7.

<sup>1356</sup> Ord.Br. 20 juli 2011 tot wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en van de ordonnantie van 12 december 1991 houdende oprichting van begrotingsfondsen, *BS* 10 augustus 2011.



**417.** Wat de bevoegdheden betreft kwam in de parlementaire voorbereiding bijvoorbeeld aan bod of de regulatoren ook bevoegd zouden zijn om klachten te behandelen met betrekking tot beslissingen die door henzelf genomen zijn. Dergelijke bevoegdheidstoewijzing zou immers tot gevolg hebben dat de regulator een bindende beslissing zou kunnen uitspreken over klachten tegen beslissingen genomen door de regulator zelf.<sup>1357</sup> Bij Brugel is in artikel 30novies, § 1, lid 2 opgenomen dat de Geschillendienst niet bevoegd is om de klachten tegen de beslissingen van Brugel te behandelen. Ook de VREG is enkel bevoegd voor het bemiddelen en beslechten van geschillen tegen een netbeheerder of beheerder van een gesloten distributienet (Art. 3.1.3 en 3.1.4/3 van het Energiedecreet). Bij de CREG zal de Geschillenkamer ook enkel beslissen over geschillen tussen de netbeheerder en de netgebruikers betreffende de verplichtingen die aan de netbeheerder, aan de distributienetbeheerders en aan de beheerders van gesloten industriële netten krachtens deze wet en de uitvoeringsbesluiten ervan werden opgelegd, behalve geschillen inzake contractuele rechten en verbintenissen (art. 29, § 1 van de Elektriciteitswet). Artikel 49*bis*, § 1 van het Waals Elektriciteitsdecreet bepaalt dat CWaPE bevoegd is om kennis te nemen van geschillen betreffende de toegang tot het net en ook betreffende de toepassing van de technische reglementen. De Waalse energieregulator kan dus wel geschillen beslechten die betrekking hebben op eigen opgestelde reglementen. Dezelfde opmerking kan hierbij gemaakt worden als bij het opleggen van sancties bij de niet-naleving van de eigen juridische bindende besluiten genomen door de regulator. Aangezien het Grondwettelijk Hof dergelijke bevoegdheid heeft aanvaard lijkt het naar analogie ook mogelijk dat de regulator geschillen beslecht met betrekking tot eigen opgestelde reglementen. Het principe van de scheiding der machten lijkt hierbij wel enigszins onder druk te staan. Voldoende (procedurele) waarborgen zijn dan ook nodig, zoals het horen van de partijen, voldoende transparantie, geschillenbeslechting door personen niet verbonden aan het opstellen van het reglement etc.

## **5. Teveel machtsconcentratie in één hand?**

**418.** De vraag is nu of er bij de uitoefening van verschillende overheidsfuncties in één hand (de hand van de energieregulator), sprake is van teveel machtsconcentratie. In de regel beschikken energieregulatoren immers over bevoegdheden tot normstelling (reglementair, mededelingen, richtlijnen,...), toezicht op de naleving van de normen, uitvoering van onderzoek en sanctionering van overtredingen en beslechting van geschillen.

**419.** Het beginsel van de scheiding der machten heeft vandaag de dag niet meer dezelfde betekenis als in de negentiende eeuw. Van een strikte scheiding

---

<sup>1357</sup> Zie over deze discussie bijvoorbeeld ontwerp van ordonnantie tot wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en van de ordonnantie van 12 december 1991 houdende oprichting van begrotingsfondsen, *Parl.St.* Bru.Parl. 2010-2011, A-201/1, 108.

der machten is er dan ook geen sprake meer. Verschillende entiteiten hebben immers bevoegdheden die zich situeren binnen twee of zelfs drie takken van de trias politica. Het gaat eerder om een samenwerking der machten. De kernwoorden bij een hedendaagse interpretatie van de scheiding der machten zijn evenwicht en (wederzijdse) controle. *Checks and balances* staan centraal. Deze *checks and balances* verhinderen immers dat een entiteit zijn of haar bevoegdheid op een willekeurige en buitensporige manier kan invullen. De *checks and balances* stellen grenzen aan de uitoefening van de verschillende bevoegdheden. De vraag is nu of de energieregulatoren over teveel machtsconcentratie beschikken en of er voldoende controle wordt uitgeoefend op hun werkzaamheden?<sup>1358</sup>

**420.** Het is niet eenvoudig om een grens te trekken vanaf wanneer een bepaalde entiteit over teveel bevoegdheden beschikt. Vanaf wanneer spreekt men over teveel machtsconcentratie? Er kan geargumenteed worden dat de bevoegdheden van de energieregulatoren betrekking hebben op een dusdanige *technische en specifieke materie*, waardoor zij niet beschikken over *te ruime en algemene* bevoegdheden. De bevoegdheden van energieregulatoren blijven beperkt tot het reguleren van bepaalde aspecten van één specifieke sector, binnen een strak afgelijnd wettelijk kader dat bovendien in de regel weinig ruimte laat voor discretionaire uitoefening van hun bevoegdheden. Daarenboven zorgt de toebedeling van een beperkt arsenaal aan uitvoerende bevoegdheden aan een gespecialiseerde instantie als een energieregulator als het ware voor een "extra" scheiding der machten, in die zin dat de bevoegdheden m.b.t. tot energie zich nu minder concentreren bij de klassieke organen (het parlement, de regering). De macht wordt met andere woorden nog eens extra gescheiden of verdeeld.<sup>1359</sup>

### 5.1. Chinese Walls of functiescheidingen

**421.** Om deze macht *binnen* de energieregulator zelf te verdelen, zou men ervoor moeten opteren om zogenaamde "Chinese Walls" (of Chinese muren) in te voeren bij het functioneren van de energieregulator. Chinese muren zorgen ervoor dat er een *functiescheiding* (of een toegepaste scheiding der machten) wordt gecreëerd, bijvoorbeeld tussen het onderzoekspersoneel, het personeel bevoegd voor de besluitvorming en het personeel bevoegd voor de sanctionering. Energieregulatoren worden immers gekenmerkt door een concentratie aan bevoegdheden waardoor deze functiescheiding een extra vorm van *checks and balances* kan uitmaken. Chinese muren moeten er eerst en vooral voor zorgen dat de objectieve en onbevooroordeelde beoordeling van de feiten niet in het gedrang komt. Deze vereisten van functiescheiding zouden

---

<sup>1358</sup> Dit komt ook nog uitvoerig aan bod in het deel met betrekking tot de verantwoordingsplicht.

<sup>1359</sup> Dit argument kwam hiervoor aan bod, in hoofdstuk 3 (onderdeel "de scheiding der machten als democratische legitimiteit voor de energieregulatoren").

zelfs moeten gelden tot het niveau van de bestuurders.<sup>1360</sup> Chinese muren dragen er eveneens toe bij dat de boeteoplegging onafhankelijk gebeurt van de afdeling binnen de regulator die direct contact heeft gehad met de betrokken partij, waardoor een belangenconflict of vooringenomenheid wordt vermeden. Chinese muren versterken eveneens het onpartijdigheidsgevoel bij de betrokkenen. Ze komen frequent voor in het mededingings- en het financiële toezicht.<sup>1361</sup> Een voorbeeld van een dergelijke "Chinese muur" kon reeds gevonden worden bij de toenmalige Raad voor de Mededinging.<sup>1362</sup> Ook bij de Belgische Mededingingsautoriteit is er een duidelijke functiescheiding, waarbij het Mededingingscollege bevoegd is voor het nemen van de beslissingen en het Auditoraat de onderzoeksbevoegdheid heeft.<sup>1363</sup> De auditeur die verantwoordelijk is voor het dagelijks beheer van een onderzoek kan *alleen* instructies ontvangen van de auditeur-generaal. De auditeurs zijn belast met het opstellen en indienen van een gemotiveerd ontwerp van beslissing bij het Mededingingscollege maar beslissen in geen geval zelf over de zaak. Ook bij het FANC is het agentschap georganiseerd dat de reglementerende functie en de toezichtsfunctie onafhankelijk van elkaar worden uitgeoefend.<sup>1364</sup>

**422.** Er dient met andere woorden ook binnen de energieregulator te worden gegarandeerd dat de werkzaamheden die verband houden met het opleggen van sancties, worden verricht door personen die niet betrokken zijn geweest bij het onderzoek. Indien het toezicht, uitgeoefend door directie(s) met toezichthouders, vermoedt dat er een boete (of een dwangsom) moet worden opgelegd dienen zij dit te onderzoeken en een rapport op te stellen.<sup>1365</sup> De juridische directie is dan verantwoordelijk voor het horen van de belanghebbenden en het concipiëren van de besluiten. De Raad van State verwees in het arrest nr. 212.557 van 7 april 2011 naar artikel 779 van het Gerechtelijk Wetboek, dat stelt dat een vonnis enkel kan worden gewezen door het voorgeschreven aantal rechters, die op straffe van nietigheid alle zittingen over de zaak moeten bijgewoond hebben. Het feit dat de CREG een administratieve overheid en geen rechtbank is, ontslaat de CREG volgens de Raad niet van het naleven van het fundamentele principe dat in artikel 779 Ger.W. vertaald is. Daarbij stelt de Raad dat "que les dispositions de son règlement d'ordre intérieur ne peuvent prévaloir sur cette règle, qui n'est qu'une application du principe fondamental que toute personne poursuivie a le droit d'être entendue, principe formulé notamment par le principe 6, 1. iv, de la recommandation du comité des ministres du Conseil de l'Europe n° R(91)1 du

<sup>1360</sup> P. BOS, "Van processtijgers en Chinese muren", *M&M* 2012, afl. 6, (203) 204.

<sup>1361</sup> T. ALFERINK, "Chinese Walls: de stand van zaken", *O&F* 2004, nr. 63, 29-39.

<sup>1362</sup> Zie bijvoorbeeld Wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek en van de wet van 5 augustus 1991 tot bescherming van de economische mededinging, *Parl.St.* Senaat 1996-1997, 1-614/1, 3.

<sup>1363</sup> Wetboek Economisch recht (WER), Boek IV, Titel 2, Hoofdstuk 1, art. IV.16 t.e.m. IV.39; KB 30 augustus 2013 betreffende de procedures inzake bescherming van de mededinging, *BS* 6 september 2013.

<sup>1364</sup> Artikel 43 Wet 15 april 1994 betreffende de bescherming van de bevolking en van het leefmilieu tegen de uit ioniserende stralingen voortspruitende gevaren en betreffende het Federaal Agentschap voor Nucleaire Controle, *BS* 29 juli 1994, 19.537.

<sup>1365</sup> B. VAN DER MEULEN en A.T. OTTOW, "Toezicht op markten", VAR-reeks 130, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers 2004, 85.

13 février 1991, relative aux sanctions administratives ; qu'une audition n'est effective que si ce sont les mêmes personnes qui entendent l'intéressé et qui prononcent la sanction". Dergelijke hoorzitting is volgens de Raad van State dus maar effectief als het dezelfde personen zijn die op de hoorzitting aanwezig waren en die nadien de beslissing tot het opleggen van de administratieve geldboete nemen.<sup>1366</sup> Belangrijk is dus dat het horen van de betrokken partijen moet gebeuren door degenen die de beslissing nemen. Indien men een functiescheiding wil doorvoeren bij de regulatoren is het dus belangrijk dat het onderzoekspersoneel (bv. "auditoraat") de betrokken partijen niet hoort op een hoorzitting aangezien zij de beslissing niet mogen nemen (dit doet namelijk het "college" of de directeurs). Het college kan wel het onderzoekspersoneel horen. Dit kan nuttig zijn aangezien zij mondelinge verklaringen of getuigenissen kunnen afnemen. Geconcludeerd kan worden dat het dus zeker mogelijk is om een (strikte) functiescheiding in de praktijk te verzoenen met fundamentele gerechtelijke waarborgen. Uiteraard moeten de energieregulatoren om dergelijke functiescheidingen door te voeren over voldoende personeel en middelen beschikken.

**423.** In de meeste ondernemingsplannen van de VREG wordt verwezen naar het beperkte personeelsbestand.<sup>1367</sup> Hierdoor is er ook nauwelijks ruimte is tot het opnemen van de taak om geschillen te beslechten van afnemers tegen netbeheerders. Deze taak tot geschillenbeslechting vergt zowel juridische als technische kennis (o.a. de regels inzake netbeheer). Deze kennis is volgens de VREG niet beschikbaar in de cel informatie en communicatie, maar enkel in de directie netbeheer. Daarbij hebben, volgens de VREG, de enige jurist en de twee ingenieurs in deze directie nauwelijks ruimte om deze bijkomende taak inzake geschillenbeslechting binnen hun huidige takenpakket op te vangen. Het is volgens de regulator – terecht – ook juridisch gezien niet correct om een persoon die meegewerkt heeft aan de behandeling van een klacht, daarna ook in te zetten om hetzelfde geschil te beslechten. Op dit moment wordt vaak een beroep gedaan op de medewerkers van de directie netbeheer voor de behandeling van klachten met betrekking tot netbeheer. De beslechting van hetzelfde geschil moet dan door een andere persoon binnen de VREG gebeuren.<sup>1368</sup> Het is duidelijk dat dergelijke functiescheiding in de praktijk moet worden doorgevoerd en dat de regulator daardoor over meer personeel moet beschikken.

---

<sup>1366</sup> RvS 7 april 2011, nr. 212.557: "relative aux sanctions administratives; qu'une audition n'est effective que si ce sont les mêmes personnes qui entendent l'intéressé et qui prononcent la sanction".

<sup>1367</sup> VREG, Ondernemingsplan 2016, [http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/ondernemingsplan\\_2016.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/ondernemingsplan_2016.pdf), 59; VREG, Ondernemingsplan 2015, [http://www.vreg.be/sites/default/files/ondernemingsplannen/ondernemingsplan\\_2015.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/ondernemingsplannen/ondernemingsplan_2015.pdf), 60: "De vorige Vlaamse Regering besliste dat het aantal personeelsleden binnen de diensten van de Vlaamse overheid (waaronder de VREG) moest verminderen tegen 30 juni 2014 met 6,5%. Wij zagen echter geen enkele mogelijkheid om onze huidige taken met minder personeelsleden uit te voeren".

<sup>1368</sup> VREG, Ondernemingsplan 2012, [http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/vreg\\_ondernemingsplan\\_2012.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/vreg_ondernemingsplan_2012.pdf), 7.

## 5.2. Europees Hof van Justitie: noodzaak aan ruime bevoegdheden

**424.** Ook het Europees Hof van Justitie vult de bevoegdheden van regulerende instanties ruim in. Het arrest C-227/07 van 13 november 2008 had betrekking op de bevoegdheden van de regulerende instanties inzake de elektronische communicatie.<sup>1369</sup> Het Hof stelde dat de regulerende instantie alle redelijke maatregelen moest kunnen nemen ter verwezenlijking van de doelstellingen van de toepasselijke richtlijn.<sup>1370</sup> Het Hof stelde dat de richtlijn voorzorg in een algemene bevoegdheid van de nationale regulerende instanties ter verwezenlijking van de doelstellingen. Bovendien benadrukte men dat de instantie over ruime interventiemogelijkheden beschikte.<sup>1371</sup>

**425.** In een arrest van 3 december 2009 (ook inzake elektronische communicatie) beklemtoonde het Hof dat de discretionaire bevoegdheden van de nationale regulerende instantie *niet* mogen worden beperkt.<sup>1372</sup> Bij de uitoefening van hun regulerende taken beschikken de regulerende instanties volgens het Hof over een ruime bevoegdheid om de noodzaak van regulering geval per geval te beoordelen.<sup>1373</sup> Het Hof maakt hierbij toepassing van een flexibele en teleologische benadering bij de interpretatie van de bevoegdheden van de nationale autoriteiten. Gelet op de gelijkenissen tussen de doelstellingen en taken van de energie- en telecommunicatieautoriteiten, is het dan ook aannemelijk dat het Hof een dergelijke teleologische benadering ook toepast bij de interpretatie van de bevoegdheden van de energieregulators.<sup>1374</sup> Deze interpretatie (met een "keuzeruimte" voor de regulator) door het Hof kan enkel maar positief worden ontvangen aangezien een strikte en restrictieve interpretatie van de bevoegdheden van de autoriteiten ervoor zou zorgen dat een effectieve en efficiënte uitoefening van hun taken en bevoegdheden zou worden belemmerd.

**426.** Op 29 oktober 2009 werd België veroordeeld door het Hof van Justitie wegens een gebrekkige omzetting van het tweede pakket liberaliseringsrichtlijnen (2003/54/EG en 2003/55/EG).<sup>1375</sup> Het Hof stelde dat het aan de regulerende instanties is om over te gaan tot de vaststelling of de goedkeuring van ten minste de methoden voor het berekenen van de tarieven inzake transport en distributie van elektriciteit. Het feit dat de regering de bevoegdheid had om bijzondere regels vast te stellen omtrent de afschrijvingen en de winstmarge met betrekking tot investeringen van nationaal en Europees belang beknopte de bevoegdheden van de CREG en vormde een inbreuk op

<sup>1369</sup> HvJ 13 november 2008, nr. C-227/07, ECLI:EU:C:2008:620.

<sup>1370</sup> Overw. 63 arrest nr. C-227/07.

<sup>1371</sup> Overw. 66 arrest nr. C-227/07.

<sup>1372</sup> HvJ 3 december 2009, nr. C-424/07, ECLI:EU:C:2009:749.

<sup>1373</sup> S. LAVRIJSEN en T. NAUTA, "De Europeanisering van het toezicht op de energiesector", *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* 2010, (136) 142.

<sup>1374</sup> S. LAVRIJSEN en T. NAUTA, "De Europeanisering van het toezicht op de energiesector", *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* 2010, (136) 142.

<sup>1375</sup> HvJ 29 oktober 2009, nr. C-474/08, ECLI:EU:C:2009:681.

diens onafhankelijkheid.<sup>1376</sup> De bevoegdheden van de energieregulatoren moeten dus ruim worden ingevuld – en mogen niet worden beknot – opdat zij de doelstellingen vervat in de richtlijnen kunnen nastreven en bereiken.

### 5.3. “Again checks and balances”

**427.** De Belgische Grondwet uit de negentiende eeuw was niet vertrouwd met specifieke gedecentraliseerde instanties die dergelijke bevoegdheden toevertrouwd kregen. Bijgevolg zijn de klassieke *checks and balances* moeilijk toepasbaar op de energieregulatoren. Het feit dat energieregulatoren (1) over ruime uitvoerende bevoegdheden beschikken, (2) onafhankelijk zijn en (3) een belangrijke maatschappelijk opdracht vervullen (namelijk het toezicht op de energiesector, een gewichtige economische sector), zorgt ervoor dat hun werking ontegensprekelijk aan controle en toezicht onderworpen moet worden. Het gaat daarbij m.i. om diverse vormen van controle, zowel *ex-ante* als *ex-post*.<sup>1377</sup> Men denkt hierbij aan verruimde transparantieverplichtingen (zoals consultaties, hoorzittingen, bemiddelingen, publicatieverplichtingen, openbaarheids- en motiveringsverplichtingen, etc.) maar ook rechterlijke controle en (beperkt) parlementair toezicht. Rechterlijke controle en (beperkt) parlementair toezicht kunnen daarbij gezien worden als een specifiek deel van de klassieke *checks and balances*, toegepast op de energieregulatoren. De onafhankelijkheid van de energieregulator moet hierbij echter te allen tijde bewaakt worden. Een evenwicht inzake controle en toezicht op de energieregulator is van cruciaal belang.

## F. CONCLUSIE

**428.** Uit de verhouding tussen de constitutionele legitimiteit van de energieregulatoren en het legaliteitsbeginsel kunnen twee belangrijke conclusies worden getrokken. Enerzijds handelen de energieregulatoren in overeenstemming met het wetgevend kader en vullen zij hun bevoegdheden in overeenstemming met dit kader in. Daarenboven wordt er een wettigheidscontrole uitgeoefend op dit handelen door de rechter. Anderzijds moet worden vastgesteld dat de energieregulatoren ook over regelgevende bevoegdheden beschikken. Opdat dergelijke bevoegdheden zouden worden uitgeoefend “op de wijze bij de Grondwet bepaald” en omdat een verantwoording op basis van artikel 34 van de Grondwet weinig houvast biedt, vormt een nieuwe grondwetsbepaling de enige wenselijke oplossing. Op die manier dient men niet steeds de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof af te wachten en kan men de regelgevende bevoegdheden van een onafhankelijke energieregulator duidelijk constitutioneel legitimeren. Dergelijke grondwetsbepaling kan in algemene termen worden geformuleerd (ten aanzien

<sup>1376</sup> Overwegingen 27 tot en met 31 arrest nr. C-474/08.

<sup>1377</sup> Zie ook S. LAVRIJSSEN, “Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU-perspectief”, *RegelMaat* 2015, afl. 3, (182) 196.

van functioneel gedecentraliseerde besturen) en hoeft niet specifiek van toepassing te zijn op de onafhankelijke entiteiten of regulatoren. Hun specifieke onafhankelijkheidsvereisten en aangepaste vormen van controle en toezicht kunnen worden opgenomen in aparte (kader)wetgeving.

**429.** Wat de scheiding der machten betreft, argumenteren sommigen dat de energieregulatoren over wetgevende, uitvoerende en rechterlijke bevoegdheden beschikken. Echter, elk van deze bevoegdheden valt terug te brengen tot taken die behoren tot de **normale uitoefening van een uitvoerende functie**: het gaat immers om uitvoerende regelgeving (reglementen) en ook het opleggen van administratieve sancties wordt beschouwd als een normaal attribuut van de uitvoerende functie. De stelling dat de energieregulatoren hun bevoegdheden de scheiding der machten schenden is dan ook duidelijk ontkracht. Ook het feit dat de regulatoren over een bepaalde "machtsconcentratie" beschikken dient sterk genuanceerd te worden. Ten eerste hebben hun bevoegdheden betrekking op een zeer specifieke, technische materie binnen één bepaalde sector, waardoor hun bevoegdheden zeker en vast niet van dergelijke strekking zijn dat zij op een algemene en willekeurige wijze hun bevoegdheden kunnen uitoefenen. Ten tweede zorgen hun bevoegdheden ook voor een extra "verticale machtscheiding". Dit houdt in dat de bevoegdheden niet geconcentreerd blijven binnen de centrale overheid, maar worden gespreid over hogere en lagere overheden.<sup>1378</sup> Deze verdeling van bevoegdheden bevordert het *checks and balances* systeem.<sup>1379</sup> Ten derde zijn er ook praktische waarborgen. Binnen de daadwerkelijke praktijk van de energieregulatoren kunnen er Chinese muren (of functiescheidingen) worden opgetrokken waardoor de uitoefening van de verschillende regelgevende, uitvoerende en rechterlijke taken telkens door een andere afdeling wordt uitgeoefend. Uiteraard moet die een weerspiegeling krijgen in het aantal personeel en werkingsmiddelen.

**430.** Om ten slotte de constitutionele legitimiteit van de onafhankelijkheid van de energieregulator te versterken zou het eveneens belangrijk, zelfs noodzakelijk zijn, indien er in de nationale rechtsorde een daadwerkelijke rechtsgrond zou bestaan voor het creëren van dergelijke onafhankelijke instanties.<sup>1380</sup> Er werd dan ook voorgesteld om de Grondwet in die zin te wijzigen: om de onafhankelijkheid van de energieregulatoren te waarborgen zou men in de Grondwet de uitvoerende functie kunnen *ontdubbelen*. Op die manier wordt de uitvoerende functie opgesplitst in enerzijds de regering (met kabinetten, overheidsdiensten,...) en anderzijds de (onafhankelijke) gedecentraliseerde besturen (waaronder de energieregulatoren). Hierdoor

---

<sup>1378</sup> T. BELLEKOM, A. HERINGA, J. VAN DER VELDE en L. VERHEY, *Compendium van het staatsrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 20.

<sup>1379</sup> M. BURKENS, H. KUMMELING, B. VERMEULEN en R. WIDDERSHOVEN, *Beginselen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Amsterdam, Kluwer, 2012, 299.

<sup>1380</sup> M. SCHOLTEN, "The democratic legitimacy of IRA's: assessing against a proper level", *SSRN* 2014 en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2403797](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2403797), 14.

blijven de energieregulatoren deel uitmaken van de uitvoerende macht, maar worden zij afgesplitst van de (invloed van de) regering. Kaderwetgeving die specifiek toeziet op het markttoezicht is daarbij uiteraard nodig om het specifieke statuut per instantie vast te leggen. Op die manier kan men eveneens vastleggen hoe, waarover en aan wie de regulatoren verantwoording afleggen.<sup>1381</sup> Of zoals HERINGA en VERHEY stellen: "it could very well be argued that we are witnessing here an internal branch separation: within one branch various aspects of executive power are to be separated. Maybe we should classify this tendency under the heading of a new separation of powers, that is limiting an ever-growing executive and cutting its powers in separate pieces in order to prevent further accumulation of power from taking place".<sup>1382</sup> De scheiding der machten valt bijgevolg te verzoenen met het bestaan van een onafhankelijke energieregulator. Ook DE SOMER komt tot de conclusie dat de scheiding der machten niet in gevaar komt door de diverse bevoegdheden van de onafhankelijke regulatoren, maar wel integendeel de positie van de regulatoren versterkt.<sup>1383</sup>

**431.** Door het invoeren van een nieuwe bepaling in de Grondwet geeft men enerzijds de energieregulatoren een constitutionele inbedding als een apart deel van de uitvoerende macht/functie en geeft men hen anderzijds ook een constitutionele grondslag voor de uitoefening van hun regelgevende bevoegdheden. POPELIER en VAN NIEUWENHOVE formuleerden daartoe volgend voorstel:

Art. 41/1. De wetgever kan (onafhankelijke) gedecentraliseerde besturen oprichten. Aan deze (onafhankelijke) gedecentraliseerde besturen kan de bevoegdheid worden opgedragen om regels uit te vaardigen. De wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel bepalen de beginselen met betrekking tot de samenstelling van de besturen, de beginselen met betrekking tot het toezicht dat op hen wordt uitgeoefend, de aangelegenheden waarin de regelgevende bevoegdheid uitdrukkelijk wordt opgedragen, de wijze van bekendmaking van de regels, alsook de rechtsbescherming tegen die regels.<sup>1384</sup>

In specifieke (kader)wetgeving moet dan worden opgenomen dat de onafhankelijke energieregulator niet hiërarchisch ondergeschikt is aan de minister en dat de ministeriele verantwoordingsplicht wordt vervangen door een rechtstreekse parlementaire controle.

---

<sup>1381</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 460.

<sup>1382</sup> A. HERINGA en L. VERHEY, "Independent Agencies and Political Control" in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), *Agencies in European and Comparative Law*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (155) 168.

<sup>1383</sup> S. DE SOMER, *The creation of autonomous public bodies from a European comparative legal perspective: international impulse, national restraint and how to reconcile these trends*, onuitg. Doctoraatsthesis Universiteit Antwerpen, 2015, 156.

<sup>1384</sup> En in gelijkaardige bewoordingen artikel 41/2: "De wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel kan aan private organisaties de bevoegdheid opdragen om beslissingen te nemen en om regels uit te vaardigen. De wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel bepalen de aangelegenheden waarin die bevoegdheid uitdrukkelijk wordt opgedragen, de beginselen met betrekking tot de samenstelling van de organen die die regels uitvaardigen, de wijze van bekendmaking van die regels, alsook de rechtsbescherming tegen die regels". Zie P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE, "Decentralisering en privatisering van wetgeving" in J. DE MOT (ed.), *Liber amicorum Boudewijn Bouckaert Vrank en Vrij*, Brugge, die Keure, 2012, 280.



## HOOFDSTUK 5: De onafhankelijkheid van energieregulatoren

### A. INLEIDING

432. Energieregulatoren moeten zelfstandig besluiten kunnen nemen, onafhankelijk van enig politiek orgaan en mogen geen directe instructies verlangen of ontvangen van regeringen of andere publieke of particuliere entiteiten.<sup>1385</sup> De mogelijkheid voor de minister om beslissingen van regulatoren goed te keuren, te vernietigen of om een eigen beslissing in de plaats stellen, zou ervoor zorgen dat de regulator ten eerste rekening moet houden met instructies van de regering en ten tweede dat hij zelf niet meer zelfstandig een beslissing zou kunnen nemen. Deze mogelijkheid tot ingrijpen doet afbreuk aan de onafhankelijkheid en de expertise van de energieregulatoren en geeft de minister de bevoegdheid om beslissingen te hervormen op basis van (korte termijn) politieke electorale belangen.<sup>1386</sup> De procedure inzake machtsafwijding is daarbij ontoereikend aangezien het nagenoeg onmogelijk is om te bewijzen dat dergelijke intentie bij de minister aanwezig is.<sup>1387</sup> Aangezien politieke spelers nauw verweven zijn met de energiesector, denk maar aan het voorbeeld van de netbeheerders, en ook de minister niet geheel vrij is van eventuele banden met bepaalde marktspelers is het aangewezen dat elke vorm van beïnvloeding wordt uitgesloten. Het feit dat energieregulatoren hun legitimiteit niet voortvloeit uit hun apolitieke expertise en hun geloofwaardige inzet (*credible commitment*) ten aanzien van de lange termijn doelstellingen (*time consistency*) zorgt ervoor dat zij in staat zijn om het algemeen belang te dienen zonder dat daarbij sprake moet zijn van een individueel politiek opportuniteitstoezicht onder de vorm van het administratief toezicht of onrechtstreekse verantwoording via de minister ten aanzien van het parlement. Dit geldt des te meer aangezien het niet uitgesloten is dat de EU in de toekomst de eis van "volledige onafhankelijkheid" ook aan energieregulatoren zal stellen (*infra* nrs. 444 e.v.).

433. Vooraleer in detail kan worden ingegaan op de verantwoordingsplicht bij de energieregulatoren moet het spanningsveld tussen de politiek en de onafhankelijkheid van worden belicht. Het blijkt immers uit praktijkvoorbeelden dat de banden tussen de minister en de energieregulator nog steeds **onvoldoende zijn doorgeknipt**. De beïnvloeding waarvan sprake is, vormt immers niet een louter theoretische optie, maar wel een in de praktijk (vaak

---

<sup>1385</sup> Artikel 35(5)(a) richtlijn 2009/72/EG.

<sup>1386</sup> Zie hierover ook de Interpretatieve Nota, 6: "These provisions on the independence of the NRA's staff and persons responsible for their management are key requirements because they are aimed at ensuring that regulatory decisions are not affected by political and specific economic interests, thereby creating a *stable and predictable investment climate*. The aim of the provision is indeed to guarantee that all staff and the persons responsible for the NRA's management (directors, board members, members of the chamber, etc.) act independently from any market interest (covering both the private and the public sectors) and impartially in the exercise of their powers and the fulfilment of their duties. When taking a decision, NRA's staff and management must not be inclined to take account of considerations other than the general interest".

<sup>1387</sup> RvS 13 mei 2009, nr. 193.267 (overweging 2.1.2.): "In beginsel is er slechts sprake van machtsafwijding wanneer een bestuursoverheid de haar door de wet met het oog op het bereiken van een bepaald oogmerk van algemeen belang gegeven bevoegdheid gebruikt om een ander doel na te streven en wanneer dat anders oogmerk het enige doel van de betrokken bestuurshandeling is".

voorkomend gegeven. In dit hoofdstuk wordt benadrukt waarom deze politieke onafhankelijkheid zodanig belangrijk is dat het administratief toezicht en de ministeriële verantwoordelijkheid moeten worden uitgesloten. Bovendien worden tal van voorbeelden gegeven waaruit blijkt dat de regering en de minister nog steeds een greep trachten te houden op de (beslissingsbevoegdheid van de) energieregulatoren.

**434.** Aangezien de Verenigde Staten van Amerika beschouwd kunnen worden als een oorsprongslaan voor het fenomeen van de onafhankelijke energieregulator – in die zin dat het land, reeds lang voor de Europese Unie tot stand kwam, beroep deed op zogenaamde *independent regulatory agencies* (IRA's)<sup>1388</sup> – wordt eerst stilgestaan bij hetgeen men in de VS verstaat onder de term *independent*.

## **B. INDEPENDENT REGULATORY AGENCIES IN DE VS**

**435.** IRA's worden als onafhankelijk beschouwd omwille van het feit dat zij voldoen aan diverse onafhankelijkheidscriteria. Een primair criterium waaraan IRA's dienen te voldoen, is het bewaren van een afstand (*an arm's length*) ten aanzien van de door hen geregeerde spelers.<sup>1389</sup> Via de IRA's wenste het Congres een politieke stempel te drukken op de regulering van o.a. de verschillende netwerkindustrieën. Aanvankelijk speelde bij de oprichting van de IRA's de politieke onafhankelijkheid dan ook een minder doorslaggevende rol. Dit komt voornamelijk door de specifieke historische Amerikaanse marktsetting. Eind negentiende eeuw werd de VS namelijk overspoeld door aanzienlijke industriële en maatschappelijke veranderingen. Een uitgestrekt spoorwegnetwerk werd aangelegd, gespecialiseerde industriële bedrijven werden opgericht en financiële instellingen werden gecreëerd om de vraag naar innovatie te financieren.<sup>1390</sup> Deze ontwikkeling ging echter gepaard met marktdominantie: slechts een handvol *private* spelers overheersten de netwerkindustrieën.<sup>1391</sup> Het gevolg was dat de markt gekenmerkt werd door marktfalen, discriminatie en een gebrek aan concurrentie. Het publiek, geconfronteerd met hoge, discriminerende tarieven, wenste dan ook een aangepaste vorm van regulering.<sup>1392</sup> De *Public Interest Theory* – waarbij men ervan uitgaat dat het publiek inefficiënte of onbillijke marktpraktijken

---

<sup>1388</sup> T. ZWART, "Independent Regulatory Agencies in the US" in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), *Agencies in European and Comparative Law*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, (3) 3; A. DURVIAUX en D. FISSE, *Droit administratif. Tome 1 – L'action publique*, Brussel, Larcier, 2011, 222, 226 en 230.

<sup>1389</sup> W. SMITH, "Utility Regulators – The Independence Debate", *Public Policy for the Private Sector* 1997, noot nr. 127, 1 <http://siteresources.worldbank.org/EXTFINANCIALSECTOR/Resources/282884-1303327122200/127smith.pdf>; K. JOHANNSEN, L. PEDERSEN en E. SORESEN, "Independent Regulatory Authorities – a Comparative Study of European Energy Regulators", *AFK Forlaget* 2004, 11.

<sup>1390</sup> E.L. GLAESER en A. SHLEIFER, "The Rise of the Regulatory State", Discussion Paper Number 1934, Harvard Institute of Economic Research, 2001, 22.

<sup>1391</sup> E. GLAESER en A. SHLEIFER, "The Rise of the Regulatory State", Discussion Paper Number 1934, Harvard Institute of Economic Research, 2001, 21 en 22.

<sup>1392</sup> E. GLAESER en A. SHLEIFER, "The Rise of the Regulatory State", Discussion Paper Number 1934, Harvard Institute of Economic Research, 2001, 4; A. JACKSON, "The Interstate Commerce Commission", *The Law Student's Helper* 1909, 239.

gecorrigeerd wenst te zien aan de hand van regulering - vond hier een van haar eerste toepassingen.<sup>1393</sup> De nieuwe vorm van regulering kwam effectief tot stand, onder de auspiciën van het Amerikaanse Congres. Artikel 1, Sectie 8 van de Amerikaanse Grondwet biedt het Congres, de legislatieve tak van de federale overheid,<sup>1394</sup> de mogelijkheid om via het afkondigen van federale wetgeving regulerende autoriteiten op te richten. Onder dit artikel nam het Congres, reeds in 1887, de *Interstate Commerce Act* (ICA) aan.<sup>1395</sup> De wet richtte de *Interstate Commerce Commission* (ICC) op, de eerste reguleringsinstantie in de Verenigde Staten van Amerika. De ICC was bevoegd voor "common carriers engaged in interstate transportation wholly by railroad, or partly by railroad and partly by water".<sup>1396</sup> De positie die de ICC innam, binnenin de overheidsorganisatie, was vrij uniek en uitzonderlijk.<sup>1397</sup> Algemeen werd aangenomen dat de commissie een **arm** was van het **Congres**.<sup>1398</sup> De ICC werd immers opgericht, om specifieke taken uit te oefenen die haar bij wet waren gedelegeerd: "essentially, the Commission was created to carry out in detail the general standards or rules of conduct with regard to transportation prescribed by the legislative branch of the government under its constitutional power to regulate interstate commerce".<sup>1399</sup>

**436.** Toch speelt ook de **politieke onafhankelijkheid** in de VS een rol. Hét klassieke en fundamentele kenmerk van IRA's ligt vervat in feit het dat zij onafhankelijker fungeren ten aanzien van de President, in vergelijking met de *executive agencies*. Dit komt voornamelijk naar voren door de ontslagbescherming: de President kan bij IRA's enkel leden ontslaan "for cause" (*supra* nr. 347).<sup>1400</sup> Dit onderscheid tussen *executive agencies* en IRA's vloeide voort uit *Humphrey's Executor v. United States*<sup>1401</sup> en fungeert dan ook als meest frequent aangehaald argument om een *agency* als *independent* te bestempelen.<sup>1402</sup> BREGER en EDLES wijzen er evenwel op dat de "for cause" bescherming niet noodzakelijk het enige onderscheidargument is, aangezien ook bepaalde louter *executive agencies* ontslagbescherming genieten.<sup>1403</sup> Ook

<sup>1393</sup> G. STIGLER, "The Theory of Economic Regulation", *The Bell Journal of Economics and Management Science* 1971, Vol.2, (3) 11; T. LAW en S. KIM, "The Rise of the American Regulatory State: A View from the Progressive Era" in D. LEVI-FAUR, *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, (113) 113.

<sup>1394</sup> Artikel 1 van de Amerikaanse Grondwet beschrijft de bevoegdheden van het Congres. Het Congres is een bicameraal orgaan en bestaat uit de Senaat ('United States Senate') en het Huis van Afgevaardigden ('United States House of Representatives'). Het artikel bepaalt dat "The Congress shall have Power [...] 18: to make all laws which shall be necessary and proper for carrying into execution the foregoing powers, and all other powers vested by this Constitution in the government of the United States, or in any department or officer thereof."

<sup>1395</sup> "Interstate Commerce Act of 1887" (ICA) – An Act to regulate commerce, Pub. L. No. 49-41, 24 Stat. 379 (4 February 1887).

<sup>1396</sup> Interstate Commerce Commission Activities 1887-1937, ICC Bureau of Statistics, 1937, 32-33.

<sup>1397</sup> J. RALSTON, "The Interstate Commerce Commission", *The American Lawyer* 1904, (297) 297.

<sup>1398</sup> Interstate Commerce Commission Activities 1887-1937, ICC Bureau of Statistics, 1937, 6.

<sup>1399</sup> Interstate Commerce Commission Activities 1887-1937, ICC Bureau of Statistics, 1937, 32-33.

<sup>1400</sup> T. ZWART, "Independent Regulatory Agencies in the US" in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), *Agencies in European and Comparative Law*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (3) 4.

<sup>1401</sup> *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602, 79 L. Ed. 1611 (1935).

<sup>1402</sup> M. BREGER en G. EDLES, *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 133, 145 en 160.

<sup>1403</sup> M. BREGER en G. EDLES, *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 145 en 147. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om de ontslagbescherming die een administrative law judge geniet (zie 5 U.S.C.A. § 7521).

DATLA en REVESZ wijzen erop dat de politieke onafhankelijkheid van IRA's vandaag nog andere kenmerken omvat – naast de ontslagbescherming – zoals: een collegiale structuur, partijpolitiek evenwichtig, een budgettair zeggenschap, eigen zeggenschap in de communicatie met het Congres, bevoegdheid om zelf in rechte op te treden en een eigen bevoegdheid tot het beslechten van geschillen.<sup>1404</sup> Ook MILLER had er in het verleden reeds op gewezen dat meerdere, verschillende onafhankelijkheidscriteria bestaan.<sup>1405</sup>

**437.** De IRA's - hoewel zij formeel deel uitmaken van de uitvoerende macht - worden niet bestuurd door één directeur (director) of een beheerder (administrator). Dit staat in contrast met de *executive agencies* waarbij een directeur of een beheerder "at will" aangeduid wordt door de President.<sup>1406</sup> De IRA's daarentegen worden bestuurd door een commissie of een *board*.<sup>1407</sup> Dit is een collegiaal orgaan, hetgeen impliceert dat de commissie bestaat uit meerdere leden, vaak vijf tot zeven. Bij FERC bestaat de commissie uit vijf leden.<sup>1408</sup> Collegialiteit heeft als voordeel dat men, alvorens men een beslissing neemt, steeds eerst dient te delibereren over de besluitvorming. Dit zorgt vaak voor een gefundeerde en gemotiveerde beslissing.<sup>1409</sup> Een hiermee verband houdende onafhankelijkheidswaarborg is de vaste benoemingstermijn van de commissieleden, die gespreid (*staggered*) verloopt (*infra* nr. 561). Dit wil zeggen dat de commissieleden worden benoemd voor een termijn van vijf tot zeven jaar, waarbij de begintermijn verschilt van lid tot lid. Dit zorgt ervoor dat nooit alle leden tegelijkertijd vervangen dienen te worden en komt bijgevolg de continuïteit van de dienst ten goede. Bovendien wordt bij IRA's de samenstelling zo bepaald dat niet meer dan de helft van het aantal leden uit eenzelfde, Republikeinse of Democratische, politieke partij mocht komen. De onafhankelijkheid moet bijgevolg niet geïnterpreteerd worden als onafhankelijk van de wetgevende of uitvoerende macht (a-politiek), maar wel als onafhankelijk gericht op het vrij zijn van partijdige/partij-politieke controle" (*free from partisanship*).<sup>1410</sup> SHANE stelt zelfs dat de partij-politieke

---

<sup>1404</sup> K. DATLA en R.L. REVESZ, "Deconstructing independent agencies (and executive agencies)", *Cornell Law Review* 2012-2013, (769) 772.

<sup>1405</sup> G. MILLER, "Independent Agencies", *The Supreme Court Review* 1986, (41) 51: "It is not entirely clear exactly what features of the independent regulatory commissions are essential and what are merely incidental. Almost uniformly they display the following characteristics: (1) leadership by a multi-member panel; (2) political criteria for appointment, with no more than a majority allowed to come from one party; (3) broad rule making authority; (4) power to conduct on-the-record adjudicative hearings; (5) power to conduct investigations and to bring enforcement actions either in court or within the agency itself or both; (6) a specialized mandate directing the agency to focus either on particular industries or on specific cross-cutting problems; and (7) restrictions on the presidential removal power. In addition, most independent agencies enjoy a measure of discretionary authority over matters such as budget, relations with Congress, and positions taken in litigation".

<sup>1406</sup> M. SHAPIRO, "The problem of independent agencies in the United States and the European Union", *Journal of European Public Policy* 1997, afl. 2, (276) 276.

<sup>1407</sup> A. MORRISON, "How independent are independent regulatory agencies?", *Duke Law Journal*, 1998, (252) 252; K. DATLA en R.L. REVESZ, "Deconstructing independent agencies (and executive agencies)", *Cornell Law Review* 2012-2013, (769) 770 en 777;

<sup>1408</sup> 42 U.S.C. § 7171, (b)(1): The Commission shall be composed of five members appointed by the President, by and with the advice and consent of the Senate.

<sup>1409</sup> M. BERNSTEIN, *Regulating Business by Independent Commission*, Princeton New Jersey, Princeton University Press, 1955, 306.

<sup>1410</sup> Interstate Commerce Commission Activities 1887-1937, ICC Bureau of Statistics, 1937, 5: "a primary purpose in thus establishing the membership of the commission was to keep it free from partisan political control"; M. BREGER en

onafhankelijkheid hét essentiële kenmerk is van een IRA: "The general reason why some agencies are informally denominated "independent agencies" is that certain of their features are designed to mitigate the degree to which **partisan** politics can dominate their decisionmaking".<sup>1411</sup> De auteur plaatst hier de reeds aangehaalde criteria onder: "well-accepted accoutrements of independence include the adoption of collegial decisionmaking, staggered terms for the agency's prime decisionmakers, terms of office that are longer than the four-year Presidential term, and quotas on the number of agency members who may belong to either of the major parties".<sup>1412</sup>

**438.** Een volgend onafhankelijkheidskenmerk vloeit voort uit het feit dat de IRA's niet gebonden zijn door *regulatory reform executive orders* (*infra* nr. 798 e.v.).<sup>1413</sup> Een ander aspect inzake (on)afhankelijkheid houdt verband met de bevoegdheid van IRA's om al dan niet in rechte op te treden (*litigation authority*). De meeste IRA zijn namelijk niet bevoegd om in rechte op te treden, hetgeen impliceert dat zij bij elke procesgang beroep moeten doen op het *Department of Justice* om hen te vertegenwoordigen. Het departement valt echter onder directe controle van de uitvoerende macht.<sup>1414</sup>

**439.** Er bestaat in de VS geen enkelvoudig (en eenvoudig) criterium dat kan worden gebruikt om een duidelijk onderscheid te maken tussen *executive agencies* en *independent agencies*. Zo kan men niet uitdrukkelijk stellen dat alle *independent agencies* zich buiten het federaal departement bevinden, dit gaat bijvoorbeeld niet op voor FERC (een IRA), die zich bevindt binnen het Departement Energie. Ook de "for cause" bepaling is niet waterdicht aangezien bijvoorbeeld de SEC (*Securities and Exchange Commission*) een IRA is, maar niet uitdrukkelijk deze ontslagbescherming geniet. Bovendien genieten ook bepaalde louter *executive officers* ontslagbescherming ten aanzien van de President. Men dient eigenlijk case-by-case te kijken of het Congres bij het *agency* – ook al maakt het constitutioneel deel uit van de uitvoerende macht – de bedoeling had om de President op afstand te plaatsen waardoor het *agency*, als *independent agency*, opereert *free from Presidential (executive) control*.<sup>1415</sup> Deze zienswijze ligt ook in lijn met de recente rechtspraak van het U.S. Supreme Court waarbij het Hof impliciet in de *Statutes* een "for cause" ontslagbescherming leest wanneer het gaat om een IRA, ook al is deze bescherming niet uitdrukkelijk in de wet neergeschreven.<sup>1416</sup>

---

G. EDLES, *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 195;

<sup>1411</sup> P. SHANE, "Independent Policymaking and Presidential Power: A Constitutional Analysis", *George Washington Law Review* 1989, (596) 608.

<sup>1412</sup> P. SHANE, "Independent Policymaking and Presidential Power: A Constitutional Analysis", *George Washington Law Review* 1989, (596) 608.

<sup>1413</sup> Dit komt aan bod in het volgend hoofdstuk inzake verantwoordingsplicht.

<sup>1414</sup> A. B. MORRISON, "How independent are independent regulatory agencies?", *Duke Law Journal*, 1998, (252) 254.

<sup>1415</sup> *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602, 79 L. Ed. 1611 (1935).

<sup>1416</sup> 15 U.S. Code § 78d: "There is hereby established a Securities and Exchange Commission (hereinafter referred to as the "Commission") to be composed of five commissioners to be appointed by the President by and with the advice and

## C. BEGRIP ONAFHANKELIJKHEID

### 1. Algemeen

**440.** Onafhankelijkheid is een fundamenteel kenmerk van een energieregulator. De regulator dient onafhankelijk te zijn, zowel ten opzichte van de overheid, als ten aanzien van de energiesector en de consumenten. De onafhankelijkheid van de instantie, het personeel en de personen belast met het beheer van de regulator dient er immers voor te zorgen dat de beslissingen genomen door de regulator niet aangetast worden door bepaalde politieke of economische belangen.<sup>1417</sup> De vorige generatie(s) Elektriciteits- en Gasrichtlijnen gingen enkel uit van een regulator die onafhankelijk diende te opereren van de marktspelers.<sup>1418</sup> Het huidige energiepakket bevat omvangrijkere en strengere onafhankelijkheidsvereisten ten aanzien van de nationale regulerende autoriteit. De energieregulators moeten er immers op toezien dat hun personeel en de personen belast met het beheer onafhankelijk van alle commerciële belangen handelen en in de uitoefening van hun opdrachten geen directe instructies vragen noch aanvaarden van gelijk welke regering of andere openbare of privé-entiteit.<sup>1419</sup>

**441.** Onafhankelijkheid is een ruim en overkoepelend begrip. Bij regulerende instanties kan het gedefinieerd worden als: "independence of control of the government and the legislator, independence of control by utility companies and independence in the sense of integrity and impartiality".<sup>1420</sup> Het begrip omvat verschillende dimensies. Zo stelt SMITH dat onafhankelijkheid bij regulators bestaat uit drie elementen: (1) een *arm's length relationship* ten aanzien van de gereguleerde bedrijven, consumenten en andere belangrijke spelers, (2) een *arm's length relationship* ten aanzien van politieke autoriteiten en (3) het hebben van autonome organisatorische eigenschappen.<sup>1421</sup> Een meer recente invulling aan het begrip wordt gegeven door JOHANNSEN, PEDERSEN en

---

consent of the Senate. Not more than three of such commissioners shall be members of the same political party, and in making appointments members of different political parties shall be appointed alternately as nearly as may be practicable. No commissioner shall engage in any other business, vocation, or employment than that of serving as commissioner, nor shall any commissioner participate, directly or indirectly, in any stock-market operations or transactions of a character subject to regulation by the Commission pursuant to this chapter. Each commissioner shall hold office for a term of five years and until his successor is appointed and has qualified, except that he shall not so continue to serve beyond the expiration of the next session of Congress subsequent to the expiration of said fixed term of office, and except (1) any commissioner appointed to fill a vacancy occurring prior to the expiration of the term for which his predecessor was appointed shall be appointed for the remainder of such term, and (2) the terms of office of the commissioners first taking office after June 6, 1934, shall expire as designated by the President at the time of nomination, one at the end of one year, one at the end of two years, one at the end of three years, one at the end of four years, and one at the end of five years, after June 6, 1934".

<sup>1417</sup> Interpretatieve Nota, 5.

<sup>1418</sup> Artikel 23, lid 1 van de Richtlijn 2003/54/EG en artikel 25, lid 1 van de Richtlijn 2003/55/EG: "De lidstaten wijzen een of meer bevoegde instanties met de functie van regelgevende instantie aan. Deze instanties zijn geheel onafhankelijk van de belangen van de elektriciteits-/gassector."

<sup>1419</sup> Artikel 36, 20° wet 8 januari 2012.

<sup>1420</sup> P. CAPROS, "Independence of energy regulators: new challenges", *World Forum on Energy Regulation Rome 2003*, <http://www.rae.gr/old/K2/ER-independence.pdf>, 4.

<sup>1421</sup> W. SMITH, "Utility Regulators – The Independence Debate", *Public Policy for the Private Sector 1997*, Note No. 127, 1 en <http://siteresources.worldbank.org/EXTFINANCIALSECTOR/Resources/282884-1303327122200/127smith.pdf>.

SORENSEN.<sup>1422</sup> Zij stellen dat onafhankelijkheid uit vier dimensies bestaat. Ten eerste dient een energieregulator onafhankelijk te zijn van de overheid, waarbij in het bijzonder moet gewaakt worden over de (*arm's length*) afstand die de regulator heeft ten aanzien van de benoemingsinstantie. Ten tweede moet de energieregulator onafhankelijk ageren ten opzichte van de stakeholders. Ten derde moet de regulator onafhankelijk autonome beslissingen kunnen nemen waardoor men dient te beschikken over substantiële en daadwerkelijke besluitvormingsbevoegdheden. Ten slotte moet de energieregulator volgens de auteurs beschikken over organisatorische autonomie, waarbij men beschikt over een eigen personeelsbeleid en een eigen budget dat men zelf beheert.<sup>1423</sup> Wat de mate van onafhankelijkheid van de energieregulator ten opzichte van de overheid betreft, stellen de auteurs dat deze afhangt van maar liefst zes verschillende elementen. Zo hangt de onafhankelijkheid af van de duur van de benoeming van de leden van de regulator, de benoemingsinstantie, de ontslag- of afzettingmogelijkheden, de mogelijkheid tot cumulatie van mandaten, de hernieuwbaarheid van de benoeming en de formele onafhankelijkheidsvereisten opgelegd aan de leden.<sup>1424</sup> Zo dient men aan te nemen dat hoe langer de benoemingstermijn loopt, hoe onafhankelijker men zal handelen. Wanneer de termijn hernieuwbaar is, neemt het risico op beïnvloeding toe.<sup>1425</sup>

**442.** Indien de relatie tussen de overheid en de marktspelers danig verstoord of onevenwichtig is, kan men spreken van *government failure*. De term verwijst naar de situatie waarbij politici verleid worden om in te grijpen in de markt omwille van korte termijn overwegingen (zoals electorale belangen).<sup>1426</sup> Dit onvoorspelbare ingrijpen zorgt ervoor dat investeerders terughoudend zullen worden: zij nemen immers het risico om grote investeringen te doen die gepaard gaan met het opereren in de energiesector. Denk daarbij in België bijvoorbeeld aan het langer openhouden van de kerncentrales van Doel, waardoor de investeringen in hernieuwbare energie onzeker zijn geworden.<sup>1427</sup> Marktspelers moeten er immers van overtuigd zijn dat de regulering waarvan de winstgevendheid van hun investeringen afhangt, niet verandert door korte termijn politieke overwegingen of door een overheid die bepaalde belangen heeft als (mede)eigenaar van bepaalde energiebedrijven. Deze onzekerheid zorgt ervoor dat het correct en efficiënt functioneren van de markt verstoord

---

<sup>1422</sup> K. JOHANNSEN, L. PEDERSEN en E. SORENSEN, "Independent Regulatory Authorities – a Comparative Study of European Energy Regulators", *AFK Forlaget*, 2004, 11. Zie ook: P. CAPROS, "Independence of energy regulators: new challenges", *World Forum on Energy Regulation Rome 2003*, <http://www.rae.gr/old/K2/ER-independence.pdf>, 4; A. LARSEN, L. PEDERSEN, E. SORENSEN en J. OLSEN, "Independent Regulatory Authorities in Europe", *SESSA Conference on Regulation*, 2005, 9; B. DEFLOOR en F. NAERT, "How Independent are Belgian Regulators?", *CRNI* 2009, nr. 4, (355) 359.

<sup>1423</sup> K. JOHANNSEN, L. PEDERSEN en E. SORENSEN, "Independent Regulatory Authorities – a Comparative Study of European Energy Regulators", *AFK Forlaget*, 2004, 11.

<sup>1424</sup> K. JOHANNSEN, L. PEDERSEN en E. SORENSEN, "Independent Regulatory Authorities – a Comparative Study of European Energy Regulators", *AFK Forlaget*, 2004, 40 en 41.

<sup>1425</sup> B. DEFLOOR en F. NAERT, "How Independent are Belgian Regulators?", *CRNI* 2009, nr. 4, (355) 359.

<sup>1426</sup> K. JOHANNSEN, L. PEDERSEN en E. SORENSEN, "Independent Regulatory Authorities – a Comparative Study of European Energy Regulators", *AFK Forlaget*, 2004, 10.

<sup>1427</sup> P. DE LOBEL en W. WINCKELMANS, "Energiebedrijven niet te spreken over deal met Electrabel", *De Standaard*, 2 december 2015, [http://www.standaard.be/cnt/dmf20151201\\_02000107](http://www.standaard.be/cnt/dmf20151201_02000107).

wordt. Om deze redenen werden substantiële bevoegdheden overgedragen aan een onafhankelijke regulator: men wou een afstand – *an arm's length* – creëren ten aanzien van de markspelers, alsook ten aanzien van de overheid.<sup>1428</sup>

**443.** Wat de onafhankelijkheid ten aanzien van de markspelers betreft, kan kort verwezen worden naar de door STIGLER in 1971 ontwikkelde en bekende "Theory of Economic Regulation" waarbij hij het begrip *capture* analyseerde.<sup>1429</sup> *Regulatory capture* doet zich voor wanneer een regulerende autoriteit (bijvoorbeeld een energieregulator) regelgeving creëert die niet noodzakelijk het algemeen belang vooropstelt maar die bepaalde commercieel dominante belangengroepen bevoordeelt.<sup>1430</sup> Op die manier trachten de belangengroepen diverse voordelen te verkrijgen van de energieregulatoren, bijvoorbeeld onder de vorm van subsidies, controles m.b.t. de toegankelijkheid van nieuwe concurrenten tot de markt en tariefbepalingen of prijsafspraken.<sup>1431</sup> Indien de overheid bijgevolg *government failure* wil aanpakken door het creëren van een regulator, dient men ervoor te zorgen dat deze onafhankelijk kan opereren waardoor men het risico op *regulatory capture* kan vermijden.

## 2. Volledige onafhankelijkheid?

**444.** In de Europese wetgeving wordt een onderscheid gemaakt tussen de onafhankelijkheid die van toepassing is bij de energie- en telecomregulatoren en die bij de gegevensbeschermingsautoriteiten (of privacytoezichthouders). Artikel 28 van de richtlijn 95/46/EG betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens stelt dat "elke lidstaat bepaalt dat een of meer autoriteiten worden belast met het toezicht op de toepassing op zijn grondgebied van de ter uitvoering van deze richtlijn door de lidstaten vastgestelde bepalingen. Deze autoriteiten vervullen de hun opgedragen taken in volledige onafhankelijkheid".<sup>1432</sup> De richtlijn bepaalt evenwel niet wat onder "volledige onafhankelijkheid" moet worden verstaan. Om de draagwijdte en interpretatie van dit begrip te begrijpen moet worden teruggegrepen naar de rechtspraak van het **Europees Hof van Justitie**.

<sup>1428</sup> K. JOHANNSEN, L. PEDERSEN en E. SORENSEN, "Independent Regulatory Authorities – a Comparative Study of European Energy Regulators", *AFK Forlaget*, 2004, 10.

<sup>1429</sup> G. STIGLER, "The Theory of Economic Regulation", *The Bell Journal of Economics and Management Science* 1971, Vol.2, 3-21.

<sup>1430</sup> B. DEFLOOR en F. NAERT, "How Independent are Belgian Regulators?", *CRNI* 2009, nr. 4, (355) 360; Zie ook M. VANDAMME, *Elementen van jurisprudentie. Bedenkingen bij het moderne wetgevingsbedrijf*, Brussel, Larcier, 2010, 205: "In dat geval wordt 'scheefgetrokken' regelgeving verkregen waarbij slechts rekening wordt gehouden met de mening of het belang van één of enkele, veelal goed georganiseerde belangengroepen die de inhoud van de regeling naar hun hand zetten en op die manier als het ware het wetgevingsproces 'kapen'".

<sup>1431</sup> G. STIGLER, "The Theory of Economic Regulation", *The Bell Journal of Economics and Management Science* 1971, Vol.2, (3) 4.; B. MITNICK, "Capturing 'capture': definition and mechanisms" in D. LEVI-FAUR, *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, (34) 35; S. CROLEY, *Beyond capture: towards a new theory of regulation* in D. LEVI-FAUR, *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, (50) 50-51.

<sup>1432</sup> Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die persoonsgegevens, *Pb.L.* 23 november 1995, afl. 281, 31. Zie ook artikel 9 van de richtlijn 2006/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 maart 2006 betreffende de bewaring van gegevens die zijn gegenereerd of verwerkt in verband met het aanbieden van openbaar beschikbare elektronische communicatiediensten of van openbare communicatienetwerken en tot wijziging van richtlijn 2002/58/EG, *Pb.L.* 13 april 2006, afl. 105, 54.



445. Een eerste arrest is het arrest nr. C-518/07.<sup>1433</sup> Hetgeen aan de basis lag van deze zaak was het feit dat de toezichthouders in de Duitse *Länder*, die belast waren met het toezicht op de verwerking van persoonsgegevens door de niet-publieke sector, werden onderworpen aan een bepaalde vorm van *ex post* overheidstoezicht.<sup>1434</sup> De vraag lag voor of deze vorm van controle wel in overeenstemming was met de eisen van "volledige onafhankelijkheid". In overweging 18 stelt het Hof dat "wat in de eerste plaats de bewoordingen van artikel 28, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 95/46 betreft, dient, aangezien het begrip „in volledige onafhankelijkheid” in deze richtlijn niet wordt gedefinieerd, rekening te worden gehouden met de normale betekenis ervan. Met betrekking tot overheidsorganen betekent het begrip „onafhankelijkheid” normaal gezien dat wordt gewaarborgd dat het betrokken orgaan in alle vrijheid kan handelen, vrij van instructies en druk". Het Hof vervolgt dat "anders dan de Bondsrepubliek Duitsland beweert, [...] niets erop [wijst] dat het vereiste van onafhankelijkheid uitsluitend betrekking heeft op de verhouding tussen de toezichthoudende autoriteiten en de organen waarop deze toezicht uitoefenen. Integendeel, het begrip „onafhankelijkheid” wordt versterkt door het adjectief „volledige”, wat inhoudt dat de toezichthoudende autoriteit **zonder enige beïnvloeding van buitenaf, rechtstreeks of indirect**, moet kunnen beslissen".<sup>1435</sup> Het Hof van Justitie maakt vervolgens de link tussen de taken en de volledige onafhankelijkheid van de gegevensbeschermingsautoriteiten.<sup>1436</sup> Uit deze taken leidt het Hof van Justitie af dat de toezichthouder zijn taken objectief en onpartijdig moet kunnen vervullen.<sup>1437</sup> Het Hof stelt dat artikel 28, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 95/46 moet worden uitgelegd in die zin dat de gegevensbeschermingsautoriteiten een onafhankelijkheid moeten genieten die hen in staat stelt om hun taken zonder beïnvloeding van buitenaf te vervullen. Deze onafhankelijkheid sluit niet enkel elke **beïnvloeding** door de organen waarop toezicht wordt uitgeoefend, uit, maar ook **elk bevel of elke andere beïnvloeding van buitenaf, zij het rechtstreeks of indirect**, die de vervulling door deze autoriteiten van hun taak, in het gedrang zou kunnen

<sup>1433</sup> HvJ 9 maart 2010, nr. C 518/07, ECLI:EU:C:2010:125.

<sup>1434</sup> Zie A. OTTOW, "Onafhankelijkheid van toezichthouders" (noot onder HvJ 9 maart 2010, nr. C-518/07), *Tijdschrift voor Toezicht* 2010, afl. 3, (78) 80: "De *Länder* kunnen invloed uitoefenen op de toezichthouders door het systeem van *rechtsaufsicht*. *Rechtsaufsicht* is een vorm van controle van een bestuursorgaan over een lager geplaatst bestuursorgaan. Het hoger geplaatste orgaan is verantwoordelijk voor het functioneren van het lagere geplaatste orgaan. Het handelen van een bestuursorgaan kan worden onderworpen aan een toetsing door het hogere bestuursorgaan. Het betreft een *ex post* controle, waarbij de *Länder* achteraf kunnen toetsen of het lagere bestuursorgaan zich aan de wet heeft gehouden".

<sup>1435</sup> Overw. 19. Zoals nadien ook herhaald in overweging 51 bij de zaak HvJ 8 april 2014, nr. C-288/12, ECLI:EU:C:2014:237.

<sup>1436</sup> Overw. 20 t.e.m. 24.

<sup>1437</sup> Overw. 25: "De waarborg van onafhankelijkheid van de nationale toezichthoudende autoriteiten beoogt de doeltreffendheid en de betrouwbaarheid van het toezicht op de naleving van de bepalingen inzake de bescherming van natuurlijke personen bij de verwerking van persoonsgegevens te verzekeren en moet tegen de achtergrond van deze doelstelling worden uitgelegd. Zij is niet ingevoerd om deze autoriteiten zelf en hun gemachtigden een bijzondere positie te verlenen, maar om een grotere bescherming te bieden aan de personen en organen die door hun beslissingen worden getroffen. Bij de uitoefening van hun taken moeten de toezichthoudende autoriteiten bijgevolg objectief en onpartijdig handelen. Daartoe moeten zij vrij zijn van beïnvloeding van buitenaf, daaronder begrepen de – rechtstreekse of indirecte – beïnvloeding door de staat of de *Länder*, en niet enkel van beïnvloeding door de organen waarop zij toezicht uitoefenen". Zie ook A. OTTOW, "Onafhankelijkheid van toezichthouders" (noot onder HvJ 9 maart 2010, nr. C-518/07), *Tijdschrift voor Toezicht* 2010, afl. 3, (78) 82.

brengen. In overweging 36 stelt het Hof dat moet worden benadrukt dat het **loutere gevaar** dat de instanties die belast zijn met het overheidstoezicht, **een politieke invloed** kunnen uitoefenen op de beslissingen van de toezichthoudende autoriteiten, volstaat om de onafhankelijke vervulling van de taken van deze autoriteiten te hinderen. Volgens het Hof zou er sprake kunnen zijn van een **“geanticiperde gehoorzaamheid”** van deze autoriteiten in het licht van de beslissingspraktijk van de instantie die belast is met het overheidstoezicht. Het overheidstoezicht, zoals dat in Duitsland werd uitgeoefend op de autoriteiten,<sup>1438</sup> was volgens het Hof van Justitie dan ook niet in overeenstemming met het beginsel van volledige onafhankelijkheid.<sup>1439</sup> Jammer is wel dat het Hof in deze Duitse zaak niet inging op wat de volledige onafhankelijkheid precies betekent voor de organisatorische, budgettaire en personele aspecten van de toezichthoudende autoriteit.<sup>1440</sup>

**446.** Deze aspecten van de volledige onafhankelijkheid kwamen aan bod in het arrest nr. C-614/10 (*Commissie v. Oostenrijk*).<sup>1441</sup> Het Hof van Justitie stelt daarbij dat de autoriteit functioneel onafhankelijk is aangezien haar leden “bij de uitoefening van hun functie onafhankelijk zijn en door geen enkele instructie zijn gebonden”.<sup>1442</sup> Dit is volgens het Hof een noodzakelijke voorwaarde opdat die autoriteit aan het criterium van onafhankelijkheid in de zin van artikel 28, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 95/46 kan voldoen. Doch, anders dan de Republiek Oostenrijk betoogt, **volstaat** een dergelijke **functionele onafhankelijkheid** als zodanig **niet** om die toezichthoudende autoriteit voor elke beïnvloeding van buitenaf te behoeden.<sup>1443</sup> Met volledige onafhankelijkheid wordt immers niet alleen beoogd rechtstreekse beïnvloeding – in de vorm van instructies – uit te sluiten, maar tevens, elke vorm van indirecte beïnvloeding die de beslissingen van de toezichthoudende autoriteit zou kunnen sturen.<sup>1444</sup> GROENLEER en LAVRIJSEN stellen dat dit bijvoorbeeld kan impliceren dat het vaststellen van algemene regels door een ministerie in strijd zou kunnen zijn met deze

---

<sup>1438</sup> Overweging 34: “Er kan echter niet worden uitgesloten dat de instanties die belast zijn met het overheidstoezicht, die tot het algemene bestuursapparaat behoren en dus ressorteren onder de regering van hun respectieve Land, niet objectief kunnen handelen wanneer zij de bepalingen inzake de verwerking van persoonsgegevens uitleggen en toepassen; Overweging 35: “Zoals de ETGB in zijn opmerkingen uiteenzet, kan de regering van het betrokken Land er immers belang bij hebben dat de bepalingen inzake de bescherming van natuurlijke personen bij de verwerking van persoonsgegevens niet worden nageleefd wanneer het om de verwerking van deze gegevens door de niet-publieke sector gaat. Deze regering kan zelf bij deze verwerking betrokken zijn indien zij daaraan deelneemt of zou kunnen deelnemen, bijvoorbeeld bij een publiek-private samenwerking of in het kader van overheidsopdrachten met de particuliere sector. Deze regering kan ook een bijzonder belang hebben indien toegang tot gegevensbestanden voor haar noodzakelijk of zelfs gewoon nuttig is om bepaalde van haar taken te vervullen [...]”; Overweging 36: “Bovendien moet worden benadrukt dat het loutere gevaar dat de instanties die belast zijn met het overheidstoezicht, een politieke invloed kunnen uitoefenen op de beslissingen van de toezichthoudende autoriteiten, volstaat om de onafhankelijke vervulling van de taken van deze autoriteiten te hinderen [...]”

<sup>1439</sup> Overweging 37: “Gelet op het voorgaande dient te worden vastgesteld dat het overheidstoezicht op de Duitse autoriteiten die belast zijn met het toezicht op de verwerking van persoonsgegevens in de niet-publieke sector, niet verenigbaar is met het vereiste van onafhankelijkheid zoals dit in punt 30 van het onderhavige arrest is beschreven”.

<sup>1440</sup> M. GROENLEER en S. LAVRIJSEN, “De onafhankelijkheid van toezichthouders: De zaak Europese Commissie/Oostenrijk” (noot onder HvJ 16 oktober 2012, nr. C-614/10), *Jurisprudentie Bescherming Persoonsgegevens* (JBP) 2013, (29) 32.

<sup>1441</sup> HvJ 16 oktober 2012, nr. C-614/10, ECLI:EU:C:2012:631.

<sup>1442</sup> Overw. 42.

<sup>1443</sup> Overw. 42. Zoals nadien ook herhaald in overweging 52 bij de zaak HvJ 8 april 2014, nr. C-288/12, ECLI:EU:C:2014:237.

<sup>1444</sup> Overw. 43.

onafhankelijkheidsvereiste indien deze regels gevolgen hebben voor specifieke gevallen.<sup>1445</sup>

**447.** OTTOW vraagt zich af welke gevolgen de rechtspraak van het Hof van Justitie heeft voor de telecom- en energieregulatoren.<sup>1446</sup> Zoals de auteur terecht opmerkt zijn de bewoordingen in de privacyrichtlijn en de energierichtlijnen ten aanzien van de onafhankelijkheid inderdaad verschillend. Zo spreken de energierichtlijnen over "geen directe instructies verlangen of ontvangen". In Nederland wordt aangenomen dat de bevoegde minister wel algemene instructies (beleidsregels) mag uitvaardigen aan de betrokken toezichthouder, doch dat hij zich dient te onthouden van enige bemoeienis in individuele zaken. OTTOW vraagt zich af of een dergelijke, algemene bemoeienis al te ver gaat in het licht van de overwegingen van het Hof van Justitie? De vraag dient dus gesteld te worden of het Hof van Justitie ook voor de energierichtlijnen een stap verder zal gaan en zal oordelen dat zelfs *indirecte beïnvloeding of indirecte instructies* niet acceptabel zijn?

**448.** Om daarop te kunnen antwoorden moet eerst worden nagegaan wat er nu precies verstaan wordt onder de term "instructies". In de Interpretatieve Nota geeft de Europese Commissie de definitie van de term "instructie" als volgt weer:

"The new legislation also prohibits the NRA's staff and the persons responsible for its management from seeking or taking direct instructions from any government or other public or private entity. This provision aims to tackle the situation where someone working for the NRA is seeking or taking direct instructions. According to the Commission's services, this provision also implies that it is forbidden for anyone to give such instructions. **An instruction in this context is any action calling for compliance and/or trying to improperly influence an NRA decision and thus includes the use of pressure of any kind on NRA's staff or on the persons responsible for its management**".<sup>1447</sup>

**449.** De Interpretatieve Nota spreekt met andere woorden over elke actie die een beslissing van de regulator op een incorrecte manier tracht te beïnvloeden. De Nota verduidelijkt evenwel niet wat het verschil is tussen een directe en indirecte instructie. In Nederland gaat men ervan uit dat directe instructies betrekking hebben op individuele beslissingen en indirecte instructies op algemene beleidsregels.<sup>1448</sup> Directe instructies zijn duidelijk verboden door de energierichtlijnen. Indirecte, algemene beleidsregels of richtsnoeren zijn dan weer duidelijk toegestaan aangezien de energierichtlijnen uitdrukkelijk bepalen

<sup>1445</sup> M. GROENLEER en S. LAVRIJSEN, "De onafhankelijkheid van toezichthouders: De zaak Europese Commissie/Oostenrijk" (noot onder HvJ 16 oktober 2012, nr. C-614/10), *JBP* 2013, (29) 32; zie ook S. LAVRIJSEN, "Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU perspectief", *RegelMaat* 2015, afl. 3, (182) 190.

<sup>1446</sup> A. OTTOW, "Onafhankelijkheid van toezichthouders" (noot onder HvJ 9 maart 2010, nr. C-518/07), *Tijdschrift voor Toezicht* 2010, afl. 3, (78) 86.

<sup>1447</sup> Interpretatieve Nota, 7.

<sup>1448</sup> Zie o.a. A. OTTOW, "Onafhankelijkheid van toezichthouders" (noot onder HvJ 9 maart 2010, nr. C-518/07), *Tijdschrift voor Toezicht* 2010, afl. 3, (78) 86, M. AELEN, *Beginnelsen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 262.

dat “de toepassing van algemene beleidsrichtsnoeren van de overheid die **geen verband houden met de in artikel 37 genoemde reguleringstaken**, [...] door dit voorschrift onverlet [worden] gelaten”. Hier zit dan ook het verschil met de “volledige onafhankelijkheid”.<sup>1449</sup> Maar wat met ((in)directe?) **specifieke, technische** beleidsregels of richtsnoeren die betrekking hebben op de regulerende taken van de energieregulatoren? Dergelijke beleidsregels of richtsnoeren beïnvloeden wel degelijk individuele beslissingen en lijken daardoor ook uitgesloten door artikel 35(4)(b)(ii).<sup>1450</sup> Specifieke, technische richtsnoeren zijn bijgevolg niet mogelijk. Ook Belgische Raad van State volgt deze interpretatie en stelt dat sommige richtsnoeren in de Elektriciteitswet ontworpen waren als bindende instructies voor de CREG, die meer bevatten dan algemene beleidsoriëntaties, en integendeel betrekking hebben op specifieke elementen van de tariefmethodologie.<sup>1451</sup> Ook VANDEN BORRE stelt dat enkel algemene richtsnoeren mogelijk zijn, en niet richtsnoeren die betrekking hebben op de regulerende taken van de regulator.<sup>1452</sup> Ook OTTOW en LAVRIJSSEN stellen dat:

“It is provided that policy rules or government instructions may not deal with how the regulators exercise **their regulatory powers**. It could however be argued that a reasonable interpretation entails that policy guidelines may relate to policy choices that are so general that they do not cause clear controversies among the different market players and do not have direct economic consequences for the different stakeholders. In that line of thinking one can think of the choice, that the NRAs should secure a minimum level of network security, the promotion of environmental and climate goals, and a minimum level of infrastructure investments when exercising their powers.

<sup>1449</sup> Het verschil tussen de volledige onafhankelijkheid bij gegevensbeschermingsautoriteiten en de specifieke onafhankelijkheidsregels bij de energieregulatoren vloeit volgens LAVRIJSSEN, OTTOW en AELEN voort uit de aard van de privacy-materie en de daarmee samenhangende bescherming van fundamentele rechten en vrijheden van natuurlijke personen (S. LAVRIJSSEN, “Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU perspectief”, *RegelMaat* 2015, afl. 3, (182) 190; Zie o.a. A. OTTOW, “Onafhankelijkheid van toezichthouders” (noot onder HvJ 9 maart 2010, nr. C-518/07), *Tijdschrift voor Toezicht* 2010, afl. 3, (78) 86). De onafhankelijkheid met betrekking tot de gegevensbescherming ligt dan ook vervat in artikel 8, lid 3 van het Europees Handvest van de Grondrechten en artikel 16, lid 2 VWEU). Het te behartigen belang is volgens AELEN eenduidiger en meetbaar, waardoor overheidsbemoedigen vanuit een legitimiteitsperspectief in mindere mate verlangd wordt. Dit is anders zijn bij economische toezichthouders, waarbij de fundamentele rechten en vrijheden minder of in het geheel niet spelen. Voor die toezichthouders zouden algemene beleidsregels dus mogelijk moeten zijn (M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 247). Ook in het arrest Schrems (HvJ 6 oktober 2015, nr. C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650) beklemtoont het Hof de link tussen de onafhankelijkheid van de toezichthouder en de aard van de bevoegdheden. In overweging 41 stelt het Hof: “De waarborg van onafhankelijkheid van de nationale toezichthoudende autoriteiten beoogt de doeltreffendheid en de betrouwbaarheid van het toezicht op de naleving van de bepalingen inzake de bescherming van natuurlijke personen bij de verwerking van persoonsgegevens te verzekeren en moet tegen de achtergrond van deze doelstelling worden uitgelegd. Deze waarborg moet zorgen voor een betere bescherming van de personen en instanties waarop de beslissingen van deze autoriteiten betrekking hebben. Zoals erop is gewezen in overweging 62 van richtlijn 95/46 is de instelling van onafhankelijke toezichthoudende autoriteiten in de lidstaten dus van wezenlijk belang voor de eerbiediging van de bescherming van personen bij de verwerking van persoonsgegevens”.

<sup>1450</sup> ii) “bij het verrichten van de reguleringstaken geen directe instructies verlangen of ontvangen van regeringen of andere publieke of particuliere entiteiten. Eventuele nauwe samenwerking met andere bevoegde nationale instanties of de toepassing van algemene beleidsrichtsnoeren van de overheid die geen verband houden met de in artikel 37 genoemde reguleringstaken, worden door dit voorschrift onverlet gelaten”. *A contrario*: algemene beleidsrichtsnoeren die verband houden met de in artikel 37 genoemde reguleringstaken worden door dit voorschrift *niet* onverlet gelaten en vormen dus mogelijk direct instructies.

<sup>1451</sup> Zie verder in dit hoofdstuk bij het onderdeel richtsnoeren, en de parlementaire voorbereiding: Adv.RvS. nr. 49 570/3 van 31 mei 2011 bij het wetsonderwerp tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, 1725/001, 285. De Raad van State stelt in dit advies bij de wet van 8 januari 2012 dat de richtsnoeren bepaald in de ontworpen artikelen 12, § 14, en 12bis, § 14, van de Elektriciteitswet bedoeld zijn als bindende instructies voor de CREG. Het komt de Raad van State voor dat een aantal richtsnoeren meer bevatten dan algemene beleidsoriëntaties, en integendeel betrekking hebben op specifieke elementen van de tariefmethodologie.

<sup>1452</sup> Zie T. VANDEN BORRE, “De omzetting van de bepalingen inzake de onafhankelijke regulator – Op weg naar Luxemburg?” in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX, *Jaarboek Energierecht 2010*, Antwerpen, Intersentia, (79) 114.

However, the choice for a specific tariff method, the design of regulatory remedies, and the trade-off between different regulatory objectives, is the responsibility of the NRAs".<sup>1453</sup>

450. Geconcludeerd kan worden dat de arresten van het Hof van Justitie duidelijk maken dat bij gegevensbeschermingsautoriteiten volledige onafhankelijkheid betrekking heeft op zowel directe als indirecte instructies, terwijl bij energieregulatoren de onafhankelijkheid enkel lijkt te slaan op directe instructies. Algemeen geformuleerde beleidsregels of richtsnoeren zijn en blijven mogelijk. Wanneer evenwel de beleidsregels of richtsnoeren dermate specifiek en technisch geformuleerd zijn (en dus betrekking hebben op de uitoefening van hun regulerende taken), zijn deze niet in overeenstemming met de onafhankelijkheid van de energieregulatoren. Aangezien het bovendien niet uit te sluiten valt dat het Hof van Justitie ook bij energieregulatoren in de toekomst streng zal toetsen,<sup>1454</sup> dienen de regering, de minister en het parlement zich bijgevolg uiterst **terughoudend** op te stellen bij het formuleren van richtsnoeren.<sup>1455</sup>

### 3. Verschillende elementen van onafhankelijkheid

451. De onafhankelijkheid bij energieregulatoren is onmiskenbaar een complex begrip. In dit onderzoek wordt daarom eerst en vooral een onderscheid gemaakt tussen de formele (*de jure*) en de feitelijke (*de facto*) onafhankelijkheid van de energieregulatoren.<sup>1456</sup> De formele onafhankelijkheid heeft betrekking op de onafhankelijkheid van de energieregulator op basis van het recht.<sup>1457</sup> Het is de kernfactor die men in overweging dient te nemen wanneer men bekijkt *waarom* juist de beslissing werd genomen om bepaalde bevoegdheden te delegeren aan onafhankelijke regulerende instanties. De formele onafhankelijkheid is immers gelinkt aan de intenties van de beleidsmakers die betrekking hebben op het creëren van een tijdsconsistent en op kennis gebaseerd energiebeleid. Deze *de jure* onafhankelijkheid is bijgevolg gekoppeld aan de achterliggende *redenen* tot het delegeren van bevoegdheden aan de regulatoren.<sup>1458</sup> De formele onafhankelijkheidswaarborgen en de *ratio legis*

<sup>1453</sup> S. LAVRIJSSEN en A. OTTOW, "Independent Supervisory Authorities; A Fragile Concept", *Legal Issues of Economic Integration* 2012, (419) 436.

<sup>1454</sup> LAVRIJSSEN en OTTOW wijzen op de teleologische interpretatie gehanteerd door het Hof van Justitie, zie S. LAVRIJSSEN, "Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU perspectief", *RegelMaat* 2015, afl. 3, (182) 191 en S. LAVRIJSSEN en A. OTTOW, "Independent Supervisory Authorities; A Fragile Concept", *Legal Issues of Economic Integration* 2012, (419) 422 en 437.

<sup>1455</sup> T. VANDEN BORRE, "De omzetting van de bepalingen inzake de onafhankelijke regulator – Op weg naar Luxemburg?" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX, *Jaarboek Energierecht 2010*, Antwerpen, Intersentia, (79) 125; A. OTTOW, "Onafhankelijkheid van toezichthouders" (noot onder HvJ 9 maart 2010, nr. C-518/07), *Tijdschrift voor Toezicht* 2010, afl. 3, (78) 86: "Ministers dienen met hun betrokkenheid bij onafhankelijke toezichthouders in elk geval op hun hoede te zijn".

<sup>1456</sup> F. GILARDI, *Delegation in the regulatory state: independent regulatory agencies in Western Europe*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008; M. MAGGETTI, *Regulation in practice. The de facto independence of regulatory agencies*, Colchester, ECPR Press 2012, 35-39.

<sup>1457</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 217.

<sup>1458</sup> F. GILARDI, en M. MAGGETTI, "The independence of regulatory authorities" in D. LEVI-FAUR, *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, (201) 210.

liggen vervat in de voorbereidende parlementaire documenten en in de Europese en Belgische wetgeving.<sup>1459</sup>

De term “feitelijke” of *de facto* onafhankelijkheid is eveneens een overkoepelende term en heeft betrekking op in hoeverre de energieregulator in de praktijk onafhankelijk is.<sup>1460</sup> De formele onafhankelijkheid valt te onderscheiden van deze *de facto* onafhankelijkheid van de energieregulator. De *de facto* onafhankelijkheid heeft immers betrekking op “the regulatory action of IRAs after delegation [and] characterizes the effective independence of agencies as they manage day-to-day regulatory actions.”<sup>1461</sup> Het gaat met andere woorden over de dagdagelijkse acties en handelingen van de energieregulators in de praktijk. De formele onafhankelijkheid zoals ingeschreven in de wetgeving zegt immers niet alles over de daadwerkelijke onafhankelijkheid van de energieregulators ten aanzien van zowel de marktspelers als de politieke spelers. De *de facto* onafhankelijkheid toont aan op welke manier de energieregulators hun formele onafhankelijkheid in de praktijk invullen. Het gaat daarbij o.a. om de mate waarin sprake is van ‘revolving doors’,<sup>1462</sup> de mate van contacten tussen politici en marktregulator, alsook de feitelijke invloed van de regering op budget en interne organisatie van de marktregulator. Ook de mate van politieke benoemingen en de daadwerkelijke invloed van de regering op de regulering spelen een rol.<sup>1463</sup>

**452.** Uit onderzoek zou blijken dat de formele onafhankelijkheid noch een noodzakelijke voorwaarde noch een voldoende voorwaarde zou zijn voor de feitelijke onafhankelijkheid. De mate van feitelijke onafhankelijkheid hangt volgens de auteur van het onderzoek immers voornamelijk af van institutionele

---

<sup>1459</sup> De formele onafhankelijkheidsvereisten zijn terug te vinden in artikel 35(4) richtlijn 2009/72/EG en artikel 39(4) richtlijn 2009/73/EG: “[...] juridisch gescheiden en functioneel onafhankelijk is van enige andere publieke of particuliere entiteit; b) ervoor zorgt dat haar personeel en de personen die belast zijn met haar beheer: i) onafhankelijk zijn van marktbelangen, en ii) bij het verrichten van de reguleringsstaken geen directe instructies verlangen of ontvangen van regeringen of andere publieke of particuliere entiteiten. Eventuele nauwe samenwerking met andere bevoegde nationale instanties of de toepassing van algemene beleidsrichtsnoeren van de overheid die geen verband houden met de in artikel 37 genoemde reguleringsstaken, worden door dit voorschrift onverlet gelaten. 5. Om de onafhankelijkheid van de regulerende instantie te beschermen, waken de lidstaten er met name over dat: a) de regulerende instantie zelfstandig besluiten kan nemen, onafhankelijk van enig politiek orgaan, afzonderlijke jaarlijkse begrotingstoewijzingen ontvangt, zodat zij over autonomie beschikt bij de uitvoering van de toegewezen begroting, en de adequate personele en financiële middelen heeft om haar taken uit te voeren, en b) de leden van het bestuur van de regulerende instantie, of bij afwezigheid van een bestuur, de hogere leiding van de regulerende instantie, worden aangesteld voor een vaste termijn van vijf tot zeven jaar, die eenmaal kan worden verlengd. In verband met punt b) van de eerste alinea, voorzien de lidstaten in een adequaat rouleringsschema voor het bestuur of de hogere leiding. De leden van het bestuur, of bij afwezigheid van een bestuur, de leden van de hogere leiding, mogen in die termijn uitsluitend van hun ambt worden ontheven als ze niet langer voldoen aan de in dit artikel omschreven voorwaarden of volgens de nationale wetgeving schuldig zijn geweest aan wangedrag”.

<sup>1460</sup> K. VERHOEST en J. ROMMEL, “Autonomie van sectorale regulators in Europees perspectief: een bestuurskundige invalshoek”, *TvW* 2014, afl. 1, (22) 24; M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 217.

<sup>1461</sup> M. MAGGETTI, *Regulation in practice. The de facto independence of regulatory agencies*, Colchester, ECPR Press 2012, 38.

<sup>1462</sup> Er is sprake van *revolving doors* wanneer personen achtereenvolgens functies waarnemen in de politiek of administratie en de marktregulator, zie K. VERHOEST en J. ROMMEL, “Autonomie van sectorale regulators in Europees perspectief: een bestuurskundige invalshoek”, *TvW* 2014, afl. 1, (22) 24.

<sup>1463</sup> M. MAGGETTI, *Regulation in practice. The de facto independence of regulatory agencies*, Colchester, ECPR Press 2012, 35-36 en 39; K. VERHOEST en J. ROMMEL, “Autonomie van sectorale regulators in Europees perspectief: een bestuurskundige invalshoek”, *TvW* 2014, afl. 1, (22) 24.

en organisatorische variabelen.<sup>1464</sup> Het onderzoek van MAGGETTI naar *de facto* onafhankelijkheid werd evenwel uitgevoerd binnen het domein van de politieke wetenschappen.<sup>1465</sup> In dit juridisch onderzoek wordt eerder de klemtoon gelegd op de formeel juridische aspecten van de onafhankelijkheid van energieregulatoren, hoewel praktische en feitelijke voorbeelden evenzeer ter sprake zullen komen. Formele onafhankelijkheid is dan ook zeker een belangrijke voorwaarde.<sup>1466</sup> Formele onafhankelijkheid kan namelijk bijdragen tot de *de facto* onafhankelijkheid aangezien *de jure* ook kan worden ingegrepen op institutionele of organisatorische factoren. De kans is dan ook veel groter dat wanneer de juridische voorschriften inzake de onafhankelijkheid in detail worden geformuleerd de ruimte wordt gereduceerd om er in de praktijk van af te wijken. Sterke formeel juridische onafhankelijkheidsvereisten in de wetgeving zijn immers ook in de praktijk afdwingbaar door de regulatoren. Als er een sterk juridisch kader aanwezig is zal bijgevolg de kans kleiner zijn dat de politieke spelers de feitelijke onafhankelijkheid van de regulatoren zullen trachten te beknotten (aangezien dit juridisch kan getoetst worden). Zoals HANRETTY *et al.* stellen resulteert elke verbetering van de *de jure* onafhankelijkheidsvereisten in een verbetering van de *de facto* onafhankelijkheid.<sup>1467</sup>

**453.** In dit onderzoek wordt ook een opdeling gemaakt tussen de verschillende elementen van de onafhankelijkheid van de energieregulatoren: functionele of operationele onafhankelijkheid, institutionele onafhankelijkheid, personele onafhankelijkheid en financiële onafhankelijkheid.<sup>1468</sup> In dit hoofdstuk wordt elk element achtereenvolgens besproken, waarbij telkens wordt ingegaan op de formele en feitelijk aspecten die ermee verband houden. Eerst wordt evenwel ingegaan op het belang van politieke onafhankelijkheid.

## **D. ONAFHANKELIJKHEID TEN AANZIEN VAN DE REGERING, DE MINISTER EN HET PARLEMENT**

### **1. Inleiding**

**454.** Verschillende krantenkoppen in België liegen er niet om: de onafhankelijkheid van de energieregulatoren wordt druk becommentarieerd en bediscussieerd. Zo titelden diverse Belgische kranten de afgelopen jaren hun berichtgeving als volgt: "Europese Commissie bezorgd over Belgische

---

<sup>1464</sup> M. MAGGETTI, *Regulation in practice. The de facto independence of regulatory agencies*, Colchester, ECPR Press 2012, 4.

<sup>1465</sup> C. HANRETTY, P. LAROUCHE en A. REINDLE, "Independence, accountability and perceived quality of regulators", *CERRE* (Centre on Regulation in Europe) 2012, 23.

<sup>1466</sup> M. AELEN, "Beginselen van goed toezicht: het onafhankelijkheidsbeginsel", *Tijdschrift voor Toezicht* 2015, afl. 2, (15) 19.

<sup>1467</sup> C. HANRETTY, P. LAROUCHE en A. REINDLE, "Independence, accountability and perceived quality of regulators", *CERRE* (Centre on Regulation in Europe) 2012, 23.

<sup>1468</sup> R. SMITS, "Central Bank Independence and Accountability in the Light of EMU" in M. GIOVANOLI (ed.), *International Monetary Law. Issues for the New Millennium*, New York, Oxford University Press, 2000, 245-266; Zie ook: B. VAN DER MEULEN en A. OTTOW, "Toezicht op markten", VAR-reeks 130, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers 2004, 52; M. SCHOLTEN, "Independent, hence unaccountable? The Need for a Broader Debate on Accountability of the Executive", *Review of European Administrative Law* 2011, (5) 6 en 10.

energiecumuls" (De Morgen en De Tijd, 2007);<sup>1469</sup> "Onafhankelijke Creg loopt op laatste benen" (De Standaard, 2013);<sup>1470</sup> "De VREG stevent af op forse aanvaring met Vlaamse regering. Distributienettarief lijkt meer en meer op taks" (De Standaard, 2015);<sup>1471</sup> "Afscheid in mineur. Interview met Andre Pictoel, topman van de VREG" (De Standaard, 2015).<sup>1472</sup> Hieruit blijkt dat het debat inzake de onafhankelijkheid van de energieregulatoren geenszins een louter theoretisch leerstuk is.

**455.** In dit onderdeel wordt teruggekoppeld naar voorgaande, eerder beschrijvende kaders en wordt nagegaan op welke manier dit juridisch kader in de praktijk vorm krijgt.<sup>1473</sup> Zo wordt nagegaan hoe de onafhankelijkheidsvereisten uit de Europese liberaliseringsrichtlijnen en de nationale wetgeving in de praktijk worden ingevuld. De structuur die hiervoor gebruikt wordt hangt samen met de verschillende elementen van de onafhankelijkheid: de institutionele, de personele, de operationele en de financiële onafhankelijkheid. De analyse spitst zich specifiek toe op zowel de formeel juridische als de feitelijke relatie tussen de energieregulatoren en de regering, de individuele minister bevoegd voor energie en het parlement.<sup>1474</sup>

**456.** Eerst en vooral is het daarbij belangrijk om te beklemtonen **waarom** het nu net zo belangrijk is dat een energieregulator op zoveel verschillende gebieden onafhankelijk moet zijn van de politieke spelers. Wat zijn de ontstaansredenen voor de politieke onafhankelijkheid?

## **2. Ontstaansredenen politieke onafhankelijkheid**

**457.** Onafhankelijke regulerende instanties werden in grote en belangrijke mate opgericht door de Europese liberaliseringsimpuls. Denk maar aan de telecom- en energieregulatoren. Sommige onafhankelijke regulatoren zagen echter reeds het licht vóór de Europese liberaliseringsrichtlijnen. Zo voerde de Britse eerste minister Margaret THATCHER reeds in de jaren tachtig een liberalisering en privatisering door van verschillende monopolistische sectoren, waaronder de energiesector. Daarbij werd in 1986 het "Office of Gas Supply" (OFGAS) opgericht, onder de "Gas Act" van 1986.<sup>1475</sup> In 1989, onder de

---

<sup>1469</sup> X, "Europese Commissie bezorgd over Belgische energiecumuls PS'er Fauconnier", *De Tijd*, 11 december 2007, X, "Commissie bezorgd over energiecumuls PS'er Fauconnier", *De Morgen*, 11 december 2007.

<sup>1470</sup> P. SERTYN, "Onafhankelijke Creg loopt op laatste benen", *De Standaard*, 4 januari 2013.

<sup>1471</sup> P. SERTYN, "De VREG stevent af op forse aanvaring met Vlaamse regering. Distributienettarief lijkt meer en meer op taks", *De Standaard*, 8 juni 2015.

<sup>1472</sup> P. SERTYN, "Afscheid in mineur", *De Standaard*, 13 juni 2015.

<sup>1473</sup> Zie hoofdstuk 1 en 2 met betrekking tot de Europese liberaliseringsrichtlijnen en het wetgevend kader inzake de energieregulatoren in België.

<sup>1474</sup> De relatie met de marktspelers komt niet aan bod omwille van het feit dat dit niet de kern van dit onderzoek uitmaakt. De focus heeft betrekking op de politieke onafhankelijkheidsvereisten uit het derde pakket liberaliseringsrichtlijnen.

<sup>1475</sup> An Act to provide for the appointment and functions of a Director General of Gas Supply and the establishment and functions of a Gas Consumers' Council; to abolish the privilege conferred on the British Gas Corporation by section 29 of the Gas Act 1972; to make new provision with respect to the supply of gas through pipes and certain related matters; to provide for the vesting of the property, rights and liabilities of the British Gas Corporation in a company nominated by the Secretary of State and the subsequent dissolution of that Corporation; to make provision with respect to, and to



"Electricity Act", werd het "Office of Electricity Regulation" (OFFER) opgericht.<sup>1476</sup> In 1999 werden beide regulatoren samengevoegd tot de huidige energieregulator: "the Office of Gas and Electricity Markets (OFGEM)". De oprichting van politiek onafhankelijke instanties vloeide bijgevolg niet enkel en alleen voort uit "Europese druk".<sup>1477</sup> Ook SPYRELLI stelt vast dat in de telecom sector reeds voor de Europese liberaliseringsgolf regulatoren aanwezig waren: "Based on the social principle of public interest and economic objectives, countries have developed divergent regulatory schemes, which were under the operation of governments for quite a long period". De auteur stelt vast dat deze regulatoren stelselmatig een meer onafhankelijke status kregen ook zonder invloed vanuit de EU: "over the time, policy, regulation and operational practices have been identified as **separate**, though interrelated, mechanisms, which have to be undertaken by **different** bodies. On this basis, national regulatory authorities (NRAs) emerged". Dit wil echter niet zeggen dat de diverse nationale regulatoren ook op uniforme wijze werden ingesteld in de verschillende landen: "no uniformity can be identified in the institutional structures of regulators introduced on worldwide basis. The underlying reason is that different political imperatives, institutional endowments and administrative practices have led to the development of abundant types".<sup>1478</sup> Hoewel er duidelijke institutionele verschillen aanwezig waren, bleek echter ook dat de noodzaak aan politieke onafhankelijkheid meer en meer aanvaard binnen Europa.<sup>1479</sup> Zo stelt DE SOMER dat It was the existence of this common feature in the law and practice of the European states that inspired the European legislator to incorporate this obligation into secondary European law. EU legislation mag have further developed and harmonized the concept, enhancing and refining the independence requirements (top-down), but the basic idea of regulation through IRAs was already widespread in the European legal order before the concept occurred in the directives. This most likely explains why the intrusion in Member States' institutional autonomy by EU legislation did not meet substantial political resistance as the EU was to a large extent codifying an existing common

---

information furnished in connection with, agreements relating to the initial supply of gas won under the authority of a petroleum production licence; and for connected purposes (Gas Act 1986), 25 juli 1986, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/44/contents>.

<sup>1476</sup> An Act to provide for the appointment and functions of a Director General of Electricity Supply and of consumers' committees for the electricity supply industry; to make new provision with respect to the supply of electricity through electric lines and the generation and transmission of electricity for such supply; to abolish the Electricity Consumers' Council and the Consultative Councils established under the Electricity Act 1947; to provide for the vesting of the property, rights and liabilities of the Electricity Boards and the Electricity Council in companies nominated by the Secretary of State and the subsequent dissolution of those Boards and that Council; to provide for the giving of financial assistance in connection with the storage and reprocessing of nuclear fuel, the treatment, storage and disposal of radioactive waste and the decommissioning of nuclear installations; to amend the Rights of Entry (Gas and Electricity Boards) Act 1954 and the Local Government (Scotland) Act 1973; and for connected purposes (Electricity Act), 27 juli 1989, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/29/contents>.

<sup>1477</sup> Zie ook S. DE SOMER, "The Europeanisation of the Law on National Independent Regulatory Authorities from a Vertical and Horizontal Perspective", *Review of European Administrative Law* 2012, afl. 5, (93) 106-107.

<sup>1478</sup> C. SPYRELLI, "Regulating the regulators? An assessment of institutional structures and procedural rules of national regulatory authorities", *International Journal of Communications Law and Policy* 2003, afl. 8, 2.

<sup>1479</sup> S. DE SOMER, "The Europeanisation of the Law on National Independent Regulatory Authorities from a Vertical and Horizontal Perspective", *Review of European Administrative Law* 2012, afl. 5, (93) 107.

practice".<sup>1480</sup> De politieke onafhankelijkheid werd dus eveneens **aanvaard op nationaal niveau**.

**458.** Met betrekking tot de achterliggende redenen voor de politieke onafhankelijkheid worden in dit onderzoek twee relevante vragen gesteld: (1) *wat* zijn de onderliggende *institutionele* redenen om onafhankelijke instanties op te richten en (2) waarom wens(t)en de wetgever en de regering een politiek onafhankelijke regulator op te richten, wetende dat dit de regulatoren op een afstand plaatst en de politieke verantwoordingsplicht beperkt?

### 2.1. Waarom deze institutionele keuze?

**459.** Waarom onafhankelijke regulerende instanties? Vier factoren spelen volgens Mark THATCHER een rol bij het verklaren van het tempo en de aard van de institutionele keuzes die werden gemaakt door de nationale en Europese regelgevers.<sup>1481</sup> Eerst en vooral stelt de auteur dat *policy learning and institutional isomorphism* voor een groot deel uitlegt waarom het *agency-model* uitgebreid voorkomt in de EU.<sup>1482</sup> Het komt erop neer dat het ene land het andere land kopieert. Overheden namen het *agency-model* over, omdat het werd gezien als een sociaal aanvaardbare oplossing of zelfs een "taken-for-granted" oplossing.<sup>1483</sup> MAGGETTI voegt hier nog aan toe dat *agencies* eveneens werden gecreëerd omdat er niet veel van hen werd verwacht (hetgeen uiteindelijk resulteerde in *agencies* die zelf hun positie trachtten te versterken).<sup>1484</sup> Dit sneeuwbaaleffect vond plaats zelfs al zijn er diverse institutionele en organisatorische verschillen tussen de uiteenlopende *agencies* in de lidstaten. Zo werd de Britse Oftel (telecomregulator) opgericht naar het Amerikaanse voorbeeld van de Federal Communications Commission. Oftel diende op zijn beurt als voorbeeld voor de Europese bepalingen inzake de nationale telecomregulatoren.<sup>1485</sup> Bovendien vergelijkt men eveneens de verschillende sectoren met elkaar, waarbij de ene al snel dient als een voorbeeld voor de andere. Dit was bijvoorbeeld het geval inzake de Europese liberaliseringsrichtlijnen waarbij de telecomregulator als voorbeeld diende voor de energieregulator.<sup>1486</sup> Een andere reden is het bestaan van een nationale

<sup>1480</sup> S. DE SOMER, "The Europeanisation of the Law on National Independent Regulatory Authorities from a Vertical and Horizontal Perspective", *Review of European Administrative Law* 2012, afl. 5, (93) 107-108.

<sup>1481</sup> M. THATCHER, "Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation", *Western European Politics* 2011, (125) 136-139; P. MAGNETTE, "The Politics of Regulation in the European Union" in D. GERADIN, R. MUNOZ en N. PETIT (eds.), *Regulation through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, (3) 6.

<sup>1482</sup> Een eerder plastische vertaling: "beleidsleren en institutionele gelijkvormigheid", de voorkeur wordt dan ook gegeven aan de oorspronkelijke Engelstalige begrippen.

<sup>1483</sup> M. MAGGETTI, *Regulation in practice. The de facto independence of regulatory agencies*, Colchester, ECPR Press 2012, 11.

<sup>1484</sup> M. MAGGETTI, *Regulation in practice. The de facto independence of regulatory agencies*, Colchester, ECPR Press 2012, 17.

<sup>1485</sup> M. THATCHER, "Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation", *Western European Politics* 2011, (125) 136.

<sup>1486</sup> P. MAGNETTE, "The Politics of Regulation in the European Union" in D. GERADIN, R. MUNOZ en N. PETIT (eds.), *Regulation through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, (3) 6.

traditie om al dan niet regulerende instanties op te richten. De compatibiliteit van de juridische cultuur van een bepaald land houdt eveneens verband met de mogelijke toekomstige aanwezigheid van onafhankelijke instanties. Dit helpt ook te verklaren waarom in sommige landen onafhankelijke instanties meer of minder snel verspreiden of in meer of mindere mate aanwezig zijn. Ten derde spelen andere mogelijke hervormingen een rol. Indien op dat moment in een land een trend inzake privatisering, liberalisering en *new public management* plaatsvond dan zal men sneller geneigd geweest zijn om onafhankelijke regulerende instanties op te richten.<sup>1487</sup> Volgens THATCHER speelt tenslotte ook de samenstelling van de regering een rol. Een regering met één enkele partij (zoals in de UK) zal sneller een onafhankelijke instantie kunnen oprichten dan een onstabiele coalitieregering (zoals bv. in Italië).<sup>1488</sup> Deze factoren speelden voornamelijk op het niveau van de lidstaten, en dienden vaak ter inspiratie voor de Europese beleidsmakers. Zo dienden de **Britse** onafhankelijke instanties, net als de **Amerikaanse**, als voorbeeld voor het instellen van onafhankelijke regulatoren in Europese regelgeving.

## 2.2. Waarom politiek onafhankelijk?

**460.** De tweede vraag is nu: "waarom wens(t)en de wetgever en de regering een politiek onafhankelijke regulator op te richten, wetende dat dit de regulatoren op een afstand plaatst en de politieke verantwoordingsplicht beperkt"?

**461.** In de economische en rechtseconomische wetenschappen wordt op deze vraag een antwoord gegeven via een *principal-agent* model.<sup>1489</sup> De creatie en de oprichting van onafhankelijke instanties wordt daarbij gezien als een institutionele keuze. Deze keuze wordt gemaakt door de principaal – zijnde de verkozen politici – waarbij zij de kosten en baten analyseren van de delegatie of attributie van bevoegdheden aan onafhankelijke instanties.<sup>1490</sup> Ze gaan over tot het delegeren of toekennen van bevoegdheden aangezien er voldoende baten zijn: de onafhankelijke instanties nemen de druk weg van de politici en lossen bijhorende problemen op.<sup>1491</sup> Deze druk en problemen waarmee verkozen politici worden geconfronteerd zijn onder andere: het nemen van beslissingen die in toenemende mate technisch en complex zijn geworden, het introduceren van onpopulaire maatregelen, het omgaan met druk uitgeoefend door internationale

---

<sup>1487</sup> P. MAGNETTE, "The Politics of Regulation in the European Union" in D. GERADIN, R. MUNOZ en N. PETIT (eds.), *Regulation through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, (3) 6.

<sup>1488</sup> M. THATCHER, "Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation", *Western European Politics* 2011, (125) 130.

<sup>1489</sup> P. MAGNETTE, "The Politics of Regulation in the European Union" in D. GERADIN, R. MUNOZ en N. PETIT (eds.), *Regulation through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, (3) 5; M. THATCHER, "Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation", *Western European Politics* 2011, (125) 129;

<sup>1490</sup> M. THATCHER, "Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation", *Western European Politics* 2011, (125) 129.

<sup>1491</sup> M. THATCHER, "Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation", *Western European Politics* 2011, (125) 130.

en supranationale organisaties, het maken van beloften omtrent het gedrag van bepaalde marktpartijen, ...

**462.** Er worden verschillende argumenten naar voren geschoven om deze "aanvaarding" van de politieke onafhankelijkheid te verduidelijken of rechtvaardigen. De meest voorkomende argumenten vloeien voort uit de hoofdzakelijk (Engelstalige) economische en politieke wetenschappen, maar komen ook naar voren in de juridische rechtsleer. Deze argumenten omvatten o.a. *credible commitment, policy expertise and efficiency, time consistency, shifting blame*,... In volgende secties zal worden ingegaan op de achterliggende redenen waarom overheden hebben beslist tot het toekennen van bevoegdheden aan politiek onafhankelijke instanties.

### 2.2.1. *Government failure, credible commitment en time consistency*

**463.** Er werd reeds kort verwezen naar 'government failure' (*supra* nr. 442). De term verwijst naar de situatie waarbij politici verleid worden om in te grijpen in de markt omwille van korte termijn overwegingen (zoals electorale belangen).<sup>1492</sup> Dit onvoorspelbare ingrijpen zorgt ervoor dat investeerders terughoudend zullen worden: zij nemen immers het risico om grote investeringen te doen die gepaard gaan met het opereren in de energiesector. Zij moeten ervan overtuigd zijn dat de regulering waarvan de winstgevendheid van hun investeringen afhangt, niet veranderd wordt door korte termijn politieke overwegingen of door een overheid die bepaalde belangen heeft als (mede)eigenaar van bepaalde energiebedrijven. Deze onzekerheid zorgt ervoor dat het correct en efficiënt functioneren van de markt verstoord wordt. Om deze redenen werden bepaalde bevoegdheden overgedragen aan een onafhankelijke regulator: men wou een afstand - *an arm's length* - creëren ten aanzien van de overheid alsook ten opzichte van de marktspelers.<sup>1493</sup> Op die manier wordt de onafhankelijkheid als kenmerk van de energieregulator een voorwaarde voor **onpartijdig** en billijk handelen. Bovendien blijkt uit onderzoek van MAJONE dat de leden van de energieregulator, als experts, meer waarde geven aan het respecteren van normen zoals rationaliteit, billijkheid en onpartijdigheid dan bijvoorbeeld politici. Deze laatste categorie gaat immers meer uit van korte termijn doelstellingen en kortstondige electorale belangen (*short-termism* and *poor credibility*).<sup>1494</sup> Hun langetermijnvisie komt daarom vaak niet overeen met hun kortetermijnvisie, waardoor ze op korte termijn misschien meer risico nemen. MAJONE stelt dan ook dat "as experts have the most to lose from a

<sup>1492</sup> K. JOHANNSEN, L. PEDERSEN en E. SORENSEN, "Independent Regulatory Authorities – a Comparative Study of European Energy Regulators", *AFK Forlaget*, 2004, 10.

<sup>1493</sup> K. JOHANNSEN, L. PEDERSEN en E. SORENSEN, "Independent Regulatory Authorities – a Comparative Study of European Energy Regulators", *AFK Forlaget*, 2004, 10.

<sup>1494</sup> G. MAJONE, "The regulatory state and its legitimacy problems", *Western European Politics* 1999, (1) 4.

ruined reputation they are less likely to cheat, simply because it is in their self-interest to protect their reputation".<sup>1495</sup>

**464.** Een gewichtige reden om bevoegdheden te delegeren aan onafhankelijke instanties is om *the credible commitment* ("de geloofwaardige toewijding") van verkozen politici te verhogen.<sup>1496</sup> "Credibility is the capacity for inspiring belief", een geloofwaardig beleid zal sneller aanvaard worden als waar of redelijk.<sup>1497</sup> *Credible commitment* houdt in dat via de onafhankelijke regulerende instanties de verkozen politici de politieke onzekerheid en de kortetermijnmandaten (*time inconsistency*) willen overstijgen door de uitvoering van hun politieke keuzes en beleid te laten voortzetten in de tijd via deze instanties.<sup>1498</sup> Ten eerste geldt dit ten aanzien van de investeerders of marktspelers, zij moeten voldoende vertrouwen erin hebben dat hun investeringen vergoed zullen worden met voldoende winst. Ten tweede geldt dit ten aanzien van de kiezers: overheden maken lange termijn beloften in ruil voor stemmen op korte termijn.<sup>1499</sup> De onafhankelijkheid van de regulerende instantie speelt bovendien een grote rol om de geloofwaardigheid te bestendigen.<sup>1500</sup> De onafhankelijkheid sluit immers **beïnvloeding** door de politieke spelers uit, waardoor opportunistische en minder rationele beslissingen worden vermeden.<sup>1501</sup>

**465.** Rationele spelers houden bovendien rekening met alle mogelijke informatie die hen op een bepaald moment ter beschikking staat, bijvoorbeeld op het moment waarop een marktspeler de beslissing neemt om al dan niet te investeren.<sup>1502</sup> Men houdt daarbij ook rekening met de lange termijn vooruitzichten en toekomstige acties van beleidsmakers. Indien bijvoorbeeld de regering of minister een bepaalde maatregel neemt om investeerders aan te trekken (op korte termijn) dan zullen rationele investeerders niet investeren indien de kans groot is dat die maatregel op (middel) lange termijn terug wordt ingetrokken.<sup>1503</sup> Langdurige **stabiliteit** en **investeringszekerheid** is nodig, zeker indien het gaat om een complexe en omvangrijke economische markt als

---

<sup>1495</sup> G. MAJONE, "Nonmajoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance: A Political Transaction-Cost Approach", *Journal of institutional and theoretical economics*, afl. 157, 62 en 63; K. JOHANNSEN, L. PEDERSEN en E. SORENSEN, "Independent Regulatory Authorities – a Comparative Study of European Energy Regulators", *AFK Forlaget*, 2004, 24; G. MAJONE, "Nonmajoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance: A Political Transaction-Cost Approach", *Journal of institutional and theoretical economics*, afl. 157, 62 en 63.

<sup>1496</sup> G. MAJONE, "The regulatory state and its legitimacy problems", *Western European Politics* 1999, (1) 4; S. LAVRIJSEN en A. OTTOW, "Independent Supervisory Authorities: A Fragile Concept", *Legal Issues of Economic Integration* 2012, afl. 4, 424; A. LARSEN, L. PEDERSEN, E. SORENSEN en J. OLSEN, "Independent Regulatory Authorities in Europe", *SESSA Conference on Regulation*, 2005, 4; M. THATCHER, "Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation", *Western European Politics* 2011, 130 en 132; F. GILARDI, "Delegation in the Regulatory State. Independent Regulatory Agencies in Western Europe", Cheltenham, Edward Elgar, 2008, 30.

<sup>1497</sup> B. DEFLOOR en F. NAERT, "How Independent are Belgian Regulators?", *CRNI* 2009, afl. 4, (355) 357.

<sup>1498</sup> F. GILARDI, *Delegation in the Regulatory State. Independent Regulatory Agencies in Western Europe*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008, 30 en 38.

<sup>1499</sup> M. THATCHER, "Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation", *Western European Politics* 2011, (125) 130.

<sup>1500</sup> F. GILARDI, "Policy credibility and delegation to independent regulatory agencies: a comparative empirical analysis", *Journal of European Public Policy* 2002, 874.

<sup>1501</sup> B. DEFLOOR en F. NAERT, "How Independent are Belgian Regulators?", *CRNI* 2009, afl. 4, (355) 358.

<sup>1502</sup> F. GILARDI, "Policy credibility and delegation to independent regulatory agencies: a comparative empirical analysis", *Journal of European Public Policy* 2002, 875.

<sup>1503</sup> B. DEFLOOR en F. NAERT, "How Independent are Belgian Regulators?", *CRNI* 2009, afl. 4, (355) 358.

de energiemarkt.<sup>1504</sup> Dat investeringszekerheid belangrijk is blijkt in België bijvoorbeeld over uit het debat met betrekking tot het langer openhouden van de kerncentrales. De beslissing om de kerncentrales Doel 1 en Doel 2 langer open te houden is een eerder korte termijn politieke beleidsbeslissing, met als voornaamste motief om de bevoorradingszekerheid te garanderen (hoewel deze noodzaak door sommigen betwist wordt<sup>1505</sup>). Vanuit de sector van de hernieuwbare energie werd scherp gereageerd.<sup>1506</sup> Deze politieke beslissing kan de investeringszekerheid van de andere (hernieuwbare) producenten in het gedrang en er zelfs voor zorgen dat de energietransitie nog trager zal verlopen. Wat de eigenlijke tarieven (een beslissing die bij de regulator ligt) betreft is het dan ook nodig dat de netbeheerders voldoende zekerheid hebben zodat zij de nodige investeringen in het netwerk kunnen blijven doorvoeren.

Geloofwaardigheid hangt bijgevolg nauw samen met de korte en lange termijn belangen. Men zal als beleidsmaker minder geloofwaardig zijn indien het beleid frequent veranderd wordt.<sup>1507</sup> Een beleid dat tijdsconsistent is, is een beleid dat zal worden blijven ondersteund zelfs indien de omstandigheden over tijd veranderen. In een traditionele democratische setting met periodieke verkiezingen is tijdsinconsistentie evenwel de regel. Nieuw verkozen partijen brengen immers vaak een nieuw beleid of nieuwe beleidsregels met zich mee.<sup>1508</sup> Vandaar dat men omwille van tijdsconsistentie kiest voor een *credible commitment* via een onafhankelijke regulerende instantie. De overheid "ties its own hands" en ook die van toekomstige beleidsmakers waardoor zij de *individuele* beslissingen niet zomaar zouden kunnen hervormen.<sup>1509</sup>

DE SOMER argumenteert dat het *time consistency* motief gebaseerd is op een eis die onverenigbaar is met een basisregel uit het publiekrecht, namelijk het veranderlijkheidsbeginsel.<sup>1510</sup> Het veranderlijkheidsbeginsel houdt in dat het bestuur zijn beleid moet kunnen wijzigen wanneer het dat opportuun acht om redenen van algemeen belang.<sup>1511</sup> Het afschermen van een specifieke materie

---

<sup>1504</sup> A. LARSEN, L. PEDERSEN, E. SORENSEN en J. OLSEN, "Independent Regulatory Authorities in Europe", SESSA Conference on Regulation, 2005, 4; G. MAJONE, "The regulatory state and its legitimacy problems", *Western European Politics* 1999, 4; M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 233.

<sup>1505</sup> W. WINCKELMANS, H. TACK en P. SERTYN, "Doel 1 en 2 niet nodig om stroombevoorrading te verzekeren", *De Standaard*, 2 december 2015, [http://www.standaard.be/cnt/dmf20151202\\_02000690](http://www.standaard.be/cnt/dmf20151202_02000690).

<sup>1506</sup> P. DE LOBEL en Wim WINCKELMANS, "Energiebedrijven snoeihard voor deal met Electrabel", *De Standaard*, 2 december 2015, [http://www.standaard.be/cnt/dmf20151201\\_01999989](http://www.standaard.be/cnt/dmf20151201_01999989); P. DE LOBEL en Wim WINCKELMANS, "Energiebedrijven niet te spreken over deal met Electrabel", *De Standaard*, 2 december 2015, [http://www.standaard.be/cnt/dmf20151201\\_02000107](http://www.standaard.be/cnt/dmf20151201_02000107); X, "Greenpeace naar Raad van State tegen akkoord Doel 1 en 2", *De Standaard*, 1 december 2015, [http://www.standaard.be/cnt/dmf20151201\\_01998748](http://www.standaard.be/cnt/dmf20151201_01998748).

<sup>1507</sup> F. GILARDI, "Policy credibility and delegation to independent regulatory agencies: a comparative empirical analysis", *Journal of European Public Policy* 2002, 876.

<sup>1508</sup> B. DEFLOOR en F. NAERT, "How Independent are Belgian Regulators?", *CRNI* 2009, afl. 4, (355) 357; A. LARSEN, L. PEDERSEN, E. SORENSEN en J. OLSEN, "Independent Regulatory Authorities in Europe", SESSA Conference on Regulation, 2005, 5.

<sup>1509</sup> A. LARSEN, L. PEDERSEN, E. SORENSEN en J. OLSEN, "Independent Regulatory Authorities in Europe", SESSA Conference on Regulation, 2005, 5.

<sup>1510</sup> S. DE SOMER, "De oprichting van zelfstandige besturen vanuit Europees rechtsvergelijkend perspectief: internationale impuls, nationale beheersingsdrang en verzoening van deze trends", *RW* 2015, afl. 14, (523) 533.

<sup>1511</sup> D. D'HOOGHE en P. DE KEYSER, "Het continuïteitsbeginsel en het veranderlijkheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK en M. VANDAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (363) 363.

van de invloed van de politiek verantwoordelijke gezagsdragers is volgens de auteur strijdig met het democratiebeginsel.<sup>1512</sup> De liberaliseringsrichtlijnen bepalen echter uitdrukkelijk dat de minister en de regering nog steeds bevoegd zijn om het *energiebeleid* vast te stellen,<sup>1513</sup> hetgeen ook inhoudt dat zij dit steeds kunnen aanpassen wanneer zij dit nodig achten. Voorbeelden zijn er voldoende: alle beslissingen inzake openbaredienstverplichtingen, de zogenaamde "Turteltaks", de beslissing tot het langer openhouden van de kerncentrales, het uitgeven van subsidies, de groenestroom- en warmtekrachtcertificaten...<sup>1514</sup> Geen enkel aspect van het energiebeleid wordt volledig afgeschermd van de politieke spelers, er is immers steeds een wetgevend en regelgevend kader nodig waarbinnen de regulator zijn taken moet uitvoeren. De regulator bepaalt zelf niet het energiebeleid. Bijgevolg blijft het energiebeleid gekenmerkt door politieke tijdsinconsistentie. Het tijdsconsistentiemotief geldt dan ook voornamelijk voor de individuele beslissingen van de regulator, waarbij zij bij elk concreet geval zorgen voor een consistente, correcte, billijke en onpartijdige toepassing van het wetgevend kader, waarbij deze beslissingen niet op een tijdsinconsistente wijze, omwille van politieke belangen, hervormd kunnen worden via het administratief toezicht. Ook de rechter zal erover waken dat de regulator consistente beslissingen neemt (*infra* nrs. 963 en 978). *Time consistency* is dan ook voornamelijk belangrijk omwille van **onpartijdigheidsredenen**. Zoals LAVRIJSSEN en OTTOW stellen:

"If investors are to make **long-term** commitments in networks and other capital-intensive industries, they need guarantees for a stable regulatory regime that is not subject to sudden changes as a consequence of opportunistic (short term) political choices. If the **application** of the legal acts is delegated to independent authorities, the legislator gives a sign to the market parties that in principle the basic **principles, provisions and goals** of the regulatory framework will be respected and **applied** in an **impartial** way".<sup>1515</sup>

Het daadwerkelijke energiebeleid zelf wordt door de regulatoren evenwel ongemoeid gelaten. Ook bij het opstellen van de tariefmethodologie en het technisch reglement geven de regulatoren (een technische) uitvoering aan een

<sup>1512</sup> S. DE SOMER, "De oprichting van verzelfstandigde besturen vanuit Europees rechtsvergelijkend perspectief: internationale impuls, nationale beheersingsdrang en verzoening van deze trends", *RW* 2015, afl. 14, (523) 533.

<sup>1513</sup> Interpretatieve Nota, 7: "The Electricity and Gas Directives do not deprive the government of the possibility of establishing and issuing its national energy policy".

<sup>1514</sup> Denk daarbij bijvoorbeeld ook aan de beslissing van minister VANDE LANOTTE en staatssecretaris WATHELET om de energieprijzen te bevriezen (het beleid rond de eindprijzen van energie voor de consument, met inbegrip van het sociaal prijsbeleid behoort tot de federale bevoegdheden; zie bv. L. HUYSMANS, "Energieprijzen bevriezen, is niet zonder gevaar", *Knack*, 17 februari 2012, <http://trends.knack.be/economie/energieprijzen-bevriezen-is-niet-zonder-gevaar/article-opinion-221645.html>). Dit, gecombineerd met de beslissingen van de Vlaamse minister om de groenestroomcertificaten onvoldoende snel af te bouwen heeft zware gevolgen gehad voor de opbouw van een historisch saldo. Een historisch saldo dat nadien door de regulator moest "opgeruimd" worden (X, "Energiefactuur tot 174 euro duurder door oude certificaten groene stroom", *De Morgen*, 13 augustus 2015, <http://www.demorgen.be/economie/energiefactuur-tot-174-euro-duurder-door-oude-certificaten-groene-stroom-b2741341/>).

<sup>1515</sup> S. LAVRIJSSEN en A. OTTOW, "The legality of independent regulatory authorities" in L. BESSELINK, F. PENNINGNS en S. PRECHAL (eds.), *The eclips of the legality principle in the European Union*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, (73) 80.

wetgevend kader.<sup>1516</sup> Daarenboven komen deze reglementen tot stand na uitvoerig overleg en consultaties van de betrokken partijen, waardoor een mogelijke schending van het democratiebeginsel gecompenseerd wordt (*infra* nrs. 1148 e.v.). Door de uitwerking van beide reglementen aan de energieregulators over te laten - waarbij de regulator enige discretionaire beleidsruimte heeft - creëert men juist een instrument dat op een snellere en efficiëntere wijze tot stand kan komen, waardoor net het **veranderlijkheidsbeginsel gewaarborgd** wordt.

### 2.2.2. *Expertise en efficiëntie*

**466.** Door de liberalisering en privatisering werden overheden meer en meer geconfronteerd met een toegenomen mate van techniciteit en complexiteit. Zaken zoals o.a. de "kosten voor interconnecties", "kapitaalkosten", "rate of return", "tariefmethodologieën", etc. vergen complexe berekeningen en een hoge mate van expertise en kennis met betrekking tot een zeer specifieke markt. Deze complexiteit zorgde ervoor dat ministers en parlement(en) niet steeds op een efficiënte en effectieve manier de markt konden reguleren. Bovendien beschikte men – o.a. door informatieasymmetrie – niet steeds over voldoende kennis en expertise terzake.<sup>1517</sup> Zoals MAGNETTE stelt kunnen onafhankelijke regulerende instanties voor de nodige expertise zorgen, tegen een lage kost en op die manier eveneens de werklast van de administratie verlagen.<sup>1518</sup> Daarenboven verhoogt men de efficiëntie van de besluitvorming – regulators kunnen sneller, flexibeler en efficiënter tot individuele technische beslissingen komen dan via de gewone wetgevingsprocedure – zeker indien men de complexe technische aard in overweging neemt.<sup>1519</sup> De expertise van de regulators draagt bijgevolg bij tot de opbouw van outputlegitimiteit. Het belang van expertise, efficiëntie en outputlegitimiteit werd in hoofdstuk 3 reeds benadrukt (*supra* nrs. 227 e.v.)

### 2.2.3. *Shifting blame*

**467.** Eind de jaren tachtig, begin jaren negentig werden de overheden in West-Europa geconfronteerd met toenemende reguleringsproblemen, o.a. door

<sup>1516</sup> L. HANCHER en P. LAROUCHE, "The coming of age of EU regulation of network industries and services of general economic interest", *TILEC Discussion Paper nr. 2010-24*, 2010, 38: "NRAs are not told simply to 'act in the public interest', rather they are given specific objectives, their tasks are defined and their powers are also set out".

<sup>1517</sup> M. THATCHER, "Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation", *Western European Politics* 2011, (125) 132; P. MAGNETTE, "The Politics of Regulation in the European Union" in D. GERADIN, R. MUNOZ en N. PETIT (eds.), *Regulation through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, (3) 6. Energieregulators worden eveneens met informatieasymmetrie geconfronteerd, zie hierover later.

<sup>1518</sup> P. MAGNETTE, "The Politics of Regulation in the European Union" in D. GERADIN, R. MUNOZ en N. PETIT (eds.), *Regulation through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, (3) 6.

<sup>1519</sup> S. LAVRIJSEN en A. OTTOW, "Independent Supervisory Authorities: A Fragile Concept", *Legal Issues of Economic Integration* 2012, afl. 4, 425; S. LAVRIJSEN en A. OTTOW, "The legality of independent regulatory authorities" in L. BESSELINK, F. PENNINGEN en S. PRECHAL (eds.), *The eclipse of the legality principle in the European Union*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, (73) 80; G. MAJONE, "The regulatory state and its legitimacy problems", *Western European Politics* 1999, 4; M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 234.



een slechtere economische situatie en marktfalen in bepaalde sectoren. Verkozen politici vreesden dat ze daardoor beslissingen moesten nemen die niet populair zouden zijn bij de kiezers.<sup>1520</sup> Het creëren van onafhankelijke regulerende instanties bood hiervoor een oplossing. *Shifting blame* houdt immers in dat politieke spelers de verantwoordelijkheid voor niet populaire of sociaal gevoelige beslissingen afschuiven op de regulerende instanties.<sup>1521</sup> THATCHER geeft bij de nutssectoren volgend voorbeeld: de privatisering van de vroegere monopoliespelers zorgde vaak voor een verhoging van de prijzen, zeker voor huishoudens. Onafhankelijke regulerende instanties – en niet de regering – waren verantwoordelijk voor de tarieven en kregen daardoor de schuld (*blame*) voor de stijging in de tarieven en prijzen.<sup>1522</sup>

#### 2.2.4. *Level playing field*

**468.** De laatste, maar misschien wel de belangrijkste reden is het creëren van een *level playing field*.<sup>1523</sup> Door het instellen van een onafhankelijke energieregulator creëert men een gelijk mate van toezicht op elke marktpartij.<sup>1524</sup> Een *level playing field* heeft bijgevolg voornamelijk betrekking op de onafhankelijkheid van de energieregulator ten aanzien van de marktspelers. Aangezien overheden eveneens optreden als marktpartij is het noodzakelijk dat de energieregulatoren eenzelfde mate van onafhankelijkheid hanteren ten aanzien van deze overheden als ten aanzien van de andere marktspelers. Zo stellen HANCHER en LAROUCHE: “the potential conflict of interest arising when the state both conducts the regulation of the sector and holds a significant interest in one of the players (the incumbent) was the main reason for the insertion of independence requirements in the directives.”<sup>1525</sup> Men wil derhalve een scheiding invoeren tussen de rol van de overheid als marktregulator en die als eigenaar of aandeelhouder van de vroegere monopoliehouder. Een neutrale scheidsrechter moet immers elke perceptie van belangenvermenging wegnemen en op die manier het vertrouwen van andere

---

<sup>1520</sup> M. THATCHER, “Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation”, *Western European Politics* 2011, (125) 131; S. ACKERMAN, “Policymaking accountability: parliamentary versus presidential systems” in D. LEVI-FAUR, *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, (171) 179.

<sup>1521</sup> P. VAN HUMBEECK, “Autonomie, onafhankelijkheid en accountability van sectorale regulatoren: economische invalshoek”, *TvW* 2014, afl. 1, (2) 4; P. MAGNETTE, “The Politics of Regulation in the European Union” in D. GERADIN, R. MUNOZ en N. PETIT (eds.), *Regulation through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, (3) 6; A. LARSEN, L. PEDERSEN, E. SORENSEN en J. OLSEN, “Independent Regulatory Authorities in Europe”, *SESSA Conference on Regulation*, 2005, 5; G. MAJONE, “The regulatory state and its legitimacy problems”, *Western European Politics* 1999, (1) 4.

<sup>1522</sup> M. THATCHER, “Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation”, *Western European Politics* 2011, (125) 131.

<sup>1523</sup> S. LAVRIJSEN en A. OTTOW, “Independent Supervisory Authorities: A Fragile Concept”, *Legal Issues of Economic Integration* 2012, afl. 4, 424; S. LAVRIJSEN en A. OTTOW, “The legality of independent regulatory authorities” in L. BESSELINK, F. PENNINGNS en S. PRECHAL (eds.), *The eclips of the legality principle in the European Union*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, (73) 79.

<sup>1524</sup> S. LAVRIJSEN en A. OTTOW, “The legality of independent regulatory authorities” in L. BESSELINK, F. PENNINGNS en S. PRECHAL (eds.), *The eclips of the legality principle in the European Union*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, (73) 79.

<sup>1525</sup> L. HANCHER en P. LAROUCHE, “The coming of age of EU regulation of network industries and services of general economic interest” in P. CRAIG en G. DE BURCA (eds.), *The evolution of EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, (743) 773.

marktpartijen in de eerlijke werking van de markt te verzekeren.<sup>1526</sup> Stelt men bovendien geen onafhankelijke energieregulator in dan resulteert dit in een overheid die zichzelf reguleert. Men dient zodoende een scheiding in te voeren tussen de rol van de overheid als marktregulator en die als beleidsmaker.<sup>1527</sup> HANCHER en LAROUCHE concluderen zelfs – terecht overigens – dat een politieke onafhankelijke regulator ook nodig is wanneer de overheid geen marktspeler zou zijn: “recent developments point towards a generalization of the conflict of interest rationale: in short, even if Member States have no direct interest in any of the market players, regulatory matters are high stake games where marketplayers will deploy considerable resources to try to influence the outcome (rent-seeking behaviour). Regulatory decisions must therefore be made in an environment which is shielded from undue influence as much as possible: this would imply transparency, independence of the decisionmaker, openness, a duty to state reasons and the possibility of review, i.e. the characteristics of a regulatory agency”.<sup>1528</sup>

### 2.3. Conclusie

**469.** Reeds in het tweede hoofdstuk van dit onderzoek werd aangetoond dat de Europese liberaliseringsrichtlijnen stelselmatig de onafhankelijkheidsvereisten ten aanzien van de energieregulators hebben uitgebreid (*supra* nrs. 81-96). De onafhankelijkheid is geëvolueerd van een loutere onafhankelijkheid ten aanzien van de marktspelers, naar een onafhankelijkheid zowel ten aanzien van de marktspelers, als ten aanzien van de politieke instanties. Dit zorgt ervoor dat het begrip een belangrijk – zo niet het belangrijkste – juridisch kenmerk is geworden van een goed functionerende energieregulator. Het begrip onafhankelijkheid heeft in dit opzicht ook in toenemende mate een meer complexe invulling gekregen. Het omvat verschillende dimensies en elementen. De dimensies hebben betrekking op de onafhankelijkheid ten aanzien van de markt; de onafhankelijkheid ten aanzien van de overheid; het nemen van autonome beslissingen; en het beschikken over organisatorische autonomie.

**470.** De nood aan (politiek) onafhankelijke energieregulators kwam er niet alleen onder Europese druk. In bepaalde landen, waaronder het UK, werden reeds regulators ingesteld door de privatisering en de liberalisering van de nationale markt. Langzaam groeide in Europa het besef dat deze regulering beter op een apolitieke manier verliep. Via een sneeuwbaaleffect werd het gedrag gekopieerd van andere staten (VS, UK,...) en sectoren (telecom,...). Waarmee energieregulators onafhankelijk moeten zijn van de politiek wordt verklaard door de noodzaak aan een geloofwaardige mate van regulering die consistent is

---

<sup>1526</sup> P. VAN HUMBEECK, “Autonomie, onafhankelijkheid en accountability van sectorale regulators: economische invalshoek”, *TvW* 2014, afl. 1, (2) 4.

<sup>1527</sup> P. VAN HUMBEECK, “Autonomie, onafhankelijkheid en accountability van sectorale regulators: economische invalshoek”, *TvW* 2014, afl. 1, (2) 4.

<sup>1528</sup> L. HANCHER en P. LAROUCHE, “The coming of age of EU regulation of network industries and services of general economic interest”, *TILEC Discussion Paper nr. 2010-24*, 2010, 37.

doorheen de tijd (*time consistency*) en gebaseerd is op expertise en efficiëntie. Op die manier kon de overheid de taken (en verantwoordelijkheid – *shifting blame*) doorschuiven naar de onafhankelijke regulatoren en werd – als meest doorslaggevend reden – in de markt een **gelijke toestand** gecreëerd voor elke marktpartij (*level playing field*).

### 3. Institutionele onafhankelijkheid

471. Het eerste element dat wordt besproken is de institutionele onafhankelijkheid van de energieregulatoren ten aanzien van de politiek. Institutionele onafhankelijkheid heeft betrekking op de organisatorische scheiding tussen energieregulatoren en andere (overheids-)instellingen of private instanties.<sup>1529</sup> Deze scheiding dient zowel juridisch als feitelijk gewaarborgd te worden.

472. Artikel 35(4)(a) van de richtlijn 2009/72/EG stelt dat energieregulatoren *juridisch gescheiden* en functioneel onafhankelijk moeten zijn van enige andere publieke of particuliere entiteit.<sup>1530</sup> De Interpretatieve Nota verduidelijkt dat *juridisch gescheiden* (legally distinct) “means that the NRA must be created as a separate and distinct legal entity from any Ministry or other government body”. De regulator moet dus gecreëerd worden als een van een ministerie of andere overheidsinstantie afzonderlijke en onderscheiden juridische entiteit.<sup>1531</sup> De Nota stelt dat de bepalingen uit de richtlijn elke hiërarchisch band tussen een energieregulator en enig ander orgaan of entiteit lijken uit te sluiten. Een energieregulator kan geen deel meer uitmaken van een ministerie. Volgens de Commissie mag de regulator, in principe, ook geen personeelsleden of bureauruimtes delen met enige publieke of private entiteit.<sup>1532</sup>

De richtlijnen geven bijgevolg geen enkele aanwijzing over hoe men precies invulling moet geven aan de bewoordingen “juridisch gescheiden”. Hierna wordt geargumenteed dat juridisch gescheiden impliceert dat de energieregulator over rechtspersoonlijkheid dient te beschikken. Dit houdt ook verband met de Interpretatieve Nota waaruit blijkt dat men *in principe* geen personeel mogen delen, en dus bij voorkeur over eigen personeel dient te beschikken. Deze bewoordingen (“sharing personnel”) zijn echter opnieuw voor interpretatie vatbaar: houdt dit in dat men niet halftijds mag tewerkgesteld zijn bij enerzijds de regulator en anderzijds enige private of publieke entiteit, of houdt dit ook in dat men niet aangesteld en gedetacheerd mag zijn vanuit de overheid/het

---

<sup>1529</sup> B. VAN DER MEULEN en A. OTTOW, “Toezicht op markten”, VAR-reeks 130, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers 2004, 54; M. THATCHER, “Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation”, *Western European Politics* 2011, (125) 127.

<sup>1530</sup> Artikel 39(4)(a) van de richtlijn 2009/73/EG.

<sup>1531</sup> Interpretatieve Nota, 6.

<sup>1532</sup> Interpretatieve Nota, 6: “These provisions thus seem to rule out any hierarchical link between the NRA and any other body or institution. Moreover, the NRA can no longer be part of a Ministry. The Commission’s services are of the opinion that e.g. sharing personnel and sharing offices between the NRA and any other (public or private) body is, in principle, not in line with Article 35(4)(a) of the Electricity Directive and Article 39(4)(a) of the Gas Directive”.

ministerie? Bovendien spreekt de Nota over "in principe" hetgeen betekent dat er van afgeweken kan worden. In dit onderzoek wordt de voorkeur gegeven aan een duidelijke (eigen) interpretatie van de Interpretatieve Nota: **rechtspersoonlijkheid** is vereist. Ook de invulling van de bewoordingen "sharing offices" uit de Interpretatieve Nota is voor interpretatie vatbaar: houdt dit in dat bureaus in eenzelfde gang of verdiep mogelijk zijn? Heeft dit al dan niet betrekking op gezamenlijke ruimtes? Ook hier wordt een eigen interpretatie aan het begrip gegeven en wordt een *aparte fysieke locatie* vereist.<sup>1533</sup> In onderstaande secties wordt kort op beide vereisten ingegaan. Daarna wordt ook kort ingegaan op een poging in de VS om de FERC af te schaffen.

### 3.1. Rechtspersoonlijkheid

**473.** Institutionele onafhankelijkheid impliceert eerst en vooral dat de energieregulatoren beschikken over een afzonderlijke rechtspersoonlijkheid. In België bezitten alle energieregulatoren rechtspersoonlijkheid.<sup>1534</sup> In Nederland is de Autoriteit Consument en Markt opgericht als een "kleine zbo", hetgeen impliceert dat de autoriteit geen rechtspersoonlijkheid heeft.<sup>1535</sup> De ACM kan bijgevolg niet optreden in rechte en heeft geen eigen budget. In de memorie van toelichting van de Instellingswet worden "het ontbreken van een noodzaak tot zelfstandige deelname van de ACM aan het vermogensrechtelijke verkeer, redenen van bedrijfsvoering en het borgen van de gewenste mate van ministeriële verantwoordelijkheid" als voornaamste redenen genoemd voor het niet toekennen van rechtspersoonlijkheid aan de ACM.<sup>1536</sup> Een gevolg van het niet hebben van rechtspersoonlijkheid is onder andere dat de mogelijkheid ontbreekt om overeenkomsten te sluiten en personeel in dienst te nemen. Het is van groot belang dat de loyaliteit van het personeel bij de Autoriteit ligt en niet bij het ministerie. Een zbo zonder eigen rechtspersoonlijkheid is afhankelijk van personeel dat in dienst is bij het desbetreffende ministerie.<sup>1537</sup> Kleine zbo's zijn wat betreft de institutionele aspecten, zeker in theorie, afhankelijker van de minister dan zbo's met eigen rechtspersoonlijkheid.

<sup>1533</sup> Ook VANDEN BORRE stelt dat aangezien de Europese Commissie van oordeel is dat dit impliceert dat het delen van personeel of van kantoren met andere overheden niet meer mogelijk is, hetgeen volgens de auteur een vrij strenge vereiste is en *suggereert dat het is aan te bevelen dat de regulator en het ministerie (al zeker dat van energie) zich niet in hetzelfde gebouw bevinden*. Minstens zal het nodig zijn dat, wanneer de regulator zich in eenzelfde gebouw bevindt als een of meerdere ministeries, de toegangsbadges voor de regulator verschillen van deze van het ministerie en omgekeerd. Zie T. VANDEN BORRE, "De omzetting van de bepalingen inzake de onafhankelijke regulator – Op weg naar Luxemburg?" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX, *Jaarboek Energierecht 2010*, Antwerpen, Intersentia, (79) 96.

<sup>1534</sup> Artikel 3.1.1, § 1 van het Energiedecreet; artikel 23, § 1 van de Elektriciteitswet; artikel 30bis, § 1 van de Elektriciteitsordonnantie en artikel 43, § 1 van het Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>1535</sup> L. SCHOUTEN en A. DE MOOR-VAN VUGT, "De onafhankelijkheid van de Autoriteit Consument en Markt", *SEW* 2015, (62) 63 en 68. Zie ook: M.P. SCHINKEL, 'Gevraagd: autoriteit met rechtspersoonlijkheid', *M&M* 2013, afl. 1, 9-12; R. DE BREE, "ACM: evolutie uit zuinigheid? Enige beschouwingen bij de totstandkoming van de Autoriteit Consument en Markt", *M&M* 2012, afl. 4, (141) 143; P. MAANDAG en E. VAN LEEUWEN, "Het nieuwe gezicht van het toezicht: de Autoriteit Consument en Markt na de Stroomlijningswet", *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* 2015, afl. 1, (4) 5.

<sup>1536</sup> *Kamerstukken II* 2011/12, 33186, 3, p. 6-7 (MvT).

<sup>1537</sup> B. VAN DER MEULEN en A. OTTOW, "Toezicht op markten", VAR-reeks 130, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers 2004, 55.

**474.** De OPTA (De Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit), die nu is ondergebracht in de Autoriteit Consument en Markt, beschikte in het verleden wel over rechtspersoonlijkheid. De redenen waarom men het belangrijk achtte dat de OPTA over rechtspersoonlijkheid beschikte was enerzijds het feit dat men vreesde dat het ontbreken van rechtspersoonlijkheid zou kunnen leiden tot twijfel over het onafhankelijk functioneren van de toezichthouders en anderzijds dat het zou kunnen leiden tot een minder duidelijke en minder werkzame verdeling van beheersmatige verantwoordelijkheden tussen de minister en de toezichthouder.<sup>1538</sup> Deze overwegingen speelden blijkbaar geen rol meer bij de creatie van de ACM.<sup>1539</sup> Men ging er immers in de parlementaire voorbereiding van uit dat rechtspersoonlijkheid "geen noodzakelijke voorwaarde is voor onafhankelijkheid".<sup>1540</sup> Feit blijft wel dat de OPTA er inzake onafhankelijkheid *de iure* op achteruit is gegaan.

De Europese richtlijnen vereisen dat de energieregulatoren juridisch gescheiden en functioneel onafhankelijk moeten zijn van enige andere publieke of particuliere entiteit. Het is volgens de Europese Commissie belangrijk dat de energieregulator zelf de verantwoordelijkheid heeft over hoe de instantie wordt bestuurd en beheerd, inclusief met betrekking tot personeel gerelateerde zaken. Er mag geen hiërarchische link bestaan tussen de regulator en een ministerie.<sup>1541</sup> Het feit dat men bij de OPTA wel opmerkte dat de onafhankelijkheid van de regulator in twijfel kon worden getrokken indien de autoriteit niet over rechtspersoonlijkheid beschikte, maar men dit bij de ACM niet doet is tegenstrijdig. Zeker indien men weet dat het budget van de ACM, zonder rechtspersoonlijkheid, wordt toegekend door de minister van Economische Zaken en dit opgenomen is in de begroting van het ministerie en dat het personeel dat werkzaam is voor de toezichthouder een aanstelling heeft bij het ministerie van Economische Zaken en ter beschikking wordt gesteld. Er kan bijgevolg moeilijk geargumenteed worden dat een hiërarchische link tussen de regulator en het ministerie volledig ontbreekt.

**475.** Natuurlijk moet opgemerkt worden dat de feitelijke onafhankelijkheid eveneens een grote rol speelt. Met andere woorden de manier waarop de energieregulator in de praktijk dagdagelijks invulling geeft aan zijn bevoegdheden kan een meer doorslaggevende rol spelen met betrekking tot de onafhankelijkheid van de energieregulator dan het louter formeel (in de wet ingeschreven) beschikken over rechtspersoonlijkheid. Immers, een energieregulator met rechtspersoonlijkheid die onder dagdagelijkse feitelijke

---

<sup>1538</sup> *Kamerstukken II 1996/97*, 25128, 3, p. 13-14 (MvT Wet onafhankelijke post) en telecomautoriteit).

<sup>1539</sup> Deze opmerking werd ook gemaakt in de parlementaire voorbereiding bij de Instellingswet ACM: "De leden van de VVD-fractie vroegen of de redenen die golden voor het wel toekennen van rechtspersoonlijkheid aan de OPTA niet meer gelden bij het instellen van ACM", zie Regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt), Nr. 6, NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG, *Kamerstukken II 2011/12*, 33.186, 6, 25 en 37.

<sup>1540</sup> *Kamerstukken II 2011/12*, 33.186, 3, p. 6-7 (MvT).

<sup>1541</sup> "Moreover, the NRA can no longer be part of a Ministry".

invloed van de overheid staat zal in de praktijk minder onafhankelijk zijn dan een energieregulator zonder rechtspersoonlijkheid die in de praktijk weinig tot niet wordt beïnvloed. Het is evenwel aannemelijk dat wanneer de regulator niet over rechtspersoonlijkheid beschikt, de beïnvloedingsmogelijkheden groter zijn.

Een voorbeeld van dergelijke discrepantie tussen de formeel neergeschreven rechtspersoonlijkheid en de uitwerking ervan in de praktijk kan bijvoorbeeld gevonden worden bij de Brusselse energieregulator Brugel. De energieregulator beschikt over een eigen rechtspersoonlijkheid (van "publiek recht", artikel 30*bis*, § 1, lid 2 Elektriciteitsordonnantie). De parlementaire voorbereiding stelt dat Brugel beschikt over een organieke zelfstandigheid en een eigen beslissingsmacht ("in tegenstelling tot een regie wiens beslissings- en handelingsbevoegdheid zich in handen van de bevoegde minister bevinden").<sup>1542</sup> Rechtspersoonlijkheid houdt eveneens in dat men de mogelijkheid heeft om eigen personeel aan te werven. Hoewel Brugel over rechtspersoonlijkheid beschikt, heeft de Brusselse regulator (momenteel nog) geen eigen personeel. Het personeel is ter beschikking gesteld door het BIM.<sup>1543</sup> Dit betekent dat zowel Brugel (met rechtspersoonlijkheid) als de ACM (zonder rechtspersoonlijkheid) *de facto* niet beschikken over eigen personeel, rechtspersoonlijkheid of niet.

**476.** Een element dat eveneens nauw verband houdt met de vereiste van rechtspersoonlijkheid is het beschikken over een eigen budget. Prioritair is evenwel de speelruimte van de regulator in de praktijk om op een vrije manier invulling te geven aan het budget. Deze vrijheid kan in de praktijk ook aanwezig zijn indien men niet beschikt over rechtspersoonlijkheid en een eigen budget. Indien de regulator echter ook formeel, via de rechtspersoonlijkheid, over een eigen budget beschikt en dit ook op een vrije manier kan invullen bereikt men natuurlijk een maximale mate van onafhankelijkheid. Beide elementen zijn dus onontbeerlijk: zowel de formele vereiste van rechtspersoonlijkheid, als de feitelijke onafhankelijkheid. Rechtspersoonlijkheid vergroot de juridisch formele onafhankelijkheid van de energieregulatoren. Het beschikken over rechtspersoonlijkheid lijkt dan ook een logische vereiste, uiteraard gecombineerd met een dagdagelijkse onafhankelijkheid. De ACM zou bijgevolg beter over rechtspersoonlijkheid beschikken om geheel conform de Europese richtlijnen te zijn.

### 3.2. Fysieke locatie

**477.** De institutionele onafhankelijkheid heeft eveneens betrekking op de fysieke onafhankelijkheid. Zo zou men bij voorkeur de energieregulatoren fysiek

---

<sup>1542</sup> Conform artikel 8, lid 2 van de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut, gecombineerd met een voogdijmechanisme. Zie *Parl. St. Bruss.*, gewone zitting, 2006-2007, A-308/1, p. 74 en 137). <http://www.weblex.irisnet.be/data/crb/doc/2010-11/120633/images.pdf> pagina 49.

<sup>1543</sup> Zie verder, het onderdeel "ontbreken van eigen personeel" en de opmerkingen aldaar met betrekking tot de veranderingen in de toekomst.

niet mogen onderbrengen in een overheidsgebouw. De instellingen moeten beschikken over een eigen, onafhankelijke setting. De VREG bevindt zich momenteel nog in het Graaf de Ferrarisgebouw, te Brussel. Het gebouw maakt deel uit van de verschillende overheidsgebouwen van de Vlaamse overheid, waar de overheidsadministratie haar werk doet. Zo bevindt het Vlaams Energieagentschap (VEA) – dat zich richt op de beleidsuitvoering en -ondersteuning van het energiebeleid in Vlaanderen – zich eveneens in het gebouw. Hoewel het uiteraard belangrijk is dat er voldoende samenwerking plaatsvindt tussen de verschillende instanties, hoort dit eerder plaats te vinden in een minder informele setting waardoor *politieke beïnvloeding* wordt uitgesloten.<sup>1544</sup> De kantoren van de CREG zijn gesitueerd in de Nijverheidsstraat in Brussel. Brugel bevindt zich in de Kunstlaan in Brussel en CWaPE heeft haar kantoren in de route de Louvain-la-Neuve in Namen.<sup>1545</sup>

### 3.3. Samenvoeging tot een superregulator

**478.** In Nederland heeft men de Autoriteit Consument en Markt (ACM) opgericht op 1 april 2013.<sup>1546</sup> De ACM is een samensmelting van de vroegere Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa, waaronder ook de DTe of de Dienst uitvoering en toezicht Elektriciteitswet), de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de Consumentenautoriteit. Ook in Duitsland heeft men de Bundesnetzagentur gecreeërd, die bevoegd is inzake elektriciteit en gas, telecom, post en spoorwegen. Ook in Spanje is er een superregulator opgericht (oktober 2013), een samenvoeging de *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* [commissie voor de telecommunicatiemarkt (CMT)], de *Comisión Nacional de la Competencia* (nationale mededingingscommissie), de *Comisión Nacional del Sector Postal* (nationale commissie voor de postsector) en de *Comisión Nacional de Energía* (nationale commissie voor energie). De nieuwe regulator *Comisión Nacional de Mercados y Competencia* ("CNMC") is bevoegd voor mededinging, telecom, energie, post, media, luchthaven diensten en de spoorwegen.<sup>1547</sup> De achterliggende redenen tot deze omvorming waren voornamelijk de schaalvergroting, maar ook financiële besparingen. De omvorming was evenwel onderhevig aan veel kritiek.<sup>1548</sup> Dit blijkt ook uit de recente conclusie van advocaat-generaal BOT van

---

<sup>1544</sup> Uit de praktijk (interviews) blijkt evenwel dat de samenwerking tussen de VREG en VEA goed verloopt en weinig aanleiding geeft tot enige nefaste (politiek gestuurde) beïnvloeding. Deze politieke beïnvloeding of sturing verloopt eerder via het kabinet van de minister (bijvoorbeeld door het instellen van maandelijkse contactmomenten tussen de minister en de gedelegeerd bestuurder van de VREG). *Vr. en Antw.* VI.Parl. 2013-2014, nr. 49/19, 2039 (Antw. op vraag nr. 276 van P. REEKMANS): Wat uw vraag betreft naar overleg met de VREG: "Eerst en vooral wijs ik er op dat mijn kabinet maandelijks overlegt met de Vlaamse energie-entiteiten en dat de VREG ook vertegenwoordigd is in de (deel)beleidsraad Energie van het beleidsdomein Leefmilieu, Natuur en Energie. Er is dus regelmatig overleg".

<sup>1545</sup> Art. 43, § 1 Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>1546</sup> Wet 28 februari 2013, houdende regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt, *Stb.* 102-2013, 21 maart 2013.

<sup>1547</sup> R. ALLENDESALAZAR, Rafael Allendesalazar, "Does Merger to Monopoly Become Efficient When it Refers to Sector Regulators and the Competition Authority?" in P. LOWE en M. MARQUIS (eds.), *European Competition Law Annual 2012. Competition, Regulation and Public Policies*, Oxford, Hart Publishing, 2014, (103) 103.

<sup>1548</sup> M. MARQUIS en V. MILUTINOVIC, "Competition, Regulation and Public Policy: An Overview" in P. LOWE en M. MARQUIS (eds.), *European Competition Law Annual 2012. Competition, Regulation and Public Policies*, Oxford, Hart Publishing, 2014, (xiii) xviii.

30 juni 2016 bij de zaak C-424/15.<sup>1549</sup> Het Hof van Justitie wordt hierbij de vraag gesteld over welke speelruimte de lidstaten beschikken bij de inrichting en herstructurering van hun nationale regelgevende instanties (NRI's), gezien de institutionele autonomie die zij ter zake genieten. In de tweede plaats wordt het Hof de vraag voorgelegd of afbreuk wordt gedaan aan de waarborg van onafhankelijkheid van een NRI wanneer de voorzitter en een bestuurslid van die NRI vóór het verstrijken van hun ambtstermijn worden ontslagen naar aanleiding van een **institutionele hervorming** waarbij deze NRI wordt samengevoegd met andere regulerende instanties. Als rechtstreeks gevolg van de samenvoeging is het mandaat van o.a. de voorzitter van de telecomregulator en een van haar bestuursleden vervroegd beëindigd, zonder dat deze **ontslagen** berusten op de in de Spaanse wet limitatief opgesomde gronden (*infra* nr. 565).

**479.** Met de eerste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de kaderrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat de in het kader van een institutionele hervorming plaatsvindende samenvoeging van een NRI met andere regulerende instanties, afbreuk doet aan de vereisten als vervat in de bepalingen van die richtlijn met betrekking tot met name de onafhankelijkheid, bekwaamheid en technische deskundigheid van die NRI. Om een antwoord te geven op deze vraag moet in feite worden nagegaan over welke speelruimte de lidstaten beschikken bij de inrichting en herstructurering van hun NRI's, gezien de institutionele autonomie die zij ter zake genieten. De advocaat-generaal stelt dat de kaderrichtlijn **geen eisen** stelt aan de **vorm** waarin een NRI moet worden gegoten. BOT **concludeert** dat de lidstaten in het kader van hun institutionele autonomie over veel speelruimte beschikken bij de inrichting en structurering van hun NRI's,<sup>1550</sup> en dat niets zich er in beginsel tegen verzet dat in de wetgeving van een lidstaat wordt voorzien in de samenvoeging van een NRI met andere regulerende organen en dat dit geheel één enkele entiteit vormt, zoals is bepaald in de Spaanse wet.<sup>1551</sup> BOT verwijst daarbij ook naar andere lidstaten.<sup>1552</sup> Bijzonder recent, op 19 oktober 2016, heeft het Hof van Justitie uitspraak gedaan in deze zaak.<sup>1553</sup> Wat de eerste prejudiciële vraag betreft stelt het Hof dat de lidstaten over een institutionele autonomie beschikken bij de organisatie en de structurering van hun NRI's. Zij dienen deze autonomie evenwel te gebruiken met volledige inachtneming van de in de richtlijn vastgelegde doelstellingen en verplichtingen<sup>1554</sup> Het Hof concludeert dan ook dat dient te worden vastgesteld de kaderrichtlijn er in beginsel niet aan in

<sup>1549</sup> Concl. Adv.Gen. BOT, bij HvJ 19 oktober 2016, nr. C-424/15, ECLI:EU:C:2016:503.

<sup>1550</sup> Concl. Adv.Gen. BOT, bij HvJ 19 oktober 2016, nr. C-424/15, ECLI:EU:C:2016:503, overw. 29 en 31.

<sup>1551</sup> Concl. Adv.Gen. BOT, bij HvJ 19 oktober 2016, nr. C-424/15, ECLI:EU:C:2016:503, overw. 29 en 31.

<sup>1552</sup> Concl. Adv.Gen. BOT, bij HvJ 19 oktober 2016, nr. C-424/15, ECLI:EU:C:2016:503, overw. 35: "Overigens vormt het Spaanse model binnen de Unie geen uitzondering. Het Groothertogdom Luxemburg en het Koninkrijk der Nederlanden hebben namelijk ook gekozen voor één enkel orgaan voor de regulering van verschillende sectoren, zoals vervoer, gas, energie, postdiensten en elektronische communicatie. In het Verenigd Koninkrijk is de dienst voor elektronische communicatie belast met het toezicht op de markt voor de televisie- en radiosector en de sector voor elektronische communicatie. In België, Griekenland, Frankrijk, Slowakije en Zweden is één enkel orgaan belast met de regelgeving voor de post- en de telecommunicatiesector".

<sup>1553</sup> HvJ 19 oktober 2016, nr. C-424/15, ECLI:EU:C:2016:780.

<sup>1554</sup> HvJ 19 oktober 2016, nr. C-424/15, ECLI:EU:C:2016:780, overw. 30.



de weg staat dat een NRI in de zin van die richtlijn wordt samengevoegd met andere nationale regelgevingsinstanties en dat dit geheel één enkele multisectoraal regelgevend lichaam vormt, op voorwaarde dat dit lichaam bij de vervulling van de taken die de kaderrichtlijn en de bijzondere richtlijnen aan de NRI's opdragen, voldoet aan de in de kaderrichtlijn gestelde voorwaarden inzake bevoegdheid, onafhankelijkheid, onpartijdigheid en transparantie, en dat tegen de besluiten die het neemt een effectief beroep kan worden ingesteld bij een lichaam dat onafhankelijk is van de betrokken partijen.<sup>1555</sup> Het Hof volgt dus hoofdzakelijk de conclusie van de advocaat-generaal.

#### 3.4. Institutionele problemen bij FERC: afschaffing?

**480.** Hoewel de FERC is opgericht binnen het *Department of Energy*, beschikt het wel degelijk, als IRA, over eigen rechtspersoonlijkheid in die zin dat FERC over een eigen budget en eigen personeel beschikt en het bovendien zelf in rechte kan optreden, zonder daarbij gebruikt te moeten maken van *Attorney's* van het *Department of Justice*. Van een geheel andere grootorde zijn evenwel de institutionele problemen waarmee FERC geconfronteerd werd begin jaren negentig. In het licht van de *National Energy Strategy* (1991)<sup>1556</sup> van President H. Bush,<sup>1557</sup> stelde de Vice President Quayle immers voor om FERC te vervangen door een "single administrator" (Natural Gas and Electricity Administration), waardoor de FERC formeel zou worden opgeheven. De *Secretary of Energy* James D. Watkins zei daarover het volgende:

"Also in title II is a proposal to establish a Natural Gas and Electricity Administration within the Department of Energy to replace the Federal Energy Regulatory Commission. This proposal was developed independently of the National Energy Strategy by the Vice President's Council on Competitiveness. It is included here because it complements the reform and streamlining of the regulatory infrastructure for the natural gas and hydroelectric power industries contained in the National Energy Strategy".<sup>1558</sup>

MCGREW stelde dat men de FERC wou opgeheven omwille van de trage werking bij de procedures gevolgd door de FERC. De auteur voert evenwel aan dat indien men de procedures en de werking wilde versnellen, het afschaffen van de regulator geen goed idee is, wel integendeel.<sup>1559</sup>

Aan FERC zelf werd in het *House Committee on Energy and Commerce, subcommittee Energy and Power* volgende vraag voorgelegd:

"Does the proposal achieve its objectives? What are the Commission's views on abolishing FERC and transferring its powers to the Secretary and the new Administration? Do you agree that the new Administration will not be an independent regulatory agency in light of the requirements, procedures and regulations provided by

<sup>1555</sup> HvJ 19 oktober 2016, nr. C-424/15, ECLI:EU:C:2016:780, overw. 36.

<sup>1556</sup> Alle zes de delen van het plan zijn online raadpleegbaar: <http://catalog.hathitrust.org/Record/003229005>, laatst geconsulteerd op 7 april 2016.

<sup>1557</sup> C. VAN ORMAN, "The National Energy Strategy-An Illusive Quest For Energy Security", *Energy Law Journal* 1992, (251) 253.

<sup>1558</sup> The Secretary of Energy, Washington, DC, March 4, 1991 to Hon. Dan Quayle, President of the Senate, Washington, DC, 102 CONG. REC. S2795, <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/F?r102:2:./temp/~r1025JF6rT:e238929>:

<sup>1559</sup> J. MCGREW, "Let's Streamline, Not Abolish FERC", *Public Utilities Fortnightly* 1992, (12) 12.

and under the Federal Power Act (FPA) and the other law administered by FERC? In light of the requirements and procedures of the basic law administered by FERC, is the absence of such independence sound for the regulated community, the States, and the general public? [...]"

**481.** FERC antwoordde dat "the transfer of FERC functions to the Secretary has the effect of terminating the Commission. [...]. The proposed new Administration would not be an independent regulatory agency. The statutory responsibility would rest with the Secretary rather than the Administrator, who would serve at the pleasure of the President and perform only such functions as the Secretary chose to assign". De Bill zou er volgens de FERC bovendien voor zorgen dat de mogelijkheid om zelf in rechte op te treden eveneens verdwijnt: "the bill would delete this independent litigation authority and amend section 502(c) of the Department of Energy Act to specify that the litigation of the Department of Energy shall be subject to the supervision of the Attorney General". Elke rechtszaak zou dan ook de toestemming nodig hebben van het Department of Justice".<sup>1560</sup>

Vervolgens werd aan de FERC de vraag gesteld of zij geconsulteerd werden over dit wetsvoorstel, waarop de FERC antwoordde: "to the best of our knowledge, neither the Chairman nor the Commission recommended a legislative proposal regarding the transfer of its functions. Its is our understanding that Chairman Allday was consulted prior to the proposal being submitted to the Congress". De toenmalige voorzitter Allday, bracht echter weinig bezwaar naar voren tegen deze toch wel bijzonder existentiële dreiging. Hij weigerde bijvoorbeeld pertinent in te gaan op vragen hieromtrent. Volgens EDLES en BREGER kwam dit onder meer omdat hij pas, ongeveer één jaar, aangesteld was als voorzitter en bovendien een goede vriend was van President H. Bush.<sup>1561</sup>

De volgende vraag die aan FERC gesteld werd had betrekking op de opinie van de FERC over de kritiek die vervat lag in een rapport van de President's Council of Competitiveness, met betrekking tot de "Problems Caused by FERC's Current Status" en de paragrafen betreffende "Benefits of Restructuring FERC". FERC stelde:

"Our nation's regulatory structure is a varied one, consisting of independent collegial bodies (such as FERC), independent or autonomous units headed by a single administrator [...] and wholly integrated executive departments [...]. There has been an ongoing debate for decades over which regulatory structure is best. For example, proponents of the single-administrator model have argued that it provides stronger leadership, clearer direction and faster decisionmaking. Those who favor executive department regulation maintain that it permits greater polity coordination and greater political accountability. Supporters of independent commissions argue that better and fairer decisions emerge from the collegial give and take among commissioners who represent diverse regions, backgrounds and philosophies and whose decisions are

---

<sup>1560</sup> Alle zes de delen van het plan zijn online raadpleegbaar: <http://catalog.hathitrust.org/Record/003229005>, laatst geconsulteerd op 7 april 2016, met daarin opgenomen: Staff Report and Analysis in Response to Chairman Dingell's May 11, 1991 Letter of Chairman Martin Allday, Chairman of FERC, National Energy Strategy, Part 6, 102 Congress 1991.

<sup>1561</sup> M. BREGER en G. EDLES, *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 203.

shielded from direct political interference. Thus, there are both advantages and disadvantages [...].”

**482.** Dit antwoord lijkt niet echt op een vurig pleidooi om de bevoegdheden in de schoot van de FERC te behouden... Nadien antwoordde de FERC evenwel daadkrachtiger door erop te wijzen dat de besluitvorming van de FERC niet noodzakelijkere trager of inefficiënter verloopt dan bij een *executive agency*, dat bijvoorbeeld onderworpen is aan OMB review:

“The independence of the Commission does not stand in the way of a coordinated national energy policy. It does not prevent the President or the Secretary from articulating a comprehensive national policy [...]. Nor does it preclude appropriate executive branch consultations and discussions with the Commission about such a policy. The Commission has a responsibility to make decisions in adjudicatory and rulemaking proceedings that are based on a public record or officially noticeable information and that are free of extraneous considerations, including partisan political pressures. [...]. These requirements, however, do not prevent the Commission from cooperating with the Congress and the Executive Branch [...]. [...]. Finally, we do not understand the basis of the Council’s claim that the Commission’s current structure hampers Congress in its performance of its oversight and legislative roles. [...]. The multiple membership of the Commission sometimes adds to the length of its decisionmaking process. The extra time that may result is part of the trade-offs that occur when members of a collegial body interact in the decisionmaking process. But we know of no studies that have compared the extra time it takes to obtain a majority vote of a collegial body to the time expended in getting approval for an important regulatory action through the various layers of an executive department and, in the case of regulations, through the OMB review process. Moreover, many argue that better decisions are produced through collegial deliberations by a group of Commissioners who represent diverse regions and philosophies than by a single administrator”.

Daarenboven wees de FERC erop dat het recentelijke (cf. eind jaren '80, begin jaren '90) reeds zelf verschillende procedurele en substantiële initiatieven had ondernomen die in dezelfde lijn lagen met het voorstel, waardoor procedures sneller en efficiënter verlopen en de kritiek dus onterecht is. Ook de voorzitter van het *House Energy and Commerce Committee* (John Dingell) als de voorzitter van het *Senate Energy Committee* (Bennett Johnston) waren tegenstander van het voorstel dat FERC zou vervangen door een *Executive Gas and Electricity Commission*.<sup>1562</sup> Ook de industrie was geen voorstander van dergelijke ontwikkeling.<sup>1563</sup> Het voorstel was uiteindelijk dan ook te zwak en te weinig onderbouwd om het gestemd te krijgen.<sup>1564</sup>

#### **4. Personele onafhankelijkheid**

##### **4.1. Algemeen**

**483.** Een volgend element van de onafhankelijkheid van de energieregulators heeft betrekking op de personele aspecten. De personele onafhankelijkheid houdt namelijk verband met de mate waarin personen die werkzaam zijn bij de energieregulator, bindingen hebben met anderen en al dan

<sup>1562</sup> L. RODGERS, “NES: A Mixed Bag Receives Mixed Reactions”, *Public Utilities Fortnightly* 1991, (36) 36.

<sup>1563</sup> J. MCGREW, “Let’s Streamline, Not Abolish FERC”, *Public Utilities Fortnightly* 1992, (12) 13.

<sup>1564</sup> M. BREGER en G. EDLES, *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 203-204.

niet beschermd zijn tegen externe druk of beïnvloeding.<sup>1565</sup> De Interpretatieve Nota beklemtoont dat de personele onafhankelijkheid noodzakelijk is om ervoor te zorgen dat de beslissingen van de energieregulators niet beïnvloed worden door politieke of specifieke private economische belangen. Op die manier creëert men een stabiele en voorspelbare markt, waarbij het algemeen belang centraal staat.<sup>1566</sup> De artikelen 35(4)(b) en 39(4)(b) van de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG bepalen dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat het personeel en de personen die belast zijn met het beheer van de energieregulator onafhankelijk zijn van marktbelangen en bij het verrichten van de regulerings taken geen directe instructies verlangen of ontvangen van regeringen of andere publieke of particuliere entiteiten.

**484.** Belangrijk bij de personele onafhankelijkheid zijn eveneens de belangenconflicten (of belangenverstrengeling in Nederland) en de onverenigbaarheden (of incompatibiliteiten). De leden van de energieregulators verantwoordelijk voor het management en eveneens het personeel mogen geen activiteiten verrichten of een positie hebben binnen een elektriciteits- of gasonderneming.<sup>1567</sup> Ze mogen eveneens geen aandelen of enige andere belangen bezitten in een elektriciteits- of gasonderneming. Dit geldt zowel voor voltijdse als deeltijdse personeelsleden of leden van het management. Enkel beleggingen in een pensioenfonds dat mogelijks aandelen bevat van elektriciteits- of gasondernemingen zijn toelaatbaar.<sup>1568</sup> Mogelijke onverenigbaarheden moeten zaak per zaak bekeken worden.

**485.** Bij de personele onafhankelijkheid spelen ook de wijze en duur van de benoeming en de hernieuwbaarheid ervan een rol. De aanstellingen moeten verlopen via een rotatieschema, hetgeen impliceert dat de einddatum van de bestuursleden niet dezelfde kan zijn. De leden van de raad van bestuur van de energieregulator moeten volgens de Interpretatieve Nota voor een vaste termijn van vijf tot zeven jaar worden aangesteld, een termijn die eenmaal hernieuwbaar is. Theoretisch gezien stelt men dat hoe langer de termijn is, hoe onafhankelijker men zich ten aanzien van de benoemende instantie gedraagt.<sup>1569</sup> Hernieuwing van de termijn kan volgens DEFLOOR en NAERT de energieregulator in een zwakkere positie plaatsen, aangezien het risico bestaat dat de energieregulator zijn beleid zal aanpassen met het oog op deze hernieuwing. Hierdoor wordt de onafhankelijkheid aangetast.<sup>1570</sup> De wijze van benoeming is van invloed op de relatie die ontstaat tussen de benoemende en de benoemde partij. Is er ruimte voor politieke of andere voorkeuren of is er voorzien in

---

<sup>1565</sup> B. VAN DER MEULEN en A. OTTOW, "Toezicht op markten", VAR-reeks 130, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers 2004, 55.

<sup>1566</sup> Interpretatieve Nota, 6.

<sup>1567</sup> Interpretatieve Nota, 7; B. DEFLOOR en F. NAERT, "How Independent are Belgian Regulators?", *CRNI* 2009, afl. 4, (355) 360.

<sup>1568</sup> Interpretatieve Nota, 7.

<sup>1569</sup> B. DEFLOOR en F. NAERT, "How Independent are Belgian Regulators?", *CRNI* 2009, afl. 4, (355) 359.

<sup>1570</sup> B. DEFLOOR en F. NAERT, "How Independent are Belgian Regulators?", *CRNI* 2009, afl. 4, (355) 360.

objectieve criteria dan wel een procedure met bijzondere waarborgen?<sup>1571</sup> Het is daarbij in principe beter voor de onafhankelijkheid dat de benoeming gebeurt door de regering en het parlement samen of zelfs door het parlement alleen.<sup>1572</sup>

**486.** Regels met betrekking tot tucht en ontslagbescherming vallen eveneens onder de personele onafhankelijkheid. Naar mate de mogelijkheid tot ontslag is beperkt, neemt immers ook de mogelijkheid af om de persoon onder druk te plaatsen.<sup>1573</sup> Bovendien sluit men op die manier louter politieke ontslagen uit. De Interpretatieve Nota bepaalt dat men enkel en alleen kan ontslagen worden indien men niet langer voldoet aan de voorwaarden inzake hun onafhankelijkheid vermeld in de elektriciteits- en gasrichtlijn of indien zij schuldig zijn aan wangedrag (misconduct).<sup>1574</sup> Hoewel de richtlijnen uit het derde liberaliseringspakket ruimte laten aan de lidstaten om het begrip wangedrag in te vullen, benadrukt de Interpretatieve Nota dat de mogelijkheid tot ontslag op basis van wangedrag toch beperkt moet worden tot bijzondere gevallen zoals: fraude, omkoping en inbreuken op de onafhankelijkheid of onpartijdigheid.<sup>1575</sup>

**487.** Ook bij de personele onafhankelijkheid kan de fysieke afstand een rol spelen. Wanneer de leden van de energieregulator werkzaam zijn in hetzelfde gebouw als de overheidsfunctionarissen en dezelfde faciliteiten delen, is de kans aanzienlijker dat door de informele contacten er wederzijdse beïnvloeding kan plaatsvinden.<sup>1576</sup> Om het risico op *capture* door de energiesector te verminderen is het bovendien van belang dat er slechts in beperkte mate *revolving doors* zijn tussen de energiesector en de energieregulator. Immers, indien men al te makkelijk kan wisselen tussen een gereguleerde onderneming en de regulator dan kan dit de onafhankelijkheid in gevaar brengen.<sup>1577</sup>

**488.** In onderstaande secties wordt dieper ingegaan op elk van deze aspecten van de personele onafhankelijkheid. Er wordt per topic een omvattende en vergelijkende analyse gemaakt van de verschillende wettelijk neergeschreven vereisten inzake de personele onafhankelijkheid ten aanzien van de politiek en de dagdagelijkse uitwerking ervan in de praktijk bij de diverse energieregulators.

---

<sup>1571</sup> B. VAN DER MEULEN en A. OTTOW, "Toezicht op markten", VAR-reeks 130, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers 2004, 55.

<sup>1572</sup> M. QUINTYN en M.W. TAYLOR, *Regulatory and Supervisory Independence and Financial Stability*, IMF Working Paper WP/02/46, 2002, <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2002/wp0246.pdf>, 20; B. DEFLOOR en F. NAERT, "How Independent are Belgian Regulators?", *CRNI* 2009, afl. 4, (355) 359.

<sup>1573</sup> B. VAN DER MEULEN en A. OTTOW, "Toezicht op markten", VAR-reeks 130, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers 2004, 56; B. DEFLOOR en F. NAERT, "How Independent are Belgian Regulators?", *CRNI* 2009, afl. 4, (355) 360.

<sup>1574</sup> Interpretatieve Nota, 9.

<sup>1575</sup> Interpretatieve Nota, 11.

<sup>1576</sup> B. VAN DER MEULEN en A. OTTOW, "Toezicht op markten", VAR-reeks 130, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers 2004, 56.

<sup>1577</sup> B. DEFLOOR en F. NAERT, "How Independent are Belgian Regulators?", *CRNI* 2009, afl. 4, (355) 360.

#### 4.2. Ontbreken van eigen personeel

**489.** Zowel de CREG, de VREG als de CWaPE beschikken over eigen personeel. Brugel beschikte tot voor kort niet over eigen personeel en ook de ACM beschikt nog steeds niet over eigen personeel.

##### 4.2.1. *Brugel in België*

**490.** Pas sinds het besluit van de Brusselse regering van 21 april 2016 beschikt de Brusselse energieregulator over eigen personeel. De weg die hiervoor werd afgelegd werd gekenmerkt door een zeer hobbelig parcours.

**491.** Bij de opstart van Brugel beschikte de Brusselse energieregulator niet over personeel om zijn regulerende taken op te nemen. De ordonnantie voorzag dat Brugel, zowel de bestuurders als de opdrachthouders, operationeel zou zijn tegen oktober 2007. De bestuurders werden vrij snel benoemd, de opdrachthouders niet. Het personeel van het BIM dat de taken van de dienst regulering op zich nam, bleef het werk verderzetten en bereidde het werk van de raad van bestuur van Brugel voor.<sup>1578</sup> Het personeel van BIM stond bijgevolg in voor de regulering en nam ook de taken van de administratie energie op zich.<sup>1579</sup>

**492.** De ordonnantie van 20 juli 2011 zorgt voor de omzetting van het derde pakket liberaliseringsrichtlijnen in het Brussels recht.<sup>1580</sup> De parlementaire voorbereiding bij de ordonnantie van 20 juli 2011 vermeldt dat deze wijzigingen uiteen vallen in vijf grote categorieën, waarvan één categorie de versterking van de bevoegdheden en de onafhankelijkheid van de regulator uitmaakt. Het ontwerp maakt melding van het feit dat Brugel erop moet toezien dat zijn personeel onafhankelijk van ieder commercieel belang verbonden aan de sector handelt en geen rechtstreekse instructies verzoekt, noch aanvaardt van de regering of van een andere openbare of private entiteit, bij de uitvoering van hun opdrachten. Er wordt hierbij beklemtoond dat het personeel van Brugel wordt aangeworven en ontslagen door Brugel.<sup>1581</sup> Er wordt echter tegelijk ook voorgesteld om "in grote lijnen de huidige werkingsstructuur te behouden".

In verschillende artikelen zijn bijvoorbeeld de woorden "personeel van Brugel" ingevoegd, ter vervanging van de woorden "de opdrachthouders". De definitie

---

<sup>1578</sup> Het Brussels Instituut voor Milieubeheer.

<sup>1579</sup> Brugel, BRUGEL-VOORSTEL-080128-02 voorstel over de opdrachttoelage van de opdrachthouders opgesteld op basis van artikel 30octies van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest. <http://www.brugel.be/Files/media/SIGI/528f19f359bc0.pdf>, laatst geconsulteerd op 15 juli 2016.

<sup>1580</sup> Ontwerp van ordonnantie tot wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en van de ordonnantie van 12 december 1991 houdende oprichting van begrotingsfondsen, *Parl.St. Bru.Parl.* 2010-2011, A-201/1.

<sup>1581</sup> Ontwerp van ordonnantie tot wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en van de ordonnantie van 12 december 1991 houdende oprichting van begrotingsfondsen, *Parl.St. Bru.Parl.* 2010-2011, A-201/1, 17.

van artikel 2, 26<sup>o</sup>ter met betrekking tot de opdrachthouders is eveneens opgeheven.<sup>1582</sup> De parlementaire voorbereiding bij de ordonnantie van 20 juli 2011 stelt dat deze schrapping werd doorgevoerd "ten gevolge van de reorganisatie van de werking van Brugel, zoals aanbevolen door de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG". Men vervolgt echter dat "het personeel van Brugel kan samengesteld zijn uit statutaire ambtenaren die **gedetacheerd** zijn, die geen enkele instructie meer krijgen van de administratie waar zij vandaan komen, noch van de regering. De andere personeelsleden van Brugel zijn verbonden door een arbeidsovereenkomst".<sup>1583</sup> Brugel krijgt dus wel "eigen personeel" maar *de facto* blijven er nog mensen gedetacheerd door het BIM. Ook de daadwerkelijke bepalingen inzake de opdrachthouders (artikel 30*octies*) blijven bestaan in de Elektriciteitsordonnantie. Artikel 30*octies* bepaalt dat de regering, met hun akkoord, en met het akkoord van Brugel, de statutaire of contractuele personeelsleden van het BIM kan belasten met een opdracht bij Brugel. Tijdens de duur van zijn opdracht, is de opdrachthouder in dienstactiviteit en blijft hij onderworpen aan het personeelsstatuut van het BIM (§ 3). Het personeel van de Brusselse energieregulator wordt bijgevolg ter beschikking gesteld vanuit het BIM. Hoewel artikel 30*octies*, § 5 stelt dat tijdens de duur van de opdracht, de opdrachthouders taken uitvoeren die hen zijn toegekend onder het *hiërarchisch* gezag van Brugel, bepaalt datzelfde artikel toch dat Brugel de nodige informatie met betrekking tot de **evaluatie** van de opdrachthouders moet overmaken aan het BIM. Dit heeft als gevolg dat hoewel de opdrachthouders instructies en taken krijgen van Brugel, het BIM beslist over hun evaluatie.<sup>1584</sup> Het BIM moet daarbij, voor elk evaluatiegesprek, rekening houden met de functionele meerdere van de opdrachthouder bij Brugel. De opdrachthouder wiens opdracht is beëindigd, wordt opnieuw ter beschikking gesteld van het BIM (§ 6). Het schrappen van de definitie van "een opdrachthouder" genereert geen gevolgen, indien men de daadwerkelijke bepalingen omtrent de opdrachthouders ook niet wijzigt of schrapt. Ook artikel 30*quinquies* (gewijzigd door artikel 52, 1<sup>o</sup> van de ordonnantie van 20 juli 2011)<sup>1585</sup> bepaalt bijvoorbeeld dat "de regering [...] de voorwaarden [bepaalt] voor de benoeming en de revocatie van de personeelsleden van Brugel, alsook hun statuut". Het feit dat men nu spreekt van de personeelsleden van Brugel, neemt evenwel niet weg dat het de regering is die hun statuut en de voorwaarden voor de benoeming en de revocatie bepaalt.

---

<sup>1582</sup> Artikel 2, 26<sup>o</sup> ter (oud) van de Elektriciteitsordonnantie: een opdrachthouder is een lid van het personeel van het Brussels Instituut voor Milieubeheer dat door de regering bij de Commissie belast wordt met de opdrachten zoals bedoeld in deze ordonnantie".

<sup>1583</sup> Ontwerp van ordonnantie tot wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en van de ordonnantie van 12 december 1991 houdende oprichting van begrotingsfondsen, *Parl.St. Bru.Parl.* 2010-2011, A-201/1, 21.

<sup>1584</sup> Art. 30*octies* § 5 van de Elektriciteitswet: "Tijdens de duur van de opdracht, voeren de opdrachthouders de taken uit die hen zijn toegekend onder het hiërarchische gezag van Brugel, die de nodige informatie voor hun evaluatie aan het Brussels Instituut voor Milieubeheer overmaakt. Het Instituut moet voor de evaluatie nauwgezet rekening houden met deze informatie. De autoriteit van het Instituut dat gemachtigd is om de evaluatie uit te voeren raadpleegt, vóór elk evaluatiegesprek, de functionele meerdere van Brugel".

<sup>1585</sup> Vroeger: De regering bepaalt de voorwaarden voor de benoeming en de afzetting van de leden van de commissie, alsook hun statuut, met naleving van de navermelde bepalingen.

**493.** In het jaarverslag van Brugel uit 2014 benadrukt de regulator nochtans uitdrukkelijk dat, opdat zij hun opdracht tot een goed eind zouden kunnen brengen, en de bepalingen van de Elektriciteitsordonnantie zouden kunnen naleven, Brugel over de noodzakelijke financiële en menselijke middelen moet beschikken. Het is volgens de Brusselse energieregulator wenselijk dat de noodzakelijke besluiten worden uitgevaardigd **om het personeel van het BIM over te dragen naar Brugel**.<sup>1586</sup> Op 5 juni 2015 nam Brugel in dit opzicht een beslissing waarin men het eerste personeelsplan voorstelde.<sup>1587</sup> Brugel stelt daarbij dat na de goedkeuring van een taalkader, en voor zover alle andere operationele maatregelen zijn genomen, het hierna mogelijk zal zijn om het personeel van het BIM naar Brugel over te dragen. Brugel benadrukt daarbij dat dit personeelsplan pas effect zal hebben na de aanvaarding van het statuut van de ambtenaren van Brugel (waarschijnlijk zal dus alleen het personeelsplan 2016 effectief zijn). Het is volgens de regulator niettemin noodzakelijk om het plan 2015 te aanvaarden, omdat het een vereiste is voor het invoeren van een taalkader, dat op zijn beurt onontbeerlijk is voor de personeelsoverdracht. Brugel werd hierbij geleid door de **omzendbrief** van 27 november 2014 betreffende de uitwerking en opvolging van een personeelsplan op basis van de personeelsenveloppe.<sup>1588</sup> De weg naar het verkrijgen van daadwerkelijk *eigen* personeel en de mogelijkheid voor Brugel om zelf hun personeelsbeleid uit te stippelen wordt nu eindelijk bewandeld. Momenteel is het, door de veranderingen en het personeelsplan, voor Brugel reeds mogelijk om zelf contractueel personeel aan te nemen. Er werd met SELOR een samenwerkingsprotocol overeengekomen op 8 mei 2015. Toch moeten er nog talrijke operationele aspecten worden geregeld tussen de partijen vooraleer de statutaire aanwervingen mogelijk zijn.<sup>1589</sup> De eerste aanwervingsexamens zouden vanaf 2016 georganiseerd kunnen worden.<sup>1590</sup> In 2015 waren er nog steeds 18 gedetacheerde opdrachthouders aanwezig bij Brugel.<sup>1591</sup>

**494.** Op 21 april 2016 werd eindelijk een besluit aangenomen door de Brussels regering dat de overdracht regelt van de opdrachtgevers naar Brugel.<sup>1592</sup> Het besluit bepaalt dat de personeelsleden van het Instituut die opgenomen zijn in de naamlijst die als bijlage is toegevoegd aan het besluit, aan

<sup>1586</sup> Brugel, Jaarverslag 2014, <http://www.brugel.be/Files/media/SIGI/55f14ace39769.pdf>, 12.

<sup>1587</sup> Brugel, BRUGEL-20150605-24 beslissing betreffende het personeelsplan van BRUGEL voor het jaar 2015 opgesteld in toepassing van artikel 6 en 42 van het Besluit van de regering van het BHG van 23 mei 2014 houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van Brussel Gas Elektriciteit (Brugel) 5 juni 2015, <http://www.brugel.be/Files/media/SIGI/5587bf8fe05d9.pdf>

<sup>1588</sup> Omzendbrief van 27 november 2014 betreffende de uitwerking en opvolging van een personeelsplan op basis van de personeelsenveloppe, *BS* 16 januari 2015: "De diensten zijn ertoe gehouden om de hieronder vermelde richtlijnen na te leven bij het uitwerken en opvolgen van hun personeelsplan op basis van de personeelsenveloppe".

<sup>1589</sup> Er moet met name een akkoord worden gesloten met de GOD (Gewestelijke Overheidsdienst), een door SELOR erkend organisme, om de selectieprocedures te organiseren.

<sup>1590</sup> Brugel, BRUGEL-20150605-24 beslissing betreffende het personeelsplan van Brugel voor het jaar 2015 Opgesteld in toepassing van artikel 6 en 42 van het Besluit van de regering van het BHG van 23 mei 2014 houdende het administratief statuut en de bezoldigingsregeling van de ambtenaren van Brussel Gas Elektriciteit (Brugel) 5 juni 2015, <http://www.brugel.be/Files/media/SIGI/5587bf8fe05d9.pdf>, 13.

<sup>1591</sup> Brugel, Jaarverslag 2015, <http://www.brugel.be/Files/media/SIGI/578f863a87050.pdf>, 11.

<sup>1592</sup> BBR 21 april 2016 met betrekking tot de overdracht van personeelsleden van het Brusselse Instituut voor Milieubeheer naar "Brussel Gas Elektriciteit", *BS* 13 mei 2016.



Brugel worden overgeheveld. De rechten en verplichtingen van het Instituut ten aanzien van de personeelsleden worden overgedragen naar Brugel. Een overeenkomst is gesloten tussen het Instituut, Brugel en ieder contractueel personeelslid, die voorziet in de beëindiging van het contract met het Instituut en het sluiten van een arbeidsovereenkomst met Brugel. Het contractuele personeelslid neemt in zijn nieuwe arbeidsovereenkomst alle verworven anciënniteiten van zijn vorige overeenkomst over.

**495.** In dit verband kan ter volledigheid nog gewezen worden op het reeds vermelde arrest van het Hof van Justitie met betrekking tot de Oostenrijkse privacycommissie.<sup>1593</sup> Het Hof van Justitie acht het feit dat het ter beschikking gestelde personeel van de privacytoezichthouder volgens de ambtelijke hiërarchie onder toezicht van het ministerie staat voor beslissingen omtrent de bevordering, strijdig met de Europese richtlijn 95/46.<sup>1594</sup> Hierdoor kan er volgens het Hof immers sprake zijn van *indirecte* beïnvloeding door de minister.<sup>1595</sup> Het Hof stelt in overweging 61 dat "het feit dat het secretariaat van het DSK bestaat uit ambtenaren van de bondskanselarij, dat zelf aan toezicht door de DSK is onderworpen, brengt het risico mee van beïnvloeding van de beslissingen van de DSK. Hoe dan ook belet een dergelijke organisatorische verstrengeling tussen de DSK en de bondskanselarij dat de DSK verheven is boven iedere verdenking van partijdigheid, zodat deze verstrengeling **onverenigbaar** is met het vereiste van „onafhankelijkheid” in de zin van artikel 28, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 95/46”. Ondanks mogelijke formele regels is het volgens het Hof niet ondenkbaar dat er geanticipeerde gehoorzaamheid plaatsvindt.<sup>1596</sup> Hoewel deze zaak zich buiten de sfeer van het toezicht op de energiesector bevindt en de eis van de volledige onafhankelijkheid hier niet gesteld wordt, kunnen er – zoals reeds vermeld – toch een aantal aandachtspunten uit worden afgeleid m.b.t. tot hoe er door het Hof wordt gedacht over het ter beschikking stellen van personeel.<sup>1597</sup> Het is dus geheel terecht dat het personeel van het BIM overgedragen werd aan Brugel.

#### 4.2.2. ACM in Nederland

**496.** Zoals eerder vermeld is de ACM een zbo zonder rechtspersoonlijkheid en dus ook zonder eigen personeel. Het personeel van de ACM heeft een aanstelling

<sup>1593</sup> HvJ 16 oktober 2012, nr. C-614/10, ECLI:EU:C:2012:631.

<sup>1594</sup> Artikel 28, lid 1 van de richtlijn 95/46 luidt immers als volgt: "Elke lidstaat bepaalt dat een of meer autoriteiten worden belast met het toezicht op de toepassing op zijn grondgebied van de ter uitvoering van deze richtlijn door de lidstaten vastgestelde bepalingen. Deze autoriteiten vervullen de hun opgedragen taken in volledige onafhankelijkheid."

<sup>1595</sup> Overw. 59: "De in Oostenrijk geldende regeling voldoet niet aan laatstgenoemde voorwaarde. Het aan het secretariaat van de DSK ter beschikking gestelde personeel bestaat immers uit ambtenaren van de bondskanselarij, op wie die kanselarij het bestuurlijke toezicht als bedoeld in § 45, lid 1, BDG 1979 uitoefent. Blijkens de punten 49 tot en met 52 van het onderhavige arrest is een dergelijk toezicht niet verenigbaar met het in artikel 28, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 95/46 voorziene vereiste van onafhankelijkheid, waaraan de met het toezicht op de bescherming van persoonsgegevens belaste autoriteiten moeten voldoen".

<sup>1596</sup> Overw. 51: "In dit verband volstaat het te vermelden dat niet is uitgesloten dat de beoordeling van de bestuurder van de DSK door de hiërarchie meerdere met het oog op de bevordering van de carrière van die ambtenaar, zou kunnen leiden tot een vorm van „geanticipeerde gehoorzaamheid” bij die ambtenaar".

<sup>1597</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 247.

bij het Ministerie van Economische Zaken (EZ) en wordt door de minister ter beschikking gesteld aan de ACM.<sup>1598</sup> In de parlementaire voorbereiding wordt het ontbreken van eigen personeel gerechtvaardigd door "redenen van bedrijfsvoering".<sup>1599</sup> Hiermee bedoelt men o.a. de personele besparingen (circa 25 fte) door het schrappen van dubbele functies en stroomlijning van werkprocessen bij het bestuur en bestuursondersteuning/staf, de bedrijfsvoering en planning en controle, consumentenzaken, backoffices en sectoraal en mededingingstoezicht.<sup>1600</sup> Zo zou via dergelijke constructie de ACM ook mee kunnen genieten van de departementale en rijksfaciliteiten inzake financiën en bedrijfsvoering, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van het personeelssysteem en opleidingsbeleid.<sup>1601</sup> De minister van Economische zaken stelde dat de wijze waarop voorgesteld werd de ACM vorm te geven, voldoet aan de onafhankelijkheidsvereisten uit de Europese regelgeving. Het niet hebben van rechtspersoonlijkheid en eigen personeel laat volgens de minister een onafhankelijke taakuitvoering onverlet.<sup>1602</sup>

**497.** De minister verwijst hierbij eveneens naar artikel 16 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen, waarin staat dat het personeel dat werkzaam is ten behoeve van een zbo, onder het gezag van dit zelfstandig bestuursorgaan staat en over zijn werkzaamheden uitsluitend aan het zelfstandig bestuursorgaan verantwoording aflegt,<sup>1603</sup> en dus niet aan de verantwoordelijke minister. Artikel 9 van de Instellingswet ACM waarborgt dat de ACM en haar personeel geen instructies verlangen of ontvangen die op een individuele zaak betrekking hebben en dat de ministers die instructies ook niet mogen geven.<sup>1604</sup> De vraag is evenwel of de bewoordingen uit de richtlijn ("geen directe instructies") wel mogen beperkt worden tot enkel de individuele zaken?<sup>1605</sup> Kunnen directe instructies ook niet via andere wegen worden verlangd of ontvangen? Bijvoorbeeld via de (algemene) beleidsregels uitgevaardigd door de minister?<sup>1606</sup> Onder een beleidsregel wordt een gedragslijn verstaan voor de uitoefening van een bestuursbevoegdheid.<sup>1607</sup> De minister beschikt daardoor

<sup>1598</sup> Artikel 5 Wet 28 februari 2013 houdende regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt, *Stb.* 2013, 21 maart 2013, 102 (hierna afgekort: Instellingswet ACM).

<sup>1599</sup> Regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt), Nr. 6, NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG, *Kamerstukken II* 2011/12, 33.186, 6, 25.

<sup>1600</sup> Regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt), Nr. 6, NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG, *Kamerstukken II* 2011/12, 33.186, 6, 3 en 7: "de instelling van de ACM door middel van de Instellingswet ACM levert een jaarlijkse besparing van € 3,3 miljoen op, waarvan circa € 1,9 miljoen personeel en € 1,4 miljoen materieel".

<sup>1601</sup> Regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt), Nr. 6, NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG, *Kamerstukken II* 2011/12, 33.186, 6, 25 en 37.

<sup>1602</sup> Regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt), Nr. 6, NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG, *Kamerstukken II* 2011/12, 33.186, 6, 17.

<sup>1603</sup> Artikel 16 van de Wet van 2 november 2006 houdende regels betreffende zelfstandige bestuursorganen, *Stb.* 2006, 30 november 2006, 587 (hierna afgekort: Kaderwet zelfstandige bestuursorganen): "Het personeel dat werkzaam is ten behoeve van een zelfstandig bestuursorgaan staat onder het gezag van het zelfstandig bestuursorgaan en legt over werkzaamheden uitsluitend daaraan verantwoording af".

<sup>1604</sup> Artikel 9 van de Instellingswet ACM: "1. Onze Minister (*cf. Economische Zaken*) en Onze Minister van Infrastructuur en Milieu onthouden zich van instructies die op een individuele zaak betrekking hebben. 2. De leden en het personeel van de Autoriteit Consument en Markt verlangen of ontvangen geen instructies die op een individuele zaak betrekking hebben".

<sup>1605</sup> Ook A. OTTOW stelt deze vraag, zie A. OTTOW, "Onafhankelijkheid van toezichthouders" (noot onder HvJ 9 maart 2010, nr. C-518/07), *Tijdschrift voor Toezicht* 2010, afl. 3, (78) 85.

<sup>1606</sup> Zij het dat "algemene beleidsrichtsnoeren van de overheid die geen verband houden met de in artikel 37 genoemde reguleringsstaken" toelaatbaar zijn (art. 35(4)(b)(ii)).

<sup>1607</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 261. Zie het vorig hoofdstuk en de verwijzing naar artikel 1:3 Awb (p. 166).

over een krachtig instrument om de toezichthouder te sturen.<sup>1608</sup> Op dit instrument wordt later nog dieper ingegaan.

**498.** In de parlementaire voorbereiding bij de Instellingswet ACM stelde de minister dat met artikel 9 “het onafhankelijke karakter van de ondersteuning die het personeel biedt aan de ACM [is] geborgd”. De ervaringen met de NMa hebben volgens de minister geleerd dat “het niet beschikken over rechtspersoonlijkheid niet in de weg staat aan een heldere verdeling van beheersmatige verantwoordelijkheden tussen de minister en het zelfstandige bestuursorgaan. Net als de NMa zal de ACM over voldoende middelen beschikken op basis van een eigen, voor de ACM bestemd deel van de rijksbegroting. En net als bij de NMa zal via het [...] mandaatbesluit helder geregeld zijn welke privaatrechtelijke rechtshandelingen (koop, huur, etc.) de ACM zonder bemoeienis van de Minister [...] kan stellen. De invulling hiervan zal zodanig worden gekozen dat daarmee de benodigde mate van flexibiliteit en slagvaardigheid van de ACM goed wordt gewaarborgd”. Volgens de minister is het niet beschikken over eigen personeel irrelevant voor de zelfstandigheid van de taakuitoefening door de ACM.<sup>1609</sup>

**499.** Regels met betrekking tot dit mandaatbesluit (of mandaatregeling) liggen ten eerste vervat in artikel 5 van de Instellingswet ACM. Artikel 5, lid 2 van de Instellingswet ACM bepaalt dat de autoriteit een mandaatregeling opstelt ten aanzien van de bevoegdheden van het personeel. Deze mandaatregeling behoeft de goedkeuring van de minister. De minister kan deze goedkeuring weigeren indien de mandaatregeling naar zijn oordeel een goede taakuitoefening door de ACM kan belemmeren. Na de goedkeuring wordt de regeling bekendgemaakt in de Staatscourant. Artikel 5, lid 4 bepaalt dat indien de minister van oordeel is dat de mandaatregeling een goede taakuitoefening belemmert, hij de ACM kan verzoeken de mandaatregeling te wijzigen. Indien de ACM hier geen gevolg aan geeft, binnen 13 weken na het verzoek, kan de minister de ACM opdragen de mandaatregeling op een door hem gewenste wijze aan te passen.

De parlementaire voorbereiding bij de Instellingswet ACM leert ons dat in het mandaatbesluit geregeld wordt welke personeelsbeslissingen de ACM in mandaat mag nemen en welke privaatrechtelijke rechtshandelingen de ACM namens de Staat mag verrichten. Ook wordt erin geregeld in hoeverre de ACM aan personen lager in de organisatie een ondermandaat, een volmacht of een machtiging mag verlenen tot het nemen van die personeelsbeslissingen of het

---

<sup>1608</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 261.

<sup>1609</sup> Regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt), Nr. 6, NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG, *Kamerstukken II* 2011/12, 33.186, 6, 17.

verrichten van die privaatrechtelijke rechtshandelingen.<sup>1610</sup> De minister stelt uitdrukkelijk dat de leidinggevenden binnen het Ministerie van Economische Zaken niet beslissen over de carrièreperspectieven van het personeel van de ACM. Carrièreperspectieven binnen de ACM zijn geheel en al een zaak van de ACM, zoals de vormgeving van de interne organisatie in het algemeen een zaak is van de ACM. In het mandaatbesluit zal worden geregeld dat besluiten die verbonden zijn aan het maken van carrière binnen de ACM, door de ACM worden genomen.<sup>1611</sup>

Het mandaatbesluit is afgekondigd op 2 april 2013 en staat bekend onder de titel "Besluit mandaat, volmacht en machtiging ACM".<sup>1612</sup> In artikel 6 van het Besluit mandaat, volmacht en machtiging ACM is bepaald dat "aan de ACM [...] mandaat, volmacht en machtiging [wordt] verleend voor de P&O-aangelegenheden ten aanzien van het personeel dat de minister aan de ACM ter beschikking stelt".<sup>1613</sup> Het tweede lid van het artikel bepaalt een aantal belangrijke uitzonderingen waarbij de ACM geen bevoegdheid heeft, zoals beslissingen op bezwaarschriften inzake personeelsaangelegenheden, het verlenen van ontslag in combinatie met een financiële regeling, en bepaalde besluiten ten aanzien van medewerkers die zich in salarisschaal 15 of hoger bevinden.

**500.** Samengevat kan dus worden gesteld dat de ACM niet over eigen personeel beschikt in die zin dat het personeel ter beschikking wordt gesteld door de minister. Bovendien worden de bevoegdheden van de ACM ter zake beknot aangezien zij slechts bepaalde personeelsbeslissingen kunnen nemen indien zij – en dit slechts na goedkeuring door de minister – daartoe uitdrukkelijk bevoegd werden verklaard via het machtenbesluit. Daarenboven beschikt de minister nog steeds, op grond van artikel 10:7 van de Algemene Wet Bestuursrecht, over de bevoegdheid om gemandateerde bevoegdheden **zelf** uit te oefenen.<sup>1614</sup> Dergelijk ingrijpen in het dagdagelijks management van een onafhankelijke regulator is dan ook zeer ongewenst en onvereenigbaar met de Europese liberaliseringsrichtlijnen.

**501.** Hoewel de Europese onafhankelijkheidsvereiste inzake personeel enkel uitgaat van "adequate personele middelen", kan uit het samenlezen van (1) de vereiste inzake het *juridisch gescheiden* en *functioneel onafhankelijk* zijn van de energieregulator en (2) de vereiste dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat

---

<sup>1610</sup> Regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt), Nr. 6, NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG, *Kamerstukken II* 2011/12, 33.186, 13.

<sup>1611</sup> Regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt), Nr. 6, NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG, *Kamerstukken II* 2011/12, 33.186, 32.

<sup>1612</sup> Besluit van de Minister van Economische Zaken van 2 april 2013, nr. WJZ / 13052618, houdende regels inzake de verlening van mandaat, volmacht en machtiging aan de ACM, *Stcrt.* 2013, 4 april 2013, 9333 (hierna afgekort: Besluit mandaat, volmacht en machtiging ACM).

<sup>1613</sup> Artikel 1, d van het Besluit mandaat, volmacht en machtiging ACM: "P&O-aangelegenheden zijn aangelegenheden op het gebied van personeel, organisatie en formatie en het daarmee samenhangende budget".

<sup>1614</sup> Artikel 10:7 Algemene Wet Bestuursrecht: "De mandaatgever blijft bevoegd de gemandateerde bevoegdheid uit te oefenen".

het personeel en de personen die belast zijn met het beheer bij het verrichten van de reguleringsstaken geen directe instructies verlangen of ontvangen van regeringen of andere publieke of particuliere entiteiten en (3) de (evenwel juridisch niet bindende) Interpretatieve Nota,<sup>1615</sup> worden afgeleid dat het detacheren van personeel van het ministerie gebruikt zou kunnen worden om invloed uit te oefenen op het ACM-beleid, waardoor de onafhankelijkheid onvoldoende gewaarborgd is.<sup>1616</sup> Het verdient absoluut de voorkeur indien de ACM dergelijke bevoegdheden in eigen naam en verantwoordelijkheid zou kunnen uitoefenen,<sup>1617</sup> met uitsluiting van de minister.<sup>1618</sup>

Net zoals tijdens de parlementaire voorbereiding weerklinkt dergelijke kritiek ook in de Nederlandse rechtsleer.<sup>1619</sup> De vraag die daarbij voornamelijk aan bod komt is of "de onafhankelijkheid van de ACM ten aanzien van de politieke inmenging in haar wetshandhaving wel voldoende is gewaarborgd"?<sup>1620</sup> Daarbij klinkt het dat het fundamentele probleem is dat er voor de ACM gekozen is voor een publiekrechtelijk zbo, zonder eigen middelen en zonder rechtspersoonlijkheid. Cruciaal daarbij is de combinatie van het feit dat de raad van bestuur van de ACM door de minister wordt benoemd en ontslagen met het feit dat de ACM eveneens niet over eigen personeel beschikt. Deze combinatie betreft volgens SCHINKEL een krachtig middel om invloed mee uit te oefenen op het ACM-beleid.<sup>1621</sup>

**502.** Geconcludeerd moet worden dat de huidige situatie bij de ACM bijzonder moeilijk te verenigen valt met de Europese onafhankelijkheidsvereisten. Om hieraan te verhelpen zou het eerst en vooral een stap in de goede richting zijn om af te zien van een mandaatbesluit en over te gaan tot een daadwerkelijke delegatie van de (personeels)bevoegdheden aan de ACM zelf, zonder inmenging door de minister.<sup>1622</sup> Dergelijke delegatie is geen zaligmakende oplossing

---

<sup>1615</sup> Interpretatieve Nota, 6: "Notwithstanding national administrative rules, it is the sole responsibility of the NRA to determine how it operates and is managed, including staffing-related matters. These provisions thus seem to rule out any hierarchical link between the NRA and any other body or institution. Moreover, the NRA can no longer be part of a Ministry. The Commission's services are of the opinion that e.g. sharing personnel and sharing offices between the NRA and any other (public or private) body is, in principle, not in line with Article 35(4)(a) of the Electricity Directive and Article 39(4)(a) of the Gas Directive".

<sup>1616</sup> Zie hierover ook de Interpretatieve Nota, 6: "These provisions on the independence of the NRA's staff and persons responsible for their management are key requirements because they are aimed at ensuring that regulatory decisions are not affected by political and specific economic interests, thereby creating a stable and predictable investment climate".

<sup>1617</sup> Artikel 10:13 Algemene Wet Bestuursrecht: "Onder delegatie wordt verstaan: het overdragen door een bestuursorgaan van zijn bevoegdheid tot het nemen van besluiten aan een ander die deze onder eigen verantwoordelijkheid uitoefent".

<sup>1618</sup> Artikel 10:17 Algemene Wet Bestuursrecht: "Het bestuursorgaan kan de gedelegeerde bevoegdheid niet meer zelf uitoefenen".

<sup>1619</sup> Zie o.a. volledig themanummer van het Tijdschrift voor Toezicht over de onafhankelijkheid van toezichhouders, *TvT* 2011, (2) 3; M. P. SCHINKEL, "Gevraagd: Autoriteit met Rechtspersoonlijkheid", *Markt & Mededinging (M&M)* 2013, afl. 1, (9) 9; zie ook het interview met Prof. N. VAN EIJK, "Het gaat er niet om of het functioneert", in SC Online, 2012, <http://acle.uva.nl/binaries/content/assets/subsites/amsterdam-center-for-law--economics/news/artikelen-2012-11-november-01-het-gaat-er-niet-om-of-het-functioneert---sc-o.pdf?1352121252762>.

<sup>1620</sup> Zie o.a. volledig themanummer van het Tijdschrift voor Toezicht over de onafhankelijkheid van toezichhouders, *TvT* 2011, (2) 3; M. P. SCHINKEL, "Gevraagd: Autoriteit met Rechtspersoonlijkheid", *Markt & Mededinging (M&M)* 2013, afl. 1, (9) 9.

<sup>1621</sup> M. P. SCHINKEL, "Gevraagd: Autoriteit met Rechtspersoonlijkheid", *Markt & Mededinging (M&M)* 2013, afl. 1, (9) 11.

<sup>1622</sup> L. SCHOUTEN en A. DE MOOR-VAN VUGT, "De onafhankelijkheid van de Autoriteit Consument en Markt", *SEW* 2015, afl. 2, (62) 71.

aangezien de minister nog steeds beleidsregels kan nemen ten aanzien van de gedelegeerde bevoegdheden<sup>1623</sup> en hij uiteraard steeds het delegatiebesluit kan intrekken.<sup>1624</sup> Het geven van beleidsregels is moeilijk verenigbaar met de onafhankelijkheidsvereiste inzake het verbod op het verlangen of ontvangen van directe instructies. Vandaar dat tot de conclusie moet worden gekomen dat de enige correcte oplossing samenvalt met het toekennen van rechtspersoonlijkheid aan de ACM, waardoor de autoriteit over eigen personeel kan beschikken.

#### 4.2.3. FERC onder het Department of Energy

**503.** In 1977 werd de *Department of Energy Organization Act* aangenomen door het Congres,<sup>1625</sup> waardoor het *Department of Energy* (DOE)<sup>1626</sup> formeel werd opgericht. *Executive Order* 12.009 schafte op 30 september 1977, de *Federal Power Commission* (FPC) af,<sup>1627</sup> die werd opgevolgd door de *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC).<sup>1628</sup> Op 1 oktober 1977 ging FERC officieel van start, *als independent regulatory agency*, binnen het Departement Energie.<sup>1629</sup> Het Departement van Energie is een groot departement op het niveau van het kabinet dat zich bezig houdt met het algemeen energiebeleid en wordt aanzien als een *executive agency*. Het wordt beheerd door de *United States Secretary of Energy*.<sup>1630</sup> De link tussen het Departement en de FERC is echter een **louter administratieve link**, waarbij FERC geheel onafhankelijkheid van DOE functioneert en het DOE absoluut geen instructies geeft aan FERC.<sup>1631</sup> De relatie tussen beiden werd omschreven als: "very tenuous, without day to day contact. It's more of a "demand response working together" for example when organizing a big meeting together".<sup>1632</sup> Vandaar dat de relatie tussen beiden instanties in het organigram steeds wordt weergegeven door een **stippellijn**:

---

<sup>1623</sup> Artikel 10:16, lid 1 Algemene Wet Bestuursrecht: "Het bestuursorgaan kan ter zake van de uitoefening van de gedelegeerde bevoegdheid uitsluitend beleidsregels geven".

<sup>1624</sup> Artikel 10:18 Algemene Wet Bestuursrecht: "Het bestuursorgaan kan het delegatiebesluit te allen tijde intrekken".

<sup>1625</sup> "Department of Energy Organization Act" – An Act to establish a Department of Energy in the executive branch by the reorganization of energy functions within the Federal Government in order to secure effective management to assure a coordinated national energy policy, and for other purposes, Pub. L. No. 95-91, 91 Stat. 565 (4 August 1977). Codified 42 U.S.C. Chapter 84 §7101.

<sup>1626</sup> Binnen de *executive branch* of de uitvoerende macht.

<sup>1627</sup> Exec. Order No. 12009, 3 C.F.R. 142 (1978); J. MCGREW, *Basic Practice Series: FERC Federal Energy Regulatory Commission*, Chicago, ABA Publishing, 2009, 5.

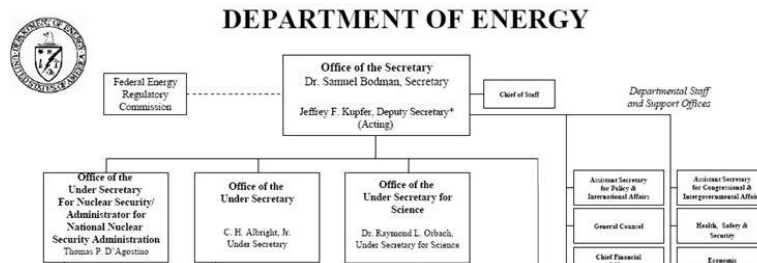
<sup>1628</sup> 18 CFR 375.101(a) *Establishment*. "The Federal Energy Regulatory Commission is an independent regulatory commission within the Department of Energy established by section 401 of the DOE Act".

<sup>1629</sup> 42 U.S.C. § 7134: "There shall be within the Department, a Federal Energy Regulatory Commission established by subchapter IV of this chapter (hereinafter referred to in this chapter as the "Commission"); J. MCGREW, *Basic Practice Series: FERC Federal Energy Regulatory Commission*, Chicago, ABA Publishing, 2009, 5.

<sup>1630</sup> 42 U.S. Code § 7131: "There is established at the seat of government an executive department to be known as the Department of Energy. There shall be at the head of the Department a Secretary of Energy (hereinafter in this chapter referred to as the "Secretary"), who shall be appointed by the President by and with the advice and consent of the Senate. The Department shall be administered, in accordance with the provisions of this chapter, under the supervision and direction of the Secretary".

<sup>1631</sup> Zoals verduidelijkt door een interview bij de FERC.

<sup>1632</sup> Interview met personeel van het *Office of External Affairs* bij de FERC.



504. De FERC beschikt over eigen personeelsleden. Dit blijkt duidelijk uit artikel 42 U.S. Code § 7171(c): "The Chairman shall be responsible on behalf of the Commission for the executive and administrative operation of the Commission, including functions of the Commission with respect to (1) the appointment and employment of hearing examiners in accordance with the provisions of title 5, (2) the selection, appointment, and fixing of the compensation of such personnel as he deems necessary, including an executive director, (3) the supervision of personnel employed by or assigned to the Commission, except that each member of the Commission may select and supervise personnel for his personal staff, (4) the distribution of business among personnel and among administrative units of the Commission". Het feit dat de bepaling echter spreekt over het feit dat de voorzitter toezicht houdt op het personeel dat is "toegewezen" aan de Commissie heeft tot gevolg dat ook personeelsleden van het Departement tewerkgesteld kunnen worden bij de FERC. Ook *revolving doors* tussen de twee agencies, waarbij men bijvoorbeeld eerst bij het DOE werkt en daarna bij FERC of omgekeerd, zijn perfect mogelijk.<sup>1633</sup> Dit komt uiteraard doordat niet dezelfde mate van strikte politieke onafhankelijkheid vereist is in de VS als in de EU. Hetzelfde artikel (§7171c) sluit af met de zinssnede: "The **Secretary** shall provide to the Commission such support and facilities as the Commission determines it needs to carry out its functions". Omwille van het feit dat FERC in 1977 een administratieve link heeft met het Departement van Energie moet FERC elk fiscaal jaar om een bepaald budget voor personeelsaangelegenheden vragen aan de *United States Secretary of Energy*. Zo vroeg FERC in 2014 een budget, voor het fiscaal jaar 2014, voor 1480 personeelsleden.<sup>1634</sup> Later zal nog blijken dat dit budget echter volledig terugbetaald wordt door FERC via eigen gegenereerde opbrengsten.<sup>1635</sup> Bovendien stuurt de *Secretary* het budget volledig ongewijzigd, dus zonder enige vorm van wijzigingen of opmerkingen, door naar het Congres.

505. De onafhankelijkheid van het personeel bij de FERC wordt enerzijds gewaarborgd door het feit dat de voorzitter van de FERC toezicht houdt op het

<sup>1633</sup> Dit bleek uit een interview bij de FERC.

<sup>1634</sup> FERC, FERC Jurisdiction and Policy Issues: An Overview of the Federal Energy Regulatory Commission and Federal Regulation of Public Utilities, <http://ipu.msu.edu/camp/presentations/Greenfield-FERC%20Jurisdiction%20and%20Policy%20Issues.pdf>, laatst geconsulteerd op 18 maart 2016.

<sup>1635</sup> Zie punt 4.7 van dit hoofdstuk.

(gedetacheerde) personeel, maar anderzijds ook door de bepaling vermeld in artikel 42 U.S. Code § 7171 (d) dat bepaalt: "in the performance of their functions, the members, employees, or other personnel of the Commission shall **not be responsible** to or **subject to the supervision or direction** of any officer, employee, or agent of any other part of the Department". Om de onafhankelijkheid van de FERC ten aanzien van het Departement te benadrukken bepaalt artikel 42 U.S. Code § 7172 (g) dat elke beslissing van de commissie "involving any function within its jurisdiction [...] shall be final agency action within the meaning of section 704 of title 5 and shall not be subject to further review by the Secretary or any officer or employee of the Department".

**506.** FERC moet bovendien geen beroep doen op de advocaten van het *Department of Justice* (DOJ), maar mag zichzelf in rechte vertegenwoordigen<sup>1636</sup>: "Except as provided in section 518 of title 28, relating to litigation before the Supreme Court, attorneys designated by the Chairman of the Commission may appear for, and represent the Commission in, any civil action brought in connection with any function carried out by the Commission pursuant to this chapter or as otherwise authorized by law".<sup>1637</sup> Deze bevoegdheid tot het zichzelf vertegenwoordigen in rechte vormt een extra onafhankelijkheidswaarborg tegen inmenging door de uitvoerende macht (namelijk ten aanzien van het Department of Justice). Dit zorgt er ook voor dat FERC zelfstandig de beslissing kan nemen om een rechtszaak te starten of om in beroep te gaan, zonder dat het daarvoor de goedkeuring van het Departement nodig heeft. Daarenboven zorgt de zelfstandige bevoegdheid ervoor dat FERC zelf een juridisch standpunt kan innemen en niet moet hopen dat het DOJ dit standpunt anders zou gevolgd hebben.<sup>1638</sup> Er is echter één uitzondering: bij zaken voor het *U.S. Supreme Court* dient de FERC wel beroep te doen op het DOJ.<sup>1639</sup>

**507.** De onafhankelijkheid van FERC neemt echter niet weg dat de commissie kan samenwerken met het *Department of Energy* en de *Secretary*. Zo organiseren het DOE en de FERC af en toe gezamenlijke infosessies of conferenties over onderwerpen die beide *agencies* interesseren. Daarenboven kan de Secretary voorstellen tot *rule-making* aan FERC formuleren.<sup>1640</sup> Daarbij beschikt de FERC wel over het hoogste woord,<sup>1641</sup> aangezien de commissie de

---

<sup>1636</sup> Zie de website van FERC, <http://www.ferc.gov/about/offices.asp> en een presentatie gegeven door FERC: <http://ipu.msu.edu/camp/presentations/Greenfield-FERC%20Jurisdiction%20and%20Policy%20Issues.pdf>, laatst geconsulteerd op 18 maart 2016: "The Office of the General Counsel (OGC) provides counsel to FERC and FERC's staff and assists in the development of draft FERC orders, rulemakings and other decisions; represents FERC before the courts; advises FERC and FERC staff on legal matters; and advises other government agencies, regulated entities and the public on matters within the FERC's jurisdiction".

<sup>1637</sup> 42 U.S. Code § 7171(i).

<sup>1638</sup> K. DATLA en R.L. REVESZ, "Deconstructing independent agencies (and executive agencies)", *Cornell Law Review* 2013, (769) 800-802.

<sup>1639</sup> 42 U.S.C. § 7171(i).

<sup>1640</sup> 42 U.S. Code § 7172 (c)(1).

<sup>1641</sup> Tenzij in uitzonderlijke gevallen: 42 U.S. Code § 7172 (c)(2): "In the event that the President determines that an emergency situation of overriding national importance exists and requires the expeditious promulgation of a rule described in paragraph (1), the President may direct the Secretary to assume sole jurisdiction over the promulgation of



voorstellen van de *Secretary* moet goedkeuren.<sup>1642</sup> Uit interviews met personeelsleden van FERC bleek echter dat de *Secretary* deze bevoegdheid nog nooit heeft gebruikt ("never been done before").<sup>1643</sup>

#### 4.3. Benoemingen door de regering of het parlement, onverenigbaarheden en belangenconflicten

**508.** De liberaliseringsrichtlijnen vermelden niet *welke* benoemingsinstantie nu juist de bestuurders moet aanstellen. De Interpretatieve Nota licht toe dat de benoemingen moeten gebeuren in overeenstemming met de grondwettelijke en bestuursrechtelijke regels van de lidstaten.<sup>1644</sup> De Nota verduidelijkt bovendien dat de verantwoordingsplicht van het bestuur van de regulerende instantie verhoogd kan worden indien er een parlementaire hoorzitting wordt georganiseerd voorafgaand aan de aanstelling van de bestuurders.<sup>1645</sup> Dit lijkt te impliceren dat de regering de bestuurders aanstelt, waarbij het parlement een toezichhoudende (of goedkeurende) rol speelt.

In de richtlijnen wordt enkel vermeld dat de leden van het bestuur van de regulerende instantie (of bij afwezigheid van een bestuur, de hogere leiding van de regulerende instantie) worden aangesteld voor een vaste termijn van vijf tot zeven jaar, die eenmaal kan worden verlengd.<sup>1646</sup> De lidstaten voorzien hierbij in een adequaat rouleringsschema voor het bestuur of de hogere leiding.<sup>1647</sup> Volgens de Nota moet dit **rotatieschema** in voege worden gesteld waardoor de einddatum van de bestuursleden hun aanstelling verschillend is. Zo kan men er bijvoorbeeld voor zorgen dat de termijn van de helft van de bestuursleden eindigt wanneer de andere helft van de bestuursleden halverwege termijn is.<sup>1648</sup> De lidstaten mogen uiteraard hun bevoegdheid tot benoeming van de bestuursleden, de bevoegdheid tot het bepalen van het budget en elke vorm van

---

such rule, and such rule shall be transmitted by the President to, and reviewed by, each House of Congress under section 757 or 760a of title 15, and section 6421 of this title". Als algemene regels geldt echter artikel 42 U.S. Code § 7172 (g): "The Commission is authorized to prescribe rules, regulations, and statements of policy of general applicability with respect to any function under the jurisdiction of the Commission pursuant to this section".

<sup>1642</sup> Zie bijvoorbeeld 42 U.S. Code § 7173 - Initiation of rulemaking procedures before Commission, waarbij zowel de *Secretary* als de FERC het recht heeft om algemene regels uit te vaardigen: (a) PROPOSAL OF RULES, REGULATIONS, AND STATEMENTS OF POLICY OF GENERAL APPLICABILITY BY SECRETARY AND COMMISSION The Secretary and the Commission are authorized to propose rules, regulations, and statements of policy of general applicability with respect to any function within the jurisdiction of the Commission under section 7172 of this title. (b) CONSIDERATION AND FINAL ACTION ON PROPOSALS OF SECRETARY The Commission shall have exclusive jurisdiction with respect to any proposal made under subsection (a) of this section, and shall consider and take final action on any proposal made by the Secretary under such subsection in an expeditious manner in accordance with such reasonable time limits as may be set by the Secretary for the completion of action by the Commission on any such proposal; Zie bijvoorbeeld 42 U.S. Code § 7174 - Referral of other rulemaking proceedings to Commission, waarbij de *Secretary* aan de FERC zijn voornemen tot het uitvaardigen van een *rule, regulation of statement* overmaakt en waarbij FERC aanbevelingen moet geven en uiteindelijk moet beslissen of de regels volgens FERC ofwel aangenomen moeten worden, ofwel aangepast moeten worden ofwel niet aangenomen moeten worden.

<sup>1643</sup> Interview met personeel van het *Office of External Affairs*.

<sup>1644</sup> Interpretatieve Nota, 7.

<sup>1645</sup> Interpretatieve Nota, 20: "Similarly, the accountability of the NRA board could be enhanced by organising a parliamentary hearing prior to the appointment of the board members".

<sup>1646</sup> Artikel 35(5)(b) van de richtlijn 2009/72/EG en artikel 39(5)(b) van de richtlijn 2009/73/EG.

<sup>1647</sup> Artikel 35(5), lid 2 van de richtlijn 2009/72/EG en artikel 39(5), lid 2 van de richtlijn 2009/73/EG.

<sup>1648</sup> Interpretatieve Nota, 11.

verantwoordingsplicht, niet gebruiken om instructies te geven gerelateerd aan de bevoegdheden of taken van de energieregulator.<sup>1649</sup>

**509.** Wat de **onverenigbaarheden** betreft legt de tekst van de richtlijnen geen expliciet verbod op voor de personeelsleden of de personen verantwoordelijk voor hun beheer om naast hun functie bij de regulator er nog andere professionele activiteiten op na te houden. De Interpretatieve Nota bepaalt dat:

"The new independence requirement applies to all staff and persons responsible for their management, independently of whether the staff and management hold full-time or part-time positions within the NRA, as the text of the Electricity and Gas Directives itself does not provide for such a distinction. In practice, the requirement of having to be independent from any private or public entity may make it impossible for NRA's staff or management to work part-time for the regulator and part-time **in the private or public sector**. E.g. an academic could, at first sight, be qualified to act as an independent non-permanent staff or management or board member; however, if the academic also regularly undertakes studies for the energy sector, this could question whether the required independence from any market interest is met".

VANDEN BORRE stelt dat de Europese Commissie lijkt uit te sluiten dat *iemand die voor een regulator werkt of die in één van de beslissingsorganen daarvan zetelt, er nog een andere positie op nahoudt*. Dit geldt zeker en zonder meer voor *functies in de energiesector*. De Commissie lijkt ervan uit te gaan dat dit ook geldt voor ondernemingen in het algemeen en voor een andere functie in enige ander *publiek of overheidsorgaan* buiten de energiesector.<sup>1650</sup> Aangezien de richtlijnen echter geen expliciet verbod opleggen, lijkt volgens VANDEN BORRE de juist interpretatie te impliceren dat dat er een verbod is op alle professionele activiteiten die van die aard zijn om de onafhankelijkheid van de persoon in kwestie op enigerlei wijze, direct of indirect, potentieel te beïnvloeden.<sup>1651</sup> De auteur geeft daarbij als voorbeeld iemand in de IT-sector werkt, zou in principe in aanmerking kunnen komen voor het uitoefenen van een deeltijdse functie bij de regulator; iemand die werkt voor een grootverbruiker van gas en elektriciteit, ongeacht de sector, ligt al delicaat.<sup>1652</sup>

**510.** Het eigen personeel wordt normaal gezien aangeworven door de regulatoren zelf. De bestuurders van de raad van bestuur bij Brugel, of de directeurs (Directiecomité) bij de CREG of de CWaPE worden **benoemd** door de regering. Deze benoeming houdt risico's in ten aanzien van de onafhankelijkheid van de energieregulatoren indien er onvoldoende waarborgen zijn ingesteld die (louter) politieke benoemingen tegen gaan. Het moet vermeden worden dat een persoon wordt benoemd louter op basis van een politieke kleur, in plaats van een benoeming gebaseerd op de vereiste capaciteiten en deskundigheid. Op die

<sup>1649</sup> Interpretatieve Nota, 11.

<sup>1650</sup> Zie T. VANDEN BORRE, "De omzetting van de bepalingen inzake de onafhankelijke regulator - Op weg naar Luxemburg?" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX, *Jaarboek Energierecht 2010*, Antwerpen, Intersentia, (79) 98.

<sup>1651</sup> T. VANDEN BORRE, "De omzetting van de bepalingen inzake de onafhankelijke regulator - Op weg naar Luxemburg?" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX, *Jaarboek Energierecht 2010*, Antwerpen, Intersentia, (79) 99.

<sup>1652</sup> T. VANDEN BORRE, "De omzetting van de bepalingen inzake de onafhankelijke regulator - Op weg naar Luxemburg?" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX, *Jaarboek Energierecht 2010*, Antwerpen, Intersentia, (79) 99.

manier wordt immers vermeden dat deze politieke belangen doorsijpelen in de beslissingen genomen door de energieregulatoren. Daarom is het o.a. uiterst belangrijk dat het benoemingsproces zo transparant mogelijk verloopt en dat het parlement er een rol in krijgt. Bovendien lijkt het aangewezen om het parlement een stem te geven bij het benoemingsproces. De huidige politieke situatie neigt meer naar een "particratie" waarin politieke partijen en de uitvoerende macht meer gezag hebben dan het parlement. "Politieke benoemingen" door de regeringen in België zijn dan ook niet zo heel ongebruikelijk.<sup>1653</sup> Vooral in de media valt veel te lezen over politieke benoemingen bij bijvoorbeeld bepaalde Vlaamse extern verzelfstandigde agentschappen en openbare instellingen (VRT, De Lijn, VDAB,...) en federale overheidsbedrijven (Belgocontrol, NMBS,...).<sup>1654</sup> Maar ook de benoemingen bij bepaalde bij *onafhankelijke* instanties zoals het BIPT en de CREG kwamen onder vuur te liggen.<sup>1655</sup>

Dat er vragen gesteld worden bij de benoemingen van bestuurders, voorzitters of directeuren is logisch aangezien deze functies worden uitgeoefend binnen een gevoelig spanningsveld tussen politieke invloed, marktinvloed en de eigen onafhankelijkheid van de regulator. Dat deze vragen – door academici, door de media – worden gesteld is bovendien ook nodig aangezien het een extra transparantiewaarborg biedt. Op die manier wordt immers *publieke verantwoording* afgelegd door de politiek en de energieregulator. Zoals zal blijken zijn niet alle benoemingsprocedures immers even transparant en openbaar. Bepaalde achterliggende motieven zijn moeilijk te achterhalen zonder de media of academisch onderzoek. Een nagenoeg oncontroleerbaar benoemingsproces moet uitgesloten worden. Vandaar dat in dit onderzoek gepleit wordt voor een zo transparant mogelijk benoemingsproces waarbij elke mogelijke vorm van beïnvloeding blootgelegd kan worden en waarbij een afdoende motivering op basis van objectieve criteria gegeven moet worden over "het waarom" een kandidaat nu net benoemd wordt. Enkel op die manier kan de energieregulator legitimiteit putten uit zijn apolitieke expertisefunctie. De

<sup>1653</sup> R. VAN CAUWELAERT, "regering Di Rupo voert koehandel over politieke benoemingen", *Knack*, 19 februari 2012; <http://www.knack.be/nieuws/belgie/regering-di-rupo-voert-koehandel-over-politieke-benoemingen/article-normal-49470.html>; F. ANSEEL, "Daar zijn de politieke benoemingen weer", [http://www.standaard.be/cnt/dmf20140921\\_01279914](http://www.standaard.be/cnt/dmf20140921_01279914), *De Standaard*, 22 september 2014, S. DEMEULEMEESTER, "Politieke benoemingen: N-VA vervalt in oude Belgische achterkamerpolitiek", *Knack*, 7 mei 2015, <http://www.knack.be/nieuws/belgie/politieke-benoemingen-n-va-vervalt-in-oude-belgische-achterkamerpolitiek/article-normal-568569.html>; K. DE LOOR (sp.a), "De politieke benoemingen zijn terug van weggeweest (met dank aan N-VA)", *Knack*, 22 mei 2015, <http://www.knack.be/nieuws/belgie/de-politieke-benoemingen-zijn-terug-van-weggeweest-met-dank-aan-n-va/article-normal-572743.html>.

<sup>1654</sup> X, "Vooral N-VA-politici in Vlaamse bestuursraden gedropt", *De Morgen*, 18 juni 2015, <http://www.demorgen.be/binnenland/vooral-n-va-politici-in-vlaamse-bestuursraden-gedropt-bb77be19/>; S. DEMEULEMEESTER, "Politieke benoemingen: N-VA vervalt in oude Belgische achterkamerpolitiek", *Knack*, 7 mei 2015, <http://www.knack.be/nieuws/belgie/politieke-benoemingen-n-va-vervalt-in-oude-belgische-achterkamerpolitiek/article-normal-568569.html>; X, "De Wever pro politieke benoemingen: "Overheidsbedrijven zijn eigendom van democratie"", *De Morgen*, 6 mei 2015, <http://www.demorgen.be/binnenland/de-wever-pro-politieke-benoemingen-overheidsbedrijven-zijn-eigendom-van-democratie-bf742867/>.

<sup>1655</sup> S. GROMMEN, "Nieuwe Raad van BIPT van start", *Knack*, 24 november 2009, <http://datanews.knack.be/ict/nieuws/nieuwe-raad-van-bipt-van-start/article-normal-305295.html>; P. SERTYN, "Onafhankelijke Creg loopt op laatste benen", *De Standaard*, 4 januari 2013; X, "Benaming BIPT-voorzitter vernietigd", *Knack*, 23 januari 2013, <http://datanews.knack.be/ict/nieuws/benaming-bipt-voorzitter-vernietigd/article-normal-288503.html>.

doorslaggevende reden mag hierbij absoluut niet de politieke kleur of achtergrond van de kandidaat zijn. Bij voorkeur heeft de kandidaat weinig tot geen politieke achtergrond ("technocraat").

**511.** In de praktijk blijkt het echter niet evident om kandidaten te vinden die geheel onafhankelijk zijn van én de marktspelers én de politiek, zeker indien men posities in het verleden in acht neemt. Kandidaten voor dergelijke *onafhankelijke* functies bevinden zich immers sowieso binnen een zeer beperkte "pool", in een (relatief) kleine markt als de energiesector in België.

Het is bijgevolg niet mogelijk om te verwachten dat personen in dergelijke (hooggeplaatste) posities een volledig "onbeschreven blad" zijn: men moet de deskundigheid en de ervaring uiteraard ergens vandaan halen. Vaak is het immers zo dat gekwalificeerde personen een betrekking hadden bij een energieproducent, leverancier, netbeheerder of overheid. Gelet op de onafhankelijkheid dient dit in te houden dat deze vroegere banden, met een vorige werkgever, voor de **toekomst volledig doorgeknipt** moeten worden. Men mag dus niet *de facto* (nog) onder invloed staan van vorige werkgevers. Hierbij gaat het uiteraard om een intentie die nagenoeg onmogelijk op voorhand getoetst kan worden. Daarom is het cruciaal dat leden van een energieregulator geen cumulatieve, met elkaar onverenigbare functies uitoefenen. Onafhankelijkheid houdt voornamelijk neutraliteit in het heden in en heeft niet noodzakelijk betrekking op het verleden. Uiteraard moeten er voldoende waarborgen aanwezig zijn waaruit blijkt dat deze banden uit het verleden **effectief** zijn doorgeknipt. Intenties zijn echter moeilijk te bewijzen vandaar dat een grondig, openbaar en transparant selectie- en benoemingsproces gebaseerd op objectieve criteria essentieel is. Bij de benoeming van bestuurders of de aanstelling van het personeel moet het duidelijk zijn dat de **loyaliteit** van deze personen enkel en alleen bij de energieregulator ligt. Een schijn van afhankelijkheid en onpartijdigheid moet absoluut vermeden worden.

**512.** In onderstaande secties zal eerst het wetgevend kader inzake de benoemingsprocedures, belangenconflicten en onverenigbaarheden zoals het vandaag in voege is op het federaal en het gewestelijk niveau besproken worden. Aangezien de Europese liberaliseringsrichtlijnen weinig concrete indicaties bevatten omtrent hoe de benoemingsprocedures precies moet verlopen en welke belangenconflicten en onverenigbaarheden specifiek van toepassing zijn wordt de concrete uitwerking ervan immers overgelaten aan de nationale wetgevers.

#### 4.3.1. *Het wetgevend kader in België inzake benoemingsprocedures, belangenconflicten en onverenigbaarheden*

**513.** Bij de VREG bepaalt artikel art. 3.1.5, § 1 van het Energiedecreet momenteel nog dat de regulator wordt bestuurd door een raad van bestuur die is samengesteld uit minstens vijf leden, die door de Vlaamse regering worden aangesteld voor een vaste **termijn van vijf jaar, die eenmaal** kan worden verlengd. Art. 3.1.5, § 2 bepaalt dat de Vlaamse regering onder de leden van de raad van bestuur de voorzitter aanwijst. Paragraaf 3 stelt dat de door de Vlaamse regering voorgedragen leden van de raad van bestuur bij consensus onafhankelijke bestuurders kunnen coöpteren, voor een vaste termijn van vijf jaar, die eenmaal kan worden verlengd. Het aantal onafhankelijke bestuurders mag een vierde van het aantal stemgerechtigde leden van de raad van bestuur niet overschrijden. Het voorstel van decreet van 6 juni 2016 verandert de benoemingsprocedure. Het **Vlaams Parlement** wordt bevoegd om de leden van de raad van bestuur aan te stellen. Artikel 3.1.5, § 1 van het Energiedecreet zal bepalen: "De VREG wordt bestuurd door een raad van bestuur die uit **zeven leden** bestaat. De leden van de raad van bestuur worden aangewezen door het **Vlaams Parlement** voor een eenmalig hernieuwbare termijn van vijf jaar. De raad van bestuur kiest onder zijn leden een voorzitter. Paragraaf 2 zal bepalen dat ten hoogste twee derde van de leden van hetzelfde geslacht zijn.<sup>1656</sup> De benoemingsprocedure zal verlopen volgens de concrete procedure vastgelegd in artikel 10 van het Reglement van het Vlaams Parlement.<sup>1657</sup>

**514.** Het voorstel van decreet bepaalt ook dat de gedelegeerd bestuurder vervangen wordt door een **algemeen directeur**. Zo valt in het voorstel ook te lezen dat de algemeen directeur de vrijheid moet hebben om de werking van zijn organisatie zelf te organiseren, en bij te sturen waar nodig met het oog op maximale slagkracht van de regulator. Op die manier kan de directeur ervoor zorgen dat er geen verkokering optreedt in de organisatie. Het voorstel van decreet geeft de algemeen directeur de mogelijkheid om een directieteam samen te stellen (art. 14). De algemeen directeur staat in een hiërarchische relatie tot het directieteam en de werknemers van de VREG, om de brugfunctie te kunnen waarnemen tussen de raad van bestuur en de operationele werking van de VREG.<sup>1658</sup> De algemeen directeur wordt **benoemd** en ontslagen door de raad van bestuur (art. 12), voor een termijn van 6 jaar. Deze termijn is verschillend ten opzichte van deze van de raad van bestuur teneinde continuïteit te verzekeren in de leidinggevende posities van de VREG. De verschillende termijn stelt ook impliciet een roulering in (*infra* nr. 518). De algemeen directeur woont de vergaderingen van de raad van bestuur bij met raadgevende stem. In

---

<sup>1656</sup> Voorstel van decreet van het Vlaamse Gewest houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de oprichting en de organisatie van de regulator betreft, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16 nr. 812/1, 11.

<sup>1657</sup> Voorstel van decreet van het Vlaamse Gewest houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de oprichting en de organisatie van de regulator betreft, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16 nr. 812/1, 4: Alle verkiezingen en voordrachten die het Vlaams Parlement verricht, gebeuren overeenkomstig de evenredige vertegenwoordiging. De kandidaten worden voorgedragen door de fracties. De fracties respecteren daarbij de bepaling die stelt dat ten hoogste twee derde van de leden van hetzelfde geslacht zijn. Zie het Reglement van het Vlaams Parlement, <https://docs.vlaamsparlement.be/docs/stukken/2014/g7-1.pdf>, laatst geconsulteerd op 26 augustus 2016.

<sup>1658</sup> Voorstel van decreet van het Vlaamse Gewest houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de oprichting en de organisatie van de regulator betreft, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16 nr. 812/1, 6.

tegenstelling tot de gedelegeerd bestuurder beschikt de algemeen directeur dus niet meer over een stemrecht. Artikel 30 van het voorstel bepaalt dan ook dat het stemrecht van de gedelegeerd bestuurder in de raad van bestuur vervalt zodra de raad van bestuur uitgebreid is.<sup>1659</sup>

**515.** De bevoegdheden van de algemeen directeur worden beknot ten voordele van de raad van bestuur. Het voorstel van decreet van 6 juni 2016 breidt immers de lijst met **niet-delegeerbare** taken uit. De raad van bestuur beschikt in dit geval over de volheid van bevoegdheid. Het voorstel stelt dat de "**strategisch** belangrijke beslissingen als het opstellen van de tariefmethodologie, de tariefstructuur en het technisch reglement" worden toegevoegd aan de lijst van niet-delegeerbare bevoegdheden van de raad van bestuur.<sup>1660</sup> Deze lijst van niet-delegeerbare bevoegdheden zou volgens het voorstel niet verhinderen dat de algemeen directeur en zijn directieteam een voorbereidende rol kunnen spelen in de opmaak van deze strategisch belangrijke beslissingen. De eindbeslissing ligt evenwel "in ieder geval" bij de raad van bestuur. De uitbreiding van deze lijst met de strategisch belangrijke beslissingen is niet noodzakelijk een positieve evolutie gelet op het feit dat het parlement via deze uitbreiding een politieke invloed zou kunnen trachten uit te oefenen op de tariefbevoegdheid van de regulator indien de benoemingen van de raad via de fracties zouden plaatsvinden (zie hierover *infra* nr. 899).<sup>1661</sup>

**516.** Wat de belangenconflicten en onverenigbaarheden betreffen stelt artikel 3.1.7, § 1 van het Energiedecreet dat het mandaat van bestuurder van de VREG onverenigbaar is met:

"1° iedere functie of activiteit, al dan niet bezoldigd, ten dienste van een neteigenaar, een netbeheerder, een producent die geen zelfopwekker is, een aardgasinvoerder, de beheerder van het transmissienet, de beheerder van het vervoersnet, een werkmaatschappij, een leverancier, een bevrachter of een evenwichtsverantwoordelijke; 2° het bezit van aandelen, of andere met aandelen gelijk te stellen waardepapieren, uitgegeven door een neteigenaar of marktpartij, of het bezit van financiële instrumenten die het mogelijk maken om dergelijke aandelen of waardepapieren te verwerven of over te dragen, of die aanleiding geven tot een betaling in contanten die hoofdzakelijk afhankelijk is van de evolutie van de waarde van dergelijke aandelen of waardepapieren; 3° het lidmaatschap van de wetgevende kamers, het Europees Parlement en de gemeenschaps- en gewestraden; 4° de functie of het ambt van minister, staatssecretaris, het lidmaatschap van een gewest- of

<sup>1659</sup> Voorstel van decreet van het Vlaamse Gewest houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de oprichting en de organisatie van de regulator betreft, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16 nr. 812/1, 15.

<sup>1660</sup> Art. 3.1.8. De raad van bestuur beschikt over de volheid van bestuursbevoegdheid en beslist in alle aangelegenheden waarvoor de VREG krachtens dit decreet bevoegd is. Tot de bevoegdheden van de raad van bestuur, waarvoor geen delegatie mogelijk is, behoren, naast de bevoegdheden in andere decreten, in elk geval: 1° het goedkeuren van het ontwerp van begroting en van de rekeningen; 2° het vaststellen en goedkeuren van een jaarrapport over de uitvoering van het ondernemingsplan; 3° het beslissen over de deelname van de VREG aan de oprichting van of de deelname in andere publiek- of privaatrechtelijke rechtspersonen, het bestuur of de leiding en de financiering van die rechtspersonen; 4° het sluiten van samenwerkingsovereenkomsten en het tot stand brengen van duurzame samenwerkingsverbanden met andere regulatoren en instanties die werkzaam zijn binnen de Vlaamse, Waalse, Brussels Hoofdstedelijke, Belgische en Europese elektriciteits- en aardgasmarkt; 5° het vaststellen en bepalen van de tariefmethodologie overeenkomstig de bepaling zoals opgenomen in afdeling XII van het Energiedecreet; 6° het vaststellen en bepalen van de tariefstructuur; 7° het goedkeuren van de technische reglementen.

<sup>1661</sup> Voorstel van decreet van het Vlaamse Gewest houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de oprichting en de organisatie van de regulator betreft, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16 nr. 812/1, 5; DE DEYNE, L., "VREG naar Vlaams parlement: onvoldoende garanties voor onafhankelijkheid", *De Juristenkrant* 2016, nr. 338, 10.

gemeenschapsregering, het lidmaatschap van het kabinet van een lid van de Federale Regering of van een gemeenschaps- of gewestregering, het lidmaatschap van de bestendige deputatie van de provincieraden en het lidmaatschap van het college van burgemeester en schepenen van een gemeente; 5° een functie in de VREG, de gedelegeerd bestuurder [toekomst: algemeen directeur] uitgezonderd; 6° een functie in een departement of een ander agentschap van de federale of gewestelijke overheid".<sup>1662</sup>

Het verbod, vermeld in artikel 3.1.7, §1, 1° blijft gedurende één jaar na afloop van het mandaat bij de VREG van kracht.

Wanneer een bestuurder de bepalingen in paragraaf 1 overtreedt, dan beschikt hij of zij over een termijn van drie maanden om de mandaten of functies die tot de onverenigbaarheid aanleiding geven, neer te leggen.<sup>1663</sup> Wanneer de bestuurder nalaat om zelf de onverenigbare mandaten of functies neer te leggen dan wordt hij na afloop van de termijn van drie maanden, van rechtswege geacht zijn mandaat bij de VREG te hebben neergelegd, zonder dat het afbreuk doet aan de rechtsgeldigheid van de handelingen die hij inmiddels heeft gesteld of van de beraadslagingen waaraan hij inmiddels heeft deelgenomen.<sup>1664</sup>

**517.** Wat de belangenconflicten betreft wordt in de bijlage (integriteitsverklaring) bij het huishoudelijk reglement<sup>1665</sup> van de VREG vermeld dat "als een bestuurder, rechtstreeks of onrechtstreeks, een belang van vermogensrechtelijk aard heeft dat strijdig is met een beslissing of een verrichting die tot de bevoegdheid behoort van de raad van bestuur, mag hij niet deelnemen aan de beraadslagingen van de raad van bestuur over deze verrichtingen of beslissingen, noch aan de stemming in dat verband".<sup>1666</sup> Deze integriteitsverklaring bevat ook de bepalingen uit artikel 3.1.7 van het Energiedecreet en moet ondertekend worden door elke bestuurder.

**518.** Bij de VREG moet worden opgemerkt dat **geen expliciet rouleringsschema** is opgenomen zoals verplicht moet worden ingesteld onder artikel 35(5) lid 2 van de richtlijn.<sup>1667</sup> Enkel de gedeleerd bestuurder is op een ander moment benoemd dan de raad van Bestuur. In de toekomst zal er ook *de jure* geen rouleringsschema in het decreet worden ingeschreven.<sup>1668</sup> *De facto* zal er evenwel een roulering bestaan aangezien overgangsbepalingen een dergelijk rouleringsschema tot stand brengen. De huidige leden van de raad van Bestuur

<sup>1662</sup> Dezelfde onverenigbaarheden gelden voor het uitoefenen van een functie als werknemer van de VREG, met uitzondering van 5° (zie artikel 3.1.12/1).

<sup>1663</sup> Artikel 3.1.7, §2, lid 1 van het Energiedecreet.

<sup>1664</sup> Artikel 3.1.7, §2, lid 2 van het Energiedecreet.

<sup>1665</sup> Huishoudelijk reglement van de Raad van Bestuur van de VREG, BS 3 mei 2012.

<sup>1666</sup> Artikel 19 van het kaderdecreet bestuurlijk beleid van 18 juli 2003.

<sup>1667</sup> Artikel 35(5) lid 2 van de richtlijn en artikel 39(5) lid 2 van de richtlijn 2009/73/EG: "In verband met punt b) van de eerste alinea, voorzien de lidstaten in een adequaat rouleringsschema voor het bestuur of de hogere leiding".

<sup>1668</sup> Voorstel van decreet van het Vlaamse Gewest houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de oprichting en de organisatie van de regulator betreft, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16 nr. 812/1, 4 en 8: "Het voorstel van decreet heeft deze bepaling omgezet zonder te voorzien in een expliciete opname van een rouleringsschema. [...]. Er is voor gekozen om geen expliciet roulatieschema op te nemen in het voorliggende voorstel van decreet".

blijven hun taken immers uitoefenen tot hun mandaat verloopt, terwijl er drie nieuwe leden bij worden benoemd.<sup>1669</sup>

**519.** Voor Brugel bepaalt artikel 30ter, § 1 van de Elektriciteitsordonnantie dat de regulator wordt beheerd door een bestuursraad samengesteld uit vijf bestuurders, waaronder een voorzitter, benoemd door de **regering** voor een mandaat van vijf jaar, die eenmaal hernieuwbaar is. De hernieuwing van de mandaten is verschillend in de tijd teneinde tenminste een bestuurder te behouden, met het oog op de verzekering van de continuïteit van Brugel. Bij Brugel is er dus wel sprake van een **rouleringsschema**.<sup>1670</sup> Artikel 30ter, § 2 van de Elektriciteitsordonnantie bepaalt dat de selectie van de bestuurders gebeurt op voordracht van een jury van drie leden, die zijn aangeduid door de regering. Elk jurylid oefent een hoge functie uit in de elektriciteits- of gasector, of een hoge functie in de regulering van netwerkmarkten zoals de telecommunicatie, de spoorwegen of de postdiensten, of behoort tot het academische personeel van een universiteit, begrijpt de Franse en Nederlandse taal en leeft de in artikel 35quinquies, § 2 bedoelde incompatibiliteitsregels betreffende de bestuurders van Brugel na. De kandidatuuroproep voor bestuurders wordt in het *Belgisch Staatsblad* gepubliceerd alsook in vier Belgische dagbladen die op landelijk niveau verspreid worden. Op basis van het dossier van de kandidaten, doet de jury een eerste selectie. De jury kan besluiten een proef te organiseren die bestaat uit een casestudie, voor de weerhouden kandidaten. De weerhouden kandidaten worden door de jury uitgenodigd voor een gesprek (art. 30ter, § 3).<sup>1671</sup> Toekomstige bestuurders

<sup>1669</sup> Voorstel van decreet van het Vlaamse Gewest houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de oprichting en de organisatie van de regulator betreft, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16 nr. 812/1, 15: "Art. 28. De leden van de raad van bestuur blijven lid van de raad van bestuur en voleinden hun lopend mandaat. Zij kunnen herbenoemd worden voor een termijn van vijf jaar, tenzij hun mandaat reeds vernieuwd werd. [...] Art. 32. Het Vlaams Parlement stelt na de inwerkingtreding van dit decreet zo spoedig mogelijk drie nieuwe leden aan in de raad van bestuur".

<sup>1670</sup> Ook dit zou echter (nog) niet geheel adequaat functioneren, zie hierover volgende opmerking van de Raad van State: Adv.RvS. nr. 49.491/3 bij ontwerp van ordonnantie tot wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en van de ordonnantie van 12 december 1991 houdende oprichting van begrotingsfondsen, *Parl.St.* Bru.Parl. 2010-2011, A-201/1, 107: "In artikel 35, lid 5, eerste alinea, b), van richtlijn 2009/72/EG wordt bepaald dat de leden van het bestuur van de regulerende instantie, of bij afwezigheid van een bestuur, de hogere leiding van de regulerende instantie, worden aangesteld voor een vaste termijn van vijf tot zeven jaar, die eenmaal kan worden verlengd. Artikel 35, lid 5, tweede alinea, van dezelfde richtlijn voegt daaraan toe dat de lidstaten dienen te voorzien in een adequaat rouleringsschema voor het bestuur of de hogere leiding. Met het ontworpen artikel 30ter, tweede lid (artikel 51 van het ontwerp), wordt beoogd aan dat voorschrift tegemoet te komen. Luidens die bepaling is « de hernieuwing van de mandaten [...] verschillend in de tijd teneinde ten minste een bestuurder te behouden, met het oog op de verzekering van de continuïteit van Brugel ». Hieromtrent om nadere toelichting gevraagd, heeft de gemachtigde het volgende geantwoord: « De roulatie wordt gewaarborgd door het feit dat alle bestuurders niet op dezelfde datum werden benoemd. Bovendien, onze interpretatie is dat om de roulatie mogelijk te maken de huidige bestuurders tot het einde van hun mandaat aanblijven. ». De ontworpen bepaling bevat geen objectief criterium om uit te maken welke mandaten desgevallend zullen worden verlengd of verkort teneinde onmiddellijk een systeem van gedeeltelijke hernieuwing in te voeren en verder toe te passen. Er moet in de ordonnantie een « adequaat rouleringsschema » worden opgenomen waarbij op een objectieve wijze wordt tegemoetgekomen aan het vereiste van de richtlijn". De Raad herhaalt deze kritiek in Avd.RvS. nr. 55.179 bij ontwerp van ordonnantie tot wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en van de ordonnantie van 1 april 2004 betreffende de organisatie van de gasmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, betreffende wegensretributies inzake gas en elektriciteit en houdende wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, *Parl.St.* Bru.Parl. 2013-2014, A-534/1, 57.

<sup>1671</sup> Voor iedere functie, kent de jury aan de kandidaten een van de volgende vermeldingen toe: A: volledig geschikt voor de functie; B: geschikt voor de functie; C: niet geschikt voor de functie. De selectie gebeurt tussen de kandidaten die vermelding A of B kregen, rekening houdende met hun complementariteit. De namen van de niet-weerhouden kandidaten worden niet gepubliceerd.



moeten voldoen aan een aantal voorwaarden om benoemd te kunnen worden.<sup>1672</sup>

**520.** Wat de onverenigbaarheden bij Brugel betreft vermeldt artikel 30*quinquies*, § 2 van de Elektriciteitsordonnantie dat de bestuurders van Brugel, net zoals het personeel van Brugel, geen andere functies mogen uitoefenen die de onafhankelijke – en meer bepaald hun onafhankelijkheid ten opzichte van ieder commercieel belang in verband met de elektriciteits- en gassector – en objectieve uitoefening van hun mandaat of hun functie op het spel zouden kunnen zetten. Onverenigbaar met het mandaat van voorzitter of van bestuurder van Brugel, zijn 1° de functies van Minister, Staatssecretaris, lid van een ministerieel kabinet of lid van een parlementaire vergadering, 2° alsook van om het even welke, al dan niet bezoldigd, activiteit of mandaat ten voordele van een producent, een netbeheerder, een leverancier of een tussenpersoon of 3° aandelen of andere belangen houden in gas- of elektriciteitsondernemingen, of 4° werken, met inbegrip van deeltijds of als deskundige, in een gas- of elektriciteitsonderneming. Bovendien is het verboden om een activiteit of een mandaat uit te oefenen, al dan niet bezoldigd, ten voordele van een producent, een netbeheerder, een leverancier of een tussenpersoon **binnen de twee jaar** na het aflopen van het mandaat van voorzitter of van bestuurder van Brugel. Deze lijst met onverenigbaarheden is betrekkelijk korter dan de lijst bij de VREG. Zo worden “het lidmaatschap van de bestendige deputatie van de provincieraden en het lidmaatschap van het college van burgemeester en schepenen van een gemeente” niet vermeld en ook “een functie in een departement of een ander agentschap van de federale of gewestelijke overheid” niet. Beiden zouden moeten worden opgenomen in de ordonnantie. Ook de lijst met marktspelers lijkt bij de VREG veel uitgebreider of toch zeker duidelijker aangezien het niet evident is wat verstaan moet worden onder de term “tussenpersoon”.<sup>1673</sup> Bij de verwijzing naar de “aandelen of andere belangen

<sup>1672</sup> Artikel 30ter, § 4 van de Elektriciteitsordonnantie: “De bestuurders: 1° vertonen een gedrag dat overeenstemt met de functievereisten; 2° zijn houder van een diploma van hoger onderwijs van het lange type of van de tweede cyclus van het universitair onderwijs, of kunnen een ervaring voorleggen van ten minste 10 jaar binnen het domein van elektriciteit en gas; 3° hebben een goede kennis van de milieu-, sociale, economische en institutionele toestand van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest; 4° hebben diepgaande kennis van de elektriciteit en gassector met betrekking tot ten minste een van de volgende aspecten: gastechniek, elektriciteitstechniek, juridische aspecten, organisatie, financiën, bescherming van de gebruiker, mededinging, groene elektriciteit; en zo niet binnen het domein van de regulering van de netwerkmakten, zoals de telecommunicatie, de spoorwegen of de postdiensten; 5° beschikken over de capaciteit om de elektriciteits- en gasmarkt binnen een stedelijke omgeving te kunnen inschatten, meer bepaald de sociale, economische en milieudimensie; 6° geven blijk van belangstelling voor het algemene belang, onafhankelijkheid ten opzichte van de spelers van de energiemarkt, en de energiebezorgdheden, met inbegrip van de duurzame ontwikkeling en de milieubescherming; 7° kunnen in een multidisciplinair team werken; 8° zijn voldoende beschikbaar om de functie te kunnen uitoefenen, met inbegrip van de voorbereiding van de vergaderingen; 9° begrijpen de Franse en Nederlandse taal. De voorzitter van de bestuursraad naast voorwaarden 1°, 2°, 3°, 5°, 6°, 7°, 8° hierboven: 1° heeft diepgaande kennis van de elektriciteits- en gassector met betrekking tot minstens vijf van de volgende aspecten: gastechniek, elektriciteitstechniek, juridische aspecten, organisatie, financiën, bescherming van de gebruiker, mededinging, groene elektriciteit; 2° begrijpt de Nederlandse, Franse en Engelse taal”.

<sup>1673</sup> Artikel 2 van de ordonnantie geeft geen definitie en ook de parlementaire voorbereiding bij de wijzigingsordonnantie van 14 december 2006 gaat hier niet op in, zie Ontwerp van ordonnantie tot wijziging van de ordonnanties van 19 juli 2001 en van 1 april 2004 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en de gasmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en tot opheffing van de ordonnantie van 11 juli 1991 met betrekking tot het recht op een minimumlevering van elektriciteit en de ordonnantie van 11 maart 1999 tot vaststelling van de maatregelen ter voorkoming van de schorsingen van de gaslevering voor huishoudelijk gebruik, *Parl.St. Bru.Parl. 2006-2007, A-308/1, 103 en 139*. Er kan wel verwezen worden naar artikel 2, 15° van de Elektriciteitswet: een tussenpersoon is “elke

houden in gas- of elektriciteitsondernemingen” verdient het de aanbeveling om ook de netbeheerder apart te vermelden. Het huishoudelijk reglement bevat de procedure inzake belangenconflicten.<sup>1674</sup>

**521.** Bij de CWAPE bepaalt artikel 45 van het Waals Elektriciteitsdecreet de benoemingsprocedure. De CWAPE bestaat uit een voorzitter en vier directeurs onder wie een vice-voorzitter, benoemd door de **regering**, na een openbare oproep tot kandidaten voor een **termijn van vijf jaar die eenmaal** vernieuwbaar is.<sup>1675</sup> De voorzitter en de directeurs worden gekozen op basis van hun bevoegdheden. Ze nemen hun functie pas waar nadat ze de eed afgelegd hebben bij de minister en de minister-President. Deze eedaflegging is onverenigbaar met de Europese onafhankelijkheidsvereisten en moet geschrapt worden. De loyaliteit van de directeurs moet immers niet bij de minister en de minister-President liggen. Artikel 45, § 2 bepaalt dat:

“[...] de voorzitter en de directeurs onder wie de vice-voorzitter, zijn aangewezen door de regering op basis van een SELOR procedure en op voordracht van een selectiejury die samengesteld is als volg: 1° de bestuurder van SELOR of diens afgevaardigde; 2° voor de betrekkingen van directeur, *drie leden* met de volgende profielen, onder wie minstens één lid in elk profiel: A. één of twee leden, hetzij: - een hoge functie uitoefenen of uitgeoefend hebben in de regulering van netmarkten zoals de telecommunicatie, de spoorwegen of de postdiensten - tot het academische personeel behoren van een universiteit; B. één of twee leden die een hoge functie in de elektriciteits- of gasector uitgeoefend hebben; 3° voor de posten van voorzitter en vice-voorzitter, twee leden met respectievelijk de profielen bedoeld in 2° en een lid met een hoge functie in de openbare sector. In het kader van hun opdrachten nemen de juryleden de vertrouwelijkheidsregels in acht en zijn ze gehouden tot het beroepsgeheim”.

**522.** Artikel 45, § 2*bis* stelt dat de kandidatuuroproep, samen met de opdrachtbrief voor de voorzitter, de vice-voorzitter en de directeurs, door de regering wordt goedgekeurd en in het Belgisch Staatsblad wordt bekendgemaakt, alsook in vier Belgische dagbladen die op landelijk niveau verspreid worden. Een minimumtermijn van dertig kalenderdagen en van maximum 45 kalenderdagen is voorzien tussen de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad en de einddatum voor indiening van de kandidaturen. SELOR onderzoekt de ontvankelijkheidsvoorwaarden van de kandidaturen opgenomen in de kandidatuuroproep. Hij weigert de kandidaten waarvan het dossier niet

---

natuurlijke of rechtspersoon die elektriciteit koopt met het oog op de doorverkoop ervan, behalve een producent of een distributienetbeheerder”.

<sup>1674</sup> Artikel 6, § 1 van het huishoudelijk reglement: “Elk lid van de raad van bestuur dat mogelijks een belangenconflict heeft met betrekking tot een dossier dat op de agenda staat, moet dit spontaan melden aan de raad van bestuur. In dit geval erkent de raad van bestuur dat er een belangenconflict is, trekt het lid zich terug uit de debatten en onthoudt zich van stemming over dit punt”; Art. 6, § 2: “Een belangenconflict bestaat met name wanneer een bestuurder een belang van vermogensrechtelijke aard heeft dat strijdig is met een beslissing of een verrichting die tot de bevoegdheid behoort van de raad van bestuur, zoals bedoeld door artikel 523 van het Wetboek van Vennootschappen. Elke bestuurder die eveneens opdrachthouder is, trekt zich terug uit de raad van bestuur in geval van: beraadslaging over de periodieke evaluatie van de coördinator van de opdrachthouders of van een opdrachthouder in overeenstemming met artikel 13 van het reglement; beraadslaging over de aanstelling van de coördinator van de opdrachthouders”. Zie <http://www.brugel.be/files/media/SIGI/528f19f189dc1.pdf>, laatst geconsulteerd op 12 februari 2016.

<sup>1675</sup> Artikel 45, § 2*quinquies* van het Waals Elektriciteitsdecreet: “In afwijking van de paragrafen 2 tot 2*quater*, na afloop van een eerste mandaat, wordt de verlenging van een mandaat van voorzitter of directeur, onder wie de vice-voorzitter, onderworpen aan een voorafgaande evaluatie uitgevoerd door een jury samengesteld door de Bestuurder van SELOR, de Minister, de Minister-President, of hun afgevaardigden, en volgens de evaluatieprocedure van titel VIII van de Ambtenarencode”.

voldoet aan de voorwaarden vereist om de functie uit te oefenen. Om geldig in aanmerking te komen, moeten de kandidaten aan verschillende ontvankelijkheidscriteria voldoen.<sup>1676</sup> De voorzitter en de directeurs, onder wie de vice-voorzitter, zijn aangewezen door regering na afloop van de SELOR procedure.<sup>1677</sup>

**523.** De onverenigbaarheden worden opgesomd in artikel 45*bis* van het Waals Elektriciteitsdecreet, dat werd ingevoerd door het decreet van 11 april 2014.<sup>1678</sup> Paragraaf § 1 stelt dat de leden van de wetgevende Kamers, van het Europees Parlement en van de parlementen van de Gemeenschappen en de Gewesten, de Ministers, de Staatssecretarissen, de leden van een gemeenschaps- of gewestregering, de leden van een provinciale of gemeentelijke executieve, alsook de leden van de intercommunales die actief zijn in de energiedistributie, de functies van voorzitter of directeur niet mogen uitoefenen. In tegenstelling tot bij de andere regulatoren worden ook de leden van de **intercommunales** uitdrukkelijk vermeld, hetgeen positief is. Het strekt dan ook tot de aanbeveling op dit voor alle regulatoren te bepalen. Het lidmaatschap van het kabinet wordt evenwel niet vermeldt, net als het uitoefenen van een functie in een departement of een ander agentschap. Dergelijke functies zijn evenwel ook onverenigbaar met een functie bij de regulator en moeten dan ook worden opgenomen in het decreet. Paragraaf 2 heeft betrekking op activiteiten bij de marktspelers.<sup>1679</sup>

---

<sup>1676</sup> Artikel 45, § 2*ter* van het Waals Elektriciteitsdecreet: "1° de burgerlijke en politieke rechten genieten; 2° houder zijn van het diploma van het hoger onderwijs van het lange type of van de tweede cyclus van het universitair onderwijs; De kandidaten zullen worden beoordeeld op basis van de volgende selectiecriteria : 1° een ervaring voorleggen van minstens vijf jaar op het gebied van elektriciteit en gas of op het gebied van de netmarkten zoals de telecommunicatie, de spoorwegen of de postdiensten; 2° over de nodige managementvaardigheden beschikken; 3° in een multidisciplinair team kunnen werken; 4° naast het Frans, een degelijke kennis van het Nederlands en het Engels kunnen aantonen; 5° blijk geven van belangstelling voor het algemene belang, onafhankelijkheid ten opzichte van de spelers van de energiemarkt, en de energiebezorgdheden, met inbegrip van de duurzame ontwikkeling; 6° een goede kennis hebben van de institutionele, economische, sociale en milieutoestand van het Waalse Gewest, België en op Europees vlak; 7° een diepgaande kennis hebben van de elektriciteit en gasector met betrekking tot ten minste een van de volgende aspecten, in functie van de in te vullen posten : a) werking van de elektriciteit en gasector; b) juridisch, bescherming van de gebruiker, mededinging; c) tarifair, economisch, financieel, openbare dienstverplichting; d) bevordering van de hernieuwbare energieën en markten van de groene certificaten; of, bij gebrek, in de netmarkten zoals de telecommunicatie, de spoorwegen of de postdiensten; 8° beschikken over de capaciteit om de elektriciteits- en gasmarkt te ontleden en in te schatten, meer bepaald de sociale, economische en milieudimensie. De kandidaat voor de post van voorzitter voldoet bovendien aan de volgende voorwaarden : 1° over minstens vijf jaar ervaring beschikken inzake vertegenwoordiging van een instelling naar de buitenwereld toe; 2° over een bijkomende ervaring van minstens vijf jaar beschikken in het teambeheer en in onderhandelingen; 3° over een ervaring beschikken in het leiden van beheersorganen".

<sup>1677</sup> Artikel 45, § 2*quater* van het Waals Elektriciteitsdecreet: "Voor iedere functie, kent de jury aan de kandidaten een van de volgende vermeldingen toe : 1° volledig geschikt voor de functie; 2° geschikt voor de functie; 3° niet geschikt voor de functie. De regering benoemt de voorzitter en de directeurs, onder wie de vice-voorzitter, uit de kandidaten die de vermelding "volledig geschikt voor de functie" of "geschikt voor de functie" hebben gekregen, rekening houdend met hun complementariteiten inzake vaardigheden en expertise. De regering motiveert zijn beslissing en brengt de kandidaten daarvan op de hoogte. De namen van de niet-weerhouden kandidaten worden niet bekendgemaakt".

<sup>1678</sup> Het artikel werd ingevoerd door het decreet van 11 april 2014 tot wijziging van het decreet van 12 april 2001 betreffende de organisatie van de gewestelijke elektriciteitsmarkt, *BS* 17 juni 2014.

<sup>1679</sup> Artikel 45*bis*, § 2 van het Waals Elektriciteitsdecreet: "De leden van het directiecomité mogen geen enkele functie of activiteit, bezoldigd of niet, uitoefenen in dienst van de netbeheerder, van een producent, van een leverancier of van een tussenpersoon die actief is in de energiesector. Het verbod bedoeld in het eerste lid blijft bestaan gedurende een jaar na het einde van het mandaat van de houder".

Artikel 45bis, § 3 voegt hier nog een algemene bepaling aan toe, waardoor nagenoeg elke vorm van onverenigbaarheid of belangenvermenging zou moeten worden uitgesloten:

“Behalve de onverenigbaarheden bedoeld in paragraaf 2, mogen de voorzitter en de directeurs, onder wie de vice-voorzitter, zonder voorafgaandelijke instemming van het directiecomité, **geen enkele bezoldigde beroepsactiviteit die niet behoort tot hun mandaat uitoefenen**, noch tussenkomen als personeelslid van een ander bedrijf voor activiteiten die niet tot hun mandaat behoren. Een dergelijke activiteit mag in ieder geval niet worden uitgeoefend ten nadele van de taken die verbonden zijn met de uitoefening van hun mandaat van voorzitter of directeur”.

Wat het nut is van dergelijke bepaling is niet duidelijk aangezien aangenomen moet worden dat indien *voorafgaandelijke instemming* is verkregen het uitoefenen van een andere bezoldigde beroepsactiviteit wel mogelijk is, terwijl de Interpretatieve Nota verduidelijkt dat de onafhankelijkheidsvereisten uit de richtlijnen het onmogelijk maken om parttime ergens elders bezoldigd te zijn.<sup>1680</sup> Artikel 45bis, § 4 bepaalt de financiële onverenigbaarheden.<sup>1681</sup> Wat de belangenconflicten betreft bepaalt artikel 45bis, § 5 de geldende regeling.<sup>1682</sup>

**524.** De benoemingsprocedure bij de **CREG** staat beschreven in artikel 24 van de Elektriciteitswet. Artikel 24, § 2, lid 2 van de Elektriciteitswet bepaalt dat het directiecomité bestaat uit een voorzitter en drie andere leden, benoemd bij een in Ministerraad overlegd KB voor een **eenmaal hernieuwbare termijn van zes jaar**. Bij de oprichting van de CREG werd een rouleringsschema, zoals voorschreven door de richtlijnen, toegepast: twee leden van het Directiecomité (dat toen zes leden telde) werden slechts voor drie jaar (in plaats van zes) benoemd. In 2007 werd het aantal leden van het Directiecomité van zes naar vier teruggebracht. Hiermee werd eveneens het rouleringsschema verlaten. Het Rekenhof merkt op dat sindsdien het gehele Directiecomité, in strijd met de Europese richtlijnen, op hetzelfde ogenblik wordt hernieuwd.<sup>1683</sup> Ook dit kan aanleiding geven tot politieke benoemingen (bijvoorbeeld bij het aantreden van een nieuwe regering) en dient bijgevolg te worden aangepast. Een volledige

<sup>1680</sup> Interpretatieve Nota, pagina 7: “The new independence requirement applies to all staff and persons responsible for their management, independently of whether the staff and management hold full-time or part-time positions within the NRA, as the text of the Electricity and Gas Directives itself does not provide for such a distinction. In practice, the requirement of having to be independent from any private or public entity may make it impossible for NRA’s staff or management to work part-time for the regulator and part-time in the private or public sector. E.g. an academic could, at first sight, be qualified to act as an independent non-permanent staff or management or board member; however, if the academic also regularly undertakes studies for the energy sector, this could question whether the required independence from any market interest is met”.

<sup>1681</sup> Artikel 45bis, § 4 van het Waals Elektriciteitsdecreet: “De leden van het directiecomité van de CWaPE mogen geen aandelen, of andere met aandelen gelijk te stellen waardepapieren, uitgegeven door een producent, een leverancier of een tussenpersoon die actief is in de energiesector, bezitten, noch financiële instrumenten die de mogelijkheid bieden om dergelijke aandelen of waardepapieren bij voorkeur te verwerven of over te dragen, of die aanleiding geven tot een betaling in contanten welke hoofdzakelijk afhankelijk is van de evolutie van de waarde van dergelijke aandelen of waardepapieren”.

<sup>1682</sup> Artikel 45bis, § 5 van het Waals Elektriciteitsdecreet: “Indien de voorzitter, de vice-voorzitter of een directeur, rechtstreeks of onrechtstreeks, een belang heeft bij de aanneming van een beslissing, een advies of een andere akte die onder de CWaPE ressorteert, mag hij de betreffende beraadslagingen van het directiecomité niet bijwonen, noch deelnemen aan de stemming. Hij moet de overige leden van het directiecomité hierover vooraf inlichten. Het proces-verbaal van de vergadering maakt daarvan melding”.

<sup>1683</sup> Rekenhof, “Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)”, Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 37.

nieuw ploeg bestuurders, "aangepast" aan de nieuwe regeringspartijen, komt de legitimiteit van de energieregulator namelijk niet ten goede.

**525.** De specifieke **benoemingsprocedure** bij de CREG is opgenomen in een KB 13 juli 2012.<sup>1684</sup> Artikel 3 van het KB bepaalt dat de oproep tot kandidaatstelling wordt uitgeschreven door de minister bevoegd voor energie. De oproep tot kandidaatstelling wordt gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad*. De kandidaturen worden ingediend bij SELOR, Selectiebureau van de Federale Overheid, die de toelaatbaarheid ervan onderzoekt. Alle door SELOR toelaatbaar verklaarde kandidaturen worden overgemaakt aan de selectiecommissie van SELOR.<sup>1685</sup> De kandidaten wier kandidatuur toelaatbaar werd verklaard, leggen voor de selectiecommissie een mondelinge proef af, uitgaande van een praktijkgeval dat verband houdt met de vacante functie. Deze proef heeft tot doel zowel de competenties die eigen zijn aan de uit te oefenen functie als de vaardigheden die vereist zijn voor de uitoefening van de betreffende functie te evalueren (art. 5, § 1). De mondelinge proef wordt voorafgegaan door geïnformatiseerde testen, die door SELOR worden georganiseerd en die ertoe strekken de organisatorische en de managementvaardigheden van de kandidaten alsook hun persoonlijkheid te testen (art. 5, § 2). De verkregen resultaten van de testen worden meegedeeld aan de selectiecommissie die als enige de resultaten ervan beoordeelt en evalueert (art. 5, § 3).

**526.** Artikel 7 vervolgt dat na afloop van de testen, de proeven en de vergelijking van de titels en merites van de kandidaten door SELOR, de kandidaten worden ingeschreven in de groep "geschikt" of in de groep "niet geschikt". Die inschrijving wordt gemotiveerd. De kandidaten worden in kennis gesteld van hun inschrijving in een van de groepen. Die inschrijving wordt door SELOR aan de minister toegestuurd in de vorm van een lijst met de kandidaten die geschikt zijn bevonden voor de vacante betrekking. Vervolgens wordt door de minister een bijkomend gesprek georganiseerd met de kandidaten van de groep "geschikten" ten einde hen onderling te vergelijken met betrekking tot hun specifieke competenties, hun relationele vaardigheden en hun leidinggevende capaciteiten vergeleken met de functiebeschrijving en het competentieprofiel betreffende de vacante functie (art. 8). De minister maakt vervolgens een voorstel voor benoeming over aan de ministerraad. Na de

---

<sup>1684</sup> KB 13 juli 2012 betreffende de benoemingsprocedure en het administratief statuut van de voorzitter en de leden van het directiecomité van de commissie voor de regulering van de elektriciteit en het gas en tot wijziging van het koninklijk besluit van 3 mei 1999 tot vaststelling van de regels toepasselijk op de voorzitter en de leden van het directiecomité van de commissie voor de regulering van de elektriciteit en het gas inzake onverenigbaarheden en belangenconflicten, *BS* 26 juli 2012.

<sup>1685</sup> De selectiecommissie bestaat uit zeven leden: 1<sup>o</sup>de afgevaardigd bestuurder van SELOR of zijn afgevaardigde, voorzitter; 2<sup>o</sup>één externe expert inzake management van de Franse taalrol en één externe expert inzake management van de Nederlandse taalrol; 3<sup>o</sup>één externe expert inzake human resources management van de Franse taalrol en één externe expert inzake human resources management van de Nederlandse taalrol; 4<sup>o</sup>één onafhankelijke externe expert van de Franse taalrol en één onafhankelijke externe expert van de Nederlandse taalrol met ervaring of een bijzondere kennis van de energiemarkten en die geen enkele functie of activiteit, al dan niet bezoldigd, uitoefent bij de diensten van de netbeheerder, van een van de eigenaars van het net, van een producent, een distributeur of een tussenpersoon, zoals gedefinieerd in artikel 2 van de elektriciteitswet, of een elektriciteits- of gasonderneming gereguleerd door de Commissie (artikel 6, § 1).

mededeling van het voorstel aan de Ministerraad, worden de gekozen kandidaten voor een periode van zes jaar, door de Koning bij een besluit, vastgesteld na overleg in de Ministerraad, op voordracht van de minister, benoemd in de functie van voorzitter of lid van het directiecomité (art. 9). De regels omtrent de onverenigbaarheden en belangenconflicten zijn eveneens opgenomen in een KB.<sup>1686</sup>

**527.** Indien alle procedures in overweging genomen worden dan blijkt dat de procedure bij de VREG bijzonder is (benoeming door het parlement) en afwijkt van de drie andere regulatoren (benoeming door de regering), waarbij ook de procedure bij de CREG het meest in detail is uitgewerkt. Bij elke regulator, behalve bij Brugel, ontbreekt *de jure* (VREG) en *de facto* (CWaPE en CREG) een rouleringsschema, hetgeen in strijd is met de richtlijnen. Dergelijke bepaling moet worden opgenomen in de wetgeving en moet ook vooral in de praktijk uitgevoerd en nageleefd worden.<sup>1687</sup> Wat de regels inzake onverenigbaarheden betreft moet benadrukt worden dat het belangrijk is om ook te verwijzen naar de leden van het **kabinet**, de leden van de **provincie-** en **gemeenteraad**, de leden van **intercommunales**, de functionarissen in een departement of agentschap.

**528.** Bovendien moet ook worden vastgesteld dat enkel bij de VREG (gedurende één jaar) en Brugel (gedurende twee jaar) het verboden is om een activiteit of functie uit te oefenen, al dan niet bezoldigd, bij markspelers na het beëindigen van een functie bij de regulator.<sup>1688</sup> Dit ligt min of meer in lijn met de voorstellen die de Europese Commissie recente gelanceerd heeft ("conflict of interest provisions are in place and confidentiality obligations extend beyond the end of the mandate of the members of the board of the regulatory authority or,

---

<sup>1686</sup> KB 3 mei 1999 tot vaststelling van de regels toepasselijk op de voorzitter en de leden van het directiecomité van de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas inzake onverenigbaarheden en belangenconflicten, *BS* 15 juni 1999, 22.295. Art. 1: "De leden van de Wetgevende Kamers, het Europees Parlement en de Gemeenschaps- en Gewestraden, de ministers, de Staatssecretarissen, de leden van een Gemeenschaps- of Gewestregering, de leden van het kabinet van een lid van de federale Regering of van een Gemeenschaps- of Gewestregering en de leden van de bestendige deputaties van de provincieraden mogen de functie van voorzitter of lid van het directiecomité van de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas, hierna genoemd de "Commissie", niet uitoefenen"; Art. 2: "De voorzitter en de andere leden van het directiecomité van de Commissie [...] mogen geen enkele functie of activiteit uitoefenen, al dan niet bezoldigd, ten dienste van de netbeheerder, van een van de neteigenaars, van een producent, van een distributeur of van een tussenpersoon, zoals bepaald in artikel 2 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, hierna genoemd "elektriciteitsondernemingen", of van een gasonderneming, zoals bepaald in artikel 1 van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen; Art. 3: "[...] mogen geen aandelen, of andere met aandelen gelijk te stellen waardepapieren, uitgegeven door elektriciteitsondernemingen (andere dan zelfopwekkers) of gasondernemingen, bezitten, noch financiële instrumenten die toelaten om dergelijke aandelen of waardepapieren te verwerven of over te dragen, of die aanleiding geven tot een betaling in contanten welke hoofdzakelijk afhankelijk is van de evolutie van de waarde van dergelijke aandelen of waardepapieren; Art. 4: "Indien een titularis, rechtstreeks of onrechtstreeks, een tegengesteld belang heeft bij een beslissing, advies of andere akte van de Commissie, mag hij de betreffende beraadslagingen van het directiecomité niet bijwonen, noch deelnemen aan de stemming. Hij moet de overige leden van het directiecomité van de Commissie hiervan vooraf inlichten, dat daarvan melding moet maken in de notulen van de vergadering".

<sup>1687</sup> Rekenhof, "Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 37.

<sup>1688</sup> Bij de VREG "iedere functie of activiteit, al dan niet bezoldigd, ten dienste van een neteigenaar, een netbeheerder, een producent die geen zelfopwekker is, een aardgasinvoerder, de beheerder van het transmissienet, de beheerder van het vervoersnet, een werkmaatschappij, een leverancier, een bevrachter of een evenwichtsverantwoordelijke"; Bij Brugel "een activiteit of een mandaat uit te oefenen, al dan niet bezoldigd, ten voordele van een producent, een netbeheerder, een leverancier of een tussenpersoon".

in the absence of a board, the regulatory authority's top management in the national regulatory authority").<sup>1689</sup> Bij de CWAPE en de CREG wordt hierover niets bepaald. Het opnemen van een soortgelijke bepaling geniet de voorkeur, hoewel het belangrijker is dat de bestuurders van de regulator voor de toekomst gebonden zijn door **geheimhouding** zoals bepaald in het Waals Elektriciteitsdecreet en voorgesteld wordt door de Europese Commissie.<sup>1690</sup> Dergelijke bepaling vergroot ook de legitimiteit van de regulator aangezien het maatschappelijk vertrouwen ook gelinkt is aan hun geheimhouding en correcte houding ten aanzien van alle marktspelers, ook na de uitoefening van hun mandaat.

Dergelijke discussies omtrent onverenigbaarheden **voor**, **tijdens** en **na** het uitoefenen van een functie bij een regulator worden in de Engelstalige rechtsleer bestempeld als discussies inzake "revolving doors". Bij *revolving doors* gaat het erom dat er afwisselend functies worden uitgeoefend bij de overheid, de regulator en de marktspelers. De onafhankelijkheid van de regulator kan in gevaar worden gebracht door de functies die de bestuurders of directeurs *ervoor* uitoefenden, omdat het risico bestaat dat de loyaliteit van die personen nog bij de vorige werkgever ligt. Zo is een functie als bestuurder of directeur bij een energieregulator onmiddellijk aansluitend op een (afgelopen) mandaat als regeringscommissaris (al dan niet bij diezelfde regulator) duidelijk onverenigbaar met de geest van de Europese liberaliseringsrichtlijnen. Ook wat het uitoefenen van functies bij de marktspelers betreft (producenten, leveranciers, netbeheerders) dient men voorzichtigheid aan de dag te leggen. De *onafhankelijkheid* van de energieregulator lijkt iets minder onder druk te staan door de functies die men **na** het aflopen van een mandaat bij de regulator vervult.<sup>1691</sup> Uiteraard onder voorwaarde dat men de geheimhoudingsregels respecteert.

Belangrijk is dat een balans moet worden gevonden tussen de vereiste ervaring en deskundigheid van de (kandidaat)bestuurders en hun onafhankelijkheid en loyaliteit. Ook THATCHER stelt dit vast: "The difficulty is to find a balance between recruiting persons with sufficient expertise, without being too closely

---

1689

<sup>1690</sup> Artikel 45ter, § 3 van het Waals Elektriciteitsdecreet: "Het is de voorzitter en de directeurs, onder wie de vice-voorzitter, verboden, tijdens de duur van hun functie of na de stopzetting ervan, om eender welke vertrouwelijke informatie aan derden te onthullen, alsook elk zakengeheim betreffende de CWAPE en haar activiteiten waarvan zij wegens hun functie kennis zouden krijgen. § 4. Na afloop van hun mandaten, bezorgen de voorzitter en de directeurs, onder wie de vice-voorzitter, elk materieel, gegeven of informatie terug, ongeacht of het gaat om een schriftelijke, verbale of elektronische drager die door de CWAPE en in verband ermee te hunner beschikking is gesteld. Ze behouden geen afschriften of uittreksels van het (de) bovengenoemde materieel, gegevens of informatie".

<sup>1691</sup> Hoewel toch wordt geargumenteed dat regulatoren ten voordele van hun toekomstige werkgevers zouden kunnen reguleren. D. ZARING gaat hier niet meer akkoord en stelt dat men de impact van de *revolving doors* niet mag overschatten. Zie voor beide argumenten: D. ZARING, "Against being against the revolving door", *University Of Illinois Law Review* 2013, (507) 508: "The revolving door between jobs in the public and private sector supposedly incentivizes government regulators to regulate on behalf of the industry interests for whom they will eventually work. But the revolving door's explanatory power is remarkably *overstated*, especially when the subject is law enforcement. Most government officials have plenty of reasons to do a good job [...]".

linked to the regulated sector”.<sup>1692</sup> Dit vereist een beoordeling *in concreto* en een grondige selectieprocedure. Het volledig uitsluiten van *revolving doors* is evenwel onmogelijk en in het kader van de nodige expertise ook niet noodzakelijk. Essentieel is dat er *in casu* sprake is van loyaliteit ten aanzien van de regulator en een onafhankelijke houding ten aanzien van vroegere of toekomstige werkgevers. Een schijn van afhankelijkheid of partijdigheid moet vermeden worden, hetgeen *in concreto* moet beoordeeld worden.

**529.** De uiteenzetting van de benoemingsprocedures doet vermoeden dat de benoemingen in alle openheid en transparantie verlopen en dat er van onverenigbaarheden weinig tot geen sprake is. Uit verschillende voorbeelden, zowel oudere casussen als meer recente zaken, blijkt evenwel soms het tegendeel.

#### 4.3.2. Voorbeelden

##### 4.3.2.1. Onpartijdigheid?

**530.** Uit verschillende arresten van de Raad van State uit 2007 bleek eerst en vooral duidelijk hoe gevoelig een topbenoeming bij een onafhankelijke regulator ligt. Tegen de benoeming van de nieuwe voorzitter van de CREG (benoemd via het KB van 15 januari 2007) werd een schorsingsberoep ingesteld bij de Raad van State door de voormalige voorzitter.<sup>1693</sup> Mevrouw Vanderveeren stelde immers dat zij voor de duur van één jaar na afloop van haar mandaat bij de CREG gebonden was door een niet-concurrentiebeding en derhalve geen werk kon zoeken in de sector die zij, na zeven jaar bij de CREG, het beste kende.<sup>1694</sup> Bovendien wees zij op het moreel nadeel dat zij ondervond, te weten de diverse keren dat haar naam in een slecht daglicht gesteld werd, zoals bleek uit persberichten en *uitlatingen van de bevoegde minister, met wie een gespannen verhouding bestond*.<sup>1695</sup> Uit het arrest kwam eveneens naar voren dat uit de stukken van de selectieprocedure bleek dat erin gewag werd gemaakt van “vastgelopen betrekkingen met het kabinet van de bevoegde minister”.<sup>1696</sup> De vordering tot schorsing werd door de Raad evenwel verworpen omdat volgens de Raad de voorwaarde van het bestaan van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel was niet vervuld.<sup>1697</sup>

<sup>1692</sup> OESO, “Designing Independent And Accountable Regulatory Authorities For High Quality Regulation”, *Proceedings of an Expert Meeting in London*, 2005, 11.

<sup>1693</sup> RvS 11 oktober 2007, nr. 175.620; en in gelijkaardige bewoordingen stelde de voormalige voorzitter (Mevrouw Vanderveeren) een schorsingsberoep in tegen de benoeming van de nieuwe directeur van de administratieve directie (Meneer Lacrosse), zie RvS 19 december 2007, nr. 178.023.

<sup>1694</sup> RvS 11 oktober 2007, nr. 175.620, overw. 5.

<sup>1695</sup> RvS 11 oktober 2007, nr. 175.620, overweging 5 (eigen cursivering).

<sup>1696</sup> RvS 11 oktober 2007, nr. 175.620, overweging 8.

<sup>1697</sup> RvS 11 oktober 2007, nr. 175.620: “Moreel nadeel wordt in de regel hersteld door een vernietigingsarrest. Het is aan verzoekster om aan te tonen dat haar situatie buiten het gewone ligt. De persberichten die verband houden met de benoemingsprocedure bevatten geen verwijt van onbekwaamheid of van enige tekortkoming in het functioneren van verzoekster. De stukken uit de selectieprocedure waarin gewag gemaakt wordt van vastgelopen betrekkingen met het kabinet van de bevoegde minister bevatten geen sporen van verdachtmaking, afkeuring of minachting ten aanzien van de persoon van verzoekster; zij gaan bovendien terug op verklaringen van verzoekster zelf. Er is geen reden om in het bestreden besluit een verkapte tuchtstraf te zien. Verzoekster verwijst, om het specifieke van haar moreel nadeel te



**531.** In het vernietigingsberoep bij de Raad van State van 25 mei 2010 riep mevrouw Vanderveeren een schending van het onpartijdigheidsbeginsel in.<sup>1698</sup> Zij wees er namelijk op dat de heer J-P. Pauwels niet had mogen deelnemen aan de examenjury omdat hij zich in een krantenartikel bijzonder negatief had uitgelaten over de verzoekster.<sup>1699</sup> De verwerende partij (de Belgische Staat) stelde dat er geen reden was om J-P. Pauwels te wraken omdat de uitlatingen het gevolg waren van een manifeste fout van de krant en de redacteur een correctie had laten verschijnen. De Raad van State stelde dat uit de door de verzoekster aangebrachte elementen niet afgeleid kon worden dat J-P. Pauwels tegenover haar een dermate grote animositeit zou hebben ontwikkeld dat hij moest geacht worden niet meer op een objectieve wijze te kunnen oordelen over haar geschiktheid. De Raad verwierp dan ook het verzoek tot vernietiging.

**532.** Wat valt hieruit nu af te leiden? De belangrijkste conclusie die hieruit voortvloeit is het feit dat er een noodzaak is aan een open, transparant, onpartijdig benoemingsproces gebaseerd op **objectieve criteria**. *In casu* gebeurde de selectieprocedure in vier stappen: (1) een screening van de ingediende curricula vitae aan de hand van de vooropgestelde criteria (ervaring, diploma, enz.), bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad; (2) een verkennend gesprek van twee consultants van het selectiebureau met de na stap 1 in aanmerking genomen kandidaten betreffende hun motivatie, inpasbaarheid in de overheidscontext, communicatievaardigheden en relevante ervaring; (3) een assessment center voor de na stap 2 in aanmerking genomen kandidaten, waarbij de managementcompetenties van de kandidaten door de twee voormelde consultants van het selectiebureau in kaart worden gebracht volgens de vastgestelde competentieprofielen; (4) een mondelinge proef voor de na stap 2 in aanmerking genomen kandidaten, afgenomen door een selectiecommissie, samengesteld uit zes specialisten inzake energie, bijgestaan door de twee vermelde consultants van het selectiebureau en voorgezeten door een afgevaardigde van het selectiebureau, waarbij wordt gepeild naar de specifieke competenties en kennis van de kandidaten.<sup>1700</sup>

Het doel van een dergelijke selectieprocedure is uiteraard om de meest geschikte kandidaat voor de functie te vinden op basis van eerlijke, transparante en objectieve criteria. De *in casu* gebruikte procedure lijkt te voldoen aan deze voorwaarden. Uiteraard kunnen hierbij enkele opmerkingen gemaakt worden.

---

ondersteunen, naar de ernst van haar vijfde middel, waarin zij erop wijst dat zij rechtmatig kon verwachten dat haar mandaat verlengd zou worden. Zij verliest evenwel uit het oog dat de voorwaarde van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel en de voorwaarde van het aanvoeren van ernstige middelen twee duidelijk onderscheiden schorsingsvoorwaarden betreffen. Het moeilijk te herstellen en ernstig karakter van het nadeel wordt niet afgemeten aan de ernst van de middelen", aldus de Raad.

<sup>1698</sup> RvS 25 mei 2010, nr. 204.252, overweging 16; en in gelijkaardige bewoordingen stelde de voormalige voorzitter (Mevrouw Vanderveeren) een vernietigingsberoep in tegen de benoeming van de nieuwe directeur van de administratieve directie (Meneer Lacrosse), zie RvS 17 februari 2011, nr. 211.330.

<sup>1699</sup> RvS 25 mei 2010, nr. 204.252, overweging 16: "De verkeerde toewijzing van de idee van de vermeende splitsing van Fluxis aan de verzoekster en de daarop volgende negatieve uitlatingen ("compleet absurd" en "bureaucratisch")".

<sup>1700</sup> RvS 25 mei 2010, nr. 204.252, overweging 3.9.; RvS 17 februari 2011, nr. 211.330, overweging 3.9.

Ten eerste dient het selectiebureau eveneens een objectiviteitstest te doorstaan en moet nagegaan worden dat hun assessments in alle objectiviteit verlopen. Ten tweede dient een schijn van afhankelijkheid of onpartijdigheid bij elke consulent of elk lid van de selectiecommissie vermeden te worden. Ten derde moet belet worden dat er sprake is van een louter politieke benoeming of benoemingen die sterk aangestuurd worden door bepaalde marktspelers. Ten vierde is het essentieel om na te gaan of de regering al dan niet gebonden is door de uiteindelijke beslissing van het bureau en de selectiecommissie. Deze beslissing zou door de regering namelijk niet zonder afdoende motivering naast zich neergelegd mogen worden. Daarenboven tonen bovenstaande arresten ook het belang aan van het beschikken over rechtsmiddelen om dergelijke beslissingen aan te vechten. Een rechterlijke beslissing vormt immers een onpartijdige en objectieve waarborg.

#### 4.3.2.2. Energiecumuls?

**533.** Voorgaand voorbeeld heeft betrekking op de selectieprocedure bij de benoeming van directieleden. Volgend voorbeeld heeft betrekking op zowel de selectieprocedure als op onverenigbaarheden en belangenconflicten tijdens de uitoefening van een mandaat als directeur bij de regulator.

**534.** Dat benoemingen bij de regulator aanleiding geven tot betwistingen blijkt uit een aantal krantenartikelen. Zo titelde de Tijd in december 2007 "Commissie bezorgd over energiecumuls PS's Fauconnier".<sup>1701</sup> Mevrouw Fauconnier werd met ingang van 2 januari 2006 aangesteld als de algemeen directeur van de directie Energie, een onderdeel van de FOD Economie. Zij was daarenboven op dat moment lid van de Algemene Raad van de CREG en werd bovendien op 25 september 2007 ook voorzitter van de Brusselse energieregulator Brugel.<sup>1702</sup> Dit was duidelijk in strijd met de Brusselse ordonnanties waarin vermeld werd dat de bestuurders bij Brugel "geen andere functies mogen uitoefenen die hun onafhankelijkheid en objectiviteit in het gedrang brengen".<sup>1703</sup> Ook de De Morgen titelde: "Benaming directeur FOD energie ligt onder vuur".<sup>1704</sup> Uit het artikel bleek dat de auditeur van de Raad van State grote vraagtekens stelde bij de benoeming van mevrouw Fauconnier als de algemeen directeur van de directie Energie, een onderdeel van de FOD Economie.

---

<sup>1701</sup> X, "Europese Commissie bezorgd over energiecumuls PS'er Fauconnier", *De Tijd*, 11 december 2007, [http://www.tijd.be/nieuws/archief/Europese Commissie bezorgd over Belgische energiecumuls PS er Fauconnier.6025604-1615.art](http://www.tijd.be/nieuws/archief/Europese%20Commissie%20bezorgd%20over%20Belgische%20energiecumuls%20PS%20er%20Fauconnier.6025604-1615.art).

<sup>1702</sup> Zie [www.cumuleo.be](http://www.cumuleo.be) (Fauconnier Marie-Pierre).

<sup>1703</sup> Art. 30quinquies, § 1 van de Elektriciteitsordonnantie: "De regering bepaalt de voorwaarden voor de benoeming en de revocatie van de personeelsleden van Brugel, alsook hun statuut; § 2, De bestuurder van Brugel mogen, zoals het personeel van Brugel, geen andere functies uitoefenen die de onafhankelijke, [meer bepaald hun onafhankelijkheid ten opzichte van ieder commercieel belang in verband met de elektriciteits- en gasector,] en objectieve uitoefening van hun mandaat of hun functie op het spel zouden kunnen zetten"; Zie ook *Vr. en Antw. Kamer*, 18 december 2007, nr. 52/54, 1-2 (Vr. 1 B. VALKENIERS), <https://www.dekamer.be/doc/CCRA/pdf/52/ac054x.pdf>.

<sup>1704</sup> X, "Benaming directeur FOD energie ligt onder vuur", *De Morgen*, 25 juni 2008, <http://www.demorgen.be/binnenland/benaming-directeur-fod-energie-ligt-onder-vuur-b85541fb/>.

Bij de Raad van State werd inderdaad beroep aangetekend tegen de benoeming van de directeur-generaal Energie van de FOD Economie. Twee kandidaten die werden afgewezen, voerden enerzijds aan dat de jury onwettig was samengesteld (twaalf juryleden in plaats van tien, ingevolge een wetwijziging die de opmerksaamheid van Selor zou zijn ontgaan) en anderzijds dat er bij de FOD Economie tussen 10 januari 2005 en 24 september 2006 geen mensen op regelmatige wijze konden worden bevorderd omdat er geen taalkader was vastgesteld. De auditeur bij de Raad van State bracht een verslag uit dat gunstig was voor de verzoekers, en hij adviseerde dat de benoeming van de directeur-generaal vernietigd moest worden.<sup>1705</sup> De Raad van State heeft echter via de arresten 190.605 en 190.606 van 17 februari 2009 beide beroepen tot nietigverklaring verworpen.<sup>1706</sup> Het beroep werd te laat ingesteld met betrekking tot het eerste middel en was niet-ontvankelijk betrekking tot het tweede middel.<sup>1707</sup>

**535.** Niet enkel de Raad van State, ook de Europese Commissie plaatste vraagtekens bij deze situatie. De Commissie vreesde voor een belangenconflict waarbij de onafhankelijkheid van de Brusselse energieregulator in het gedrang kwam.<sup>1708</sup> De toenmalige federale minister van energie Verwilghen stelde dat door het feit dat "mevrouw Fauconnier, voormalig adjunct-kabinetschef van minister Onkelinx, de federale administratie Energie leidt en tevens voorzitter is van de Brusselse energieregulator Brugel minstens de argwaan wordt gewekt dat de onpartijdige en objectieve uitoefening van haar ambt als directeur-generaal wordt beïnvloed. [...]. Bovendien heeft België in de EU altijd gepleit voor de grootst mogelijke onafhankelijkheid van de regulatoren. De benoeming van mevrouw Fauconnier druist hiertegen in. Mevrouw Fauconnier is ook vertegenwoordiger van de overheid in de CREG. Dit mandaat moet worden beëindigd".<sup>1709</sup>

Mevrouw Fauconnier bleef evenwel directeur-generaal bij de directie Energie en voorzitter van Brugel. Aangezien in 2009 het derde pakket liberaliseringsrichtlijnen werd gepubliceerd, waarin duidelijke politieke onafhankelijkheidsvereisten werden ingeschreven, diende dergelijke cumul dringend te worden stopgezet. Deze situatie maakte namelijk een ernstig belangenconflict uit. Beide functies werden uiteindelijk gecumuleerd voor de volledige periode van 2007 tot en met 2013.<sup>1710</sup> Aangezien het derde pakket

---

<sup>1705</sup> *Vr. en Antw. Kamer*, 5 maart 2009, nr. 52/57, 81 (Vr. 63 K. JADIN), <http://www.dekamer.be/grva/pdf/52/52k0057.pdf>.

<sup>1706</sup> RvS 17 februari 2009, nr. 190.605 en RvS 17 februari 2009, nr. 190.606.

<sup>1707</sup> RvS 17 februari 2009, nr. 190.605, overweging 8 en RvS 17 februari 2009, nr. 190.606, overweging 8.

<sup>1708</sup> *Vr. en Antw. Kamer*, 18 december 2007, nr. 52/54, 1-2 (Vr. 1 B. VALKENIERS), <https://www.dekamer.be/doc/CCRA/pdf/52/ac054x.pdf>.

<sup>1709</sup> *Vr. en Antw. Kamer*, 18 december 2007, nr. 52/54, 1-2 (Vr. 1 B. VALKENIERS), <https://www.dekamer.be/doc/CCRA/pdf/52/ac054x.pdf>.

<sup>1710</sup> [www.cumuleo.be](http://www.cumuleo.be)

Europese richtlijnen reeds in 2009 werd uitgevaardigd, maakte deze situatie een flagrante schending uit van de onafhankelijkheidsvereisten van de regulator.

Deze talrijke cumuls van mevrouw Fauconnier werden eveneens besproken in de Kamer van volksvertegenwoordigers.<sup>1711</sup> Verschillende Kamerleden stelden immers vraagtekens bij de cumulatie van mandaten aangezien mevrouw Fauconnier op dat moment fungeerde als (1) voorzitter van Brugel; (2) regeringscommissaris bij het Instituut voor Radio-elementen (IRE); (3) regeringscommissaris bij APETRA (de beheerder van de olievoorraden); (4) regeringscommissaris bij NIRAS (de nationale instelling voor radioactief afval en verrijkte splijtstoffen); (5) lid van de expertengroep voor de studie van de energiemix (GEMIX); (6) lid van de raad van bestuur van het Koninklijk Hoger Instituut voor Defensie. Kamerlid K. JADIN stelde hierover volgende vragen: "Wordt de federale regering wel optimaal vertegenwoordigd bij de instanties waar de bij uw departement aangestelde directeur-generaal als haar vertegenwoordigster optreedt? Denkt u dat er een belangenconflict zou kunnen ontstaan in hoofde van de bij uw departement aangestelde directeur-generaal in het kader van de uitoefening van haar verschillende mandaten? Hebt u de situatie juridisch laten analyseren? Hebt u de directeur-generaal Energie uit voorzorg instructie gegeven zich ver te houden van enigerlei situatie die zou kunnen leiden tot een belangenconflict en die dus de belangen van de federale administratie en van de regering zou kunnen schaden?". PS-Minister MAGNETTE antwoordde dat "uit de juridische analyse (uitgevoerd door de juridische dienst van de FOD Economie) bleek dat er geen enkel belangenconflict bestaat in verband met mevrouw Marie-Pierre Fauconnier als Directeur-generaal Energie en de verschillende mandaten die zij uitoefent binnen andere instellingen".<sup>1712</sup> Deze analyse werd volgens de minister bevestigd door de Brusselse overheid en de voorzitters van de andere gewestelijke regulatoren, die deel uitmaakten van de jury bij de aanwerving van de voorzitter van Brugel.<sup>1713</sup> Ook in de Senaat werd deze zaak besproken.<sup>1714</sup> Een lid van de Senaat merkte op dat er duidelijk sprake was van een belangenconflict, hetgeen moeilijk te aanvaarden was. De minister verduidelijkte dat wat de cumulatietoestand van de directeur-generaal Energie betrof, de lijst met mandaten openbaar is en elk jaar naar het Rekenhof werd overgezonden. Bovendien werd de betrokkene in 2009 op eigen verzoek ontheven van twee mandaten (bestuurster bij het Koninklijk Hoger Instituut voor Defensie en regeringscommissaris bij de NIRAS) en van een ander mandaat in 2010 (regeringscommissaris bij het IRE). Ook bij de besprekingen in de Senaat beklemtoonde minister MAGNETTE dat uit het onderzoek van de FOD

<sup>1711</sup> Vr. en Antw. Kamer, 5 maart 2009, nr. 52/57, 81 (Vr. 63 K. JADIN).

<sup>1712</sup> Vr. en Antw. Kamer, 14 maart 2009, nr. 52/57, <https://www.lachambre.be/kvvcr/showpage.cfm?section=qrva&language=nl&cfm=qrvaXml.cfm?legislat=52&dossierID=52-b057-441-0063-2008200907849.xml>.

<sup>1713</sup> Vr. en Antw. Kamer, 14 maart 2009, nr. 52/57, <https://www.lachambre.be/kvvcr/showpage.cfm?section=qrva&language=nl&cfm=qrvaXml.cfm?legislat=52&dossierID=52-b057-441-0063-2008200907849.xml>.

<sup>1714</sup> Vr. en Antw. Senaat, 29 december 2009, nr. 4-6402 (Vr. A. DESTEXHE), <http://www.senate.be/www/?MIval=/Vragen/SchriftelijkeVraag&LEG=4&NR=6402&LANG=nl>.

Economie bleek dat er geen sprake zou zijn van een belangenconflict. Op het moment dat de minister antwoord gaf op de vraag (december 2009) waren de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG reeds gepubliceerd (juli 2009), waardoor de minister had moeten opmerken dat naar de toekomst (inwerkingtreding ten laatste 3 maart 2011) toe dergelijke cumuls wel degelijk een ontoelaatbaar belangenconflict uitmaken.

**536.** Dat men niet leerde uit deze situatie bleek door de benoeming in 2014 van Marc Deprez als voorzitter bij Brugel.<sup>1715</sup> Deprez was sinds 2007 bestuurder bij Brugel. Hij is echter tevens, sinds 2011 *Chief Economist* bij de Algemene Directie Energie van de FOD Economie, KMO, Middenstand en Energie. Deprez cumuleert, sinds 20 maart 2014, op de dag van vandaag beide functies: voorzitter van Brugel én directeur bij de Directie Energie, twee *onverenigbare* mandaten.<sup>1716</sup>

#### 4.3.2.3. Politieke benoemingen?

**537.** In januari 2013 titelde een krantenkop "Onafhankelijke Creg loopt op laatste benen".<sup>1717</sup> Uit het artikel bleek dat het geen evidentie was om een nieuwe directie te vinden voor de federale energieregulator in België, de CREG. Volgens de krant draaide de zoektocht immers uit op een rondje "politieke vertrouwelingen naar voren schuiven", aangezien het merendeel van de kandidaten een duidelijke politieke voorkeur zou hebben. Deze politieke inmenging werd volgens de auteurs van het artikel door de diverse politieke partijen noodzakelijk geacht aangezien de CREG in het verleden "weinig diplomatisch, te vrijgevochten en te onafhankelijk" leek op te treden... Volgens de Standaard genoot Laurent Jacquet – voor de positie van technisch directeur – de voorkeur van het *Centre Démocrate Humaniste* (CDH). Meneer Jacquet was voormalig woordvoerder bij de CREG en was tot december 2009 eveneens schepen in de Waalse gemeente Libin. Volgens hetzelfde krantenartikel maakte Marie-Pierre Fauconnier ("met uitgesproken PS-etiket") een grote kans om voorzitter van de CREG te worden. Andres Tirez zou dan weer een Open Vld stempel dragen, omdat hij voorzitter is van *Liberales*, een studiegroep binnen de liberale beweging. De auteurs van het artikel schrijven dat het lijstje met kandidaten kritiek uitlokt omdat de bevoegde instanties er blijkbaar alles aan doen om een eind te maken aan het huidige vrijgevochten en onafhankelijke optreden van de CREG. Het lijkt er volgens de krant ook op "dat nauwgezet

<sup>1715</sup> Op 20 maart 2014 heeft de Regering van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest een besluit goedgekeurd tot benoeming van de heer Marc Deprez als Voorzitter van de Raad van Bestuur van Brugel. Het ministeriële besluit houdende benoeming van de heer Marc Deprez, bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad op 23 april 2014, bepaalt dat zijn voorzitterschap onmiddellijk in werking treedt. B. BBR 20 maart 2014 houdende benoeming van een bestuurder-voorzitter van Brugel, *BS* 23 april 2014.

<sup>1716</sup> Ook VANDEN BORRE stelt dat de Europese Commissie lijkt uit te sluiten dat *iemand die voor een regulator werkt of die in één van de beslissingsorganen daarvan zetelt, er nog een andere positie op nahoudt*. Dit geldt zeker en zonder meer voor *functies in de energiesector*. De Commissie lijkt ervan uit te gaan dat dit ook geldt voor ondernemingen in het algemeen en voor een andere functie in enige ander *publiek of overheidsorgaan* buiten de energiesector. Zie T. VANDEN BORRE, "De omzetting van de bepalingen inzake de onafhankelijke regulator – Op weg naar Luxemburg?" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX, *Jaarboek Energierecht 2010*, Antwerpen, Intersentia, (79) 98.

<sup>1717</sup> P. SERTYN, "Onafhankelijke Creg loopt op laatste benen", *De Standaard*, 4 januari 2013.

werd gezocht naar een directieploeg voor de energieregulator die zich 'diplomatisch' gedraagt en twee keer nadenkt vooraleer omstreden standpunten te verkondigen via de media". Uiteindelijk werden Fauconnier, Jacquet en Tirez ook daadwerkelijk benoemd, samen met Koen Locquet.<sup>1718</sup>

**538.** Ook het Rekenhof stelt in een rapport uit 2015 dat, hoewel de CREG voldoet aan de meeste normen inzake onafhankelijkheid, er knelpunten blijven waaronder bij de aanstelling van het Directiecomité en het bewaken van de onafhankelijkheid van het personeel.<sup>1719</sup> Dat de regering de leden van de raad van bestuur of het Directiecomité aanstelt zonder **parlementaire** inbreng, strookt eerst en vooral niet met de geest van het derde energiepakket. Daarenboven dient te worden opgemerkt dat men bij de CREG (en ook de CWaPE) beter met een raad van bestuur zou werken. De raad van bestuur fungeert dan als een soort (politieke) buffer, waardoor de directeurs zich op een meer efficiënte en effectievere wijze kunnen richten op hun daadwerkelijke kerntaak (voor onbepaalde duur, hetgeen hun onafhankelijkheid vergroot). Op die manier kan men vermijden dat directeurs politiek worden benoemd. Bovendien stelt het Rekenhof dat uit de bundeling van uitvoerende en beheerstaken in het Directiecomité een (te) grote machtsconcentratie volgt. In combinatie met de hierna aangehaalde knelpunten inzake verantwoordingsplicht kan dat een risico vormen voor de onpartijdigheid.<sup>1720</sup> Het Rekenhof formuleert dit ook in een aanbeveling aan de wetgever: de wetgever dient binnen de krijtlijnen van de Europese regelgeving, een structuur in te voeren waar **een bestuursorgaan** (cf. raad van bestuur) toezicht houdt op een uitvoerende directie.<sup>1721</sup> Aangenomen mag dus worden dat het Rekenhof een raad van bestuur vooropsteld die benoemd wordt door zowel de regering als het parlement, waarbij bv. een parlementaire hoorzitting plaatsvindt. Door zowel te werken met een raad van bestuur als een directiecomité houdt men de operationele en managementfuncties gescheiden van de eerder strategische en controletaken.<sup>1722</sup>

**539.** De voormelde praktijkgevallen en de kritische mediaberichten tonen aan dat de benoemingsprocedure toch niet geheel waterdicht is en de regering op een of andere manier toch haar voorkeurskandidaten op de specifieke posten kan plaatsen. Het Rekenhof merkt terecht op dat de huidige

---

<sup>1718</sup> KB van 30 juli 2013 tot benoeming van het lid van het Directiecomité verantwoordelijk voor de administratieve directie van de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas, BS 21 augustus 2013.

<sup>1719</sup> Rekenhof, "Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 6.

<sup>1720</sup> Rekenhof, "Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 40 en 64.

<sup>1721</sup> Rekenhof, "Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 67.

<sup>1722</sup> P. DE BANDT en A. DE BANDT, "Gouvernance des régulateurs", *Tijdschrift voor het recht van netwerkindustrieën* 2016, afl. 2, (130) 137.

aanstellingsprocedure een overblijfsel is van de oorspronkelijke organisatie van de CREG, waar de minister voor Energie een uitgebreid toezicht had op de regulator.<sup>1723</sup> Zoals reeds vermeld bepalen de Europese richtlijnen niet wie het bestuur van de regulator moet aanstellen. De huidige rol van de bevoegde minister en de ministerraad strookt niet meer met de geest van het derde liberaliseringspakket inzake de onafhankelijkheid van de regulator ten opzichte van de overheid. Het Rekenhof volgt de Interpretatieve Nota die stelt dat voorafgaand aan de benoeming van de bestuursleden van de regulator er bij voorkeur parlementaire hoorzittingen zouden moeten plaatsvinden.<sup>1724</sup> Dit is meteen ook de belangrijkste aanbeveling: **vergroot de rol van het parlement** bij de selectie- en benoemingsprocedure.

#### 4.3.2.4. Objectieve criteria?

**540.** Niet alleen bij de Brusselse en de federale energieregulator verlopen de benoemingen woelig en is er sprake van mogelijke belangenconflicten en onverenigbaarheden. Ook bij de CWaPE lagen een aantal benoemingen onder vuur. Drie vernietigingsarresten van de Raad van State en een beslissing van de rechtbank in Namen geven een korte samenvatting van een jarenlang durende procedure.

**541.** De feiten waren als volgt. Op 20 december 2001 werd de verzoeker, meneer Buysse, een burgerlijk ingenieur, benoemd door de Waalse regering als directeur bij de CWaPE van de directie voor de controle van de openbare dienstverplichtingen en de promotie van groene elektriciteit.<sup>1725</sup> Op 9 november 2007 besliste de Waalse regering dat de kandidaten voor de positie van directeur bij de CWaPE een gesprek dienden te hebben met een jury, waarna de kandidaten werden ingedeeld in vier categorieën (A, B, C en D). De Waalse regering koos dan de kandidaten uit de categorieën A en B.<sup>1726</sup> Op 28 december 2007 publiceerde de Waalse regering de vacature voor de socio-economische directeur bevoegd voor de controle van de openbare dienstverplichtingen. Het vereiste diploma voor deze functie was "master in de economie". Op 30 januari 2008 stelde meneer Buysse zich kandidaat om zichzelf op te volgen. Na het interview met de selectiepersonen van Randstad kreeg meneer Buysse te horen dat hij niet volledig voldeed aan de criteria waardoor de selectieprocedure voor hem werd beëindigd.<sup>1727</sup> Meneer Buysse stelde hiertegen (op 7 mei 2008) een schorsings- en annulatieberoep in bij de Raad van State maar kreeg ongelijk.<sup>1728</sup>

<sup>1723</sup> Rekenhof, "Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 36.

<sup>1724</sup> Rekenhof, "Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 36.

<sup>1725</sup> RvS 30 januari 2009, nr. 189.959.

<sup>1726</sup> RvS 30 januari 2009, nr. 189.959.

<sup>1727</sup> Zie ook F. CHARDON, "CwaPE : l'inertie wallonne condamnée", *La Libre*, 9 november 2012, <http://www.lalibre.be/actu/belgique/CWaPE-l-inertie-wallonne-condamnee-51b8f3f6e4b0de6db9c8883b>.

<sup>1728</sup> RvS 23 september 2008, nr. 186.443 : "Le recours en annulation est rejeté. Il n'y a plus lieu de statuer sur la demande de suspension"

De selectiepersonen van Randstad stuurden hem evenwel een bericht (d.d. 20 mei 2008) waaruit bleek dat hij hun beslissing om hem niet te weerhouden als kandidaat, als onbestaande mocht beschouwen.<sup>1729</sup> In hun beslissing gaven zij aan dat het de Waalse regering was die over de integraliteit van zijn dossier zou beslissen. Op 24 juli 2008 werd meneer J. Glorieux benoemd als directeur via een ministerieel besluit genomen door minister André Antoine (CDH).<sup>1730</sup> In de krant *La Libre* werd J. Glorieux omschreven als een voormalig medewerker van minister Antoine.<sup>1731</sup> Meneer Buysse vocht deze beslissing aan voor de Raad van State.<sup>1732</sup> De Raad van State vernietigde op 12 maart 2009 de oproep tot kandidaatstelling van 28 december 2007 en de beslissing van de Waalse regering van 9 november 2007. Met het arrest van 2 juli 2009 werd ook het ministerieel besluit van 24 juli 2008 door de Raad vernietigd. De Raad stelde dat de minister niet bevoegd was om dergelijke beslissing te nemen aangezien artikel 46 van het decreet van 12 april 2001 nog niet was aangepast en de nieuwe functies bijgevolg nog niet bestonden.<sup>1733</sup> In navolging van de arresten van de Raad van State had de CWaPE aan een interim-bureau de opdracht gegeven om een expert te selecteren die de voorzitter van de CWaPE diende te helpen om het socio-economisch departement te leiden. De persoon die als meest geschikt uit de selectieprocedure kwam was J. Glorieux. Deze beslissing werd opnieuw aangevochten door meneer Buysse.<sup>1734</sup> Daarbij werd de schorsing van de beslissing door de Raad van State uitgesproken op 25 januari 2010.

**542.** Uiteindelijk mocht de heer Buysse zijn functie als directeur toch opnieuw hervatten (begin 2010). Aangezien hij gedurende de volledige periode werkloos was, startte hij een procedure bij de rechtbank van eerste aanleg te Namen. Hij schatte zijn schade als volgt in: 150.000 euro materiele schade, 20.000 euro morele schade en 10.000 euro procedurekosten voor de Raad van State.<sup>1735</sup> De rechtbank van eerste aanleg van Namen veroordeelde Wallonië uiteindelijk tot het betalen van 180.000 euro.<sup>1736</sup>

#### 4.3.2.5. Belangenconflicten?

**543.** Op 16 mei 2015 publiceert de krant *L'Avenir* een artikel waaruit blijkt dat de schoonzus van minister Paul Magnette, Christel Evrard, wordt aangesteld als directeur en vicevoorzitter bij de CWaPE.<sup>1737</sup> Mevrouw Evrard fungeert op dat

<sup>1729</sup> Zoals blijkt uit het arrest RvS 30 januari 2009, nr. 189.959.

<sup>1730</sup> RvS 2 juli 2009, nr. 195.047.

<sup>1731</sup> F. CHARDON, "CWAPE : l'inertie wallonne condamnée", *La Libre*, 9 november 2012, <http://www.lalibre.be/actu/belgique/CWaPE-l-inertie-wallonne-condamnee-51b8f3f6e4b0de6db9c8883b>.

<sup>1732</sup> Zie arresten RvS 30 januari 2009, nr. 189.959, RvS 12 maart 2009, nr. 191.343, RvS 2 juli 2009, nr. 195.047.

<sup>1733</sup> RvS 12 maart 2009, nr. 191.343 (laatste overweging).

<sup>1734</sup> Zie o.a. RvS 25 januari 2010, nr. 200.009 en RvS 21 maart 2011, nr. 212.154.

<sup>1735</sup> F. CHARDON, "CWAPE : l'inertie wallonne condamnée", *La Libre*, 9 november 2012, <http://www.lalibre.be/actu/belgique/CWaPE-l-inertie-wallonne-condamnee-51b8f3f6e4b0de6db9c8883b>.

<sup>1736</sup> F. CHARDON, "CWAPE : l'inertie wallonne condamnée", *La Libre*, 9 november 2012, <http://www.lalibre.be/actu/belgique/CWaPE-l-inertie-wallonne-condamnee-51b8f3f6e4b0de6db9c8883b>.

<sup>1737</sup> X, "Nominations à la CWaPE : l'avis de l'Europe demandé", *L'Avenir*, 16 mei 2015, [http://www.lavenir.net/cnt/DMF20150515\\_00650532](http://www.lavenir.net/cnt/DMF20150515_00650532); L. LAMBRECHT, "Recours contre la désignation de la belle-sœur de Magnette", *La Libre*, 15 mei 2015, <http://www.lalibre.be/economie/actualite/recours-contre-la-designation-de-la-belle-sur-de-magnette-5556140835704bb01c4e29d3>.



moment als **regeringscommissaris** voor de CWaPE.<sup>1738</sup> Tegen de benoeming van mevrouw Evrard wordt door meneer O. Squilbin – directeur bij de CWaPE sinds 1 september 2008 – een schorsingsberoep in uiterst dringende noodzakelijkheid ingesteld bij de Raad van State. Hij vraagt de schorsing van de oproep van SELOR tot kandidaatstelling voor de functie van Directeur “Hernieuwbare energie” bij de CWaPE, zoals gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad op 8 augustus 2014. Dit beroep wordt op 24 maart 2015, wegens gebrek aan extreme urgentie, door de Raad verworpen.<sup>1739</sup> Ook het gewone schorsingsberoep wordt door de Raad van State op 26 mei 2015 verworpen.<sup>1740</sup> De Raad volgt het argument dat meneer Squilbin geen belang heeft (onontvankelijk) aangezien zijn kandidatuur als “convient pour la fonction” werd bestempeld, terwijl artikel 45, § 2<sup>quater</sup> van het decreet van 12 april 2001 stelt dat kandidaten in aanmerking komen indien zij als “convient particulièrement pour la fonction” of “convient pour la fonction” gezien worden. Het feit dat de tegenkandidaat een “convient particulièrement pour la fonction” krijgt houdt immers niet noodzakelijk in dat de kandidatuur van meneer Squilbin niet zal worden weerhouden.<sup>1741</sup> Aangezien de schorsingsberoepen werden verworpen omwille van ontvankelijkheidsredenen, zal het wellicht nog 15 tot 18 maanden duren vooraleer de Raad van State zich zal uitspreken over het vernietigingsberoep en de al dan niet schending van de Europese onafhankelijkheidsvereisten.<sup>1742</sup>

**544.** Het feit dat men eerst fungeert als regeringscommissaris – een positie die op zich al in strijd is met de onafhankelijkheidsvereisten – en daarna onmiddellijk een directeurspositie en het vicevoorzitterschap van de energieregulator bekleedt, maakt een flagrante schending uit van de EU-richtlijnen. Dit blijkt ook duidelijk uit de recente voorstellen van de Europese Commissie, waarbij artikel 35 van de richtlijn 2009/72/EG in de toekomst uitdrukkelijk zal bepalen dat “conflict of interest provisions are in place”.<sup>1743</sup> Bovendien wordt er nog een extra schijn van partijdigheid en afhankelijkheid gecreëerd door het familiale belangenconflict bij de uitoefening van de posities van de minister-President Magnette en zijn schoonzus, Evrard, als directeur bij de *politiek onafhankelijke energieregulator* CWaPE. Dat bovendien in de media komt dat het vicevoorzitterschap dient als springplank naar het voorzitterschap (dat vrijkomt op 1 januari 2017) maakt deze casus zo mogelijk nog meer onrustbarend.

**545.** Ook in het Waals parlement wordt dit besproken. Zo stelt M. Bouchez (MR) de vraag of het normaal is dat men eerst regeringscommissaris is, om daarna bij dezelfde instantie te blijven:

---

<sup>1738</sup> RvS 26 mei 2015, nr. 231.325.

<sup>1739</sup> RvS 24 maart 2015, nr. 230.608.

<sup>1740</sup> RvS 26 mei 2015, nr. 231.326; RvS 26 mei 2015, nr. 231.327.

<sup>1741</sup> RvS 26 mei 2015, nr. 231.326; RvS 26 mei 2015, nr. 231.325.

<sup>1742</sup> RvS 24 maart 2015, nr. 230.608.

<sup>1743</sup> Proposal (Comm.) for a Directive of the European Parliament and of the Council on common rules for the internal market in electricity, 30 november 2016, COM(2016)864 def - 2016/0380 (COD).

“Déjà là, on peut se poser la question. Quand on est commissaire du Gouvernement, est-ce normal de figurer après au sein de l'institution ? C'est un petit peu compliqué. On représentait les intérêts du Gouvernement. Après, chaque administrateur, dans chaque structure où chaque mandataire dans une structure doit défendre l'intérêt de cette structure. Il faut **une indépendance totale par rapport au Gouvernement**, en tous les cas. Deuxième aspect qui pose question aussi – c'est la presse qui le dit, ce n'est pas moi –, Christel Evrard aurait même apparemment des relations familiales avec le ministre-président. Tout le monde a le droit d'avoir une famille de toute façon. C'est vrai que vous allez me dire que c'est un petit peu court comme prétexte, mais c'est vrai que cela fait quand même quelques éléments qui peuvent prêter à question.”<sup>1744</sup>

De vraag wordt terecht geformuleerd: “ Pourrait-on avoir le travail qu'a effectué le jury, c'est-à-dire les critères, les évaluations, avoir les résultats des tests – je ne sais pas si c'étaient des oraux ou des écrits – avoir la composition du jury, pour obtenir l'ensemble des informations qui permettrait à ce Parlement de garantir que la sélection s'est faite dans la plus parfaite objectivité et que Mme Evrard aura l'indépendance nécessaire, à l'égard du Gouvernement, dans ses nouvelles fonctions?”<sup>1745</sup> Het gaat met andere woorden om een kritische vraag of het werk van de selectiejury wel voldoende effectief was, dit wil zeggen de criteria, de evaluaties, de testresultaten en de samenstelling van de jury, om ervoor te zorgen dat alle informatie voor het parlement beschikbaar is om te garanderen dat de selectie werd gemaakt in de meest perfecte objectiviteit?

De minister antwoordde dat er voor de vacatures zeven kandidaten waren, waarbij beklemtoond moet worden dat enkel de kandidatuur van mevrouw Evrard als “convenant particulièrement” werd bestempeld. De andere kandidaten waren niet geschikt voor de functie. Dit argument is echter niet toereikend aangezien daaruit eveneens kan worden afgeleid dat de selectieprocedure net wel subjectief is verlopen. De minister stelde eveneens voor om de documenten in verband met de selectieprocedure over te maken aan de parlementaire commissie met het oog op inzage.<sup>1746</sup> Deze casus duidt opnieuw het belang aan van een **parlementaire inbreng** in een vroeger stadium, namelijk bij de selectieprocedures.

#### 4.3.3. *Benoemingen bij de Autoriteit Consument en Markt*

**546.** Artikel 12, lid 1 van de Kaderwet Zelfstandige Bestuursorganen vormt een basisbepaling en stelt dat de “Minister de leden van een zelfstandig bestuursorgaan benoemt, schorst en ontslaat”. Voor de ACM betreft het de minister van Economische Zaken. Artikel 3 van de Instellingswet ACM bepaalt dat de ACM uit drie leden bestaat, onder wie de voorzitter. De benoeming vindt plaats op grond van de deskundigheid die nodig is voor de uitoefening van de taken van de Autoriteit Consument en Markt alsmede op grond van

<sup>1744</sup> Vraag om uitleg van de heer M. Bouchez tot minister Furlan over de onafhankelijkheid van mevrouw Christel Evrard, *Hand. Wl.Parl.* 2014-2015, 21 april 2015, nr. C.R.A.C. N° 121, 42.

<sup>1745</sup> Vraag om uitleg van de heer M. Bouchez tot minister Furlan over de onafhankelijkheid van mevrouw Christel Evrard, *Hand. Wl.Parl.* 2014-2015, 21 april 2015, nr. C.R.A.C. N° 121, 42.

<sup>1746</sup> Vraag om uitleg van de heer M. Bouchez tot minister Furlan over de onafhankelijkheid van mevrouw Christel Evrard, *Hand. Wl.Parl.* 2014-2015, 21 april 2015, nr. C.R.A.C. N° 121, 43.

maatschappelijke kennis en ervaring. De voorzitter wordt benoemd voor een periode van zeven jaar en de overige leden worden benoemd voor een periode van vijf jaar. De voorzitter en de overige leden kunnen eenmaal worden herbenoemd voor eenzelfde periode (art. 3, lid 3 Instellingswet ACM). De verschillende benoemingstermijnen werden gekozen om uitvoering te geven aan de Europese eis inzake het instellen van een rotatieschema.<sup>1747</sup> Artikel 3, lid 4 van de Instellingswet ACM bepaalt nog dat in het geval van een vacature de overblijvende leden, in afwijking van het eerste lid, voor een periode van ten hoogste negen maanden nadat de vacature is ontstaan, de Autoriteit Consument en Markt vormen, met de bevoegdheden van de voltallige Autoriteit Consument en Markt.

**547.** Ook in Nederland, net zoals in België, wordt er kritiek geuit op de **weinig transparante** benoemingsprocedures.<sup>1748</sup> VAN EIJK stelt bijvoorbeeld dat toezichthouders in Nederland met hun status van zelfstandig bestuursorgaan onvoldoende vrij van politieke inmenging zijn.<sup>1749</sup> Verder stelt VAN EIJK dat “de benoeming van het bestuur van de toezichthouder [ACM] in hoge mate ondoorzichtig [is], zoals we dat gewend zijn met zbo’s in Nederland. Het is vreemd, maar er heeft nooit een advertentie in de krant gestaan met de boodschap: wij zoeken een toezichthouder. Er wordt niet openbaar geworven, je kunt je ook nergens aanmelden voor de functie”. Ook SCHINKEL beklemtoont het belang van een transparante, onpartijdige en onafhankelijke benoemingsprocedure.<sup>1750</sup>

**548.** Ook in het parlement kwam er veel kritiek op de weinig transparante procedures.<sup>1751</sup> In 2013, als antwoord op de kritische vragen die daaromtrent in het parlement werden gesteld, besliste de minister van Economische Zaken om de wervings- en benoemingsprocedure openbaar te maken.<sup>1752</sup> De procedures werden opgenomen in een bijlage bij het Relatiestatuu ACM en ministers 2013.<sup>1753</sup> Dit relatiestatuu valt te vergelijken met een beheersovereenkomst bij de VREG.<sup>1754</sup> Artikel 9 van het relatiestatuu bepaalt dat “onverminderd artikel 3 van de instellingswet [...] de werving, selectie en benoeming van een nieuwe voorzitter en nieuwe overige leden van de ACM [geschieden] volgens de in de

<sup>1747</sup> *Kamerstukken II 2011/12, 33186, 3 (MvT), p. 8.*

<sup>1748</sup> M.P. SCHINKEL, ‘Gevraagd: autoriteit met rechtspersoonlijkheid’, *M&M* 2013, afl. 1, (9) 9; L. SCHOUTEN en A. DE MOOR-VAN VUGT, ‘De onafhankelijkheid van de Autoriteit Consument en Markt’, *SEW* 2015, afl. 2, (62) 72.

<sup>1749</sup> zie ook het interview met Prof. N. VAN EIJK, ‘Het gaat er niet om of het functioneert’, in *SC Online*, 2012, <http://acle.uva.nl/binaries/content/assets/subsites/amsterdam-center-for-law--economics/news/artikelen-2012-11-november-01-het-gaat-er-niet-om-of-het-functioneert---sc-o.pdf?1352121252762>.

<sup>1750</sup> M.P. SCHINKEL, ‘Gevraagd: autoriteit met rechtspersoonlijkheid’, *M&M* 2013, afl. 1, (9) 11.

<sup>1751</sup> Zie voor de kritiek: *Kamerstukken II 2011/12, 33186, 5, p. 12 (Verslag)*.

<sup>1752</sup> Zie voor de toezeggingen van de minister: *Handelingen I 2012/13, 17, item 3.*

<sup>1753</sup> Relatiestatuu ACM en ministers 2013, *Stcrt.* 2013, 10 april 2013, 9237.

<sup>1754</sup> In het relatiestatuu wordt vermeld dat: “Uitgangspunt bij de invulling van de relatie is dat de Minister van Economische Zaken verantwoordelijk is voor het mededingingsbeleid, het consumentenbeleid en het sectorspecifieke beleid op het gebied van telecommunicatie, post en energie, de Minister van Infrastructuur en Milieu voor het sectorspecifieke beleid op het gebied van vervoer en drinkwater en de Autoriteit Consument en Markt voor de uitvoering van de aan hem opgedragen wettelijke taken. Dit relatiestatuu weerspiegelt de gedachte dat een goede interactie tussen de ministers en de Autoriteit Consument en Markt een goede uitoefening van hun taken en verantwoordelijkheden bevordert”.

bijlage van dit relatiestatuuat opgenomen procedure. De Minister van EZ en de ACM kunnen gezamenlijk besluiten dat van de procedure in de bijlage wordt afgeweken”.

**549.** De procedure inzake werving, selectie en benoeming van de leden van de ACM gaat uit van zes stappen. Stap 1 houdt in dat er een profielschets wordt opgemaakt. Daarbij stelt een commissie bestaande uit maximaal twee door de ACM aangewezen personen en maximaal twee door de secretaris-generaal van EZ aangewezen personen een conceptprofielschets op. De conceptprofielschets wordt, de opvattingen van de ondernemingsraad van de ACM meewegend, ter vaststelling aan de Minister van EZ voorgelegd. De Minister van EZ stelt daarop de profielschets vast. Stap 2 heeft betrekking op de werving. Men kijkt of er potentiële kandidaten in het kandidatenbestand aanwezig zijn en men zoekt zo nodig via andere kanalen voldoende kandidaten, bijvoorbeeld via een wervingsadvertentie of een headhunter. Stap 3 is de selectie. Op basis van de schriftelijke informatie (brieven, CV) voeren de secretaris-generaal van EZ en een lid van de ACM gezamenlijk een eerste selectie uit, ondersteund door de commissie. Alle kandidaten die door de eerste selectie zijn gekomen, worden uitgenodigd voor een gesprek dat gezamenlijk wordt gevoerd door: een directeur(-generaal) van EZ, een lid van de ACM en een MD-adviseur.<sup>1755</sup> De directeur(-generaal) en een lid van de ACM die het gesprek hebben gevoerd, besluiten gezamenlijk welke kandidaten doorgaan naar de eindronde (maximaal vier). De eindronde bestaat uit gesprekken die de secretaris-generaal van EZ en een lid van de ACM gezamenlijk met de kandidaten voeren. De secretaris-generaal van EZ en het lid van de ACM besluiten gezamenlijk welke kandidaat zij aan de minister voordragen.<sup>1756</sup> Stap 4 houdt de voordracht in. De commissie stelt een conceptvoordracht van de kandidaat voor de Minister van EZ op. Indien gewenst, voert de Minister van EZ een gesprek met de kandidaat.<sup>1757</sup> Stap 5 heeft betrekking op de arbeidsvoorwaarden.<sup>1758</sup> Stap 6 houdt dan de benoeming in door de minister van Economische Zaken. De Minister van EZ weegt bij de benoeming het advies van de ondernemingsraad van de ACM mee. Hij meldt zijn voornemen tot benoeming in de Ministerraad.

---

<sup>1755</sup> Management Development adviseur.

<sup>1756</sup> De integriteitsfunctionarissen van EZ en de ACM-organisatie voeren een gesprek met de beoogde kandidaat over de toepasselijke integriteitsregels. Hierbij wordt geïnventariseerd of sprake is van nevenwerkzaamheden en/of financiële belangen die een ontheffing vergen onder de integriteitsregeling van EZ. Zij rapporteren via de commissie aan de secretaris-generaal van EZ.

<sup>1757</sup> De voordracht wordt door een lid van de ACM voor advies voorgelegd aan de ondernemingsraad van de ACM-organisatie (formele adviesaanvraag). Tegelijkertijd wordt de voor benoeming beoogde kandidaat voorgesteld aan die ondernemingsraad en wordt de gelegenheid geboden voor een gesprek.

<sup>1758</sup> Parallel aan stap IV initieert de directie Bedrijfsvoering/MD van EZ een arbeidsvoorwaardengesprek met de kandidaat en start zij een veiligheidsonderzoek op. De secretaris-generaal van EZ voert het arbeidsvoorwaardengesprek met de kandidaat en maakt afspraken ten aanzien van financiële belangen, nevenwerkzaamheden en mogelijke vervolgfuncties. De MD-adviseur stelt een arbeidsvoorwaardenbrief op. De arbeidsvoorwaardenbrief wordt vervolgens door de secretaris-generaal van EZ getekend en naar de kandidaat verzonden en wordt van kracht zodra de benoeming een feit is. 2. Tegelijk met de arbeidsvoorwaardenbrief bereidt de integriteitsfunctionaris van de ACM organisatie eventuele ontheffingen voor die de afspraken reflecteren die de secretaris-generaal van EZ met de kandidaat heeft gemaakt op het gebied van integriteit. De integriteitsfunctionaris van EZ draagt er zorg voor dat deze ontheffingen door de secretaris-generaal van EZ tegelijk met de arbeidsvoorwaardenbrief wordt getekend.

**550.** Bij deze benoemingsprocedure kunnen een aantal kanttekeningen worden gemaakt. Eerst en vooral bepaalt artikel 9 van het relatiestatuut dat de Minister van EZ en de ACM gezamenlijk kunnen besluiten dat van de procedure in de bijlage wordt afgeweken. De vraag is dan ook in hoeverre dergelijke “openbare en transparante procedure” daadwerkelijke garanties biedt op een onafhankelijke en niet louter politieke benoeming.<sup>1759</sup> Bovendien is het duidelijk dat, hoewel er in Nederland minder sprake zou zijn van politieke benoemingen,<sup>1760</sup> de benoemingsprocedure duidelijk toch zeer sterk gelinkt is met het ministerie/de minister van Economische zaken.

#### 4.3.4. Aanbevelingen

**551.** Hetgeen voorgaande voorbeelden aantonen is dat in België nog steeds inbreuken worden gemaakt op de *politieke* onafhankelijkheidsvereisten ingeschreven in de Europese liberaliseringsrichtlijnen. Verschillende aanbevelingen kunnen worden gemaakt om ervoor te zorgen dat de politieke onafhankelijkheid van de regulator bij de benoeming van de directeurs of bestuurders (nog) meer gewaarborgd wordt.

##### 4.3.4.1. Een objectief en transparant benoemingsproces

**552.** De benoemingsprocedure moet eerst en vooral op een transparante en gedetailleerde manier worden uitgewerkt in de wetgeving. Daarbij het is noodzakelijk dat de benoemingen niet op het politieke niveau (“achterkamerpolitiek”) plaatsvinden, maar wel in eerste plaats via onafhankelijke overheidsselectiebureaus, zoals SELOR en Jobpunt Vlaanderen.<sup>1761</sup> Er moeten daarbij voldoende waarborgen – zoals objectieve selectiecriteria, uitdrukkelijke motiveringen, transparantiewaarborgen – aanwezig zijn waardoor het selectieproces, uitgevoerd door een privaat selectiebureau, SELOR of Jobpunt Vlaanderen, leidt tot een objectieve selectie van de kandidaten. Er moet vermeden worden dat politieke mandatarissen de beslissingsprocedures bij het selectiebureau trachten te sturen of beïnvloeden. Er moet daarbij gegarandeerd worden dat bij dergelijke benoemingen van politieke onafhankelijke directeurs of bestuurders, de selectiebureaus *in casu* volledig aan de invloed van de politiek worden onttrokken en in volle onafhankelijkheid hun werk kunnen doen. SELOR, Jobpunt Vlaanderen en de private selectiebureaus moeten de garantie kunnen krijgen en ook bieden dat zij in alle objectiviteit kunnen en mogen opereren. De assessments die met de benoemingen gepaard gaan mogen door de politieke spelers immers niet

<sup>1759</sup> L. SCHOUTEN en A. DE MOOR-VAN VUGT, “De onafhankelijkheid van de Autoriteit Consument en Markt”, *SEW* 2015, (62) 72.

<sup>1760</sup> Zoals bleek uit interviews met onder meer Prof. dr. M. ROGGENKAMP, Prof. dr. F. DE VRIES, Prof. dr. S. LAVRIJSSEN, dr. M. AELEN,...

<sup>1761</sup> F. NAERT, “De CREG vervelt van waakhond naar schoothond”, [http://users.ugent.be/~fnaert/Site/Site\\_Frank\\_Naert/Artikelen/2013/1/10\\_De\\_CREG\\_vervelt\\_van\\_waakhond\\_naar\\_schoothond.xml](http://users.ugent.be/~fnaert/Site/Site_Frank_Naert/Artikelen/2013/1/10_De_CREG_vervelt_van_waakhond_naar_schoothond.xml), laatst geconsulteerd op 15 februari 2016.

gebruikt worden als middel om kandidaten met de verkeerde politieke kleur uit te sluiten. Bij de mondelinge proef is de onpartijdigheid van de jury cruciaal, waarbij elke vorm van afhankelijkheid of partijdigheid vermeden moet worden. Ideale kandidaten voor deze jury zijn bijvoorbeeld professoren, adviesinstanties zoals de SERV, voorzitters van andere regulatoren, etc. Bovendien is een groter aantal juryleden beter aangezien dit het risico op beïnvloeding nog meer inperkt. Het belang van een transparante en objectieve selectieprocedure wordt ook beklemtoond in de recente voorstellen van de Europese Commissie tot wijziging van de richtlijn 2009/72/EG. Zo zal artikel 35(e) van de richtlijn in de toekomst bepalen dat "the members of the board of the regulatory authority or, in the absence of a board, the regulatory authority's top management are appointed based on objective, transparent, published criteria, in an independent and impartial procedure, which ensures that the candidates have the necessary skills and experience for any relevant position in the national regulatory authority and that **parliamentary hearings** are held".<sup>1762</sup>

**553.** Het is bijgevolg aangewezen dat voor alle vier de regulatoren in België een (gelijkaardige) benoemingsprocedure wordt gebruikt die in de **wet**, het **decreet** of de **ordonnantie** wordt ingeschreven. Zo ligt de bal in het kamp van de wetgever en is er meer democratische controle op de benoemingsvereisten. Hierbij wordt bijvoorbeeld vermeden dat de minister plots de benoemingsvoorwaarden – *custom made* – aanpast (de diplomavereisten etc.).<sup>1763</sup> Deze benoemingsvoorwaarden moeten duidelijke(re) regels omvatten inzake cumulatie, overgangstermijnen tussen verschillende posities, onverenigbaarheden, belangenconflicten enz.<sup>1764</sup>

**554.** Het blijkt dat de regering en de minister ervoor willen zorgen dat bepaalde hooggeplaatste en economisch belangrijke functies door hun voorkeurkandidaten worden ingevuld. Er moet dan ook werk worden gemaakt van een sterk **rotatieschema** waardoor niet elke directeur of bestuurder op hetzelfde moment vervangen kan worden. De *politisering* van de benoemingen tast ontegensprekelijk het onafhankelijk functioneren van de energieregulatoren aan. MAJONE stelt dat "political appointments carry the risk of promoting vested interest".<sup>1765</sup> De benoemingen zou met andere woorden de overheid als marktspeler ten goede komen.

**555.** Deze politieke benoemingen door de regering maken (flagrante) schendingen uit van de onafhankelijkheidsvereisten uit het derde pakket

---

<sup>1762</sup> Proposal (Comm.) for a Directive of the European Parliament and of the Council on common rules for the internal market in electricity, 30 november 2016, COM(2016)864 def - 2016/0380 (COD).

<sup>1763</sup> Zoals bijvoorbeeld bij meneer Buysse.

<sup>1764</sup> Zie ook de opmerkingen van het Rekenhof hieromtrent: Rekenhof, "Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 35, 36 en 37.

<sup>1765</sup> OESO, "Designing Independent And Accountable Regulatory Authorities For High Quality Regulation", *Proceedings of an Expert Meeting in London*, 2005, 7.

liberaliseringsrichtlijnen en moeten dringend door een strengere procedure aangepakt worden.

#### 4.3.4.2. De inspraak van het parlement vergroten bij benoeming door de regering

**556.** Een meer onafhankelijke benoemingsprocedure wordt eveneens gewaarborgd door de inspraak van het parlement te vergroten.<sup>1766</sup> Ook de Europese Commissie volgt dit pad in de recente voorstellen tot wijziging van de richtlijn 2009/72/EG (*supra*, nr. 552). De voorkeur gaat hierbij uit naar bijvoorbeeld volgende procedure: (1) het private selectiebureau schrijft in samenspraak met het overheidselectiebureau de kandidaturen uit voor de betreffende functies, uiteraard op basis van het (nieuwe en meer gedetailleerde) wetgevend kader ter zake; (2) er gebeurt een eerste selectie door een screening van de ingediende curricula vitae aan de hand van deze criteria door het private selectiebureau en het overheidselectiebureau; (3) nadien is er een verkennend gesprek met een afgevaardigde van zowel het private selectiebureau als het overheidsbureau (betreffende de motivatie, communicatievaardigheden, relevante ervaring); (4) voor de na stap 3 in aanmerking genomen kandidaten volgt daarna een computergestuurde assessment en casestudy test waarbij de managements- en inhoudelijke competenties worden in kaart worden gebracht; (5) voor de na stap 3 in aanmerking genomen kandidaten volgt eveneens een mondelinge proef, afgenomen door een onafhankelijke en onpartijdige jury, samengesteld uit minstens 8 specialisten, bijgestaan door een afgevaardigde van het private en het overheidselectiebureau. De kwalificatie die gegeven wordt aan de kandidaten door de jury dient met een  $\frac{3}{4}$  meerderheid tot stand te komen, waarbij elk jurylid zijn of haar keuze dient te motiveren. Enkel op die manier krijgt men voldoende inzicht in de argumenten waarop men zich baseert. Het aantal kandidaten dat een kwalificatie als "zeer geschikt" of "geschikt" krijgt wordt dan, net zoals bij de Europese Commissie, (6) in een parlementaire commissie gehoord en geëvalueerd door de parlementsleden. De regering (of enkel het parlement, cf. VREG *supra* nr. 900) dient dan de uiteindelijke kandidaat te selecteren uit de kandidaten die als "zeer geschikt" of "geschikt" werden beschouwd. De regering moet deze beslissing omstandig motiveren voor het parlement. Het voltallige parlement dient immers daarna haar goedkeuring te geven bij de benoeming van de kandidaat. In de VS dient de President eveneens de goedkeuring van de Senaat te verkrijgen bij de benoeming van de leden van de FERC.<sup>1767</sup>

---

<sup>1766</sup> Rekenhof, "Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 36.

<sup>1767</sup> 42 U.S.C. § 7171, (b)(1).

#### 4.3.5. *Benoeming door de President met goedkeuring door de Senaat in de VS*

**557.** De IRA's – hoewel zij formeel deel uitmaken van de uitvoerende macht – worden niet bestuurd door één enkele directeur (director) of een beheerder (administrator). Dit staat in scherp contrast met de *executive agencies*, waarbij één directeur of beheerder wordt aangeduid door de President.<sup>1768</sup> De directeur of beheer fungeert daarbij "at will" of "at pleasure" van de President. *Executive agencies* staan dan ook bijzonder dicht bij de President. De IRA's daarentegen worden bestuurd door een commissie of een *board*.<sup>1769</sup> Dit is een collegiaal orgaan, hetgeen impliceert dat de commissie bestaat uit meerdere leden, vaak vijf tot zeven. Collegialiteit heeft als voordeel dat men, alvorens men een beslissing neemt, steeds eerst dient te delibereren over de besluitvorming. Dit zorgt vaak voor een gefundeerde en gemotiveerde beslissing.<sup>1770</sup> Bij FERC bijvoorbeeld bestaat de commissie uit vijf leden:

"The Commission shall be composed of five members appointed by the President, by and with the advice and consent of the Senate. One of the members shall be designated by the President as Chairman".<sup>1771</sup>

**558.** Bij sommige agencies oefent de voorzitter (chairman) zijn bevoegdheden bovendien uit *at the pleasure of the President*. Zo kan de functie van Chairman van de CIA en NASA volledig discretionair worden ingevuld door de President. Dat ook IRA's niet geheel onafhankelijk zijn van Presidentiele invloed blijkt eveneens uit het feit dat de President steeds de voorzitter van de commissie mag aanduiden. Dit is vrij cruciaal aangezien de voorzitter de agenda bepaalt, de budgetten beheert en een doorslaggevend stem heeft bij een gelijk aantal stemmen.<sup>1772</sup> Bij FERC bepalen de Statutes dat "one of the members shall be designated by the President as Chairman"<sup>1773</sup>, waarbij hij verantwoordelijk is "on behalf of the Commission for the executive and administrative operation of the Commission".<sup>1774</sup>

<sup>1768</sup> M. SHAPIRO, "The problem of independent agencies in the United States and the European Union", *Journal of European Public Policy* 1997, (276) 276.

<sup>1769</sup> A. MORRISON, "How independent are independent regulatory agencies?", *Duke Law Journal*, 1998, (252) 252; K. DATLA en R.L. REVESZ, "Deconstructing independent agencies (and executive agencies)", *Cornell Law Review* 2013, (769) 770 en 777.

<sup>1770</sup> M. BERNSTEIN, *Regulating Business by Independent Commission*, Princeton New Jersey, Princeton University Press, 1955, 306.

<sup>1771</sup> 42 U.S.C. § 7171, (b)(1).

<sup>1772</sup> A. MORRISON, "How independent are independent regulatory agencies?", *Duke Law Journal*, 1998, (252) 252.

<sup>1773</sup> 42 U.S.C. § 7171, (b)(1).

<sup>1774</sup> 42 U.S.C. § 7171, (c): The Chairman shall be responsible on behalf of the Commission for the executive and administrative operation of the Commission, including functions of the Commission with respect to

(1) the appointment and employment of hearing examiners in accordance with the provisions of title 5,  
(2) the selection, appointment, and fixing of the compensation of such personnel as he deems necessary, including an executive director,  
(3) the supervision of personnel employed by or assigned to the Commission, except that each member of the Commission may select and supervise personnel for his personal staff,  
(4) the distribution of business among personnel and among administrative units of the Commission, and  
(5) the procurement of services of experts and consultants in accordance with section 3109 of title 5. The Secretary shall provide to the Commission such support and facilities as the Commission determines it needs to carry out its functions.



**559.** Bij de benoeming van de leden moet het advies worden gevraagd aan de Senaat en moet de Senaat nadien ook zijn goedkeuring geven. De Grondwet geeft de Senaat de bevoegdheid om de Presidentiele benoemingen goed te keuren, zowel de uitvoerende als de rechterlijke benoemingen.<sup>1775</sup> De achterliggende reden waarom de *Founding Fathers* in de Grondwet dergelijke bevoegdheid inschreven was omdat besepte dat de kwaliteit van de benoemingen door de President gelinkt is aan het vertrouwen van het publiek in de overheid.<sup>1776</sup> HAMILTON stelde dat:

"The Senate's confirmation power serves as an excellent check upon a spirit of favoritism in the President, and would tend greatly to prevent the appointment of unfit characters from State prejudice, from family connection, from personal attachment, or from a view to popularity."<sup>1777</sup>

Het toezicht dat door de Senaat wordt uitgeoefend zorgt er bijgevolg voor dat er een debat kan ontstaan omtrent de geschiktheid van de kandidaat en mogelijke belangenconflicten of onverenigbaarheden. De bevoegdheid van de President "as chief executive to appoint members of independent regulatory agencies" is immers "[...] his most significant power to control an agency's regulatory agenda or at least try to assure some compatibility with his policies".<sup>1778</sup> Het is dan ook belangrijk dat het Congres over een "tegengewicht" beschikt. Het Congres heeft daardoor in de wetgeving eerst en vooral de *bipartisan balance*-regel ingeschreven, de *staggered terms* vastgelegd en een goedkeuringsproces ingesteld. Deze drie instrumenten worden hier beknopt besproken.

**560.** Met betrekking tot de uitvoerende macht is het niet altijd eenvoudig voor de President om de posities tijdig in te vullen aangezien de Senaat vaak het **goedkeuringsproces** doelbewust vertraagt, zeker indien de meerderheid in de Senaat toebehoort tot de andere partij.<sup>1779</sup> Zo grijpt de Senaat dergelijke goedkeuring vaak aan "as a tool for waging policy disputes", als een instrument tot het discussiëren over het beleid. Zo bleek uit onderzoek dat de goedkeuring door de Senaat efficiëntie en effectiviteitskosten doet ontstaan aangezien de benoemingen vaak meer dan vijf maanden op zich lieten wachten.<sup>1780</sup> KAVANAUGH stelt dan ook dat het Congres zich van deze beleidsinmenging moet onthouden aangezien, indien het Congres het beleid wenst te beïnvloeden, het

---

<sup>1775</sup> U.S. CONST. art. I, § 2, cl. 5.

<sup>1776</sup> P. LIGHT en V. THOMAS, "The merit and reputation of an administration: Presidential appointees on the appointments process", Research paper, 2000, <http://www.brookings.edu/research/papers/2000/04/28governance-light>.

<sup>1777</sup> THE FEDERALIST NO. 76, at 423 (Alexander Hamilton) (Clinton Rossiter ed., 1999).

<sup>1778</sup> M. BREGER en G. EDLES, *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 131.

<sup>1779</sup> B. KAVANAUGH, "Separation of Powers During the Forty-Fourth Presidency and Beyond", *Minnesota Law Review* 2009, (1454) 1463.

<sup>1780</sup> P. LIGHT en V. THOMAS, "The merit and reputation of an administration: Presidential appointees on the appointments process", Research paper, 2000, <http://www.brookings.edu/~media/research/files/papers/2000/4/28governance-light/20000428merit.pdf>.

eerder strengere wetgeving moet aannemen of het instrument van *the power of the purse* moet gebruiken.<sup>1781</sup> De auteur vervolgt dat:

"[By] using the confirmation process as a backdoor way of impeding the **President's direction and supervision of the executive branch**— of gumming up the works—is constitutionally irresponsible and makes our government function less efficiently and effectively. Wielding the confirmation process as a club against executive branch appointees would make sense in a different system of government where the agencies were not subject to Presidential direction and supervision. That is not the system created by the Constitution".<sup>1782</sup>

De IRA's worden evenwel niet onderworpen aan dergelijke Presidentiële discretie en Presidentieel toezicht.<sup>1783</sup> Daarom wordt ook geargumenteed dat de Senaat bij hun benoeming inderdaad uit mag gaan van een omvangrijkere en langdurigere controle. Nadat zij worden aangesteld zijn ze immers grotendeels immuun voor het merendeel van de leiding en het toezicht door de President, waarbij de President eveneens gebonden is door de "for cause" ontslagbescherming.<sup>1784</sup> De Senaat kan daarbij bijvoorbeeld gelijke standaarden hanteren als bij de benoeming van onafhankelijke rechters. Sterke en competente leden van de IRA's zijn immers essentieel aangezien zowel de President als het Congres nadien nog maar weinig zeggenschap hebben.

**561.** Net zoals vereist wordt door de Europese richtlijnen – maar helaas in België slechts in beperkte mate nageleefd wordt – moet de vaste benoemingstermijn van de commissieleden gespreid (*staggered*) verlopen.<sup>1785</sup> Dit wil zeggen dat de commissieleden worden benoemd voor een termijn van vijf tot zeven jaar, waarbij de begintermijn verschilt van lid tot lid.<sup>1786</sup> Dit zorgt ervoor dat nooit alle leden tegelijkertijd vervangen dienen te worden en komt bijgevolg de continuïteit van de dienst ten goede. Bij de FERC loopt bijvoorbeeld het mandaat van *Commissioner* Clark af op 30 juni 2016,<sup>1787</sup> dat van *Commissioner* Honorable op 30 juni 2017,<sup>1788</sup> en dat van *Commissioner* LaFleur op 30 juni 2019 (tweede termijn).<sup>1789</sup> De voorzitter, Norman Bay, zijn mandaat loopt af op 30 juni 2018.<sup>1790</sup> Hoewel de President in theorie alle leden van de commissie mag aanduiden en benoemen, verhindert de gespreide

<sup>1781</sup> B. KAVANAUGH, "Separation of Powers During the Forty-Fourth Presidency and Beyond", *Minnesota Law Review* 2009, (1454) 1464.

<sup>1782</sup> B. KAVANAUGH, "Separation of Powers During the Forty-Fourth Presidency and Beyond", *Minnesota Law Review* 2009, (1454) 1464-1465.

<sup>1783</sup> Dit komt in het volgende hoofdstuk aan bod.

<sup>1784</sup> *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602, 630 (1935).

<sup>1785</sup> M. BREGER en G. EDLES, *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 93.

<sup>1786</sup> 42 U.S. Code § 7171, (b)(2): "Notwithstanding the third sentence of paragraph (1), the terms of members first taking office after April 11, 1990, shall expire as follows: (A) In the case of members appointed to succeed members whose terms expire in 1991, one such member's term shall expire on June 30, 1994, and one such member's term shall expire on June 30, 1995, as designated by the President at the time of appointment. (B) In the case of members appointed to succeed members whose terms expire in 1992, one such member's term shall expire on June 30, 1996, and one such member's term shall expire on June 30, 1997, as designated by the President at the time of appointment. (C) In the case of the member appointed to succeed the member whose term expires in 1993, such member's term shall expire on June 30, 1998".

<sup>1787</sup> FERC, <http://www.ferc.gov/about/com-mem/clark.asp>.

<sup>1788</sup> FERC, <http://www.ferc.gov/about/com-mem/honorable.asp>.

<sup>1789</sup> FERC, <http://www.ferc.gov/about/com-mem/laflour.asp>.

<sup>1790</sup> FERC, <http://www.ferc.gov/about/com-mem/bay.asp>.

benoemingstermijn dat de President bij zijn aanstelling onmiddellijk alle leden kan vervangen *at his pleasure*. De benoemingstermijn loopt bovendien vaak langer dan de Presidentiele termijn van vier jaar.<sup>1791</sup> Bovendien wordt aangenomen dat hoe langer de benoemingstermijn is, hoe onafhankelijker de commissie opereert.<sup>1792</sup> Bij FERC is de benoemingstermijn vijf jaar.<sup>1793</sup>

Hoewel de President rekening dient te houden met deze gespreide benoemingstermijnen van de commissieleden en de *for cause* bepaling, gebeurt het toch dat de Presidentiele termijn lang genoeg is om een meerderheid te verkrijgen binnenin een *agency*. Bovendien valt het wel eens voor dat leden van een IRA uit eigen beweging ontslag nemen indien een President van de andere partij wordt verkozen.<sup>1794</sup> Op die manier kan de President de functies min of meer invullen *at his pleasure*, zij het uiteraard door rekening te houden met de gelijke partijpolitieke verhouding, waarbij niet meer dan de helft van de leden uit eenzelfde politieke partij mogen komen. Een andere politieke kleur hoeft bovendien niet automatisch te betekenen dat een men de President niet gunstig zal stemmen. De President kan dus een hem gunstig gestemd lid aanduiden, hoewel die behoort tot een andere partij.

Deze gelijkgestemdheid vloeit voornamelijk voort uit de mogelijkheid tot herbenoeming van de leden van de IRA's, alsook uit de interne mobiliteit (*revolving doors*) binnenin de uitvoerende tak.<sup>1795</sup> De casus van James Miller is een typevoorbeeld van de dynamiek tussen de leden van de *executive agencies* en de leden van de IRA's. James Miller stond aan het hoofd van het *regulatory program* van het *Office of Management and Budget* (OMB). Het OMB maakt deel uit van het *Executive Office* van de President. Hierna werd hij echter door de President aangeduid als voorzitter van de *Federal Trade Commission*. Nadat zijn termijn was afgelopen, keerde hij echter terug naar het OMB, dit maal als *Director*.<sup>1796</sup> Een ander, meer recent voorbeeld, betreft Howard Shelanski. Hij is sinds juni 2013 de beheerder (Administrator) van het OIRA (binnen het *Executive Office of the President*), maar werkte in het verleden als directeur van het *Bureau of Economics* binnen de *Federal Trade Commission* (FTC), een onafhankelijk *agency*.<sup>1797</sup>

**562.** De samenstelling van de commissie is evenwel niet geheel arbitrair bepaald. De toepasselijke *Statutes* plaatsen immers meestal een limiet op het

---

<sup>1791</sup> M. BREGER en G. EDLES, *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 93.

<sup>1792</sup> B. DEFLOOR en F. NAERT, "How Independent are Belgian Regulators?", *CRNI* 2009, nr. 4, (355) 360; K. DATLA en R.L. REVESZ, "Deconstructing independent agencies (and executive agencies)", *Cornell Law Review* 2012-2013, (769) 791 en 792.

<sup>1793</sup> 42 U.S.C. § 7171, (b)(1): Members shall hold office for a term of 5 years.

<sup>1794</sup> K. DATLA en R.L. REVESZ, "Deconstructing independent agencies (and executive agencies)", *Cornell Law Review* 2012-2013, (769) 821.

<sup>1795</sup> A. B. MORRISON, "How independent are independent regulatory agencies?", *Duke Law Journal*, 1998, (252) 252

<sup>1796</sup> A. B. MORRISON, "How independent are independent regulatory agencies?", *Duke Law Journal*, 1998, (252) 254.

<sup>1797</sup> <https://www.whitehouse.gov/omb/oira/leadership>, laatst geconsulteerd op 19 maart 2016.

aantal leden afkomstig uit één politieke partij (**bipartisan balance**).<sup>1798</sup> *Agencies* bestaan meestal uit een oneven aantal leden, waarbij net iets meer dan de helft van dezelfde partij is (*no more than the bare majority*).<sup>1799</sup> Bij FERC werd bepaald dat "not more than three members of the Commission shall be members of the same political party".<sup>1800</sup> Dit zorgt ervoor dat een commissie nooit voor meer dan de helft kan gedomineerd worden door één politieke - Republikeinse of Democratische - partij ("this to avoid any undue political influence or pressure").<sup>1801</sup> De onafhankelijkheid van de commissies wordt dan ook gezien als een *perfect remedy* tegen dominante en politieke controle door één partij.<sup>1802</sup> <sup>1803</sup> Dit partijpolitiek evenwicht is niet vrij van kritiek. Zo werd door RASKIN gesteld dat:

"The statutory requirement that no more than three of six commissioners come from the same political party is no mere technicality but a continuing assault on the political liberty whose preservation is the principal object to the Constitution's separation of governmental powers".<sup>1804</sup>

President George H. Bush gaf in 1990 bijvoorbeeld geen gehoor aan zijn beperkte benoemingsmogelijkheden en stelde daarbij nieuwe wetgeving voor waardoor hij toch zijn voorkeurskandidaten zou kunnen benoemen:

"Under the Appointments Clause of the Constitution, article II, section 2, clause 2, congressional participation in such appointments may be exercised only through the Senate's advice and consent with respect to Presidential nominees. Accordingly, the restrictions in section 190(b) on my choice of nominees to the Board of Directors [of the Commission on National and Community Service] are **without legal force or effect**. I direct the Attorney General to prepare remedial legislation for submission to the Congress during its next session, so that the Act can be brought into compliance with the Constitution's requirements".<sup>1805</sup>

De *bipartisan balance*-regel betekent namelijk dat het Congres over een significante invloed beschikt ten aanzien van de keuzes van de President. Dit is zeker het geval wanneer het gaat om de minderheidsleden, waarbij zij vaak worden gesteund door de senatoren die niet tot dezelfde partij behoren als de President. Omwille van het feit dat de Senaat telkens de benoeming moet goedkeuren, gebeurt het vaak dat de *bipartisan* regel aangewend wordt om de President te dwingen tot het aannemen van een "package" of "pair" deal.<sup>1806</sup> MACKENZIE stelt dat "this happens especially for nominations to regulatory

<sup>1798</sup> S. ACKERMAN, "Policymaking accountability: parliamentary versus presidential systems" in D. LEVI-FAUR, *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, (171) 175.

<sup>1799</sup> M. BREGER en G. EDLES, *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 93.

<sup>1800</sup> 42 U.S. Code § 7171, (b)(1).

<sup>1801</sup> FERC, <https://www.ferc.gov/about/strat-docs/fy14-budg.pdf>, 5, laatst geconsulteerd op 14 maart 2016.

<sup>1802</sup> Interstate Commerce Commission Activities 1887-1937, Bureau of Statistics, 1937, 5: "A primary purpose in thus establishing the membership of the commission was to keep it free from partisan political control".

<sup>1803</sup> M. SHAPIRO, "The problem of independent agencies in the United States and the European Union", *Journal of European Public Policy* 1997, (276) 276; B. MORRISON, "How independent are independent regulatory agencies?", *Duke Law Journal*, 1998, (252) 252.

<sup>1804</sup> J. RASKIN, "A Complicated and Indirect Encroachment. Is the Federal Election Commission Unconstitutionally Composed?", *Administrative Law Review* 2000, (609) 610.

<sup>1805</sup> G. H. BUSH, *Statement on Signing the National and Community Service Act of 1990*, 16 November 1990, <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=19052>.

<sup>1806</sup> M. BREGER en G. EDLES, *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 129.

commissions and other multimember bodies [...]. In such arrangements, the Senate agrees to confirm the President's choice for one position in exchange for the President's nomination of a candidate favored by a senator for another position".<sup>1807</sup> Zo gebeurde het met de *National Labor Relations Board* (NLRB) dat dat de President en/of de senatoren voor de Democratische partij hun voorkeurskandidaten aanduiden en de senatoren van de Republikeinse partij de overige (minderheids)voorkeurskandidaten selecteren.<sup>1808</sup> Ook bij de *Federal Communications Commission* (FCC) was er sprake van een *package deal*.<sup>1809</sup> Hoewel *packaging* vroeger ongebruikelijk was – de President duidde eveneens kandidaten aan uit de andere partij – wordt het instrument nu vaker gebruikt. Zeker wanneer er sprake is van een langdurige impasse kan de President moeilijk anders – om zeker te zijn dat zijn kandidaten aanvaard worden – om zijn bevoegdheden als het ware te delen met de Senaat. De huidige commissie van de FERC is momenteel samengesteld uit één voorzitter en 3 commissieleden in plaats van één voorzitter en 4 leden. Eén positie is dus vacant aangezien commissielid Moeller (Republikein) zijn termijn afliep in 2015. Aangezien President Obama momenteel niet over een meerderheid in de Senaat beschikt is de kans klein dat hij iemand nog zal nomineren. Wanneer ook het mandaat van commissaris Clark (Republikein) op 30 juni 2016 afloopt, zal de echter enkel samengesteld zijn uit Democraten, waardoor de *bipartisan* regel geschonden blijft als er geen nieuwe aanstellingen gebeuren. FERC kan echter geldig blijven functioneren met drie commissarissen.<sup>1810</sup> De kans is dus groot dat de nieuwe President twee (Republikeinse) kandidaten zal moeten benomen.

**563.** Aangezien in België dergelijke dynamiek tussen de President en het Congres niet speelt zou de tussenkomst van het parlement bij de benoemingen van de bestuurders geen gelijksoortig inmengingsgevaar mogen constitueren als in de VS. De rol van het parlement bestaat er juist in om kritisch te zijn en om, via een **transparant debat**, ervoor te zorgen dat de personen die voorgedragen worden wel degelijk over de juiste individuele competenties beschikken. Het debat in het parlement moet er dan ook voor zorgen dat de eventuele *package deals* van de regering blootgelegd kunnen worden en de prioriteit terug verlegd wordt naar het inhoudelijke.

#### 4.4. Ontslag- en tuchtmogelijkheden

**564.** Een volgend element van de personele onafhankelijkheid van de energieregulator heeft betrekking op de ontslag- en tuchtmogelijkheden. De Europese liberaliseringsrichtlijnen stellen dat de leden van het bestuur, of bij

---

<sup>1807</sup> G. MACKENZIE, *Innocent Until Nominated: The Breakdown of the Presidential Appointments Process*, Washington D.C., Brookings Institution Press, 2001, 33.

<sup>1808</sup> J. FLYNN, "A Quiet Revolution at the Labor Board: The Transformation of the NLRB 1935-2000", *Ohio State Law Journal* 2000, (1361) 1445; J. BRUDNEY, "Isolated and Politicized: The NLRB's Uncertain Future", *Comparative Labor Law & Policy Journal* 2004-2005, (221) 252.

<sup>1809</sup> G. MACKENZIE, *Innocent Until Nominated: The Breakdown of the Presidential Appointments Process*, Washington D.C., Brookings Institution Press, 2001, 33.

<sup>1810</sup> Dit blijkt uit de interviews.

afwezigheid van een bestuur, de leden van de hogere leiding, in hun termijn uitsluitend van hun ambt ontheven kunnen worden als ze niet langer voldoen aan de in artikel 35 omschreven voorwaarden of volgens de nationale wetgeving schuldig zijn geweest aan wangedrag.<sup>1811</sup> De Interpretatieve Nota verduidelijkt dat hoewel de richtlijnen aan de lidstaten ruimte laten om nationale of regionale regels betreffende wangedrag op te stellen, het benadrukt moet worden dat de mogelijkheid om een bestuurder of directeur gedurende zijn of haar lopende termijn te ontslaan, enkel in speciale gevallen, zoals fraude, omkoping en schending van de onafhankelijkheids- of onpartijdigheidsregels mogelijk zal zijn.<sup>1812</sup>

**565.** In de reeds aangehaalde zaak C-424/15 wordt eveneens een tweede en derde vraag (*supra* nrs. 478 en 479) aan het Hof van Justitie voorgelegd, waarbij de verwijzende rechter in essentie wenst te vernemen of artikel 3, lid *3bis*, van de kaderrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat afbreuk wordt gedaan aan de waarborg van onafhankelijkheid van een NRI wanneer de voorzitter en een bestuurslid van de **telecom** NRI vóór het verstrijken van hun ambtstermijn worden ontslagen naar aanleiding van een institutionele hervorming waarbij deze NRI wordt samengevoegd met andere regulerende instanties. Artikel 3, lid *3bis* van de kaderrichtlijn (zoals gewijzigd door de richtlijn 2009/140/EG bepaalt:

“Onverminderd de bepalingen van de leden 4 en 5, treden de nationale regelgevende instanties die verantwoordelijk zijn voor marktregulering *ex ante* of voor de beslechtingen van geschillen tussen ondernemingen overeenkomstig artikel 20 of 21 van deze richtlijn, onafhankelijk op en vragen of aanvaarden zij geen instructies van andere instanties in verband met de uitoefening van deze taken die hun op grond van de nationale wetgeving tot omzetting van het Gemeenschapsrecht zijn toegewezen. Dit vormt geen beletsel voor toezicht overeenkomstig de nationale grondwet. Alleen beroepsinstanties die zijn opgezet in overeenstemming met artikel 4, zijn bevoegd besluiten van de nationale regelgevende instanties te schorsen of ongedaan te maken. De lidstaten zorgen ervoor dat het hoofd, of, in voorkomend geval, de leden van het collegiale orgaan dat die functie vervult, van een nationale regelgevende instantie als bedoeld in de eerste alinea, of hun plaatsvervangers **alleen kunnen worden ontslagen indien zij niet meer aan de tevoren in de nationale wetgeving vastgestelde eisen voor de uitoefening van dat ambt voldoen**. Het besluit om het hoofd, of, in voorkomend geval, de leden van het collegiale orgaan dat die functie vervult, van de betrokken nationale regelgevende instantie **te ontslaan wordt openbaar gemaakt** op het moment van ontslag. Het ontslagen hoofd of, in voorkomend geval, de ontslagen leden van het collegiale orgaan dat die functie vervult, van de nationale regelgevende instantie ontvangen een **motivering** en hebben het recht de openbaarmaking daarvan te verlangen, indien zulks anders niet zou geschieden; in dat geval wordt zij openbaar gemaakt.

De lidstaten zorgen ervoor dat de in de eerste alinea bedoelde nationale regelgevende instanties over afzonderlijke jaarlijkse begrotingen beschikken. De begroting wordt openbaar gemaakt. De lidstaten zorgen er eveneens voor dat de nationale regelgevende instanties over voldoende financiële middelen en personeel beschikken om hen in staat te stellen actief deel te nemen aan en bij te dragen tot het orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie (BEREC)”.

---

<sup>1811</sup> Of artikel 39 van de richtlijn 2009/73/EG.

<sup>1812</sup> Interpretatieve Nota, 11.

**566.** Advocaat-generaal BOT verwijst in zijn conclusie naar het arrest C-288/12 van het Hof van Justitie. Volgens het Hof volstaat het loutere gevaar dat de instanties die belast zijn met het overheidstoezicht een **politieke invloed** kunnen uitoefenen op de beslissingen van de toezichthoudende autoriteiten inzake **gegevensbescherming**, om de onafhankelijke vervulling van de taken van deze autoriteiten te hinderen, aangezien daaruit – aldus het Hof – een „geanticiperde gehoorzaamheid” van deze autoriteiten zou kunnen voortvloeien alsmede een verdenking van partijdigheid.<sup>1813</sup> Op grond daarvan heeft het Hof in het arrest C-288/12 geoordeeld dat indien het elke lidstaat vrij zou staan om het **mandaat** van een toezichthoudende autoriteit **vóór** de aanvankelijk daarvoor voorziene afloop te beëindigen, zonder de voordien daartoe vastgestelde voorschriften en waarborgen te eerbiedigen, de gedurende het gehele mandaat boven deze autoriteit hangende **dreiging** van een dergelijke voortijdige beëindiging zou kunnen leiden tot een vorm van gehoorzaamheid aan de politieke macht die onverenigbaar is met dat onafhankelijkheidsvereiste. Dit geldt zelfs wanneer de voortijdige beëindiging van het mandaat het gevolg is van herstructurering of een **verandering van model**. Deze moeten zodanig worden georganiseerd dat kan worden voldaan aan de in de toepasselijke wettelijke regeling gestelde vereisten.<sup>1814</sup>

**567.** In de zaak C-424/15 voeren de Spaanse, de Belgische en de Nederlandse regering en de **Commissie** aan dat het vanwege de wezenlijke verschillen tussen enerzijds de taken van de toezichthoudende autoriteiten voor de bescherming van persoonsgegevens en anderzijds de taken van de NRI's gerechtvaardigd is om het begrip „onafhankelijkheid” in deze zaak **anders** uit te leggen dan de uitlegging waartoe het Hof in bovenvermelde rechtspraak is gekomen.<sup>1815</sup> Advocaat-generaal BOT volgt deze redenering evenwel niet. BOT stelt uitdrukkelijk dat “het belang van de regulering van elektronische-communicatiediensten, die rechtstreeks raakt aan onder meer de vrijheid van communicatie en de consumentenbescherming, [...] niet [dient] te worden gebagatelliseerd. De NRI's dienen dus niet enkel daadwerkelijk onafhankelijk te zijn van economische actoren, maar ook van politieke actoren”.<sup>1816</sup> De advocaat-generaal vervolgt:

“44. Artikel 3, lid 2, van de kaderrichtlijn bepaalt immers dat de lidstaten de onafhankelijkheid van de NRI's waarborgen door ervoor te zorgen dat zij **juridisch** gezien **onderscheiden** zijn van en **functioneel onafhankelijk** zijn van alle organisaties die elektronische-communicatienetwerken, -apparatuur of -diensten aanbieden. Wat betreft artikel 3, lid 3*bis*, van deze richtlijn, die is ingevoegd bij richtlijn 2009/140/EG, blijkt uit overweging 13 van laatstgenoemde richtlijn dat de Uniewetgever met deze toevoeging juist beoogde de onafhankelijkheid van de NRI's te versterken door bepalingen vast te stellen om ervoor te zorgen dat een NRI die verantwoordelijk is marktregulering ex ante of voor geschillenbeslechting tussen

<sup>1813</sup> HvJ 8 april 2014, nr. C-288/12, ECLI:EU:C:2014:237, overw. 53.

<sup>1814</sup> HvJ 8 april 2014, nr. C-288/12, ECLI:EU:C:2014:237, overw. 54.

<sup>1815</sup> Concl. Adv.Gen. BOT, bij nr. C-424/15 (nog geen uitspraak), ECLI:EU:C:2016:503, overw. 41.

<sup>1816</sup> Concl. Adv.Gen. BOT, bij nr. C-424/15 (nog geen uitspraak), ECLI:EU:C:2016:503, overw. 43.

ondernemingen, bij het uitoefenen van haar taken, *beschermd is tegen externe interventie of politieke druk* die haar onafhankelijke oordeel over de vraagstukken die haar worden voorgelegd in gevaar zouden kunnen brengen. Vervolgens licht de Uniewetgever toe dat „dergelijke externe invloed een nationale instantie ongeschikt maakt om volgens het regelgevingskader op te treden als een NRI.

45. Gezien de regulerende taak waarmee de NRI's zijn belast en de bevoegdheden die hun daartoe zijn toegekend, is de wens van de Uniewetgever om de waarborg van onafhankelijkheid van de NRI's te versterken, niet verwonderlijk. Ik wijs erop dat de NRI's in het kader van de hun bij de kaderrichtlijn toegewezen taken immers onder meer individuele rechten zullen toekennen en geschillen tussen ondernemingen zullen beslechten met de mogelijkheid om daarbij verplichtingen op te leggen. De NRI's beschikken ook over een zekere **regelgevende bevoegdheid**, aangezien zij zich in voorkomend geval met prijscontrole zullen moeten bezighouden dan wel corrigerende maatregelen vaststellen indien zij van mening zijn dat op de markt geen sprake is van mededinging, waarbij zij aan ondernemingen die op die markt aanmerkelijke marktmacht hebben, verplichtingen kunnen opleggen. De NRI's beschikken dus over **uitgebreide bevoegdheden** [...].

46. Duidelijk is dus dat het wezenlijk is dat de waarborg van onafhankelijkheid wordt geëerbiedigd en dat de NRI's hun taken onpartijdig en zonder druk van buitenaf kunnen vervullen, temeer wanneer de lidstaat de eigendom van of zeggenschap over elektronische-communicatienetwerken en/of -diensten aanbiedende ondernemingen heeft behouden. [...].

47. Daarom zijn de samenstelling van de NRI's, de duur van de ambtstermijn van hun bestuursleden en vooral de omstandigheid dat zij **enkel kunnen worden ontslagen op de in de wet vervatte gronden**, stuk voor stuk waarborgen tegen eventuele druk van buitenaf. Door in artikel 3, lid 3*bis*, tweede alinea, van de kaderrichtlijn te bepalen dat het hoofd, of, in voorkomend geval, de leden van het collegiale orgaan dat die functie vervult, van een NRI, of hun plaatsvervangers alleen kunnen worden ontslagen op de in de wet vervatte gronden en indien zij niet meer aan de vastgestelde eisen voor de uitoefening van dat ambt voldoen, beoogt de Uniewetgever de waarborg van onafhankelijkheid van de NRI's te versterken door het bestuurslid of de bestuursleden die beslissingsbevoegd zijn, te beschermen tegen elke vorm van druk van buitenaf, waaronder druk als gevolg van de dreiging – zelfs indien die niet expliciet is – dat het mandaat op andere dan de in de wet vervatte gronden vervroegd wordt beëindigd.

48. Het vervroegde ontslag van het hoofd van een NRI, zoals in dit geval, en mogelijk ook van een van de bestuursleden, **louter** op grond dat de lidstaat ervoor heeft gekozen het institutionele model van die NRI te wijzigen, kan dus **afbreuk** doen aan de waarborg van onafhankelijkheid van deze NRI".

**568.** De advocaat-generaal gaat ook in op de mogelijke verzoening tussen de aan elke lidstaat toekomende institutionele autonomie en de waarborg van onafhankelijkheid. Hij verwijst daarbij opnieuw naar het arrest van 8 april 2014 (C-288/12), waarbij het Hof heeft overwogen dat de voortijdige beëindiging van het mandaat van een toezichthoudende autoriteit afbreuk doet aan de waarborg van onafhankelijkheid en dat dit zelfs geldt wanneer de voortijdige beëindiging van het mandaat het gevolg is van herstructurering of een verandering van model. Deze moeten volgens het Hof zodanig worden georganiseerd dat kan worden voldaan aan de in de toepasselijke wettelijke regeling gestelde vereisten.<sup>1817</sup> BOT leidt hieruit af dat een herstructurering of verandering van model van een toezichthoudende autoriteit dus **niet noodzakelijkerwijs onverenigbaar** is met de eerbiediging van de onafhankelijkheid van die NRI. Maar, gelet op de bovenvermelde rechtspraak, is de advocaat-generaal wel van

<sup>1817</sup> HvJ 8 april 2014, nr. C-288/12, ECLI:EU:C:2014:237, overw. 54.



opvatting dat de betrokken lidstaat bij de voorbereiding van de herstructurering van een NRI **overgangsbepalingen** moet kunnen vaststellen die erin voorzien dat de waarborg van onafhankelijkheid wordt geëerbiedigd. BOT stelt vast dat dergelijke bepalingen in 2011 door de Spaanse regering werden ingevoerd, maar dat deze in 2013 terug werden ingetrokken.<sup>1818</sup> De Spaanse regering merkt op dat zonder het schrappen van deze bepalingen er een nieuwe entiteit zou kunnen ontstaan die **duur** en **inefficiënt** is ingeval de ambtstermijn van alle bestuursleden werd gehandhaafd. Toch concludeert BOT dat de onafhankelijkheid van de NRI enkel kan worden gewaarborgd met overgangsbepalingen die erin voorzien dat de ambtstermijn van de voorzitter van die NRI en, in voorkomend geval, de leden van het collegiale orgaan dat die functie vervult, wordt voltooid: "Gelet op een en ander ben ik van opvatting dat artikel 3, lid 3*bis*, van de kaderrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het ontslag van de voorzitter en een bestuurslid van een NRI vóór het einde van hun ambtstermijn naar aanleiding van een institutionele hervorming waarbij deze NRI wordt samengevoegd met andere regulerende instanties, zonder dat is voorzien in overgangsmaatregelen om de duur van de ambtstermijn van eerstgenoemde te eerbiedigen en de ambtstermijn van laatstgenoemde aan te passen, afbreuk doet aan de onafhankelijkheid van die NRI".<sup>1819</sup>

**569.** Gelet op het feit dat het Hof van Justitie in het arrest C-288/12 reeds gelijkaardige uitspraak heeft gedaan, lijkt de kans groot dat het Hof opnieuw dezelfde bewoordingen zal aannemen. Een interessante vraag die vervat zal liggen in het arrest is of het Hof al dan niet een **onderscheid** zal maken tussen de NRI's en de gegevensbeschermingsautoriteit. De Europese Commissie gaat uit van een verschil (*supra* nr. 564). Dat advocaat-generaal BOT dit niet doet lijkt evenwel in lijn te liggen met de verwachtingen. Voorheen stelden LAVRIJSSSEN en OTTOW (*supra* nr. 58) reeds vast dat de kans groot is dat het Hof een teleologische interpretatie geeft waardoor ook niet uit te sluiten valt dat de interpretaties inzake de gegevensbescherming ook in de toekomst zullen gelden voor de andere sectoren.<sup>1820</sup> Wanneer het Hof stelt dat deze denkpiste ook geldt voor de NRI's dan moet de vraag worden gesteld of er nog wel een daadwerkelijk onderscheid is tussen de onafhankelijkheid van de telecom- en energieregulatoren en de "volledige" onafhankelijkheid bij de

<sup>1818</sup> Concl. Adv.Gen. BOT, bij nr. C-424/15 (nog geen uitspraak), ECLI:EU:C:2016:503, overw. 52: "In deze zaak merk ik op dat de Spaanse regering dergelijke bepalingen in 2011 heeft vastgesteld alvorens deze bij wet nr. 3/2013 in te trekken. In de negende aanvullende bepaling van wet nr. 2/2011 inzake de aanpassing van het aantal bestuursleden van regulerende organen en van de nationale mededingingscommissie waren immers overgangsmaatregelen neergelegd die er juist in voorzagen dat bij de voorbereiding van de bij die wet door te voeren hervorming niet de ambtstermijn van de betrokken voorzitters intact werd gelaten. Zo was in deze wet bepaald dat de benoeming van nieuwe voorzitters zou plaatsvinden aan het einde van de ambtstermijn van de zittende voorzitters en dat de nieuwe bestuursleden werden benoemd zodra het aantal bestuursleden wier ambtstermijn bijna was verstreken, kleiner was dan zes. Evenzo was bij de inwerkingtreding van wet nr. 2/2011 bepaald dat de plaatsvervangend voorzitters van de besturen van de regulerende organen in functie bleven tot de afloop van hun ambtstermijn, waarna de functie van plaatsvervangend voorzitter voor elk van de organen zou worden afgeschaft".

<sup>1819</sup> Concl. Adv.Gen. BOT, bij nr. C-424/15 (nog geen uitspraak), ECLI:EU:C:2016:503, overw. 55.

<sup>1820</sup> S. LAVRIJSSSEN en A. OTTOW, "The Legality of Independent Regulatory Authorities" in L. BESSELINK, F. PENNINGNS en S. PRECHAL (eds.), *The eclips of the legality principle in the European Union*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, (73) 95-96.

gegevensbeschermingsautoriteiten. M.i. ligt dit onderscheid evenwel voornamelijk tussen het al dan niet toelaten van indirecte instructies en algemene beleidsrichtsnoeren. Ontslagbescherming is echter één van de meest fundamentele instrumenten tegen politieke druk.<sup>1821</sup> Deze bescherming dient zowel bij energieregulators, telecomregulators als gegevensbeschermingsautoriteiten aanwezig te zijn, ook bij herstructureringen of institutionele veranderingen. Allen moeten immers politiek onafhankelijk zijn. De vereiste “volledige onafhankelijkheid” zorgt er enkel voor dat de politieke onafhankelijkheid nog **verder** gaat en er ook geen indirecte of algemene (beleids)instructies mogelijk zijn. De redenering van BOT is dan ook te volgen. Bijzonder recent heeft het Hof van Justitie ook uitspraak gedaan in deze zaak.<sup>1822</sup> Het Hof volgt daarbij advocaat-generaal BOT en stelt dat “de doelstelling van versterking van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de NRI’s [...] zou echter in gevaar worden gebracht indien louter naar aanleiding van een institutionele hervorming [...], vervroegd en met onmiddellijke ingang een einde zou kunnen worden gemaakt aan het mandaat van een of meer leden van het collegiaal orgaan dat de betrokken NRI bestuurt. Zou dat mogelijk zijn, dan zou het risico van onmiddellijk ontslag om een andere reden dan die welke tevoren wettelijk zijn neergelegd, waarmee zelfs een afzonderlijk lid van een dergelijk collegiaal orgaan zou worden geconfronteerd, immers een redelijke twijfel in het leven kunnen roepen over de neutraliteit van de betrokken NRI en de ongevoeligheid ervan voor externe factoren, en afbreuk kunnen doen aan de onafhankelijkheid, de onpartijdigheid en de autoriteit ervan”.<sup>1823</sup> Het Hof nuceert echter en wijst er ook op dat lidstaten over een institutionele autonomie beschikken bij de organisatie en de structurering van hun NRI’s.<sup>1824</sup> De vereiste eerbiediging van de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van het hoofd van een NRI of van de leden van het collegiale orgaan, kan er volgens het Hof niet aan in de weg staan dat een institutionele hervorming wordt uitgevoerd terwijl hun mandaten nog lopen.<sup>1825</sup> Lidstaten moeten daarbij evenwel voorzien in regels die waarborgen dat het ontslag vóór het einde van hun ambtstermijn niet afdoet aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de betrokken personen.<sup>1826</sup> Met andere woorden, een lidstaat beschikt over de institutionele autonomie om op elk gegeven moment verschillende regulators samen te voegen tot één

---

<sup>1821</sup> B. DEFLOOR en F. NAERT, “How Independent are Belgian Regulators?”, *CRNI* 2009, afl. 4, (355) 360: “The harder it is to dismiss regulators the more independent they are”.

<sup>1822</sup> HvJ 19 oktober 2016, nr. C-424/15, ECLI:EU:C:2016:780.

<sup>1823</sup> HvJ 19 oktober 2016, nr. C-424/15, ECLI:EU:C:2016:780, overw. 47.

<sup>1824</sup> HvJ 19 oktober 2016, nr. C-424/15, ECLI:EU:C:2016:780, overw. 49.

<sup>1825</sup> HvJ 19 oktober 2016, nr. C-424/15, ECLI:EU:C:2016:780, overw. 50.

<sup>1826</sup> HvJ 19 oktober 2016, nr. C-424/15, ECLI:EU:C:2016:780, overw. 51 en 52: “Uit een en ander volgt dat op de tweede en derde vraag dient te worden geantwoord dat artikel 3, lid 3 bis, van de kaderrichtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat louter vanwege een institutionele hervorming waarbij een NRI die verantwoordelijk is voor marktregulering ex ante of voor de beslechting van geschillen tussen ondernemingen, wordt samengevoegd met andere nationale regelgevingsinstanties, teneinde een multisectoraal regelgevend lichaam tot stand te brengen dat met name belast is met de taken die aan de NRI’s in de zin van die richtlijn zijn toebedeeld, de voorzitter en een bestuurslid, die deel uitmaken van het collegiale orgaan dat de samengevoegde NRI bestuurt, worden ontslagen vóór het einde van hun ambtstermijn wanneer niet is voorzien in regels die waarborgen dat een dergelijk ontslag geen afbreuk doet aan hun onafhankelijkheid en onpartijdigheid”.

superregulator, maar moet daarbij wel in overgangsregels voorzien die de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van het bestuur waarborgen.

**570.** Bij de energieregulators bepaalt artikel 35(5)(b) van de richtlijn 2009/72/EG duidelijk dat de leden van het bestuur, of bij afwezigheid van een bestuur, de leden van de hogere leiding, mogen in die termijn uitsluitend van hun ambt worden ontheven als ze niet langer voldoen aan de **in dit artikel** omschreven (onafhankelijkheids)voorwaarden of volgens de nationale wetgeving schuldig zijn geweest aan wangedrag. Deze bepalingen zijn m.i. strikter geformuleerd dan deze uit de kaderrichtlijn. Ontslag omwille van een institutionele hervorming lijkt hier dus zeker uitdrukkelijk uitgesloten. In het voorstel van decreet van 6 juni 2016 werden dan ook terecht overgangsbepalingen opgenomen:

“Art. 28. De leden van de raad van bestuur **blijven lid van de raad van bestuur** en voleinden hun **lopend mandaat**. Zij kunnen herbenoemd worden voor een termijn van vijf jaar, tenzij hun mandaat reeds vernieuwd werd.

Art. 29. Tot de raad van bestuur onder haar leden een nieuwe voorzitter kiest, wordt deze functie **tijdelijk** waargenomen door de voorzitter van de raad van bestuur.

Art. 30. Het stemrecht van de gedelegeerd bestuurder in de raad van bestuur vervalt zodra de raad van bestuur uitgebreid is overeenkomstig het Energiedecreet van 8 mei 2009, zoals gewijzigd door het decreet van [...] houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de oprichting en de organisatie van de regulator betreft.

Art. 31. Tot de aanstelling van een nieuw algemeen directeur wordt deze functie **tijdelijk** waargenomen door de huidige waarnemend gedelegeerd bestuurder, zonder dat deze over stemrecht beschikt.

Art. 32. Het Vlaams Parlement stelt na de inwerkingtreding van dit decreet **zo spoedig mogelijk drie nieuwe leden** aan in de raad van bestuur. Zodra de raad van bestuur is uitgebreid overeenkomstig het Energiedecreet van 8 mei 2009, zoals gewijzigd door het decreet van [...] houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de oprichting en de organisatie van de regulator betreft, wordt de procedure tot het aanstellen van een algemeen directeur gestart door de raad van bestuur”.<sup>1827</sup>

**571.** Opgemerkt moet worden dat het natuurlijk eenvoudiger is om de huidige bestuurders aan te houden, wanneer de raad van bestuur in de toekomst wordt uitgebreid. Het lijkt minder evident om de bestuurders aan te houden, wanneer uiteindelijk de raad van bestuur moet worden ingeperkt (zoals in Spanje). De enige optie lijkt daarbij om de huidige bestuurders niet te vervangen wanneer hun mandaat ten einde loopt en daarna een beperkter aantal nieuwe bestuurders aan te stellen. Voor de Spaanse regulator zal geplande de kostenbesparing (toch inzake bestuurders) zich dus slechts na enkele jaren manifesteren.

**572.** De recente arresten van het Hof van Justitie tonen ook aan dat de richtlijnen vaak bijzonder vaag geformuleerd zijn en voor interpretatie vatbaar

---

<sup>1827</sup> Voorstel van decreet tot wijziging van het decreet van 8 mei 2009 houdende de algemene bepalingen betreffende het energiebeleid, met betrekking tot de organisatie van de regulator, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, nr. 812/1, 15-16.

zijn. De vage bewoordingen uit de richtlijnen lijken de lidstaten ruimte te geven met betrekking tot de manier waarop zij de regulator vormgeven. *De facto* is deze ruimte echter bijzonder klein. Het is voor lidstaten dan ook niet eenvoudig om na te gaan hoe **ver** de onafhankelijkheid van de energieregulators juist gaat, tot er een uitspraak is van het Hof. De rol van het Hof van Justitie is uiteraard om ervoor te zorgen dat er een uniforme interpretatie is doorheen de unie van de EU regelgeving. Het is nog wachten op de uitspraak in deze zaak, maar met zijn andere arresten probeert het Hof van Justitie toch duidelijk – hoewel de bepalingen inzake energie, telecom en gegevensbescherming desondanks vaak behoorlijk verschillende geformuleerd zijn – éénzelfde interpretatie te geven aan deze bepalingen. Het Hof geeft een Europeesrechtelijke invulling aan hoe het nationale concept van de NRI's moet worden ingevuld. Dit zorgt er inderdaad voor dat de institutionele autonomie van de lidstaten gestuurd wordt (*supra* nr. 58 ev.).

**573.** In onderstaande paragrafen zal worden ingegaan op de specifieke ontslag- en tuchtrekking bij de Belgische, Nederlandse en Amerikaanse energieregulators.

#### 4.4.1. CREG

##### 4.4.1.1. Algemeen

**574.** Op federaal niveau stelt artikel 24, § 2*bis* van de Elektriciteitswet dat er:

"Bij besluit van de Ministerraad, genomen ingevolge een voorstel dat door de minister is gedaan op basis van het advies van de Tuchtraad volgens de procedure bepaald in deze paragraaf, [...] een einde [kan] worden gemaakt aan het mandaat van de voorzitter of van een of van meerdere leden van het Directiecomité van de commissie die aansprakelijk zijn voor een van de volgende inbreuken:

- schending van de voorwaarden van onafhankelijkheid waarin deze wet en de [Gaswet], alsmede de uitvoeringsbesluiten genomen in uitvoering van deze wetten, voorzien;
- schending, in de uitoefening van hun mandaten, van elke andere wettelijke of reglementaire bepalingen die van toepassing zijn op de voorzitter en/of de leden van het Directiecomité krachtens deze wet en de [Gaswet], alsmede de uitvoeringsbesluiten genomen in uitvoering van deze wetten".

Na de vaststelling van een dergelijke inbreuk, en binnen de maand nadat hij van deze inbreuk heeft kennis genomen, zoekt de minister de Tuchtraad, ingesteld door artikel 24, §2*ter* van de Elektriciteitswet, aan bij een aangetekende brief met ontvangstmelding. De brief beschrijft de aard van de feiten die geacht worden de inbreuk te vormen. Binnen de drie maanden na de verzending van de brief, roept de Tuchtraad de partijen, zijnde de minister en de persoon jegens wie de inbreuk is vastgesteld, op voor een hoorzitting.<sup>1828</sup> Binnen de maand na

---

<sup>1828</sup> De oproeping voor deze hoorzitting wordt bij een aangetekende brief met ontvangstmelding verstuurd uiterlijk de tiende dag voor de hoorzitting. De partijen kunnen zich ter zitting laten bijstaan of vertegenwoordigen door een raadsman (artikel 24, §2*bis*, lid 3 van de Elektriciteitswet).

de hoorzitting brengt de Tuchtraad een bindend advies uit voor de minister. Dit advies kan concluderen:

- ofwel dat er reden is om tot een vervroegde beëindiging van het mandaat over te gaan met verval van opzeggingsvergoedingen of andere ontslagvergoedingen die contractueel werden bedongen;
- ofwel dat er reden is om tot een vervroegde beëindiging van het mandaat over te gaan, zonder dat het noodzakelijk is het verval uit te spreken van opzeggingsvergoedingen of andere ontslagvergoedingen die contractueel werden bedongen;
- ofwel dat er geen reden is om tot een vervroegde beëindiging van het mandaat over te gaan.

**575.** Uit de parlementaire voorbereiding bij de wet van 8 januari 2012 bleek dat men tuchtzaken volledig wenste te laten behandelen door een parlementaire commissie.<sup>1829</sup> Wat betreft de procedure voor het ontslag van een lid, bepaalde het ontworpen artikel 24, § 2, van de Elektriciteitswet dat die procedure zou worden ingezet door de minister, die zich daarna zou wenden tot de Kamer van volksvertegenwoordigers. De Kamer zou de zaak dan behandelen "in parlementaire commissie", en zou daarbij "uitspraak" doen over het ontslag. Als de parlementaire commissie van oordeel zou zijn dat het lid uit zijn mandaat moest worden ontzet, kon ze haar "beslissing" gepaard laten gaan met de vernietiging van de contractuele bedingen waarbij in een ontslagvergoeding wordt voorzien. Op basis van de beslissing van de Kamer van volksvertegenwoordigers zou de betrokkene uiteindelijk ontslagen worden bij een koninklijk besluit, vastgesteld na overleg in de ministerraad. De Raad van State stelt in zijn advies dat de stellers van het ontwerp allicht bedoelden om de onafhankelijkheid van de leden van het Directiecomité te versterken door het ontslag te laten afhangen, niet alleen van een beslissing van de regering, maar ook van een beslissing van een parlementaire commissie, waarvan per definitie ook de oppositie deel uitmaakt. Dit neemt volgens de Raad niet weg dat de Kamer van volksvertegenwoordigers **een politiek orgaan** is. Het risico van een beslissing gesteund op politieke overwegingen is volgens de Raad van State niet ondenkbeeldig. Bovendien is een parlementaire commissie geen orgaan dat van nature geroepen is om zich te buigen over tuchtrechtelijke aangelegenheden. De stellers van het ontwerp dienen zich volgens de Raad af te vragen of de ontworpen procedure wel geschikt is om het genoemde doel te bereiken.<sup>1830</sup>

De Raad van State beklemtoont dat indien het optreden van de Kamer van volksvertegenwoordigers behouden blijft, in elk geval dient te worden verduidelijkt dat het uitsluitend de betrokken commissie is, en niet de plenaire vergadering, die zich met de zaak bezighoudt. Daarenboven zou verduidelijkt moeten worden in hoeverre de beslissing van de commissie bindend is voor de regering. De Raad van State gaat ervan uit dat een lid slechts ontslagen kan

<sup>1829</sup> Adv.RvS nr. 49.570/3 bij het voorontwerp van wet tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de Elektriciteitswet en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, nr. 1725/1, 311.

<sup>1830</sup> Adv.RvS nr. 49.570/3 bij het voorontwerp van wet tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de Elektriciteitswet en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, nr. 1725/1, 311.

worden, en zijn ontslagvergoeding slechts ongedaan gemaakt kan worden, als de commissie met een dergelijke beslissing heeft ingestemd. De ontworpen bepalingen lijken aldus uit te sluiten dat de regering strenger is dan de commissie. De regering zou de betrokkene met andere woorden niet uit zijn mandaat kunnen ontzetten of hem zijn ontslagvergoeding kunnen afnemen als de parlementaire commissie daarmee niet heeft ingestemd. De ontworpen bepalingen lijken echter niet uit te sluiten dat de regering milder is dan de parlementaire commissie, en dus kan beslissen om de betrokkene alsnog niet uit zijn mandaat te ontzetten of om hem zijn ontslagvergoeding te laten behouden, ook al heeft de commissie in andere zin beslist. Of de stellers van het ontwerp het eens zijn met die interpretatie dan wel een andere interpretatie voorstaan, hun bedoeling zou – volgens de Raad - in elk geval duidelijker in de tekst verwoord moeten worden.<sup>1831</sup>

**576.** Uiteindelijk heeft de wetgever beslist om een “Tuchtraad” in te stellen.<sup>1832</sup> Deze is samengesteld uit een voorzitter, twee leden en twee griffiers, allen magistraten en verkozen door de Kamer van volksvertegenwoordigers, voor een hernieuwbaar mandaat van zes jaar.<sup>1833</sup> De Kamer van volksvertegenwoordigers stelt de regels voor de verkiezing van de leden van de Tuchtraad en zijn griffiers vast. Begin 2016 was de Tuchtraad echter nog steeds niet samengesteld.<sup>1834</sup>

#### 4.4.1.2. Arrest nr. 117/2013 van het Grondwettelijk Hof

**577.** In het arrest nr. 117/2013 van het Grondwettelijk Hof voert de CREG o.a. aan dat artikel 38, 5° van de wet van 8 januari 2012 – dat artikel 24, § 2bis, van de Elektriciteitswet wijzigt – de in het middel vermelde bepalingen schendt in zoverre het artikel het mogelijk maakt een tuchtvervolgning in te stellen tegen de leden van het Directiecomité van de CREG in geval van schending van elke wettelijke of reglementaire bepaling die krachtens de Elektriciteits- en de Gaswet op hen van toepassing is.<sup>1835</sup> De te ruime definitie van de bestreden wet opent volgens de CREG de weg voor het uitoefenen van druk op en het intimideren van de leden van het Directiecomité en druist aldus

<sup>1831</sup> Adv.RvS nr. 49.570/3 bij het voorontwerp van wet tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de Elektriciteitswet en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, nr. 1725/1, 311-312.

<sup>1832</sup> Artikel 24, §2ter van de Elektriciteitswet: “De voorzitter van de Tuchtraad dient zijn kennis van het Nederlands en van het Frans te bewijzen. Het ene lid is Nederlandstalig en het andere Franstalig. Voor de voorzitter en de leden verkiest de Kamer van volksvertegenwoordigers een plaatsvervanger. Het secretariaat van de Tuchtraad wordt waargenomen door een Nederlandstalige griffier en een Franstalige griffier die door de Kamer van volksvertegenwoordigers worden verkozen. De griffiers zijn magistraten”.

<sup>1833</sup> Aanvankelijk werd ingeschreven: “allen magistraten en verkozen door de parlementaire commissie van de Kamer van volksvertegenwoordigers”. Zie voorontwerp van wet tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de Elektriciteitswet en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, nr. 1725/1, 72.

<sup>1834</sup> Rekenhof, “Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)”, Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 37.

<sup>1835</sup> GwH 7 augustus 2013, nr. 117/2013.

in tegen hun onafhankelijkheid. Het Grondwettelijk Hof stelt dat uit artikel 35, lid 5, tweede alinea, van de richtlijn 2009/72/EG blijkt dat die aan de lidstaten de zorg overlaat om het begrip wangedrag "volgens de nationale wetgeving" te omschrijven, zodat de wetgever niet ertoe gehouden was rekening te houden met het concept bijzonder ernstige inbreuk waarnaar de verzoekende partij verwijst.<sup>1836</sup> Nog volgens het Hof kan – aangezien de CREG niettegenstaande haar bijzonder statuut en de onafhankelijkheid die haar is toegekend, een orgaan van de Staat vormt – worden aangenomen dat zij, alsook de leden van haar directieraad, zijn onderworpen aan de regels die de schuldaansprakelijkheid van de Staat bepalen en dat die leden op dezelfde gronden het voorwerp kunnen uitmaken van een tuchtrechtelijke vervolging. Het door de CREG gemaakte verwijt dat het voor de Tuchtraad mogelijk is te besluiten tot het verval van de opzeggingsvergoedingen of andere ontslagvergoedingen die contractueel werden bedongen en dat zij afbreuk zouden doen aan het eigendomsrecht, is volgens het Hof niet gegrond: de wetgever vermocht te oordelen dat het behoud van dergelijke voordelen niet verantwoord is wanneer vaststaat dat het mandaat van diegenen ten gunste van wie zij zijn bepaald, werd beëindigd ingevolge een fout die zij hebben begaan en die is aangetoond.<sup>1837</sup>

**578.** De redenering van het Hof kan gevolgd worden voor wat betreft het feit dat de leden van de directieraad inderdaad het voorwerp moeten kunnen uitmaken van een tuchtrechtelijke vervolging. Het is niet onredelijk om leden van het Directiecomité – die worden aangesteld omwille van hun onafhankelijkheid en deskundigheid – tuchtrechtelijk te sanctioneren indien zij juist die regels, die betrekking hebben op hun functie en de correcte uitoefening ervan, schenden.<sup>1838</sup>

Ook het feit dat besloten kan worden – door een onafhankelijke en onpartijdige Tuchtraad – tot het verval van de opzeggings- of andere ontslagvergoedingen is aannemelijk. Indien men de parallel maakt met de afzettingmogelijkheden ten aanzien van de voorzitter en de leden van de Raad van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (BIPT) dan dient men vast te stellen dat de Minister aan de Koning de afzetting van de voorzitter of van een lid van de Raad kan voorstellen "ingeval van overtreding van de bepalingen van dit hoofdstuk [<sup>1839</sup>] of van artikel 17, § 3, lid 2, of 23 van de wet [<sup>1840</sup>]".<sup>1841</sup> De Minister kan bovendien de afzetting voorstellen indien de voorzitter of een lid van de Raad zich in blijvende onmogelijkheid bevindt om zijn functies uit te

---

<sup>1836</sup>GwH 7 augustus 2013, nr. 117/2013, overweging B.13.3.

<sup>1837</sup>GwH 7 augustus 2013, nr. 117/2013, overweging B.14.1.

<sup>1838</sup>L. DE DEYNE, "Lijvig arrest van het Grondwettelijk Hof versterkt onafhankelijkheid van CREG slechts matig", *MER* 2014, afl. 1, (3) 15.

<sup>1839</sup>Hoofdstuk VII van het KB 11 mei 2003 tot vaststelling van het statuut, de bezoldiging en de plichten van de voorzitter en de leden van de Raad van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie, *BS* 3 juni 2003.

<sup>1840</sup>Wet 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector, *BS* 24 januari 2003.

<sup>1841</sup>Art. 20, KB 11 mei 2003 tot vaststelling van het statuut, de bezoldiging en de plichten van de voorzitter en de leden van de Raad van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie, *BS* 3 juni 2003.

oefenen of indien zijn of haar evaluatie aanleiding gaf tot een "onvoldoende".<sup>1842</sup> In al deze gevallen wordt de 'herintegratievergoeding' die men normaal krijgt (art. 16, § 1 KB 11 mei 2003) niet toegekend.<sup>1843</sup> In dit opzicht lijken afzettingsof ontslagregelingen van de CREG en BIPT enigszins op elkaar, zij het dat de CREG meer onafhankelijkheidswaarborgen geniet, aangezien het niet de minister is die beslist maar wel de Tuchtraad. De Tuchtraad heeft bovendien een beoordelingsvrijheid inzake het al dan niet uitspreken van het verval van de vergoeding, terwijl aan het lid van het BIPT de vergoeding gewoonweg niet wordt toegekend.

**579.** Volgens de CREG heeft artikel 35, lid 5, tweede alinea, van de richtlijn 2009/72/EG slechts betrekking op bijzonder zware inbreuken en niet op "een schending van *elke* andere wettelijke of reglementaire bepaling". Het Europees voorstel van 19 september 2007 voor een richtlijn<sup>1844</sup> stelde inderdaad dat het management van de regelgevende instantie uitsluitend van zijn ambt mag worden ontheven als het niet langer voldoet aan de in het artikel omschreven onafhankelijkheidsvoorwaarden of schuldig is geweest aan *ernstig* wangedrag.<sup>1845</sup> Ook in de Engelstalige versie van het voorstel spreekt men van "serious misconduct".<sup>1846</sup> De definitieve versie (13 juli 2009) van richtlijn 2009/72/EG spreekt echter van wangedrag of misconduct.<sup>1847</sup> De termen "ernstig" en "serious" zijn verdwenen. Hoewel de memorie van toelichting verwijst naar het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State waarbij de Raad de termen "ernstige tekortkoming" en "ernstige schending"<sup>1848</sup> gebruikt en ook het voorontwerp van de wet van 8 januari 2012 uitgaat van een 'ernstige inbreuk' dient men aan te nemen dat de Europese wetgever – door het schrappen van de term 'ernstig' in de definitieve versie van de richtlijn – het begrip wangedrag een ruimere draagwijdte wenste te geven. De motivering van het Grondwettelijk Hof met betrekking tot het begrip wangedrag is echter op een bijzonder summiere wijze geformuleerd ("de voormelde richtlijn laat aan de lidstaten de zorg over om het begrip wangedrag "volgens de nationale wetgeving" te omschrijven").<sup>1849</sup> De Interpretatieve Nota – hoewel niet bindend – stelt nochtans dat "ondanks dat de richtlijnen aan de lidstaten de ruimte laten om nationale of regionale regels betreffende wangedrag op te stellen, het benadrukt moet worden dat de mogelijkheid om een bestuurder of directeur

---

<sup>1842</sup> Art. 21, § 2, KB 11 mei 2003.

<sup>1843</sup> Art. 16, § 1, KB 11 mei 2003: "de voorzitter, met uitsluiting van deze vermeld in artikel 8, waarvan het mandaat niet wordt vernieuwd, ontvangt een herintegratievergoeding door Ons vastgesteld".

<sup>1844</sup> COM(2007)528 [Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 2003/54/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit, definitieve versie].

<sup>1845</sup> COM(2007)528 [Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 2003/54/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit, definitieve versie], 38.

<sup>1846</sup> COM(2007) 528 final, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/54/EC concerning common rules for the internal market in electricity.

<sup>1847</sup> Artikel 35 Richtlijn 2009/72/EG.

<sup>1848</sup> MvT bij het wetsontwerp tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 1725/001.

<sup>1849</sup> L. DE DEYNE, "Lijvig arrest van het Grondwettelijk Hof versterkt onafhankelijkheid van CREG slechts matig", *MER* 2014, afl. 1, 3-24.



gedurende zijn of haar lopende termijn te ontslaan, enkel in speciale gevallen, zoals fraude, omkoping en schending van de onafhankelijkheids- of onpartijdigheidsregels mogelijk zal zijn”.<sup>1850</sup>

**580.** Een te ruime interpretatie van het begrip “wangedrag” is immers niet zonder gevaar. Indien de relatie tussen een voorzitter, bestuurder of directielid en de minister moeilijk verloopt mag dit in geen geval aanleiding geven tot ontslag wegens wangedrag. Men moet voorkomen dat er sprake is van een verborgen politiek ontslag: weliswaar gebaseerd op een schending van *elke* andere wettelijke of reglementaire bepaling, doch met een andere onderliggende intentie. Het is essentieel dat, om de onafhankelijkheid van de energieregulator te waarborgen, er voldoende ontslagbescherming – met beperkte ontslaggronden – aanwezig is.<sup>1851</sup>

Vermeden moet immers worden dat via dergelijke “open” bepaling de weg wordt geopend om druk op de betrokkenen uit te oefenen, hetgeen in strijd zou zijn met de richtlijn. De te ruime definitie van het begrip wangedrag uit de bestreden wet opent volgens de CREG de weg voor het uitoefenen van druk op en het intimideren van de leden van het Directiecomité en druist aldus in tegen hun onafhankelijkheid.<sup>1852</sup> De ontslagmogelijkheden hebben zeker en vast gevolgen voor de onafhankelijkheid van de regulator: hoe moeilijker het is om de leden van het Directiecomité te ontslaan, hoe onafhankelijker de regulator kan opereren.<sup>1853</sup> Uit onderzoek van JOHANNSEN, PEDERSEN en SORENSEN blijkt dat de onafhankelijkheid van de leden van het Directiecomité pas echt in het gedrang komt indien zij ontslaan kunnen worden louter omwille van politieke redenen.<sup>1854</sup> Ook indien het ontslag afhangt van de louter discretionaire wil van de aanstellers (minister/regering) van de leden komt hun onafhankelijkheid in het gevaar.<sup>1855</sup> Aangezien de tuchtprocedure bij de CREG door een onafhankelijk en onpartijdig orgaan wordt uitgeoefend is het risico hiertoe evenwel vrij **beperkt**. Hoewel de minister het initiatief dient te nemen om de tuchtprocedure op gang te brengen, is het uiteindelijk de Tuchtraad die een hoorzitting organiseert en een voor de minister bindend advies uitbrengt.<sup>1856</sup>

#### 4.4.2. Gewestelijke energieregulatoren

**581.** Bij de VREG worden de ontslagmogelijkheden beperkt. Artikel 3.1.5, § 4 van het Energiedecreet bepaalt namelijk dat de leden van de raad van bestuur alleen kunnen worden ontslagen op eigen verzoek of bij niet-naleving van de

<sup>1850</sup> Interpretatieve Nota, 11.

<sup>1851</sup> B. DEFLOOR en F. NAERT, “How Independent are Belgian Regulators?”, *CRNI* 2009, nr. 4, (355) 359.

<sup>1852</sup> L. DE DEYNE, “Lijvig arrest van het Grondwettelijk Hof versterkt onafhankelijkheid van CREG slechts matig”, *MER* 2014, afl. 1, (3) 15.

<sup>1853</sup> B. DEFLOOR en F. NAERT, “How Independent are Belgian Regulators?”, *CRNI* 2009, nr. 4, (355) 360.

<sup>1854</sup> K. JOHANNSEN, L. PEDERSEN en E. SORENSEN, “Independent Regulatory Authorities – a Comparative Study of European Energy Regulators”, *AFK Forlaget*, 2004, 53.

<sup>1855</sup> K. JOHANNSEN, L. PEDERSEN en E. SORENSEN, “Independent Regulatory Authorities – a Comparative Study of European Energy Regulators”, *AFK Forlaget*, 2004, 53.

<sup>1856</sup> De Tuchtraad is op heden nog niet samengesteld, maar zou moeten bestaan uit leden van de rechterlijke macht.

vereisten inzake onverenigbaarheden vermeld in artikel 3.1.7. Toekomstig artikel 3.1.5, § 3 van het Energiedecreet zal bepalen dat de leden van de raad van bestuur kunnen alleen worden ontslagen op eigen verzoek, bij niet-naleving van de vereisten, vermeld in artikel 3.1.7, of ten gevolge van een strafrechtelijke veroordeling.<sup>1857</sup>

Van ontslag ingeval van *wangedrag* is geen sprake. Nieuw is wel dat het voorstel van decreet verwijst naar een strafrechtelijke veroordeling, wat lijkt neer te komen op het wangedrag vermeld in de Interpretatieve Nota (fraude, omkoping). Wie beslist over het ontslag of welke procedure gevolgd moet worden, wordt niet vermeld. Het Arbeidsreglement van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt van 28 februari 2012 bepaalt dat de tuchtstraffen voor het statutaire personeel zijn geregeld door het Vlaams personeelsstatuut. De beroepsmogelijkheden tegen deze straffen zijn eveneens geregeld door dit Vlaams personeelsstatuut.<sup>1858</sup> Voor het contractuele personeel bestaat het sanctioneringssysteem uit de volgende sancties: terechtwijzing, blaam, ontslag.<sup>1859</sup>

**582.** Bij Brugel bepaalt artikel 30*quinquies*, § 3 dat de bestuurders van Brugel van hun functies tijdens hun mandaat ontheven kunnen worden als ze niet meer aan (1) de onafhankelijkheidsvoorwaarden voldoen die door deze ordonnantie worden bepaald of (2) een wettelijke of reglementaire bepaling schenden. Indien een bestuurder van Brugel niet langer aan deze vereisten voldoet of (3) ernstig aan zijn plichten verzaakt, heeft de regering volle bevoegdheid om onderzoek te voeren en zich uit te spreken over het ontslag van een of meerdere bestuurders van Brugel. De regering spreekt zich uit met inachtneming van het recht op verweer, na de partijen en, desgevallend, hun raadslieden te hebben gehoord.<sup>1860</sup> De ontslagbepalingen leunen aan bij deze van de CREG in die zin dat de leden eveneens ontslaan kunnen worden bij een schending van de onafhankelijkheidsvereisten en een schending van een wettelijke of reglementaire bepaling.

Het besluit van 3 mei 2007 van de Brusselse Hoofdstedelijke regering verduidelijkt dat de functie van de leden van de Brugel-commissie ten einde loopt: 1° bij verstrijken van de vastgelegde termijn; 2° bij optreden van een oorzaak van onverenigbaarheid of verbod zoals voorzien in [artikel 4];<sup>1861</sup> 3°

---

<sup>1857</sup> Voorstel van decreet tot wijziging van het decreet van 8 mei 2009 houdende de algemene bepalingen betreffende het energiebeleid, met betrekking tot de organisatie van de regulator, *Parl. St.* VI.Parl. 2015-2016, nr. 812/1, 11.

<sup>1858</sup> <https://www.bestuurszaken.be/vps>, Deel VIII. Tuchtregeling: Art. VIII 2. De volgende tuchtstraffen kunnen worden uitgesproken: 1° blaam, 2° inhouding van salaris, 3° tuchtschorsing, 4° lagere inschaling, 5° terugzetting in graad, 6° ontslag van ambtsweg, 7° afzetting.

<sup>1859</sup> [https://www.bestuurszaken.be/sites/default/files/arbeidsreglement/arbeidsreglement\\_VREG\\_0.pdf](https://www.bestuurszaken.be/sites/default/files/arbeidsreglement/arbeidsreglement_VREG_0.pdf)

<sup>1860</sup> Paragraaf 3 werd vervangen bij art. 52, 4° Ord.Br. 20 juli 2011 (*BS* 10 augustus 2011).

<sup>1861</sup> Er staat in het besluit foutief een verwijzing naar artikel 5, terwijl de onverenigbaarheden wel degelijk worden vermeld in artikel 4. Artikel 4, § 1. De leden van de Brugel-commissie mogen geen Minister, Staatssecretaris, lid van een ministerieel kabinet of lid van een parlementaire assemblee zijn; § 2. De leden van de Brugel-commissie mogen geen enkele andere functie uitoefenen die mogelijk de onafhankelijkheid en de objectiviteit bij de uitoefening van het mandaat in het gedrang kunnen brengen, § 3. De leden van de Brugel-commissie mogen geen activiteit of mandaat uitoefenen, al dan niet bezoldigd, voor een producent of een netwerkbeheerder, een leverancier of een tussenpersoon. Deze verbodsbepalingen blijven twee jaar gelden na het einde van het mandaat van de houder.

voor ernstige tekortkomingen; de regering doet een uitspraak, op voorstel van de Commissie, nadat die het betrokken lid gehoord of opgeroepen heeft; 4° in geval van vrijwillig ontslag, aan het einde van een opzeggingstermijn van maximum drie maanden die door de regering wordt vastgesteld.<sup>1862</sup> Bij Brugel lijken de ontslagmogelijkheden nog **uitgebreider**: ook ernstige tekortkomingen of ernstig aan zijn plichten verzaken lijkt een aparte redenen tot ontslag te vormen. Tenzij uiteraard dat de "ernstige tekortkomingen of ernstig aan zijn plichten verzaken" vallen onder een schending van een wettelijke of reglementaire bepaling, maar dit blijkt m.i. niet duidelijk uit de bewoordingen van de ordonnantie.

Bovendien beschikt de regering over verregaande onderzoeks- en ontslagbevoegdheden. Dergelijke bevoegdheden in handen van de regering plaatsen kan ervoor zorgen dat er een ongeoorloofde druk wordt geplaatst op de bestuurders om zich te schikken naar de minister of de regering. Een onafhankelijke Tuchtraad (of beperktere ontslagmogelijkheden) zouden betere waarborgen bieden.

**583.** Bij de Waalse energieregulator bepaalt artikel 45<sup>quater</sup> van het Waals Elektriciteitsdecreet dat de voorzitter, de vice-voorzitter, en de directeurs uit hun ambt kunnen worden ontzet als ze niet meer voldoen aan de onafhankelijkheidsvoorwaarden vastgelegd in dit decreet of de wettelijke en reglementaire bepalingen schenden. Daartoe beslist de regering over het ontslag van één of meerdere leden met inachtneming van de rechten van de verdediging, na de partijen te hebben gehoord en, in voorkomend geval, hun raadsman. Vóór het verhoor bedoeld in het eerste lid, mag de betrokkene het dossier ter zijnen laste raadplegen. Het artikel bepaalt verder dat de bepalingen van de Waalse regering van 18 december 2003 houdende de Waalse Ambtenarencode, betreffende de Raad van beroep van toepassing zijn in geval van tuchtstraf.<sup>1863</sup> De Waalse Ambtenarencode gaat in titel X in op het tuchtregime.<sup>1864</sup> In titel XI wordt ingegaan op de Kamer van beroep (La Chambre des recours).<sup>1865</sup> De Kamer van beroep is bevoegd voor:

---

<sup>1862</sup> B.Br.Reg. 3 mei 2007 houdende vaststelling van de voorwaarden tot aanstelling en van ontslag van de leden van de Reguleringscommissie voor energie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en hun statuut, *BS* 21 mei 2007. Het besluit dateert van vóór de Wijzigingsordonnantie uit 2011. Het besluit werd evenwel niet formeel opgeheven waardoor beide regelingen naast elkaar blijven bestaan. Ook de parlementaire voorbereiding bij de Wijzigingsordonnantie maakt van geen melding van (een mogelijke overlap met) het besluit.

<sup>1863</sup> Ingevoegd bij artikel 54 van het Decr.W. 11 april 2014 tot wijziging van het decreet van 12 april 2001 betreffende de organisatie van de gewestelijke elektriciteitsmarkt, *BS* 17 juni 2014. Er is weinig tot niets hierover te vinden in de parlementaire voorbereiding: projet de décret modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, *Parl.St. WI.Parl.* 2013-2014, nr. 1020/1.

<sup>1864</sup> Arrêté du 18 décembre 2003 du Gouvernement wallon portant le Code de la fonction publique wallonne, *BS* 31 december 2003, 62.476.

<sup>1865</sup> *La Chambre des recours* of de Kamer van beroep is bevoegd 1° om een met redenen omkleed advies te geven over: a) elk definitief voorstel tot tuchtstraf; b) elke beslissing tot schorsing in het belang van de dienst, al dan niet vergezeld van een inhouding van wedde; c) elk voorstel tot ontslag wegens beroepsbekwaamheid; d) elk voorstel tot ontslag van een stagiair; 2° een beslissing te treffen over elk beroep betreffende elke evaluatie toegewezen aan een ambtenaar en elke beslissing inzake verlof, beschikbaarheid of afwezigheden (art. LI.TXI.CI.1). De Kamer van Beroep bestaat uit: 1° één voorzitter en drie ondervoorzitters; 2° achttien vaste en achttien plaatsvervangende assessoren, personeelsleden of gemachtigden van de Ministeries en instellingen van openbaar nut; Ze wordt bijgestaan door vier vaste en vier

“1° donner un avis motivé sur tout recours portant sur: a) toute proposition définitive de sanction disciplinaire; b) toute décision de suspension dans l'intérêt du service accompagnée ou non d'une retenue de traitement; c) toute proposition de licenciement pour inaptitude professionnelle; d) toute proposition de licenciement d'un stagiaire. 2° rendre une décision sur tout recours portant sur toute évaluation attribuée à un agent et sur toute décision en matière de congés, de disponibilité et d'absences”.

Artikel 187, § 1 bepaalt dat de Raad van beroep is samengesteld uit “1° un président et trois vice-présidents; 2° dix-huit assesses effectifs et dix-huit assesses suppléants, agents ou mandataires des Ministères et organismes d'intérêt public; Elle est assistée par quatre greffiers effectifs et quatre greffiers suppléants”. De voorzitter en de vicevoorzitters worden aangeduid door de regering onder magistraten. Net zoals bij de CREG kunnen de voorzitter, de vice-voorzitter, en de directeurs ontslaan worden indien zij niet meer voldoen aan de onafhankelijkheidsvoorwaarden of indien zij de wettelijke en reglementaire bepalingen schenden. De beslissing wordt echter genomen door de regering, hetgeen geen optimale bescherming biedt.

#### 4.4.3. *Ontslag en tucht bij de Autoriteit Consument en Markt*

**584.** Artikel 12 van de Kaderwet Zelfstandige Bestuursorganen stelt dat de minister de leden van een zbo schorst en ontslaat. De schorsing en het ontslag vindt slechts plaats wegens ongeschiktheid of onbekwaamheid voor de vervulde functie, dan wel wegens andere zwaarwegende in de persoon van de betrokkene gelegen redenen. Ontslag kan uiteraard eveneens plaatsvinden op eigen verzoek. Het gebruik van de termen “ongeschiktheid of onbekwaamheid” of “wegens andere zwaarwegende redenen” lijkt te verwijzen naar het begrip wangedrag uit de Europese liberaliseringsrichtlijnen. In de parlementaire voorbereiding wordt enkel vermeld dat de “schorsing en het ontslag van leden, behoudens als hun eventuele benoemingstermijn is verlopen, [...] plaats[vinden] door de betrokken minister uitsluitend vanwege gebleken ongeschiktheid, onbekwaamheid of andere zwaarwegende redenen, die gelegen moeten zijn in de persoon van de bestuurder. Dit is een belangrijke bevoegdheid voor de minister omdat hij hiermee gelegenheid heeft de kwaliteit van (het bestuur van) een zelfstandig bestuursorgaan te beïnvloeden”.<sup>1866</sup> Artikel 3, lid 7 van de Instellingswet ACM stelt nog dat de minister een besluit tot ontslag bekendmaakt door kennisgeving van de zakelijke inhoud van dat besluit in de Staatscourant. De redenen van het ontslag worden in die kennisgeving openbaar gemaakt indien de betrokkene daarom verzoekt.

---

plaatsvervangende griffiers; § 2. De voorzitter en de ondervoorzitter worden aangewezen door de Regering onder de vaste of eremagistraten. De negen vaste en plaatsvervangende assessoren worden aangewezen door de Regering, waaronder ten minste drie vaste en drie plaatsvervangende assessoren afkomstig van een instelling van openbaar nut (art. LI.TXI.CI.2).

<sup>1866</sup> Memorie van Toelichting bij de Regels betreffende zelfstandige bestuursorganen (Kaderwet zelfstandige bestuursorganen), *Kamerstukken* 2000-2001, 27.426, nr. 3, p. 12.

#### 4.4.4. Ontslag "for cause" in de VS

##### 4.4.4.1. Humphrey's, Wiener en Morrison

**585.** De vaste benoemingstermijn van de commissieleden verloopt gespreid (*staggered*).<sup>1867</sup> Dit wil zeggen dat de commissieleden worden benoemd voor een termijn van vijf tot zeven jaar, waarbij de begintermijn verschilt van lid tot lid.<sup>1868</sup> Dit zorgt ervoor dat nooit alle leden tegelijkertijd vervangen dienen te worden en komt bijgevolg de continuïteit van de dienst ten goede. Hoewel de President in theorie alle leden van de commissie mag aanduiden en benoemen, verhindert de gespreide benoemingstermijn dat de President bij zijn aanstelling onmiddellijk alle leden kan vervangen *at his pleasure*. De benoemingstermijn loopt bovendien vaak langer dan de Presidentiele termijn van vier jaar.<sup>1869</sup> Deze voorwaarden bleken echter onvoldoende. In het verleden trachtte de President immers, zoals bleek uit *Parsons v. United States*, een *U.S. Attorney* te ontslaan door het benoemen van een nieuwe *U.S. Attorney*, hoewel er sprake was van een vier jaar durende benoemingstermijn.<sup>1870</sup> Meer recentelijk trachtte ook President Reagan een *U.S. Marshall* te ontslaan, die nochtans benoemd was voor vier jaar.<sup>1871</sup> Het *U.S. Court of Appeal for the Third Circuit* stond het ontslag van de *U.S. Marshall* toe. Om de onafhankelijkheid van de IRA's op afdoende wijze te beschermen was er met andere woorden ook nood aan ontslagbescherming. Deze ontslagbescherming wordt benoemd als een "for cause" ontslag. Deze ontslagmogelijkheid wordt ook vandaag nog vaak als doorslaggevend element opgeworpen in de discussie met betrekking tot het verschil tussen de *executive agencies* en de IRA's.

**586.** In de VS heeft de President, constitutioneel, als hoofd van de uitvoerende macht, "the duty to take care that the Laws be faithfully executed" (artikel II, § 3 van de Grondwet). In *Myers v. United States*<sup>1872</sup> besliste het *U.S. Supreme Court* dat hieronder verstaan wordt dat de President de exclusieve bevoegdheid heeft om leden van de uitvoerende macht (*executive branch officials*) te ontzetten uit hun ambt zonder de goedkeuring van de Senaat. De President kan hen hierbij ontzetten *for any reason*. Hij mag bijgevolg *at the pleasure of the President* hun ambt discretionair beëindigen. Bij de aanduiding van de leden, kon de President, bij sommige *agencies* eveneens de voorzitter

<sup>1867</sup> M. BREGER en G. EDLES, *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 93.

<sup>1868</sup> 42 U.S. Code § 7171, (b)(2): "Notwithstanding the third sentence of paragraph (1), the terms of members first taking office after April 11, 1990, shall expire as follows: (A) In the case of members appointed to succeed members whose terms expire in 1991, one such member's term shall expire on June 30, 1994, and one such member's term shall expire on June 30, 1995, as designated by the President at the time of appointment. (B) In the case of members appointed to succeed members whose terms expire in 1992, one such member's term shall expire on June 30, 1996, and one such member's term shall expire on June 30, 1997, as designated by the President at the time of appointment. (C) In the case of the member appointed to succeed the member whose term expires in 1993, such member's term shall expire on June 30, 1998".

<sup>1869</sup> M. BREGER en G. EDLES, *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 93.

<sup>1870</sup> 167 U.S. 324, 343 (1897).

<sup>1871</sup> *Chabal v. Reagan*, 841 F.2d 1216, 1219, 1222-23 (3d Circ. 1988).

<sup>1872</sup> *Myers v. United States*, 272 U.S. 52, 71 L. Ed. 160 (1926).

(*chairman*) aanstellen *at his pleasure*. Dit betekent dat de President naar eigen wil een persoon als voorzitter kan aanstellen, vaak een gelijkgezinde partijgenoot die zijn bevoegdheden uitoefent *at the pleasure of the President*. De bevoegdheden van de President om de leden aan te duiden en hen uit hun ambt te ontzetten, werden bijgevolg gezien als tegengewicht voor de ruime discretionaire bevoegdheden van de *agencies*.

Bij IRA's bevatten de *Statutes* echter vaak bepalingen die de bevoegdheden van de President beperken. Zo kunnen de commissieleden van IRA's enkel uit hun ambt ontzet worden (*be removed*) omwille van een specifieke reden (*for cause*),<sup>1873</sup> zijnde meestal "inefficiency", "incapacity", "neglect of duty", "malfeasance", "ineligibility" or "other good cause".<sup>1874</sup> De ontzetting uit het ambt is bovendien onderworpen aan *judicial review* door de rechtscolleges.

**587.** In *Humphrey's Executor v. United States (1935)*<sup>1875</sup> besliste het *U.S. Supreme Court* dat de "for cause removal"-bepaling, die duidelijk de macht van de President beperkte, grondwettig was aangezien de leden van de *Federal Trade Commission* quasi-legislatieve en quasi-rechterlijke functies uitoefenden. Het *U.S. Supreme Court* kwam tot deze beslissing omwille van het feit dat President Franklin D. Roosevelt, William Humphrey - een lid van de *Federal Trade Commission* (FTC) - omwille van louter politieke redenen wenste te verwijderen. Hij verzocht hem dan ook drie maal ontslag te nemen. De *Federal Trade Commission Act* stelde echter duidelijk dat de President de leden van de FTC enkel uit hun ambt kon ontzetten, omwille van "inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office".<sup>1876</sup> Het *U.S. Supreme Court* oordeelde dat de FTC een quasi-legislatieve entiteit was waardoor de President de leden van de FTC niet zomaar, omwille van louter politieke redenen, kon ontzetten uit hun ambt. Het *U.S. Supreme Court* maakte hierbij een onderscheid tussen *executive officials* (die konden ontzet worden *at the pleasure of the President*) en *quasi-legislative* of *quasi-judicial officers*, die enkel konden ontzet worden onder de voorwaarden bepaald in de *Statutes*. Deze regeling had tot gevolg dat de grondwettelijke bevoegdheid van de President (artikel II van de Amerikaanse Grondwet) werd beperkt door de *Statutes*, uitgevaardigd door het Congres. De wetgevende macht beknotte op die manier de bevoegdheden van de uitvoerende macht.

<sup>1873</sup> M. SHAPIRO, "The problem of independent agencies in the United States and the European Union", *Journal of European Public Policy* 1997, (276) 276; A. MORRISON, "How independent are independent regulatory agencies?", *Duke Law Journal* 1998, (252) 252.

<sup>1874</sup> M. BREGER en G. EDLES, *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 145; Zie bijvoorbeeld bij FERC: 42 U.S.C. § 7171, (b)(1): Members shall hold office for a term of 5 years and may be removed by the President only for inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office.

<sup>1875</sup> *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602, 79 L. Ed. 1611 (1935) en <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/295/602/case.html>: "1. The Federal Trade Commission Act fixes the terms of the Commissioners and provides that any Commissioner may be removed by the President for inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office. Held that Congress intended to restrict the power of removal to one or more of those causes 2. This construction of the Act is confirmed by a consideration of the character of the Commission -- an independent, nonpartisan body of experts, charged with duties neither political nor executive, but predominantly quasi-judicial and quasi-legislative, and by the legislative history of the Act. 4. The authority of Congress, in creating quasi-legislative or quasi-judicial agencies, to require them to act in discharge of their duties independently of executive control cannot well be doubted, and that authority includes, as an appropriate incident, power to fix the period during which they shall continue in office, and to forbid their removal except for cause in the meantime."

<sup>1876</sup> "Federal Trade Act" (FTA), 38 Stat. 717 (26 September 1914). Codified 15 U.S.C. §41.

*Humphrey's Executor v. United States* werd bovendien gezien als een principiële arrest, waarbij de fundamentele scheiding tussen *executive agencies* en IRA's werd vastgelegd, en waarbij de IRA's, door het *U.S. Supreme Court*, een grondwettelijke status verkregen, los van de drie machten en op afstand van de President. Belangrijk daarbij is dat het *U.S. Supreme Court* stelt dat IRA's hun taken dienen uit te oefenen *independently of executive control*, een zinsnede die door de IRA's nog vaak zal worden gebruikt om hun vraag naar meer onafhankelijkheid kracht bij te zetten (volgens critici een "Headless Fourth Branch"). De grondwettelijkheid vloeide volgens het Supreme Court voort uit de speciale constitutionele status van de IRA's, waarbij ze in het constitutionele landschap een plaats innemen buiten de drie traditionele machten. Dit omwille van het feit dat ze zowel wetgevende, uitvoerende als rechterlijke functies uitoefenen.<sup>1877</sup> Bij FERC worden de ontslagmogelijkheden beperkt tot "inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office".<sup>1878</sup> Deze bepaling zorgt ervoor dat FERC, volgens de *Humphrey's*-doctrine uitdrukkelijk wordt beschouwd als *independent regulatory agency*. De *for cause* ontslagbescherming maakt volgens sommigen dan ook een **essentieel kenmerk** uit van een *independent agency* in de VS en is niet enkel een louter gevolg van die onafhankelijkheid.<sup>1879</sup>

Het idee hierbij is dat wanneer het Congres een *agency for cause* ontslagbescherming geeft, het dit *agency* in een speciale constitutionele categorie wenst onder te brengen, hetgeen eveneens gepaard gaat met andere beschermingsmogelijkheden tegen Presidentiële controle. Volgens sommige auteurs doet dit een onconstitutionele "Fourth Branch" ontstaan.<sup>1880</sup> Het Hof stelde immers dat de FTC niet specifiek gesitueerd kon worden binnen een bepaalde macht: "the agency was not only wholly disconnected from the executive department, but [...] was created by Congress as a means of carrying into operation legislative and judicial powers, and as an agency of the legislative and judicial departments".<sup>1881</sup>

**588.** In de zaak ***Wiener v. United States (1958)***<sup>1882</sup> bevestigde het *U.S. Supreme Court* de *Humphrey's Executor v. United States* rechtspraak en verklaarde het hof het bestaan van een *for-cause* beperking geldig, omwille van het feit dat een lid van de War Claims Commission *quasi*-rechterlijke taken uitoefende. President Eisenhower had volgens het *U.S. Supreme Court* immers ten onrechte een lid van de War Claims Commission ontslaan aangezien er volgens het Hof een "for cause" bescherming aanwezig was, ook al stond *niet*

---

<sup>1877</sup> A. MORRISON, "How independent are independent regulatory agencies?", *Duke Law Journal*, 1998, (252) 252.

<sup>1878</sup> 42 U.S.C. § 7171, (b)(1): Members shall hold office for a term of 5 years and may be removed by the President only for inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office.

<sup>1879</sup> M. BREGER en G. EDLES, *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 145.

<sup>1880</sup> K. DATLA en R.L. REVESZ, "Deconstructing independent agencies (and executive agencies)", *Cornell Law Review* 2012-2013, (769) 774.

<sup>1881</sup> *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 630.

<sup>1882</sup> *Wiener v. United States*, 357 U.S. 349 (1958).

*uitdrukkelijk* ingeschreven in de wetgeving.<sup>1883</sup> Het Hof stelde dat het Congres namelijk de bedoeling had gehad om de commissie geen louter uitvoerende bevoegdheden toe te kennen, maar wel rechterlijke (adjudication) functies, hetgeen volgens het Hof gepaard gaat met een uitsluiting van de ruime ontslagbevoegdheden van de President.<sup>1884</sup> Met het arrest Wiener gaat het Hof nog een stap verder en gaat het er vanuit dat de uitsluiting van inmenging door de President *impliciet* vervat kan liggen in de Statutes. Ook in de rechtsleer wordt door sommigen aanvaard dat de ontslagbescherming impliciet vervat kan liggen in de wetgeving. BREGER en EDLES onderzochten in 2000 maar liefst 32 IRA's.<sup>1885</sup> Hun onderzoek toonde aan dat de IRA's gekenmerkt werden door een verschillend aantal criteria, waarbij niet elk IRA over dezelfde kenmerken beschikte. Zo beschikten slechts 17 van de 32 IRA's expliciet over de *for cause* bescherming. De auteurs argumenteerden echter dat voor de andere IRA's redelijkerwijze aangenomen moet worden dat de *for cause* bescherming impliciet vervat ligt in de Statutes.<sup>1886</sup> Voor BREGER en EDLES is de *for cause* bescherming immers "the critical element of independence".<sup>1887</sup> Uit het onderzoek van DATLA en REVEZS bleek echter dat het fundamentele criterium (de "for cause"-bepaling) toch niet zo doorslaggevend is. In 2011 werden door hen maar liefst 81 – *executive* en *independent* – *agencies* onderzocht.<sup>1888</sup> Het onderzoek toonde aan dat van de *independent agencies*, er slechts in een handvol toepasselijke *statutes* een "for cause" bepaling was ingeschreven. Bovendien bleek verschillende onafhankelijkheidscriteria eveneens voorkwamen bij *executive agencies*. Volgens de auteurs is het onderscheid tussen *executive* en *independent agencies*, ingevoerd in 1935, dan ook verouderd en achterhaald. De *agencies* zijn allen *executive agencies*, de één echter meer structureel of functioneel onafhankelijk dan de ander.<sup>1889</sup> De *agencies* zijn volgens de auteurs slechts onafhankelijk voor zover daarover bepalingen zijn opgenomen in de *Statutes*. Het *U.S. Supreme Court* mag volgens de auteurs dan ook geen *impliciete* "for cause"-bepaling afleiden uit een *Statute* indien deze er niet uitdrukkelijk is in neergeschreven.<sup>1890</sup> Toch heeft het *U.S. Supreme Court* recent (2010) in de zaak *Free Enterprise Fund v. Public Co. Accounting Oversight Board* aanvaard dat SEC, de *Securities and Exchange Commission*, een IRA, *impliciete for cause* ontslagbescherming geniet zelfs al is dit niet uitdrukkelijk in de

---

<sup>1883</sup> T. ZWART, "Independent Regulatory Agencies in the US" in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), *Agencies in European and Comparative Law*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, (3) 9.

<sup>1884</sup> M. BREGER en G. EDLES, *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 142.

<sup>1885</sup> M. BREGER en G. EDLES, "Established by Practice: The Theory and Operation of Independent Federal Agencies", *Administrative Law Review* 2000, (1111) 1128-1136.

<sup>1886</sup> M. BREGER en G. EDLES, "Established by Practice: The Theory and Operation of Independent Federal Agencies", *Administrative Law Review* 2000, (1111) 1128-1136.

<sup>1887</sup> Zoals door hen ook herhaald in M. BREGER en G. EDLES, *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 145.

<sup>1888</sup> K. DATLA en R.L. REVESZ, "Deconstructing independent agencies (and executive agencies)", *Cornell Law Review* 2012-2013, (769) 784.

<sup>1889</sup> K. DATLA en R.L. REVESZ, "Deconstructing independent agencies (and executive agencies)", *Cornell Law Review* 2012-2013, (769) 773.

<sup>1890</sup> K. DATLA en R.L. REVESZ, "Deconstructing independent agencies (and executive agencies)", *Cornell Law Review* 2012-2013, (769) 832-833.



*Statutes* bepaald.<sup>1891</sup> Zo stelt het U.S. Supreme Court: "The parties agree that the Commissioners cannot themselves be removed by the President except under the *Humphrey's Executor* standard of "inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office," and we decide the case with that understanding".<sup>1892</sup>

**589.** De reeds vermelde zaak ***Morrison vs. Olson (1988)*** van het *U.S. Supreme Court* heeft de *Humphrey's* en *Myers* rechtspraak enigszins aangepast.<sup>1893</sup> Zo stelt het Hof dat het arrest *Humphrey's* inderdaad voor een onderscheid zorgt tussen *executive* en *independent agencies*, maar dat het niet duidelijk is wanneer men nu precies een uitvoerende of een quasi-rechterlijke of quasi-legislatieve rol vervult. Het Hof stelde dat de bepaling inzake het aanstellen van een onafhankelijke adviseur geen inbreuk vormde op de scheiding der machten, zelfs niet indien men de bevoegdheden van één macht verruimde ten koste van de bevoegdheden van de andere macht.<sup>1894</sup> Hoewel enkel de *Attorney General* de onafhankelijke adviseur (met uitvoerende bevoegdheden) om "good cause" kon ontslaan en niet de President, hield dit volgens het Hof geen inbreuk in op de door de Grondwet toegekende bevoegdheden aan de President.<sup>1895</sup> Het Hof stelde uitdrukkelijk dat "the determination of whether the Constitution allows Congress to impose a "good cause"-type restriction on the President's power to remove an official does not turn on whether or not that official is classified as "purely executive". Het Hof erkent de grondwettigheid van onafhankelijke *agencies*, zolang het Congres maar op een aanvaardbare wijze de bevoegdheden van de President aantast en dit **ongeacht de aard van de bevoegdheden van de onafhankelijke agencies**.<sup>1896</sup> Dus zelfs al hebben de IRA's uitvoerende bevoegdheden dan nog mag het Congres de bevoegdheden van de President beperken door een "for cause" of "good cause" bepaling in te stellen. Het Hof stelt immers dat "the congressional determination to limit the Attorney General's removal power was essential, in Congress' view, to establish the necessary independence of the office of independent counsel". In *Morrison vs. Olson* gaat het *U.S. Supreme Court* er dus van uit dat noch de organisatorische structuur, noch de constitutionele plaats van het *agency*, noch de bevoegdheden van het *agency* de mogelijkheden voor het Congres beïnvloeden om een *for cause* bepaling in te schrijven. De cruciale vraag is eerder of de onafhankelijkheid van het *agency* ten

---

<sup>1891</sup> *Free Enterprise Fund v. Public Co. Accounting Oversight Board*, 537 F. 3d 667.

<sup>1892</sup> Overw. I, A.

<sup>1893</sup> 487 U.S. 654 (1988) en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/487/654/case.html>.

<sup>1894</sup> 487 U.S. 654 (1988): 4. "The Act does not violate separation of powers principles by impermissibly interfering with the functions of the Executive Branch". Pp. 487 U. S. 685-696.

<sup>1895</sup> 487 U.S. 658: "the Act's provision restricting the Attorney General's power to remove the independent counsel to only those instances in which he can show "good cause," taken by itself, does not impermissibly interfere with the President's exercise of his constitutionally appointed functions. Here, Congress has not attempted to gain a role in the removal of executive officials other than its established powers of impeachment and conviction. The Act instead puts the removal power squarely in the hands of the Executive Branch. The analysis contained in this Court's removal cases is designed not to define rigid categories of those officials who may or may not be removed at will by the President, but to ensure that Congress does not interfere with the President's exercise of the "executive power" and his constitutionally appointed duty to "take care that the laws be faithfully executed" under Article II".

<sup>1896</sup> S. LAVRIJSEN, "An Analysis of the Constitutional Position of the US Independent Agencies" in R. CARANTA, D. FAIRGRIEVE en M. ANDENAS (eds.), *Independent Administrative Authorities*, London, British Institute of International and Comparative Law 2004, (1) 19.

aanzien van de President al dan niet moet gewaarborgd worden en of er daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de bevoegdheid van de President "to see that the laws are faithfully executed". Met dit arrest van het U.S. Supreme Court is dan ook de legitimiteit van de IRA's bevestigd.<sup>1897</sup> Het Congres moet daarbij zorgen voor een weloverwogen belangenafweging waarbij een evenwicht wordt gevonden tussen het toekennen van teveel onafhankelijkheid, waardoor het IRA *unaccountable* wordt, en te weinig onafhankelijkheid waardoor er te veel beïnvloeding van buitenaf plaatsvindt.<sup>1898</sup>

### 3.1.1.1. Draagwijdte van het begrip

**590.** Onder *for cause* wordt meestal "inefficiency", "incapacity", "neglect of duty" en "malfeasance" verstaan.<sup>1899</sup> Het *U.S. Supreme Court* heeft deze termen niet gedefinieerd en heeft ook niet verduidelijkt wat onder "good cause" moet verstaan worden.<sup>1900</sup> Zeker bij IRA's, waarbij expertise en onafhankelijk functioneren belangrijk is, achtte het Congres het nodig dat, wanneer de leden van de IRA niet meer over de noodzakelijke kwalificaties beschikten, zij ontslaan konden worden. Bij FERC worden de ontslagmogelijkheden beperkt tot "inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office".<sup>1901</sup> BARNETT stelt dat dit een "intermediate form of tenure protection is" die meer waarborgen biedt en nauwkeuriger afgebakend is dan een open "good cause" formulering.<sup>1902</sup>

SUNSTEIN en LESSIG stellen – doordat er geen rechterlijke uitspraak is over de draagwijdte van de "good cause" regel – er geen duidelijke legitieme afbakening is van hoe omvangrijk de onafhankelijk is die de IRA's kunnen claimen.<sup>1903</sup> SUNSTEIN en LESSIG, als aanhanger van de *Unitary Executive Theory*, geven dan ook een ruime interpretatie aan de ontslagmogelijkheden van de President:

"We think that it would indeed be possible to interpret the relevant Statutes as allowing a large degree of removal and supervisory power to remain in the President. At the very least, the statutory words do not entirely immunize commissioners from the control of the President, but instead allow him to remove them in certain circumstances. Purely as a textual matter, the words "good cause" and "inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office" seem best read to grant the President at least something in the way of supervisory and removal power—allowing him, for example, to discharge, as inefficient or neglectful of duty, those commissioners who show lack of diligence, ignorance, incompetence, or lack of commitment to their legal duties. The statutory words **might even allow discharge of commissioners who have frequently or on important occasions acted in ways inconsistent with the President's wishes** with respect to what is required by sound **policy**. [...]. A

<sup>1897</sup> M. BREGER en G. EDLES, *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 143-144.

<sup>1898</sup> B. KAVANAUGH, "Separation of Powers During the Forty-Fourth Presidency and Beyond", *Minnesota Law Review* 2009, (1454) 1473; M. BREGER en G. EDLES, *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 144.

<sup>1899</sup> Zie bijvoorbeeld bij FERC: 42 U.S.C. § 7171, (b)(1): Members shall hold office for a term of 5 years and may be removed by the President only for inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office.

<sup>1900</sup> C. SUNSTEIN en L. LESSIG, "The President and the Administration", *Columbia Law Review* 1994, (2) 110.

<sup>1901</sup> 42 U.S.C. § 7171, (b)(1): Members shall hold office for a term of 5 years and may be removed by the President only for inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office.

<sup>1902</sup> K. BARNETT, "Avoiding Independent Agency Armageddon", *Notre Dame Law Review* 2012, (1349) 1359.

<sup>1903</sup> C. SUNSTEIN en L. LESSIG, "The President and the Administration", *Columbia Law Review* 1994, (2) 110.

commissioner of the FTC might well, for example, be thought to neglect her duty if she consistently ignores what the President has said, at least if what the President has said is supported by law or by good policy justifications. At the minimum, we suggest that the statutory words could be taken to allow a degree of **substantive supervision** by the President.<sup>1904</sup>

Ook MILLER stelt dat "Congress may not constitutionally deny the President the power to remove a policy-making official who has refused an order of the President to take an action within the officer's statutory authority".<sup>1905</sup> De auteur gaat er namelijk vanuit dat de President altijd over de mogelijkheid moet beschikken om een *officer* een instructie te geven om al dan niet te handelen.<sup>1906</sup>

591. Deze visie lijkt evenwel op onmiskenbare wijze in te gaan tegen het arrest *Humphrey's Executor*, waarin het *U.S. Supreme Court* stelt dat IRA's hun taken dienen uit te oefenen *independently of executive control*. SUNSTEIN en LESSIG verwijzen ter ondersteuning van hun standpunt naar het arrest *Bowsher v. Synar* waarin het *U.S. Supreme Court* stelt dat de ontslagbescherming ruim moet worden opgevat: "the terms are very broad".<sup>1907</sup> Het moet wel opgemerkt worden dat het in deze zaak ging om de ontslagbevoegdheid van het Congres<sup>1908</sup>: "The relevant statute allowed the Congress to discharge the Comptroller for "inefficiency," "abuse of office," "neglect of duty," or "malfeasance". [...] these words conferred on **Congress** "very broad" removal power and would authorize Congress to remove the Comptroller for "any number of actual or perceived transgressions of legislative will".<sup>1909</sup> SUNSTEIN en LESSIG stellen dat het hier gaat om exact dezelfde bewoordingen als bij de ontslagmogelijkheden voor de President, waardoor de *ruime draagwijdte* volgens hen ook ten aanzien van de President zou gelden:

"If those words have the same meaning in these admittedly different contexts, the President turns out to have considerable power over the commissioners. If the words have the same meaning, the President has "very broad" removal power over the commissioners of the independent agencies, with correlative powers of supervision and guidance. It would follow that the independent agencies are in fact subject to a considerable degree of Presidential control "for any number of actual or perceived transgressions of Presidential will." They are not, as a matter of statute, "independent" of him at all".<sup>1910</sup>

592. Dergelijke interpretatie gaat in tegen de vrij algemeen aanvaarde regel dat de IRA's *independently of executive control* opereren. De mogelijkheid tot het ontslaan van leden van een IRA omwille van een tegengestelde beleidsvisie

<sup>1904</sup> C. SUNSTEIN en L. LESSIG, "The President and the Administration", *Columbia Law Review* 1994, (2) 110-111.

<sup>1905</sup> G. MILLER, "Independent Agencies", *The Supreme Court Review* 1986, (41) 44.

<sup>1906</sup> G. MILLER, "Independent Agencies", *The Supreme Court Review* 1986, (41) 44: "Such presidential directives can either be specific to the action in question or general programmatic instruction applicable to a range of actions or agencies. Congress may not constitutionally restrict the President's power to remove officials who fail to obey these presidential instructions, but may prohibit the President from removing officers for other reasons, such as personal animus or refusing to obey an order to do something outside the officer's statutory authority".

<sup>1907</sup> 478 U.S. 714 (1986); C. SUNSTEIN en L. LESSIG, "The President and the Administration", *Columbia Law Review* 1994, (2) 111.

<sup>1908</sup> K. BARNETT, "Avoiding Independent Agency Armageddon", *Notre Dame Law Review* 2012, (1349) 1359.

<sup>1909</sup> 478 U.S. at 729.

<sup>1910</sup> C. SUNSTEIN en L. LESSIG, "The President and the Administration", *Columbia Law Review* 1994, (2) 111-112.

ten aanzien van de President wordt door de meeste auteurs dan ook niet gevolgd. Een ruime interpretatie zou de ontslagbescherming geheel uithollen en de IRA's constitutioneel op hetzelfde niveau plaatsen als de *executive agencies*. Een meer gematigd standpunt is bijvoorbeeld terug te vinden bij SHANE die stelt dat de President enkel leden kan ontslaan wegens "failing to comply with a legal mandate".<sup>1911</sup> Hij stelt dan ook dat het algemeen aanvaard is dat "that it would not be cause for removal that such an administrator declined to follow the President's policy preferences in favor of policy initiatives that the administrator prefers and which are also within the administrator's lawful discretion".<sup>1912</sup>

Zoals blijkt uit de *dissenting opinion* bij het arrest *Free Enterprise Fund v. Public Co. Accounting Oversight Board* dat "Indeed, notwithstanding the majority's assertion that the removal authority is "the key" mechanism by which the President oversees inferior officers in the independent agencies, [...] it appears that no President has ever actually sought to exercise that power by testing the scope of a "for cause" provision".<sup>1913</sup> Ook LESSIG en SUNSTEIN, voorstanders van een unitaire uitvoerende macht, moesten toegeven dat de rechtbanken en hoven nog nooit geconfronteerd waren met een President die de grenzen had opgezocht van de *for cause* ontslagbescherming.<sup>1914</sup>

**593.** Net zoals in de VS is het in de EU niet duidelijk wat er onder de term "wangedrag" moet worden verstaan.<sup>1915</sup> De Interpretatieve Nota stelt dat: "Although the Electricity and Gas Directives **leave room** for rules adopted at national or regional level as far as misconduct is concerned, it has to be stressed that the possibility to remove a member of the board during his or her term will apply in **special cases** only, such as fraud, bribery and breaches of the independence or impartiality of the NRA". Bijgevolg is ook hier de draagwijdte van het algemene begrip "wangedrag" onduidelijk en lijken de richtlijnen aan de lidstaten de mogelijkheid te bieden om dit begrip zelf in te vullen, hoewel de Commissie er de voorkeur aan geeft om dit tot specifieke gevallen te beperken. Echter, net zoals in de VS, wordt geen definitie gegeven van de termen waardoor er discussie kan ontstaan omtrent de draagwijdte van deze bepaling en de gevolgen ervan. Kan men bijvoorbeeld een ontslag zo formuleren dat men een bestuurder van een regulator ontslaat wegens "wangedrag" terwijl het eigenlijk om een verdoken politiek ontslag gaat? M.i. laten de Europese richtlijnen nog te veel marge voor een te ruime interpretatie van het begrip wangedrag.

---

<sup>1911</sup> P. SHANE, "Independent Policymaking and Presidential Power: A Constitutional Analysis", *George Washington Law Review* 1989, (596) 609.

<sup>1912</sup> P. SHANE, "Independent Policymaking and Presidential Power: A Constitutional Analysis", *George Washington Law Review* 1989, (596) 610.

<sup>1913</sup> *Free Enterprise Fund v. Public Co. Accounting Oversight Board*, 537 F. 3d 667, JUSTICE BREYER, with whom JUSTICE STEVENS, JUSTICE GINSBURG, and JUSTICE SOTOMAYOR join, dissenting, <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/08-861P.ZD.4>.

<sup>1914</sup> C. SUNSTEIN en L. LESSIG, "The President and the Administration", *Columbia Law Review* 1994, (2) 110-112.

<sup>1915</sup> Artikel 35(5), lid 2 richtlijn 2009/72/EG.

#### 4.4.4.2. Grenzen aan de for cause: wat met "dual for cause"?

**594.** In de reeds vermelde zaak *Free Enterprise Fund v. Public Co. Accounting Oversight Board* kwam eveneens aan bod tot op welk niveau de *for cause* bescherming kan gelden en door wie deze ontslagmogelijkheden mogen worden uitgeoefend.<sup>1916</sup> De *Public Company Accounting Oversight Board* werd opgericht in 2002, als een onderdeel van de uitvoerende macht, waarbij de leden van de Board werden benoemd door de *Securities and Exchange Commission* (SEC). De leden zijn "Officers of the United States". Aangezien de SEC benoemt, kan de SEC ook de leden ontslaan, zij het enkel "for good cause shown". De leden van SEC, als IRA, beschikten volgens het U.S. Supreme Court over *for cause* bescherming en bovendien beschikten ook de leden van de Board over deze bescherming (*dual for cause*).<sup>1917</sup> Het U.S. Supreme Court besliste dat deze *dual for cause* bescherming ongrondwettig is. Het Hof verwees daarbij naar *Myers* en *Humphrey's*: "The Constitution provides that "the executive Power shall be vested in a President of the United States of America." Since 1789, the Constitution has been understood to empower the President to keep executive officers accountable—by removing them from office, if necessary (see *Myers v. United States*). This Court has determined that this authority is not without limit. In *Humphrey's Executor*, this Court held that Congress can, under certain circumstances, create independent agencies run by principal officers appointed by the President, whom the President may not remove at will but only for good cause. And [...] in *Morrison v. Olson*, the Court sustained similar restrictions on the power of principal executive officers—themselves responsible to the President—to remove their own inferiors. However, this Court has **not addressed the consequences of more than one level of good-cause tenure**".

**595.** Het Hof vervolgt met "where this Court has upheld limited restrictions on the President's removal power, only **one level** of protected tenure separated the President from an officer exercising executive power. The President decided whether the officer's conduct merited removal under the good-cause standard. Here, the Act not only protects Board members from removal except for good cause, but **withdraws** from the President any decision on whether that good cause exists". Bij IRA's, zoals SEC en FERC, genieten de leden inderdaad ontslagbescherming, maar de uiteindelijke beslissing inzake het ontslag ligt nog steeds bij de President. Het Hof stelt dat deze extra stap, waarbij de SEC en niet de President over de *for cause* beslist, de grondwettelijke bevoegdheden van de

---

<sup>1916</sup> *Free Enterprise Fund v. Public Co. Accounting Oversight Board*, 537 F. 3d 667.

<sup>1917</sup> K. BARNETT, "Avoiding Independent Agency Armageddon", *Notre Dame Law Review* 2012, (1349) 1361.

President te veel uitholt en de scheiding der machten schendt.<sup>1918</sup> Het Hof vervolgt:

"Now the Commission cannot remove a Board member at will. The President therefore cannot hold the Commission fully accountable for the Board's conduct, to the same extent that he may hold the Commission accountable for everything else that it does. The Commissioners are not responsible for the Board's actions. They are only responsible for their own determination of whether the Act's rigorous good-cause standard is met. And even if the President disagrees with their determination, he is powerless to intervene—unless that determination is so unreasonable as to constitute "inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office."<sup>1919</sup>

De conclusie van het Hof is dan ook dat "arrangement is contrary to Article II's vesting of the executive power in the President". Without the ability to oversee the Board, or to attribute the Board's failings to those whom he can oversee, the President is no longer the judge of the Board's conduct. Het Hof concludeerde dat de bepaling waarbij de SEC de leden van de board enkel kon ontslaan *for cause*, vervangen moet worden door een ontslag *at will*.<sup>1920</sup>

De zaak werd echter beslist met een nipte stemming (5 tegen 4 stemmen),<sup>1921</sup> waarbij de vier rechters in hun *dissenting opinion* het niet eens waren met deze uitspraak en stelden dat "Congress may impose multiple levels of for cause tenure between the President and his subordinates when it "rests agency independence upon the need for technical expertise".<sup>1922</sup> Justice BREYER pleit voor een functionele benadering en stelt daarbij dat:

"The functional approach required by our precedents recognizes this **administrative complexity** and, more importantly, recognizes the various ways presidential power operates within this context—and the various ways in which a removal provision might affect that power. If the President seeks to regulate through **impartial adjudication**, then insulation of the adjudicator from removal at will can help him achieve that goal. And to free a technical decisionmaker from the fear of removal without cause can similarly help create **legitimacy** with respect to that official's regulatory actions by helping to **insulate his technical decisions from nontechnical political pressure**".<sup>1923</sup>

**596.** BREYER, en daarbij gevolgd door de drie andere rechters, acht een dubbele bescherming dus wel mogelijk wanneer het in de praktijk noodzakelijk is dat de *adjudication* (of rechterlijke uitspraken van de board) op onpartijdige

<sup>1918</sup> *Free Enterprise Fund v. Public Co. Accounting Oversight Board*, 537 F. 3d 667, <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/08-861P.ZO>, 10 (afdeling III: "We hold that the dual for-cause limitations on the removal of Board members contravene the Constitution's separation of powers").

<sup>1919</sup> *Free Enterprise Fund v. Public Co. Accounting Oversight Board*, 537 F. 3d 667, <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/08-861P.ZO>, 14-15.

<sup>1920</sup> *Free Enterprise Fund v. Public Co. Accounting Oversight Board*, 537 F. 3d 667, <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/08-861P.ZO>, 29-30: "Because the good-cause restrictions discussed above are unconstitutional and void, the Commission possesses the power to remove Board members at will, in addition to its other oversight authority. Board members are therefore directed and supervised by the Commission". Zie ook BREGER en G. EDLES, *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 113.

<sup>1921</sup> K. BARNETT, "Avoiding Independent Agency Armageddon", *Notre Dame Law Review* 2012, (1349) 1359.

<sup>1922</sup> *Free Enterprise Fund v. Public Co. Accounting Oversight Board*, 537 F. 3d 667, JUSTICE BREYER, with whom JUSTICE STEVENS, JUSTICE GINSBURG, and JUSTICE SOTOMAYOR join, dissenting, <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/08-861P.ZD>

<sup>1923</sup> *Free Enterprise Fund v. Public Co. Accounting Oversight Board*, 537 F. 3d 667, JUSTICE BREYER, with whom JUSTICE STEVENS, JUSTICE GINSBURG, and JUSTICE SOTOMAYOR join, dissenting, <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/08-861P.ZD>, 9 en 17-18.

wijze moet plaatsvinden en de technische beslissingen los van politieke invloed moeten kunnen worden genomen. Bovendien wijst BREYER, terecht, op het feit dat de macht van de President niet zozeer wordt beperkt maar wel de bevoegdheid van SEC: "For one thing, the restriction directly limits, not the President's power, but the power of an already independent agency. But so long as the President is legitimately foreclosed from removing the Commissioners except for cause (as the majority assumes), nullifying the Commission's power to remove Board members only for cause **will not resolve the problem** the Court has identified: The President will still be "powerless to intervene" by removing the Board members if the Commission reasonably decides not to do so".<sup>1924</sup>

#### 4.4.5. Aanbevelingen

**597.** Drie korte aanbevelingen kunnen worden gemaakt. Eerst en vooral moet beklemtoond worden dat indien de regering beslist over de benoemingen van de bestuurders of directeurs (mét tussenkomst en toezicht door het parlement via een parlementaire hoorzitting en goedkeuring), de regering ook moet kunnen ontslaan. Ook hier dient een bijkomende, toezichthoudende waarborg worden ingesteld waardoor de mogelijkheid tot een politieke ontslag zoveel mogelijk wordt uitgesloten. Uit onderzoek bleek dat de onafhankelijkheid van de leden van het Directiecomité pas echt in het gedrang komt indien zij kunnen worden ontslaan omwille van louter politieke redenen.<sup>1925</sup> De tussenkomst van een onpartijdige en onafhankelijke Tuchtraad samengesteld door magistraten, benoemd door het parlement, biedt deze waarborg. De Tuchtraad brengt namelijk, na een hoorzitting, een bindend advies uit voor de minister/ regering. Daarbij kan een lid slechts ontslagen worden, en zijn ontslagvergoeding slechts ongedaan gemaakt worden, als de Tuchtraad met een dergelijke beslissing heeft ingestemd. De minister/ regering kan dus niet strenger zijn dan de Tuchtraad. De regering zou de betrokkene met andere woorden niet uit zijn mandaat kunnen ontzetten of hem zijn ontslagvergoeding kunnen afnemen indien de Tuchtraad daarmee niet heeft ingestemd. De regering kan wel milder zijn dan de Tuchtraad, en kan beslissen om de betrokkene alsnog niet uit zijn mandaat te ontzetten of om hem zijn ontslagvergoeding te laten behouden, ook al heeft de Tuchtraad in andere zin beslist. De Tuchtraad zou logischerwijze ook inzake tucht beslissingen nemen. Het geniet dus de voorkeur om bij de CREG de Tuchtraad operationeel te maken en bij de drie overige regulatoren (VREG, CWaPE en BRUGEL) een gelijkaardige onafhankelijke Tuchtraad in te stellen. Stelt men dergelijke Tuchtraad in dan dienen de ontslagmogelijkheden minder stringent te worden geformuleerd aangezien de aanwezigheid van

---

<sup>1924</sup> *Free Enterprise Fund v. Public Co. Accounting Oversight Board*, 537 F. 3d 667, JUSTICE BREYER, with whom JUSTICE STEVENS, JUSTICE GINSBURG, and JUSTICE SOTOMAYOR join, dissenting, <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/08-861P.ZD>.

<sup>1925</sup> K. JOHANNSEN, L. PEDERSEN en E. SORENSEN, "Independent Regulatory Authorities – a Comparative Study of European Energy Regulators", *AFK Forlaget*, 2004, 53.

onafhankelijke magistraten een voldoende waarborg zouden moeten bieden tegen een louter politiek ontslag.

**598.** Indien niet geopteerd wordt om een onafhankelijke Tuchtraad in te stellen dan moeten de ontslagmogelijkheden beperkt worden tot (1) mogelijke schendingen van de onafhankelijkheidsvereisten, (2) bij ernstig wangedrag zoals fraude, omkoping,... en (3) ernstige schendingen van specifiek opgesomde wettelijke of reglementaire bepalingen. Immers, hoe moeilijker het is om de leden van het Directiecomité te ontslaan, hoe onafhankelijker de energieregulator kan opereren.<sup>1926</sup> En uiteraard hoe kleiner de kans op een louter politiek ontslag. Voor alle regulatoren, zowel de Belgische als de Nederlandse, geldt dus dat er werk moet worden gemaakt van een duidelijke(re) wettelijke ingeschreven procedure bij de tucht- en ontslagregeling. Een strikte procedure die wettelijk vastligt en gevolgd moet worden, waarbij de bevoegdheden van de minister (en de mogelijke Tuchtraad) duidelijk afgelijnd zijn, biedt de beste garanties tegen een louter politiek ontslag.

## **5. Operationele onafhankelijkheid**

### **5.1. Algemeen**

**599.** De functionele of operationele onafhankelijkheid heeft betrekking op de mate waarin de energieregulator beslissingen kan nemen zonder toestemming van of beïnvloeding door andere privaat- en publiekrechtelijke instanties.<sup>1927</sup> De operationele onafhankelijkheid houdt verband met de beslisruimte (*decision making independence*) en de discretionaire bevoegdheden die werden toegekend. Deze zienswijze wordt voor energieregulatoren bevestigd in de Interpretatieve Nota van de Europese Commissie: "national regulatory agencies should be able to take autonomous decisions. Notwithstanding national administrative rules, it is the sole responsibility of the NRA to determine how it operates and is managed, including staffing-related matters".<sup>1928</sup> De beslisruimte creëert op die manier *feitelijk* de mogelijkheid om naar eigen inzicht en op passende wijze op te treden tegen marktfalen. Belangrijk hierbij is dat de energieregulator eveneens beschikt over een eigen autonome, *wettelijk* ingeschreven bevoegdheid.<sup>1929</sup> Functionele of operationele onafhankelijkheid heeft bijgevolg zowel *de jure* als *de facto* onafhankelijkheidsaspecten.

**600.** De Interpretatieve Nota verduidelijkt dat de energieregulator autonome beslissingen moet kunnen nemen, onafhankelijk van enige politieke, publieke of private instantie. Bovendien mag het beslissingsproces zowel *ex ante* (voorheen)

<sup>1926</sup> B. DEFLOOR en F. NAERT, "How Independent are Belgian Regulators?", *CRNI* 2009, nr. 4, (355) 360.

<sup>1927</sup> B. VAN DER MEULEN en A. OTTOW, "Toezicht op markten", VAR-reeks 130, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers 2004, 52; B. DEFLOOR en F. NAERT, "How Independent are Belgian Regulators?", *CRNI* 2009, nr. 4, (355) 361.

<sup>1928</sup> Interpretatieve Nota, 6.

<sup>1929</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 159 en 220.



als *ex post* (nadien) niet worden beïnvloed.<sup>1930</sup> Vanuit een *ex ante* perspectief sluit deze vereiste elke inmenging uit van een overheid of enige andere publieke of privé-entiteit vooraleer een regulator een beslissing neemt. Dit impliceert een *de facto* verbod vanwege andere overheidsinstanties om op enigerlei wijze te interveniëren in het beslissingsproces van de regulator.<sup>1931</sup> De energieregulator moet bovendien geheel onafhankelijk een eigen werkprogramma kunnen opstellen, zonder dat dit toestemming of goedkeuring vereist van enige publieke entiteit of derde. Het *ex post* aspect houdt in dat de beslissingen van de energieregulators onmiddellijk bindende kracht bezitten en direct uitwerking verkrijgen, eveneens zonder enige vorm van formele goedkeuring of toestemming door een publiek orgaan of enige andere derde partij. De beslissingen mogen bovendien niet onderworpen worden aan herziening, schorsing of veto door een regering of een ministerie. Dit sluit rechterlijke toetsing niet uit.<sup>1932</sup>

**601.** Voor de uitoefening van deze autonome beslissingsbevoegdheid moet de minister bijgevolg vertrouwen op de energieregulator: hij kan immers zelf de beslissing of het besluit niet nemen of intrekken. Om over voldoende beslissingsruimte te beschikken moet de wetgever de regulator, waar nodig, voldoende discretionaire ruimte toekennen. Belangrijk daarbij is dat de energieregulator deze ruimte in de praktijk ook daadwerkelijk krijgt. Indien de minister alsnog vorm geeft aan de beslissingsruimte dan schiet men immers het doel voorbij. Bovendien mag de rechter de discretionaire bevoegdheid niet uithollen, een marginale toetsing lijkt dus aanwezig.<sup>1933</sup> Voldoende discretionaire ruimte is eveneens nodig om een flexibele regulator te creëren die sneller – dan de regelgever via het traditionele regelgevingsproces – kan anticiperen op veranderingen in de markt.<sup>1934</sup>

**602.** Functionele of operationele onafhankelijkheid heeft betrekking op de autonomie om zelfstandig beslissingen te kunnen nemen. Vandaar dat binnen dit onderzoek geopteerd wordt voor het gebruik van de term *onafhankelijke regulerende instantie* in plaats van “autonome instantie”. De term “autonomie” slaat immers slechts op een deel van de onafhankelijkheid waarover energieregulators beschikken (naast ook de institutionele, personele en budgettaire onafhankelijkheid). Gebruikt men de term autonome instantie dan doet men afbreuk aan deze aspecten. Aangezien de operationele

---

<sup>1930</sup> Interpretatieve Nota, 9.

<sup>1931</sup> T. VANDEN BORRE, “De omzetting van de bepalingen inzake de onafhankelijke energieregulator – Op weg naar Luxemburg?” in K. DE KETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (79) 101.

<sup>1932</sup> Interpretatieve Nota, 9.

<sup>1933</sup> M. AELEN, *Beginnelsen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 159. Zie volgend hoofdstuk inzake de verantwoordingsplicht.

<sup>1934</sup> M. AELEN, *Beginnelsen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 160.

onafhankelijkheid van de energieregulatoren niet vervat ligt in één specifieke wettelijke bepaling, maar vervat ligt in het volledige pakket aan taken en bevoegdheden van de regulatoren wordt dit onderdeel eerder casuïstisch uitgewerkt. Er wordt hierbij eerst ingegaan op het instrument van de beheersovereenkomst, het toezicht door een regeringscommissaris, de aanwezigheid van een Algemene Raad of Adviesraad en het overleg met de directie energie. Nadien wordt de daadwerkelijke nood aan autonome besluitvorming bekeken.

## 5.2. Geen beheersovereenkomst meer bij de VREG

**603.** Een eerste voorbeeld waarbij de operationele werking van een energieregulator gestuurd werd en waarbij de autonomie van de regulator beknot werd, was het instrument van de beheersovereenkomst. De beheersovereenkomsten werden echter op 31 maart 2015 voor alle instellingen **afgeschaft** (met uitzondering van de VRT en De Lijn).<sup>1935</sup> Dit volgde uit het Vlaams Regeerakkoord 2014-2019.<sup>1936</sup> De beheersovereenkomsten zijn vervangen door jaarlijkse **ondernemingsplannen met een meerjarige component**. De Vlaamse energieregulator werkte reeds sinds 2009 jaarlijkse ondernemingsplannen uit, ter uitvoering van de beheersovereenkomst. De jaarlijkse ondernemingsplannen blijven bijgevolg bestaan, maar worden niet meer gestuurd door de beheersovereenkomst.

**604.** Beheersovereenkomsten werden afgesloten met alle intern verzelfstandigde agentschappen met of zonder rechtspersoonlijkheid (IVA) en met de publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschappen (EVA). Zoals vermeld op de website van Bestuurszaken was "een beheersovereenkomst een overeenkomst van bepaalde duur die de wederzijdse verplichtingen regelde tussen de *politieke overheid* (de functioneel bevoegde minister(s) namens de Vlaamse regering) en de *ambtelijke uitvoerders* (de administrateur-generaal van een intern verzelfstandigd agentschap of de raad van bestuur bij een publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap)". De beheersovereenkomst was een **sturings- en opvolgingsinstrument** gericht op een doelmatige uitvoering, dienstverlening, opvolging en evaluatie.<sup>1937</sup> Bovendien hield het instrument een (verbonden) ex-

---

<sup>1935</sup> Artikel 42 van het Kaderdecreet Bestuurlijk Beleid 18 juli 2003 (BS 22 augustus 2003): "De lopende beheersovereenkomsten worden ontbonden op de vaststellingsdatum van de ondernemingsplannen voor het jaar 2015 van de verzelfstandigde agentschappen in kwestie. Het eindrapport betreffende de uitvoering van de beheersovereenkomst sinds de inwerkingtreding ervan, wordt uiterlijk op 31 maart 2015 vastgesteld door het orgaan dat met het vaststellen van het ondernemingsplan, respectievelijk het opmaken van het jaarrapport, vermeld in artikel 5/1, § 1 en § 6, is belast. Het eerste en tweede lid zijn niet van toepassing op de lopende beheersovereenkomst van de Vlaamse Vervoermaatschappij - De Lijn".

<sup>1936</sup> Zoals terug te vinden op: [https://www.bestuurszaken.be/sites/default/files/documenten/organisatieontwikkeling/Het\\_regeerakkoord\\_Vlaamse\\_regering\\_2014\\_2019.pdf](https://www.bestuurszaken.be/sites/default/files/documenten/organisatieontwikkeling/Het_regeerakkoord_Vlaamse_regering_2014_2019.pdf), pagina 10, laatst geconsulteerd op 27 december 2015.

<sup>1937</sup> Website bestuurszaken, <https://www.bestuurszaken.be/beheers-en-samenwerkingsovereenkomst>, laatst geconsulteerd op 18 juli 2016.

*ante* goedkeuring in van hetgeen de regulator wenste te doen in een gegeven jaar.<sup>1938</sup>

**605.** Het Kaderdecreet Bestuurlijk Beleid van 18 juli 2003 vormde de rechtsbasis en bepaalde dat elk verzelfstandigd agentschap, dus ook de VREG, een beheersovereenkomst diende af te sluiten met de Vlaamse regering, waarin onder meer de manier waarop het agentschap zijn taken moest vervullen werd beschreven.<sup>1939</sup> Omwille van het sturings- en opvolgingskarakter van de overeenkomst stond deze beheersovereenkomst tussen de VREG en de Vlaamse overheid op gespannen voet met de Europese onafhankelijkheidsvereisten.<sup>1940</sup> In een beheersovereenkomst geeft de regering in feite instructies aan de VREG en daarbij moet worden vastgesteld dat de VREG in het verleden regelmatig specifieke opdrachten heeft gekregen van de Vlaamse minister bevoegd voor het energiebeleid.<sup>1941</sup> Artikel 3.1.1, §4, 1° van het Energiedecreet bepaalde daarom expliciet – na de uitvaardiging van het derde pakket richtlijnen – dat de beheersovereenkomst met de VREG geen instructies mocht bevatten met betrekking tot de uitoefening van de regulatoire taken van de VREG, met name de taken opgelegd aan energieregulators in het derde Energiepakket. Dit artikel 3.1.1, § 4 bepaalde namelijk dat “de volgende artikelen van het kaderdecreet Bestuurlijk Beleid niet van toepassing zijn op de VREG: de artikelen 14 tot en met 16, voor zover de beheersovereenkomst instructies bevat met betrekking tot de uitvoering van de taken vermeld in artikel 3.1.3, 1°, 2° en 3°, b”. Deze taken omvatten de toezichthoudende en controlerende taken, de regulerende taken en de taken in verband met bemiddeling en beslechting van geschillen. Enkel met betrekking tot de informerende en adviserende taken kon nog iets in de beheersovereenkomst worden opgenomen. Bovendien vond ook de overdracht van de niet-regulatoire taken van de VREG plaats, zijnde de dossierbehandeling van de groenestroom- en WKK-dossiers. Dit alles zorgde ervoor dat opmaak van een beheersovereenkomst met betrekking tot de activiteiten van de VREG nagenoeg onmogelijk werd.

**606.** De vroegere beheersovereenkomst 2008-2010 deed duidelijk afbreuk aan de onafhankelijke werking van de regulator. Zo bepaalde artikel 19 van de beheersovereenkomst, wat de financiële middelen van de VREG betrof dat de regulator beschikte over volgende ontvangsten: (1) een jaarlijkse toelage (dotatie) volgens de daartoe op de begroting van het Vlaams Gewest ingeschreven kredieten, (2) retributies, voor zover die bij decreet aan de VREG

---

<sup>1938</sup> T. VANDEN BORRE, “De omzetting van de bepalingen inzake de onafhankelijke energieregulator – Op weg naar Luxemburg?” in K. DE KETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (79) 111.

<sup>1939</sup> VREG, Memorandum van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt voor de Vlaamse regering 2014-2019, <http://www.vreg.be/sites/default/files/adviezen/adv-2013-10.pdf>.

<sup>1940</sup> De strategische organisatiedoelstellingen en ook een aantal operationele organisatiedoelstellingen vormden namelijk directe instructies vanwege de regering, T. VANDEN BORRE, “De omzetting van de bepalingen inzake de onafhankelijke energieregulator – Op weg naar Luxemburg?” in K. DE KETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (79) 112.

<sup>1941</sup> P. VAN HUMBEECK, “Autonomie, onafhankelijkheid en accountability van sectorale regulators: economische invalshoek”, *TvW* 2014, afl. 1, (2) 10.

toegewezen waren, (3) ontvangsten die voortvloeien uit daden van beheer of beschikking met betrekking tot eigen domeingoederen, (4) de subsidies waarvoor de VREG als begunstigde in aanmerking kwam, (5) terugvorderingen van ten onrechte gedane uitgaven en (6) vergoedingen voor prestaties aan derden. Aangezien de financiën van de VREG grotendeels bestonden uit een dotatie ingeschreven op de begroting van het Vlaams Gewest, werd de ontvangst van deze middelen gecompenseerd met sterk toezicht vanwege de toezichthoudende Vlaamse overheid. Artikel 20 van de beheersovereenkomst bepaalde immers dat de VREG moest zorgen voor een optimale financiële transparantie van de begrotingsuitvoering. Zij diende hiertoe als bewijs de relevante verantwoordingsstukken en betalings- en uitvoeringsborderels volgens een geëigende en systematische wijze bij te houden, en indien nodig ter beschikking te stellen van de toezichthoudende entiteiten. Het agentschap maakte voorafgaand aan elke begrotingscontrole een raming van de benutting van de toegewezen kredieten op jaarbasis zodat aan de toezichthoudende overheid een *volledig inzicht in de financiële situatie* geboden werd. De toezichthoudende overheid beschikte evenwel over een drukkingsmiddel in die zin dat als uit de jaarlijkse evaluatie bleek dat het agentschap haar verbintenissen niet was nagekomen, de Vlaamse regering de toegewezen werkingsmiddelen kon **bijsturen**, rekening houdend met de vaste en variabele kosten en met het effect van een eventuele aanpassing van de middelen op de dienstverlening. De Vlaamse regering bepaalde dus nagenoeg het volledige budget van de VREG en kon op die manier de VREG sturen bij het uitvoeren van haar verbintenissen. Het financieel toezicht op de VREG komt later nog uitvoerig aan bod.

Jaarlijks diende de VREG bij de Vlaamse regering ook een begrotingsontwerp in te dienen en moest de Vlaamse energieregulator een financieel meerjarenplan opmaken.<sup>1942</sup> De Vlaamse regering voorzag via de jaarlijkse goedkeuring van de begroting zowel de nodige beleidskredieten als de nodige kredieten voor interne werking, zodat de VREG haar opdrachten, processen en projecten kon uitvoeren in overeenstemming met de vooropgestelde prestatienormen en zoals verder geconcretiseerd in het jaarlijks ondernemingsplan. De minister kon daarbij wel te allen tijde een **extra** opdracht geven, waarbij aanvullende opdrachten aanleiding konden geven tot extra kredieten.<sup>1943</sup>

De VREG moest eveneens over de uitvoering van de beheersovereenkomst aan de minister rapporteren door middel van een jaarrapportering en een afsluitend eindrapport over de beheersovereenkomst.<sup>1944</sup> Men moest o.a. rapporteren over de uitvoering van de begroting, de performantie-indicatoren m.b.t. de realisatie van de strategische en/of operationele organisatiedoelstellingen uit de beheersovereenkomst en een toelichting geven bij de realisatie van de

---

<sup>1942</sup> Artikel 21 van de beheersovereenkomst 2008-2010.

<sup>1943</sup> Artikel 13 van de beheersovereenkomst 2008-2010.

<sup>1944</sup> Artikel 23 van de beheersovereenkomst 2008-2010.

strategische en operationele organisatiedoelstellingen, in het bijzonder bij de doelstellingen die niet werden gerealiseerd. Bovendien was er een jaarlijks overlegmoment waarbij de minister en de VREG gezamenlijk de vooruitgang van de beheersovereenkomst bespraken. Indien een van de partijen de voorziene verplichtingen niet nakwam, dienden er bijsturingsmaatregelen te worden genomen.<sup>1945</sup>

**607.** Aangezien het derde pakket liberaliseringsrichtlijnen in 2009 politieke onafhankelijkheid vereiste, kwam de beheersovereenkomst nog meer op gespannen voet te staan met deze Europese eisen. Uit interviews bleek dat de beheersovereenkomst in de praktijk (*de facto* onafhankelijkheid) niet echt voor een groot struikelblok zorgde, maar eerder in de achtergrond aanwezig was. Periodieke (maandelijkse) vergaderingen tussen de gedelegeerd bestuurder en het kabinet en de minister vormen bijvoorbeeld een grotere inbreuk. ***De jure*** vormde het instrument van de beheersovereenkomst uiteraard wel een inbreuk op het derde pakket.

### 5.3. Aanwezigheid van een regeringscommissaris

#### 5.3.1. *Algemeen*

**608.** Een regeringscommissaris oefent het administratief toezicht uit bij dienstgewijze gedecentraliseerde besturen. Zoals MAST e.a. stellen, is het ambt van een regeringscommissaris een vertrouwenspost en kan de minister voor deze functie beroep doen op een persoon die hij of zij het best aangewezen acht om als zijn lasthebber op te treden.<sup>1946</sup> De regeringscommissaris staat onder het hiërarchisch gezag van de minister, die hem te allen tijde van zijn taak kan ontheffen. Deze controlerende bevoegdheden van de minister houden dan ook in dat de minister ministerieel verantwoordelijk is voor de regeringscommissaris.<sup>1947</sup> Een regeringscommissaris is een ambtenaar die door de hogere overheid is benoemd om er in het bestuur over te waken dat het algemeen belang en de wet worden gerespecteerd.<sup>1948</sup> Dienstgewijze decentralisatie betreft een technische of functionele vorm van decentralisatie, waarbij bepaalde specifieke bevoegdheden worden toegekend aan een bestuursapparaat dat, losgemaakt van het centraal bestuur, de rechtspersoonlijkheid bezit en over autonomie beschikt.<sup>1949</sup> De specialiteit en zelfstandigheid zijn typische kenmerken van een dienstgewijze decentralisatie. De zelfstandigheid is niet onbeperkt. De overheid beschikt vaak over diverse controlemiddelen (onder de noemer van het administratief toezicht), om zo de

---

<sup>1945</sup> Artikel 24, § 1 van de beheersovereenkomst 2008-2010.

<sup>1946</sup> A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 148.

<sup>1947</sup> R. SENELLE, "Ministeriële verantwoordelijkheid en Ministeriële verantwoording" in *Administratief Lexicon*, Brugge, die Keure, 1984, 59.

<sup>1948</sup> J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Overzicht Publiekrecht*, Brugge, dieKeure, 2007, 1304.

<sup>1949</sup> A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 113.

personen die het beheer van de gedecentraliseerde dienst in handen hebben, enerzijds te verplichten de wet na te leven en het algemeen belang niet te schaden en anderzijds om hun onwil te breken.<sup>1950</sup>

### 5.3.2. VREG

**609.** Hoewel artikel 35, § 1 van het Elektriciteitsdecreet uit 2000 bepaalde dat de reguleringsinstantie onder toezicht stond van de Vlaamse regering,<sup>1951</sup> en dit toezicht werd uitgeoefend door een regeringscommissaris, die werd benoemd en ontslagen door de Vlaamse regering,<sup>1952</sup> is er **de facto nooit** een regeringscommissaris aangesteld bij de Vlaamse regulator.

### 5.3.3. CWaPE

**610.** De CWaPE stond van bij het begin onder strikt toezicht. Zo bepaalde artikel 50, § 1 van het Waalse Elektriciteitsdecreet (oud) dat de Waalse energieregulator onderworpen werd aan de controle (administratief toezicht) van de Waalse regering door toedoen van maar liefst twee regeringscommissarissen, die benoemd en ontslagen werden door de Waalse regering. De regeringscommissarissen konden op elk ogenblik ter plaatse kennis nemen van de boeken, de briefwisseling, de processen-verbaal en, in het algemeen, van alle stukken en geschriften van de CWaPE. Ze konden bovendien van de voorzitter, de bestuurders en alle personeelsleden van de Waalse energieregulator alle verklaringen en informatie vorderen die ze nodig achtten voor de uitoefening van hun mandaat. Ze hadden daarenboven het recht om de vergaderingen van het Directiecomité bij te wonen, zij het met raadgevende stem.<sup>1953</sup> De commissarissen beschikten over een termijn van vijf werkdagen om beroep in te stellen bij de regering tegen elke beslissing die ze tegenstrijdig achtten te zijn met het decreet, zijn uitvoeringsbesluiten of met het algemeen belang. Dit beroep had schorsende kracht. De termijn begon te lopen de dag waarop de beslissing werd genomen, voor zover de regeringscommissarissen regelmatig bijeengeroepen waren en, in het tegenovergestelde geval, de dag waarop ze op

<sup>1950</sup> A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 118 en 119.

<sup>1951</sup> Decr.VI. 17 juli 2000 houdende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, BS 22 september 2000.

<sup>1952</sup> Art. 35 van het Elektriciteitsdecreet: "De regeringscommissaris kan op elk ogenblik inzage nemen van alle documenten en geschriften van de reguleringsinstantie (§ 2). Bovendien kan hij alle inlichtingen en ophelderingen opvorderen van de voorzitter, de beheerders en de personeelsleden. Hij kan daarenboven binnen een termijn van vier werkdagen beroep aantekenen tegen elke beslissing die hij strijdig achtte met het decreet, de uitvoeringsbesluiten of het algemeen belang (§ 2, lid 2). Het beroep had schorsende werking. De Vlaamse regering besliste over de al dan niet vernietiging van de beslissing. De vernietiging is "de handeling waarbij de toezichhoudende overheid een eenzijdige administratieve beslissing van het orgaan van de gedecentraliseerde dienst teniet doet omdat deze beslissing strijdig is met de wet of met het algemeen belang". De vernietiging deed de vernietigde beslissing met terugwerkende kracht verdwijnen. Indien de regering de beslissing niet vernietigde binnen een termijn van twintig werkdagen, dan werd deze definitief. De toezichhoudende overheid was ertoe gehouden de beslissingen welke ingevolge haar onthouding definitief geworden zijn, te eerbiedigen. Let wel, het ging hier niet louter om een vernietigingstoezicht, maar wel om een beslissing na beroep. De toezichhoudende overheid deed immers ten gevolge van een beroep, ingesteld door de regeringscommissaris, uitspraak, waarbij zij de beslissing van de onder toezicht staande overheid teniet deed. Artikel 35, § 2, verduidelijkte echter niet of na een vernietiging ook een beslissing in de plaats volgde. Zie ook L. DERIDDER, "Gewestelijke energiewetgeving: de draad kwijt" in K. DEKETELAERE (ed.) *Jaarboek Energierecht 2002*, Antwerpen, Intersentia, (89) 105.

<sup>1953</sup> Artikel 50, § 2 van het Waalse Elektriciteitsdecreet (oud).

de hoogte daarvan werden gebracht. Indien de regering geen beslissing had genomen binnen een termijn van vijftien wekdagen vanaf de schorsing, werd de beslissing definitief. Indien de regering de beslissing vernietigde, dan werd dit betekend door de regering aan het Directiecomité van de CWaPE.<sup>1954</sup> De commissarissen formuleerden elk jaar een evaluatieverslag betreffende de werkzaamheden van de CWaPE, bestemd voor de Waalse regering.

**611.** Artikel 47ter, § 1 van het huidige Waalse Elektriciteitsdecreet bepaalt dat de CWaPE onafhankelijk is van de regering in het kader van haar reguleringsactiviteiten. De Waalse energieregulator wordt echter nog steeds onderworpen aan het administratief toezicht uitgeoefend door twee regeringscommissarissen. Zij worden aangeduid door de Waalse regering. Het toezicht heeft betrekking op: "sauf pour les décisions adoptées par la chambre des litiges et l'action du service régional de médiation, et pour les compétences autres, ne relevant pas des missions de régulation de la CWaPE au sens de la Directive 2009/72/CE, et déléguées à celle-ci par ou en vertu du décret, la CWaPE est soumise au contrôle du Gouvernement par l'intermédiaire de deux commissaires du Gouvernement nommés et révoqués par le Gouvernement". Het toezicht uitgeoefend door de regeringscommissaris heeft bijgevolg geen betrekking op de beslissingen van de Geschillenkamer en de bemiddelingsdienst en is ook niet van toepassing op de bevoegdheden die verband houden met de reguleringsstaken van de CWaPE (die zijn toegekend in het licht van de richtlijn 2009/72/EG).<sup>1955</sup> Voor deze taken hebben de regeringscommissarissen een waarnemende rol. De commissarissen mogen op elk moment kennis nemen van alle vormen van correspondentie, processen-verbaal, en alle documenten die betrekking hebben op geschriften van de CWaPE. Ze mogen aan de voorzitter, de directeurs en alle andere personeelsleden alle mogelijke verduidelijkingen en informatie vragen nodig voor de uitvoering van hun mandaat. Ze zetelen ook met *consultatieve stem in het Directiecomité*. Voor de bevoegdheden die niet onder de reguleringsopdrachten vallen, beschikken de commissarissen over een termijn van vijf dagen om beroep in te stellen tegen elke beslissing die ze achten tegenstrijdig te zijn met het decreet, zijn uitvoeringsbesluiten of met het algemeen belang. Het beroep is schorsend. Indien de regering geen beslissing heeft genomen binnen een termijn van vijftien wekdagen vanaf de schorsing, is de beslissing definitief. Een vernietiging van de beslissing wordt aan het Directiecomité van de CWaPE meegedeeld.

---

<sup>1954</sup> Artikel 50, § 3 van het Waals Elektriciteitsdecreet (oud).

<sup>1955</sup> Artikel 47ter van het Waals Elektriciteitsdecreet: "Behoudens voor beslissingen die de kamer voor geschillen en vorderingen van de gewestelijke bemiddelingsdienst neemt en voor de andere bevoegdheden die niet onder de reguleringsopdrachten vallen in de zin van Richtlijn 2009/72/EG, en aan haar overgedragen bij of krachtens dit decreet, is de CWaPE onderworpen aan de controle van de regering door toedoen van twee commissarissen die worden benoemd en ontslagen door de regering. Voor de opdrachten die onder de reguleringsopdrachten ressorteren, vervullen de commissarissen een rol van waarnemer. De regering bepaalt het bedrag van de presentiegelden en de kosten die hun worden toegekend. Deze kosten zijn ten laste van het Gewest".

**612.** Artikel 47ter, § 2, lid 2 van het Waals Elektriciteitsdecreet bepaalt bovendien nog dat “bij een met redenen omklede beslissing van de regering [...] de regeringscommissarissen de CWaPE [kunnen] verplichten om haar toezicht- en controlebevoegdheid op een bepaald punt waarvoor ze bevoegd is, uit te oefenen indien ze herhaaldelijk en zonder reden afziet van elk optreden”. Dergelijke bepaling houdt bijzonder groot risico in tot een, onder de Europese liberaliseringsrichtlijnen verboden, directe instructie van de overheid aan de energieregulator. Deze bepaling moet met andere woorden geschrapt worden.

#### 5.3.4. *Brugel*

**613.** Brugel werd opgericht door artikel 56 van de ordonnantie van 14 december 2006 (Wijzigingsordonnantie 2006).<sup>1956</sup> De parlementaire voorbereiding bij deze Wijzigingsordonnantie 2006 bepaalde dat er nood was aan “de oprichting van een mechanisme dat controle uitoefent op de reguleringsautoriteit ten einde de onafhankelijkheid ervan te waarborgen. Dat mechanisme werd tevens ingevoerd voor de andere reguleringsautoriteiten (CREG, VREG en CWaPE) zoals met name door de aanwezigheid van regeringscommissarissen. Het ontwerp creëert tevens mechanismen waarbij aan de minister verslagen over de werking van de Commissie worden voorgelegd”.<sup>1957</sup>

**614.** Art. 30septies van de Elektriciteitsordonnantie, zoals gewijzigd door de Wijzigingsordonnantie 2006, bepaalde dat de Commissie (Brugel) onderworpen werd aan de controle van de regering via twee regeringscommissarissen, die door de regering werden benoemd en uit hun ambt ontzet. De regeringscommissarissen konden op ieder ogenblik kennis nemen van de boeken, de briefwisseling, de processen-verbaal en in het algemeen van alle documenten en geschriften van de Commissie. Zij konden de voorzitter alle toelichtingen of informatie vragen en alle controles uitvoeren die zij nuttig achtten voor de uitoefening van hun mandaat. Zij hadden het recht de vergaderingen van de Commissie bij te wonen met raadgevende stem. De regeringscommissarissen beschikten eveneens over een termijn van vijf werkdagen om beroep aan te tekenen tegen elke beslissing die zij strijdig achtten met de ordonnantie, de uitvoeringsbesluiten van de ordonnantie of het algemeen belang. Het beroep was schorsend. Deze termijn begon te lopen de dag van de vergadering tijdens dewelke de beslissing werd genomen, voor zover

---

<sup>1956</sup> Ord.Br. 14 december 2006 tot wijziging van de ordonnanties van 19 juli 2001 en van 1 april 2004 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en de gasmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en tot opheffing van de ordonnantie van 11 juli 1991 met betrekking tot het recht op een minimumlevering van elektriciteit en de ordonnantie van 11 maart 1999 tot vaststelling van de maatregelen ter voorkoming van de schorsingen van de gaslevering voor huishoudelijk gebruik, *BS* 9 januari 2007.

<sup>1957</sup> Ontwerp van ordonnantie tot wijziging van de ordonnanties van 19 juli 2001 en van 1 april 2004 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en de gasmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en tot opheffing van de ordonnantie van 11 juli 1991 met betrekking tot het recht op een minimumlevering van elektriciteit en de ordonnantie van 11 maart 1999 tot vaststelling van de maatregelen ter voorkoming van de schorsingen van de gaslevering voor huishoudelijk gebruik, *Parl.St.* Bru.Parl. 2006-2007, A-308/1, 5.



de regeringscommissarissen op de voorgeschreven wijze werd opgeroepen, en, in het andere geval, de dag dat zij van de beslissing in kennis waren gesteld. De commissarissen tekenden hun beroep aan bij de regering. Indien de regering geen uitspraak deed binnen een termijn van vijftien werkdagen vanaf de datum van de schorsing, werd de beslissing definitief. De regering stelde de Commissie in kennis van de nietigverklaring van de beslissing.

Na het derde pakket liberaliseringsrichtlijnen uit 2009 diende de Elektriciteits- en Gasordonnanties aangepast te worden. De Wijzigingsordonnantie uit 2011 paste artikel 30septies aan.<sup>1958</sup> Dit artikel bepaalt nu dat "Brugel onafhankelijk is van de regering. Twee commissarissen worden door de regering aangewezen en nemen deel aan de vergaderingen van Brugel zonder stemrecht, als waarnemers". In de parlementaire voorbereiding bij de Wijzigingsordonnantie stelt men dat artikel 54 van de Wijzigingsordonnantie artikel 30septies van de elektriciteitsordonnantie vervangt. Men vervolgt dat "in feite [...] artikel 30septies [voorzag] in een controle op Brugel door de regeringscommissarissen die inging tegen artikel 35 van richtlijn 2009/72/EG, dat voorschrijft dat de reguleringsautoriteit onafhankelijk zou zijn van enige overheidsinstantie en van enig politiek orgaan". De huidige ordonnantie voorziet dat Brugel niet langer onder het gezag van de regering staat ("Brugel is onafhankelijk van de regering"). Volgens de parlementaire voorbereiding onttrekt deze bepaling alle bevoegdheden van de regeringscommissarissen, behalve deze van het deelnemen aan de vergaderingen van Brugel, zonder beraadslagende stem, zonder beslissende stem en zonder stemrecht of vetorecht, maar enkel als waarnemer. Dit komt volgens de parlementaire voorbereiding tegemoet aan de vereiste van richtlijn 2009/72/EG die een onafhankelijkheid van de reguleringsinstanties oplegt ten opzichte van de publieke overheidsinstanties en met name, van de regering.<sup>1959</sup> Wat men hierbij precies vergeet is dat een *regeringscommissaris*, zoals de naam het zelf zegt, een vertrouwenspersoon is van de regering en de minister waardoor hun aanwezigheid alleen al, zelfs als waarnemer, ingaat tegen de onafhankelijkheidsvereisten uit de richtlijnen. Indien zij enkel aanwezig zijn als waarnemer en geenszins de werking van de regulator mogen beïnvloeden, waarom zijn zij dan überhaupt aanwezig? Dergelijke aanwezigheid tijdens de vergaderingen van de regulator blijft in de wetgeving staan omwille van één reden: hun potentiële beïnvloeding en de daaruit voortvloeiende beïnvloeding door de minister. Dit is onverenigbaar met het derde pakket richtlijnen.

**615.** Deze kritiek kwam ook aan bod in de parlementaire voorbereiding bij de Wijzigingsordonnantie 2011. De vraag werd daarbij gesteld of – ook al hebben

---

<sup>1958</sup> Ord.Br. 20 juni 2011 tot wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en van de ordonnantie van 12 december 1991 houdende oprichting van begrotingsfondsen, *BS* 10 augustus 2011.

<sup>1959</sup> Ontwerp van ordonnantie tot wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en van de ordonnantie van 12 december 1991 houdende oprichting van begrotingsfondsen, *Parl.St. Bru.Parl.* 2010-2011, A-201/1, 52.

de commissarissen geen stemrecht – hun aanwezigheid toch geen vorm van politieke beïnvloeding van de besluitvorming kan inhouden, wat onverenigbaar is met artikel 35, lid 4, a) en b), ii), van richtlijn 2009/72/EG. In de parlementaire voorbereiding wordt gesteld dat “hierop gewezen, [...] de gemachtigde geantwoord [heeft] dat deze commissarissen niet deelnemen aan de beraadslagingen en dat ze geen vetorecht hebben”.

Volgens de Raad van State is het niet correct om te stellen dat de commissarissen niet zouden deelnemen aan de vergaderingen van Brugel, aangezien het ontworpen artikel 30septies, tweede zin, juist bepaalt dat zij hieraan wel deelnemen.<sup>1960</sup> Dat de regeringscommissarissen niet over een vetorecht beschikken, doet niet ter zake, want ook door hun deelname als “waarnemers” dreigt minstens de perceptie te ontstaan dat Brugel “niet functioneel onafhankelijk [is] van enige [...] publieke [...] entiteit” en dat zijn leden “directe instructies [...] ontvangen van [de regering]”, wat strijdig is met artikel 35, lid 4, a) en b), ii), van richtlijn 2009/72/EG.<sup>1961</sup>

### 5.3.5. Aanbevelingen

**616.** De deelname van twee regeringscommissarissen aan de vergaderingen van de raad van bestuur van Brugel als waarnemer en met consultatieve stem in het Directiecomité bij de CWaPE is contradictorisch met de formulering dat beide regulatoren “onafhankelijk zijn van de regering”. Het is niet omdat men *de jure*, in de wetgeving, één enkele zin toevoegt dat er ook sprake is van *de facto* onafhankelijkheid. De *de facto* onafhankelijkheid van de energieregulatoren staat zwaar onder druk indien een regeringscommissaris aanwezig is.

**617.** DERIDDER stelde hier in het verleden reeds over dat “moet worden vastgesteld dat de verregaande vorm van administratief toezicht en de inmengingsmogelijkheden van de regering de onafhankelijkheid van de CWaPE volledig teniet deden”.<sup>1962</sup> De auteur stelde daarbij dat men evengoed geen advies kon vragen aan de CWaPE aangezien men dit zo kon sturen via het

<sup>1960</sup> Adv.RvS. nr. nr. 49.491/3 bij ontwerp van ordonnantie tot wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en van de ordonnantie van 12 december 1991 houdende oprichting van begrotingsfondsen, *Parl.St. Bru.Parl.* 2010-2011, A-201/1, 106-107.

<sup>1961</sup> Adv.RvS. nr. nr. 49.491/3 bij ontwerp van ordonnantie tot wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en van de ordonnantie van 12 december 1991 houdende oprichting van begrotingsfondsen, *Parl.St. Bru.Parl.* 2010-2011, A-201/1, 106: “Luidens het ontworpen artikel 30septies, tweede zin (artikel 54 van het ontwerp), worden door de Regering twee commissarissen aangewezen die als waarnemers deelnemen aan de vergadering van Brugel, zonder stemrecht. Ook al hebben deze commissarissen geen stemrecht, toch rijst de vraag of de aanwezigheid van deze twee vertegenwoordigers geen vorm van politieke beïnvloeding van de besluitvorming kan inhouden, wat onverenigbaar is met artikel 35, lid 4, a) en b), ii), van richtlijn 2009/72/EG. Hierop gewezen, heeft de gemachtigde geantwoord dat deze commissarissen niet deelnemen aan de beraadslagingen en dat ze geen vetorecht hebben. Dat de commissarissen niet zouden deelnemen aan de vergaderingen van Brugel is niet correct, aangezien het ontworpen artikel 30septies, tweede zin, juist bepaalt dat zij hieraan wel deelnemen. Dat zij niet over een vetorecht beschikken, doet niet ter zake, want ook door hun deelname als « waarnemers » dreigt minstens de perceptie te ontstaan dat Brugel « niet functioneel onafhankelijk [is] van enige [...] publieke [...] entiteit » en dat zijn leden « directe instructies [...] ontvangen van [de regering] », wat strijdig is met artikel 35, lid 4, a) en b), ii), van richtlijn 2009/72/EG”.

<sup>1962</sup> Zie ook L. DERIDDER, “Gewestelijke energiewetgeving: de draad kwijt” in K. DEKETELAERE (ed.), *Jaarboek Energierecht 2002*, Antwerpen, Intersentia, (89) 131.

administratief toezicht.<sup>1963</sup> Hoewel de bron dateert uit 2002, geldt deze argumentatie vandaag des te sterker gelet op de verstrengde eisen uit het derde pakket richtlijnen.

**618.** Een regeringscommissaris oefent inderdaad klassiek het **administratief toezicht** uit bij dienstgewijze gedecentraliseerde besturen. Er werd in dit onderzoek al eerder verwezen naar het arrest nr. 130/2010 van het Grondwettelijk Hof waaruit duidelijk blijkt dat energieregulators administratieve overheden zijn die beschikken over een ruime autonomie die **niet verenigbaar** is met een hiërarchisch of administratief toezicht.<sup>1964</sup> Het **Grondwettelijk Hof** voegt hier uitdrukkelijk aan toe dat de ontstentenis van een hiërarchisch of administratief toezicht niet strijdig is met de Grondwet. Het administratief toezicht uitgeoefend door een regeringscommissaris, zelf al gaat het om een consultatieve stem of waarnemende functie doet volgens de **Raad van State** minstens de perceptie te doen ontstaan dat de regulator niet functioneel onafhankelijk is van enige publieke entiteit en dat zijn leden directe instructies ontvangen van de regering, wat strijdig is met artikel 35, lid 4, a) en b), ii), van richtlijn 2009/72/EG.<sup>1965</sup> Ook het Rekenhof stelt recentelijk dat toezicht via een regeringscommissaris **niet is toegelaten**.<sup>1966</sup>

**619.** Daarenboven, zoals MAST stelt, is het ambt van een regeringscommissaris een vertrouwenspost en kan de minister voor deze functie beroep doen op een persoon die hij of zij het best aangewezen acht om als zijn lasthebber op te treden.<sup>1967</sup> Het gaat daarbij om een ambtenaar die door de hogere overheid is benoemd om er in het bestuur over te waken dat het algemeen belang en de wet worden gerespecteerd.<sup>1968</sup> Deze vertrouwenspost zorgt ervoor dat er een onmiskenbare link aanwezig blijft tussen de minister/de regering en de energieregulator. Het feit dat deze vertrouwenspersonen van de minister aanwezig zijn binnen de raad van bestuur en binnen het Directiecomité geeft zeker en vast de perceptie dat de regulators niet functioneel onafhankelijk zijn van enige publieke entiteit en dat zijn leden directe instructies ontvangen van de regering, hetgeen strijdig is met artikel 35, lid 4, a) en b), ii), van richtlijn 2009/72/EG.<sup>1969</sup> Het argument dat er geen sprake is van een

<sup>1963</sup> L. DERIDDER, "Gewestelijke energiewetgeving: de draad kwijt" in K. DEKETELAERE (ed.), *Jaarboek Energierecht 2002*, Antwerpen, Intersentia, (89) 131.

<sup>1964</sup> GwH 18 november 2010, nr. 130/2010, overweging B.4.

<sup>1965</sup> Adv.RvS. nr. nr. 49.491/3 bij ontwerp van ordonnantie tot wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en van de ordonnantie van 12 december 1991 houdende oprichting van begrotingsfondsen, *Parl.St. Bru.Parl.* 2010-2011, A-201/1, 106-107.

<sup>1966</sup> Zie Adv. Rekenhof van 6 juli 2016 over het voorstel van decreet houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de oprichting en de organisatie van de regulator betreft, *Parl.St. VI.Parl.* 2015-2016, nr. 812/3, 9: "Zo is een toezicht ex ante of ex post door de uitvoerende macht op de beslissingen van een regulerende instantie niet mogelijk. [...] Elke vorm van administratief toezicht ten aanzien van de VREG is in strijd met de Europese richtlijnen. Een toezicht via een regeringsafgevaardigde, een regeringscommissaris of de Inspectie van Financiën is niet toegelaten".

<sup>1967</sup> A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 148.

<sup>1968</sup> J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Overzicht Publiekrecht*, Brugge, dieKeure, 2007, 1304.

<sup>1969</sup> Ontwerp van ordonnantie tot wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en van de ordonnantie van 12 december 1991 houdende oprichting van begrotingsfondsen, *Parl.St. Bru.Parl.* 2010-2011, A-201/1, 107.

inbreuk op de onafhankelijkheid van de energieregulatoren omdat het "enkel gaat om waarnemers (al dan niet met consultatieve stem)" gaat dan ook niet op. Waarnemers creëren immers een schijn van onafhankelijkheid en bovendien kan hun aanwezigheid en consultatieve stem leiden tot de uitoefening van (al dan niet impliciete) druk<sup>1970</sup> of impliceert dit een directe instructie vanuit de minister/ regering. Dit is onaanvaardbaar.

**620.** Het moet geconcludeerd worden dat de bepalingen die regeringscommissarissen bevoegd maken om de vergaderingen van de CWaPE en Brugel bij te wonen dringend **geschrap**t moeten worden aangezien zij een duidelijke schending uitmaken van de onafhankelijkheidsvereisten uit de Europese liberaliseringsrichtlijnen.<sup>1971</sup> In het licht van de strenge eisen van de EU liberaliseringsrichtlijnen dient de functie van de regeringscommissarissen bij de energieregulatoren zelfs geheel te worden **opgeheven**. Zeker bij de CWaPE vinden er schendingen van de onafhankelijkheid van de regulator plaats, waarbij men blijkbaar onmiddellijk aansluitend op een mandaat als regeringscommissaris, bij dezelfde regulator benoemd kan worden tot directeur en vice-voorzitter. Er moet nadrukkelijk gewaakt worden dat dergelijke situaties zich niet voordoen. De CWaPE mag niet muteren in een verlengstuk van het kabinet. Hetzelfde geldt uiteraard ook voor Brugel, hoewel de regeringscommissarissen over minder omvangrijke bevoegdheden beschikken.

#### 5.4. Aanwezigheid van een Algemene Raad/Adviesraad?

##### 5.4.1. CREG

**621.** Dat de onafhankelijkheid van de energieregulator geen louter theoretisch leerstuk is, maar groot praktisch belang heeft, blijkt duidelijk uit het reeds aangehaalde arrest van het Grondwettelijk Hof van 7 augustus 2013.<sup>1972</sup> Het Grondwettelijk Hof oordeelt daarin dat het functioneren van de Algemene Raad binnen de CREG indruist tegen het onafhankelijk optreden van de CREG als instantie. Artikel 38, 1<sup>o</sup>, bepaalt immers dat er een Algemene Raad werd opgericht binnen de CREG die er deel van uitmaakt en die bestond uit vertegenwoordigers van de federale regering en van diverse representatieve organisaties, zoals werknemers-, werkgevers-, middenstands- en verbruikersorganisaties. Deze samenstelling van de Algemene Raad lijkt inderdaad problematisch aangezien artikel 35, lid 4, b) van richtlijn 2009/72/EG bepaalt dat de regulerende instantie ervoor dient te zorgen dat haar personeel en de personen die belast zijn met haar beheer onafhankelijk moeten zijn van marktbelangen, en bij het verrichten van de reguleringstaken geen directe

<sup>1970</sup> A. OTTOW en S. LAVRIJSEN, "Het Europees recht als hoeder van de onafhankelijkheid van nationale toezichthouders", *Tijdschrift voor Toezicht* 2011, afl. 3, (34) 49.

<sup>1971</sup> A. OTTOW en S. LAVRIJSEN, "Het Europees recht als hoeder van de onafhankelijkheid van nationale toezichthouders", *Tijdschrift voor Toezicht* 2011, afl. 3, (34) 48.

<sup>1972</sup> GwH 7 augustus 2013, nr. 117/2013.

instructies verlangen of ontvangen van regeringen of andere publieke of particuliere entiteiten.<sup>1973</sup>

De Ministerraad stelde echter dat niets eraan in de weg staat dat de lidstaten binnen de regulator in verschillende substructuren voorzien, voor zover de onafhankelijkheid van het Directiecomité wordt gewaarborgd. Aangezien de Algemene Raad enkel een niet-bindend advies - en geen instructies - kan geven is de onafhankelijkheid van het Directiecomité van de CREG volgens de Ministerraad voldoende gegarandeerd.

**622.** De Raad van State stelde hierover – in zijn advies bij het voorontwerp van de wet van 8 januari 2012 – dat “in zoverre het de taak is van de Algemene Raad om adviezen te formuleren, studies uit te voeren of een discussieforum te zijn, er geen principiële vragen rijzen vanuit het oogpunt van de onafhankelijkheid van de CREG”.<sup>1974</sup> De Raad nuanceerde dit echter meteen en stelde dat “aangezien de Algemene Raad samengesteld is uit allerhande actoren uit de energiesector en het middenveld, zij uitdrukkelijk **niet** over de vereiste onafhankelijkheid beschikken om deel uit te maken van de regulerende instantie”. Hoewel de wet bepaalt dat het Directiecomité onafhankelijk handelt van de Algemene Raad en geen instructies worden aanvaard, dient er volgens de Raad toch over gewaakt te worden dat er vanuit de Algemene Raad geen ongeoorloofde druk wordt uitgeoefend op het Directiecomité.

De kern van het probleem leek dus verrat te liggen in de bewoordingen ‘deel uitmaken van de regulerende instantie’. Aangezien de Algemene Raad binnen de CREG werd opgericht en er dus deel van uitmaakte, moeten de leden van de Algemene Raad, als orgaan, voldoen aan de onafhankelijkheidsvereisten uit de Europese richtlijnen. In de praktijk blijkt echter dat de leden van de Algemene Raad allesbehalve onafhankelijk zijn, aangezien zij juist deel uitmaken van de uitvoerende macht en de energiesector. Het Grondwettelijk Hof stelt terecht dat hoewel de bepalingen zich er niet tegen verzetten dat binnen de bevoegde nationale regulerende instanties meerdere organen worden opgericht,<sup>1975</sup> zij wel vereisen dat al die organen aan de vermelde onafhankelijkheidsvereisten voldoen.<sup>1976</sup> Het Hof verwijst daarmee naar de Interpretatieve Nota van de Europese Commissie.<sup>1977</sup> Het Hof besluit dat het de wetgever wel toekomt de

<sup>1973</sup> 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, *Pb.L.* 14 augustus 2009, afl. 211, 55; 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.L.* 14 augustus 2009, afl. 211, 94.

<sup>1974</sup> Adv.RvS 49 570/3 van 31 mei 2011, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 1725/001.

<sup>1975</sup> Interpretatieve Nota van de Europese Commissie, 4: “In some Member States, the single national regulatory authority is comprised of several bodies (e.g. board, secretariat or chamber). The new requirement of having a single national regulatory authority does not in principle prevent such a structure”.

<sup>1976</sup> Overweging B.11.3.

<sup>1977</sup> Interpretatieve Nota van de Europese Commissie, 4: “The possibility remains to give certain decision-making powers to one body (e.g. director) and other decision-making powers to another body (e.g. board or chamber). However, such structures all need to be integrally part of the single national regulatory authority entrusted with the duties and powers listed in the Electricity and Gas Directives and Regulations and each of these bodies and structures must meet all the independence requirements of the Electricity and Gas Directives.”

Algemene Raad op te richten los van de CREG, op een wijze die de onafhankelijkheid van de CREG volkomen waarborgt. Men kan immers afleiden uit de Interpretatieve Nota van de Europese Commissie dat indien er geen sprake meer is van een 'substructuur die deel uitmaakt van de regulator', er aan de onafhankelijkheidsvereisten kan worden voorbij gegaan. Het Hof vernietigt dan ook de zin "er wordt eveneens een Algemene Raad opgericht" en de woorden "en de Algemene Raad" in artikel 38, 1° en artikel 38, 6° van de bestreden wet.

**623.** Het is evenwel niet zo dat de piste van een Algemene Raad volledig verlaten wordt. De wet van 8 mei 2014 wijzigde artikel 29*sexies* van de Elektriciteitswet en vormde de Algemene Raad om tot de "Adviesraad Gas en Elektriciteit".<sup>1978</sup> De Adviesraad is, zoals te lezen valt op de website van de CREG, "een adviesinstantie en discussieforum opgericht **bij de CREG en de federale minister** bevoegd voor Energie".<sup>1979</sup> De Adviesraad heeft als taken: (1) op eigen initiatief of op verzoek van de minister aanbevelingen, studies en adviezen aangaande gas en elektriciteit uit te werken; (2) op iedere suggestie voor advies die aan hem wordt voorgelegd door de CREG te antwoorden; (3) een discussieforum te zijn over de doelstellingen en strategieën van het energiebeleid, meer bepaald over gas en elektriciteit. Deze taken zijn nagenoeg volledig overgenomen van de taken van de Algemene Raad uit oud artikel 24, §3 van de Elektriciteitswet: "1° op eigen initiatief of op verzoek van de minister richtsnoeren te bepalen voor de toepassing van deze wet en de uitvoeringsbesluiten ervan; 2° binnen 40 dagen na ontvangst van het verzoek vanwege het Directiecomité een advies te formuleren betreffende elke kwestie die hem door het Directiecomité wordt voorgelegd [...]; 3° een discussieforum te zijn over de doelstellingen en strategieën van het energiebeleid". De Adviesraad kan echter geen richtsnoeren meer bepalen, maar dient zich – terecht – te beperken tot het geven van aanbevelingen, studies en adviezen.

Ook de samenstelling en werking van de Adviesraad zijn dezelfde als de Algemene Raad en blijven vastgelegd in het KB van 3 mei 1999. De Adviesraad bevat dus nog steeds vertegenwoordigers van de federale regering en de gewestregeringen en vertegenwoordigers van de elektriciteitsproducenten, transmissie- en distributienetbeheerders, en leveranciers.<sup>1980</sup> In artikel 29, § 5 wordt wel (*de jure*) bepaald dat de Adviesraad Gas en Elektriciteit geen enkele instructie geeft aan de commissie; hij handelt onafhankelijk van de commissie en omgekeerd. Voor de uitoefening van zijn opdrachten beschikt de Adviesraad over een **budget** dat gedekt wordt door de CREG.<sup>1981</sup> Ook het secretariaat van de Adviesraad wordt nog waargenomen door de CREG.<sup>1982</sup> Het feit dat de CREG

<sup>1978</sup> Wet 8 mei 2014 houdende diverse bepalingen inzake energie, BS 4 juni 2014.

<sup>1979</sup> CREG, Voorstelling, <http://www.creg.be/arcg/nl/presenta.html>, laatst geconsulteerd op 18 juli 2016.

<sup>1980</sup> Huidig artikel 29*sexies*, § 2 van de Elektriciteitswet.

<sup>1981</sup> Huidig artikel 29*sexies*, § 4 van de Elektriciteitswet.

<sup>1982</sup> P. DE BANDT en A. DE BANDT, "Gouvernance des régulateurs", *Tijdschrift voor het recht van netwerkindustrieën* 2016, afl. 2, (130) 133.

in staat voor het budget bevestigt dat er nog steeds meer structurele onafhankelijkheid mogelijk is van de ene ten opzichte van de andere.

#### 5.4.2. CWaPE

**624.** Ook bij de Waalse energieregulator werd een Algemene Raad opgericht (artikel 51 van het Waals Elektriciteitsdecreet). De opdrachten van de Algemene Raad bestaan uit: "1° op eigen initiatief of op verzoek van de Minister, oriëntaties bepalen voor de toepassing van dit decreet en van de desbetreffende uitvoeringsbesluiten; 2° [...] een advies uitbrengen over elk vraagstuk dat hem door de CWaPE wordt voorgelegd; 3° een discussieforum vormen voor de doelstellingen en de strategieën van het Waals energiebeleid".<sup>1983</sup> De Raad is samengesteld uit vierentwintig leden aangewezen door de regering.<sup>1984</sup> De voorzitter of de directeur van de CWaPE wonen de vergaderingen van de Raad bij met raadgevende stem. Het secretariaat van de Raad wordt waargenomen door de Administratie.<sup>1985</sup> De regering neemt akte van het huishoudelijk reglement van de Raad.<sup>1986</sup> De werkingskosten van de Raad zijn voor rekening van het Energiefonds.<sup>1987</sup> Artikel 13 van het Waals Elektriciteitsdecreet bepaalt bijvoorbeeld dat, bij het opstellen van het technisch reglement door de CWaPE, er een raadpleging is van de Algemene Raad. Aangezien de *conseil général* is samengesteld uit vertegenwoordigers van de politiek en de energiesector, kunnen hier vragen inzake beïnvloeding en onafhankelijkheid worden gesteld.

#### 5.4.3. Aanbevelingen

**625.** Onafhankelijke energieregulatoren moeten samenwerken met velerlei actoren en dienen bij hun besluitvorming rekening te houden met de belangen van de diverse stakeholders. De aanwezigheid van een discussieforum kan daarbij de (input)legitimiteit van de energieregulatoren vergroten (*infra* nrs. 1145 en 1197).<sup>1988</sup> Men dient echter te allen tijde waakzaam te zijn dat het overleg en de samenwerking niet resulteert in 'regulatory capture'. De stakeholders mogen de besluitvorming en de werking van de energieregulatoren niet trachten te belemmeren of sturen. Bovendien mag de efficiënte werking van de energieregulatoren niet onder druk komen te staan door het al dan niet

<sup>1983</sup> Artikel 51 Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>1984</sup> Artikel 51, § 2 Waals Elektriciteitsdecreet: "1° drie vertegenwoordigers van de gewestelijke openbare overheden; 2° vier vertegenwoordigers van de "Conseil économique et social de la Région wallonne" (Sociaal-economische raad van het Waalse Gewest); 3° twee vertegenwoordigers van de residentiële verbruikers; 4° drie vertegenwoordigers van de steden en gemeenten en twee vertegenwoordigers van de O.C.M.W.'s respectievelijk voorgedragen door de Vereniging van de steden, gemeenten en provincies van Wallonië en door de Federatie van de O.C.M.W.'s; 5° vier vertegenwoordigers van de producenten, onder wie een vertegenwoordiger van de gecentraliseerde producenten, een vertegenwoordiger van de producenten van hernieuwbare energie, een vertegenwoordiger van de producenten van energie uit kwaliteitswarmtekrachtkoppeling en een vertegenwoordiger van de zelfproducenten; 6° drie vertegenwoordigers van de beheerders van de plaatselijke transmissie- en distributienetten; 7° twee vertegenwoordigers van de gas- en elektriciteitsleveranciers; 8° een vertegenwoordiger van de milieuverenigingen".

<sup>1985</sup> Artikel 51, § 5 van het Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>1986</sup> Artikel 51, § 6 van het Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>1987</sup> Artikel 51, § 7 van het Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>1988</sup> K. JOHANNSEN, L. PEDERSEN en E. SORENSEN, "Independent Regulatory Authorities – a Comparative Study of European Energy Regulators", *AFK Forlaget*, 2004, 28.

verplicht opvolgen van allerlei adviezen, aanbevelingen en studies. Het risico bestaat dat dergelijk discussieforum aangewend wordt om de dagdagelijkse werking en de algemene eigen beleidslijnen van de regulator te beïnvloeden of te sturen. Zoals de Interpretatieve Nota stelt moeten de lidstaten garanderen dat de energieregulator zijn bevoegdheden en taken op een onpartijdige manier moet kunnen uitoefenen.<sup>1989</sup> "Impartiality is aimed at guaranteeing that the NRA acts and takes decisions in a neutral way, based on objective criteria and methodologies". Bovendien stelt de Nota duidelijk dat "Notwithstanding national administrative rules, it is the sole responsibility of the NRA to determine how it operates and is managed". Bovendien lijken de adviezen van de Adviesraad niet altijd even verenigbaar met artikel 35 van de richtlijn 2009/72/EG dat stelt dat de energieregulator onafhankelijk moet zijn van marktbelangen, en bij het verrichten van de reguleringstaken geen directe *instructies* kan verlangen of ontvangen van regeringen of andere publieke of particuliere entiteiten. Zo luidt bijvoorbeeld een advies van 16 juli 2014 van de Adviesraad: "De Adviesraad roept de bevoegde regulatoren en regeringen er toe op om: [...] *actief bij te dragen tot het onderzoek* naar en de ontwikkeling van bestaande en eventuele nieuwe technologieën; geen specifiek subsidiëeringsmechanisme in te voeren voor opslag; erop toe te zien dat de introductie van opslag gebaseerd is op correcte prijssignalen en niet leidt tot marktverstoringen of *excessieve kostenstijgingen* voor de verbruiker".<sup>1990</sup> Deze formuleringen maken directies instructies aan de regulator uit.

**626.** Zoals reeds in hoofdstuk drie werd beklemtoond, houdt de onafhankelijkheid van de energieregulator niet in dat zij opereren in een juridisch en maatschappelijk vacuüm (*supra*, nr. 200). De energieregulatoren bevinden zich in immers op het kruispunt van de diverse economische belangen van de verschillende stakeholders in onze maatschappij. Zij moeten in alle onafhankelijkheid beslissingen kunnen nemen maar moeten dit ook aftoetsten met de stakeholders en de betrokkenen. Daarvoor moet m.i. evenwel geen aparte instantie *bij* de energieregulator én de minister worden ingericht. Een discussieforum kan ook door de regulatoren **zelf** worden georganiseerd, waarbij zij bijvoorbeeld op periodieke basis (bv. twee maal per jaar) een soort algemene consultatievergadering houden waarbij de verschillende marktspelers (producenten, leveranciers, netbeheerders, milieuorganisaties, werkgevers- en werknemersorganisaties,...) uitgenodigd worden (*infra* nr. 1197).<sup>1991</sup> Het blijft

---

<sup>1989</sup> Interpretatieve Nota, 5.

<sup>1990</sup> Adviesraad Gas en Elektriciteit, Advies AR140716-061 van 16 juli 2014 over het advies 1266 van de CREG betreffende het ontwerp van koninklijk besluit tot wijziging van het koninklijk besluit van 20 december 2000 betreffende de voorwaarden en de procedure voor de toekenning van domeinconcessies voor de bouw en de exploitatie van installaties voor de productie van elektriciteit uit water, stromen of winden, in de zeegebieden waarin België rechtsmacht kan uitoefenen overeenkomstig het internationaal zeerecht (AtoI), <http://www.creg.info/pdf/ARCC/ARCC061NL.pdf>.

<sup>1991</sup> Zie hierbij ook de voorstellen van de VREG: VREG, Memorandum van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt voor de Vlaamse regering 2014-2019, <http://www.vreg.be/sites/default/files/adviezen/adv-2013-10.pdf>, 35: "Eerder dan te opteren voor een overlegorgaan naar analogie met de 'Algemene Raad' op federaal niveau zien we meer efficiëntie in een verdere ontwikkeling van de samenwerking met onze belanghebbenden via overleg over ons jaarlijks actieplan, communicatie over onze werkzaamheden via het jaarverslag, het voeren van specifieke overlegvergaderingen



uiteeraard **cruciaal** dat de marktspelers gehoord worden wanneer er beslissingen worden genomen die op hen van toepassing zijn. De consultaties en raadplegingen die gehouden worden door de energieregulatoren moeten een uiterst belangrijke plaats blijven innemen en kunnen eventueel nog uitgebreid worden. De problematiek van de inputlegitimititeit en publieke verantwoording komt nog nadrukkelijk aan bod in volgend hoofdstuk.

**627.** Naast deze algemene consultatievergaderingen (of beleidsplatform of klankbordgroepen – zie hoofdstuk zeven) zouden “aanbevelingen, studies en adviezen” kunnen gegeven worden de verschillende sociale en economische raden. Op die manier zou de **legitimititeit** van de regulator versterkt kunnen worden door in meer *input* te voorzien. Dergelijke raden bieden bovendien een onpartijdige en onafhankelijke stem, zonder dat er sprake is van mogelijke belangenconflicten, beïnvloeding, ongeoorloofde druk of *regulatory capture* uitgeoefend door de marktspelers of de politiek.<sup>1992</sup> Zo kan voor de CREG gedacht worden aan de Centrale Raad voor het Bedrijfsleven – CRB,<sup>1993</sup> voor de VREG aan de Sociaal Economische Raad Vlaanderen – SERV, voor de CWaPE aan de Conseil économique et social de wallonie – CESW en voor Brugel aan de Economische en Sociale Raad voor het Brussels Hoofdstedelijk Gewest.

#### 5.5. Overleg met de Algemene Directie Energie

**628.** In het arrest van het Grondwettelijk Hof van 7 augustus 2013 voert de CREG aan dat de artikelen 65, 4°, en 87, 9°, van de wet van 8 januari 2012 haar onafhankelijkheid schenden in die zin dat zij aan de CREG een overleg met de Algemene Directie Energie opleggen.<sup>1994</sup> De CREG wordt via deze artikels belast met het goedkeuren van de methoden die zijn gebruikt om de toegang tot de grensoverschrijdende infrastructuur mogelijk te maken, ook inzake congestiebeheer, en met het toezicht op de invoering van de regels die erop

---

per proces of activiteit, het vergroten van de transparantie, efficiëntie en effectiviteit van de publieke consultaties in het kader van onze regulatorische bevoegdheden en taken en door het voeren van een doelgroepencommunicatie”.

<sup>1992</sup> Hetgeen niet geheel uit te sluiten valt bij een Algemene Raad of een Adviesraad.

<sup>1993</sup> In het rapport van het Rekenhof wordt ook gewag gemaakt van het feit dat “volgens de FOD Economie [...] de Centrale Raad voor het Bedrijfsleven (CRB), eerder dan de AD Energie, de meest geschikte structuur [is] om de Adviesraad onder te brengen”. Zie Rekenhof, “Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)”, Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 40.

<sup>1994</sup> Die respectievelijk in artikel 15/1, § 3, een punt 7° en in artikel 15/4, § 2, tweede lid, van de Gaswet een punt 29° en een punt 30° invoegen: art. 15/1. [...] § 3. De beheerder van het aardgasvervoersnet is gehouden : [...] 7° een ontwerp van regels voor het beheer van de congestie op te stellen dat hij aan de commissie en de Algemene Directie Energie betekent. De commissie keurt dit ontwerp goed en kan hem op gemotiveerde wijze verzoeken deze regels te wijzigen mits het naleven van de regels voor de congestie die bepaald zijn door de buurlanden waarvan de interconnectie betrokken is en in overleg met het ACER. De commissie publiceert op haar internetsite de regels voor het beheer van de congestie. De implementering van de regels wordt gemonitord door de commissie in overleg met de Algemene Directie Energie; Art. 15/14. [...] § 2. De Commissie is belast met een raadgevende taak ten behoeve van de overheid inzake de organisatie en werking van de aardgasmarkt, enerzijds, en met een taak van toezicht en controle op de toepassing van de betreffende wetten en reglementen, anderzijds. Te dien einde zal de Commissie : [...] 29° op voorstel van de netbeheerder, de methoden goedkeuren die gebruikt zijn om de toegang tot de grensoverschrijdende infrastructuren mogelijk te maken, met inbegrip van de procedures voor de toewijzing van capaciteiten en congestiebeheer. Deze methoden zijn transparant en niet-discriminerend. De commissie publiceert de goedgekeurde methoden op haar website; 30° toezien, in samenwerking met de Algemene Directie Energie, op het congestiebeheer van het aardgasvervoersnet, met inbegrip van de interconnecties, en de invoering van de regels voor het congestiebeheer, in overeenstemming met artikel 15/1, § 3, 7°.

betrekking hebben. Dit echter in overleg en samenwerking met de Algemene Directie Energie.<sup>1995</sup> De Ministerraad voert aan dat het in de Gaswet bedoelde overleg, noch het delen van de beslissingsbevoegdheid, noch een aantasting van de onafhankelijkheid van de CREG inhoudt, maar dat het veeleer gaat om een verplichting om het bestuur in te lichten. De Raad van State stelde in zijn advies bij het voorontwerp van de wet van 8 januari 2012 dat door te voorzien in een samenspraak met een dienst die van de regering afhangt, het ontwerp afbreuk doet aan het vereiste van ondeelbaarheid van de toezichthouder.<sup>1996</sup> Bovendien vertrouwt artikel 37, lid 6, c), en lid 9, van richtlijn 2009/72/EG die taak exclusief toe aan de regulerende instantie. Conform dit advies van de Raad van State heeft men de ontwerptekst aangepast. De termen “in samenspraak met” verdwenen en de definitieve tekst van de wet voorziet nu in een bepaling waarbij de CREG alleen toezicht houdt op de congesties op het elektriciteitstransmissienet. Zij blijft daarbij gehouden tot een informatieplicht ten aanzien van de Algemene Directie Energie (“de commissie brengt de Algemene Directie Energie hiervan op de hoogte”). In de Gaswet bleef men echter uitgaan van “overleg” en “samenwerking” met de Algemene Directie Energie. De Ministerraad stelt echter dat de bestreden bepaling uit de Gaswet eveneens, net als artikel 23, § 2, tweede lid, 36°, van de Elektriciteitswet, dient te worden geïnterpreteerd als een loutere informatieverplichting.

**629.** Volgens het Grondwettelijk Hof kan deze parallel niet gevolgd worden omdat niet kan worden verantwoord dat eenzelfde betekenis wordt gegeven aan bepalingen die *verschillend* zijn geredigeerd. Aangezien de Ministerraad twee inhoudelijk verschillende bepalingen gelijkschakelt qua interpretatie, erkent men daarbij eigenlijk impliciet dat de verplichting tot overleg *in se* niet verenigbaar is met de richtlijn 2009/73/EG. Artikel 41 lid 9, van de richtlijn 2009/73/EG laat immers geen enkel optreden van het bestuur toe (“de regulerende instanties monitoren het congestiebeheer van de nationale gastransmissienetwerken, inclusief interconnectoren, en de uitvoering van de regels inzake congestiebeheer”). De bepaling waarin de bestreden wet en de Gaswet voorziet sluit een risico van inbreuk op de bevoegdheid van de CREG niet uit.

**630.** Het Grondwettelijk Hof stelt dat de artikelen 65, 4°, en 87, 9° van de bestreden wet de CREG enkel een informatieplicht opleggen ten aanzien van de Algemene Directie Energie. Het Hof benadrukt echter dat, ondanks het feit dat een overleg niet impliceert dat de beslissingsbevoegdheid waarvan de uitoefening gepaard gaat met dat overleg wordt gedeeld, het toch **afbreuk** kan doen aan het vereiste van **ondeelbaarheid** van de regulator.<sup>1997</sup> Dit houdt volgens de Interpretatieve Nota van de Europese Commissie in dat alle

<sup>1995</sup> De Algemene Directie Energie maakt deel uit van de Federale Overheidsdienst Economie.

<sup>1996</sup> Adv.RvS 49 570/3 van 31 mei 2011, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 1725/001.

<sup>1997</sup> GwH 7 augustus 2013, overweging B.20.6. Deze vereiste van ondeelbaarheid waarnaar het Hof verwijst vloeit voort uit artikel 35, lid 1 van de richtlijn 2009/72/EG en artikel 39, lid 1 van de richtlijn 2009/73/EG. Beide artikelen stellen dat iedere lidstaat één enkele nationale regulerende instantie op nationaal niveau dient aan te wijzen.

opdrachten en plichten opgenomen in het derde energiepakket moeten worden toevertrouwd aan één enkele nationale regulerende autoriteit.<sup>1998</sup> Het is volgens de Nota niet langer mogelijk dat de kernbevoegdheden van de nationale energieregulator worden opgesplitst en verdeeld tussen de regulator en een overheidsdienst.<sup>1999</sup> De grief van de CREG is gegrond in zoverre die betrekking heeft op de woorden "in overleg met de Algemene Directie Energie" in artikel 15/1, § 3, 7°, en de woorden "in samenwerking met de Algemene Directie Energie" in artikel 15/14, § 2, 30°.

#### 5.6. Autonome besluitvorming

**631.** Artikel 35(5) van de richtlijn 2009/72/EG bepaalt dat de lidstaten, om de onafhankelijkheid van de regulerende instantie te beschermen, erover dienen te waken dat de regulerende instantie zelfstandig besluiten kan nemen.<sup>2000</sup> Het beslissingsproces mag zowel *ex ante* als *ex post* niet worden beïnvloed. Vanuit een *ex ante* perspectief sluit deze vereiste elke inmenging uit van een overheid of enige andere publieke of privé-entiteit vooraleer een regulator een beslissing neemt. Dit impliceert een *de facto* verbod vanwege andere overheidsinstanties om op enigerlei wijze te interveniëren in het beslissingsproces van de regulator.<sup>2001</sup> Het *ex post* aspect houdt in dat de beslissingen van de energieregulators onmiddellijk bindende kracht bezitten en direct uitwerking verkrijgen, zonder enige vorm van formele goedkeuring of toestemming door een publiek orgaan of enige andere derde partij. De beslissingen mogen bijgevolg niet onderworpen worden aan een goedkeuring, herziening, schorsing of veto door een regering of een ministerie.<sup>2002</sup>

**632.** Inzake de autonome besluitvorming wordt de klemtoon in dit onderzoek gelegd op de regelgevende bevoegdheden van de regulators.<sup>2003</sup> Eerst en vooral wordt stilgestaan bij de autonome besluitvorming in het kader van het opstellen van de tariefmethodologie, waarna de richtsnoeren, gegeven door het parlement, worden besproken. Deze richtsnoeren hebben immers een invloed op de besluitvorming van de regulators. Nadien komt de autonome besluitvorming in het kader van het technisch reglement aan bod. Ook het vaststellen van bindende besluiten en het nemen van maatregelen in het kader van REMIT worden kort toegelicht.

##### 5.6.1. *Tariefmethodologie*

---

<sup>1998</sup> Interpretatieve Nota, 3.

<sup>1999</sup> Interpretatieve Nota, 4.

<sup>2000</sup> Artikel 39(5) van richtlijn 2009/73/EG.

<sup>2001</sup> T. VANDEN BORRE, "De omzetting van de bepalingen inzake de onafhankelijke energieregulator – Op weg naar Luxemburg?" in K. DE KETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (79) 101.

<sup>2002</sup> Interpretatieve Nota, 9.

<sup>2003</sup> Individuele beslissingen van de regulators zullen, zij het in beperkte mate, aan bod komen in het volgende hoofdstuk wanneer de rechterlijke toetsing (juridische verantwoordingsplicht) wordt besproken.

**633.** Aangezien tot voor kort enkel de CREG bevoegd was tot het opstellen van een tariefmethodologie is het enigszins normaal dat de rechtspraak en de literatuur zich (nog) hoofdzakelijk focust op de federale regulator. Wat de tariefmethodologie van de gewestelijke regulatoren betreft valt het nog af te wachten hoe zij zelf in de toekomst hun bevoegdheid zullen blijven invullen en of deze bevoegdheid al dan niet gecontesteerd zal worden. De VREG heeft al laten weten dat zij volop voor de dialoog kiezen. Verwacht wordt dan ook dat het aantal juridische geschillen enigszins zal afnemen, hoewel het betwisten van de tarieven inherent verbonden lijkt te zijn met de structuur van de energiemarkt.

#### 5.6.1.1. Exclusieve en autonome bevoegdheid

**634.** In de parlementaire voorbereiding bij de wet van 8 januari 2012 stelt de Raad van State dat de bepalingen van het ontwerp de exclusieve tariefbevoegdheid van de regulerende instantie miskennen doordat ze de bevoegdheid van de CREG inkapselen in een te strak keurslijf.<sup>2004</sup> Ook het Grondwettelijk Hof wees reeds op de versterking door richtlijn 2009/73/EG van de tariefbevoegdheid ter zake van de regulerende instantie: voortaan moet de CREG exclusief bevoegd zijn om de tarieven of de tariefmethodologie vast te stellen.<sup>2005</sup> Het Hof verwees daarbij naar de veroordeling van België door het Hof van Justitie: onder toepassing van de vroegere richtlijn 2003/54/EG heeft het Hof van Justitie België veroordeeld wegens het niet correct omzetten van de bepalingen in verband met de bevoegdheid van de CREG inzake het vaststellen van de tariefmethodologie, doordat de Elektriciteitswet aan de Koning de bevoegdheid verleende om voor bepaalde installaties voor het vervoer van elektriciteit bijzondere regels vast te stellen met betrekking tot de bepaling van de afschrijvingen en de billijke winstmarge.<sup>2006</sup> Het Grondwettelijk Hof stelt dat de voorstellen van de CREG, die tot de artikelen 9 tot 14 van het KB hebben geleid, door de bevoegde minister zijn gewijzigd vooraleer zij aan de Koning ter ondertekening werden voorgelegd, zoals blijkt uit het integraal verslag van de zitting van de Commissie voor het bedrijfsleven van 27 januari 2009.<sup>2007</sup> Het Grondwettelijk Hof oordeelt dat de Koning in strijd met artikel 23, leden 2 en 3, van de Tweede Elektriciteitsrichtlijn de plaats van de CREG heeft ingenomen.<sup>2008</sup> Ingevolge artikel 37, lid 6, onder a) van de Derde Elektriciteitsrichtlijn is het niet

<sup>2004</sup> Adv.RvS. nr. 49 570/3 van 31 mei 2011 bij het wetsonderwerp tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, 1725/001, 284.

<sup>2005</sup> GwH 31 mei 2011, nr. 97/2011; Zie ook M. CHAMON, "Verzelfstandiging in de nationale en Europese rechtsordes: nieuwe uitdaging van een meergelaagde administratie", *TBP* 2013, afl. 2-3, (114) 118.

<sup>2006</sup> HvJ 29 oktober 2009, nr. C-474/08, ECLI:EU:C:2009:681, overw. 24-31.

<sup>2007</sup> Integraal verslag met vertaald beknopt verslag van de toespraken commissie voor het bedrijfsleven, het wetenschapsbeleid, het onderwijs, de nationale wetenschappelijke en culturele instellingen, de middenstand en de landbouw van 27 januari 2009, *Parl. St.* Kamer, 2008-2009, CRIV 52 COM 429, <http://www.dekamer.be/doc/CCRI/pdf/52/ic429.pdf>, 29-30: "De CREG verwijt ons dat we haar tekstvoorstel niet onverkort aanvaard hebben".

<sup>2008</sup> GwH 31 mei 2011, nr. 97/2011, overweging B.9.4.

langer mogelijk dat de Koning, op voorstel van de CREG, de distributietarieven vastlegt, aangezien die bevoegdheid thans **exclusief** aan de CREG toekomt.

#### 5.6.1.2. Te allen tijde wijzigen van de methodologie of tarieven

**635.** In het arrest nr. 117/2013 komt o.a. de vraag aan bod of de tariefmethodologie al dan niet te allen tijde door de regulator moeten kunnen worden aangepast.<sup>2009</sup> De CREG stelde dat de artikelen 15 en 16 van de wet van 8 januari 2012, die de artikelen 12, § 4, tweede lid, en 12*bis*, § 4, tweede lid, van de Elektriciteitswet wijzigen,<sup>2010</sup> in strijd zijn met de artikelen 35, leden 4 en 5, en 37, leden 2, 4, 6 en 10, van de richtlijn 2009/72/EG, in zoverre de bestreden bepalingen voorzien in de onveranderlijkheid van de tariefmethodologieën tijdens de gereguleerde periode en in zoverre, behoudens de instemming van de netbeheerders, de in de methodologie aangebrachte wijzigingen alleen van toepassing kunnen zijn vanaf de volgende tariefperiode.<sup>2011</sup> Het Hof volgt hierbij echter de argumentatie van de Ministerraad inzake de voorspelbaarheid en voorzienbaarheid van de investeringen. Het Grondwettelijk Hof verwijst daarbij naar artikel 37, leden 6 en 8, van de richtlijn 2009/72/EG, waaruit voortvloeit dat de energieregulatoren ertoe gehouden zijn, enerzijds, te voorzien in stimulerende maatregelen op lange termijn om de netbeheerders met name ertoe aan te moedigen de prestaties en de voorzieningszekerheid te verbeteren en, anderzijds, de tariefmethodologieën voldoende op voorhand vóór de inwerkingtreding ervan te bepalen. Die bepalingen impliceren dat de netbeheerders moeten kunnen overgaan tot langetermijninvesteringen en derhalve de zekerheid moeten hebben over een bepaalde stabiliteit of voorzienbaarheid van de prijzen en van de tariefmethodologieën.<sup>2012</sup> Die vereiste van voorzienbaarheid verantwoordt de onveranderlijkheid van de tarieven tijdens de gereguleerde periode. Zij vormt volgens het Hof geen onevenredige maatregel, aangezien het nieuwe artikel 12, § 8, 9°, van de Elektriciteitswet het mogelijk maakt de tariefmethodologie tijdens de gereguleerde periode aan te passen teneinde rekening te houden met nieuwe openbaardienstverplichtingen of op verzoek van de netbeheerders, wanneer zich uitzonderlijke omstandigheden voordoen of nieuwe diensten worden aangeboden of de bestaande diensten worden gewijzigd.<sup>2013</sup> Zoals VERHOEVEN terecht opmerkt kan deze opportuniteitsbeoordeling van de wetgever met betrekking tot de voorzienbaarheid geen afwijking van eenduidige

<sup>2009</sup> GwH 7 augustus 2013, nr. 117/2013, Derde onderdeel (onveranderlijkheid van de tariefmethodologieën en van de tarieven).

<sup>2010</sup> Artikel 12, § 4, tweede lid, van de Elektriciteitswet bepaalt : "Deze tariefmethodologie blijft van toepassing gedurende de hele tariefperiode, met inbegrip van de eindbalans die betrekking heeft op deze periode. Wijzigingen aangebracht tijdens de periode aan de tariefmethodologie, conform de bepalingen van § 2, zijn slechts van toepassing vanaf de volgende tariefperiode, behoudens uitdrukkelijk transparant en nietdiscriminerend akkoord tussen de commissie en de netbeheerder".

<sup>2011</sup> GwH 7 augustus 2013, nr. 117/2013, overweging A.29.1. en volgende en het antwoord van het Hof B.32.1. B.33.1.

<sup>2012</sup> GwH 7 augustus 2013, nr. 117/2013, overweging B.32.3.

<sup>2013</sup> GwH 7 augustus 2013, nr. 117/2013, overweging B.32.4.

richtlijnbevestigingen verantwoord. Het komt de wetgever toe om de bepalingen van artikel 37(10) van de richtlijn 2009/72/EG<sup>2014</sup> correct om te zetten, waardoor het de exclusieve verantwoordelijkheid is van de CREG om te beoordelen welke voorzienbaarheid van de tarieven en methoden nodig is, of wanneer een aanpassing moet plaatsvinden.<sup>2015</sup> De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof kan dan ook niet gevolgd worden.

**636.** De Raad van State had in zijn advies bij de wet van 8 januari 2012 nochtans gesteld dat het ontworpen artikel 12, § 4, tweede lid, waardoor de tariefmethodologie van kracht blijft gedurende de hele tariefperiode, en waardoor eventuele wijzigingen slechts van toepassing zijn vanaf de volgende tariefperiode, niet strookt niet met artikel 37, lid 10, van richtlijn 2009/72/EG. Op grond van die laatste bepaling moet volgens de Raad de regulerende instantie te allen tijde wijzigingen kunnen vaststellen, en desgevallend ook voorlopige regelingen kunnen treffen.<sup>2016</sup>

**637.** In tegenstelling tot bij de CREG<sup>2017</sup> heeft de Vlaamse regelgever wel de opinie van de Raad van State gevolgd en in artikel 4.1.33 § 4 van het Energiedecreet opgenomen dat de VREG te allen tijde de tariefmethodologie kan wijzigen:

“Onverminderd de mogelijkheid van de VREG om de tariefmethodologie of de tarieven gedurende de reguleringsperiode **te allen tijde** en in afwijking van de termijnen uit de procedure, vermeld in paragraaf 3, **op eigen initiatief te wijzigen**, kan een distributienetbeheerder, voor zover dat strikt noodzakelijk wordt geacht, binnen de reguleringsperiode een gemotiveerde vraag tot herziening van zijn tarieven voor de komende jaren van die tariefmethode ter goedkeuring voorleggen aan de VREG. [...]”.

De Raad van State merkte daarbij wel terecht op dat in het eerste zinsdeel van het ontworpen artikel 4.1.33, § 4, weliswaar erkend wordt dat de VREG de mogelijkheid heeft om de tarieven of de tariefmethodologie gedurende de reguleringsperiode op eigen initiatief te wijzigen, maar dat dit op een nogal “zijdelingse wijze” wordt bepaald.<sup>2018</sup>

**638.** Het feit echter dat de CREG, Brugel<sup>2019</sup> en CWAPE<sup>2020</sup> niet te allen tijde de tariefmethodologie of tarieven kunnen wijzigen gaat onmiskenbaar in tegen

<sup>2014</sup> En in gelijkaardige bewoordingen artikel 41(10) van de richtlijn 2009/73/EG.

<sup>2015</sup> D. VERHOEVEN, “Recente ontwikkelingen in het federale energierecht: *Europe strikes back*” in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2014*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (51) 64.

<sup>2016</sup> Adv.RvS. nr. 49 570/3 van 31 mei 2011 bij het wetsonderwerp tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, 1725/001, 285.

<sup>2017</sup> Artikel 12, § 4, tweede lid van de Elektriciteitswet: “Deze tariefmethodologie blijft van toepassing gedurende de hele tariefperiode, met inbegrip van de eindbalans die betrekking heeft op deze periode. Wijzigingen aangebracht tijdens de periode aan de tariefmethodologie, conform de bepalingen van § 2, zijn slechts van toepassing vanaf de volgende tariefperiode, behoudens uitdrukkelijk transparant en niet-discriminerend akkoord tussen de commissie en de netbeheerder”.

<sup>2018</sup> Adv. RvS. nr. 57.643/3 van 9 juli 2015 bij het ontwerp van decreet houdende diverse bepalingen inzake energie, *Parl.St.* VI.Parl. 2014-2015, 461, nr. 1, 151.

<sup>2019</sup> Artikel 9<sup>quater</sup>, § 7 van de Elektriciteitsordonnantie: “Deze tariefmethodologie blijft van toepassing gedurende de hele tariefperiode, met inbegrip van de eindbalans van de saldi die betrekking heeft op deze periode. Wijzigingen aangebracht tijdens de periode aan de tariefmethodologie, conform de bepalingen van § 1, zijn slechts van toepassing

de Europese liberaliseringsrichtlijnen. De Belgische Staat werd hierover zelfs in gebreke gesteld door de Europese Commissie.<sup>2021</sup> De Europese Commissie stelt hierover het volgende:

“Bovendien is de bepaling inzake de bevoegdheid van de regulerende instantie om te verzoeken om wijziging van de tariefvoorwaarden niet op correcte wijze omgezet aangezien de Belgische wetgeving het de regulerende instantie niet toestaat om op ieder ogenblik te verzoeken om wijziging van de tariefmethodologie en zij de desbetreffende bevoegdheid van de regulerende instantie beperkt tot uitsluitend de gevallen als bedoeld in de artikelen 12, §8, 6°, en 12bis, §8, 6°, van de Elektriciteitswet en in de artikelen 15/5bis §8, 6°, en 15/5ter, §8, 6°, van de Gaswet. Overeenkomstig de richtlijnen beschikt de regulerende instantie over de bevoegdheid om op ieder ogenblik te verzoeken om wijziging van de tarieven of gehanteerde methoden, om ervoor te zorgen dat deze evenredig blijven en op niet-discriminerende wijze worden toegepast. De Belgische nationale wetgeving bevat echter geen enkele bepaling waarmee aan de CREG op algemene wijze de bevoegdheid wordt verleend om de beheerders van de transmissie- en distributienetten zo nodig te verzoeken de voorwaarden, met inbegrip van de tarieven en methoden, te wijzigen om ervoor te zorgen dat deze evenredig zijn en op niet-discriminerende wijze worden toegepast. [...]”.<sup>2022</sup>

De federale, Waalse en Brusselse bepalingen moeten dus aangepast worden.

#### 5.6.1.3. Herziening door de minister

**639.** In het verzoekschrift dat aanleiding geeft tot het arrest voert de CREG eveneens aan dat artikel 21 van de bestreden wet, dat artikel 13, § 3, van de Elektriciteitswet aanvult,<sup>2023</sup> in strijd is met de artikelen 35, leden 4 en 5, en 37, lid 6, van de richtlijn 2009/72/EG, in zoverre het de minister mogelijk maakt een herziening van de tariefmethodologieën aan te vragen. Dergelijke bevoegdheid toekennen aan de minister lijkt inderdaad op gespannen voet te staan met de exclusieve bevoegdheid en de onafhankelijkheid van de regulator. Het Grondwettelijk Hof merkt (opnieuw) op dat het monitoren van de voorzieningszekerheid onder de lidstaten ressorteert,<sup>2024</sup> waardoor de wetgever geen onverantwoorde maatregel genomen heeft door de minister toe te staan op zodanige wijze te handelen dat die zekerheid wordt gewaarborgd. In de

---

vanaf de volgende tariefperiode, behoudens uitdrukkelijk transparant en niet discriminerend akkoord tussen Brugel en de distributienetbeheerder”.

<sup>2020</sup> Art. 12bis, § 4, tweede lid van de Elektriciteitswet (nog geen eigen Waalse regeling).

<sup>2021</sup> Europese Commissie, 2014/2189 C(2014) 7337 final, onuitgegeven.

<sup>2022</sup> Europese Commissie, 2014/2189 C(2014) 7337 final, onuitgegeven, zoals vermeld in VREG, Advies van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt van 5 mei 2015 met betrekking tot het voorontwerp van decreet houdende diverse bepalingen inzake energie, zoals principieel goedgekeurd door de Vlaamse regering op 3 april 2015, ADV-2015-05,

[http://www.vreg.be/sites/default/files/document/voorontwerp\\_van\\_decreet\\_houdende\\_diverse\\_bepalingen\\_inzake\\_energie.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/document/voorontwerp_van_decreet_houdende_diverse_bepalingen_inzake_energie.pdf), 4; Zie ook D. VERHOEVEN, “Recente ontwikkelingen in het federale energierecht: *Europe strikes back*” in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2014*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (51) 63.

<sup>2023</sup> Artikel 13, § 3, van de Elektriciteitswet bepaalt: “§ 3. Indien de commissie, na raadpleging van de netbeheerder, vaststelt dat de investeringen voorzien in het ontwikkelingsplan de netbeheerder niet in de mogelijkheid stellen om op een adequate en doeltreffende wijze aan de capaciteitsbehoeften te voldoen, kan de minister de netbeheerder verplichten om het ontwikkelingsplan aan te passen teneinde aan deze situatie te verhelpen binnen een redelijke termijn. Deze aanpassing gebeurt overeenkomstig de procedure bepaald in § 1, eerste lid. De minister kan bovendien aan de commissie vragen om zich uit te spreken over de noodzaak om al dan niet de met toepassing van artikel 12 vastgestelde tariefmethodologieën om de financieringsmiddelen van de overwogen investeringen te waarborgen te herzien”.

<sup>2024</sup> Krachtens artikel 3, lid 1, van de richtlijn 2005/89/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 januari 2006 inzake maatregelen om de zekerheid van de elektriciteitsvoorziening en de infrastructuurinvesteringen te waarborgen en artikel 4 van de richtlijn 2009/72/EG, en rekening houdend met de overwegingen 5 en 25 van de voormelde richtlijn 2009/72/EG.

parlementaire voorbereiding bij de wet van 8 januari 2012 werd er reeds beklemtoond dat “het past, bij de lezing van het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State nr. 49.570/3 van 31 mei 2011, [om] op te merken dat deze bepaling het gevolg is van een samenkomen van de bevoegdheden van de regering en van de CREG: de eerste treedt op basis van zijn bevoegdheden inzake bevoorradingszekerheid op en de tweede is bevoegd inzake tarieven. Deze bepaling garandeert het optreden van de minister tot wiens bevoegdheden “energie” behoort voor de bevoorradingszekerheid, waarbij ten volle de bevoegdheden van de CREG gerespecteerd worden”.<sup>2025</sup> De vraag tot herziening maakt volgens het Hof geen onverantwoorde maatregel uit.<sup>2026</sup>

#### 5.6.1.4. Gestructureerd, gedocumenteerd en transparant overleg

**640.** Een andere belangrijk aspect dat verband houdt met de tariefmethodologie is de vraag of de in artikel 12, § 2 van de Elektriciteitswet,<sup>2027</sup> in detail uitgewerkte procedure en het “gestructureerd, gedocumenteerd en transparant overleg” geen inbreuk vormt op de onafhankelijke en autonome besluitvorming van de energieregulatoren. Volgens de Raad van State wordt door deze gedetailleerde regeling van dit overleg het optreden van de CREG teveel beperkt. De CREG moet volgens de Raad de mogelijkheid hebben om de tariefmethodologie zorgvuldig vast te stellen. De ontworpen bepalingen lijken aan de transmissienetbeheerder en de distributienetbeheerders een zodanig grote inbreng in het besluitvormingsproces te verzekeren, dat de CREG niet meer de volledige controle over de besluitvorming heeft. Die vaststelling wordt nog versterkt door het feit dat aan de CREG allerlei termijnen en formele verplichtingen worden opgelegd. Respect voor de onafhankelijkheid van de CREG impliceert dat de wetgever zich ervan onthoudt om te interfereren in de werkwijze van de CREG, en dat hij het zoveel

<sup>2025</sup> Wetsonderwerp tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl. St.* Kamer 2010-2011, 1725/001, 49.

<sup>2026</sup> GwH 7 augustus 2013, nr. 117/2013, overweging B.34.3.

<sup>2027</sup> § 2 Na gestructureerd, gedocumenteerd en transparant overleg met de netbeheerder, werkt de commissie de tariefmethodologie uit die deze netbeheerder moet gebruiken voor het opstellen van diens tariefvoorstel. De tariefmethodologie preciseerd onder andere: (i) de definitie van de kostencategorieën die door de tarieven worden gedekt; (ii)[...] (iii) de regels van de evolutie na verloop van tijd van de kosten bedoeld in (i), met inbegrip van de methode voor de bepaling van de parameters die zijn opgenomen in de evolutieformule; (iv) de regels voor de toewijzing van de kosten aan de categorieën van netgebruikers; (v) de algemene tariefstructuur en de tariefcomponenten. Het overleg met de netbeheerder maakt het voorwerp uit van een akkoord tussen de commissie en deze beheerder. Bij gebrek aan een akkoord wordt het overleg ten minste gehouden als volgt: 1° de commissie stuurt de oproeping voor in § 2, eerste lid, bedoelde overlegvergaderingen naar de netbeheerder samen met de documentatie betreffende de agendapunten van deze vergaderingen, binnen een redelijke termijn voorafgaand aan de vergaderingen in kwestie. De oproeping vermeldt de plaats, de datum en het uur van de vergadering, alsook de punten van de dagorde; 2° na de vergadering stelt de commissie een ontwerp van proces verbaal op van de vergadering waarin de argumenten worden opgenomen die naar voren werden geschoven door de verschillende partijen en de vastgestelde punten waarover overeenstemming en waarover geen overeenstemming bestond die zij ter goedkeuring verzendt naar de netbeheerder binnen een redelijke termijn na de vergadering; 3° binnen een redelijke termijn na de ontvangst van het door de partijen goedgekeurde proces-verbaal van de commissie, verstuurt de netbeheerder naar de commissie zijn formeel advies over de tariefmethodologie dat het resultaat is van dit overleg, waarbij desgevallend de eventuele resterende punten waarover geen overeenstemming werd bereikt worden benadrukt. In afwijking van de voorgaande bepalingen, kan de tariefmethodologie worden opgesteld door de commissie volgens een vastgestelde procedure van gemeenschappelijk akkoord met de netbeheerder op basis van een uitdrukkelijk transparant en niet-discriminerend akkoord”.



mogelijk aan de CREG overlaat om, eventueel in overleg met de betrokken partijen, de procedure vast te stellen.<sup>2028</sup>

**641.** In het arrest nr. 117/2013 stelt het Grondwettelijk Hof dat noch het voorafgaande overleg met het oog op het sluiten van een akkoord tussen de partijen, noch het minimale overleg bij gebrek aan een dergelijk akkoord beschouwd kunnen worden als een aantasting van de onafhankelijkheid van de CREG. Volgens het Hof blijkt dit overleg een uiting te zijn van een beginsel van behoorlijk bestuur, dat de uitoefening van haar tariefbevoegdheid geenszins beperkt, aangezien, bij gebrek aan een akkoord tussen de partijen, artikel 12, § 2, vierde lid, de CREG toelaat de tariefmethodologie zelf vast te stellen.<sup>2029</sup> De verplichting die bij die gelegenheid op haar rust, namelijk het de netbeheerders mogelijk maken te beschikken over "een redelijke termijn" om hun advies mee te delen, blijkt volgens het Hof niet overdreven, ermee rekening houdend dat die beheerders een dergelijk advies niet op nuttige wijze zouden kunnen uitbrengen zonder te hebben kunnen beschikken over de nodige tijd om studies uit te voeren teneinde met name hun prestaties en de waarde ervan te kunnen evalueren. Het Grondwettelijk Hof heeft de inhoud van het artikel onder de loep genomen, maar heeft zich niet uitgesproken over het feit of de aanwezigheid van dergelijke procedure zelf (gedetailleerd uitgewerkt door de wetgever) niet in strijd is met de autonome besluitvorming van de regulator. Aangezien de artikelen 12, § 2, en 12bis, § 2, voorzien in een "gestructureerd, gedocumenteerd en transparant overleg" met de netbeheerder en voorzien in een gedetailleerde regeling, wordt het optreden van de CREG wel degelijk teveel beperkt. Zoals de Raad van State stelde moet de CREG de mogelijkheid krijgen om, eventueel in overleg met de betrokken partijen, zelf de procedure vast te stellen.<sup>2030</sup>

**642.** Wat de gewestelijke energieregulatoren betreft, blijkt dat – aangezien het Grondwettelijk Hof de bepalingen van de wet van 8 januari 2012 inzake de tariefmethodologie verenigbaar achtte met het Europees recht<sup>2031</sup> – de gewestelijke regelgevers zeer gelijkaardige bepalingen hebben aangenomen. Zo

---

<sup>2028</sup> Adv.RvS. nr. 49 570/3 van 31 mei 2011 bij het wetsonderwerp tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, 1725/001, 284.

<sup>2029</sup> Overweging B.27.4; zie ook overweging B.29.1.: "In een derde subonderdeel van het eerste onderdeel verwijt de verzoekende partij de artikelen 15 en 16 van de bestreden wet, die de artikelen 12, § 4, eerste lid, eerste zin, en 12bis, § 4, eerste lid, eerste zin, van de Elektriciteitswet wijzigen, in strijd te zijn met de artikelen 35, lid 4, en 37, leden 1, 4, 6, onder a), en 10, van de richtlijn 2009/72/EG, door haar ertoe te verplichten haar methodes inzake de totstandkoming van de tariefmethodologie zes maanden op voorhand aan de netbeheerders mee te delen en in zoverre zij aldus een injunctie van de regering in de uitoefening van de bevoegdheden van de CREG vormen. B.29.3. Dergelijke bepalingen vormen geen injunctie die de wetgever aan de CREG zou richten en de onafhankelijkheid van de CREG zou kunnen bedreigen. Zij passen in het perspectief van artikel 37, lid 2, van de richtlijn 2009/72/EG en van de « beginselen van betere regelgeving » waarnaar reeds is verwezen in B.15.4, in zoverre zij het de netbeheerders mogelijk maken te beschikken over de nodige tijd om evenwichtige tarieven voor te stellen. B.29.4. Het derde subonderdeel van het eerste onderdeel van het tweede middel is niet gegrond".

<sup>2030</sup> Adv.RvS. nr. 49 570/3 VAN 31 mei 2011 bij het wetsonderwerp tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, 1725/001, 284.

<sup>2031</sup> Zie hierover P. SCHOLLEN, "Kan het Grondwettelijk Hof wetten toetsen aan Europese Richtlijnen?" (noot onder GwH 7 augustus 2013, nr. 117/2013), *CDPK* 2014, afl. 1, 98-104.

bepaalt artikel 4.1.31, § 1 van het Energiedecreet bijvoorbeeld dat “na gestructureerd, gedocumenteerd en transparant overleg met de distributienetbeheerders, de VREG het ontwerp van tariefmethodologie uitwerkt die deze distributienetbeheerders moeten gebruiken voor het opstellen van hun tariefvoorstellen”. De te volgen procedure werd wel minder strikt en gedetailleerd uitgewerkt.<sup>2032</sup> Uit de parlementaire voorbereiding bij het decreet van 27 november 2015 blijkt immers dat men enigszins rekening heeft gehouden met de kritiek van de Raad van State op de te gedetailleerde procedures<sup>2033</sup>: “de zeer strikte opdrachten, procedures, timing en richtsnoeren opgelegd aan de energieregulator bij het vastleggen van de tariefmethodologie, zoals opgenomen in de vigerende federale wetteksten, worden daarbij sterk vereenvoudigd om tot een decretaal kader te komen waarin de regulator op een transparante en meer efficiënte wijze kan optreden, in overleg met de distributienetbeheerders. [...]. De procedure voor de vaststelling van de tariefmethodologie eerbiedigt de onafhankelijkheid van de VREG”.<sup>2034</sup> Artikel 4.1.31, § 2 bepaalt dat de VREG een openbare raadpleging over het ontwerp van tariefmethodologie organiseert. Tijdens die raadpleging krijgen alle belanghebbenden gedurende minstens *vijfenvertig kalenderdagen* de tijd om hun opmerkingen aan de VREG te bezorgen. Na afloop van die periode publiceert de VREG daarover binnen *vijfenvertig kalenderdagen* een gemotiveerd consultatieverslag. In de parlementaire voorbereiding voert de VREG terecht aan dat deze strikte termijn op gespannen voet staat met de onafhankelijkheid van de regulator. Ook de Raad van State stelt dat de termijnen op gespannen voet staan met hetgeen bepaald wordt in artikel 37 van richtlijn 2009/72/EG en in artikel 41 van richtlijn 2009/73/EG, wat betreft de vereisten dat de regulerende instantie haar taken “op een efficiënte en snelle wijze” moet kunnen uitvoeren en dat in geval van vertraging bij de vaststelling van de tarieven, de regulerende instantie de bevoegdheid heeft om deze tarieven voorlopig vast te stellen. De strakke termijnregeling moet volgens de

---

<sup>2032</sup> Art. 4.1.31, § 1: “[...] De overlegprocedure, vermeld in het eerste lid, komt tot stand met akkoord van en in samenspraak met de distributienetbeheerders. Bij gebrek aan een akkoord tussen de VREG en de distributienetbeheerders over de overlegprocedure, wordt het overleg ten minste gehouden als volgt: 1° de VREG stuurt de oproeping voor de overlegvergadering naar de distributienetbeheerders. De VREG maakt die oproeping minstens acht kalenderdagen vóór de vergadering in kwestie op zijn website bekend alsook de documentatie met betrekking tot de agendapunten van die overlegvergadering. De oproeping vermeldt de plaats, de datum en het uur van de overlegvergadering, alsook de agendapunten; 2° na de overlegvergadering stelt de VREG een ontwerp van proces-verbaal op van de overlegvergadering waarin de argumenten van de verschillende partijen worden opgenomen, alsook de vastgestelde punten waarover wel of geen overeenstemming bestaat. De VREG zendt dat verslag ter goedkeuring over aan de aanwezige partijen binnen acht kalenderdagen na de overlegvergadering”.

<sup>2033</sup> Voor deze kritiek zie bovenstaand advies van de Raad van State bij de wet van 8 januari 2012 en ook het advies van de Raad bij het Ontwerp van decreet houdende diverse bepalingen inzake energie, *Parl.St.* VI.Parl. 2014-2015, 461, nr. 1, 20: “De Raad meent dat de procedures die de regulator zal dienen te volgen te beperkend zijn”.

<sup>2034</sup> Ontwerp van decreet houdende diverse bepalingen inzake energie, *Parl.St.* VI.Parl. 2014-2015, 461, nr. 1, 5 en 6: “De derde optie bestaat erin dat de federale beleidsvisie wordt overgenomen, met een – reeds door het decreet van 14 maart 2014 verrichte – toewijzing van de rol inzake het vaststellen van de tariefmethodologie en de goedkeuring van tariefvoorstellen aan de VREG, doch met een sterke vereenvoudiging van de opgelegde procedures en opdrachten voor de energieregulator, gecombineerd met de toevoeging van enkele Vlaamse beleidsaccenten. Deze optie verschilt van de tweede optie in die zin dat waar mogelijk en wenselijk de bestaande federale bepalingen worden behouden, aangevuld met een aantal eigen, Vlaamse beleidsaccenten. De zeer strikte opdrachten, procedures, timing en richtsnoeren opgelegd aan de energieregulator bij het vastleggen van de tariefmethodologie, zoals opgenomen in de vigerende federale wetteksten, worden daarbij sterk vereenvoudigd (zoals bijvoorbeeld in Nederland) om tot een decretaal kader te komen waarin de regulator op een transparante en meer efficiënte wijze kan optreden, in overleg met de distributienetbeheerders”.

Raad in het licht van die vereisten worden herzien. De termijn voor de openbare consultatie en raadpleging mag inderdaad geen dermate strikte *instructie* omvatten. De opmerking van de VREG om dit te vervangen door “binnen een redelijke termijn” kan gevolgd worden. Het standpunt van de minister dat “een dergelijke formulering [...] immers aanleiding [geeft] tot arbitrair beleid, en inherente rechtsonzekerheid” kan niet gevolgd worden.<sup>2035</sup> De VREG kan immers steeds zelf een eigen duidelijk uitgewerkte procedure publiceren, met door zichzelf te volgen vastgelegde termijnen (15 dagen, 30 dagen, 45 dagen,...). Dit creëert eveneens rechtszekerheid en geeft de VREG de nodige eigen beleidsvrijheid. Bovendien spreekt de Elektriciteitswet eveneens van een “redelijke termijn” en is er dus geen sprake van rechtsonzekerheid.

**643.** De bepalingen bij Brugel en CWaPE werden, in zeer gelijkaardige bewoordingen als bij de CREG, overgenomen in de Elektriciteitsordonnantie en het Waals Elektriciteitsdecreet.

**644.** Geconcludeerd moet worden dat wat de tariefmethodologie betreft de besluitvorming van de energieregulatoren autonoom dient te verlopen: de regulatoren zijn onder het derde pakket richtlijnen exclusief bevoegd om de tarieven of de tariefmethodologie vast te stellen. Bovendien is het aangewezen dat de regulator te allen tijde de methodologie kan aanpassen en dat deze ook onmiddellijk (of toch wanneer de regulator dit geschikt acht) in werking kan treden. Daarenboven dient onder deze exclusieve bevoegdheid ook begrepen te worden dat de regulator *zelf* de door hem te volgen procedure kan opstellen.

#### 5.6.2. Richtsnoeren

**645.** Artikel 35(4)(b)(ii) van de richtlijn 2009/72/EG sluit de toepassing van algemene beleidsrichtsnoeren gegeven door de overheid niet uit, echter enkel voor zover die richtsnoeren geen verband houden met de in artikel 37 genoemde reguleringsstaken.<sup>2036</sup> De Interpretatieve Nota preciseert dat de kerntaken van de energieregulator met betrekking tot de tarieven de lidstaten niet de mogelijkheid ontnemen om algemene beleidsrichtlijnen te geven die door de energieregulator vertaald moeten worden in de tariefstructuur en methodologie.<sup>2037</sup> Deze algemene beleidslijnen mogen evenwel geen inbreuk vormen op de bevoegdheden van de energieregulator en mogen geen bepalingen uit de elektriciteits- en gasrichtlijnen en verordeningen schenden.<sup>2038</sup> De wet- of decreetgever kan dus enkel algemene beleidsrichtsnoeren opleggen aan de regulatoren. Het gaat daarbij om richtsnoeren die niet op gespannen

<sup>2035</sup> Ontwerp van decreet houdende diverse bepalingen inzake energie, *Parl.St.* VI.Parl. 2014-2015, 461, nr. 1, 16.

<sup>2036</sup> In gelijke bewoordingen artikel 39(4)(b)(ii) van de richtlijn 2009/73/EG.

<sup>2037</sup> Interpretatieve Nota, 14: “The core duties of NRA as regards network tariffs do not deprive the Member State of the possibility to issue general policy guidelines which ultimately will have to be translated by the NRA into the tariff structure and methodology”.

<sup>2038</sup> Interpretatieve Nota, 14: “However, these guidelines should not encroach on the NRA’s competences or infringe any of the requirements of the Electricity and Gas Directives and Regulations”.

voet mogen staan met de autonomie van de regulator bij het vaststellen van de tariefmethodologie en de goedkeuring van de tarieven. Men moet immers steeds letten op de eerste zinssnede uit artikel 35(4)(b)(ii) die stelt dat bij het verrichten van de reguleringstaken de energieregulator geen directe instructies mag verlangen of ontvangen van regeringen of andere publieke of particuliere entiteiten. In de Interpretatieve Nota geeft de Europese Commissie volgend voorbeeld van een verboden directe instructie: "although a Member State could e.g. issue a general policy guideline with regard to attracting investments in renewables, the Commission's services would consider a rule setting the profit margin in the cost-plus tariff as a prohibited direct instruction to the NRA".<sup>2039</sup> Toegelaten algemene beleidsrichtsnoeren zijn volgens de Interpretatieve Nota bijvoorbeeld:

"The Electricity and Gas Directives do not deprive the government of the possibility of establishing and issuing its national energy policy. This means that, depending on the national constitution, it could be the government's competency to determine the policy framework within which the NRA must operate, e.g. **concerning security of supply, renewables or energy efficiency targets**. However, general energy policy guidelines issued by the government **must not encroach** on the NRA's **independence** and **autonomy**. [...].<sup>2040</sup>

Het gaat bijgevolg om algemeen geformuleerde richtsnoeren (of eerder het energiebeleid) die betrekking hebben op de bevoorradingszekerheid, het gebruik van hernieuwbare energie of energie-efficiëntiedoelstellingen. Aangezien initieel enkel de CREG bevoegd was inzake tarieven, werden aanvankelijk de meeste discussies met betrekking tot de richtsnoeren op het federale niveau gevoerd. Deze discussies werden nadien, na de bevoegdheidsoverdracht, ook herhaald bij de regionale regulatoren. De richtsnoeren bij de CREG en de VREG worden als voorbeeld gebruikt.

#### 5.6.2.1. Richtsnoeren bij de CREG

**646.** De Raad van State stelt in zijn advies bij de wet van 8 januari 2012 dat de richtsnoeren bepaald in de ontworpen artikelen 12, § 14, en 12*bis*, § 14, van de Elektriciteitswet bedoeld zijn als bindende instructies voor de CREG, die voor de rechter kunnen worden afgedwongen. De genoemde bepalingen moeten volgens de Raad worden getoetst aan artikel 35, lid 4, b), ii), van richtlijn 2009/72/EG, naar luid waarvan aan de regulerende instanties voor het verrichten van hun reguleringstaken geen andere instructies mogen worden gegeven dan "algemene beleidsrichtsnoeren", met dien verstande dat die richtsnoeren "geen verband [mogen] houden met de in artikel 37 genoemde reguleringstaken".<sup>2041</sup> Het komt de Raad van State voor dat een aantal richtsnoeren meer bevatten dan algemene beleidsoriëntaties, namelijk dat zij

<sup>2039</sup> Interpretatieve Nota, 14.

<sup>2040</sup> Interpretatieve Nota, 7.

<sup>2041</sup> Adv.RvS. nr. 49 570/3 van 31 mei 2011 bij het wetsonderwerp tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, 1725/001, 285.

betrekking hebben op specifieke elementen van de tariefmethodologie. Dit lijkt volgens de Raad bijvoorbeeld het geval te zijn met de richtsnoeren die verband houden met de kosten van de betrokken ondernemingen (ontworpen artikel 12, § 5, 5°, 11° en 12°, en ontworpen artikel 12*bis*, § 5, 5°, 10° en 11°), de gestrande kosten (ontworpen artikel 12, § 5, 14°, en ontworpen artikel 12*bis*, § 5, 13°), de saldi (ontworpen artikel 12, § 5, 15°, en ontworpen artikel 12*bis*, § 5, 14°) en de vergelijkende technieken (ontworpen artikel 12, § 5, 16°, en ontworpen artikel 12*bis*, § 5, 15°).

**647.** De Raad van State is scherp in zijn kritiek en stelt zelfs dat "in bepaalde gevallen [...] de richtsnoeren geschreven [lijken] ter bescherming van de zakelijke belangen van de aandeelhouders van de netbeheerder en niet met het oog op het bereiken van de doelstellingen voorgeschreven bij artikel 36 van richtlijn 2009/72/EG.<sup>2042</sup> Dat lijkt in het bijzonder het geval met de ontworpen artikelen 12, § 5, 9°, en 12*bis*, § 5, 9°, waarbij aan de aandeelhouders een rendementsniveau dat conform is met hetgeen de markt voor activiteiten van deze aard aanbiedt moet worden gegarandeerd".<sup>2043</sup> Artikel 37, lid 6, van richtlijn 2009/72/EG draagt de lidstaten inderdaad op om ervoor te zorgen dat de tarieven het mogelijk maken voor de netbeheerders om de nodige investeringen te kunnen doen. Het waarborgen van een bepaald rendementsniveau aan de aandeelhouders, ongeacht de winstmarge, gaat evenwel veel verder dan wat de richtlijn beoogt. Richtsnoer 9° werd nadien ook aangepast.

Ook bij de ontworpen artikelen 12, § 5, 11°, en 12*bis*, § 5, 10° - waarin wordt bepaald dat netto kosten van de openbare dienstverplichtingen in rekening moeten worden gebracht - is de Raad van State kritisch. Het risico is niet denkbeeldig dat hierdoor overcompensatie wordt gegeven aan inefficiënte netbeheerders. Een dergelijke overcompensatie voor openbare dienstverplichtingen, indien betaald uit staatsmiddelen, zou volgens de Raad een verboden vorm van staatssteun uitmaken. Door de kosten rechtstreeks aan de consumenten door te rekenen wordt de staatssteunregeling volgens de Raad weliswaar omzeild, bij gebrek aan de inzet van overheidsfondsen, maar de verstoring van het marktevenwicht is er niet minder om. Een wettelijke regeling, zoals de ontworpen regeling, lijkt volgens de Raad van State strijdig met richtlijn 2009/72/EG.<sup>2044</sup> Ook de CREG heeft dit bekritiseerd.<sup>2045</sup> Het

<sup>2042</sup> Adv.RvS. nr. 49 570/3 van 31 mei 2011, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, 1725/001, 285.

<sup>2043</sup> Voorontwerp van richtsnoer 9°: "De normale vergoeding van in de gereguleerde activa geïnvesteerde kapitalen moet de toegang van de netbeheerder tot kapitaal mogelijk maken, waarbij aan de aandeelhouders een rendementniveau verzekerd wordt dat conform is met hetgeen de markt voor activiteiten van deze aard aanbiedt. In geval van onderscheid in behandeling van de kapitalen of van de duur van de afschrijvingen tussen de netbeheerders, wordt het onderscheid naar behoren gemotiveerd door de commissie".

<sup>2044</sup> De Raad stelt dat: "Enerzijds maakt ze het de regulerende instantie onmogelijk om haar doelstellingen inzake mededinging, bedoeld in artikel 36, a), b) en g), van de richtlijn, na te streven. Anderzijds vormt de regeling een inbreuk op de bevoegdheid van de regulerende instantie om daadwerkelijke mededinging te bevorderen en de goede werking van de markt te waarborgen, bedoeld in artikel 37, lid 4, b), van de richtlijn. Bovendien vereist artikel 37, lid 8, van de richtlijn precies dat de methodologie de netbeheerders moet aanzetten tot efficiëntie, m.a.w. tot een effectieve reductie van kosten", zie Adv.RvS. nr. 49 570/3 van 31 mei 2011, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, 1725/001, 285.

Grondwettelijk Hof stelde geen inbreuk vast aangezien “[...] de bestreden bepalingen de CREG niet beletten om, in het licht van wat die opdrachten veronderstellen, na te gaan hoe de netbeheerders die kosten doorberekenen in hun tarieven”.<sup>2046</sup>

Het bindend karakter van de richtsnoeren en de afdwingbaarheid voor de rechter komen eveneens aan bod in het arrest nr. 117/2013 van Grondwettelijk Hof. De CREG voert namelijk aan dat de wetgever geen tariefregels mag aan nemen die verdergaan dan algemene beleidsrichtsnoeren.<sup>2047</sup> De CREG beklemtoont dat de richtlijnen zich verzetten tegen **elke richtsnoer** van de wetgever op tariefvlak, zodat de bestreden bepalingen niet verenigbaar zijn met die richtlijnen (art. 35(4)(b)(ii)). De Interpretatieve Nota van de Europese Commissie bepaalt dat “the core duties of the NRA as regards network tariffs do not deprive the Member State of the possibility to issue **general policy guidelines** which ultimately will have to be **translated** by the NRA into the tariff structure and methodology”.<sup>2048</sup> Dit lijkt op gespannen voet te staan met “algemene beleidsrichtsnoeren die geen verband houden met de in artikel 37 genoemde reguleringstaken” (waar de tariefbevoegdheid in vermeld staat).<sup>2049</sup> De Interpretatieve Nota spreekt evenwel van algemene regels die nadien door de regulator moeten vertaald worden in een tariefstructuur en methodologie. Die algemene regels slaan dan ook enkel op zeer algemeen geformuleerde richtsnoeren die betrekking hebben op de bevoorradingsszekerheid, het gebruik van hernieuwbare energie of energie-efficiëntiedoelstellingen. Meer concrete richtsnoeren die betrekking hebben op de tariefbevoegdheid lijken niet toegelaten.<sup>2050</sup> LAVRIJSEN stelt in Nederland dat het feit dat “de minister de bevoegdheid behoudt om op grond van de nationale wetgeving ministeriele regels op te stellen inzake de vaststelling van technische voorwaarden en tariefstructuren voor de regulering van de netbeheerders van de energienetwerken [...] [en] deze ministeriele regels betrekking hebben op de

---

<sup>2045</sup> Gwh 7 augustus 2013, nr. 117/2013, overweging A.28.11.1: “De CREG is ook van mening dat de richtsnoeren die vereisen dat de nettokostprijs van verplichtingen van openbare dienst in aanmerking worden genomen in de tarieven, tot gevolg lijken te hebben dat de CREG de kostprijs van de verplichtingen van openbare dienst niet volledig zou kunnen controleren, terwijl de Europese Commissie vereist dat de lidstaten een verplichting van openbare dienst definiëren en de mogelijkheid van die controle waarborgen. De Raad van State heeft ook de beperking van de mogelijkheid, voor de CREG, om de kostprijs van de verplichtingen van openbare dienst na te gaan, bekritiseerd”.

<sup>2046</sup> Gwh 7 augustus 2013, nr. 117/2013, overweging B.31.5.4: “In zoverre zij erin voorzien dat de tarieven rekening houden met de nettokosten van de bij de wetten en reglementen opgelegde opdrachten van openbare dienst, beletten de bestreden bepalingen de CREG niet om, in het licht van wat die opdrachten veronderstellen, na te gaan hoe de netbeheerders die kosten doorberekenen in hun tarieven; aangezien die opdrachten van openbare dienst door de gewesten kunnen worden gedefinieerd, kan de federale wetgever overigens niet worden verweten dat niet te hebben gedaan”.

<sup>2047</sup> Gwh 7 augustus 2013, nr. 117/2013, overweging A.28.1: “[schenden] [...] de in het middel vermelde bepalingen in zoverre zij de CREG ertoe verplichten « richtsnoeren » in acht te nemen bij de totstandkoming van de tariefmethodologie of bij het aannemen van voorlopige maatregelen op tariefvlak, hetgeen in strijd is met artikel 35, leden 4 en 5, en artikel 37, leden 1, 4, onder a), en 6, van de richtlijn 2009/72/EG en de artikelen 39, leden 4 en 5, en 41, leden 1, 4, onder a), en 6, van de richtlijn 2009/73/EG, alsook met artikel 14 van de verordening (EG) nr. 714/2009 en artikel 13 van de verordening (EG) nr. 715/2009”.

<sup>2048</sup> Interpretatieve Nota, 14.

<sup>2049</sup> Zie in dit verband overweging A.28.8.1. (argument van de CREG): “In ondergeschikte orde voert de CREG aan dat, zelfs indien de Europese Commissie, *contra legem*, aanvaardt dat de overheid, op tariefvlak, beschikt over een beperkte mogelijkheid om op te treden door middel van « algemene beleidsrichtsnoeren », dan nog is die mogelijkheid zeer beperkt, daar de richtsnoeren geen concrete voorschriften mogen zijn, algemeen (en niet precies) moeten zijn en betrekking moeten hebben op het beleid (en niet van technische aard mogen zijn)”.

<sup>2050</sup> A rule setting the profit margin in the cost-plus tariff is a prohibited direct instruction.

reguleringstaken en bevoegdheden die de energierichtlijnen aan de nationale autoriteiten toekennen, [...] sterk [kan] worden betwijfeld of zij in overeenstemming zijn met de Europese onafhankelijkheidseisen.<sup>2051</sup>

**648.** Een aantal lidstaten – waaronder Frankrijk en Duitsland – en ook de Belgische wet- en regelgevers gaan er echter van uit dat algemene richtsnoeren inzake de tariefbevoegdheid wel mogelijk zijn indien zij geen directe instructies omvatten.<sup>2052</sup> Het Grondwettelijk Hof ging echter niet in op de vraag of het überhaupt wel mogelijk is om algemene beleidsrichtsnoeren “die verband houden met de in artikel 37 genoemde reguleringstaken” op te leggen. Het Hof ging onmiddellijk over tot de beoordeling van de specifieke aspecten van de richtsnoeren.<sup>2053</sup> Geen enkel middel werd door het Hof gegrond verklaard. Hierdoor blijven de richtsnoeren in huidige vorm in de wetgeving ingeschreven en blijven zij toch enigszins de autonomie van de regulator beperken.

**649.** In de ingebrekestelling van 16 oktober 2014 wijst de Europese Commissie op artikel 12, § 5, 8<sup>o</sup>.<sup>2054</sup> Richtsnoer 8 bepaalt namelijk dat de verschillende tarieven uniform zijn op het grondgebied dat door het net van de netbeheerder bediend wordt (cf. geheel België). De Europese Commissie is van oordeel dat de regulator de mogelijkheid moet hebben om tarieven goed te keuren die geografisch gedifferentieerd zijn, bijvoorbeeld om lokale problemen van congestie aan te pakken.<sup>2055</sup> Dit volgt uit o.m. art. 37(8) van richtlijn 2009/72/EG en 41(8) van richtlijn 2009/73/EG, die naar de “passende stimulansen” in de tarieven verwijzen. De Europese Commissie benadrukt ruimer “dat de regulerende instantie bij de vaststelling van de tarieven of de berekeningsmethoden voor het grondgebied van de lidstaat over een discretionaire bevoegdheid en over een beoordelingsmarge moet beschikken”.<sup>2056</sup> Dergelijke zienswijze benadrukt het belang aan autonomie,

---

<sup>2051</sup> S. LAVRIJSEN, “Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichhouders in EU perspectief”, *RegelMaat* 2015, afl. 3, (182) 193-194. Zie ook in Nederland: De behandeling van het wetsvoorstel Regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt) (33.186), *Parl.Hand.* I 2012-2013, nr. 17, 13.

<sup>2052</sup> GwH 7 augustus 2013, nr. 117/2013, overweging A.28.2.1 en wetsonderwerp tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, 1725/001, 43.

<sup>2053</sup> Overweging B.31.5.1: “Er dient te worden nagegaan of de verschillende aspecten van de in de door de CREG bestreden bepalingen opgenomen richtsnoeren afbreuk doen aan haar bevoegdheden of aan haar onafhankelijkheid”.

<sup>2054</sup> Europese Commissie, 2014/2189 C(2014) 7337 final, onuitgegeven, zoals vermeld in D. VERHOEVEN, “Recente ontwikkelingen in het federale energierecht: *Europe strikes back*” in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2014*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 61. Op 25 februari 2016 werd er een “Reasoned opinion” aangenomen inzake “Incorrect transposition of Directives 2009/72/EC and 2009/73/EC in the Belgian legal order”, zie [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-16-319\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-319_en.htm): “Belgium did not correctly transpose some of the rules on ownership unbundling, making it nearly impossible for other undertakings than the national gas and electricity incumbent system operators to develop and manage interconnectors to other EU Member States. Belgium also did not correctly transpose certain rules on the powers of the national regulator and consumer provisions”.

<sup>2055</sup> Europese Commissie, 2014/2189 C(2014) 7337 final, 12-13, onuitgegeven, zoals vermeld in VREG, Advies van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt van 5 mei 2015 met betrekking tot het voorontwerp van decreet houdende diverse bepalingen inzake energie, zoals principieel goedgekeurd door de Vlaamse regering op 3 april 2015, ADV-2015-05, [http://www.vreg.be/sites/default/files/document/voorontwerp\\_van\\_decreet\\_houdende\\_diverse\\_bepalingen\\_inzake\\_energie.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/document/voorontwerp_van_decreet_houdende_diverse_bepalingen_inzake_energie.pdf), 13.

<sup>2056</sup> Europese Commissie, 2014/2189 C(2014) 7337 final, 12-13, onuitgegeven, zoals vermeld in VREG, Advies van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt van 5 mei 2015 met betrekking tot het voorontwerp van decreet houdende diverse bepalingen inzake energie, zoals principieel goedgekeurd door de Vlaamse regering op 3 april 2015,

discretionaire ruimte en beoordelingsmarge bij de energieregulatoren. Het opleggen van uniforme tarieven binnen het grondgebied van netbeheerder is bijgevolg geen algemene beleidsrichtlijn, maar wel een verboden directe instructie.

#### 5.6.2.2. Uitspraak Grondwettelijk Hof richtsnoeren bij de CWaPE

**650.** In het arrest nr. 71/2016 van 25 mei 2016 buigt het Grondwettelijk Hof zich opnieuw – na het arrest nr. 117/2013 m.b.t. de federale regulator CREG – over bepaalde richtsnoeren die worden gegeven de aan energieregulatoren.<sup>2057</sup> Dit maal heeft de zaak evenwel betrekking op richtsnoeren die van toepassing zijn op de Waalse energieregulator, CWaPE.<sup>2058</sup> Het beroep tot vernietiging is specifiek gericht tegen artikel 12, 2<sup>o</sup> van het decreet van het Waalse Gewest van 11 april 2014 tot wijziging van het Waals Elektriciteitsdecreet. Via deze bepaling wordt een paragraaf 2 in artikel 14 van het Waals Elektriciteitsdecreet ingevoegd, luidend: “De methodologie bepaalt de nadere regels voor de integratie en controle van de niet-beheersbare kosten bestaande uit de pensioenlasten van de personeelsleden onder openbaar statuut van de beheerder van het net of van de dochteronderneming of kleindochteronderneming die een gereguleerde activiteit van distributienetbeheer hebben verricht”. De CWaPE voert aan dat de bepaling de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schenden, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 35(4) en (5) en 37 van de richtlijn 2009/72/EG. De CWaPE stelt dat door haar de verplichting op te leggen de pensioenlasten van de personeelsleden onder openbaar statuut van de netbeheerder als niet-beheersbare kosten te beschouwen, de Waalse decreetgever haar een beslissing oplegt en afbreuk doet aan haar bevoegdheid inzake de vaststelling van de tariefmethodologie en aan haar onafhankelijkheid ten opzichte van elke publieke of particuliere instelling. De Waalse energieregulator stelt dat de bepaling zo een discriminerend verschil in behandeling doet ontstaan ten opzichte van de CREG, de VREG en Brugel.

**651.** Het Grondwettelijk Hof verwijst naar de bepalingen uit artikel 35 van de richtlijn en naar de Interpretatieve Nota. Het Hof stelt dat, zoals de verzoekende partij in haar memorie opmerkt, de kwalificatie van kosten als ‘beheersbaar’ of ‘niet-beheersbaar’ een weerslag heeft op de behandeling van die kosten inzake tarifiering. Op die manier maken de beheersbare kosten, die betrekking hebben op de kosten waarover de netbeheerders een rechtstreekse controle uitoefenen, deel uit van het boekhoudkundig resultaat van de netbeheerders en worden zij

---

ADV-2015-05,  
[http://www.vreg.be/sites/default/files/document/voorontwerp\\_van\\_decreet houdende diverse bepalingen\\_inzake\\_energie.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/document/voorontwerp_van_decreet houdende diverse bepalingen_inzake_energie.pdf), 13.

<sup>2057</sup> GwH 25 mei 2016, nr. 71/2016.

<sup>2058</sup> L. DE DEYNE, “Onafhankelijkheid energieregulator vereist terughoudendheid bij opstellen richtsnoeren” (noot onder GwH 25 mei 2016, nr. 71/2016), MER 2016, afl. 4, 337-343.



daarbij gerekend. De niet-beheersbare kosten, die betrekking hebben op de kosten waarover de netbeheerders geen rechtstreekse controle hebben, kunnen daarentegen een schuldvordering of schuld ten aanzien van de afnemers vormen en worden overgeboekt naar de overlopende rekeningen op de balans van de netbeheerder. Het Grondwettelijk Hof wijst ook op overweging 34 van de richtlijn 2009/72/EG die stelt dat om de interne markt voor elektriciteit goed te laten functioneren, de energieregulators besluiten moeten kunnen nemen over alle relevante reguleringskwesties en zij volledig onafhankelijk moeten zijn van alle andere publieke of particuliere belangen. In overweging B.9.1. van het arrest stelt het Hof dat blijkt dat de Europese Unie de functionele onafhankelijkheid van de nationale energieregulator heeft willen bewerkstelligen. Dit zowel ten aanzien van de marktspelers, als ook ten aanzien van alle overheden. Het vereiste van volledige functionele onafhankelijkheid van de nationale energieregulator, in de zin dat hij niet onderhevig mag zijn aan enige beïnvloeding van buitenaf, is volgens het Hof dan ook van wezenlijk belang voor het bereiken van de doelstellingen van de voormelde richtlijn 2009/72/EG. Het Hof beklemtoont evenwel dat artikel 35(4)(b)(ii) van de richtlijn 2009/72/EG ook bepaalt dat de nationale overheden, in weerwil van de principiële functionele onafhankelijkheid van de energieregulator, nog steeds "algemene beleidsrichtsnoeren" kunnen vaststellen, waarmee zij op onrechtstreekse wijze de beslissingen van de regulator beleidsmatig vermogen te sturen.

**652.** Het Grondwettelijk Hof heeft zich reeds eerder, in het arrest nr. 117/2013, uitgesproken over de al dan niet verenigbaarheid van richtsnoeren met de onafhankelijkheid van de CREG (*supra* nr. 647). De CREG voert in die zaak aan dat de richtlijnen zich verzetten tegen elke richtsnoer van de wetgever op tariefvlak, zodat de bestreden bepalingen niet verenigbaar zijn met de richtlijnen. De CREG verwijst daarbij naar artikel 35(4)(b)(ii), dat bepaalt dat "algemene beleidsrichtsnoeren van de overheid die geen verband houden met de in artikel 37 genoemde reguleringsstaken, worden door dit voorschrift onverlet gelaten". Het Grondwettelijk Hof gaat in het arrest nr. 117/2013 echter niet in op de vraag of het wel mogelijk is om algemene beleidsrichtsnoeren op te leggen "die verband houden met de in artikel 37 genoemde reguleringsstaken" (*supra* nr. 648). Het Hof gaat onmiddellijk – en daarbij vaak in bijzonder summiere bewoordingen – over tot de beoordeling van de specifieke aspecten van de richtsnoeren. In ondergeschikte orde voert de CREG in het arrest nr. 117/2013 dan ook aan dat "zelfs indien de Europese Commissie, contra legem, zou aanvaarden dat de overheid, op tariefvlak, beschikt over een beperkte mogelijkheid om op te treden door middel van « algemene beleidsrichtsnoeren », dan nog is die mogelijkheid zeer beperkt, daar de richtsnoeren geen concrete voorschriften mogen zijn, algemeen (en niet precies) moeten zijn en betrekking moeten hebben op het beleid (en niet van technische aard mogen zijn)". Het Grondwettelijk Hof verwijst in het arrest echter enkel beknopt naar artikel 35(4) van de richtlijn 2009/72/EG, dat "de onafhankelijkheid van de nationale

regulerende instanties waarborgt” maar het de regeringen van de lidstaten mogelijk maakt om, binnen de daarin bepaalde perken, « algemene beleidsrichtsnoeren » te definiëren. Het Grondwettelijk Hof acht in het arrest nr. 117/2013 geen van de bekritiseerde richtsnoeren onverenigbaar met de Europese onafhankelijkheidsvereisten. Gelet op de omvang van het arrest, is het teleurstellend dat het Hof slechts enkele alinea’s wijdt aan de grieven die verband houden met deze richtsnoeren. Met betrekking tot verschillende richtsnoeren zijn de overwegingen van het Hof dan ook niet overtuigend te noemen. Zo blijven bijvoorbeeld richtsnoeren 11° (netto-kosten), 14° (gestrande kosten) en 16° (kwalitatieve parameters) moeilijk verenigbaar met de onafhankelijkheid van de regulator (art. 12 van de Elektriciteitswet).

**653.** In het arrest nr. 71/2016 lijkt het Grondwettelijk Hof een andere weg te bewandelen en stelt het dat “het aan de regulator geven van “algemene beleidsrichtsnoeren” evenwel slechts onder bepaalde voorwaarden verenigbaar is met het vereiste van volledige functionele onafhankelijkheid van een energieregulator. Zo vermog de nationale overheid niet raken aan reguleringsbeslissingen zoals het “vaststellen of goedkeuren, volgens transparante criteria, van transmissie- of distributietarieven of de berekeningsmethodes hiervoor”. Dit lijkt erop te wijzen dat het Hof stelt dat alle richtsnoeren met betrekking tot de tariefbevoegdheid niet verenigbaar zijn met de onafhankelijkheid en autonomie van de regulator. Dit zou het standpunt dat de CREG in het arrest nr. 117/2013 aannam, bevestigen. Het Hof voegt hier nog aan toe dat “de algemene beleidsrichtsnoeren slechts in overeenstemming met de doelstelling van de richtlijn zijn indien zij de nationale energieregulator enkel aansporen om rekening te houden met de door de overheid nagestreefde energiebeleidsdoelstellingen en haar belangen zoals de betaalbaarheid, de betrouwbaarheid, de duurzaamheid van de energiemarkt”. In dit recente arrest gaat het Hof met andere woorden dieper in op wat kan en wat niet kan. Bovendien lijkt dit standpunt af te wijken van dit uit het arrest uit 2013.

**654.** In het arrest nr. 71/2016 bewandelt het Hof echter ook een gelijkaardig pad als in het arrest nr. 117/2013. Zo bekritiseert de CREG in het arrest artikel 12, § 2, tweede lid, ii van de Elektriciteitswet dat stelt dat de tariefmethodologie de kostencategorieën moet preciseren waarop de stimulerende regelgeving betrekking heeft. Het Hof oordeelt dat uit die bepaling kan worden afgeleid dat de nationale regulerende instanties ertoe gehouden zijn te voorzien in stimulerende maatregelen, maar dat zij de lidstaten niet machtigt te bepalen op welke kosten die maatregelen betrekking hebben. Deze bepaling werd dan ook vernietigd. In het arrest uit 2016 beklemtoont het Hof eigenlijk opnieuw dat het niet aan de lidstaat, of in dit geval de decreetgever, is om te bepalen hoe bepaalde kosten moeten gekwalificeerd worden. De regulator moet met andere woorden vrij zijn om deze keuzes zelf – op basis van zijn discretionaire bevoegdheid – te maken.

**655.** Er moet ook worden opgemerkt dat het Grondwettelijk Hof verwijst naar de “volledige” functionele onafhankelijkheid. Dit houdt evenwel niet in dat die onafhankelijkheid dezelfde draagwijdte geniet als bij de gegevensbeschermingsautoriteiten (*supra* nrs. 444 e.v.).<sup>2059</sup> In de Europese wetgeving wordt namelijk een onderscheid gemaakt tussen de onafhankelijkheid die van toepassing is bij de energie- en telecomregulators en die bij de gegevensbeschermingsautoriteiten (of privacytoezichthouders). Bij de energieregulators spreekt artikel 35 van de richtlijn 2009/72/EG niet over “volledige onafhankelijkheid”.<sup>2060</sup> De energierichtlijnen vermelden wel dat de energieregulators “geen **directe** instructies mogen verlangen of ontvangen”. Indirecte instructies, zoals algemene richtsnoeren zijn toegelaten. Maar wat met ((in)directe?) specifieke, technische beleidsregels of richtsnoeren die betrekking hebben op de regulerende taken van de energieregulators?

**656.** Bij specifieke en technische richtsnoeren moet worden aangenomen dat deze onverenigbaar zijn met artikel 35(4)(b)(ii) van de richtlijn 2009/72/EG. Ook Belgische Raad van State volgt deze interpretatie en stelt dat sommige richtsnoeren in de Elektriciteitswet ontworpen waren “als bindende instructies voor de CREG, die meer bevatten dan algemene beleidsoriëntaties, en integendeel betrekking hebben op specifieke elementen van de tariefmethodologie” (*supra* nr. 646 e.v.). VERHOEVEN specificeert dat algemene richtsnoeren eerst en vooral enkel algemene oriëntaties kunnen inhouden en geen voorschriften: “les orientations doivent donc permettre au régulateur d’opérer des choix pour les traduire dans les tarifs ou dans leurs méthodes de calcul”. De auteur stelt vervolgens dat deze oriëntaties van een politieke aard moeten zijn en niet van een technische. Ten laatste moeten zij algemeen zijn en niet precies.<sup>2061</sup> Ook OTTOW en LAVRIJSSSEN beklemtonen dat: “It is provided that policy rules or government instructions may not deal with how the regulators exercise their regulatory powers. It could however be argued that a reasonable interpretation entails that policy guidelines may relate to policy choices that are so general that they do not cause clear controversies among the different market players and do not have direct economic consequences for the different stakeholders. In that line of thinking one can think of the choice, that the NRAs

---

<sup>2059</sup> Deze onduidelijkheid lijkt ook voort te vloeien door het gebruik van dezelfde bewoording in de Nederlandstalige tekst bij beide richtlijnen: zowel bij overweging 34 van de richtlijn 2009/72/EG als bij artikel 28 van de richtlijn 95/46/EG staat “volledige onafhankelijkheid”. Bij de Engelstalige versie maakt men een onderscheid: bij overweging 34 staat “fully independent”, terwijl artikel 28 spreekt over “complete independence”. De verwijzing van het Hof naar de volledige onafhankelijkheid heeft dus geen betrekking op de “complete independence” bij de gegevensbeschermingsautoriteiten. Hoewel beide termen (“fully” en “complete”) nagenoeg hetzelfde betekenen, is er in de praktijk toch een verschil waar te nemen waarbij gegevensbeschermingsautoriteiten een nog sterkere onafhankelijkheid genieten. Het gebruik van de term “volledige” in het Nederlands geeft daarbij misschien iets meer aanleiding tot verwarring in vergelijking met het Engels, aangezien exact hetzelfde woord in de praktijk toch niet dezelfde betekenis geniet.

<sup>2060</sup> Enkel overweging 34 maakt hier melding van: “Om de interne markt voor elektriciteit goed te laten functioneren, moeten de energieregulators besluiten kunnen nemen over alle relevante reguleringskwesties en moeten zij volledig onafhankelijk zijn van alle andere publieke of particuliere belangen”.

<sup>2061</sup> D. VERHOEVEN, “Régulation des tarifs de transport et de distribution d’électricité et de gaz naturel: éléments juridiques d’un jeu de quilles politico-économique” in Actualités du droit de l’énergie – La transposition du ‘troisième paquet énergie’ européen dans les lois ‘électricité’ et ‘gaz’, Brussel, Bruylant, 2013, 295.

should secure a minimum level of network security, the promotion of environmental and climate goals, and a minimum level of infrastructure investments when exercising their powers. However, the choice for a specific tariff method, the design of regulatory remedies, and the trade-off between different regulatory objectives, is the responsibility of the NRAs".<sup>2062</sup> LAVRIJSSEN stelt verder dat hoewel algemene beleidsregels binnen bepaalde grenzen toegestaan zijn in de energiesector, deze bevoegdheid als gevolg van de onafhankelijkheidseisen uit de derde generatie richtlijnen niet onbeperkt is. De auteur benadrukt dat geval per geval moet worden bekeken of de discretionaire bevoegdheid van de regulator niet te veel aan banden wordt gelegd, waardoor onvoldoende speelruimte overblijft om de reguleringstaken op een autonome wijze uit te oefenen. LAVRIJSSEN stelt terecht vast dat er daarbij een grijs gebied bestaat ten aanzien van de beleidsbevoegdheid van de minister of regering. Daarbij kan als aanknopingspunt dienen dat de minister verantwoordelijk is voor het stellen van de beleidsdoelen (bijvoorbeeld de waarborging van een duurzame en betaalbare energievoorziening), terwijl de energieregulator de nodige ruimte nodig heeft om te bepalen met welke instrumenten zij deze doelen moet realiseren, zoals de vormgeving van de tariefregulering.<sup>2063</sup> Bepaalde specifieke en technische richtsnoeren vormen dan ook **directe** instructies en zijn bijgevolg niet toegelaten.

**657.** De hypothese dat het Hof met dit recente arrest lijkt af te wijken van het arrest uit 2013 (*supra* nr. 653) kan niet geheel bevestigd worden. Het Grondwettelijk Hof heeft in het arrest nr. 71/2016 wel haar rechtspraak uit 2013 verduidelijkt. Het gaat dan ook eerder om een evolutie in de rechtspraak dan een afwijking. Zo bevestigt het Hof een eerder en gelijkaardig ingenomen standpunt inzake de kwalificatie van de kosten. Daarenboven blijkt nu wel onmiskenbaar dat enkel algemene beleidsrichtsnoeren mogelijk zijn, die niet mogen raken aan reguleringsbeslissingen zoals het "vaststellen of goedkeuren, volgens transparante criteria, van transmissie- of distributietarieven of de berekeningsmethodes hiervoor" (overw. B.10.2.). Algemene beleidsrichtsnoeren mogen daarbij dus niet van specifieke of technische aard zijn, aangezien zij dan een verboden directe instructie uitmaken. Deze algemene richtsnoeren zijn slechts "in overeenstemming met de doelstelling van de richtlijn zijn indien zij de nationale energieregulator enkel aansporen om rekening te houden met de door

---

<sup>2062</sup> S. LAVRIJSSEN en A. OTTOW, "Independent Supervisory Authorities; A Fragile Concept", *Legal Issues of Economic Integration* 2012, (419) 436. Zie ook C. HANRETTY, P. LAROUCHE en A. REINDL, *Independence, Accountability and Perceived Quality of Regulators*, Centre on Regulation in Europe (CERRE), 2012, 15: "Regulatory decisions must therefore be made in an environment which is shielded from undue influence as much as possible: this would imply transparency, independence of the decision-maker, openness, a duty to state reasons and the possibility of review, i.e. the characteristics of a regulatory agency. By implication, the role of the Legislative and the Executive would be limited to issues where there is no clear controversy among market players, i.e. issues where a decision does not immediately make winners and losers. This would explain why, in a decision chain model, the Legislative and the Executive can deal with the highest levels – provide guidelines and set out policy objectives – but cannot go very far down the decision chain, since very rapidly market players will begin to hold diverging views on the outcome and will engage in rent-seeking behavior".

<sup>2063</sup> S. LAVRIJSSEN, "Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU perspectief", *RegelMaat* 2015, afl. 3, (182) 191.

de overheid nagestreefde energiebeleidsdoelstellingen en haar belangen zoals de betaalbaarheid, de betrouwbaarheid, de duurzaamheid van de energiemarkt” (overw. B.10.3.).

**658.** Wanneer beide arresten (nr. 117/2013 en nr. 71/2016) worden samengelegd dan lijkt het *prima facie* niet evident om beide uitspraken met elkaar te verzoenen. Nader bekeken, moet worden vastgesteld dat beide arresten toch niet zoveel van elkaar afwijken. Het arrest nr. 71/2016 vormt wel een verduidelijking (en misschien toch ook wel een verzachting) van de rechtspraak uit 2013. Volgens de huidige stand van zaken en de rechtspraak van het Hof moet eerst en vooral worden aangenomen dat algemene richtsnoeren inzake energiebeleidsdoelstellingen, betaalbaarheid, betrouwbaarheid en de duurzaamheid toch betrekking kunnen hebben op de tariefbevoegdheid. Deze richtsnoeren mogen evenwel niet zo ver gaan dat zij raken aan de exclusieve en autonome bevoegdheid van de energieregulator inzake het nemen van de reguleringsbeslissingen. Het mag dus niet gaan om een specifieke, technische directe instructie. Vandaar dat het Hof ook richtsnoer per richtsnoer nagaat of er geen sprake is van een directe instructie. De vraag is evenwel of het Hof – wanneer het de uitgebreidere redenering uit het arrest van 2016 zou toepassen op het arrest uit 2013 – in 2013 niet tot een andere uitkomst had moeten komen...

#### 5.6.2.3. Richtsnoeren bij de VREG

**659.** Het decreet van 27 november 2015 houdende diverse bepalingen inzake energie vormt voor de VREG het wetgevend kader inzake de tarieven.<sup>2064</sup> De regels inzake de distributienettarieven voor elektriciteit en aardgas in het Vlaams Gewest omvatten onder andere de richtsnoeren voor het opstellen van de tariefmethodologie. De parlementaire voorbereiding bepaalt dat de richtsnoeren onder meer principes van volledigheid en transparantie, van non-discriminatie en van evenredigheid inhouden.<sup>2065</sup> De richtsnoeren strekken er volgens de parlementaire voorbereiding toe (1) te garanderen dat de lasten verbonden aan de openbardienstverplichtingen die aan de netwerkbeheerders worden opgelegd worden verrekend, (2) het rationele energiegebruik te bevorderen (3) de consumentenbescherming te bevorderen.<sup>2066</sup> Het vaststellen van richtsnoeren die de VREG binden, is volgens de parlementaire voorbereiding “niet *per se* strijdig met de principiële exclusieve bevoegdheid van de regulerende instantie inzake het “vaststellen of goedkeuren, volgens transparante criteria, van transmissie- of distributietarieven of de berekeningsmethodes hiervoor”.<sup>2067</sup> Uit artikel 35, lid 4, b), van richtlijn

<sup>2064</sup> Decr.VI. 27 november 2015 houdende diverse bepalingen inzake energie vormt voor de VREG het wetgevend kader inzake de tarieven, *BS* 10 december 2015.

<sup>2065</sup> Ontwerp van decreet houdende diverse bepalingen inzake energie, *Parl.St.* VI.Parl. 2014-2015, 461, nr. 1, 7.

<sup>2066</sup> Ontwerp van decreet houdende diverse bepalingen inzake energie, *Parl.St.* VI.Parl. 2014-2015, 461, nr. 1, 7.

<sup>2067</sup> Vervat in artikel 37, lid 1, a), van richtlijn 2009/72/EG en in artikel 41, lid 1, a), van richtlijn 2009/73/EG.

2009/72/EG en artikel 39, lid 4, b), van richtlijn 2009/73/EG kan immers worden afgeleid dat het geven van *algemene beleidsrichtsnoeren* van de overheid "die geen verband houden met de (...) reguleringstaken" van de regulerende instantie, verenigbaar zijn met de verplichting van de lidstaten om de onafhankelijkheid van die regulerende instantie te waarborgen".<sup>2068</sup>

Zoals de Raad van State terecht opmerkt kunnen deze richtsnoeren geen specifieke instructies bevatten aan de energieregulatoren over de wijze waarop bepaalde elementen of parameters van de tarieven moeten worden ingevuld, *tenzij* voor zover de richtsnoeren de implementatie zouden inhouden van verplichtingen uit het EU-recht die ook bindend zijn of bindend moeten worden gemaakt ten aanzien van de regulerende instantie.<sup>2069</sup> De Raad van State lijkt hier eveneens te bevestigen dat algemene richtsnoeren die verband houden met de tarieven wel mogelijk zijn voor zover deze terughoudend worden opgesteld en zij geen specifieke, directe instructies omvatten.

**660.** Een aantal Vlaamse richtsnoeren – voornamelijk richtsnoeren 2°, 7°, 15°, 19° en 20° – geven daardoor aanleiding tot discussie. Zo bepaalde het voorontwerp van richtsnoer 2° het volgende: "de tariefmethodologie stelt het aantal jaren vast van de reguleringsperiode die aanvangt op 1 januari van het jaar dat volgt op het jaar waarin de VREG de tariefmethodologie heeft vastgesteld". De VREG stelt hierover dat die bepaling geen algemene beleidsrichtlijn uitmaakt, maar wel een verboden instructie aan de regulator. Daarenboven maakt die bepaling het onmogelijk om de tariefmethodologie op elk ogenblik te wijzigen en onverwijld in werking te laten treden. De Raad van State volgt de VREG en stelt dat "nog afgezien van het gegeven dat de geldigheidsduur van een tariefmethodologie of van de tarieven die op grond van die methodologie worden vastgesteld, tot de autonomie van de regulerende instantie behoort, kan het vereiste dat de tarieven worden vastgesteld voor een periode die aanvangt op 1 januari van het jaar dat volgt op het jaar waarin de tariefmethodologie werd vastgesteld, het onevenredig moeilijk maken voor de regulerende instantie om, indien de omstandigheden dat vereisen, de tarieven "op een efficiënte en snelle wijze" te wijzigen, hetgeen op gespannen voet staat met de [...] richtlijnbepalingen".<sup>2070</sup> De regulator moet volgens de Raad van State de mogelijkheid hebben om te allen tijde te verlangen om de tarieven en de tariefmethodologie te wijzigen. Het verdient volgens de Raad aanbeveling om hier naar te verwijzen in de ontworpen richtsnoer 2. De Raad sluit zich op dit punt aan bij de suggestie die de VREG heeft geformuleerd, met name om de richtsnoer als volgt te omschrijven: "2° de tariefmethodologie bepaalt de

<sup>2068</sup> Ontwerp van decreet houdende diverse bepalingen inzake energie, *Parl.St.* VI.Parl. 2014-2015, 461, nr. 1, 152.

<sup>2069</sup> Adv. RvS. nr. 57.643/3 van 9 juli 2015 bij het ontwerp van decreet houdende diverse bepalingen inzake energie, *Parl.St.* VI.Parl. 2014-2015, 461, nr. 1, 152: "zie daarbij bijvoorbeeld het ontworpen richtsnoer 3, dat strookt met de doelstelling die verwoord wordt in artikel 37, lid 10, van richtlijn 2009/72/EG en in artikel 41, lid 10, van richtlijn 2009/73/EG. De ontworpen richtsnoeren 14 tot 17 lijken dan weer de vertolking in te houden van hetgeen inzake energie-efficiëntie wordt bepaald in richtlijn 2012/27/EU".

<sup>2070</sup> Adv. RvS. nr. 57.643/3 van 9 juli 2015 bij het ontwerp van decreet houdende diverse bepalingen inzake energie, *Parl.St.* VI.Parl. 2014-2015, 461, nr. 1, 153.

periode waarop zij van toepassing is, zonder afbreuk te doen aan de wijzigingsmogelijkheid ervan". De wetgever heeft hier echter geen gehoor aan gegeven.<sup>2071</sup>

Ook bij richtsnoer 7° wordt de autonomie van de VREG beknot. Het voorontwerp van de richtsnoer bepaalde het volgende: "de verschillende tarieven worden gevormd op basis van een uniforme structuur op grondgebied dat de distributienetbeheerder beheert. In geval van fusie van distributienetbeheerders of wijzigingen kunnen tot 9 november 2019 in elke geografische zone verschillende tarieven verder worden toegepast op vraag van de voormalige distributienetbeheerder van die zone". In het advies van de VREG van 5 mei 2015 verwijst de regulator naar de ingebrekestelling door de Europese Commissie. De Europese Commissie is namelijk van oordeel dat de regulator de mogelijkheid moet hebben om tarieven, die geografisch gedifferentieerd zijn, goed te keuren b.v. om lokale problemen van congestie aan te pakken.<sup>2072</sup> De Europese Commissie benadrukt ruimer "dat de regulerende instantie bij de vaststelling/goedkeuring van de tarieven of de berekeningsmethoden voor het grondgebied van de lidstaat over een discretionaire bevoegdheid en over een beoordelingsmarge moet beschikken".<sup>2073</sup> Het opleggen van uniforme tarieven binnen het grondgebied van netbeheerders is volgens de VREG geen algemene beleidsrichtlijn, maar wel een concrete en precieze dwingende regel.<sup>2074</sup> De Raad van State sluit zich ook hier bij aan en stelt dat opnieuw moet worden gewezen op de autonomie van de regulerende instantie, die in beginsel zelf moet beslissen over eventuele aanpassingen van tarieven bij de wijziging van een geografische zone waarvoor een bepaalde distributienetbeheerder bevoegd is.<sup>2075</sup> De redactie van richtsnoer 7° werd aangepast aan het advies van de VREG.<sup>2076</sup>

Een laatste voorbeeld wordt gevormd door richtsnoer 15°. Het voorontwerp bepaalde: "de structuur van de tarieven bevordert het rationeel gebruik van energie en weerspiegelt de kosten van de infrastructuur". De VREG wijst hier terecht op het feit dat de tweede zin strijdig is met de exclusieve bevoegdheid

---

<sup>2071</sup> Huidig richtsnoer 2 bepaalt: "onverminderd de mogelijkheid om conform artikel 4.1.33, § 4, de tariefmethodologie tussentijds te herzien, stelt de tariefmethodologie het aantal jaren vast van de reguleringsperiode die aanvangt op 1 januari van het jaar dat volgt op het jaar waarin de VREG de tariefmethodologie heeft vastgesteld".

<sup>2072</sup> Dit volgt uit o.m. art. 37(8) van richtlijn 2009/72/EG en 41(8) van richtlijn 2009/73/EG, die naar de "passende stimulansen" in de tarieven verwijzen.

<sup>2073</sup> Europese Commissie, 2014/2189 C(2014) 7337 final, onuitgegeven, zoals vermeld in VREG, Advies van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt van 5 mei 2015 met betrekking tot het voorontwerp van decreet houdende diverse bepalingen inzake energie, zoals principieel goedgekeurd door de Vlaamse regering op 3 april 2015, ADV-2015-05,

[http://www.vreg.be/sites/default/files/document/voorontwerp\\_van\\_decreet\\_houdende\\_diverse\\_bepalingen\\_inzake\\_energie.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/document/voorontwerp_van_decreet_houdende_diverse_bepalingen_inzake_energie.pdf), 13.

<sup>2074</sup> Ontwerp van decreet houdende diverse bepalingen inzake energie, *Parl.St.* VI.Parl. 2014-2015, 461, nr. 1, 117.

<sup>2075</sup> Adv. RvS. nr. 57.643/3 van 9 juli 2015 bij het ontwerp van decreet houdende diverse bepalingen inzake energie, *Parl.St.* VI.Parl. 2014-2015, 461, nr. 1, 153.

<sup>2076</sup> Richtsnoer 7° werd gesplitst: Richtsnoer 7° de verschillende tarieven worden gevormd op basis van een uniforme structuur op het grondgebied dat de distributienetbeheerder beheert; Richtsnoer 8° in geval van fusie of wijzigingen van distributienetbeheerders kunnen tot het einde van de op het moment van die fusie of van die wijzigingen lopende evenals de daaropvolgende reguleringsperiode [werd toegevoegd] in elke geografische zone verschillende tarieven verder worden toegepast;

van de regulator inzake tarieven. De VREG verwijst daarbij naar de Interpretatie Nota van de Europese Commissie uit 2004 betreffende de rol van de energieregulators onder de Tweede Elektriciteits- en Gasrichtlijn: wat de structuur van de individuele tarieven voor de netgebruikers betreft, komt het de regulator toe om ze kostenreflectief t.o.v. de gemaakte kosten te beoordelen, waarbij redelijkheid en flexibiliteit van toepassing zijn.<sup>2077</sup> De VREG stelde voor om richtsnoer 15° te vervangen door "de structuur van de tarieven bevordert het rationeel gebruik van energie en infrastructuur". Richtsnoer 15° is ondertussen richtsnoer 16° geworden en bepaalt nu: "de structuur van de tarieven bevordert het rationeel gebruik van energie en het rationeel gebruik van de infrastructuur. Ook hier heeft men de VREG gevolgd".

**661.** Ook de SERV en de MINARAAD maken duidelijk dat de richtsnoeren zich niet op het terrein van de "technische tariefregulering" mogen begeven.<sup>2078</sup> De richtsnoeren moeten volgens de raden ruimte laten voor nieuwe inzichten aangezien men nog steeds zoekt naar optimale tariefmethodes in een onzeker en sterk wijzigend energielandschap. De richtsnoeren moeten ook duidelijk zijn, geen interpretatie toelaten en onderling coherent zijn. Een aantal richtsnoeren voldoen volgens de raden niet aan deze voorwaarden. Zo lijken voornamelijk de richtsnoeren 2, 19 en 20 op het terrein te zitten van de 'technische' tariefregulering waarvoor enkel en alleen de VREG bevoegd is. Sommige richtsnoeren zijn volgens de raden te vaag omschreven waardoor de interpretatie kan verschillen (richtsnoeren 4, 7, 8, 10, 15, 20) terwijl hun interpretatie van groot belang is. Het is volgens de raden ook onduidelijk waarom de formulering van een aantal richtsnoeren afwijkt van de Europese regelgeving of de vroegere federale richtsnoeren (waarvan het overigens onduidelijk is of die wel rechtsgeldig waren) (Richtsnoeren 4, 14, 15, 18).<sup>2079</sup>

Tenslotte riepen beide raden ook op om de kosten voor de openbare dienstverplichtingen niet meer te financieren via de gereguleerde tarieven, maar te financieren via aparte belastingen, taksen, bijdragen of heffingen op de energiefactuur, of via tegemoetkomingen, subsidies of fiscale instrumenten buiten de energiefactuur.<sup>2080</sup> Zo stellen de raden: "hierdoor vallen ze buiten de tariefbevoegdheid van de regulator en hebben de Vlaamse regering en het Vlaams parlement de volledige bevoegdheid om de wijze waarop de verrekening van de kosten gebeurt te regelen. (cf. supra 2.1. omtrent maatschappelijke

---

<sup>2077</sup> Note of DG Energy & Transport on Directives 2003/54/EC and 2003/55/EC on the internal market in electricity and natural gas, The role of the regulatory authorities, January 14, 2004, 6. Zie hierover meer in het eerste hoofdstuk van dit werk.

<sup>2078</sup> SERV en MINARAAD, Advies Tariefdecreet en diverse bepalingen energie bij het ontwerp van decreet houdende diverse bepalingen inzake energie, *Parl.St.* VI.Parl. 2014-2015, 461, nr. 1, 78.

<sup>2079</sup> SERV en MINARAAD, Advies Tariefdecreet en diverse bepalingen energie bij het ontwerp van decreet houdende diverse bepalingen inzake energie, *Parl.St.* VI.Parl. 2014-2015, 461, nr. 1, 78.

<sup>2080</sup> De netbeheerders hebben een aantal wettelijke verplichtingen op sociaal-economisch, ecologisch en technisch vlak, de zogenaamde openbardienstverplichtingen. Twee voorbeelden zijn: (1) elke distributienetbeheerder staat in zijn gebied in voor de ononderbroken toevoer van elektriciteit of aardgas; (2) de netbeheerders moeten o.a. jaarlijks elektriciteit doen besparen aan de hand van een REG-actieplan met sensibiliserende acties en financiële maatregelen (premies).



keuzes die niet aan de regulator en de netbeheerders kunnen worden overgelaten)". Ook de VREG had in het memorandum 2014-2019 reeds de vraag gesteld of er alternatieven mogelijk zijn.<sup>2081</sup> Ook de oorspronkelijke gedelegeerd bestuurder van de VREG is voorstander van dergelijke aanpak.<sup>2082</sup> In het kader van de *shifting blame* problematiek lijkt dit inderdaad een goede evolutie, zo worden eerder onpopulaire maatregelen (zoals bijvoorbeeld de "Turteltaks")<sup>2083</sup> niet meer gelinkt aan een energieregulator (bv. in de media etc.), maar blijven het pure politieke beleidsbeslissingen, waarvoor de verantwoordelijkheid ook bij de minister ligt. Op die manier kan de regulator zich focussen op zijn kerntaak.

### 5.6.3. Verrekening historisch saldo

**662.** Een ander voorbeeld in verband met de autonome beslissingsbevoegdheid van de energieregulator en de spanning met het politieke veld kan teruggevonden worden in de discussie met betrekking tot de verrekening van de historische saldi.<sup>2084</sup> De historische opbouw van een vrij omvangrijke schuldenberg, gecreëerd door de groenestroomcertificaten, moest immers door de VREG verrekend worden in de tarieven.<sup>2085</sup> In de parlementaire commissie werd gediscussieerd over de termijn voor de doorrekening die de VREG hanteert. In het Regeerakkoord en in het parlement werd uitgegaan van een doorrekening op drie jaar. De VREG gaat evenwel uit van een doorrekening op vijf jaar. De VREG motiveerde zijn beslissing door te verwijzen naar de openbare raadpleging. Enerzijds wou de VREG vermijden dat de interesten op de leningen die de distributienetbeheerders aangingen voor de opvang van de tekorten verder oplopen. Anderzijds wou de regulator ook drastische tariefschokken voor netgebruikers voorkomen. Dit laatste bleek een grote bezorgdheid van de leveranciers, die instaan voor de invordering van de nettarieven. Daarom, en o.a. omdat deze saldi zijn ontstaan over een termijn van vijf jaar (2010-2014) besliste de VREG dat in 2016 een eerste voorschot van 20% van de saldi zou worden doorgerekend in de distributienettarieven. Op die manier werkt de VREG de historische saldi over een periode van 5 jaar weg, dus tegen eind 2020.<sup>2086</sup>

<sup>2081</sup> VREG, Memorandum van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt voor de Vlaamse regering 2014-2019, <http://www.vreg.be/sites/default/files/adviezen/adv-2013-10.pdf>.

<sup>2082</sup> Eigen interview met meneer Pictoel; zie ook "interview met meneer Pictoel, VREG vreest voor zijn onafhankelijkheid", <http://kanaalz.knack.be/talk/vreg-vreest-voor-zijn-onafhankelijkheid/video-normal-576257.html>.

<sup>2083</sup> Dit is een forfaitaire energieheffing waarmee minister van Energie Annemie Turtelboom de historische schuld van de groenestroomcertificaten wil wegwerken.

<sup>2084</sup> Zie o.a. de parlementaire discussie in de Commissie voor Energie: Commissievergadering van 14 oktober 2015 Commissie voor Leefmilieu, Natuur, Ruimtelijke Ordening, Energie en Dierenwelzijn, Hoorzitting VREG: actuele dossiers onder de loep, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, C22 (<https://www.vlaamsparlament.be/commissies/commissievergaderingen/1009022>); Verslag van de hoorzitting namens de Commissie Leefmilieu, Natuur, Ruimtelijke Ordening, Energie en Dierenwelzijn, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, nr. 565/1, 1-15.

<sup>2085</sup> Brussel 30 juni 2015, 2014/AR/750, [http://www.vreg.be/sites/default/files/document/arrest\\_30\\_juni\\_2015\\_hof\\_van\\_beroep\\_historische\\_saldi.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/document/arrest_30_juni_2015_hof_van_beroep_historische_saldi.pdf).

<sup>2086</sup> Zie Verslag van de hoorzitting namens de Commissie Leefmilieu, Natuur, Ruimtelijke Ordening, Energie en Dierenwelzijn, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, nr. 565/1, 4 en de website van de VREG: <http://www.vreg.be/nl/doorrekening-historische-exploitatiesaldi>; beiden laatst geconsulteerd op 3 januari 2016.

**663.** In de parlementaire commissie werd deze autonome beslissing van de regulator door sommige commissieleden (streng) bekritiseerd. De heer Gryffroy stelde dat “de manier waarop de [VREG zijn] bevoegdheid gebruikt ter discussie staat”; “[uit de consultatie blijkt dat] het gaat over zes mensen, zes netgebruikers” “het [de beslissing van de VREG] is gewoonweg niet correct, omdat het niet weergeeft wat het zou moeten zijn”.<sup>2087</sup> De heer Bothuyne stelde dat hij “ernstige vragen heeft bij de manier waarop de VREG de regulatoire bevoegdheid inzake de doorrekening uitoefent”; “enkel zes individuen en de energieleveranciers opteren voor vijf jaar, al de rest inclusief een democratisch verkozen meerderheid opteert voor drie jaar”; “ik neem aan dat wij als democratisch verkozen parlamentslid, als wij een inbreng willen hebben, dat wij u in de toekomst bij de publieke consultatie een apart briefje moeten sturen”; “waarbij het briefje als individu zwaarder weegt dan hetgeen wat uit het parlement wordt naar voren geschoven”; de heer Bothuyne sluit af met “ik roep u op om die beslissing te herzien”.<sup>2088</sup>

**664.** Dergelijke kritiek is onterecht en ongehoord. De VREG is een onafhankelijke instantie die bevoegd is om op autonome wijze deze beslissing te nemen. De parlamentsleden hebben zelf deze bevoegdheid in de regelgeving toegekend aan de regulator en ook het Hof van beroep te Brussel heeft uitdrukkelijk gesteld dat de VREG bevoegd is om deze doorrekening door te voeren. Dit houdt in dat de VREG ook bevoegd is om de *modaliteiten* daarbij te bepalen. Bovendien is de VREG goed gepositioneerd om als onafhankelijke regulator alle, vaak tegenstrijdige, belangen op een autonome manier tegen elkaar af te wegen en het algemeen belang daarbij voorop te plaatsen. Daarenboven stelde de Europese Commissie in de ingebrekestelling tegen de Belgische Staat “dat de regulerende instantie bij de vaststelling van de tarieven of de berekeningsmethoden voor het grondgebied van de lidstaat over **een discretionaire bevoegdheid** en over een **beoordelingsmarge** moet beschikken”.<sup>2089</sup> Dergelijke zienswijze benadrukt het belang aan autonomie bij de energieregulatoren en zorgt ervoor dat de VREG zelf kan beoordelen welke periode geschikt is om de doorrekening te laten plaatsvinden.

#### 5.6.4. *Technisch reglement*

**665.** Technische reglementen worden door de energieregulatoren opgesteld om de toegang tot het elektriciteits- en aardgasnet te regelen en de uitbreiding

<sup>2087</sup> Verslag van de hoorzitting namens de Commissie Leefmilieu, Natuur, Ruimtelijke Ordening, Energie en Dierenwelzijn, Parl.St. VI.Parl. 2015-2016, nr. 565/1, 7.

<sup>2088</sup> Verslag van de hoorzitting namens de Commissie Leefmilieu, Natuur, Ruimtelijke Ordening, Energie en Dierenwelzijn, Parl.St. VI.Parl. 2015-2016, nr. 565/1, 6.

<sup>2089</sup> Europese Commissie, 2014/2189 C(2014) 7337 final, 12-13, onuitgegeven, zoals vermeld in VREG, Advies van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt van 5 mei 2015 met betrekking tot het voorontwerp van decreet houdende diverse bepalingen inzake energie, zoals principieel goedgekeurd door de Vlaamse regering op 3 april 2015, ADV-2015-05, [http://www.vreg.be/sites/default/files/document/voorontwerp\\_van\\_decreet\\_houdende\\_diverse\\_bepalingen\\_inzake\\_energie.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/document/voorontwerp_van_decreet_houdende_diverse_bepalingen_inzake_energie.pdf), 13.

ervan het beheren. In principe hoort het opstellen van een technisch reglement niet tot de exclusieve bevoegdheden van de energieregulatoren.<sup>2090</sup> Zo stellen de CREG en Brugel niet zelf het reglement op. Het opmaken van een technisch reglement is een moeilijke balanceringsoefening tussen de respectievelijke bevoegdheden van de regering en de regulator. Indien immers het technisch reglement, opgesteld door de regering, regels bevat die betrekking hebben op de kerntaken van de regulator dan is dit reglement in strijd met de richtlijn. De regering kan dus enkel het technisch reglement opstellen in zoverre zij geen exclusieve bevoegdheden of taken van de regulator overneemt.

**666.** Voor de CREG bepaalt artikel 11 van de Elektriciteitswet dat na advies van de CREG en overleg met de netbeheerder de Koning een technisch reglement opstelt voor het beheer van het transmissienet en de toegang ertoe. De CREG is met andere woorden niet bevoegd voor het opstellen van het technisch reglement. Het louter geven van een advies en de vorm van een KB zorgen ervoor dat het voor de CREG onmogelijk is om het technisch reglement autonoom tot stand te doen komen of te wijzigen. Uit de parlementaire voorbereiding bij de wet van 8 januari 2012 blijkt dat de Raad van State in zijn advies stelt dat naar luid van het huidige artikel 11 van de Elektriciteitswet in het door de Koning vast te stellen technisch reglement met betrekking tot het beheer van en de toegang tot het transmissienet een aantal aangelegenheden worden opgenomen die overeenkomstig artikel 37, lid 6, van richtlijn 2009/72/EG tot de exclusieve bevoegdheid van de regulerende instantie behoren. Die aspecten moeten volgens de Raad in ieder geval worden uitgezonderd van de in het huidige artikel 11, tweede lid, opgesomde aangelegenheden. Indien dit laatste onmogelijk blijkt te zijn, moet de bevoegdheid om het technisch reglement vast te stellen, **volledig** worden toevertrouwd aan de CREG.<sup>2091</sup>

Deze discussie kwam eveneens aan bod in het arrest nr. 117/2013 van het Grondwettelijk Hof.<sup>2092</sup> De CREG voerde aan dat "bij artikel 37, leden 6, onder c), en 9, van de richtlijn 2009/72/EG en bij artikel 41, leden 6, onder c), en 9, van de richtlijn 2009/73/EG aan de nationale regulerende instanties exclusieve bevoegdheden inzake grensoverschrijdende infrastructuur worden verleend, met name wat betreft de procedures voor congestiebeheer van de netten, en worden die instanties met het toezicht op dat beheer belast. [...]. De bevoegdheid die de CREG uit de richtlijn afleidt inzake voorwaarden voor toegang tot de

<sup>2090</sup> Zie GwH 7 augustus 2013, nr. 117/2013, overweging B.20.3 : "Uit artikel 37, leden 6, onder c), en 9, van de richtlijn 2009/72/EG blijkt niet dat het vaststellen van het technisch reglement tot de bevoegdheid van de nationale regulerende instantie behoort".

<sup>2091</sup> Adv.RvS. nr. 49 570/3 van 31 mei 2011 bij het wetsonderwerp tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, 1725/001, 281.

<sup>2092</sup> GwH 7 augustus 2013, nr. 117/2013. Zie ook L. DE DEYNE, "Lijvig arrest van het Grondwettelijk Hof versterkt onafhankelijkheid van CREG slechts matig", *MER* 2014, afl. 1, 3-24; D. VERHOEVEN, "Recente ontwikkelingen in het federale energierecht: *Europe strikes back*" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2014*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (51) 62.

grensoverschrijdende infrastructuur wordt aldus afhankelijk gesteld van de voorwaarden die krachtens een KB zijn vastgesteld en die betrekking hebben op de congestie in ruime zin, met inbegrip van de methoden voor het evalueren van de capaciteit die nochtans tot de exclusieve bevoegdheid van de CREG behoren”.<sup>2093</sup> Het Grondwettelijk Hof volgt deze redenering niet en stelt dat uit artikel 37, leden 6, onder c), en 9, van de richtlijn 2009/72/EG niet blijkt dat het vaststellen van het technisch reglement tot de bevoegdheid van de nationale regulerende instantie behoort.<sup>2094</sup> Het Hof bevestigt de bevoegdheid die de CREG wordt toegekend bij artikel 37, lid 6, onder c). Deze bevoegdheid past volgens het Hof niettemin in het ruimere kader van de verordening (EG) nr. 714/2009 die voorziet in de uitwerking van netcodes die in de Europese Unie uniform van toepassing zijn. Aangezien die netcodes nog niet door de bevoegde Europese autoriteiten waren goedgekeurd, kon worden aanvaard dat de wetgever, om rechtsonzekerheid te vermijden, het door de Koning vastgestelde technisch reglement in de rechtsorde heeft gehandhaafd.<sup>2095</sup> Deze redenering van het Hof is op zijn zachtst “vreemd” te noemen. Volgens de Europese Commissie is het “Technisch reglement inzake transmissie van elektriciteit” wel degelijk in strijd met de richtlijnen aangezien het reglement regels bevat inzake de aansluiting op en toegang tot het net en de methoden voor de evaluatie van de beschikbare capaciteit, het congestiebeheer en de toewijzing van capaciteit.<sup>2096</sup> Zoals VERHOEVEN terecht stelt is het onvoldoende dat het technisch reglement en de gedragscode door de CREG louter wordt voorgesteld (en niet wordt opgesteld).<sup>2097</sup> De autonome besluitvorming van de CREG wordt hierbij aangetast. Bovendien maakt de vorm van een KB het onmogelijk voor de CREG om deze instrumenten autonoom te wijzigen.<sup>2098</sup>

**667.** Artikel 9ter van de Elektriciteitsordonnantie bepaalt dat elke netbeheerder een voorstel van technisch reglement uitwerkt voor het beheer van zijn eigen net en de toegang hiertoe. Over deze voorstellen brengt Brugel een advies uit. Brugel kan wijzigingen aan de voorstellen van technisch reglement voorstellen, die zij daarna meedeelt aan de betrokken netbeheerder. Vervolgens beschikt de betrokken netbeheerder over een termijn van één

---

<sup>2093</sup> A.17.1; zie ook overweging B.20.2 : “Een eerste grief wordt door de verzoekende partij afgeleid uit het feit dat artikel 36, 8°, van de bestreden wet, dat artikel 23, § 2, tweede lid, 9°, van de Elektriciteitswet vervangt, haar ermee belast de toepassing van het in die bepaling bedoelde technisch reglement van het net - dat door de Koning wordt vastgesteld - te controleren, terwijl artikel 23, § 2, tweede lid, 35° en 36°, van die wet, gewijzigd bij artikel 36, 15°, van de bestreden wet, haar exclusief bevoegd maakt om de methoden goed te keuren die gebruikt zijn om de toegang tot de grensoverschrijdende infrastructuur mogelijk te maken, met inbegrip van de procedures voor capaciteitstoewijzing en congestiebeheer, alsook om toe te zien op het congestiebeheer en op de invoering van de daarmee samenhangende regels. Zodoende verwijft de verzoekende partij de bestreden wet haar niet de vaststelling van het technisch reglement te hebben toevertrouwd”.

<sup>2094</sup> Overweging B.20.3.

<sup>2095</sup> KB 19 december 2002 houdende een technisch reglement voor het beheer van het transmissienet van elektriciteit en de toegang ertoe, BS 28 december 2002.

<sup>2096</sup> Europese Commissie, 2014/2189 C(2014) 7337 final, onuitgegeven, zoals vermeld in D. VERHOEVEN, “Recente ontwikkelingen in het federale energierecht: *Europe strikes back*” in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2014*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (51) 62.

<sup>2097</sup> D. VERHOEVEN, “Recente ontwikkelingen in het federale energierecht: *Europe strikes back*” in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2014*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (51) 62.

<sup>2098</sup> D. VERHOEVEN, “Recente ontwikkelingen in het federale energierecht: *Europe strikes back*” in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2014*, Antwerpen, Intersentia, 2013, (51) 62.

maand om aan zijn oorspronkelijk voorstel alle of een deel van de wijzigingen voorgesteld door Brugel door te voeren. Als deze niet allemaal in overweging genomen worden, rechtvaardigt de betrokken netbeheerder zijn standpunt aan Brugel in een advies. Brugel stelt vervolgens een aanvullend advies op. Het geheel van de voornoemde documenten wordt aan de regering overgemaakt die het technisch reglement vaststelt door alle of een deel van de voorstellen aan te nemen. Deze bepalingen vormen een flagrante inbreuk op de onafhankelijkheid van de Brusselse energieregulator. Het is namelijk ongehoord dat de netbeheerder zelf het reglement opstelt waaraan hij later onderworpen wordt. De bevoegdheden van de energieregulator worden op die manier uitgehold en de onafhankelijkheid beknot. In de parlementaire voorbereiding bij de ordonnanties van 20 juli 2011 (tot wijziging van de ordonnanties van 19 juli 2001) werd deze procedure verdedigd en werd gesteld dat er op die manier "een beter evenwicht wordt bereikt tussen de verschillende belanghebbenden".<sup>2099</sup> "Thans werkt de netbeheerder een voorstel uit, Brugel brengt een advies uit en kan aanpassingen voorstellen en de regering kan alle of een deel van de voorgestelde aanpassingen goedkeuren (heden keurt de regering goed waarbij het alle of geen van de aanpassingsvoorstellen aanneemt). Het betreft dus een duidelijke verbetering ten opzichte van de voorgaande procedure".<sup>2100</sup> De Raad van State stelt in zijn advies dat het aanbeveling verdient om het ontworpen artikel 9ter, eerste lid, aan te vullen met de volgende zin: "Het technisch reglement dient de interoperabiliteit van de netten te waarborgen en objectief en niet-discriminerend te zijn".<sup>2101</sup> De Raad vervolgt dat zoals het ontworpen artikel 9ter, tweede lid, is geredigeerd, het niet duidelijk is wat de bevoegdheid van de regering precies inhoudt: "Kan zij een technisch reglement enkel vaststellen door de voorstellen geheel of gedeeltelijk goed te keuren, zonder mogelijkheid om daarin wijzigingen aan te brengen, of kan zij desgevallend ook afwijken van de voorstellen van zowel Brugel als de netbeheerder en een eigen regeling opleggen?".<sup>2102</sup>

**668.** Artikel 13 van het Waals Elektriciteitsdecreet stelt dat in overleg met de netbeheerders, en na raadpleging van de Algemene Raad, de CWaPE een enig technisch reglement opstelt voor het beheer van en de toegang tot de distributienetten alsook een technisch reglement voor het beheer van en de toegang tot het plaatselijke transmissienet. Het technisch reglement wordt

---

<sup>2099</sup> Ontwerp van ordonnantie tot wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en van de ordonnantie van 12 december 1991 houdende oprichting van begrotingsfondsen, *Parl.St. Bru.Parl.* 2010-2011, A-201/1, 14.

<sup>2100</sup> Ontwerp van ordonnantie tot wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en van de ordonnantie van 12 december 1991 houdende oprichting van begrotingsfondsen, *Parl.St. Bru.Parl.* 2010-2011, A-201/1, 14.

<sup>2101</sup> Adv.RvS. nr. nr. 49.491/3 van 6 april 2011 bij het ontwerp van ordonnantie tot wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en van de ordonnantie van 12 december 1991 houdende oprichting van begrotingsfondsen, *Parl.St. Bru.Parl.* 2010-2011, A-201/1, 110.

<sup>2102</sup> Adv.RvS. nr. nr. 49.491/3 van 6 april 2011 bij het ontwerp van ordonnantie tot wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en van de ordonnantie van 12 december 1991 houdende oprichting van begrotingsfondsen, *Parl.St. Bru.Parl.* 2010-2011, A-201/1, 110.

**goedgekeurd** door de regering en wordt bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad.

**669.** De VREG stelt, na voorafgaandelijk stakeholdersoverleg, een ontwerp van technisch reglement op voor het beheer van het elektriciteitsdistributienet, het aardgasdistributienet en het plaatselijk vervoernet van elektriciteit. Dit ontwerp van reglement wordt vervolgens ter consultatie aan de marktpartijen voorgelegd (artikel 4.2.1., § 1 van het Energiedecreet). Artikel 4.2.1. § 3 van het Energiedecreet bepaalt momenteel nog dat de technische reglementen onderworpen zijn aan de **goedkeuring** van de Vlaamse regering. In voorkomend geval wordt de beslissing tot niet-goedkeuring onverwijld meegedeeld aan de VREG, die, rekening houdend met de **opmerkingen** van de Vlaamse regering, de gevraagde aanpassingen verricht. Daarna wordt het technisch reglement opnieuw ter goedkeuring voorgelegd aan de Vlaamse regering. Paragraaf 3 van het artikel werd aangepast door het decreet van 27 november 2015.<sup>2103</sup> De vorige redactie van §3 sprak over “de nodige aanpassingen”, de huidige versie spreekt over “de gevraagde aanpassingen”. De ruimte waarover de VREG vroeger beschikte om, waar nodig, een aantal aanpassingen door te voeren is nu beperkt: de VREG moet en zal de gevraagde aanpassingen verrichten. In de parlementaire voorbereiding bij het decreet van 27 november 2015 wordt verwezen naar de parlementaire voorbereiding bij het initiële Energiedecreet waarbij het blijkbaar reeds toen de bedoeling zou geweest zijn om “indien de Vlaamse regering niet instemt met bepaalde punten van het voorgestelde technisch reglement, zij dit meedeelt aan de VREG, zodat deze, opnieuw in overleg met de sector de gevraagde wijzigingen kan aanbrengen”.<sup>2104</sup> In de parlementaire voorbereiding uit 2015 voegt men daar nog aan toe dat “hieruit [...] dus duidelijk [volgt] dat de decreetgever de intentie had om de Vlaamse regering de mogelijkheid te geven om instructies aan de regulator te verstrekken houdende aanpassing van het ontwerp, dat die instructies niet louter gestoeld moeten zijn op de wettelijkheid en het algemeen belang, en dat de primaire intentie van de decreetgever om het aldus niet-goedgekeurde ontwerp naar de regulator terug te zenden de bewaking van de consistentie in het technisch reglement betreft”. De autonomie van de VREG wordt hierdoor klaarblijkelijk beperkt en dit is geen positieve evolutie. Het bleek bijvoorbeeld dat in het verleden reeds door de regering opmerkingen werden gegeven die duidelijk in strijd waren met de onafhankelijkheid van de regulator.<sup>2105</sup> Deze “gevraagde aanpassingen” maken directe instructies uit, hetgeen onverenigbaar is met de onafhankelijkheid van de VREG zoals bepaald in de Europese liberaliseringsrichtlijnen. Het voorstel van decreet van 6 juni 2016 bepaalt dan ook meer dan terecht dat paragraaf 3 zal bepalen dat de

---

<sup>2103</sup> BS 10 december 2015.

<sup>2104</sup> Ontwerp van decreet houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid, *Parl.St.* VI.Parl. 2008-09, nr. 2165/1, 49.

<sup>2105</sup> Interview met meneer Pictool.

technische reglementen, na een openbare consultatie worden goedgekeurd door de raad van bestuur van de VREG en niet meer door de regering.<sup>2106</sup>

#### 5.6.5. *Vaststellen van bindende besluiten en nemen van maatregelen*

**670.** Artikel 37(4)(a) en artikel 41(4)(a) van de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG stellen dat energieregulators bindende besluiten voor elektriciteits- en gasbedrijven moeten kunnen vaststellen. Het Rekenhof stelt in een recent rapport vast dat de Belgische wet aan de CREG niet de bevoegdheid geeft om bindende besluiten en andere maatregelen te nemen voor gas- en elektriciteitsbedrijven zoals voorgeschreven door de Europese Gas- en Elektriciteitsrichtlijn.<sup>2107</sup> De Elektriciteitswet en de Gaswet geven aan de CREG enkel de bevoegdheid "adviezen te geven of maatregelen" voor te stellen als zij vanuit haar taak als toezichthouder oneerlijke praktijken, anti-competitief gedrag of een onverantwoorde prijsverhouding zou vaststellen.<sup>2108</sup> Het Rekenhof verwijst ook naar de ingebrekestelling van de Belgische Staat waarin de Europese Commissie stelt dat de Belgische wet niet toestaat dat de CREG bindende besluiten neemt op het gebied van de transparantie en de vrije mededinging op de markt. Bijgevolg stelt de Europese Commissie dat de CREG niet de bevoegdheid heeft om noodzakelijke en evenredige maatregelen te treffen om daadwerkelijke mededinging te bevorderen en de goede werking van de markt te waarborgen via bindende besluiten ten aanzien van elektriciteits- en gasbedrijven. De richtlijnen stellen immers duidelijk voorop dat om de interne markt goed te laten functioneren, de energieregulators besluiten moeten kunnen nemen over alle relevante reguleringskwesaties.<sup>2109</sup>

**671.** Uit het rapport van het Rekenhof blijkt dat in het gecoördineerde antwoord van de federale overheid en de gewestelijke overheden staat dat de Belgische Staat ervoor heeft gekozen deze bevoegdheden toe te kennen aan de Belgische Mededingingsautoriteit (BMA), in samenwerking met de CREG. Het antwoord verwijst naar artikel 37(2) van de Elektriciteitsrichtlijn dat bepaalt dat de in artikel 37(1) van diezelfde richtlijn opgesomde toezichtstaken door andere instanties dan de regulerende kunnen worden uitgevoerd. Concreet bepalen de Gas- en Elektriciteitswet dat de CREG haar vaststellingen en veronderstelde

<sup>2106</sup> Voorstel van decreet tot wijziging van het decreet van 8 mei 2009 houdende de algemene bepalingen betreffende het energiebeleid, met betrekking tot de organisatie van de regulator, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, nr. 812/1, 15.

<sup>2107</sup> Rekenhof, "Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 21-22. Zie ook T. VANDEN BORRE, "De omzetting van de bepalingen inzake de onafhankelijke regulator – Op weg naar Luxemburg?" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX, *Jaarboek Energierecht 2010*, Antwerpen, Intersentia, (79) 132.

<sup>2108</sup> Zie o.a. artikel 23bis en volgende van de Elektriciteitswet: "[...] De Commissie kan adviezen formuleren en elke maatregel voorstellen die de goede werking en de transparantie op de markt verhoogt en die van toepassing is op alle elektriciteitsbedrijven, actief in België".

<sup>2109</sup> Europese Commissie, 2014/2189 C(2014) 7337 final, onuitgegeven, zoals vermeld in Rekenhof, "Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 22.

overtredingen doorstuurt aan de minister en de Belgische Mededingingsautoriteit.<sup>2110</sup> Tijdens de uitvoering van deze audit bleek volgens het Rekenhof dat, in *afwijking* van de visie van de Europese Commissie daarover, de CREG voorstander is van deze werkwijze.

**672.** Het Rekenhof merkt terecht op dat door de uitbreiding van haar taken en bevoegdheden door de REMIT-verordening<sup>2111</sup> de CREG toch zelf op verschillende vlakken sancties kan opleggen.<sup>2112</sup> De specifiek opsporings- en sanctiebevoegdheden van de CREG vloeien voort uit de artikelen 3, 4 en 5 van deze verordening, waarbij het gaat om sancties in het kader van (a) het verbod van handel met voorwetenschap; (b) de verplichte openbaarmaking van voorwetenschap en (c) het verbod van marktmanipulatie. Door deze bevoegdheidsuitbreiding heeft de CREG ook minder nood om zich te beroepen op artikel 23*bis* van de Elektriciteitswet.<sup>2113</sup> De bevoegdheden die voortvloeien uit de REMIT-verordening hebben het probleem dus (enigszins) verholpen. Niettemin wordt het interessant om op te volgen wat Europa over deze regeling vindt en of de CREG al dan niet zelf de bevoegdheden moet kunnen uitoefenen.<sup>2114</sup>

#### 5.6.6. *Conclusie autonome besluitvorming*

**673.** Uit bovenstaande voorbeelden blijkt op afgetekende wijze dat er vanuit Europa meer klaarheid moet komen over de draagwijdte van de autonome besluitvorming van de energieregulatoren. Zo is het bijvoorbeeld onduidelijk of de richtsnoeren *in se* wel betrekking kunnen hebben op de tariefbevoegdheid van de energieregulator en is het ook niet helder wie er bevoegd is om procedureregels inzake de tariefmethodologie uit te werken. Aangezien energieregulatoren exclusief bevoegd zijn inzake de tarieven wordt in dit onderzoek aanbevolen om de regulatoren eveneens uitdrukkelijk bevoegd te maken om zelf de door hen te volgen procedure vast te leggen. Zo bepaalt de Interpretatieve Nota ook dat "In the view of the Commission's services this means that the NRAs must adopt and publish their rules of procedure. These should include at least **procedures for decision making**".<sup>2115</sup> De energieregulator beslist (dicision) over de methodologie en zou dus ook de procedure hieromtrent moeten vaststellen. Bovendien moet de wetgeving

<sup>2110</sup> Zie de artikelen 23*bis* en 23*ter* van de Elektriciteitswet.

<sup>2111</sup> Verordening (EU) nr. 1227/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende de integriteit en transparantie van de groothandelsmarkt voor energie, *Pb.L.* 8 december 2011, afl. 326,1.

<sup>2112</sup> Zie hierover vorig hoofdstuk in verband met de bevoegdheden van de CREG.

<sup>2113</sup> En artikel 15/14*bis* van de Gaswet die van toepassing zijn op anti-competitief gedrag of oneerlijke handelspraktijken die een weerslag zouden kunnen hebben op een goed werkende elektriciteitsmarkt in België.

<sup>2114</sup> De huidige stand van zaken bestaat erin dat de Europese Commissie (op 25/02/2016) haar *reasoned opinion* heeft verzonden naar [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-16-319\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-319_en.htm): "The European Commission sent reasoned opinions to Belgium requesting it to ensure the correct implementation and application of the Electricity Directive (Directive 2009/72/EC) and the Gas Directive (Directive 2009/73/EC). Belgium did not correctly transpose some of the rules on ownership unbundling, making it nearly impossible for other undertakings than the national gas and electricity incumbent system operators to develop and manage interconnectors to other EU Member States. Belgium also did not correctly transpose certain rules on the powers of the national regulator and consumer provisions".

<sup>2115</sup> Interpretatieve Nota, 5.



duidelijk vastleggen dat de energieregulators de methodologie te allen tijden kunnen wijzigen. Deze wijzigingen moeten ook binnen een redelijk termijn in werking kunnen treden. Dergelijke mogelijkheid tot "wijzigingen te allen tijde" vloeit ook voort uit de initiële reden waarom men de tariefbevoegdheid aan de regulators heeft toebedeeld: de regulator kan op een snellere en meer efficiënte manier reageren op een snel wijzigende markt, sneller dan via de gewone wetgevingsprocedure.

**674.** Wat het technisch reglement betreft moet geconcludeerd worden dat het een (te) moeilijke evenwichtsoefening is om een technisch reglement op te stellen zonder daarbij de bevoegdheden en taken van de energieregulators te schenden. Vandaar verdient het de aanbeveling om de energieregulator zelf, autonoom, het technisch reglement te laten opstellen en dit te laten meedelen aan het parlement. Als de bevoegdheid wordt uitgeoefend door de regulator zelf, dan dient dit in volle onafhankelijkheid te gebeuren en moet vermeden worden dat er instructies of zelfs goedkeuringen uitgaan van de regering, het parlement of de Algemene Raad (zoals momenteel nog bij de VREG en ook bij de CWaPE). Bij deze goedkeuringsbevoegdheid van de regering lijken er problemen te rijzen inzake de onafhankelijkheid van de energieregulator. Artikel 35(5) van de richtlijn 2009/72/EG stelt immers dat de regulerende instantie zelfstandig besluiten moet kunnen nemen en bij het verrichten van de reguleringstaken geen directe instructies kan verlangen of ontvangen van regeringen of andere publieke of particuliere entiteiten. Dergelijke goedkeuring en het geven van "opmerkingen" houden niet conforme omzettingen van de richtlijn in.

**675.** De autonome besluitvorming van de regulators in België wordt bijgevolg in zekere mate ingeperkt. De gebruikte argumenten van de verschillende regeringen zijn daarbij niet altijd even pertinent. Ook de standpunten van het Grondwettelijk Hof liggen niet altijd in lijn met de adviesverlening van de Raad van State of (met de ingebrekestelling door) de Europese Commissie. Teneinde de autonome besluitvorming van de energieregulators op maximale wijze te garanderen dienen zo snel mogelijk de betwiste bepalingen te worden aangepast of geschrapt. En dit liefst voor de lancering van het vierde pakket liberaliseringsrichtlijnen. Zo niet, riskeert België (alweer) een veroordeling voor het Europees Hof van Justitie.

## **6. Financiële onafhankelijkheid**

### **6.1. Algemeen**

**676.** Onafhankelijke energieregulators opereren in een complex landschap waarbij zij rekening moeten houden met de belangen van diverse stakeholders, zoals de producenten, leveranciers, netbeheerders, consumenten, ministers, wetgevers enz. De moeilijke taak van de energieregulator bestaat erin deze complexe relaties te reguleren en daarbij de verschillende belangen te

verzoenen. Dergelijke taak plaatst de regulator uiteraard in een eerder kwetsbare positie. Enerzijds wordt er door de politiek en de maatschappij van de energieregulator verwacht dat hij op elk detail van de energiemarkt toezicht kan houden. Anderzijds mag dit toezicht niet gepaard gaan met een te strenge vorm van regulering of een te hoge kost.<sup>2116</sup> Energieregulatoren beschikken in het algemeen echter niet over een uitgebreid budget, waardoor het voor hen niet altijd mogelijk is om elk risico of elk probleem op de markt gedetailleerd te bewaken. Dit zorgt voor een bijkomend dilemma indien men weet dat aan de energieregulatoren bovendien steeds meer taken worden toegewezen. Dit brengt ons bij het belang en de noodzaak aan financiële onafhankelijkheid van de energieregulator.

**677.** Financiële onafhankelijkheid heeft ten eerste betrekking op het beschikken over **voldoende** eigen middelen.<sup>2117</sup> Ten tweede speelt de mate waarin de energieregulator op een zelfstandige manier kan beschikken over de geldelijke middelen een grote rol voor het al dan niet bestaan van de onafhankelijkheid.<sup>2118</sup> Indien men financieel afhankelijk is van een bepaalde speler – bijvoorbeeld door middel van een dotatie van de regering – dan zal de regulator minder geneigd zijn om in te gaan tegen bepaalde wensen van deze speler. De *power of the purse* valt daarom niet te onderschatten.<sup>2119</sup> Regulatoren die op een onafhankelijke wijze beschikken over de bron(nen), de omvang en de aanwending van hun budget zullen beter kunnen weerstaan aan de politieke inmenging. Indien de financiële middelen van de energieregulator komen van een bijdrage uit de energiesector moet men ook opletten voor *industry capture*.<sup>2120</sup>

**678.** In het derde pakket liberaliseringsrichtlijnen is bepaald dat om de onafhankelijkheid van de nationale regulerende instantie te beschermen, lidstaten ervoor dienen te zorgen dat de regulator “afzonderlijke jaarlijkse begrotingstoewijzingen ontvangt, zodat [hij] over autonomie beschikt bij de uitvoering van de toegewezen begroting”.<sup>2121</sup> Daarenboven beklemtonen de richtlijnen dat de regulatoren over adequate personele en financiële middelen moeten beschikken om zijn taken uit te voeren.<sup>2122</sup> Ook de Interpretatieve Nota beklemtoont dat de energieregulator over een apart jaarlijks budget moet beschikken. In sommige lidstaten wordt het budget van de energieregulator bepaald via een bijdrage door de elektriciteits- en gasconsumenten, in andere

---

<sup>2116</sup> A. OTTOW, *Market and Competition Authorities. Good Agency Principles*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 2-3.

<sup>2117</sup> M. SCHOLTEN, “The democratic legitimacy of IRA’s: assessing against a proper level”, *SSRN* 2014 en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2403797](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2403797), 18.

<sup>2118</sup> B. VAN DER MEULEN en A.T. OTTOW, “Toezicht op markten”, VAR-reeks 130, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers 2004, 53.

<sup>2119</sup> T. VANDEN BORRE, “De omzetting van de bepalingen inzake de onafhankelijke regulator – Op weg naar Luxemburg?” in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX, *Jaarboek Energierecht 2010*, Antwerpen, Intersentia, (79) 102.

<sup>2120</sup> M. QUINTYN en M.W. TAYLOR, *Regulatory and Supervisory Independence and Financial Stability*, IMF Working Paper WP/02/46, 2002, <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2002/wp0246.pdf>, 21.

<sup>2121</sup> Artikel 35, lid 5(a) richtlijn 2009/72/EG en artikel 39, lid 5(a) richtlijn 2009/73/EG.

<sup>2122</sup> Artikel 35, lid 5(a) richtlijn 2009/72/EG en artikel 39, lid 5(a) richtlijn 2009/73/EG.

lidstaten maakt het budget een toegewezen deel uit van de begroting.<sup>2123</sup> De richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG geven nog steeds de mogelijkheid dat energieregulators worden gefinancierd via de begroting, hoewel er nu een duidelijke noodzaak is aan een uitdrukkelijke, *afzonderlijke* jaarlijkse toewijzing. In de overwegingen van de richtlijnen wordt verduidelijkt dat goedkeuring van de begroting door de nationale wetgever niet opgevat dient te worden als een belemmering van deze begrotingsautonomie.

**679.** De financiële onafhankelijkheid houdt uiteraard ook in dat de energieregulator zelfstandig kan beslissen hoe hij het budget beheert en uitgeeft.<sup>2124</sup> De regulator mag geen instructies vragen of krijgen met betrekking tot het beheer van het budget. Het budget mag wel worden goedgekeurd door het parlement.<sup>2125</sup> Bij de toekenning van het budget kan gekeken worden naar het budget van andere regulators of naar het budget van energieregulators in andere lidstaten. De goedkeuring door het parlement houdt in dat het parlement mag nagaan of het budget in overeenstemming is met de taken en bevoegdheden die de energieregulator op zich neemt. De goedkeuring mag niet gebruikt worden om de prioriteiten van de energieregulator te wijzigen. De goedkeuring van het budget mag eveneens niet worden aangewend om de efficiënte en effectieve manier waarop de energieregulator zijn bevoegdheden uitvoert te belemmeren.<sup>2126</sup> Het budget moet bijgevolg toereikend genoeg zijn om hun taken en bevoegdheden naar behoren te kunnen uitoefenen en om voldoende gekwalificeerd personeel te kunnen aannemen. Bovendien mag er voor de energieregulator geen vrees bestaan dat politiek gevoelige beslissingen budgettair zullen worden afgestraft.<sup>2127</sup>

## 6.2. De VREG

**680.** Aanvankelijk – onder het Elektriciteits- en Gasdecreet – ging de VREG gefinancierd worden via een systeem van heffingen. Dit systeem trad evenwel nooit in werking, waardoor er uiteindelijk werd geopteerd voor financiering via een dotatie. Anno 2015 keerde men echter terug naar een systeem op basis van heffingen. De evolutie inzake de financiering van de VREG vergt dan ook wat toelichting.

### 6.2.1. *Titel XIV van het Energiedecreet: heffingen*

**681.** Titel XIV van het Energiedecreet bevatte een heffing op de exploitatie van een elektriciteitsdistributienet en aardgasdistributienet door een netbeheerder. Deze bepalingen stonden reeds ingeschreven in het

---

<sup>2123</sup> Interpretatieve Nota, 9.

<sup>2124</sup> Interpretatieve Nota, 9 en 10.

<sup>2125</sup> Overweging 34 van de richtlijn 2009/72/EG en overweging 30 van de richtlijn 2009/73/EG.

<sup>2126</sup> Interpretatieve Nota, 10.

<sup>2127</sup> M. QUINTYN en M.W. TAYLOR, *Regulatory and Supervisory Independence and Financial Stability*, IMF Working Paper WP/02/46, 2002, <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2002/wp0246.pdf>, 21.

Elektriciteitsdecreet van 17 juli 2000 en het Aardgasdecreet van 6 juli 2001.<sup>2128</sup> Uit de memorie van toelichting bij het Energiedecreet bleek dat de heffingen onder andere het financieren van de gewestelijke energieregulator voor ogen hadden.<sup>2129</sup> De memorie stelde dat de Vlaamse regering een evenwicht wenste na te streven tussen enerzijds de uitgaven voor de vrijmaking van de elektriciteits- en gasmarkt en anderzijds een financiële bijdrage afkomstig uit dezelfde sectoren. Daarom werd reeds in het Elektriciteits- en Aardgasdecreet de mogelijkheid tot het instellen van een heffing ten laste van de distributienetbeheerders en de beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit gecreëerd. Deze bepalingen zijn echter nooit in werking getreden, waardoor de VREG *de facto* onder het Elektriciteits- en Aardgasdecreet werd gefinancierd uit de Vlaamse begroting.

**682.** Onder het Energiedecreet diende daar verandering in te komen, waarbij men via Titel XIV de heffingen opnieuw leven wenste in te blazen. Artikel 14.1.1. bepaalde dat vanaf een door de Vlaamse regering te bepalen datum er een heffing ingesteld werd op de exploitatie van een distributienet voor elektriciteit of het plaatselijk vervoernet van elektriciteit in het Vlaamse Gewest. De bepalingen zijn eveneens nooit in werking getreden. Er werd bijgevolg steeds geopteerd om de VREG te financieren via een dotatie uit de algemene middelenbegroting.<sup>2130</sup>

#### 6.2.2. Dotatie aan de energieregulator

**683.** Het Oprichtingsdecreet van de VREG bepaalde dat de VREG beschikt over een dotatie die jaarlijks werd ingeschreven op de begroting van de Vlaamse Gemeenschap.<sup>2131</sup> In het eerste Jaarverslag van de VREG uit 2002 werd vermeld dat de energieregulator over een totaal budget beschikte van 2.572.000 euro, bestaande uit een dotatie van de Vlaamse overheid ten belope van 2.000.000 euro en een overgedragen overschot van de vorige boekjaren van 572.000 euro. De dotatie neemt jaarlijks gestaag toe, dit komt onder meer door een indexatie.<sup>2132</sup> In 2014 bedroeg de dotatie ongeveer 4.500.000 euro.

##### 6.2.2.1. De beheersovereenkomst 2008-2010

<sup>2128</sup> F. DEWAELE, "Recente ontwikkelingen in het Vlaamse energierecht: omnia mutantur, nihil interit" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX, *Jaarboek energierecht 2014*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (205) 234.

<sup>2129</sup> MvT bij het ontwerp van decreet houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid, *Parl.St.* VI.Parl. 2008-09, nr. 2165/1, 114.

<sup>2130</sup> F. DEWAELE, "Recente ontwikkelingen in het Vlaamse energierecht: omnia mutantur, nihil interit" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX, *Jaarboek energierecht 2014*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (205) 234.

<sup>2131</sup> Overeenkomstig artikel 16 van het decreet van 30 april 2004 tot oprichting van het publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt kon de VREG beschikken over de volgende ontvangsten: een jaarlijkse toelage (dotatie) volgens de daartoe op de begroting van het Vlaams Gewest ingeschreven kredieten; retributies, voor zover die bij decreet aan de VREG toegewezen waren; ontvangsten die voortvloeiden uit daden van beheer of beschikking met betrekking tot eigen domeingoederen; de subsidies waarvoor de VREG als begunstigde in aanmerking kwam; terugvorderingen van ten onrechte gedane uitgaven en vergoedingen voor prestaties aan derden.

<sup>2132</sup> Dit stond ook vermeld in artikel 14.2.4. van het Energiedecreet (opgeheven): [...] Deze jaarlijkse indexatie is aangewezen aangezien de dotatie aan de reguleringsinstantie in beginsel ook jaarlijks wordt geïndexeerd.

**684.** De Vlaamse regering voorzag via de jaarlijkse goedkeuring van de begroting "zodat de VREG haar opdrachten, processen en projecten [kon] uitvoeren in overeenstemming met de vooropgestelde prestatienormen en zoals verder geconcretiseerd in het jaarlijks ondernemingsplan", aldus de beheersovereenkomst. De minister kon volgens de overeenkomst bovendien te allen tijde een extra opdracht geven, waarbij deze aanvullende opdrachten aanleiding konden geven tot extra kredieten. Artikel 20 van de beheersovereenkomst stelde dat de VREG voorafgaand aan elke begrotingscontrole een raming moest maken van de benutting van de toegewezen kredieten op jaarbasis zodat aan de toezichhoudende overheid een volledig inzicht in de financiële situatie werd geboden. Indien uit die jaarlijkse evaluatie bleek dat de VREG haar verbintenissen niet was nagekomen, dan mocht de Vlaamse regering volgens de beheersovereenkomst, de toegewezen werkingsmiddelen bijsturen, rekening houdend met de vaste en variabele kosten en met het effect van een eventuele aanpassing van de middelen op de dienstverlening. De beheersovereenkomst 2008-2010 zorgde ervoor dat zowel de Vlaamse regering, als de individuele minister, als het Vlaams Parlement de begroting of het budget van de VREG in vrij sterke mate konden sturen (en desnoods zelfs beperken).

#### 6.2.2.2. Een constante: nood aan bijkomend personeelsbudget

**685.** Jaarlijks wordt door de VREG een ondernemingsplan opgesteld, vroeger ter uitvoering van de beheersovereenkomst, nu als autonoom instrument. Het ondernemingsplan bepaalt de acties die de energieregulator zal uitvoeren om de operationele jaardoelstellingen (zoals vermeld in de beheersovereenkomst) te realiseren. Het eerste ondernemingsplan van de VREG dateerde van 2009 (in navolging van de eerste beheersovereenkomst). De VREG beklemtoonde in dit ondernemingsplan de urgente behoefte aan extra personeelsbudget (en extra personeelsleden). Dit omwille van de exponentiële stijging en de vooruitzichten op de toename van het aantal aanvragen tot toekenning van groenestroomcertificaten voor de elektriciteit opgewekt door middel van zonnepanelen.<sup>2133</sup>

**686.** Deze vraag naar meer middelen en personeel is een **constante** die terugkomt in elk ondernemingsplan (en jaarverslagen, etc.).<sup>2134</sup> In de ondernemingsplannen van 2012 en 2013 trok de VREG aan de alarmbel. Door de besparingen bij de Vlaamse overheid werd in de beheersovereenkomst 2011-2015 ingeschreven dat de VREG het reëel aantal werknemers maximaal moest

---

<sup>2133</sup> VREG, Ondernemingsplan 2009, <http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/documenten/ondernemingsplan/64235.pdf>.  
<sup>2134</sup> VREG, Ondernemingsplan 2010, <http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/documenten/ondernemingsplan/99214.pdf>, 4; VREG, Ondernemingsplan 2012, [http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/vreg\\_ondernemingsplan\\_2012.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/vreg_ondernemingsplan_2012.pdf), 6 en 7; VREG, Ondernemingsplan 2013, [http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/ondernemingsplan\\_2013.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/ondernemingsplan_2013.pdf), 5-8.

gelijk houden en bij voorkeur moest verlagen ten opzichte van het reëel aantal voltijdse equivalenten op 30 juni 2009.<sup>2135</sup> De VREG beschikte op dat moment over 32 medewerkers en in 2012 over 34. Tegen 30 juni 2014 moest dit gereduceerd worden naar 30. De volgende doelstellingen uit de beheersovereenkomst kwamen volgens de VREG in gevaar indien men over minder dan 34 personeelsleden beschikte:

- "De toekomstige toekenning van twee nieuwe taken, als zijnde de bevoegdheid over de goedkeuring van de **distributenettarieven** en de steunverlening voor **groene warmteprojecten** vormt een zeer groot risico voor de werking, met name indien deze extra taken worden toegekend zonder de nodige extra mensen en middelen.<sup>2136</sup> De VREG beschikt over onvoldoende capaciteit voor de uitvoering van deze nieuwe taken en kan ook onmogelijk voldoende capaciteit vrijmaken binnen zijn huidige werking om deze taken op te vangen".
- "Een ander groot risico is de nieuwe taak die in 2011 werd toegekend om **geschillen** te beslechten van afnemers tegen netbeheerders. Binnen het huidige personeelsbestand is er immers nauwelijks ruimte voor het opnemen van deze taak."<sup>2137</sup>
- Een laatste belangrijk risico zijn de grote uitdagingen inzake **beleidsvoorbereiding** en beleidsvoorbereidende analyses. Zowel het kabinet als onze belanghebbenden hebben hoge verwachtingen van de VREG inzake het geven van beleidsinput. Maar vraag is of het voldoen aan deze verwachtingen wel haalbaar zijn. De VREG beschikt door zijn contacten met o.a. producenten en marktpartijen zeker over zeer nuttige, praktische kennis over dit onderwerp, maar bij gebrek aan de nodige mensen en middelen moet de VREG echter prioriteit geven aan de behandeling van groenestroom- en WKK-dossiers, wat een decretale taak is. [...]."<sup>2138 2139</sup>

**687.** In 2014 werd ook de vrees bij de VREG groter dat er door de overdracht van de distributenettarieven een gebrek aan gespecialiseerde kennis bij de VREG aanwezig was en er eveneens geen overdracht van deze kennis vanuit federaal niveau in de vorm van overdracht van personeel, noch middelen kwam. Pas eind 2013 kwam er zekerheid over de toekenning van 3 extra VTE voor de voorbereiding van de overdracht van deze bevoegdheid en de kennisopbouw hieromtrent in 2014.<sup>2140</sup> De opeenvolgende besparingsronden en het grote

<sup>2135</sup> "Indien dit aantal is gestegen is het nodig dat de VREG een structureel en haalbaar plan voorlegt met het oog op een volledig en zo snel mogelijke afbouw van deze toename, ten allerlaatste twee jaar voor het einde van de beheersovereenkomst (is 2013) of dat deze stijging gecompenseerd wordt binnen de diensten van de Vlaamse overheid. Daarenboven besliste de Vlaamse regering recent om het aantal personeelsleden binnen de diensten van de Vlaamse overheid (waaronder de VREG) tegen 30 juni 2014 met 5% te verminderen en de totale loonkost met 50 miljoen euro te verminderen", Ondernemingsplan 2012, [http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/vreg\\_ondernemingsplan\\_2012.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/vreg_ondernemingsplan_2012.pdf), 6.

<sup>2136</sup> VREG, Ondernemingsplan 2013, [http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/ondernemingsplan\\_2013.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/ondernemingsplan_2013.pdf), 6 en 7;

<sup>2137</sup> VREG, Ondernemingsplan 2013, [http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/ondernemingsplan\\_2013.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/ondernemingsplan_2013.pdf), 8.

<sup>2138</sup> VREG, Ondernemingsplan 2012, [http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/vreg\\_ondernemingsplan\\_2012.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/vreg_ondernemingsplan_2012.pdf), 6 en 7;

<sup>2139</sup> In 2014-2015 werden een aantal taken van de VREG overgeheveld aan de netbeheerders en VEA. De behandeling van de dossiers inzake GSC, WKC en GVO's voor groenestroom- en warmtekrachtinstallaties met uitzondering van PV-installaties (de "expertisedossiers"), werd vanaf 1 april 2014 overgenomen worden door het Vlaams Energieagentschap (VEA). Dit resulteerde er evenwel in dat ook 7 personeelsleden van de VREG mee naar VEA verhuisden. De werklust leek bijgevolg te verminderen, maar door de verhuis van het personeel bleef het eerder bij een status quo. De behandeling van de dossiers inzake GSC en GVO's voor de zonnepaneleneigenaars (de "standaarddossiers") werd overgedragen aan de distributienetbeheerders (eind 2015)

<sup>2140</sup> VREG, Ondernemingsplan 2014, <http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/ondernemingsplan.pdf>, 13: "Door de overdracht van de "expertisedossiers" van VREG naar VEA (overdracht van 7 personen) zullen we op 30 juni 2014 over 26 personen (= 24,3 VTE) beschikken (zonder rekening te houden met bijkomende personeelsleden in het kader van de bevoegdheden inzake distributenettarieven), terwijl we volgens de opgelegde besparingen maar over 23 personen meer zouden mogen beschikken. We zouden met andere woorden in het kader van deze besparingen 3 personeelsleden moeten afbouwen tegen 30 juni 2014. Wij zien echter geen mogelijkheden om onze huidige taken met minderpersoneelsleden uit te voeren, tenzij mits aanpassing van de taken en verwachtingen die aan ons gesteld worden. Onze werklust is de laatste jaren aanzienlijk verzwakt door een aantal bijkomende taken en belangrijke uitdagingen zonder de bijhorende extra mensen en middelen en dit in het licht van het fel toegenomen maatschappelijk belang van energie: de beslechting van geschillen van afnemers tegen hun netbeheerder, het brengen van transparantie in de

aandeel van personeelskosten in de werkingsmiddelen hebben er volgens de VREG toe geleid dat de werkingsmiddelen de afgelopen jaren steeds kleiner en kleiner zijn geworden. Ook in 2015 herhaalt de VREG de bezorgdheid omtrent de besparingen van de Vlaamse Overheid en het effect hiervan op de VREG.<sup>2141</sup>

### 6.2.3. Artikel 100 van het Programmadecreet van 19 december 2014

**688.** In 2014 werden ontwerp teksten ingediend om de heffing ter financiering van de VREG opnieuw te activeren, zij het in een licht gewijzigde vorm.<sup>2142</sup> Deze ontwerp teksten hadden voor ogen om de werkmaatschappijen als heffingsplichtigen in te stellen. Via amendementen aan het programmadecreet van 19 december 2014 werden deze plannen evenwel vervangen door een volledig nieuwe heffing met andere belastingplichtigen, een andere belastbare materie en een nieuw tarief en heffingsgrondslag. De nieuwe regeling trad op 1 januari 2015 in werking.<sup>2143</sup>

**689.** Titel XIV van het Energiedecreet werd met ingang van 1 januari 2015 vervangen door artikel 100 van het decreet van 19 december 2014.<sup>2144</sup> Er wordt voorzien dat de inkomsten uit deze heffingen worden toegewezen aan het Energiefonds, dat gedeeltelijk dient voor de financiering van de werking van de energieregulator.<sup>2145</sup> De Vlaamse **regering** beschikt over de kredieten van het Energiefonds, inclusief de machtiging om hiermee subsidies toe te kennen, voor de uitvoering van haar energiebeleid, in het bijzonder voor de financiering van de VREG, van de openbardienstverplichtingen inzake energie, voor haar sociaal energiebeleid, haar beleid inzake het rationeel energiegebruik, haar beleid inzake warmte-krachtkoppeling, haar beleid inzake de hernieuwbare energiebronnen alsmede voor de financiering van energiegerelateerde kosten van de Vlaamse overheid.<sup>2146</sup> Huidig artikel 14.1.1. § 1 van het Energiedecreet bepaalt nu dat er vanaf 1 maart 2016 een jaarlijkse heffing ("Turteltaks") per afnamepunt gelegen in het Vlaamse Gewest wordt vastgesteld op het

---

kosten van leveranciers in het kader van de quotumverplichtingen en de beoordeling van aanvragen inzake de aanleg van directe lijnen en gesloten distributenetten. Tot op vandaag konden we een groot deel van deze (jaar na jaar) toenemende werklust opvangen door het nemen van maatregelen zoals het inzetten van tijdelijk personeel, het uitbesteden van werkzaamheden, het wijzigen van de organisatiestructuur, het automatiseren van processen,... Een aantal, beperkte efficiëntieverbeteringen en automatisaties kan de komende jaren nog uitgevoerd worden doch de capaciteit die hierdoor nog kan worden vrijgemaakt zal niet van aard zijn om 3 personeelsleden te besparen. In het kader van de zesde staatshervorming krijgen we vanaf 1 juli 2014 bovendien een nieuwe extra bevoegdheid: de vastlegging van de tariefmethodologie en het goedkeuren van de distributenettarieven. Pas sinds eind 2013 hebben we zekerheid over de toekenning van extra personeelsmiddelen, met name van 3 VTE, voor de voorbereiding van de overdracht van deze bevoegdheid over de distributenettarieven. Vanaf 2014 zal ons daartoe 266.000 euro (personeelsmiddelen) recurrent ter beschikking worden gesteld. Op kruissnelheid zullen we echter 6 VTE nodig hebben om onze nieuwe taken inzake distributenettarieven op een goede wijze uit te voeren".

<sup>2141</sup> VREG, Ondernemingsplan 2015, [http://www.vreg.be/sites/default/files/ondernemingsplannen/ondernemingsplan\\_2015.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/ondernemingsplannen/ondernemingsplan_2015.pdf), 25.

<sup>2142</sup> *Parl.St.* VI.Parl. 2014-15, nr. 132/12, 37-40.

<sup>2143</sup> Art. 108 Decreet van 19 december 2014 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2015, *BS* 31 december 2014.

<sup>2144</sup> Decreet 19 december 2014 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2015, *BS* 31 december 2014.

<sup>2145</sup> Ontwerp van decreet houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2015, *Parl.St.* VI.Parl. 2014-2015, nr. 132/1, 35-36.

<sup>2146</sup> Artikel 3.2.1, § 3 van het Energiedecreet.

elektriciteitsdistributienet, op het plaatselijk vervoersnet van elektriciteit en op een gesloten distributienet van elektriciteit.<sup>2147</sup> De heffing is verschuldigd door elke afnemer die in de loop van het heffingsjaar volgens het toegangsregister titularis was van een afnamepunt. Het tarief van de heffing wordt bepaald per afnamepunt.<sup>2148</sup> De heffing wordt van rechtswege jaarlijks geïndexeerd. Dit zou in de praktijk een opbrengst moeten betekenen van ongeveer 6 miljoen euro voor het Energiefonds.<sup>2149</sup> Opgemerkt kan nog worden dat het gaat om een heffing ten aanzien van de afnamepunten van elektriciteit en niet de afnamepunten van aardgas. Dit is enigszins vreemd aangezien de VREG ook de aardgasdistributie reguleert.

**690.** De *ratio legis* voor het invoeren van dergelijke heffing moet voornamelijk gevonden worden in de achterliggende budgettaire redenen. Een heffing of belasting op de afnamepunt is voor de Vlaamse overheid namelijk financieel aantrekkelijker dan een deel van de begroting als dotatie toe te kennen aan de VREG. Een andere, eerder onderliggende reden kan gevonden worden in het feit dat de VREG, via een heffing en daarna een toekenning van het budget via het Energiefonds, op een meer neutrale wijze wordt gefinancierd dan via een dotatie. De financiering gebeurt op een meer politiek *onafhankelijke* manier, hetgeen ervoor zorgt dat de regulator ook minder strak financiële verantwoording moet afleggen aan de regering.

#### 6.2.4. *Aanpassing in de toekomst?*

**691.** Artikel 22 van het voorstel van decreet van 6 juni 2016 stelt dat aan artikel 3.1.13 van het Energiedecreet volgende paragrafen worden toegevoegd:

“§3. De werkingskosten van de VREG worden gedekt door het Energiefonds, ten belope van de kredieten in de begroting bepaald door de raad van bestuur na rapportering aan het Vlaams Parlement zoals bepaald in paragraaf 5.

§4. De VREG duidt een bedrijfsrevisor aan. Deze bedrijfsrevisor mag geen functie vervullen bij de netbeheerder, de distributienetbeheerders alsook bij de producenten, leveranciers en tussenpersonen. De bedrijfsrevisor aangeduid overeenkomstig het eerste lid, controleert de financiële toestand en de jaarrekeningen van de VREG alsook

<sup>2147</sup> Zie ook F. DEWAELE en K. NIJS, “Recente ontwikkelingen in het Vlaamse energierecht anno 2015: When the chickens come home to roost?” in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2016, (65) 141.

<sup>2148</sup> Artikel 14.1.2. van het Energiedecreet. Zie hierover ook het kritische advies van de Raad van State: Adv.RvS. nr. 58.417/3 van 2 december 2015 over een amendement bij het voorontwerp van decreet ‘houdende bepalingen tot begeleiding van de Begroting 2016, Parl.St. 2015-2016, nr. 544/5, 35: “De ontworpen regeling blijft er evenwel niet langer toe beperkt “het loutere feit aangesloten te zijn op het net” te belasten. Doordat de hoogte van die heffing wordt bepaald in functie van het verbruik op dat afnamepunt, wordt minstens voor vele, zo niet de meeste heffingsplichtigen ook het eigen verbruik van elektriciteit belast. Het gegeven dat de tarieven per kWh verschillen, zelfs in éénzelfde verbruikscategorie, terwijl het tarief van de federale bijdrage – behoudens wat de verbruiksschijven van 20 megawattuur en hoger betreft – 6 lineair wordt bepaald per kWh, doet hieraan geen afbreuk. Het gaat er immers niet om het tarief van de ontworpen belasting te vergelijken met die van de federale bijdrage, maar wel het element dat aanleiding geeft tot belasting. Doordat in beide gevallen het verbruik van elektriciteit wordt belast, bestaat er wel degelijk een dubbele belasting van éénzelfde belastbare materie. Uit wat voorafgaat volgt dat de ontworpen bepalingen ertoe strekken een belasting in te voeren op een materie waarop reeds een federale belasting wordt geheven. Een dergelijke regeling is niet bestaanbaar met artikel 170, § 2, van de Grondwet”. Er is ondertussen ook een beroep tot vernietiging ingesteld bij het Grondwettelijk Hof tegen deze zogenaamde “Turteltaks”.

<sup>2149</sup> F. DEWAELE, “Recente ontwikkelingen in het Vlaamse energierecht: omnia mutantur, nihil interit” in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX, *Jaarboek energierecht 2014*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (205) 236.



de regelmatigheid van de verrichtingen te constateren in de jaarrekeningen. Hiervan stelt hij een verslag op.

§5. Het ontwerp van begroting van de VREG wordt opgemaakt door de algemeen directeur. Het ontwerp van begroting van de VREG, vergezeld van een ontwerp van ondernemingsplan, wordt na goedkeuring door de raad van bestuur van het jaar voorafgaand aan dit waarop het betrekking heeft, overgemaakt aan het **Vlaams Parlement**, ter bespreking.

Na de **hoorzitting** in het Vlaams Parlement stelt de VREG zijn definitieve begroting en ondernemingsplan vast.

Op basis van deze definitieve begroting stelt de **Vlaamse Regering de dotatie** voor de VREG vast.

De VREG zendt de jaarrekening, vergezeld van het verslag van de bedrijfsrevisor opgesteld op basis van §4, tweede lid, vóór 31 maart van het jaar volgend op het betrokken jaar, over aan het Vlaams Parlement en aan het Rekenhof. Het Rekenhof controleert de jaarrekening van de VREG en zendt zijn auditverslag over aan het Vlaams Parlement.

§6. De VREG is onderworpen aan de bepalingen van de wet van 29 oktober 1846 op de inrichting van het Rekenhof.

§7. De VREG is onderworpen **aan artikel 4, §2**, van het decreet houdende de regeling van de begroting, de boekhouding, de toekenning van subsidies en de controle op de aanwending ervan, en de controle door het Rekenhof.

§8. De VREG stelt jaarlijks uiterlijk op 31 januari een ondernemingsplan voor dat jaar vast en deelt het mee aan het Vlaams Parlement. Het omvat onder meer de beleids- en beheersdoelstellingen, zowel meerjarig als voor het komende jaar, en de operationele vertaling ervan. Als bij het verstrijken van een ondernemingsplan geen nieuw ondernemingsplan in werking is getreden, blijft het bestaande ondernemingsplan van toepassing tot op het ogenblik dat het nieuwe ondernemingsplan in werking treedt”.

**692.** De Raad van State stelt in zijn advies terecht vast “dat [gewezen moet worden] op een anomalie in de voorgestelde regeling. Volgens het voorgestelde artikel 3.1.13, § 5, derde lid, is het de Vlaamse Regering die, op basis van de door de VREG uitgewerkte definitieve begroting, de dotatie vaststelt. Dat kan het best worden overgelaten aan het Vlaams Parlement, wat trouwens het geval is voor andere entiteiten die van het Vlaams Parlement afhangen”.<sup>2150</sup> Zo kan inderdaad gewezen worden op artikel 13 van het decreet van 15 juli 1997 houdende de oprichting van het Kinderrechtencommissariaat en tot instelling van het ambt van Kinderrechtencommissaris, artikel 20 van het decreet van 7 juli 1998 houdende instelling van de Vlaamse Ombudsdienst en artikel 14 van het decreet van 7 mei 2004 houdende oprichting van een Vlaams Instituut voor Vrede en Geweldpreventie bij het Vlaams Parlement.<sup>2151</sup> Ook het Rekenhof stelt in zijn advies met betrekking tot het voorstel van decreet van 6 juni 2016 dat de

<sup>2150</sup> Adv.RvS. nr. 59.559/3 van 5 juli 2016 over een voorstel van decreet van het Vlaamse Gewest houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de oprichting en de organisatie van de regulator betreft, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16 nr. 812/2, 11.

<sup>2151</sup> Art. 13 Decr.VI. 15 juli 1997 houdende de oprichting van het Kinderrechtencommissariaat en tot instelling van het ambt van Kinderrechtencommissaris, *BS* 7 oktober 1997, 26.299: “Het Vlaams Parlement keurt jaarlijks op voorstel van de Commissaris de begroting en de rekeningen van het Kinderrechtencommissariaat goed”; Art. 20 VI.Decr. 7 juli 1998 houdende instelling van de Vlaamse Ombudsdienst, *BS* 25 augustus 1998, 27.221: “Het Vlaams Parlement keurt jaarlijks op voorstel van de ombudsman de begroting en de rekeningen van de Vlaamse ombudsdienst goed”; Art. 14 VI.Decr. decreet van 7 mei 2004 houdende oprichting van een Vlaams Instituut voor Vrede en Geweldpreventie bij het Vlaams Parlement, *BS* 18 augustus 2004: “Het Vlaams Parlement keurt jaarlijks, op voorstel van de raad van bestuur, de begroting en de rekeningen van het Instituut goed”.

financiering van de VREG via het Energiefonds de **onafhankelijkheid** en de **begrotingsautonomie** van de regulator in gevaar brengt.<sup>2152</sup> Het Rekenhof stelt dat de dotatie aan de VREG om de werkingskosten te dekken, afkomstig is van het Energiefonds, waarbij de Vlaamse Regering de VREG-dotatie binnen het Energiefonds moet aanpassen aan de definitieve begroting van de VREG. Het Rekenhof vervolgt:

“De initiële algemene uitgavenbegroting 2016 stelde op het betrokken begrotingsartikel (LE0-1LEB4ASIS) met een variabel begrotingskrediet een dotatie aan de VREG vast van 5.151.000 euro. Bij de begrotingscontrole 2016 is een vermindering van de VREG-dotatie tot 4.969.000 euro voorgesteld. Rekening houdend met de resultaten van de parlementaire bespreking van de VREG-begroting zoals vastgesteld door de raad van bestuur, moet het Vlaams Parlement erover waken dat de dotatie adequate financiële middelen voor de uitvoering van de taken ter beschikking stelt.

Doordat de VREG-dotatie is ingebed in het Energiefonds dat de Vlaamse Regering beheert, kan de begrotings- en bestedingsautonomie van de VREG in het gedrang komen. De Vlaamse Regering kan de middelen van het Energiefonds niet alleen gebruiken voor de VREG-dotatie, maar onder meer ook voor de openbaredienstverplichtingen inzake energie, voor haar sociale energiebeleid en haar beleid inzake rationeel energieverbruik. De Vlaamse Regering beschikt daarbij over herverdelingsmogelijkheden volgens artikel 12, §2, van het rekendecreet, en heeft dus een eigen bestedingsautonomie en -ritme van de kredieten van het Energiefonds”.

Het Rekenhof stelt ook dat de variabele kredieten van de begrotingsfondsen bovendien afhankelijk zijn van de specifieke toegewezen ontvangsten. In de mate dat de Vlaamse overheid de geraamde toegewezen ontvangsten niet effectief kan innen, kan ze de variabele kredieten ook niet uitgeven. Omdat de VREG-dotatie afhankelijk is van de werkelijke ontvangsten en de bestedingsautonomie van de Vlaamse Regering binnen het Energiefonds, kan de vaststelling van de dotatie volgens de VREG-begroting, die in het voorstel van decreet wordt beoogd, niet worden gegarandeerd. Het Rekenhof beveelt daarom aan de VREG-dotatie uit het begrotingsfonds te halen en vast te leggen op een vastleggings- en vereffeningskrediet van een begrotingsartikel op een afzonderlijk begrotingsprogramma ofwel de VREG-dotatie te budgetteren zoals voor een dotatiegerechtigde instelling verbonden aan het Vlaams Parlement.

**693.** Wat de bestedingsautonomie van de VREG betreft dient te worden vermeden dat de Vlaamse Regering of de Vlaamse administratie op enerlei wijze tussenbeide kan komen bij de uitvoering van zijn begroting en de wijze waarop de VREG zich verantwoordt ten aanzien van het Vlaams Parlement. Het Rekenhof merkt echter op dat op grond van het voorstel van decreet de Vlaamse Regering echter toch nog toezicht ten aanzien van de VREG kan organiseren. Door de toepassing van artikelen 4, §2, en 48 van het rekendecreet op de VREG, kan de Vlaamse Regering regels opleggen voor de opstelling van de begroting en de rekeningen, en kan ze een begrotings- en beheerstoezicht organiseren. Het Rekenhof merkt op dat over het algemeen het rekendecreet en zijn

<sup>2152</sup> Adv. Rekenhof van 6 juli 2016 over het voorstel van decreet houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de oprichting en de organisatie van de regulator betreft, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, nr. 812/3, 8.

uitvoeringsbesluiten uitgaan van toezicht door de Vlaamse Regering op de Vlaamse rechtspersonen en dus inherent afwijken van de doelstelling van het voorstel van decreet, waarvan de toelichting bepaalt dat het toezicht niet meer bij de Vlaamse Regering kan liggen, maar bij het Vlaams Parlement. Het Rekenhof wijst op de volgende elementen die eventueel de beoogde onafhankelijkheid en bestedingsautonomie van de VREG in het gedrang zouden kunnen brengen of die niet consistent zijn met de bepalingen van het voorstel van decreet:

“**Artikel 4, §2**, van het rekendecreet maakt artikel 37, §1, artikel 46, §2, artikel 48, en artikel 50, §2, van dat decreet van toepassing op de betrokken Vlaamse rechtspersonen. • Volgens artikel 37, §1, van het rekendecreet dienen de Vlaamse rechtspersonen hun begroting op te maken volgens de regels bepaald door de Vlaamse Regering en moet de betrokken entiteit haar eigen begroting aanpassen aan de bij een begrotingscontrole of herverdeling gewijzigde toelage aan die rechtspersoon. Artikel 22, §5, van het voorstel van decreet hanteert een **omgekeerde redenering**: de algemene uitgavenbegroting, meer bepaald het Energiefonds, moet wat de dotatie aan de VREG betreft in overeenstemming worden gebracht met de in de VREG-begroting voorziene dotatieontvangsten. • Volgens artikel 46, §2, van het rekendecreet moeten de Vlaamse rechtspersonen hun jaarrekening bezorgen aan de **Vlaamse Regering** en aan het Rekenhof, terwijl volgens artikel 22 van het voorstel van decreet de jaarrekening niet aan de Vlaamse Regering, maar aan het Vlaams Parlement moet worden bezorgd. • Volgens artikel 48 van het rekendecreet organiseert de Vlaamse Regering een **begrotings- en beheerstoezicht** van de Vlaamse rechtspersonen en doet zij daarvoor een beroep op de Inspectie van Financiën. • Volgens artikel 50, §2, van het rekendecreet dient de revisor zijn verslag over de jaarrekening te bezorgen aan de Vlaamse Regering en aan de diensten van het Vlaamse ministerie.

Artikel 2 van het besluit van de Vlaamse Regering van 14 oktober 2011 betreffende de begroting en de boekhouding van de Vlaamse rechtspersonen maakt artikel 5, §1, §3, §4, en de artikelen 14 en 15 van dat besluit van toepassing op de Vlaamse rechtspersonen vermeld in artikel 4, §2, van het rekendecreet. • Volgens artikel 5, §1, van dat besluit moeten de Vlaamse rechtspersonen hun begrotingsontwerp opmaken volgens de **instructies** en binnen de termijn die de Vlaamse **begrotingsminister** heeft bepaald. • Volgens artikel 5, §3, van dat besluit moeten de Vlaamse rechtspersonen de ontvangsten in hun begroting in overeenstemming brengen met de in de algemene uitgavenbegroting voorziene toelagen, terwijl artikel 22 van het voorstel van decreet een **omgekeerde redenering** hanteert. • Volgens artikel 14 kan de begrotingsminister bij de rekeningaflegging bijkomende rapporteringsverplichtingen opleggen”.

De verwijzing naar artikel 4, § 2 van het rekendecreet zorgt er dus voor dat behoorlijk wat conflicterende bepalingen van toepassing zouden zijn op de begroting van de VREG. Het Rekenhof stelt dan ook meer dan terecht voor om toepassing van het rekendecreet op basis van artikel 4, §2, te **schrappen**.

**694.** De inbedding van de VREG dotatie binnen het Energiefonds geeft de VREG niet de nodige financiële autonomie. Bovendien creëert de beperkte toepassing van het rekendecreet ongewenste hiaten in de financiële rapportering en een onbedoeld financieel toezicht door de Vlaamse Regering. De Europees vereiste bestedingsautonomie kan daardoor niet volledig worden gegarandeerd. Het verdient dan ook de aanbeveling om het standpunt van het Rekenhof hieromtrent te volgen en de VREG-dotatie **uit het begrotingsfonds** te halen en te budgetteren op een vastleggings- en vereffeningskrediet van een

begrotingsartikel op een **afzonderlijk begrotingsprogramma**. De opmerkingen van de Raad van State en het Rekenhof worden ter harte genomen en de nodige wijzigingen zullen in de nabije toekomst worden doorgevoerd via het Programmadecreet.<sup>2153</sup>

### 6.3. CREG: een federale bijdrage

**695.** Bij de CREG is het verhaal iets duidelijker. Reeds van bij het begin werd de federale energieregulator gefinancierd via een federale bijdrage. Zowel inzake elektriciteit als inzake aardgas is er in een heffing voorzien.

#### 6.3.1. *Federale bijdrage elektriciteit*

**696.** In dat verband kan worden gewezen op de federale bijdrage die krachtens artikel 21*bis* van de Elektriciteitswet wordt geheven ter financiering van sommige openbare dienstverplichtingen en van de kosten verbonden aan de regulering van en de controle op de elektriciteitsmarkt. Het gaat daarbij om een heffing verschuldigd door de op het Belgische grondgebied gevestigde eindafnemers op elke kilowattuur (kWh) die ze voor eigen gebruik van het net afnemen, en die voor rekening van de federale overheid wordt geïnd door de netbeheerders. De federale bijdrage wordt door de transmissienetbeheerder (ELIA) bij zijn eigen klanten en bij de distributienetbeheerders geïnd, die ze op hun beurt doorrekenen aan de leveringsondernemingen van elektriciteit die ze, tenslotte aan de eindafnemers doorrekenen (cascademechanisme). Deze bijdrage houdt met andere woorden een toeslag in op de kWh die van het transmissie- of distributienet afgenomen worden door eindafnemers (verbruiksheffing).

Artikel 21*bis* bepaalt verder dat de opbrengst van deze federale bijdrage is bestemd voor verschillende vormen van financiering. Deze vormen van financiering worden door de netbeheerder gestort aan de commissie, die ze op haar beurt doorstort in specifieke fondsen (art. 21*ter* Elektriciteitswet): 1° de financiering van de verplichtingen die voortvloeien uit de denuclearisatie van de nucleaire sites (*Denuclearisatiefonds*); 2° de gedeeltelijke financiering van de werkingskosten van de commissie en voor de financiering van de werkingskosten van de ombudsdienst voor energie (*CREG-fonds*); 3° de gedeeltelijke financiering inzake de begeleiding en de financiële

---

<sup>2153</sup> Verslag van 10 november 2016 namens de Commissie voor Leefmilieu, Natuur, Ruimtelijke Ordening, Energie en Dierenwelzijn uitgebracht door Johan Danen over het voorstel van decreet van Willem-Frederik Schiltz, Andries Gryffroy, Robrecht Bothuyne, Jos Lantmeeters, Valerie Taeldeman en Wilfried Vandaele houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de oprichting en de organisatie van de regulator betreft, *Parl.St.* VI.Parl. 2016-2017, nr. 812/7, 4: "De opmerking van het Rekenhof over de financiering heeft wel nog grond: de VREG wordt gefinancierd door het Energiefonds dat ook andere aspecten financiert, onder meer de afbetaling van de groenestroomcertificaten. De regering beheert dat fonds. Dat wijzigen kan moeilijk in dit voorstel, daarom zal een amendement op het ontwerp van programmadecreet worden voorgesteld. Met bijvoorbeeld een apart begrotingsartikel kan ervoor gezorgd worden dat de regulator, naar analogie met de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas, zijn middelen automatisch krijgt als het parlement zijn begroting goedkeurt. De regering kan die middelen dan niet blokkeren of te weinig geld vrijmaken".

maatschappelijke bijstand aan de meest hulpbehoevenden inzake energielevering (*Sociaal Energiefonds*); 4° de financiering van het federale beleid ter reductie van de emissies van broeikasgassen (*Fonds broeikasgassen*); 5° de financiering van de reële netto-kost die voortvloeit uit de toepassing van de maximumprijzen voor de levering van elektriciteit aan beschermde residentiële klanten (*Fonds beschermde klanten*). De bijdrage financiert dus geenszins alleen de CREG. Het Rekenhof stelt in zijn audit vast dat de federale bijdragen deels (6%) dienen voor de financiering van de “kosten van de regulering van en de controle op de elektriciteitsmarkt” (en de markt van aardgas), d.w.z. de werkingskosten van de CREG. Het overige deel (94 %) komt terecht in verschillende fondsen bestemd voor de financiering van een aantal “openbare dienstverplichtingen”.<sup>2154</sup> Elk trimester moet de commissie de **ministers** bevoegd voor Energie, Begroting en Financiën een overzicht bezorgen over de hoogte en evolutie van de fondsen, met **uitzondering** van het CREG-fonds. Dergelijke vorm van financiële opvolging door de ministers zou immers de onafhankelijkheid van de CREG in gevaar kunnen brengen.

**697.** De wetgever bepaalt hoeveel ieder fonds jaarlijks moet ontvangen. Daartoe berekent de CREG op basis van het energieverbruik van het jaar t-2 welke eenheidstoeslag per MWh moet worden aangerekend om dat vastgelegde bedrag te kunnen innen. De wetgever bepaalt ook volgens welke regels bedragen uit de fondsen mogen worden uitgekeerd. De nadere uitwerking van het bedrag, de berekeningswijze en de overige regels met betrekking tot de federale bijdrage werd overgelaten aan de Koning. Het KB van 24 maart 2003 moest de financiering van de CREG voortzetten,<sup>2155</sup> gelet op het feit dat het KB van 18 januari 2001 slechts voorzag in een voorlopig systeem tot de dekking van de werkingskosten van de CREG.<sup>2156</sup> Het KB van 24 maart 2003 nam vrijwel ongewijzigd de tekst over van het KB van 18 januari 2001.<sup>2157</sup> Het KB van 24 maart 2003 wordt stelselmatig aangepast om financiering in de tijd te laten continueren.<sup>2158</sup> Het KB van 24 maart 2003 bepaalt dat het bedrag bestemd tot

---

<sup>2154</sup> Rekenhof, “Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)”, Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 28.

<sup>2155</sup> KB 24 maart 2003 tot bepaling van de nadere regels betreffende de federale bijdrage tot financiering van sommige openbare dienstverplichtingen en van de kosten verbonden aan de regulering van en controle op de elektriciteitsmarkt, *BS* 28 maart 2003.

<sup>2156</sup> KB 18 januari 2001 betreffende het voorlopige systeem tot dekking van de werkingskosten van de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG), *BS* 2 februari 2001, 2785; T. VANDEN BORRE, “De federale bijdrage in de vrijmaking van de elektriciteits- en gasmarkt” in K. DEKETELAERE (ed.), *Jaarboek Energierecht 2002*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (37) 74-75.

<sup>2157</sup> T. VANDEN BORRE, “De federale bijdrage in de vrijmaking van de elektriciteits- en gasmarkt” in K. DEKETELAERE (ed.), *Jaarboek Energierecht 2002*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (37) 75.

<sup>2158</sup> Onder andere door: KB 19 december 2014 tot wijziging van het koninklijk besluit van 24 maart 2003 tot bepaling van de nadere regels betreffende de federale bijdrage tot financiering van sommige openbare dienstverplichtingen en van de kosten verbonden aan de regulering van en controle op de elektriciteitsmarkt en van het koninklijk besluit van 2 april 2014 tot vaststelling van de nadere regels betreffende een federale bijdrage bestemd voor de financiering van bepaalde openbare dienstverplichtingen en van de kosten verbonden aan de regulering van en controle op de aardgasmarkt, *BS* 30 december 2014; KB 18 december 2013 tot wijziging van het koninklijk besluit van 24 maart 2003 tot bepaling van de nadere regels betreffende de federale bijdrage tot financiering van sommige bepaalde openbare dienstverplichtingen en van de kosten verbonden aan de regulering van en controle op de elektriciteitsmarkt, *BS* 24 december 2013; KB 10 december 2012 tot wijziging van het koninklijk besluit van 24 maart 2003 tot vaststelling van

gedeeltelijke dekking van de werkingskosten van de commissie, te financieren door de opbrengst van de federale bijdrage ten laste van de elektriciteitssector, voor elk werkingsjaar, overeenstemt met 69 % van de totale werkingskosten van de commissie.<sup>2159</sup> Dit bedrag wordt berekend op basis van de begroting opgesteld overeenkomstig artikel 13 van dit besluit. Artikel 13 stelt dat de totale **werkingskosten** van de CREG<sup>2160</sup> jaarlijks worden gedekt ten belope van 11.600.000 euro. Het deel van het vermelde bedrag dat betrekking heeft op de personeelskosten wordt op 31 december van elk jaar voor het afgelopen jaar aangepast op basis van de evolutie van de kosten in het afgelopen jaar met betrekking tot de leden en het personeel van de CREG in vergelijking met die van het afgelopen jaar. Daarenboven wordt het bedrag dat betrekking heeft op de totale werkingskosten van de CREG, met inbegrip van de Ombudsdienst, maar uitgezonderd van de personeelskosten, op 31 december eveneens aangepast aan de evolutie van het indexcijfer van de consumptieprijzen (art. 13).<sup>2161</sup> Op basis van deze begroting stelt de Koning uiterlijk op 15 december van het voorgaande jaar, het jaarlijks bedrag vast dat voor het volgende jaar door de federale bijdrage moet gedekt worden.

### 6.3.2. Federale bijdrage aardgas

**698.** Net zoals er een federale bijdrage elektriciteit is, is er eveneens een federale bijdrage ingeschreven in de Gaswet. Aangezien de totale werkingskosten van de CREG vastliggen op 11,6 miljoen euro (art. 13 KB 2003) en de federale bijdrage ten laste van de elektriciteitssector 69% of 8.004.000 euro uitmaakt, moet het resterende bedrag gefinancierd worden door een bijdrage ten laste van de gasector (31% of 3.596.000 euro).<sup>2162</sup> Dit bedrag wordt berekend op basis van het budget dat is vastgelegd door de Kamer van volksvertegenwoordigers.<sup>2163</sup> De federale bijdrage aardgas wordt geheven bij de eindafnemers ter financiering van sommige openbare dienstverplichtingen en van de kosten verbonden aan de regulering van en de controle op de aardgasmarkt.

---

een federale bijdrage bestemd voor de financiering van bepaalde openbare dienstverplichtingen en van de kosten verbonden aan de regulering van en controle op de elektriciteitsmarkt, *BS* 17 december 2012.

<sup>2159</sup> "verminderd met het totaal bedrag van de bijdragen voor de tussenkomsten van de commissie krachtens de artikelen 4, 17 en 28 van de wet".

<sup>2160</sup> "maar uitgezonderd de werkingskosten gedekt door de opbrengst van de bijdragen voor de tussenkomsten van de commissie krachtens de artikelen 4, 17 en 28 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkten artikel 15/4 van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, [en onverminderd artikel 27, § 4, van de wet".

<sup>2161</sup> T. VANDEN BORRE en B. DELVAUX, "Recente ontwikkelingen in het federale energiebeleid en -recht: over de Elia-heffing, bijzondere ministerraden en de toekomst" in K. DEKETELAERE (ed.), *Jaarboek Energierecht 2004*, Antwerpen, Intersentia, 2005, (39) 84-85.

<sup>2162</sup> KB 24 maart 2003 tot bepaling van de nadere regels betreffende de federale bijdrage tot financiering van sommige openbare dienstverplichtingen en van de kosten verbonden aan de regulering van en controle op de aardgasmarkt, *BS* 28 maart 2003 (opgeheven door KB 2 april 2014); Art. 3, §1 KB 2 april 2014 tot vaststelling van de nadere regels betreffende een federale bijdrage bestemd voor de financiering van bepaalde openbare dienstverplichtingen en van de kosten verbonden aan de regulering van en controle op de aardgasmarkt, *BS* 25 april 2014; T. VANDEN BORRE, "De federale bijdrage in de vrijmaking van de elektriciteits- en gasmarkt" in K. DEKETELAERE (ed.), *Jaarboek Energierecht 2002*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (37) 76.

<sup>2163</sup> Artikel 3, § 1 KB 2 april 2014.

**699.** De wettelijke basis is terug te vinden in artikel 15/11 van de Gaswet. De federale bijdrage is verschuldigd door elke eindafnemer gevestigd op het Belgische grondgebied, op de hoeveelheden aardgas, aangevoerd langs een aardgasvervoersnet, een distributienet of door middel van een directe leiding, die hij voor eigen gebruik afneemt (art. 15/11, § 1bis). Het gaat bijgevolg opnieuw om een verbruiksheffing. De beheerder van het aardgasvervoersnet wordt belast met de inning van de federale bijdrage. Ook hier wordt gebruik gemaakt van een cascadesysteem. De opbrengst van de federale bijdrage is bestemd voor: 1° de gedeeltelijke financiering van de werkingskosten van de commissie (*CREG-fonds*); 2° de gedeeltelijke financiering inzake de begeleiding en de financiële maatschappelijke bijstand aan de meest hulpbehoevenden inzake energie-levering (*Sociaal Energiefonds*); 3° de financiering van de werkelijke netto-kosten voortvloeiend uit de toepassing van de maximum prijzen voor de levering van aardgas aan de residentiële beschermde klanten (*Fonds beschermde klanten*).

### 6.3.3. *Onafhankelijke financiering?*

**700.** De CREG beheert alle fondsen die met de federale bijdrage worden gefinancierd. Uit de balans van de CREG op 31 december 2014 blijkt de omvang van die taak: 96 % van haar activa en passiva komen voort uit het beheer van deze fondsen (154 miljoen euro aan geldbeleggingen en nagenoeg hetzelfde bedrag aan schulden). Het beheer van de fondsen veroorzaakt dan ook een aanzienlijke werklast voor de CREG. Het Rekenhof stelt in zijn audit terecht vast dat de inning van haar **eigen werkingsmiddelen** draagt bij tot de **onafhankelijkheid** van de CREG en de zekerheid van haar financiering, maar de inning van de overige heffingen die deel uitmaken van de federale bijdrage hoort **niet** tot de **kerntaken** van een regulator.<sup>2164</sup>

**701.** In de audit uit het Rekenhof scherpe kritiek op het budget van de CREG: "het budget, zoals goedgekeurd door de Kamer, werd de laatste jaren bepaald vanuit een besparingsoptiek en is niet het resultaat van een gedetailleerde inschatting van de middelen die de CREG nodig heeft om haar taken behoorlijk uit te voeren".<sup>2165</sup> De wijze van heffing zorgt volgens het Rekenhof bovendien voor moeilijk beheersbare fluctuaties in haar ontvangsten, waardoor de CREG haar volledige budget niet kan optimaliseren. Bovendien heeft de ministerraad nog steeds een belangrijke stem inzake het budget: op 12 maart 2012 besloot de ministerraad immers de begroting voor de werkingskosten van de CREG tot en met 2014 te bevriezen op het niveau van 2011 (14,95 miljoen euro). De CREG stelde in haar beleidsplan 2014 dat door de bevrozing van haar budget ze

<sup>2164</sup> Rekenhof, "Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 30.

<sup>2165</sup> Rekenhof, "Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 3.

haar opdrachten minimalistisch moest invullen.<sup>2166</sup> De Interpretatieve Nota bepaalt echter dat de wetgever aan de regulator een budget moet toekennen waarmee die zijn taken en bevoegdheden efficiënt en doeltreffend kan uitoefenen. Daarenboven bepaalt de Belgische wetgeving dat alleen de Kamer van Volksvertegenwoordigers, en niet de regering, bevoegd is om de begroting van de CREG vast te stellen, op voorstel van het directiecomité van de CREG. Zodra de begroting is goedgekeurd, kan de CREG de toegekende middelen vrij besteden zonder voorafgaande goedkeuring voor concrete uitgaven en zonder inmenging in de interne verdeling van haar middelen – zoals in lijn met de Europese richtlijnen. De bevrozing dwingt de CREG echter nterecht tot keuzes bij de besteding van het budget.

**702.** In het kader van deze bevrozing kan nog gewezen worden op het recente arrest nr. C-240/15 van het Hof van Justitie<sup>2167</sup> en de conclusie van advocaat-generaal CAMPOS SANCHEZ-BORDONA, waarbij de vraag aan bod komt of de telecomregulator eveneens onderworpen kan worden aan de algemene besparingstendens bij de overheid.<sup>2168</sup> De zaak heeft specifiek betrekking op de Italiaanse autoriteit Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM). De vraag die centraal staat is: "Kan het parlement van een lidstaat de zogenoemde NRI's onderwerpen aan voor de overige overheidsinstanties geldende wettelijke maatregelen inzake de beheersing en rationalisering van de uitgaven?". Overweging 13 van richtlijn 2009/140 bepaalt o.a. dat het van belang is dat de NRI's over hun eigen begroting beschikken, zodat zij met name voldoende gekwalificeerd personeel kunnen aanwerven. Artikel 3, *3bis*, lid 2 van de kaderrichtlijn bepaalt dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat de NRI's over afzonderlijke jaarlijkse begrotingen beschikken en over voldoende financiële middelen en personeel om hen in staat te stellen actief deel te nemen aan en bij te dragen tot het orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie (BEREC). Het Hof van Justitie merkt op dat "uit deze bepalingen blijkt dat de kaderrichtlijn inmiddels vereist dat de lidstaten er met het oog op de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de NRI's in wezen voor zorgen dat zij over de nodige financiële en menselijke middelen beschikken om de hun toegewezen taken uit te voeren en onafhankelijk optreden.<sup>2169</sup> Niettemin wijst **niets** in deze bepalingen er volgens het Hof op dat deze vereisten **principiële uitsluiten** dat een NRI wordt onderworpen aan nationale bepalingen op het gebied van de **overheidsfinanciën** en, inzonderheid, aan bepalingen voor de beheersing en de rationalisering van de uitgaven van

---

<sup>2166</sup> Rekenhof, "Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 33.

<sup>2167</sup> HvJ 28 juli 2016, nr. C-240/15, ECLI:EU:C:2016:608.

<sup>2168</sup> Concl. Adv.Gen. CAMPOS SANCHEZ-BORDONA, bij HvJ 28 juli 2016, nr. C-240/15, ECLI:EU:C:2016:608.

<sup>2169</sup> HvJ 28 juli 2016, nr. C-240/15, ECLI:EU:C:2016:608, overw. 36.



overheidsdiensten".<sup>2170</sup> Het Hof verwijst daarbij op artikel 3, 3bis, lid 1, dat bepaalt:

"Onverminderd de bepalingen van de leden 4 en 5, treden de nationale regelgevende instanties die verantwoordelijk zijn voor marktregulering *ex ante* of voor de beslechtingen van geschillen tussen ondernemingen overeenkomstig artikel 20 of 21 van deze richtlijn, onafhankelijk op en vragen of aanvaarden zij geen instructies van andere instanties in verband met de uitoefening van deze taken die hun op grond van de nationale wetgeving tot omzetting van het Gemeenschapsrecht zijn toegewezen. Dit vormt **geen beletsel** voor **toezicht** overeenkomstig de **nationale grondwet**".

Het Hof van Justitie stelt dat in dat verband moet worden onderstreept dat de NRI's weliswaar onafhankelijk optreden en geen instructies van andere instanties vragen of aanvaarden in verband met de uitoefening van de taken die hun zijn toegewezen, maar dat de kaderrichtlijn uitdrukkelijk bepaalt dat "dit geen beletsel vormt voor toezicht overeenkomstig de nationale grondwet". Het Hof neemt daarbij de conclusie over van de advocaat-generaal CAMPOS SANCHEZ-BORDONA die opmerkte:

<sup>43</sup>. De kaderrichtlijn geeft de NRI's echter **geen onbeperkte financiële onafhankelijkheid**, want er is „geen beletsel voor toezicht overeenkomstig de nationale grondwet“. Deze bewering sluit aan bij de rechtspraak van het Hof in het arrest Commissie/Duitsland (C-518/07), op grond waarvan **parlementair toezicht** op de nationale instanties die toezien op de bescherming van persoonsgegevens toelaatbaar is. Deze rechtspraak kan ook worden toegepast op de NRI's in de elektronischecomunicatiesector, die dan ook kunnen onderworpen aan bepaalde regels die voortvloeien uit de voorrang die inherent is aan **democratische legitimiteit**. Zo past onder meer het afleggen van **verantwoording aan het nationale parlement** en het onderwerpen aan **accountantscontrole** door de **nationale rekenkamer** binnen de grenzen die de kaderrichtlijn toestaat op het gebied van elektronische communicatie.

<sup>44</sup>. Zoals ook de Nederlandse regering in haar opmerkingen beklemtoont, maakt de uitoefening door het nationale parlement van begrotingstoezicht op de NRI's (die zoals gezegd verenigbaar is met de financiële onafhankelijkheid die artikel 3 van de kaderrichtlijn hun toekent) het mogelijk dat zij, ook *ex ante*, worden onderworpen aan maatregelen tot beheersing van de overheidsuitgaven. Deze maatregelen zouden slechts met artikel 3 van de kaderrichtlijn onverenigbare gevolgen voor hun onafhankelijkheid hebben indien zij onevenredig zouden zijn en de NRI's zouden beletten hun taken uit te oefenen of zouden leiden tot het wegvallen van hun afzonderlijke begroting".

**703.** Het Hof van Justitie sluit zich aan bij het advies van de advocaat-generaal aan en stelt dat dergelijke inperkingsmaatregelen enkel beschouwd kunnen worden als een aantasting van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de NRI's indien kan worden geconstateerd dat zij de betrokken NRI's **beletten de taken** die hun door deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen zijn toegewezen, **op bevredigende wijze uit te oefenen**, of dat zij de voorwaarden doorkruisen die de kaderrichtlijn aan de lidstaten stelt voor de mate van onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de NRI's die deze richtlijn vereist. Het staat echter aan de verwijzende rechter na te gaan of de nationale bepalingen die in het hoofdgeding aan de orde zijn, kunnen verhinderen dat de

<sup>2170</sup> HvJ 28 juli 2016, nr. C-240/15, ECLI:EU:C:2016:608, overw. 36.

AGCOM over de nodige financiële en menselijke middelen beschikt om de haar toegewezen taken op bevredigende wijze uit te voeren. Daarnaast moet volgens het Hof toch worden opgemerkt dat de bijzondere bepalingen voor de beheersing en de rationalisering van de uitgaven van overheidsdiensten die in het hoofdgeding aan de orde zijn, niet meer doen dan een **maximum** stellen aan de toename van de uitgaven die door de AGCOM kan worden vastgesteld, dan wel opleggen dat de „intermediaire uitgaven” worden teruggedrongen. Bovendien laten deze twee bepalingen, vanwege hun generieke aard, de AGCOM een aanmerkelijke **discretionaire marge** bij de tenuitvoerlegging ervan, zoals de verwijzende rechter heeft opgemerkt. Daarnaast zijn deze bepalingen van toepassing op een geheel van overheidsdiensten en -lichamen. Daarenboven wordt in het hoofdgeding niet betwist dat de AGCOM blijft beschikken over een afzonderlijke jaarlijkse begroting die openbaar wordt gemaakt. Artikel 3 van de richtlijn verzet zich dus niet tegen een beperking van het budget van de regulator.

**704.** Belangrijk om op te merken is dat de bepaling dat “dit geen beletsel vormt voor toezicht overeenkomstig de nationale grondwet” niet wijst op administratief toezicht of ministeriële verantwoordelijkheid, maar wel op parlementair toezicht en rechterlijke controle, zoals uit het arrest C-518/07 blijkt (*supra* nrs. 293 en 445). De Italiaanse NRI is bij de administratieve rechter opgekomen tegen de keuze van de Italiaanse **wetgever** om de bepalingen over de overheidsfinanciën toe te passen op de onafhankelijke autoriteiten, en met name tegen de toepassing op de AGCOM van bepaalde bepalingen betreffende de beheersing en rationalisering van de overheidsuitgaven. Dit arrest toont bijgevolg aan dat de wetgever wel mag beslissen dat het budget van de regulator onderworpen wordt aan algemene overheidsbesparingen. Wanneer de regering dit zou doen, dan moet waarschijnlijk worden aangenomen dat het Hof hier meer problemen mee zou gehad hebben. Een bevrozing door de regering lijkt met andere woorden voor meer spanning te zorgen ten aanzien van de onafhankelijkheid van de regulator.

#### 6.4. CWaPE

##### 6.4.1. *Aanvankelijke financiering*

**705.** Artikel 43 van het decreet van 12 april 2001 betreffende de organisatie van de gewestelijke elektriciteitsmarkt (Waals Elektriciteitsdecreet) richtte de Waalse energieregulator CWaPE op.<sup>2171</sup> Wat de financiering betrof bepaalde artikel 46, § 3 van het ontwerp van decreet dat de Waalse regering een budgettair fonds diende op te richten, het Reguleringsfonds (*Fonds de régulation*).<sup>2172</sup> Dit fonds moest de uitgaven van de CWaPE financieren en

<sup>2171</sup> Decr.W. 12 april 2001 betreffende de organisatie van de gewestelijke elektriciteitsmarkt, *BS* 1 mei 2001, 14.144 (Waals Elektriciteitsdecreet).

<sup>2172</sup> Projet de décret relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, *Parl.St.* W.Parl. 2000-2001, nr. 177/1, 40.

bestond uit een bijdrage uitgedrukt in centiem per vervoerde kWh en afgenomen door de netbeheerder die belast is met de voorziening van een eindafnemer gekoppeld aan een spanning die lager is dan of gelijk is aan 70 kV.<sup>2173</sup> Deze bepaling werd evenwel niet opgenomen in de finale versie van het decreet. Artikel 61 van het decreet van 12 april 2001 bepaalde uiteindelijk dat voor het jaar 2001 de CWaPE werd gefinancierd door een dotatie van 80 miljoen BEF (ongeveer 1,9 miljoen €), ingeschreven op de begroting van de Waalse regering (artikel 61).<sup>2174</sup>

**706.** Artikel 37 van het decreet van 19 december 2002 (het Aardgasdecreet) richtte het Energiefonds op. De ontvangsten van het Fonds werden op grond van een door de regering goedgekeurd actieprogramma bestemd voor de uitvoering van diverse opdrachten waaronder de financiering van de uitgaven van de CWaPE.<sup>2175</sup> Artikel 38 van het Aardgasdecreet bepaalde dat het Fonds onder andere gefinancierd werd via verschillende retributies, de opbrengst van de administratieve boetes, alsook de wederoverdracht van het ongebruikte saldo van de dotatie dat de CWaPE ontving.<sup>2176</sup> Artikel 38, § 2 bepaalde dat de ontvangsten van het Fonds bij voorkeur werden bestemd voor de financiering van een dotatie die dient om de uitgaven van de CWaPE te dekken. Die dotatie bedroeg op dat moment 3,22 miljoen euro en werd jaarlijks geïndexeerd op grond van het indexcijfer der consumptieprijzen. Artikel 72 van het Aardgasdecreet bepaalde echter dat zolang het krachtens artikel 37 opgerichte Energiefonds niet gefinancierd was, de CWaPE een dotatie genoot die uitgetrokken werd op de begroting van het Waalse Gewest en waarvan het bedrag bij begrotingsdecreet werd bepaald.<sup>2177</sup> In 2003 kreeg de CWaPE een dotatie van 1.450.000 euro en in 2004 kreeg de CWaPE een dotatie ten belope van 3.22 miljoen euro. Artikel 51ter, § 2 van het decreet van 20 juli 2001 bepaalde in 2008 dat het bedrag van de dotatie van de CWaPE 3.610.950 euro bedroeg. De regering paste dit bedrag jaarlijks aan de index van de consumptieprijzen aan. Na advies van de CWaPE kan de regering het bedrag van de dotatie verhogen, afhankelijk van de naar behoren bewezen behoeften van de CWaPE.

---

<sup>2173</sup> Ontworpen art. 46 § 1er . Les services de la CWaPE sont organisés en trois directions [...] § 3. Le Gouvernement wallon crée un fonds budgétaire, dénommé «Fonds de régulation», au sens de l'article 45 des lois coordonnées sur la comptabilité de l'Etat. Ce fonds finance les dépenses de la CWaPE. Il est alimenté par une redevance, exprimée en centimes par kWh transmis, prélevée par le gestionnaire de réseau chargé d'alimenter un client final connecté à une tension inférieure ou égale à 70 kV. Les kWh transmis au moyen de lignes directes font l'objet d'un prélèvement identique par la CWaPE. Le Gouvernement wallon détermine les modalités de perception de la redevance. La redevance visée à l'alinéa précédent est égale au montant du financement nécessaire, lié à l'évolution de l'indice des prix à la consommation, divisé par le nombre total de kWh consommés par les clients finals connectés au réseau d'une tension inférieure ou égale à 70 kV.

<sup>2174</sup> *Parl.St.* W.Parl. 2000-2001, nr. 177/1, 25; CWaPE, Jaarverslag 2002, <http://www.CWaPE.be/?dir=1.6.01>, 14.

<sup>2175</sup> O.a. ook voor studies en sensibilisatieacties betreffende de beheersing van de energievraag; premies en maatregelen ter bevordering van rationeel energiegebruik; steun voor de productie van groene elektriciteit en van gas uit hernieuwbare bronnen; ...

<sup>2176</sup> Artikel 51ter, § 1, 10<sup>o</sup> van het Elektriciteitsdecreet.

<sup>2177</sup> Art. 72, Decreet 19 december 2002 betreffende de organisatie van de gewestelijke gasmarkt, *BS* 11 februari 2003: "Tant que le Fonds énergie créé en vertu de l'article 37 n'est pas alimenté par la redevance visée à l'article 40, la CWaPE dispose d'une dotation à charge du budget de la Région wallonne, dont le montant est fixé par le décret budgétaire".

#### 6.4.2. Decreet van 18 juli 2012

**707.** In juli 2012 heeft het Waals parlement een budgettair decreet aangenomen dat een vergoeding introduceert ten laste van de producenten van groene elektriciteit die meer dan 10kw produceren.<sup>2178</sup> Op die manier wordt ook de wijze waarop de energieregulator gefinancierd wordt gewijzigd.<sup>2179</sup> Artikel 3, § 1 van het decreet bepaalt dat er een heffing wordt afgenomen voor de financiering van de kosten opgelopen door de CWaPE voor de uitvoering van het mechanisme van groene certificaten bedoeld in artikel 37 van het decreet van 12 april 2001 betreffende de organisatie van de gewestelijke elektriciteitsmarkt.<sup>2180</sup>

**708.** Op 4 maart 2013 werd een vernietigingsberoep bij het Grondwettelijk Hof ingediend tegen deze regeling.<sup>2181</sup> Opgeworpen werd dat de inhouding, aangemerkt als retributie, en bestemd om alle door de CWaPE gemaakte kosten voor de uitvoering van het mechanisme van de groene certificaten te financieren, niet het vergoedende karakter vertoont dat eigen is aan retributies en bijgevolg als een belasting in de zin van artikel 170 e.v. van de Grondwet moet worden aangemerkt.<sup>2182</sup> De verzoekende partij voert aan dat er geen redelijke verhouding bestaat tussen de kostprijs of de waarde van de verstrekte dienst en het bedrag dat de heffingsplichtige verschuldigd is.<sup>2183</sup> De Waalse regering stelt dat de CWaPE wel degelijk belangrijke diensten verstrekt voor producenten wier vermogen van de productie-installatie meer dan 10 kW bedraagt.<sup>2184</sup> In de parlementaire voorbereiding werd door de regering geargumenteed dat het billijk is dat de producenten van groene elektriciteit van meer dan 10 kWh die groene certificaten genieten, bijdragen tot de financiering ervan, aangezien de toegekende certificaten ontegenzeggelijk een voordeel uitmaken voor de producenten.<sup>2185</sup> Er werd eveneens aangevoerd dat het normaal is dat aan de begunstigden van een systeem wordt gevraagd aan het beheer ervan bij te dragen.<sup>2186</sup> Het Hof oordeelde dat enkel een deel van de begunstigden van die certificaten daaraan onderworpen is zodat het bedrag van de inhouding ten laste van elke heffingsplichtige noodzakelijkerwijze hoger is dan de kostprijs van de dienst die hem individueel wordt verstrekt. Deze inhouding staat bijgevolg niet in verhouding tot de dienst die door de CWaPE wordt verstrekt. Het gaat dan ook om een belasting en niet om een

<sup>2178</sup> Decr.W. 18 juli 2012 houdende de eerste aanpassing van de ontvangstenbegroting van het Waalse Gewest voor het begrotingsjaar 2012, BS 3 september 2012.

<sup>2179</sup> CWaPE, *Jaarverslag 2012*, <http://www.CWaPE.be/?dir=0.2&docid=925>.

<sup>2180</sup> De heffing is verschuldigd door de producenten van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen en/of kwalitatieve warmtekrachtkoppeling die bij de CWaPE een verzoek indienen voor de toekenning van groene certificaten voor installaties met een nominaal vermogen hoger dan 10 kilowatts (kW).

<sup>2181</sup> GwH 20 februari 2014, nr. 30/2014.

<sup>2182</sup> Overweging A.2.1, GwH 20 februari 2014, nr. 30/2014.

<sup>2183</sup> Overweging A.2.2, GwH 20 februari 2014, nr. 30/2014.

<sup>2184</sup> Overweging A.4.2, GwH 20 februari 2014, nr. 30/2014.

<sup>2185</sup> *Parl.St.* Waals Parlement 2011-2012, 5-IVa/1, bijlage 2, p5.

<sup>2186</sup> Het is logisch dat men erin is geslaagd de kleine elektriciteitsproducenten ervan vrij te stellen en dat men dat bedrag gaat zoeken bij de grote producenten, die zich in een louter financiële rentabiliteit bevinden (*Parl. St.* Waals Parlement 2011-2012, 5-IVa/3, p 13).

retributie.<sup>2187</sup> Voor het overige besliste het Hof dat de CWaPE de meest geschikte instantie is om de totale elektriciteitsproductie in te schatten, waardoor het verantwoord is dat de decreetgever die taak heeft gedelegeerd aan de CWaPE (middel ongegrond).<sup>2188</sup> Wat het verschil in behandeling betreft, stelt het Hof dat de decreetgever over een ruime beoordelingsvrijheid beschikt. Het Hof kan de beleidskeuzen slechts afkeuren indien zij niet redelijk verantwoord zouden zijn. Dit is niet het geval (middel ongegrond). Ook het feit dat de heffing niet op de consumenten mag verhaald worden vormt geen schending van art. 6, § 1, VII, tweede lid, d) BWHI. Het Hof verwerpt het beroep waardoor de belasting rechtsgeldig is.<sup>2189</sup>

Het bedrag van de opbrengst van de belasting werd eind 2012 geschat op 820.000 euro. Op 31 december 2012 beschikte de regulator slechts over 261.000 euro. In 2014 werd artikel 51ter, § 2 van het decreet van 12 april 2001 tweemaal aangepast.<sup>2190</sup> Deze wijzigingen worden hieronder besproken.

#### 6.4.3. *Fonds voor energie en duurzame ontwikkeling*

**709.** Het decreet van 11 april 2014 wijzigde het decreet van 12 april 2001.<sup>2191</sup> Artikel 67 van het decreet van 11 april 2014 wijzigde artikel 51bis van het decreet van 12 april 2001 in de zin dat de regering een begrotingsfonds moet oprichten genaamd "Fonds voor energie en duurzame ontwikkeling". Verder wordt artikel 51bis aangevuld in de zin dat nu ook, naast de financiering van de uitgaven van de CWaPE, ook de werkingskosten van de Algemene raad zullen worden gedekt door het Fonds. Ook artikel 51ter werd aangepast.<sup>2192</sup> Het artikel bepaalt nu dat het jaarlijks globale budget van de CWaPE 5.600.000 euro bedraagt. Dit globaal budget is gedeeltelijke afkomstig van een vergoeding op de groene certificaten, geïnd door de CWaPE, in functie van de geproduceerde MWh, ter hoogte van een jaarlijks bedrag van 1.800.000 € dat overeenstemt met haar beheerslast van het mechanisme en de behandeling van de groene certificaten, en voor het saldo van de dotatie van de CWaPE. Het Programmadecreet van 12 december 2014 paste opnieuw artikel 51ter aan.<sup>2193</sup> Artikel 51ter, § 2, eerste lid, bepaalt nu dat "het bedrag van het jaarlijks globale budget van de CWaPE [...] 5.410.000 euro [bedraagt] in 2015, 5.300.000 euro in 2016 en 5.230.000 euro vanaf 2017". De CWaPE wordt dus gedeeltelijk (via de vergoeding) op een onafhankelijke manier gefinancierd.

<sup>2187</sup> Overweging B.4.3. en B 5, GwH 20 februari 2014, nr. 30/2014.

<sup>2188</sup> Overweging B.7.2, GwH 20 februari 2014, nr. 30/2014. Zie hierover eveneens het vorige hoofdstuk in verband met de constitutionele legitimiteit van de regulator.

<sup>2189</sup> Met het arrest nr. 104/2014 van 10 juli 2014 deed het Hof een gelijkaardige uitspraak, maar dan met betrekking tot de periode 2013.

<sup>2190</sup> CWaPE, *Jaarverslag 2014*, <http://www.CWaPE.be/?dir=1&news=462>.

<sup>2191</sup> Decr.W. 11 april 2014 tot wijziging van het decreet van 12 april 2001 betreffende de organisatie van de gewestelijke elektriciteitsmarkt, BS 17 juni 2014.

<sup>2192</sup> Via artikel 68, Decreet 11 april 2014 tot wijziging van het decreet van 12 april 2001 betreffende de organisatie van de gewestelijke elektriciteitsmarkt, BS 17 juni 2014.

<sup>2193</sup> Art. 11, Programmadecreet 12 december 2014 houdende verschillende maatregelen betreffende de begroting inzake natuurrampen, verkeersveiligheid, openbare werken, energie, huisvesting, leefmilieu, ruimtelijke ordening, dierenwelzijn, landbouw en fiscaliteit, BS 29 december 2014.

## 6.5. Brugel

### 6.5.1. *Vroegere financiering*

**710.** In de ordonnantie van 19 juli 2001 (Elektriciteitsordonnantie) opteerde men ervoor om geen afzonderlijke reguleringsinstantie op te richten. Het toezicht werd gedeeltelijk uitgeoefend door de administratie bevoegd voor energie en leefmilieu (Brussels Instituut voor Milieubeheer – Dienst Energie)<sup>2194</sup> en gedeeltelijk door de Brusselse regering. De Dienst Energie van het BIM kreeg daarbij extra middelen te zijner beschikking en werd belast met enerzijds een bevoegdheid inzake advies, expertise en technische erkenning, en anderzijds met toezichts- en controleopdrachten. De Dienst Energie verleende bijgevolg de adviezen, terwijl de Brusselse regering alle beslissingen nam.<sup>2195</sup> De financiering werd intern geregeld via het budget van het BIM en de begroting.

**711.** Zoals reeds aangehaald, werd Brugel opgericht door artikel 56 van de ordonnantie van 14 december 2006.<sup>2196</sup> De banden met BIM bleven sterk aanwezig. Tot vrij recent werd de werking van Brugel nog steeds gefinancierd door het budget van het Brussels Instituut voor Milieubeheer (BIM). BIM stond daarenboven ook in voor het administratief, financieel en boekhoudkundig beheer van dit budget (artikel 30*bis*, § 1 van de Elektriciteitsordonnantie). De keuze om de financiering van de Brusselse energieregulator te laten afhangen van het budget van het BIM werd in de parlementaire voorbereiding voornamelijk verdedigd door een verwijzing naar "het behoud van de eigen Brusselse kenmerken, gelet op de specifieke taak van het BIM".<sup>2197</sup> Met andere woorden, het BIM moest een belangrijke rol blijven spelen, ongeacht de nieuwe regulator.

Het hoeft niet verduidelijkt te worden dat feit dat het BIM in stond voor het administratief, financieel en boekhoudkundig beheer van het budget van Brugel duidelijk in strijd was met de onafhankelijkheidsvereisten uit het derde pakket liberaliseringsrichtlijnen. Dergelijke bepaling was onverenigbaar met de huidige visie op de onafhankelijkheid van de energieregulatoren. In dit opzicht werd in 2011, met de ordonnantie van 20 juli 2011, de financiële situatie van Brugel aangepast.

---

<sup>2194</sup> De Dienst: "de dienst belast met het beheer van de energie in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest" (artikel 2, 26° van de Elektriciteitsordonnantie).

<sup>2195</sup> L. DERIDDER, "Gewestelijke energiewetgeving: de draad kwijt" in K. DEKELAERE (ed.) *Jaarboek Energijrecht 2002*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (89) 151.

<sup>2196</sup> Ord.Br. 14 december 2006 tot wijziging van de ordonnanties van 19 juli 2001 en van 1 april 2004 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en de gasmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en tot opheffing van de ordonnantie van 11 juli 1991 met betrekking tot het recht op een minimumlevering van elektriciteit en de ordonnantie van 11 maart 1999 tot vaststelling van de maatregelen ter voorkoming van de schorsingen van de gaslevering voor huishoudelijk gebruik, *BS* 9 januari 2007. Zie ook hoofdstuk 2 van dit werk.

<sup>2197</sup> Ontwerp van ordonnantie tot wijziging van de ordonnanties van 19 juli 2001 en van 1 april 2004 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en de gasmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en tot opheffing van de ordonnantie van 11 juli 1991 met betrekking tot het recht op een minimumlevering van elektriciteit en de ordonnantie van 11 maart 1999 tot vaststelling van de maatregelen ter voorkoming van de schorsingen van de gaslevering voor huishoudelijk gebruik, *Parl.St.* Bru.Parl. 2006-2007, A-308/1, 8.

### 6.5.2. Huidige financiering

**712.** De memorie van toelichting bij de parlementaire voorbereiding van de Wijzigingsordonnantie verduidelijkt dat Brugel enkele nieuwe bevoegdheden en taken krijgt. Om deze taken te kunnen volbrengen moet de regulator voldoende middelen toegewezen krijgen. De memorie licht toe dat de werking van Brugel vanaf dan "zal steunen op een toereikend budget goedgekeurd door het parlement".<sup>2198</sup> In huidig artikel 30*bis*, § 1, zoals gewijzigd in 2011, is er dan ook geen sprake meer van enige financiering van Brugel via het BIM. Het Brussels Hoofdstedelijk Parlement stelt nu het budget van de energieregulator vast, op voorstel van Brugel. Artikel 30*bis*, § 1 bepaalt nu ook uitdrukkelijk dat Brugel zelf haar administratief en boekhoudkundig beheer in alle onafhankelijkheid uitoefent.<sup>2199</sup>

**713.** Het jaarverslag van Brugel verduidelijkt dat sinds het begrotingsjaar 2013 Brugel inderdaad zelf in staat voor haar administratief, financieel en boekhoudkundig beheer. Uit het jaarverslag blijkt dat Brugel een voorstel van begroting formuleert aan de minister bevoegd voor energie (en houdt zich aan de omzendbrieven van de minister van begroting). Dit begrotingsvoorstel wordt nadien aan het parlement wordt overgemaakt.<sup>2200</sup> Het parlement stemt over de begroting. Brugel stelt dus het voorstel van begroting vast en legt dit ter goedkeuring voor aan het parlement.

Het jaarverslag 2013 verduidelijkt dat Brugel een voorstel van begroting formuleert aan de *minister*. In tegenstelling tot wat de ordonnantie bepaalt is in de praktijk de band tussen de minister en de regulator met betrekking tot het financiële nog steeds aanwezig. De financiering van Brugel blijft natuurlijk verlopen via een dotatie via het budget van de regering, dus in dit opzicht kan men uiteraard ook de banden niet volledig doorknippen. Bijgevolg wordt de rol van de minister bij de financiering van de Brusselse energieregulator, in tegenstelling tot bij de CREG en de VREG, niet uitgesloten. Op dit moment vereisen de Europese richtlijnen nog geen volledige budgettaire of financiële onafhankelijkheid. Ook de Interpretatieve Nota stelt dat het belangrijk is dat de regulator een afzonderlijke jaarlijkse begrotingstoewijzing ontvangt en dat de regulator over autonomie beschikt bij de uitvoering van de toegewezen begroting. De richtlijnen en de Interpretatieve Nota laten toe dat het budget van de regulator via de begroting van de regering gefinancierd wordt en verlangen (nog) geen vorm van onafhankelijke(re) financiering door middel van een heffing of bijdrage. Het geniet de voorkeur om in de toekomst toch te evolueren naar een systeem waarbij de financiering gebeurt via een heffing of een

<sup>2198</sup> MvT bij ontwerp van ordonnantie tot wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en van de ordonnantie van 12 december 1991 houdende oprichting van begrotingsfondsen, *Parl.St.* Bru.Parl. 2010-2011, A-201/1, 17.

<sup>2199</sup> § 1 gewijzigd bij art. 2, 1°, en 48, 2° en 3° Ord.Br. 20 juli 2011 (*BS* 10 augustus 2011 (ed. 1)) en bij art. 48, 1° Ord.Br. 20 juli 2011 (*BS* 10 augustus 2011 (ed. 1)), met ingang van 1 januari 2012 (art. 71, § 1).

<sup>2200</sup> Brugel, Jaarverslag 2013, <http://www.brugel.be/Files/media/SIGI/55f14ace39769.pdf>, 10.

bijdrage. Enkel op die manier geniet de regulator voldoende financiële onafhankelijkheid.

**714.** In 2013 en 2014 bedroeg de regionale dotatie € 3.092.000. In 2015 vroeg Brugel een budget van 3.765.000 euro, waarvan het uiteindelijk € 3.588.000 euro werd toegekend. Voor 2016 bedraagt de dotatie 3.735.000 euro.<sup>2201</sup> Vanaf 2016 komen ook de kosten van het personeel onmiddellijk ten laste van de Brusselse regulator.<sup>2202</sup> Voorheen (zoals hieronder toegelicht) werden deze kosten begroot door BIM en nadien terugbetaald door Brugel. Hiernaast krijgen, naast de andere leden en de voorzitter van Brugel, ook de regeringscommissarissen zitpenningen en vergoedingen.<sup>2203</sup> Deze kosten worden eveneens allen gedekt door het budget van de Brusselse energieregulator.<sup>2204</sup>

## 6.6. Autoriteit Consument en Markt

### 6.6.1. *Zbo zonder rechtspersoonlijkheid*

**715.** Aangezien de ACM naast mededinging, telecom, post en consumentenbescherming eveneens bevoegd is inzake energie, is het belangrijk om na te gaan of de instantie op voldoende wijze beschikt over een (ruime mate) van financiële onafhankelijkheid, in lijn met het derde pakket liberaliseringsrichtlijnen. Zoals reeds eerder werd vermeld (*supra* nr. 473 e.v.) beschikt de ACM niet over rechtspersoonlijkheid en bijgevolg ook niet over een eigen budget. De Kaderwet Zelfstandige Bestuursorganen vormt het uitgangspunt voor de regels met betrekking tot de begroting van de ACM. Artikel 25 van de Kaderwet Zelfstandige Bestuursorganen bepaalt dat de ACM jaarlijks vóór 1 april een ontwerpbegroting moet toezenden aan de minister van Economische Zaken. De begroting wordt vervolgens vastgesteld door deze minister. Het budget wordt dus toegekend door de minister en wordt ook opgenomen in de begroting van het ministerie.<sup>2205</sup>

**716.** In de Eerste Kamer werd kritiek geuit op de beperkte begrotingsautonomie van de ACM.<sup>2206</sup> Er werd immers opgemerkt dat aangezien de begroting wordt vastgesteld door de minister en ook wordt opgenomen in de begroting van diens ministerie, de ACM op die manier moet concurreren met andere begrotingsposten van het ministerie. De vraag werd ook gesteld of de onafhankelijkheid van de ACM op het punt van het budget wel voldoende is

<sup>2201</sup> Brugel, Budget, <http://www.brugel.be/Files/media/SIGI/55915a74421a7.pdf>.

<sup>2202</sup> In 2016, zullen personeelskosten direct door Brugel ten laste worden genomen. <http://www.brugel.be/Files/media/SIGI/55915a74421a7.pdf>

<sup>2203</sup> Artikel 7 Besl. Bru. Reg. 3 mei 2007 houdende vaststelling van de voorwaarden tot aanstelling en van ontslag van de leden van de Reguleringscommissie voor energie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en hun statuut, *BS* 21 mei 2007: "De andere leden van de Commissie krijgen zitpenningen van 500 euro per zitting van de Commissie, met een maximum van 12.500 euro per jaar. Zij ontvangen eveneens een jaarlijkse bruto forfaitaire vergoeding van 7.500 euro".

<sup>2204</sup> Deze kosten dekken de uitgaven van zitpenningen en vergoedingen die voorzien zijn in het besluit van de regering, met inbegrip aan de regeringscommissarissen. <http://www.brugel.be/Files/media/SIGI/55915a74421a7.pdf>

<sup>2205</sup> L. SCHOUTEN en A. DE MOOR-VAN VUGT, "De onafhankelijkheid van de Autoriteit Consument en Markt", *SEW* 2015, afl. 2, (62) 68.

<sup>2206</sup> *Kamerstukken I* 2012/13, 33186, D, 13.



gewaarborgd en hoe die onafhankelijkheid beter kan worden gegarandeerd. Het antwoord op deze vraag klonk: "de onafhankelijkheid van de ACM op het punt van de begroting is zeker voldoende gewaarborgd. Aan de ACM zullen, zoals hiervoor is aangegeven, voldoende middelen ter beschikking worden gesteld zodat de onafhankelijke uitvoering van de zbo-taken gewaarborgd is. Dat de minister sturende bevoegdheden heeft bij de totstandkoming van het budget laat dat onverlet". De minister voegde er nog aan toe dat de Kaderwet zbo's voor alle zbo's voorziet in dergelijke sturende bevoegdheden van de minister. Bij een zbo zonder rechtspersoonlijkheid stuurt het zbo de minister een ontwerpbegroting en stelt de minister de begroting vast (artikel 25). Bij een zbo met rechtspersoonlijkheid stelt het zbo de begroting vast en behoeft die begroting de goedkeuring van de minister (artikel 26 en 29). "Sturing van de minister is er op het punt van het budget dus altijd en die sturing is gelet op de verantwoordelijkheid van de minister voor het algehele functioneren van zbo's zeer passend" aldus de minister in de parlementaire voorbereiding. De sturingsbevoegdheden van de minister inzake het budget, zowel bij zbo's *met* als *zonder* rechtspersoonlijkheid, vloeit voort uit het feit dat er ministeriële verantwoordelijkheid is, waardoor de minister het laatste woord heeft over de begroting.<sup>2207</sup> Men stelt dat het weinig tot niet uitmaakt of de toezichthouder nu een eigen begroting heeft of een budget dat onderdeel is van de begroting van het ministerie, aangezien in beide gevallen de minister de eindverantwoordelijke is voor (de hoogte van) het budget, waarbij de minister en de toezichthouder een onderling gesprek voeren over mensen en middelen.<sup>2208</sup> Volledige budgetvrijheid voor de toezichthouder is "volgens het oogpunt van de ministeriële verantwoordelijkheid (voor het algehele functioneren van het zbo, voor de keuze voor verzelfstandigde uitvoering, voor de omvang van zijn begroting en de lasten voor ondernemers) onwenselijk".<sup>2209</sup>

**717.** Deze redenering is te kort door de bocht. Het onderscheid tussen een zbo met rechtspersoonlijkheid en een zbo zonder rechtspersoonlijkheid is immers niet voor niets ingevoerd.<sup>2210</sup> Bovendien vormt een eigen budget net een kernelement bij het beschikken over rechtspersoonlijkheid. Er is dus wel degelijk een verschil tussen de effectieve *vaststelling* van het budget of de loutere *goedkeuring* van het budget. Bij de goedkeuring ligt de bal immers in het kamp van de zbo en is het de zbo die het budget vaststelt; hetgeen zeker en vast verschilt van de minister die het budget vaststelt. In de parlementaire voorbereiding bij de Kaderwet zbo stelde men: "Het besluit tot vaststelling van de begroting behoeft de goedkeuring van de minister. Dat impliceert niet dat de minister de begroting van het zelfstandig bestuursorgaan tot op het laatste detail vastlegt en dat (dus) het zelfstandig bestuursorgaan in de loop van het

---

<sup>2207</sup> Kamerstukken I 2012/13, 33186, D, 15.

<sup>2208</sup> Kamerstukken I 2012/13, 33186, D, 15.

<sup>2209</sup> Kamerstukken I 2012/13, 33186, D, 15.

<sup>2210</sup> L. SCHOUTEN en A. DE MOOR-VAN VUGT, "De onafhankelijkheid van de Autoriteit Consument en Markt", *SEW* 2015, afl. 2, (62) 69.

jaar strikt gehouden is aan de eenmaal ingediende begroting. Dat zou in strijd zijn met het uitgangspunt dat een zelfstandig bestuursorgaan zelf de vrijheid en verantwoordelijkheid heeft om zijn bedrijfsprocessen naar eigen inzicht zo goed mogelijk in te richten".<sup>2211</sup>

**718.** De memorie van toelichting verduidelijkt dat een goedkeuring minder ingrijpend is dan de effectieve vaststelling van de begroting door de minister. Artikel 29 van de Kaderwet zbo maakt bovendien duidelijk dat de goedkeuring enkel onthouden kan worden wanneer er sprake is van strijdigheid met het recht of het algemeen belang. Het moet met andere woorden gaan om zwaarwegende redenen, die expliciet vermeld moeten worden (art. 29, lid 2 Kaderwet zbo). Wanneer de minister, bij een zbo zonder rechtspersoonlijkheid zoals de ACM, de begroting zelf vaststelt dan beschikt de minister veel meer over een mogelijkheid tot inmenging en gedetailleerde regeling. Dit beperkt de begrotingsautonomie van de regulator.

#### 6.6.2. *Bekostiging via de marktpartijen*

**719.** Net zoals bij de CREG en de VREG wordt een deel van de bekostiging van de begroting van de ACM sinds 1 januari 2015 gedragen door de marktpartijen. De (gedeeltelijke) financiering van de ACM via een bijdrage door de marktpartijen gebeurt eveneens via de regering. De financiering is gedeeltelijk aangezien deze enkel betrekking heeft op de kosten voor marktregulerende activiteiten. De kosten voor het nalevingstoezicht en de bezwaarprocedures worden niet gedekt door de marktpartijen.<sup>2212</sup> De bepaling van de kosten die wel ten laste liggen van de marktpartijen worden vastgelegd via een algemene maatregel van bestuur. Welke tarieven er precies mogen worden doorgerekend wordt vastgesteld bij ministeriële regeling. Zelfs al gaat het met andere woorden om een "onafhankelijke bijdrage" door de marktpartijen, toch is het de regering en de minister die vaststellen wat de omvang van een deel van het budget is.<sup>2213</sup>

#### 6.7. Financiering in de VS

**720.** Via de *Congressional Budget and Impoundment Control Act* van 1974 heeft het Congres de touwtjes inzake de procedure voor het toekennen van het federale budget strak in handen gehouden.<sup>2214</sup> Deze regels zijn van bijzonder belang aangezien ook de financiering van de FERC via deze weg verloopt.

---

<sup>2211</sup> *Kamerstukken II* 2000/01, 27426, 3, p. 30 (MVT).

<sup>2212</sup> L. SCHOUTEN en A. DE MOOR-VAN VUGT, "De onafhankelijkheid van de Autoriteit Consument en Markt", *SEW* 2015, afl. 2, (62) 69.

<sup>2213</sup> L. SCHOUTEN en A. DE MOOR-VAN VUGT, "De onafhankelijkheid van de Autoriteit Consument en Markt", *SEW* 2015, afl. 2, (62) 69.

<sup>2214</sup> Pub.L. 93-344, 88 Stat. 297, 2 U.S.C. §§ 601-688.

Artikel 42 U.S. Code § 7171 bepaalt dat de FERC elk jaar een verzoek tot budgettoekenning (*authorization and appropriations request*)<sup>2215</sup> moet indienen bij het *Office of Management and Budget* (OMB) waarbij het OMB dit moet goedkeuren en het budget moet opnemen in het algemeen budget van de President.<sup>2216</sup> De begroting van dit budget gebeurt via de *Secretary* van het *Department of Energy*: hij identificeert het aandeel van het budget dat FERC nodig heeft, op basis van een verklaring van de FERC waarin (1) de FERC het aangegeven bedrag weergeeft in zijn budgettaire presentatie aan de *Secretary* en het OMB en (2) gekoppeld aan een schatting van de specifieke budgettaire behoeften van de FERC. Uit interviews bleek evenwel dat de *Secretary* geen wijzigingen aanbrengt aan het voorstel van FERC en hij dit budget gewoon integraal doorstuurt naar het Congres.

**721.** Het *appropriations* proces begint bij de President, die zijn jaarlijks budget voor het komende fiscaal jaar voorlegt aan het Congres, in samenwerking met het OMB.<sup>2217</sup> STREETER legt uit dat de President “recommends spending levels for the various programs and agencies of the federal government in the form of *budget authority* since Congress provides budget authority instead of cash to agencies. An *appropriation* is a type of *budget authority* that not only provides the authority to make obligations, but also gives the agency authority to make the subsequent payments from the Treasury. Appropriations measures provide *new budget authority* (as opposed to previously enacted budget authority)”.<sup>2218</sup> Wanneer de President het budget voorlegt aan het Congres, via het *Congressional Budget Office* (CBO), geven de *agencies* – waaronder ook de FERC – gedetailleerde informatie aan *the House and Senate appropriations Committees* en hun specifieke *subcommittees*. Voor FERC gaat het om het *subcommittee Energy and Water Development* (Senaat) en het *subcommittee Energy and Water Development, and Related Agencies* (Huis).<sup>2219</sup> Zowel de *Appropriations committees* als de sub-comités voor de FERC zullen daarop hoorzittingen organiseren waarbij de focus ligt op de rechtvaardiging van het budget door de commissie, en dit via getuigenissen van leden van de FERC. Zij dienen daarbij alle informatie te geven over de programma’s die zij uitvoeren, hun effectiviteit en hun toekomstige

---

<sup>2215</sup> “Authorization acts establish, continue, or modify agencies or programs. The authorization act also authorizes subsequent appropriations for specific agencies and programs, frequently setting spending ceilings for them. The authorization of appropriations provisions may be permanent, annual, or multi-year authorizations. Annual and multi-year provisions require re-authorizations when they expire. Appropriations measures provide new budget authority for the program, activity, or agency previously authorized”, zie S. STREETER, “The Congressional Appropriations Process: An Introduction”, *Congressional Research Service Report for Congress 2010*, 24.

<sup>2216</sup> M. BREGER en G. EDLES, *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 416.

<sup>2217</sup> 31 U.S. Code § 1105(a): “On or after the first Monday in January but not later than the first Monday in February of each year, the President shall submit a budget of the United States Government for the following fiscal year. Each budget shall include a budget message and summary and supporting information. The President shall include in each budget the following: [...]” en 31 U.S. Code § 1105(g)(1): “The Director of the Office of Management and Budget shall establish the funding for advisory and assistance services for each department and agency as a separate object class in each budget annually submitted to the Congress under this section”.

<sup>2218</sup> S. STREETER, “The Congressional Appropriations Process: An Introduction”, *Congressional Research Service Report for Congress 2010*, 4.

<sup>2219</sup> S. STREETER, “The Congressional Appropriations Process: An Introduction”, *Congressional Research Service Report for Congress 2010*, 3.

verwachtingen.<sup>2220</sup> Een zekere inschikkelijkheid van het agency tijdens de hoorzittingen en een goede relatie met het sub-comité is van cruciaal belang:

“Nonstatutory controls are a major form of oversight. Legislative language in committee reports and in hearings, letters to agency heads, and other communications give detailed **instructions to agencies** regarding committee expectations and desires. Agencies are not legally obligated to abide by nonstatutory recommendations, **but failure to do so may result in a loss of funds and flexibility the following year.** Agencies ignore nonstatutory controls at their peril”.

Nadat de hoorzittingen afgelopen zijn versturen de sub-comités de tekst naar de *appropriations committees*, die eventuele wijzigingen kunnen aanbrengen. Nadien wordt de tekst verzonden naar het Huis en de Senaat om plenair te bespreken, waarbij de vertegenwoordigers en de senatoren amendementen kunnen voorstellen. Daarna wordt door de sub-comités en de voorzitter van de *full committees* over het verschil tussen de tekst van het Huis en de tekst van de Senaat onderhandeld.<sup>2221</sup> Voor FERC zijn dit de sub-comités *Energy and Water Development*. Pas nadat zowel het Huis als de Senaat overeenstemming hebben bereikt kan de tekst verstuurd worden naar de President. Hij beschikt dan over 10 dagen om de tekst te ondertekenen of om zijn veto te gebruiken. Indien de President zijn vetorecht gebruikt dan wordt de tekst terug naar het Congres verzonden, waarbij het Congres het veto kan verwerpen via een tweederdemeerderheid. Lukt dit dan wordt de tekst wetgeving, zo niet dan moet opnieuw begonnen worden.<sup>2222</sup>

**722.** FERC krijgt dus een budget toegewezen (dotatie) uit de Schatkist (*Treasury*) via het Congres. Het Congres is hiertoe bevoegd op basis van de Grondwet, waarin Sectie 9 (*Appropriations Clause*) bepaalt dat “No money shall be drawn from the Treasury, but in Consequence of Appropriations made by Law.”<sup>2223</sup> Deze bepaling houdt in dat tenzij het Congres wetgeving aanneemt die toelaat om belastingen op te leggen, leningen machtigt of budgetten toekent, de uitvoerende macht geen geld kan verkrijgen van de bevolking, noch geld kan uitgeven ten behoeve van het overheidsapparaat.<sup>2224</sup> Als “*checks and balances*”-instrument in het kader van de scheiding der machten heeft de Grondwetgever

<sup>2220</sup> A. DOLAN, E. HALCHIN, T. GARVEY, W. OLESZEK en W. GINSBERG, “Congressional Oversight Manual”, *Congressional Research Service* Report for Congress 2014, 18-19.

<sup>2221</sup> S. STREETER, “The Congressional Appropriations Process: An Introduction”, *Congressional Research Service* Report for Congress 2010, 8.

<sup>2222</sup> Het Presidentieel veto vloeit voort uit artikel I van de Grondwet, Sectie 7: Every bill which shall have passed the House of Representatives and the Senate, shall, before it become a law, be presented to the President of the United States; if he approve he shall sign it, but if not he shall return it, with his objections to that House in which it shall have originated, who shall enter the objections at large on their journal, and proceed to reconsider it. If after such reconsideration two thirds of that House shall agree to pass the bill, it shall be sent, together with the objections, to the other House, by which it shall likewise be reconsidered, and if approved by two thirds of that House, it shall become a law. But in all such cases the votes of both Houses shall be determined by yeas and nays, and the names of the persons voting for and against the bill shall be entered on the journal of each House respectively. If any bill shall not be returned by the President within ten days (Sundays excepted) after it shall have been presented to him, the same shall be a law, in like manner as if he had signed it, unless the Congress by their adjournment prevent its return, in which case it shall not be a law, zie ook <http://usgovinfo.about.com/od/thePresidentandcabinet/a/presveto.htm>.

<sup>2223</sup> Article I, Section 1: “All legislative powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States”; Section 9: “No money shall be drawn from the treasury, but in consequence of appropriations made by law”.

<sup>2224</sup> A. FELD, “The Shrunken Power of the Purse”, *Boston University Law Review* 2009, (487) 487.

er dus voor gekozen om de wetgevende macht de uitvoerende macht via de budgetbevoegdheid te laten controleren.<sup>2225</sup>

Via deze procedure bezit het Congres over een sterk controlemechanisme ten aanzien van de *agencies* (zowel *executive* als IRA). Dit komt onder meer door het feit dat "each committee, knowing that it will receive a fixed amount of the total to be included in a budget resolution, has an **incentive to scrutinize** existing programs to make room for new programs or expanded funding of ongoing projects or to assess whether programs have outlived their usefulness".<sup>2226</sup> Elk jaar dient dus ook de FERC haar standpunten uitvoerig te verdedigen ten aanzien van het bevoegde sub-comité. Het is dan ook uiterst belangrijk dat de FERC een goede relatie onderhoud met dit sub-comité.

**723.** De effectieve toekenning van het budget aan de FERC gebeurt meestal via een *Appropriations Bill* maar soms ook via een zogenaamde "continuing resolution". Een *continuing resolution* is een wetgevingsdocument met betrekking tot de begroting.<sup>2227</sup> Een begrotingswet (*appropriations bill*)<sup>2228</sup> legt normaal gezien de budgetten vast met betrekking tot specifieke departementen en *agencies*. Deze begrotingswetten worden in principe jaarlijks door het Congres gestemd.<sup>2229</sup> Deze financiële bevoegdheid geeft het Congres een grote macht. FELD spreekt over het feit dat "the burden of congressional inaction" ook in het voordeel van het Congres kan spelen, wanneer er nieuwe wetgeving moet worden aangenomen, zoals bijvoorbeeld de jaarlijkse *appropriations*.<sup>2230</sup> The *burden of congressional inaction* houdt namelijk in dat het voltallige Congres over het budget moet discussiëren en stemmen, waarbij verschillende partijbelangen, individuele belangen of ideologische verschillen ervoor kunnen zorgen dat er geen meerderheid wordt bereikt. Op die manier kan het Congres de activiteiten van de President echter vertragen, waardoor het beschikt over *financial leverage*.<sup>2231</sup> De *power of the purse* kan dus niet onderschat worden. Hoever deze bevoegdheid juist reikt in het kader van de verantwoordingsplicht van de IRA's wordt evenwel besproken in het volgende hoofdstuk.

**724.** Wanneer de President en het Congres niet tijdig (bij begin van het nieuwe fiscaal jaar) tot een akkoord komen over het budget dan neemt het Congres een *continuing resolution* aan, waarmee de financiering gewoon kan

---

<sup>2225</sup> A. FELD, "The Shrunken Power of the Purse", *Boston University Law Review* 2009, (487) 487.

<sup>2226</sup> A. DOLAN, E. HALCHIN, T. GARVEY, W. OLESZEK en W. GINSBERG, "Congressional Oversight Manual", *Congressional Research Service* Report for Congress 2014, 18.

<sup>2227</sup> S. STREETER, "The Congressional Appropriations Process: An Introduction", *Congressional Research Service* Report for Congress 2010, 14.

<sup>2228</sup> Een appropriations bill kan gedefinieerd worden als "legislative acts that actually provide funding for the agencies and programs authorized", Organization of the Congress, Final Report of the Joint Committee on the Organization of Congress, December, 1993.

<sup>2229</sup> J. TOLLESTRUP, "The Congressional Appropriations Process: An Introduction", *Congressional Research Service* Report for Congress 2014, 1: "Appropriations acts are characteristically annual and generally provide funding authority that expires at the end of the federal fiscal year, September 30".

<sup>2230</sup> A. FELD, "The Shrunken Power of the Purse", *Boston University Law Review* 2009, (487) 488.

<sup>2231</sup> A. FELD, "The Shrunken Power of the Purse", *Boston University Law Review* 2009, (487) 488.

doorlopen op basis van vorige wetgeving, tot een bepaalde datum of tot op het moment dat de nieuwe wetgeving uiteindelijk wordt gestemd.<sup>2232</sup> Dit houdt dus in dat voor het voorgaande jaar geen *Act* werd aangenomen door het Congres, waardoor men zich baseert op de *Act* van het jaar ervoor (*continuing*). Op de website van de Senaat wordt een definitie van een *continuing resolution* gegeven: “[a continuing resolution is] legislation in the form of a **joint resolution** enacted by Congress, when the new fiscal year is about to begin or has begun, to provide budget authority for Federal agencies and programs to continue in operation until the regular appropriations acts are enacted”.<sup>2233</sup>

Zo valt bij FERC, voor het budget van 2014 te lezen, dat “a full-year 2013 appropriation for this account was not enacted at the time the budget was prepared; therefore, this account is operating under a continuing resolution (P.L. 112-175).<sup>2234</sup> The amounts included for 2013 reflect the annualized level provided by the continuing resolution”.<sup>2235</sup> De *Act* waarop de begroting van 2014 van de FERC bijvoorbeeld gebaseerd is, is de *The Energy and Water Development Appropriations Act* uit 2012.<sup>2236</sup> Zo heeft FERC voor het jaar 2012 verzocht om een budget van 304.8 miljoen \$, in 2013 over 306.4 miljoen \$ en in 2014 over 304.6 miljoen \$.<sup>2237</sup> Voor de begroting van 2017 verzocht FERC om 346.8 miljoen dollar.<sup>2238</sup>

**725.** Het gebeurt ook dat gedurende het jaar het noodzakelijk is om het budget van een *agency* aan te passen. Een aanpassing aan het budget, waarbij bv. geld getransfereerd moet worden van het ene programma naar het andere, gebeurt evenwel niet via het traditionele proces maar wel via een informele procedure bij het toepasselijke *Congressional committee* dat de *authorization* geeft aan een *reprogramming agreement* opgesteld door het *agency*.<sup>2239</sup> ROBERTS stelt hierover:

“Congressional committees and their executive branch counterparts have developed over the years a highly refined process of “reprogramming” review, in which agencies report to the relevant appropriations subcommittees proposed changes to the amounts specified to be spent in the printed committee reports, and receive permission to make the changes.”<sup>2240</sup>

---

<sup>2232</sup> J. TOLLESTRUP, “The Congressional Appropriations Process: An Introduction”, *Congressional Research Service* Report for Congress 2014, summary page.

<sup>2233</sup> United States Senate Glossary, [http://www.senate.gov/reference/glossary\\_term/continuing\\_resolution.htm](http://www.senate.gov/reference/glossary_term/continuing_resolution.htm), laatst geconsulteerd op 16 maart 2016.

<sup>2234</sup> Public Law 112-175 112th Congress, *Joint Resolution*, Sept. 28, 2012 [H.J. Res. 117] <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-112publ175/pdf/PLAW-112publ175.pdf>.

<sup>2235</sup> <https://www.ferc.gov/about/strat-docs/fy14-budg.pdf>, 2, laatst geconsulteerd op 14 maart 2016.

<sup>2236</sup> H.R.2354 — 112th Congress (2011-2012). Zie ook C. BEHRENS, Energy and Water Development: FY2012 Appropriations, *Congressional Research Service* Report for Congress 2012, 1-74.

<sup>2237</sup> <https://www.ferc.gov/about/strat-docs/fy14-budg.pdf>, 2, laatst geconsulteerd op 14 maart 2016.

<sup>2238</sup> FERC, *Budget Request*, <https://www.ferc.gov/about/strat-docs/2016/FY17-Budget-Request.pdf>, laatst geconsulteerd op 17 maart 2016.

<sup>2239</sup> K. STITH, “Rewriting the Fiscal Constitution: The Case of Gramm-Rudman-Hollings.” *California Law Review* 1988, (593) 613.

<sup>2240</sup> J. ROBERTS, “Are Congressional Committees Constitutional: Radical Textualism, Separation of Powers, and the Enactment Process”, *Case Western Reserve Law Review* 2001, (489) 564.

Nadien neemt het Congres dan een wet aan waarbij "lump-sum appropriations" of budgettaire verschuivingen in algemene termen worden goedgekeurd.<sup>2241</sup> Een "lump-sum appropriation" wordt gedefinieerd als "[it] leaves it to the recipient agency (as a matter of law, at least) to distribute the funds among some or all of the permissible objects **as it sees fit**".<sup>2242</sup> Aangezien de *lump-sum appropriations* zijn gebaseerd op een beslissing van een *agency* wordt aangenomen dat zij niet voor *judicial review* vatbaar zijn.<sup>2243</sup> De *lump-sum appropriations* zijn namelijk zo algemeen geformuleerd dat het aan het *agency* is om te bepalen hoe zij *discretionair* het budget toebedelen.<sup>2244</sup> Dit informeel proces toont opnieuw het belang (of de macht) aan van de *Congressional appropriations subcommittees*, waarbij het voor het *agency* belangrijk is om een goede relatie te hebben met het toepasselijke *committee*. Zo stelt ROBERTS: "They [cf. the agencies] would be foolish, except in extreme cases where the language is flatly inconsistent with the statute, to defy the committees on which they depend for appropriations by ignoring [their] instructions".<sup>2245</sup> Het informele karakter geeft aan de *agencies* wel de nodige flexibiliteit om het budget snel te heroriënteren.

**726.** In **realiteit** vloeit het budget van de FERC echter voort uit de vergoedingen die de commissie aanreken aan de bedrijven die voor de commissie een **procedure** voeren (*filing fees for individual filings assessed to the filing entity*) en de jaarlijkse **heffingen** ten aanzien van de gereguleerde industrieën.<sup>2246</sup> De bedrijven die de beslissingen van de FERC op stelselmatige basis aanvechten zullen met andere woorden meer bijdragen, hetgeen ook een ontradend effect heeft.<sup>2247</sup> Particulieren dragen niet bij tot de financiering van de FERC. Deze vergoedingen en heffingen worden elk jaar berekend om exact het bedrag te representeren dat de FERC dat jaar als budget zal nodig hebben.<sup>2248</sup> Dit zorgt ervoor dat de FERC een totale impact heeft van "nul" op het algemene

<sup>2241</sup> J. ROBERTS, "Are Congressional Committees Constitutional: Radical Textualism, Separation of Powers, and the Enactment Process", *Case Western Reserve Law Review* 2001, (489) 563.

<sup>2242</sup> Zie Office of the General Counsel, Principles of Federal Appropriations Law 1992, 167.

<sup>2243</sup> *International Union v. Donovan*, 746 F.2d 855, 861 (D.C. Cir. 1984): "the Court refused to impose a reasonable distribution requirement on the exercise of the agency's discretion, and found that discretion unreviewable".

<sup>2244</sup> *Lincoln v. Vigil*, 508 U.S. 182, 113 S. Ct. 2024, 124 L. Ed. 2d 101 (1993): "The Service's decision to discontinue the Program was "committed to agency discretion by law," and therefore not subject to judicial review under 701(a)(2). Section 701(a)(2) precludes review of certain categories of administrative decisions that courts traditionally have regarded as "committed to agency discretion." The allocation of funds from a lump-sum appropriation is such a decision. It is a fundamental principle of appropriations law that where Congress merely appropriates lump-sum amounts without statutory restriction, a clear inference may be drawn that it does not intend to impose legally binding restrictions, and indicia in committee reports and other legislative history as to how the funds should, or are expected to, be spent do not establish any legal requirements on the agency. As long as the agency allocates the funds to meet permissible statutory objectives, courts may not intrude under 701(a)(2). (b) The decision to terminate the Program was committed to the Service's discretion". Zie ook S. SCHULTZ, "Lincoln v. Vigil: An Exception of the Rule of Judicial Review", *Ohio Northern University Law Review* 1993, (353) 353: "In doing so, the Court correctly acknowledged its limitations, such as a lack of expertise and its inability to effectively deal with the numerous variables involved in proper ordering of agency priorities", zie ook K. STITH, "Rewriting the Fiscal Constitution: The Case of Gramm-Rudman-Hollings." *California Law Review* 1988, (593) 613.

<sup>2245</sup> zie ook J. ROBERTS, "Are Congressional Committees Constitutional: Radical Textualism, Separation of Powers, and the Enactment Process", *Case Western Reserve Law Review* 2001, (489) 564.

<sup>2246</sup> M. BREGER en G. EDLES, *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 416.

<sup>2247</sup> Dit blijkt uit interviews.

<sup>2248</sup> 42 U.S. § 7178.

budget van de overheid. Onderstaande figuur geeft een voorbeeld weer van de begrotingen van het fiscaal jaar 2015, 2016 en 2017 <sup>2249</sup>:

#### FULL COST RECOVERY

The Federal Energy Regulatory Commission (FERC or the Commission) recovers the full cost of its operations through annual charges and filing fees assessed on the industries it regulates as authorized by the Federal Power Act (FPA) and the Omnibus Budget Reconciliation Act of 1986. The Commission deposits this revenue into the Treasury as a direct offset to its appropriation, resulting in no net appropriation.

	FY 2015 Actual	FY 2016 Estimate	FY 2017 Request
Appropriation	\$304,389,000	\$319,800,000	\$346,800,000
Offsetting Collections	(\$304,389,000)	(\$319,800,000)	(\$346,800,000)
Net Appropriation	\$ -	\$ -	\$ -

Deze, voor ons misschien eerder vreemde regeling, vloeit voort uit de *Miscellaneous Receipts Act*.<sup>2250</sup> Artikel 31 U.S. § 3302(b) bepaalt immers dat “an official or agent of the Government receiving money for the Government *from any source* shall deposit the money in the Treasury as soon as practicable without deduction for any charge or claim”. Elke vorm van inkomsten of financiering die wordt ontvangen moet verplicht in de Schatkist worden gestort. Deze bepaling vloeit rechtstreeks voort uit de Grondwet en het feit dat enkel het Congres beschikt over *the power of the purse*. De uitvoerende macht kan enkel via het Congres over budget beschikken en mag niet op eigen wijze financiering genereren zonder dat dit via de Schatkist en het Congres verloopt. Dit zorgt er dus voor dat *agencies* de grondwettelijke bevoegdheid van het Congres moeten respecteren, waardoor zij eerst een budget toegekend krijgen via de Schatkist en daarna hun eigen gegenereerde inkomsten storten in de Schatkist (dus een nul-operatie).

De FERC is dus niet “self-funding” in die zin dat het rechtstreeks de eigen gegenereerde inkomsten mag behouden zonder toezicht door het Congres. Net zoals FERC wordt ook de *Securities and Exchange Commission* (SEC) via dergelijk uniek systeem gefinancierd.<sup>2251</sup> De meerderheid van de *agencies* wordt echter louter door de Schatkist gefinancierd, zonder dat er geld terugvloeit. Een zeer beperkt aantal *agencies* is volledig “self-funding” (gelijkaardig aan bv. de CREG in België). Het gaat daarbij bijvoorbeeld om *the Federal Reserve Board* (Fed).<sup>2252</sup> Bij de Federal Reserve Board bepaalt artikel 12 U.S.C. § 243 dat:

“the Federal Reserve Board is empowered to levy semiannually upon the Federal Reserve banks, in proportion to their capital stock and surplus, an assessment sufficient to pay its estimated expenses and the salaries of its members and employees for the half year succeeding the levying of such assessment, together with any deficit carried forward from the preceding half year, and such assessments may include amounts sufficient to provide for the acquisition by the Board in its **own name** of such site or building in the District of Columbia as in **its judgment alone** shall be necessary for the

<sup>2249</sup> FERC, Budget Request, <https://www.ferc.gov/about/strat-docs/2016/FY17-Budget-Request.pdf>, laatst geconsulteerd op 17 maart 2016.

<sup>2250</sup> 31 U.S. § 3302(b).

<sup>2251</sup> J. SELIGMAN, “Self-Funding for the Securities and Exchange Commission”, *Nova Law Review* 2004, (233) 234.

<sup>2252</sup> J. SELIGMAN, “Self-Funding for the Securities and Exchange Commission”, *Nova Law Review* 2004, (233) 250-251. De Federal Reserve Board houdt overzicht over de Federal Reserve Banks en helpt met het implementeren van het monetaire beleid in de VS.



purpose of providing suitable and adequate quarters for the performance of its functions”.

De vorm van financiering bij de FERC zorgt ervoor dat indien de FERC meer inkomsten genereert dan het budget dat haar werd toegekend, dit additioneel bedrag in de Schatkist verdwijnt zonder dat de FERC er zelf iets mee kan doen. Op zich vormt dit geen probleem, zolang het budget voldoende hoog wordt vastgelegd en wordt goedgekeurd door het Congres. Men moet evenwel letten op het feit dat men de regulator op die manier ook kan onder-financieren. In 2001 werd door de SEC bijvoorbeeld meer dan 2.06 miljard dollar in de Schatkist gestort, hetgeen maar liefst meer dan 500% van het budget van de SEC uitmaakte (382.4 miljoen \$).<sup>2253</sup> De SEC kreeg evenwel geen extra budget toegewezen en werd daardoor, wegens personeelstekort, beknot haar werkzaamheden.<sup>2254</sup> Aangezien zowel de FERC als de SEC op voldoende wijze in hun eigen budget kunnen voorzien via verschillende vergoedingen zou er misschien worden uitgegaan van zelf-financiering. Dit zou ervoor zorgen dat *the power of the purse* niet kan (ge)(mis)bruikt worden om de IRA's te sanctioneren. Het Congres geeft evenwel niet graag de macht uit handen en wil de constitutioneel toegekende controlebevoegdheden uiteraard liever niet beknot zien.

**727.** Zoals daarnet werd vermeld beslist de *Federal Reserve Board* zelf over zijn financiering. De vraag is hoe het Congres controle uitoefent op dit volledig zelf gefinancierde IRA of dit een oplossing zou bieden voor de FERC? Artikel 12 U.S.C. § 247 bepaalt dat “the Board of Governors of the Federal Reserve System shall annually make a full **report** of its operations to the Speaker of the House of Representatives, who shall cause the same to be printed for the information of the Congress”.<sup>2255</sup> Artikel 12 U.S.C. § 248(b) bepaalt dat er een onafhankelijke audit gebeurt van het financieel overzicht van de Board.<sup>2256</sup> Aangezien de FERC zich echter situeert binnen het Departement van Energie en niet over gelijkaardige onafhankelijke status als de *Federal Reserve Board* beschikt, is de kans bijzonder klein dat een evolutie bij de FERC naar volledige zelf financiering er zal komen. Het Congres “generally prefers control of budgetary purse strings as a technique to control how the independent regulatory agencies function”.<sup>2257</sup> En die bevoegdheid zal het Congres niet snel

<sup>2253</sup> J. SELIGMAN, “Self-Funding for the Securities and Exchange Commission”, *Nova Law Review* 2004, (233) 240.

<sup>2254</sup> J. SELIGMAN, “Key Implications of the Dodd-Frank Act for Independent Regulatory Agencies”, *Washington University Law Review* 2011, (1) 22.

<sup>2255</sup> Zie ook 12 U.S. Code § 247a: “The Board of Governors of the Federal Reserve System shall keep a complete record of the action taken by the Board and by the Federal Open Market Committee upon all questions of policy relating to open-market operations and shall record therein the votes taken in connection with the determination of open-market policies and the reasons underlying the action of the Board and the Committee in each instance. The Board shall keep a similar record with respect to all questions of policy determined by the Board, and shall include in its annual report to the Congress a full account of the action so taken during the preceding year with respect to open-market policies and operations and with respect to the policies determined by it and shall include in such report a copy of the records required to be kept under the provisions of this section”.

<sup>2256</sup> “The Board shall order an annual independent audit of the financial statements of each Federal reserve bank and the Board”. Zie ook J. SELIGMAN, “Key Implications of the Dodd-Frank Act for Independent Regulatory Agencies”, *Washington University Law Review* 2011, (1) 24.

<sup>2257</sup> J. SELIGMAN, “Self-Funding for the Securities and Exchange Commission”, *Nova Law Review* 2004, (233) 234.

uit handen geven. Dit bleek ook duidelijk in 2008 toen het Congres, bij de aanneming van de Dodd-Frank Act, het voorstel van § 991 tot *self-funding* voor de SEC, verwierp. Het Congres verkoos om het budget van de SEC te verhogen tot 2.250.000.000\$.<sup>2258</sup> Het gaat wel enkel om een *authorization*, dus geen effectieve *appropriation* van het budget.<sup>2259</sup> De kans is dus groot dat het verhogen van het budget een dode letter blijft...

#### 6.8. Conclusie: financiële beknotting schaadt onafhankelijkheid regulator

**728.** Het financiële aspect speelt een belangrijke rol bij het handhaven van de onafhankelijkheid van de energieregulators. De omvang van het budget en de mate waarin men als regulator de vrijheid heeft om zijn eigen budget in te vullen, vormen – indien uiteraard toereikend – bijkomende onafhankelijkheidswaarborgen. Het is in dit opzicht vreemd dat de Europese richtlijnen een dotatie via het budget van de regering nog steeds toelaten, aangezien dit budget toch in een zekere mate kan gebruikt worden om de regulator te sturen. In het begin gebeurde dit ook, zo was het mogelijk dat de VREG extra opdrachten kreeg, waar dan extra budget tegenover stond. Het moet wel benadrukt worden dat de Belgische regulators als instantie, in tegenstelling tot bijvoorbeeld sommige Amerikaanse *agencies*, nooit echt financieel gestraft zijn geweest voor de uitoefening van hun bevoegdheden of voor het nemen van een onpopulaire beslissing. Op persoonlijk gebied is dergelijke financiële “sanctionering” wel denkbaar: indien voorzitters of bestuurders negatieve evaluaties kregen (waar een financiële bonus aan vasthing), bv. omwille van een opinie die niet in lijn lag met deze van de politieke mandataris, dan is er uiteraard wel sprake van financiële gevolgen. Men creëert bovendien een zwakke energieregulator door op chronische wijze te gaan “onder-financieren”, waardoor de regulator onvoldoende personeel kan aanwerven om zijn taken op doeltreffende wijze te vervullen. Zeker op Vlaams niveau dient men dringend, zeker met de nieuwe bevoegdheden inzake de distributienettarieven, gehoor te geven aan de talrijke oproepen van de VREG voor meer personeel.

**729.** Een terughoudende opstelling van de regering om de energieregulator een voldoende ruim budget toe te kennen moet derhalve kritisch en streng geëvalueerd worden. Het budget vormt immers de ruggengraat van de regulator (en van de democratie): is er onvoldoende budget dan kan de regulator zijn taak eveneens onvoldoende uitvoeren. Dit moet te allen tijde vermeden worden. De energieregulator moet over een voldoende ruim budget beschikken om op een adequate manier toezicht te kunnen houden op de energiemarkt. De

---

<sup>2258</sup> J. SELIGMAN, “Key Implications of the Dodd-Frank Act for Independent Regulatory Agencies”, *Washington University Law Review* 2011, (1) 24.

<sup>2259</sup> J. SELIGMAN, “Key Implications of the Dodd-Frank Act for Independent Regulatory Agencies”, *Washington University Law Review* 2011, (1) 25.

energieregulator beschikt immers reeds over een zekere informatieachterstand en een veel beperkter budget in vergelijking met bepaalde sterke marktspelers (zoals bv. de netbeheerders). Het feit dat de regering het budget van de regulator inperkt of beperkt houdt vormt een extra beknotting op de efficiënte en doorgedreven werking die men van een onafhankelijke markttoezichthouder moet verwachten. Het parlement en de regering moeten de energieregulator voorzien van de nodige slagkracht, zowel personeel, financieel als operationeel. En dit uiteraard in volle onafhankelijkheid. De verhouding tussen de politieke spelers en de energieregulator moet er bijgevolg één zijn van vertrouwen, maar op een afstand. Het verkrijgen van een budget via een heffing geniet hierbij de voorkeur. Het is daarbij uiteraard belangrijk dat de regering nadien de begroting van de regulator niet kan beknotten.

## E. CONCLUSIE

**730.** In het onderzoeksopzet werd geponeerd dat de verregaande onafhankelijkheid van de energieregulatoren een spanningsveld creëert ten aanzien van de legitimiteit van de energieregulator. Een politiek onafhankelijke regulator zou immers niet (democratisch) gelegitimeerd zijn. De stelling die daarbij werd ingenomen is dat *de politieke onafhankelijkheid van energieregulatoren noodzakelijk is, omdat dit – naast de vereiste marktonafhankelijkheid – ervoor zorgt dat de regulatoren volledige onpartijdigheid kunnen garanderen bij het nemen van hun beslissingen en dit ten aanzien van alle spelers binnen een uitermate complexe energiemarkt. Bovendien worden hun beslissingen gekenmerkt door een hogere mate van techniciteit en expertise.*

**731.** Deze stelling wordt bevestigd. Er kan namelijk geargumenteed worden dat de legitimiteit van een politiek onafhankelijke regulator net voortvloeit uit hun apolitieke, onpartijdige en onafhankelijke expertise en hun geloofwaardige inzet (*credible commitment*) ten aanzien van de langere termijn doelstellingen (*time consistency*) waardoor zij in staat zijn om het algemeen belang te dienen en daarbij eveneens de verschillende stakeholderbelangen op een billijke wijze tegen elkaar af te wegen. Dit geldt des te meer aangezien politieke spelers (zowel ministers als parlementsleden, als lokale mandatarissen) banden kunnen hebben met de marktspelers (bv. netbeheerders), waardoor elke vorm van beïnvloeding moet worden uitgesloten. Een politiek *afhankelijke* regulator is in dit opzicht net niet (democratisch) gelegitimeerd.

Dit zorgt ervoor dat de onafhankelijkheid als beginsel wordt gekenmerkt door een **paradox**. De politieke onafhankelijkheid van de regulator versterkt enerzijds de legitimiteit van de regulator, door te voorzien in een onafhankelijke en onpartijdige behartiging van het algemeen belang, maar de politieke onafhankelijkheid wordt anderzijds ook gebruikt om te argumenteren dat er net een gebrek is aan legitimiteit, door een gebrek aan politiek toezicht. Het eerste

aspect van deze paradox kwam in dit hoofdstuk aan bod, terwijl het tweede aspect ervan zal worden behandeld in het volgende hoofdstuk.

**732.** Uit dit hoofdstuk blijkt dat politieke inmenging nog vrij frequent voorkomt. De praktijkvoorbeelden tonen aan dat de banden tussen de minister, de regering en de energieregulator **nog steeds onvoldoende zijn doorgeknipt**. Er is immers politieke vrees aanwezig om de controle over de energieregulator en de energiemarkt te verliezen. De beïnvloeding waarvan sprake is, is immers niet een louter theoretische optie, maar wel degelijk een in de praktijk (vaak) voorkomend gegeven. Zo tracht men via goedkeuringen, opmerkingen, benoemingen, regeringscommissarissen,... de besluitvorming van de regulatoren te sturen. Het moet echter benadrukt worden dat als men de bevoegdheden uit handen geeft, men ook de consequenties hiervan moet aanvaarden. Dit houdt in dat men niet op elke mogelijke manier tracht te interveniëren wanneer de beslissingen van de energieregulatoren niet in lijn liggen met de politieke agenda. Het correct en goed functioneren van de energiemarkt primeert, zelfs al genereert dit beslissingen die niet volledig in lijn liggen met het politieke energiebeleid.

**733.** De energieregulatoren in België voldoen in **hoofdzaak** aan de meeste Europese vereisten inzake onafhankelijkheid. Toch zijn nog talrijke punten voor verbetering vatbaar. Het is aan de regeringen en wetgevers om ervoor te zorgen dat deze aanbevelingen worden doorgevoerd, zeker in het licht van de Europese ingebrekestelling van 16 oktober 2014.

**734.** Op personeel gebied heeft Brugel eindelijk eigen personeel, dat niet meer in opdracht werkt van het BIM. Alle regulatoren moeten zelf hun eigen personeelsbeleid kunnen voeren en kunnen beslissen over nieuwe vacatures, aanwervingen en ontslagen. Zowel voor wat het personeel als de bestuurders en directeurs betreft, moeten de vacatures duidelijk de regels inzake onverenigbaarheden en belangenconflicten bevatten. Het benoemingsproces bij de bestuurders of de directeurs moet bovendien veel transparanter en onpartijdiger verlopen, op basis van duidelijke en objectieve selectiecriteria met een omvangrijke selectiejury. Daarenboven moet het **parlement** een nadrukkelijke rol krijgen bij de benoeming, via een hoorzitting en het geven van een goedkeuring. Dit versterkt de democratische legitimiteit van de energieregulatoren. Dat de regering de leden van de raad van bestuur of het Directiecomité aanstelt zonder parlementaire inbreng, strookt bovendien niet met de geest van het derde energiepakket. Daarenboven dient te worden opgemerkt dat men bij de CREG en CWaPE beter met een **raad van bestuur** zou werken. De raad van bestuur fungeert dan als een soort (politieke) buffer, waardoor de directeurs zich op een meer efficiënte en effectievere wijze kunnen richten op hun daadwerkelijke kerntaak (voor onbepaalde duur, hetgeen hun onafhankelijkheid vergroot). Uit de bundeling van uitvoerende en beheerstaken

in het Directiecomité volgt immers een (te) grote machtsconcentratie. Het Rekenhof formuleert dit ook in een aanbeveling aan de wetgever: de wetgever dient binnen de krijtlijnen van de Europese regelgeving, een structuur in te voeren waar een *bestuursorgaan* (cf. raad van bestuur) toezicht houdt op een uitvoerende directie.<sup>2260</sup> Ook het vereiste **roulatiemechanisme** wordt niet bij elke regulator nageleefd, dit moet dringend (terug) in werking treden. Wat de ontslag- en tuchtrekking betreft, moet er gewerkt worden met één eenvormige procedure, via een **onafhankelijke Tuchtraad** waarvan de leden uit de magistratuur worden aangeduid door het parlement. Waar de Tuchtraad reeds bestaat, moet hij dringend worden samengesteld. Het vormt de aanbeveling om de ontslagmogelijkheden te beperken tot mogelijke schendingen van de onafhankelijkheidsvereisten, bij ernstig wangedrag zoals fraude, omkoping, ... en bij ernstige schendingen van specifieke wettelijke of reglementaire bepalingen.

**735.** Wat de operationele onafhankelijkheid betreft kunnen eveneens verschillende aanbevelingen worden gemaakt. Zo moeten eerst en vooral de bepalingen inzake het toezicht door de **regeringscommissarissen** worden **geschrapt**. Aangezien in de huidige regeling de werking van de Adviesraad en de Algemene raad nog onvoldoende gescheiden is van die van de regulator en bijvoorbeeld ook de FOD Economie voorstander is om de adviesraad onder te brengen bij de Centrale Raad voor het Bedrijfsleven, geniet het over het algemeen de voorkeur om beide raden te doen **verdwijnen** en het advies te laten plaatsvinden door de sociaal en economische raden.<sup>2261</sup> Overleg met stakeholders moet bovendien in de schoot van de regulatoren zelf worden georganiseerd (*infra* nr. 1197). Inzake de autonome besluitvorming kunnen eveneens nog een aantal opmerkingen worden gemaakt: zo moet de tariefmethodologie te allen tijde kunnen worden **gewijzigd**, moeten de procedures minder strikt worden ingeschreven in de wet of moeten de regulatoren bij voorkeur zelf de procedures en modaliteiten kunnen bepalen. Sommige richtsnoeren moeten eveneens minder stringent worden geformuleerd en mogen geen technische instructies inhouden. De opmaak van het **technisch reglement** wordt bij voorkeur geheel overgedragen aan de energieregulatoren (CREG, Brugel). Indien men spreekt van "gevraagde aanpassingen" verplicht door te voeren dan neigt dit bovendien naar een directe instructie. Het is dan ook correct dat deze bepaling in de toekomst zal verdwijnen. Het **meedelen** van de methodologie, het technisch reglement, het jaarverslag, het budget, en het huishoudelijk reglement aan het **parlement** vergroot de legitimiteit van de regulator. Bovendien kan dit aangegrepen worden om hierbij een toelichting te geven in de parlementaire commissie.

---

<sup>2260</sup> Rekenhof, "Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 67.

<sup>2261</sup> Rekenhof, "Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 40.

**736.** Ten slotte wat de financiële onafhankelijkheid betreft moeten energieregulators duidelijk beschikken over een eigen budget, bij voorkeur via een heffing. Ook voldoende personele middelen zijn noodzakelijk aangezien men de werking van de regulator niet mag beknotten omdat dit zijn onafhankelijke en legitieme werking kan aantasten.

## HOOFDSTUK 6: Verantwoordingsplicht

### A. INLEIDING

**737.** Een vereiste die in de Grondwet verankerd ligt, is het principe van de politieke (ministeriële) verantwoordelijkheid. Dit houdt in dat de ministers gezamenlijk en afzonderlijk verantwoording aan het parlement verschuldigd zijn voor hun doen en laten bij het vervullen van hun taken. Het eigenlijke bestuur van de staat berust bij de regering, die hiervoor politiek verantwoordelijk is tegenover de Kamer van volksvertegenwoordigers ("De ministers zijn verantwoordelijk tegenover de Kamer van volksvertegenwoordigers").<sup>2262</sup> De Kamerleden kunnen op die manier greep krijgen en houden op de uitoefening van het openbaar bestuur. Het vorderingsrecht van het parlement houdt hiermee verband en heeft betrekking op de bijdrage van de ministers aan het wetgevend werk en de materies waarvoor de ministers politiek verantwoordelijk zijn ten aanzien van de Kamer. Globaal gezien gaat het om de handelingen van hun ministerieel departement, handelingen van hun ministerieel kabinet en handelingen van gedecentraliseerde diensten die onder hun bevoegdheid vallen.<sup>2263</sup>

**738.** Het Grondwettelijk Hof stelt uitdrukkelijk dat energieregulatoren administratieve overheden zijn die beschikken over een ruime autonomie die niet verenigbaar is met een hiërarchisch of administratief toezicht, waarbij zij werden opgericht om bepaalde taken uit te voeren, die de wetgever wenste te onttrekken aan het gezag van de regering.<sup>2264</sup> Administratief toezicht is immers niet verenigbaar met de onafhankelijkheidsvereisten die vervat liggen in de Europese richtlijnen. Een goedkeuringstoezicht is dan ook uitgesloten.<sup>2265</sup> Hetzelfde geldt voor een indeplaatsstellingstoezicht waarbij de wetgever steeds geheel of gedeeltelijk met een eigen regeling in de plaats kan treden van de gedecentraliseerde besturen.<sup>2266</sup> Ook een klassieke vorm van algemeen bestuurlijk toezicht, zoals het vernietigingstoezicht met de mogelijkheid tot schorsing, is onverenigbaar met de onafhankelijkheidsvereisten.<sup>2267</sup>

Het Grondwettelijk Hof neemt aan dat er onder parlementaire controle verstaan moet worden: (1) de bevoegdheid van de wetgever om de taken en de werking van de regulator te regelen; (2) de goedkeuring door de wetgever van de

<sup>2262</sup> Artikel 101, lid 1 van de Grondwet en artikel 70 BWHI.

<sup>2263</sup> R. SENELLE, *Ministeriële verantwoordelijkheid en Ministeriële verantwoording in Administratief Lexicon*, Brugge, die Keure, 1984, 56-57.

<sup>2264</sup> GwH 18 november 2010, nr. 130/2010, overweging B.4.

<sup>2265</sup> *Contra* H. DUMONT, "La Constitution et le contrôle parlementaire des délégations de pouvoirs aux autorités administratives. Pour un renouveau du régime parlementaire belge à l'heure de la gouvernance" in A. ALEN, A. RAINIER en M. BOSSUYT (eds.), *De Grondwet : verleden, heden en toekomst*, Brussel, Bruylant, 2006, (59) 68.

<sup>2266</sup> *Contra* P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE, "Decentralisering en privatisering van wetgeving" in J. DE MOT (ed.), *Liber amicorum Boudewijn Bouckaert Vrank en Vrij*, Brugge, die Keure, 2012, (261) 284.

<sup>2267</sup> *Contra* S. DE SOMER, "Moet er nog verzelfstandiging zijn? Impulsen tot bestuurlijke verzelfstandiging in het internationaal recht van de mensenrechten en hun inbedding in het Belgisch bestuurlijk organisatierecht", *TBP* 2013, afl. 2-3, (130) 146.

begroting; (3) het uitbrengen door de regulator van een jaarlijks verslag dat door de minister wordt overgezonden naar de wetgevende kamers; en (4) de **politieke verantwoording van de minister voor het parlement**.<sup>2268</sup> In dit onderzoek wordt de piste van de politieke verantwoordelijkheid van de minister (noodgedwongen) verlaten, aangezien er geen verantwoordelijkheid kan worden afgelegd indien de minister niet over controlebevoegdheden beschikt. Het geniet dan ook de voorkeur om de positie van het Europees Hof van Justitie te volgen.<sup>2269</sup> Het Hof stelt dat de parlementaire controle op onafhankelijke nationale toezichthoudende instanties<sup>2270</sup> uitgeoefend kan worden door de benoeming van de toezichthouders door het parlement of de regering, door het omschrijven van de bevoegdheden van de toezichthoudende instantie door de wetgever<sup>2271</sup> en door de verantwoording aan het parlement bijvoorbeeld via een (jaarlijks) verslag over hun activiteiten.<sup>2272</sup> Het Hof van Justitie concludeert ook dat de onafhankelijkheid van de toezichthoudende instanties ten aanzien van het algemeen bestuur, op zich niet de democratische legitimiteit van deze autoriteiten ontnemt.<sup>2273</sup>

**739.** De politieke ministeriële verantwoordelijkheid wordt als instrument uitgehold indien het administratief toezicht niet plaatsvindt. Hierdoor wordt het een praktisch onhaalbaar of onuitvoerbaar instrument en kan de minister maar moeilijk ter verantwoording worden geroepen.<sup>2274</sup> De minister kan immers moeilijk verantwoording af leggen over hetgeen waar hij geen zicht meer op heeft. De beïnvloedingsmogelijkheden van de minister ten aanzien van de energieregulator vormen namelijk mogelijkheidsvoorwaarden voor de controle van het parlement op de minister inzake de werking van de regulatoren.<sup>2275</sup> Dergelijke beïnvloeding is evenwel ongewenst en ook nadrukkelijk onverenigbaar met de Europese onafhankelijkheidsregels. In dit (en het volgend) hoofdstuk wordt dan ook onderzocht of deze ministeriële verantwoordelijkheid kan vervangen worden door andere instrumenten die de democratische legitimiteit van de energieregulatoren garanderen. Daarbij wordt de klemtoon voornamelijk gelegd op de *rechtstreekse* controle door het parlement.

**740.** Naast rechtstreekse controle uitgeoefend door het parlement, vormt de rechterlijke toetsing uiteraard nog steeds een essentiële – en misschien wel de

<sup>2268</sup> Overw. B.7. GwH 18 november 2010, nr. 130/2010.

<sup>2269</sup> HvJ 9 maart 2010, nr. C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125.

<sup>2270</sup> In casu de Duitse gegevens-beschermingsinstantie waardoor het vereiste van „volledige onafhankelijkheid” van de autoriteiten die belast zijn met het waarborgen van de bescherming van die gegevens dus onjuist is uitgevoerd. Wat juist moet verstaan worden onder „volledige onafhankelijkheid” komt later nog aan bod.

<sup>2271</sup> Overw. 44.

<sup>2272</sup> Overw. 45.

<sup>2273</sup> Overw. 46.

<sup>2274</sup> A.-S. RENSON, „L’indépendance des autorités de régulation: la fin d’une controverse”, *JT* 2011, (348) 350; E. SLAUTSKY, „Droit européen, Constitution et autorités administratives indépendantes : commentaire de l’arrêt de la Cour constitutionnelle du 18 novembre 2010, n° 130/2010 et de l’arrêt du Conseil d’État du 7 avril 2011, Ville de Wavre, n° 212.557”, *AP* (trim.) 2012, afl. 1, (95) 111.

<sup>2275</sup> S. DE SOMER, „Internationale impuls en nationale beheersingsdrang inzake bestuurlijke verzelfstandiging: het Grondwettelijk Hof en de casus van de energieregulator”, *TBP* 2012, afl. 4, (214) 224.



belangrijkste – vorm van controle. Aangezien de individuele beslissingen van de energieregulators niet meer gecontroleerd kunnen worden via het administratief toezicht, en daardoor als zodanig een democratisch deficit aanwezig zou zijn, is het gerechtvaardigd dat de rechter een ruimere toetsingsbevoegdheid krijgt. Daarbij is het interessant om nader te onderzoeken wat nu juist onder de notie “volle rechtsmacht” moet worden verstaan en hoe ver de rechterlijke toetsing kan gaan. Kan de rechter enkel een (louter) marginale wettigheidstoets doorvoeren, of mag hij ten volle toetsen in feite en in rechte? Of kan de rechter nog verder gaan en aan de opportuniteit toetsen en daarbij ook een beslissing van de regulator substitueren door zijn eigen beslissing?

## **B. HET BEGRIIP VERANTWOORDINGSPLICHT**

### **1. Zich verantwoordelijk gedragen – *responsibility***

**741.** De rechtsleer maakt een onderscheid tussen een brede en een enge benadering van het begrip accountability.<sup>2276</sup> De brede benadering van het begrip accountability gaat uit van het eerder eenzijdige gedrag van een entiteit. Het gaat daarbij om een entiteit die zich verantwoordelijk gedraagt:

“Accountability or, more precisely, ‘being accountable’, is seen as a virtue, as a positive quality of organizations or officials. [...]. Accountability in this very broad sense is basically an evaluative concept that is used to positively qualify a state of affairs or the performance of an actor. It comes close to ‘responsiveness’ and ‘a sense of responsibility’, a willingness to act in a transparent, fair and equitable way”.<sup>2277</sup>

Zo zal een energieregulator zich verantwoordelijk gedragen wanneer hij op een transparante, eerlijke en billijke wijze ageert. Het gaat daarbij o.a. over een open en transparante vorm van communicatie, bv. via publicaties, rapporten, het correct gebruik van (sociale) media (een eigen website,...), het correct en tijdig omgaan met vragen van consumenten, het gelijk behandelen van alle marktpelers, het motiveren van beslissingen, etc. Dit verantwoordelijk gedrag heeft zowel een *ex-ante* als een *ex-post* aspect: te allen tijden wordt verantwoordelijk gedrag van een regulator verwacht. Deze brede definitie is evenwel een moeilijk instrument om mee te werken, aangezien vele verschillende parameters gehanteerd moeten worden om na te gaan of een actor zich wel of niet verantwoordelijk gedraagt. Vandaar dat het eerder een evaluatief en geen analytisch concept is.<sup>2278</sup> De brede invulling gaat dan ook vaak uit van “een set van standaarden waartegen het gedrag van publieke

---

<sup>2276</sup> M. BOVENS, T. SCHILLEMANS en P. T. HART, “Does Public Accountability work? An Assessment Tool”, *Public Administration* 2008, (225) 226.

<sup>2277</sup> M. BOVENS, T. SCHILLEMANS en P. T. HART, “Does Public Accountability work? An Assessment Tool”, *Public Administration* 2008, (225) 227; M. BOVENS, “Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework”, *European Law Journal* 2007, (447) 450.

<sup>2278</sup> M. BOVENS, “Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework”, *European Governance Papers* 2006, 8.

actoren wordt geëvalueerd".<sup>2279</sup> Er bestaat evenwel geen consensus omtrent welke standaarden nu juist essentieel zijn.<sup>2280</sup> Voor dit onderzoek is dergelijke brede definitie dan ook niet werkbaar.

## 2. Verantwoording afleggen – *accountability*

**742.** Een vaak gehanteerde definitie van een engere betekenis van het begrip *accountability* wordt gegeven door BOVENS:

"Er is sprake van verantwoording wanneer er een relatie is tussen een actor en een forum, waarbij de actor zich verplicht voelt om informatie en uitleg te geven over zijn optreden, het forum nadere vragen kan stellen, een oordeel kan uitspreken en dit oordeel consequenties kan hebben voor de actor".<sup>2281 2282</sup>

De actor kan zowel een individu (zoals individuele politieke bestuurders of een ambtenaar) of een organisatie (publieke instelling of een agentschap) zijn. Het forum zal bij publieke verantwoording vaak een specifieke instantie zijn, zoals een inspectie, een commissie, een panel, een parlementair, hoven en rechtbanken, het Rekenhof etc. Maar het kan ook gaan om consumentengroepen, de media, EU-instellingen etc.<sup>2283</sup> De verplichting tot het geven van informatie en uitleg kan formeel of informeel zijn. Vaak zal het evenwel om een formele verplichting gaan, zoals bijvoorbeeld de verantwoording ten aanzien van het parlement, de hoven en rechtbanken,... Informeel gaat het bijvoorbeeld om persconferenties, vrijwillige audits,...<sup>2284</sup>

**743.** Het proces van de verantwoording omvat in de regel drie elementen, namelijk het informeren, het debatteren (uitleg geven) en de eventuele consequenties.<sup>2285</sup> Over de eerste twee elementen is in de rechtsleer weinig discussie. Verantwoording wordt gekenmerkt door *wederkerigheid*: de actor informeert niet alleen, maar er ontstaat ook een wederzijds debat.<sup>2286</sup> Enkel over de mogelijke consequenties (bv. het opleggen van sancties) bestaat minder eensgezindheid.<sup>2287</sup> Zo achten BOVENS,<sup>2288</sup> MULGAN<sup>2289</sup>, DAVIES<sup>2290</sup> en STROM<sup>2291</sup>

<sup>2279</sup> M. BOVENS, T. SCHILLEMANS en P. T HART, "Does Public Accountability work? An Assessment Tool", *Public Administration* 2008, (225) 227.

<sup>2280</sup> M. BOVENS, "Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework", *European Law Journal* 2007, (447) 450.

<sup>2281</sup> M. BOVENS en T. SCHILLEMANS, "Publieke verantwoording. Begrippen, vormen en beoordelingskaders" in M. BOVENS en T. SCHILLEMANS, *Handboek publieke verantwoording*, Den Haag, Boom Lemma, 2009, (19) 20.

<sup>2282</sup> M. BOVENS, "Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework", *European Law Journal* 2007, (447) 450: "Accountability, defined here as 'the relationship between an actor and a forum, in which the actor has an obligation to explain and justify his or her conduct, the forum can pose questions and pass judgment, and the actor may face consequences'".

<sup>2283</sup> J. BLACK, "Calling Regulators to Account: Challenges, Capacities and Prospects", *Law Society Economy Working Papers* 2012, London School of Economics and Political Science, 4.

<sup>2284</sup> M. BOVENS, "Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework", *European Law Journal* 2007, (447) 450.

<sup>2285</sup> M. BUSUIOC, *The accountability of European agencies: legal provisions and ongoing practices*, Delft, Eburon, 2010, 33.

<sup>2286</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 364.

<sup>2287</sup> S. DE SOMER en C. DEGREEF, "Accountability van sectorregulatoren: een juridisch perspectief", *TvW* 2014, (13) 13.

<sup>2288</sup> M. BOVENS, "Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework", *European Law Journal* 2007, (447) 451-452.

<sup>2289</sup> R. MULGAN, *Holding power to account: accountability in modern democracies*, Hampshire – New York, Palgrave Macmillan, 2003, 9: "Agents must not only be 'called' to account; they must also be 'held' to account. Accountability is

de mogelijkheid tot het opleggen van sancties noodzakelijk, terwijl bijvoorbeeld NICOLAÏDES stelt dat dit niet nodig is en dat accountability gedefinieerd kan worden als "the obligation of a public authority to explain and justify its decisions".<sup>2292</sup> Ook BLACK stelt dat "the term accountability is usually used to mean a relationship between an actor (accountee) and another (accountor) in which the accountee is called to explain and justify its actions against one or more sets of different criteria after the fact".<sup>2293</sup> Ook HANRETTY, LAROUCHE en REINDLE sluiten zich hier bij aan.<sup>2294</sup> PHILP stelt juist dat het verantwoordingsproces niet gedreven mag worden door de vrees voor sancties.<sup>2295</sup>

BOVENS spreekt liever over "gevolgen" in plaats van "sancties":

"These consequences can be highly formalised, such as fines, disciplinary measures, civil remedies or even penal sanctions, but they can also be based on unwritten rules, as in the case of the political accountability of a minister to parliament, where the consequence can comprise calling for the minister's resignation. Sometimes the negative consequences will only be implicit or informal, such as the very fact of having to render account in front of television cameras. The consequences can also consist of the use of veto powers by the forum. It can block or amend decisions made by the actor. Also, the consequences are not necessarily brought upon the actor by the forum itself. Ombudsmen and many chambers of audit, for example, can scrutinise agencies, expose waste or mismanagement and suggest improvements, but they usually cannot enforce them. That is left to parliament that has the power to put pressure on the minister or the commissioner, who in turn can put pressure on the heads of the agencies involved".<sup>2296</sup>

De auteur stelt dat de mogelijkheid tot gevolgen (positieve of negatieve gevolgen) het onderscheid maakt tussen het louter geven van informatie en het afleggen van verantwoording.<sup>2297</sup> Sancties of gevolgen zijn evenwel **geen constitutief element** bij het afleggen van verantwoording. Het geven van

---

incomplete without effective rectification. Where institutions or officials are found to have been at fault, there must be some means of imposing remedies, by penalising the offenders and compensating the victims. When this does not happen, for instance when no one is prepared to accept responsibility or when no restitution is forthcoming, we complain that there has been no accountability. Accountability thus involves an element of retributive justice in making the guilty pay for their wrongdoing. The principal must be able to have remedies or sanctions imposed on the agent as part of the right of authoritative direction that lies at the heart of the accountability relationship".

<sup>2290</sup> A. DAVIES, *Accountability. A Public Law Analysis of Government by Contract*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 81.

<sup>2291</sup> K. STROM, "Parliamentary Democracy and Delegation" in K. STROM (ed.), *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, Oxford, Oxford University Press, 2004, (55) 62.

<sup>2292</sup> P. NICOLAÏDES, "Regulation of Liberalised Markets: A New Role for the State?" in D. GERADIN, R. MUÑOZ en N. PETIT (eds.), *Regulation through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, (23) 33.

<sup>2293</sup> J. BLACK, "Calling Regulators to Account: Challenges, Capacities and Prospects", *Law Society Economy Working Papers* 2012, London School of Economics and Political Science, 4.

<sup>2294</sup> C. HANRETTY, P. LAROUCHE en A. REINDL, Independence, accountability and perceived quality of regulators, CERRE 2012, 38: "Our third point is that accountability need not, as a matter of definition, involve sanctioning behavior."

<sup>2295</sup> M. PHILP, "Delimiting democratic accountability", *Political Studies* 2009, (28) 35: "it does not follow that the agent to whom A is accountable must also be able to sanction A for the content of that account. In fact, the vast majority of the literature assumes that accountability involves the capacity to sanction for the content. But there are good reasons for remaining stubborn on this point. The intuition behind resisting this move is that A is accountable if he or she can be required to give an account, irrespective of whether certain consequences may follow from doing so. [...]the latter intuition (resisting sanctions) is related to the recognition that much accountability concerns imparting information, transparency, reporting and justification, and that these processes do not have to be driven by the threat of sanctions to have value."

<sup>2296</sup> M. BOVENS, "Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework", *European Law Journal* 2007, (447) 452.

<sup>2297</sup> M. BOVENS, "Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework", *European Law Journal* 2007, (447) 451.

informatie, het voorzien in een wederkerig debat en het toezicht door het forum, constitueren het afleggen van verantwoording (het uitleggen *waarom*; de **outputlegitimiteit**). Een sanctie of een gevolg komt **na** het geven van de verantwoording en zorgt er in de eerste plaats *in se* enkel voor dat verantwoording afgedwongen kan worden en dat er in de tweede plaats gevolgen mogelijk zijn indien de verantwoording niet afdoende is; maar een sanctie is niet inherent aan de verantwoording zelf.<sup>2298</sup>

**744.** Het afleggen van verantwoording heeft niet alleen een *ex-post* aspect.<sup>2299</sup> *Ex-ante* accountability heeft betrekking op mechanismen op basis waarvan een voorgenomen handeling of besluit van een regulator wordt voorgelegd aan belangengroepen (als zijnde “het forum”; bv. via consultatieprocedures) teneinde hier input (**inputlegitimiteit**) te verwerven.<sup>2300</sup> Ook binnen dit forum vindt immers een wederkerig debat plaats, waarbij de regulator zijn standpunt zal toelichten. Bovendien zal de regulator nadien uitdrukkelijk moeten motiveren waarom hij al dan niet rekening heeft gehouden met de reacties van de belangengroepen of stakeholders.

**745.** Er kan globaal gezien een onderscheid worden gemaakt tussen de politieke verantwoordingsplicht (in het kader van de *democratische legitimiteit*), met daaronder de eventuele verantwoording die de regulator aflegt aan de minister en de rechtstreekse verantwoording aan het parlement; de juridische verantwoordingsplicht, waarbij de omvang van de toetsing door de rechter centraal staat; de *ex-ante* verantwoordingsplicht, waarbij de participatie aan de besluitvorming door de energieregulator centraal staat;<sup>2301</sup> en de procedurele verantwoordingsplicht, waarbij o.a. de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als voornaamste instrument dienen.<sup>2302</sup> De vraag die daarbij gesteld wordt is of, in het kader van de “checks and balances” de rechtstreekse parlementaire controle, de rechterlijke controle, de consultaties en de procedurele verantwoordingsplicht voldoende effectieve *checks* op de bevoegdheden van de regulatoren vormen, die het gebrek aan politieke controle via het administratief toezicht kunnen compenseren.

---

<sup>2298</sup> Waarbij het verschil tussen transparantie en verantwoording ligt in het feit dat transparantie enkel het geven van informatie is (eenzijdig) en niet bestaat uit een wederzijds debat of controle/toezicht door een forum (parlement, hof,...).

<sup>2299</sup> Dit in tegenstelling tot BOVENS, die argument dat verantwoording enkel een *ex-post* aspect heeft (“accountability, as defined here, is in nature retrospective”), zie M. BOVENS, “Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework”, *European Law Journal* 2007, (447) 453.

<sup>2300</sup> M. AELLEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 365.

<sup>2301</sup> Deze *ex-ante* accountability gelinkt aan de inputlegitimiteit is reeds beknopt aan bod gekomen in het derde hoofdstuk. In het volgende en laatste hoofdstuk inzake transparantie zal o.a. de consultatieplicht en de hoorplicht van de energieregulator in dit kader aan bod komen.

<sup>2302</sup> De procedurele verantwoordingsplicht wordt in het volgende hoofdstuk besproken.

## C. POLITIEKE VERANTWOORDING

### 1. Het probleem met de politieke ministeriële verantwoordelijkheid

#### 1.1. De Grondwet uit 1830

**746.** In 1830 opteerde het Nationaal Congres voor de invoering van een parlementair stelsel in België, met als basis de ministeriële verantwoordelijkheid.<sup>2303</sup> Men poogde daarbij de macht van de Koning aan banden te leggen en deze naar de ministers toe te schuiven. De ministers zouden dan verantwoordelijk zijn.<sup>2304</sup> Deze vereiste ligt dan ook in de Grondwet verankerd. Het concept van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid is dus tot ontwikkeling gekomen met het *parlementair stelsel*.<sup>2305</sup> Zo worden bijvoorbeeld zowel België, Nederland als het Verenigd Koninkrijk, als parlementaire democratieën, gekenmerkt door een systeem van ministeriële verantwoordelijkheid.<sup>2306</sup> Dit komt omdat de legitimiteit van de uitvoerende organen berust op de link met het parlement. In (semi)presidentieel stelsels, zoals Frankrijk en de Verenigde Staten, is de afhankelijkheid van het parlement minder strikt, wegens o.a. de (quasi) rechtstreekse verkiezing van de president.<sup>2307</sup> Bovendien is de regering niet politiek verantwoordelijk tegenover het parlement, maar wel tegenover de president, die de ministers benoemt en ontslaat.<sup>2308</sup> Dit houdt evenwel niet in dat het parlement geen belangrijke (legislatieve) rol heeft.<sup>2309</sup>

**747.** De ministeriële verantwoordelijkheid houdt in dat de ministers gezamenlijk en afzonderlijk verantwoording aan het parlement verschuldigd zijn voor hun doen en laten bij het vervullen van hun taken. Het eigenlijke bestuur van de staat berust bij de regering, die hiervoor politiek verantwoordelijk is tegenover de Kamer van volksvertegenwoordigers.<sup>2310</sup> De Kamer kan op die manier greep krijgen en houden op de uitoefening van het openbaar bestuur. Het vorderingsrecht van het parlement houdt hiermee verband en heeft betrekking op de bijdrage van de ministers aan het wetgevend werk en de materies waarvoor de ministers politiek verantwoordelijk zijn ten aanzien van de Kamer.<sup>2311</sup> Globaal gezien gaat het om de handelingen van hun ministerieel

<sup>2303</sup> Y. SACREAS, "De politieke ministeriële verantwoordelijkheid", *TBP* 2001 (624) 625.

<sup>2304</sup> J. VELAERS, "Over de politieke verantwoordelijkheid van ministers" in M. ADAMS, R. BARBAIX en H. BRAECKMANS (eds.), *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, (361) 362.

<sup>2305</sup> Adv.Rvs. 14 juli 1980 bij het wetsvoorstel houdende overplaatsing van het burgerpersoneel van het Ministerie van Landsverdediging naar andere openbare besturen, *Parl.St.* Kamer 1979-1980, nr. 576/2, 691: "Het door de Grondwet gevestigd stelsel is tevens ook een parlementair stelsel, met als hoofdkenmerk dat de ministers verantwoordelijk zijn aan de Wetgevende Kamers".

<sup>2306</sup> A. BRADLEY en C. PINELLI, "Parliamentarism" in M. ROSENFELD en A. SAJO (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, (650) 656.

<sup>2307</sup> A. ALEN en K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, 5; A. HERINGA en L. VERHEY, "Independent Agencies and Political Control" in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), *Agencies in European and Comparative Law*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (155) 160 en 162.

<sup>2308</sup> A. ALEN en K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, 6.

<sup>2309</sup> Daar wordt in het kader van de controle op de independent regulatory agencies in de VS nog op teruggekomen in onderdeel D, 2.

<sup>2310</sup> Artikel 101, lid 1 van de Grondwet en artikel 70 BWHI.

<sup>2311</sup> Artikel 100, lid 2 van de Grondwet.

departement, handelingen van hun ministerieel kabinet en handelingen van gedecentraliseerde diensten die onder hun bevoegdheid vallen.<sup>2312</sup> Zoals VELAERS terecht stelt houdt het vorderingsrecht een *conditio sine qua non* in voor de politieke ministeriële verantwoordelijkheid: zonder vorderingsrecht kunnen de kamers moeilijk verlangen dat de ministers hun beleid kwamen toelichten en verdedigen.<sup>2313</sup>

## 1.2. Politiek of juridisch principe?

**748.** De Grondwet verwijst naar de ministeriële verantwoordelijkheid als principe, zoals vermeld in artikel 101, lid 1 van de Grondwet. Wat de concrete invulling van dit principe betreft wordt in de Grondwet verwezen naar het vorderingsrecht (art. 100, lid 2 GW), het parlementair onderzoek (art. 40 GW) en de moties van vertrouwen en wantrouwen (art. 96 GW). Andere aspecten, waaronder de mogelijkheid om ministers op politiek vlak te sanctioneren worden niet vermeld.<sup>2314</sup> Het principe van de ministeriële verantwoordelijkheid is, hoewel formeel vervat in grondwetsbepalingen, in grote mate gebaseerd op het (grondwettelijk) gewoonterecht.<sup>2315</sup> Hoewel het toepassingsgebied van het principe in hoofdzaak een gewoonterechtelijke status geniet, houdt de ministeriële verantwoordelijkheid wel degelijk een *juridisch*, formeel en materieel grondwettelijk beginsel in.<sup>2316</sup>

Anderzijds is de politieke ministeriële verantwoordelijkheid ook een politiek principe. Wegens de gewoonterechtelijke aard van het principe beschikt de politiek namelijk over een zekere vrijheid bij de toepassing en de invulling ervan.<sup>2317</sup> Het gaat bijgevolg dus ook over een **evolutief** begrip. Zo bepaalt het parlement zelf of het genoeg neemt met de afgelegde verantwoording door de minister, dan wel vraagt om het ontslag van de bevoegde minister.<sup>2318</sup> Het vertrouwen dat het parlement heeft in de minister zal variëren van casus tot casus. SACREAS stelt dan ook dat "dit vertrouwen steeds subjectief van aard is, wat ertoe leidt dat de toepassing van de sanctie een kwestie [is] van pure politieke opportuniteit [is] waarbij een louter discretionaire bevoegdheid aan de politiek wordt overgelaten".<sup>2319</sup> Het principe van de ministeriële verantwoordelijkheid heeft bijgevolg zowel een juridische als een politieke kant.

---

<sup>2312</sup> R. SENELLE, "Ministeriële verantwoordelijkheid en Ministeriële verantwoording" in Administratief Lexicon, Brugge, die Keure, 1984, 56-57.

<sup>2313</sup> J. VELAERS, "Over de politieke verantwoordelijkheid van ministers" in M. ADAMS, R. BARBAIX en H. BRAECKMANS (eds.), *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, (361) 362.

<sup>2314</sup> R. SENELLE, "Ministeriële verantwoordelijkheid en Ministeriële verantwoording" in Administratief Lexicon, Brugge, die Keure, 1984, 51.

<sup>2315</sup> J. VELAERS, "Over de politieke verantwoordelijkheid van ministers" in M. ADAMS, R. BARBAIX en H. BRAECKMANS (eds.), *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, (361) 362; Y. SACREAS, "De politieke ministeriële verantwoordelijkheid", *TBP* 2001, (624) 626.

<sup>2316</sup> Y. SACREAS, "De politieke ministeriële verantwoordelijkheid", *TBP* 2001, (624) 626.

<sup>2317</sup> Y. SACREAS, "De politieke ministeriële verantwoordelijkheid", *TBP* 2001, (624) 626.

<sup>2318</sup> Over de parlementaire controle mogelijkheden zie o.a. M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, ULB, Bruylant, 2014, 387-411.

<sup>2319</sup> Y. SACREAS, "De politieke ministeriële verantwoordelijkheid", *TBP* 2001, (624) 626.

### 1.3. De draagwijdte van de ministeriële verantwoordelijkheid

**749.** De ministeriële verantwoordelijkheid strekt zich niet enkel en alleen uit tot de handelingen van de minister zelf. Ministers zijn, naast hun eigen optreden, ook verantwoordelijk voor het optreden van de Koning alsook voor het optreden van hun ondergeschikte ambtenaren.<sup>2320</sup> Voor dit onderzoek is voornamelijk de verantwoordelijkheid van de minister voor het optreden van de ambtenaren, diensten en medewerkers die onder zijn gezag of toezicht werken, belangrijk.

Ministers werden aanvankelijk bijgestaan door slechts een handvol medewerkers in hun directe omgeving, waardoor zij ook *de facto* de handelingen van hun ondergeschikten konden nagaan en controleren.<sup>2321</sup> De politieke invulling die aan de ministeriële verantwoordelijkheid werd gegeven kon toen in de praktijk op een daadwerkelijke en effectieve manier worden uitgeoefend. De hedendaagse situatie verschilt evenwel grondig: er is een veel omvangrijker overheidsapparaat. Ministers worden vandaag bijgestaan door een kabinet, een omvangrijk ministerieel departement, functioneel gedecentraliseerde overheidsdiensten,... Zo is de Vlaamse minister bevoegd voor Energie vandaag verantwoordelijk voor de medewerkers bij het kabinet, voor de specifieke medewerkers van het departement Leefmilieu, Natuur en Energie (LNE), voor het intern verzelfstandigd agentschap zonder rechtspersoonlijkheid, het Vlaams Energieagentschap (VEA) met ruim 67 medewerkers,<sup>2322</sup> en voor het extern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid, de Vlaamse Energieregulator (VREG), met ongeveer 30 medewerkers. Voor een minister is het dan ook niet eenvoudig om een duidelijk en correct overzicht te verwerven met betrekking tot het handelen van al deze individuen.

## **2. Het begrip in Nederland**

**750.** In Nederland is de theorievorming inzake de reikwijdte en interpretatie van het principe van de ministeriële verantwoording iets omvangrijker en worden de debatten wat heviger gevoerd dan in België. In Nederland lijkt men ook in een sterkere mate vast te houden aan een strikte interpretatie van het principe van de ministeriële verantwoordelijkheid.

**751.** In de periode 1815-1830 stond Nederland reeds onder Belgische druk om een vorm van ministeriële verantwoordelijkheid in het leven te roepen.<sup>2323</sup> Het duurde evenwel nog tot het tijdperk 1848-1917 vooraleer Nederland gekenmerkt werd door een geleidelijke verankering van het parlementair

<sup>2320</sup> Op de verantwoordelijkheid van de minister voor het optreden van de Koning wordt in dit onderzoek niet ingegaan, alsook niet op het eigen optreden van de minister.

<sup>2321</sup> Y. SACREAS, "De politieke ministeriële verantwoordelijkheid", *TBP* 2001, (624) 628.

<sup>2322</sup> [http://www.energiesparen.be/over\\_vea](http://www.energiesparen.be/over_vea), laatst geconsulteerd op 27 januari 2016.

<sup>2323</sup> A. DOLLE, "De geschiedenis van de Nederlandse ministeriële verantwoordelijkheid op de hoofdlijnen" in D. ELZINGA (ed.), *Ministeriële verantwoordelijkheid in Nederland*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, (1) 7.

stelsel.<sup>2324</sup> De in 1848 in de Grondwet ingeschreven bepaling met betrekking tot de ministeriële verantwoordelijkheid had toen ook enkel betrekking op de relatie tot de Koning: "de minister aanvaardt door ondertekening van een besluit van de regering, met uitsluiting van de onschendbare Koning, de verantwoordelijkheid voor dat besluit".<sup>2325</sup>

Huidig artikel 42, lid 2 van de Nederlandse Grondwet luidt: "De Koning is onschendbaar, de ministers zijn verantwoordelijk". Na verloop van tijd werd de doctrine ook toegepast op het gehele overheidsapparaat en de daarbinnen functionerende ambtenaren.<sup>2326</sup> Onder politieke ministeriële verantwoordelijkheid wordt nu dan ook verstaan "de verantwoordelijkheid van de minister voor het handelen en nalaten van de regering, van de minister individueel en van de departementsambtenaren, ten overstaan van het parlement".<sup>2327</sup> De omvang van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid strekt zich dus ook uit tot het handelen en nalaten van de ambtelijke dienst.<sup>2328</sup>

### 3. Uitholling van de ministeriële verantwoordelijkheid bij politiek onafhankelijke regulatoren?

#### 3.1. Geen bevoegdheid zonder verantwoordingsplicht

##### 3.1.1. *Enkel bij "verwijtbaarheid" verantwoordelijkheid?*

**752.** Ministeriële verantwoordelijkheid houdt in dat de minister rechtens verantwoordelijk kan worden gehouden voor handelingen waarvoor hij *de facto* niet zelf verantwoordelijk voor is. Zelden zal het immers zo zijn dat de minister rechtstreeks een handeling van een ondergeschikte *verweten* kan worden. Dergelijke feitelijke causaliteit vormt de basis voor een "verwijtbaarheidsconcept".<sup>2329</sup> Wat de Nederlandse rechtsleer betreft zijn verschillende klanken te horen. Zo stelt STROINK dat ministers enkel verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor het eigen doen en laten.<sup>2330</sup> Volgens SIMONS kan de minister wel verantwoordelijk worden gesteld voor het handelen en nalaten van ambtenaren, voor zover hem daarbij een zeer ernstig verwijt wegens eigen handelen of eigen nalaten kan worden verweten.<sup>2331</sup> Ook

<sup>2324</sup> A. DOLLE, "De geschiedenis van de Nederlandse ministeriële verantwoordelijkheid op de hoofdlijnen" in D. ELZINGA (ed.), *Ministeriële verantwoordelijkheid in Nederland*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, (1) 7.

<sup>2325</sup> F. ANKERSMIT, "Wat er mis is met de ministeriële verantwoordelijkheid", *R&R* 2006, afl. 2, (134) 136.

<sup>2326</sup> F. ANKERSMIT, "Wat er mis is met de ministeriële verantwoordelijkheid", *R&R* 2006, afl. 2, (134) 136.

<sup>2327</sup> J. TEN BERGE en F. STROINK, "Politieke ministeriële verantwoordelijkheid voor ambtenaren en zelfstandige bestuursorganen" in Interuniversitair Centrum voor Staatsrecht (ed.), *De ministeriële verantwoordelijkheid*, Antwerpen, Kluwer, 1991, (185) 185.

<sup>2328</sup> D. ELZINGA, "De geschiedenis van de Nederlandse ministeriële verantwoordelijkheid op de hoofdlijnen" in D. ELZINGA (ed.), *Ministeriële verantwoordelijkheid in Nederland*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, (1) 7.

<sup>2329</sup> Y. SACREAS, "De politieke ministeriële verantwoordelijkheid", *TBP* 2001, (624) 628; D. ELZINGA, "De doctrine van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid. Over de verhouding tussen staatsrechtelijke normen en de politieke praktijk" in Interuniversitair Centrum voor Staatsrecht (ed.), *De ministeriële verantwoordelijkheid*, Antwerpen, Kluwer, 1991, (29) 33.

<sup>2330</sup> F. STROINK, *Het leerstuk der deconcentratie*, 's-Gravenhage, VUGA, 1978, 140.

<sup>2331</sup> D. SIMONS zoals geciteerd in D. ELZINGA, "De doctrine van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid. Over de verhouding tussen staatsrechtelijke normen en de politieke praktijk" in Interuniversitair Centrum voor Staatsrecht (ed.), *De ministeriële verantwoordelijkheid*, Antwerpen, Kluwer, 1991, (29) 34.



SCHELTEMA stelt dat de parlementaire controle zonder sanctie blijft indien fouten in het bestuursapparaat niet tot handelen of nalaten van de minister zelf te herleiden zijn.<sup>2332</sup>

**753.** BESSELINK is geen voorstander van deze feitelijke causaliteit. Volgens de auteur houdt het principe van de ministeriële verantwoordelijkheid voornamelijk verband met de **toerekening** en niet zozeer met de verwijtbaarheid: de ambtelijke machtsuitoefening wordt integraal toegerekend aan de politiek verantwoordelijke ambtsdrager, of de gedraging nu aan de minister verwijtbaar is of niet.<sup>2333</sup> De normatieve toerekening staat voor hem centraal en niet de democratische doorwerking.<sup>2334</sup> Ook ELZINGA is geen voorstander van het verwijtbaarheidsconcept, maar verkiest een volle ministeriële verantwoordelijkheid.<sup>2335</sup>

**754.** Volgens LUBBERDINK is de eigenlijke betekenis van de ministeriële verantwoordelijkheid gelegen in het feit dat het gaat om een instrument dat garant moet staan voor de **democratische doorwerking**: de uiteindelijke verantwoording van het volledige bestuursapparaat aan het parlement.<sup>2336</sup> Het parlement controleert daarbij de ministers en de ministers worden op hun beurt verondersteld de nodige controle uit te oefenen op hun ondergeschikte of onder toezicht staande medewerkers. Op die manier worden ook deze medewerkers, via de democratische doorwerking, onder het wakend oog van het parlement geplaatst.<sup>2337</sup>

**755.** In België stelt SACREAS dat de ministeriële verantwoordelijkheid een instrument is dat moet garant staan voor de democratische doorwerking.<sup>2338</sup> Doordat de minister verantwoording aflegt aan het parlement over het functioneren van zijn of haar ondergeschikten, worden volgens de auteur ook deze ondergeschikte besturen, zij het onrechtstreeks, democratisch gelegitimeerd.<sup>2339</sup> Ook VELAERS stelt dat het gaat om een **toerekening**. De "dysfuncties" van ambtenaren of diensten worden aan de minister toegekend,

---

<sup>2332</sup> M. SCHELTEMA zoals geciteerd in D. ELZINGA, "De doctrine van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid. Over de verhouding tussen staatsrechtelijke normen en de politieke praktijk" in Interuniversitair Centrum voor Staatsrecht (ed.), *De ministeriële verantwoordelijkheid*, Antwerpen, Kluwer, 1991, (29) 36.

<sup>2333</sup> L. BESSELINK, "Aard en grondslag van de ministeriële verantwoordelijkheid" in Interuniversitair Centrum voor Staatsrecht (ed.), *De ministeriële verantwoordelijkheid*, Antwerpen, Kluwer, 1991, (119) 124.

<sup>2334</sup> L. BESSELINK, "Aard en grondslag van de ministeriële verantwoordelijkheid" in Interuniversitair Centrum voor Staatsrecht (ed.), *De ministeriële verantwoordelijkheid*, Antwerpen, Kluwer, 1991, (119) 129 en 133.

<sup>2335</sup> D. ELZINGA, "De doctrine van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid" in Interuniversitair Centrum voor Staatsrecht (ed.), *De ministeriële verantwoordelijkheid*, Antwerpen, Kluwer, 1991, (32) 33 en 40.

<sup>2336</sup> H. LUBBERDINK, *De betekenis van de ministeriële verantwoordelijkheid voor de organisatie van het openbaar bestuur*, Deventer, Kluwer, 1982, 11-15.

<sup>2337</sup> H. LUBBERDINK, *De betekenis van de ministeriële verantwoordelijkheid voor de organisatie van het openbaar bestuur*, Deventer, Kluwer, 1982, 11-15.

<sup>2338</sup> Y. SACREAS, "De politieke ministeriële verantwoordelijkheid", *TBP* 2001, (624) 629.

<sup>2339</sup> Y. SACREAS, "De politieke ministeriële verantwoordelijkheid", *TBP* 2001, (624) 629.

ook al draagt de minister hiervoor noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks enige persoonlijke schuld.<sup>2340</sup>

De voorkeur gaat inderdaad uit naar een toerekening aan de minister, zonder dat er sprake moet zijn van enige verwijtbaarheid of enige vorm van schuld. Dergelijke zienswijze inzake de verwijtbaarheid zou het principe van de ministeriële verantwoordelijkheid in de praktijk namelijk moeilijk toepasbaar maken. Het is immers nagenoeg onmogelijk om telkens *in concreto* na te gaan of er al dan niet sprake is van enige verwijtbaarheid of schuld. Verwijtbaarheid is dan ook geen wezenlijk element van de ministeriële verantwoordelijkheid.<sup>2341</sup> De toerekening aan de minister is echter niet volledig onbegrensd. De grondslag van de ministeriële verantwoordelijkheid houdt immers verband met het adagium "geen verantwoordelijkheid zonder bevoegdheid". Dit houdt in dat er enkel sprake is van een toerekening aan de minister indien de minister ook daadwerkelijk de bevoegdheid had om het handelen van de ambtenaar of de dienst te beïnvloeden.

### 3.1.2. Enkel bij "bevoegdheid" verantwoordelijkheid

**756.** Wanneer men de ministeriële verantwoordelijkheid voor het ambtenarenoptreden beschouwt als een instrument in het kader van de democratische doorwerking, dan houdt dit in dat de minister daadwerkelijk invloed moet kunnen uitoefenen op dit ambtelijk apparaat.<sup>2342</sup> Aangezien de minister ter verantwoording geroepen kan worden is het essentieel dat hij of zij de nodige controle kan uitoefenen.<sup>2343</sup> De democratie kan immers moeilijk doorwerken indien de minister over geen controle- of toezichtsbevoegdheden zou beschikken. Hier speelt dus het adagium "geen verantwoordelijkheid zonder bevoegdheid": de minister kan slechts verantwoording afleggen indien hij of zij *in abstracto* en *de jure* over de bevoegdheid beschikte om het gedrag van de entiteit te beïnvloeden of het gedrag had kunnen voorkomen.

Dit houdt dus in dat de minister enkel verantwoordelijk is voor zover hij bekleed is met in de wet verankerde bevoegdheden, om controle uit te oefenen en toezicht te houden, om te benoemen en te ontslaan, om opdrachten en instructies te geven en om disciplinaire sancties op te leggen.<sup>2344</sup> De minister is volgens VELAERS "niet alleen verantwoordelijk *omdat* hij bevoegd is, maar ook *opdat* hij die bevoegdheid zo efficiënt mogelijk zou uitoefenen".<sup>2345</sup> De

<sup>2340</sup> J. VELAERS, "Over de politieke verantwoordelijkheid van ministers" in M. ADAMS, R. BARBAIX en H. BRAECKMANS (eds.), *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, (361) 364 en 368.

<sup>2341</sup> K. RIMANQUE, "Ministeriële verantwoordelijkheid en parlementair onderzoek" in Interuniversitair Centrum voor Staatsrecht (ed.), *De ministeriële verantwoordelijkheid*, Antwerpen, Kluwer, 1991, (43) 50.

<sup>2342</sup> Y. SACREAS, "De politieke ministeriële verantwoordelijkheid", *TBP* 2001, (624) 630.

<sup>2343</sup> J. VAN ANGEREN, "Mag de ministeriële verantwoordelijkheid voor het bestuur worden beperkt?", *RM Themis* 1996, afl. 10, (367) 367.

<sup>2344</sup> J. VELAERS, "Over de politieke verantwoordelijkheid van ministers" in M. ADAMS, R. BARBAIX en H. BRAECKMANS (eds.), *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, (361) 366.

<sup>2345</sup> J. VELAERS, "Over de politieke verantwoordelijkheid van ministers" in M. ADAMS, R. BARBAIX en H. BRAECKMANS (eds.), *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, (361) 366.

ministeriële verantwoordelijkheid is dus zowel op de uiteindelijke parlementaire controle als op de responsabilisering van de minister gericht. Hij wordt geacht om op een correcte en efficiënte manier gebruik te maken van zijn (controle)bevoegdheden. De minister is dus ook verantwoordelijk voor wat hij had kunnen doen. Dit houdt in dat dergelijke controle slechts mogelijk is indien de minister juridisch bevoegd is om het optreden, van bijvoorbeeld de energieregulator, te **beïnvloeden**.<sup>2346</sup> Beschikt de minister immers niet over dergelijke bevoegdheden dan heeft het geen zin om de minister ter verantwoording te roepen, aangezien de minister ook een herhaling naar de toekomst toe niet zou kunnen vermijden.<sup>2347</sup>

**757.** De minister is in eerste instantie verantwoordelijk voor de ambtenaren en diensten die onder zijn rechtstreeks, hiërarchisch gezag vallen. Door deze hiërarchische verhouding is de minister ten volle verantwoordelijk.<sup>2348</sup> Daarnaast is de minister ook verantwoordelijk voor de functioneel of territoriaal gedecentraliseerde diensten die onder zijn administratief toezicht staan: ook voor dit bestuurlijk optreden is de minister verantwoordelijk, echter enkel "voor zover hij beschikt over instrumenten om toezicht uit te oefenen, zoals een goedkeuringsrecht, een schorsings- en vernietigingsrecht, een recht om aanwijzingen te geven, het recht om in een beheersovereenkomst precieze afspraken te maken enz."<sup>2349</sup> Dit doet VELAERS besluiten dat de reikwijdte van de minister zijn verantwoordelijkheid afhangt van de reikwijdte van zijn bevoegdheid en dus varieert met de toezichts- en beïnvloedingsmogelijkheden waarover de minister beschikt.<sup>2350</sup> Indien de minister onbevoegd is, is hij ook onverantwoordelijk.<sup>2351</sup> Dit alles moet beoordeeld worden *in abstracto* aangezien de minister niet *in concreto* elk optreden van zijn of haar administratie kan controleren.<sup>2352</sup> VAN ANGEREN volgt deze redenering niet en stelt dat het adagium slechts in één richting werkt: "indien de minister volledig verantwoordelijk is tegenover het parlement, en dat is hij, dient hij ook over de volledige bevoegdheden te beschikken".<sup>2353</sup> Onderstaande alinea's zullen aantonen dat, in het kader van het toezicht op de energieregulators, de reikwijdte van de bevoegdheden van de minister beperkt is.

<sup>2346</sup> Y. SACREAS, "De politieke ministeriële verantwoordelijkheid", *TBP* 2001, (624) 630.

<sup>2347</sup> Y. SACREAS, "De politieke ministeriële verantwoordelijkheid", *TBP* 2001, (624) 630; zie ook A. HERINGA en L. VERHEY, "Independent Agencies and Political Control" in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), *Agencies in European and Comparative Law*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (155) 162.

<sup>2348</sup> J. BOXUM, "Ministeriële verantwoordelijkheid en zelfstandige bestuursorganen" in D. ELZINGA (ed.), *Ministeriële verantwoordelijkheid in Nederland*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, (257) 257.

<sup>2349</sup> J. VELAERS, "Over de politieke verantwoordelijkheid van ministers" in M. ADAMS, R. BARBAIX en H. BRAECKMANS (eds.), *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, (361) 367.

<sup>2350</sup> J. VELAERS, "Over de politieke verantwoordelijkheid van ministers" in M. ADAMS, R. BARBAIX en H. BRAECKMANS (eds.), *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, (361) 367.

<sup>2351</sup> J. VELAERS, "Over de politieke verantwoordelijkheid van ministers" in M. ADAMS, R. BARBAIX en H. BRAECKMANS (eds.), *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, (361) 367; Y. SACREAS, "De politieke ministeriële verantwoordelijkheid", *TBP* 2001, (624) 630.

<sup>2352</sup> Y. SACREAS, "De politieke ministeriële verantwoordelijkheid", *TBP* 2001, (624) 630.

<sup>2353</sup> J. VAN ANGEREN, "Mag de ministeriële verantwoordelijkheid voor het bestuur worden beperkt?", *RM Themis* 1996, afl. 10, (367) 368.

### 3.2. Toegepast op de energieregulators: wat bij onbevoegdheid?

**758.** Het arrest van het Grondwettelijk Hof (nr.130/2010) lijkt uit te gaan van een fundamentele wijziging in die zin dat het Hof de ontstentenis van een hiërarchisch of administratief toezicht niet strijdig acht met de Grondwet, voor zover er nog sprake is van *rechterlijke toetsing en de parlementaire controle*.<sup>2354</sup> Onder de parlementaire controle plaatst het Hof echter ook de ministeriële verantwoordelijkheid.<sup>2355</sup> Het Hof lijkt evenwel geen rekening te houden met het adagium "geen verantwoordelijkheid zonder bevoegdheid"... Want indien de bevoegdheid tot het uitoefenen van hiërarchisch en administratief toezicht ontbreekt, kan parlementaire controle via de ministeriële verantwoordelijkheid dan wel worden uitgeoefend?

**759.** De democratie en de democratische doorwerking vereisen dat het volledige bestuur verantwoording aflegt. Bestuursbevoegdheden kunnen volgens VELAERS dan ook niet worden toebedeeld aan niet-verantwoordelijke gezagsdragers: het adagium geldt bijgevolg ook omgekeerd, "geen bevoegdheid zonder verantwoordelijkheid".<sup>2356</sup> Hij leidt hieruit af dat aangezien de Grondwet bepaalt dat de minister verantwoordelijk is, hij uiteindelijk ook bevoegd moet zijn en zeggenschap moet houden over het bestuur. Volgens de auteur "[kan] die zeggenschap berusten hetzij op een hiërarchische relatie, waardoor de minister rechtstreeks gezag kan uitoefenen op de centrale of gedeconcentreerde diensten, hetzij op een relatie waarbij de minister minstens de mogelijkheid heeft om, onrechtstreeks, via allerhande vormen van toezicht – effectieve controle uit te oefenen op gedecentraliseerde diensten".<sup>2357</sup> Daaruit vloeit volgens de auteur voort dat er geen ruimte is voor een "integrale" verzelfstandiging van bestuurstaken.<sup>2358</sup>

**760.** De draagwijdte van de toekenning van bevoegdheden aan onafhankelijke instanties werd reeds besproken in het vierde hoofdstuk van dit werk. Hieruit bleek dat energieregulators vrij omvangrijke (regelgevende) bevoegdheden werden toebedeeld.<sup>2359</sup> Volgens VELAERS moet dit, in het licht van

<sup>2354</sup> Overweging B.5. Dergelijke overwegingen werden nog uitdrukkelijk herhaald in de arresten GwH 10 juli 2014, nr. 104/2014, GwH 20 februari 2014, nr. 30/2014: "B.7.3. Daarenboven staan de artikelen 170, § 2, en 172, tweede lid, van de Grondwet evenmin eraan in de weg dat de decreetgever in een welbepaalde technische aangelegenheid specifieke uitvoerende bevoegdheden toevertrouwt aan een autonome administratieve overheid, die voor het overige onderworpen blijft aan zowel de rechterlijke toetsing als de parlementaire controle".

<sup>2355</sup> GwH 18 november 2010, nr. 130/2010, overw. B7: Het Grondwettelijk Hof neemt aan dat er onder parlementaire controle verstaan moet worden: (1) de bevoegdheid van de wetgever om de taken en de werking van de regulator te regelen; (2) de goedkeuring door de wetgever van de begroting; (3) het uitbrengen door de regulator van een jaarlijks verslag dat door de minister wordt overgezonden naar de wetgevende kamers; en (4) de *politieke verantwoording van de minister voor het parlement*.

<sup>2356</sup> J. VELAERS, "Over de politieke verantwoordelijkheid van ministers" in M. ADAMS, R. BARBAIX en H. BRAECKMANS (eds.), *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, (361) 369.

<sup>2357</sup> J. VELAERS, "Over de politieke verantwoordelijkheid van ministers" in M. ADAMS, R. BARBAIX en H. BRAECKMANS (eds.), *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, (361) 369.

<sup>2358</sup> J. VELAERS, "Over de politieke verantwoordelijkheid van ministers" in M. ADAMS, R. BARBAIX en H. BRAECKMANS (eds.), *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, (361) 371.

<sup>2359</sup> Opdat dergelijke bevoegdheden zouden worden uitgeoefend "op de wijze bij de Grondwet bepaalt" en omdat een verantwoording op basis van artikel 34 van de Grondwet weinig houvast biedt, vormt een nieuwe grondwetsbepaling de enige wenselijke oplossing.

de verantwoording, dan ook gepaard gaan met controle- en beïnvloedingsmogelijkheden door de minister.<sup>2360</sup> De auteur verwijst daarbij naar de (ondertussen reeds gedateerde) adviesverlenging van de afdeling wetgeving van de Raad van State. De Raad stelde daarbij dat de keuze om het BIPT (de telecomregulator) op te richten als "een administratieve overheid [...] waarover de Regering slechts een beperkte zeggenschap [zou] hebben, geenzins een verplichting [was] die [voortvloede] uit het Europese recht".<sup>2361</sup> De Raad van State benadrukte dat het twijfelachtig was of dergelijke keuze wel verenigbaar was met de grondwettelijke beginselen van bevoegdheidsopdracht, die impliceren dat bevoegdheden in principe niet kunnen worden overgedragen aan personen over wier activiteiten de publieke overheid *geen zeggenschap* heeft.<sup>2362</sup> Immers, in zoverre de prerogatieven van administratieve overheden werden opgedragen aan instellingen die niet rechtstreeks door de uitvoerende macht bestuurd werden, moest de uitvoerende macht op deze instellingen voldoende controle kunnen uitoefenen om voor de wetgevende kamers de politieke verantwoordelijkheid ervoor te kunnen dragen.<sup>2363</sup> De Raad van State leidde daaruit af dat er diende te worden voorzien in mechanismen waardoor de politieke verantwoordelijkheid van de uitvoerende macht kon worden gehandhaafd. Volgens de Raad van State kon worden aangenomen dat een instelling die belast werd met bepaalde controletaken of zelfs met de taak om te bestraffen, slechts over een relatieve zelfstandigheid beschikte. Hierdoor werd de noodzaak dat de regering voldoende controle uitoefende niet minder.<sup>2364</sup> Het al dan niet voldoende zijn van de controle moest volgens de Raad dan ook beoordeeld worden in verhouding tot de omvang van de (discretionaire) bevoegdheden die toevertrouwd werden aan de administratieve overheid.<sup>2365</sup>

Wanneer het erom ging op individuele gevallen een nauwkeurige regelgeving toe te passen, die slechts weinig discretionaire bevoegdheid overliet aan de instelling, kon de controlebevoegdheid van de uitvoerende macht volgens de Raad worden beperkt. Wanneer daarentegen de uitoefening van de bevoegdheden die aan die instelling werden toevertrouwd, opportuïteitskeuzes inhielden, moest die overheid, die niet politiek verantwoordelijk was, onderworpen worden aan **strengere controle** vanwege de regering. In dat verband waren de bevoegdheden van het BIPT volgens de Raad niet te

---

<sup>2360</sup> J. VELAERS, "Over de politieke verantwoordelijkheid van ministers" in M. ADAMS, R. BARBAIX en H. BRAECKMANS (eds.), *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, (361) 371-372.

<sup>2361</sup> Adv.RvS nr. 33.255/4 van 5 juni 2002 wetsontwerp met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post-en telecommunicatiesector, *Parl.St.* Kamer 2001-2002, nr. 1937/001, 59.

<sup>2362</sup> Zie hierover ook onderdeel 1.5. "Delegatie van regelgevende bevoegdheden aan instanties zonder politieke verantwoordelijkheid: de omvang van de bevoegdheden bepaalt de mate van controle?" in het vierde hoofdstuk van dit werk; Adv.RvS nr. 33.255/4 van 5 juni 2002 wetsontwerp met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post-en telecommunicatiesector, *Parl.St.* Kamer 2001-2002, nr. 1937/001, 59.

<sup>2363</sup> Adv.RvS nr. 33.255/4 van 5 juni 2002 wetsontwerp met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post-en telecommunicatiesector, *Parl.St.* Kamer 2001-2002, nr. 1937/001, 60.

<sup>2364</sup> Adv.RvS nr. 33.255/4 van 5 juni 2002 wetsontwerp met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post-en telecommunicatiesector, *Parl.St.* Kamer 2001-2002, nr. 1937/001, 60.

<sup>2365</sup> Eigen cursivering; Adv.RvS nr. 33.255/4 van 5 juni 2002 wetsontwerp met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post-en telecommunicatiesector, *Parl.St.* Kamer 2001-2002, nr. 1937/001, 65.

verwaarlozen.<sup>2366</sup> De Raad stelde dat, ten einde ervoor te zorgen dat zowel de onafhankelijkheid van het BIPT gewaarborgd werd als de naleving van de grondwettelijke beginselen die maken dat de regering de politieke verantwoordelijkheid kan dragen door de genomen administratieve beslissingen, één van de voorschriften er kon in bestaan dat de Staat zelf beroep mocht instellen tegen de beslissingen van het BIPT.<sup>2367</sup> De Raad van State bevestigde, in zijn advies bij de parlementaire voorbereiding bij de wet betreffende de analyse van de dreiging (tot oprichting van het huidige OCAD), dat wanneer de wetgever een openbare instelling opricht zonder ze aan de wet van 16 maart 1954 te onderwerpen (zoals bv. de CREG), ze er zorg voor moet dragen dat op die instelling een passende controle wordt ingesteld.<sup>2368</sup> In hetzelfde advies wijst de Raad van State erop dat "[...] de ontstentenis van toereikende controle door de uitvoerende macht op een openbare instelling met rechtspersoonlijkheid in het licht van de grondwettelijke beginselen, moeilijkheden [kan] doen rijzen, doordat het wezen van het parlementair stelsel erin bestaat dat de gekozenen via de ministeriële verantwoordelijkheid waarin artikel 101 van de Grondwet voorziet, een indirecte controle kunnen uitoefenen op de werking van alle administratieve organen die in de invloedssfeer van de uitvoerende macht zijn geplaatst".<sup>2369</sup>

In België wezen ALEN en DEVROE er in het verleden op dat een te verregaande verzelfstandiging ertoe kon leiden dat ministers zich verschuilen achter de beslissingen van een min of meer autonome instantie. Parlementsleden konden

---

<sup>2366</sup> Adv.RvS nr. 33.255/4 van 5 juni 2002 bij wetsontwerp met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector, *Parl.St.* Kamer 2001-2002, nr. 1937/001, 62-63: "Het Instituut treedt op als administratieve overheid voor de toewijzing van zeldzame faciliteiten (nummering en radiogolven), voor het bepalen van organisaties met een sterke positie op de markt, waaraan bijzondere verplichtingen worden opgelegd, om verplichtingen op te leggen inzake toegang en interconnectie van de netwerken of gedeeld gebruik. Voor die beslissingen heeft het Instituut geen gebonden bevoegdheid, verre daarvan. Het beschikt daarenboven over bevoegdheden van gerechtelijke politie voor het opspuren en vaststellen van overtredingen van de gezamenlijke regelgeving inzake postdiensten, telecommunicatie en radiobereikbaarheid en heeft de bevoegdheid om administratieve sancties uit te spreken". Zie ook D. STEVENS, *Toezicht in de elektronische communicatiesector. Constitutionele en institutionele aspecten van de wijzigende rol van de overheid*, Gent, Larcier, 2010, 441.

<sup>2367</sup> Adv.RvS nr. 33.255/4 van 5 juni 2002 wetsontwerp met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector, *Parl.St.* Kamer 2001-2002, nr. 1937/001, 64. Zie artikel 2, § 1 Wet 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector, *BS* 24 januari 2003: "Tegen de besluiten van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie kan beroep met volle rechtsmacht worden ingesteld bij het hof van beroep te Brussel, rechtsprekend zoals in kort geding. 5[Het instituut is verweerder in de procedure. Iedere persoon die een belang heeft om op te treden, mag het in het eerste lid bedoelde beroep indienen. De 4Minister die bevoegd is voor Telecommunicatie of de Minister die bevoegd is voor de postsector kan een beroep zoals vermeld in het eerste lid instellen".

<sup>2368</sup> Adv.Rvs nr. 38.782/2 van 11 augustus 2005 over een voorontwerp van wet betreffende de analyse van de dreiging, *Parl.St.* Kamer 2005-2006, nr. 2032/1, 58.

<sup>2369</sup> Adv.Rvs nr. 38.782/2 van 11 augustus 2005 over een voorontwerp van wet betreffende de analyse van de dreiging, *Parl.St.* Kamer 2005-2006, nr. 2032/1, 58: "Teneinde te waarborgen dat de grondwettelijke beginselen waaraan hiervoor herinnerd is, nageleefd worden, en gelet op het feit dat de leiding van CODA en het dagelijks beheer ervan niet rechtstreeks aan een minister worden toevertrouwd maar aan een directeur en een adjunct-directeur, die geen verantwoording verschuldigd zijn aan het Parlement, dienen in het voorontwerp zelf de essentiële gegevens te worden aangegeven van de controle die door de Minister van Justitie en de Minister van Binnenlandse Zaken op CODA zal worden uitgeoefend. Zo niet, dat wil zeggen wanneer aan de Koning de zorg wordt overgelaten om de reikwijdte van die controle te bepalen, zou het voorontwerp de mogelijkheid openlaten dat belangrijke aspecten van de wijze waarop CODA de gekregen taak zal uitvoeren, onttrokken zouden worden aan een toereikende vorm van ministeriële controle, hetgeen, als uitvloeisel hiervan, onvermijdelijk gevolgen zou hebben voor de rechtstreekse controle die de Kamer van volksvertegenwoordigers uitoefent in een dermate gevoelig domein van het ministeriële optreden. Het voorontwerp dient in het licht van deze opmerking te worden aangevuld".

op die manier op onvoldoende wijze hun controletaak op zich konden nemen.<sup>2370</sup> VELAERS concludeerde dat voor zover deze overheidsinstanties ook bestuurstaken uitvoeren, en voor zover zij over een eenzijdige beslissingsmacht beschikken, het niet volstaat dat zij aan administratief, financieel, begrotingstechnisch of juridisch toezicht zijn onderworpen; er dient ook een vorm van politiek toezicht te bestaan, waardoor de ministeriële verantwoordelijkheid mogelijk blijft.<sup>2371</sup>

**761.** De bevoegdheden van de energieregulatoren zijn door de nieuwe richtlijnen (2009/72/EG en 2009/73/EG) nog uitgebreid. Volgens de adviesverlening van de Raad van State zou dit een strengere vorm van toezicht door de regering moeten impliceren. De controlebevoegdheid van de uitvoerende macht is evenwel duidelijk in strijd met het derde pakket richtlijnen. Dit bleek ook duidelijk uit het arrest nr. 130/2010 van het Grondwettelijk Hof. De redenering dat wanneer “bevoegdheden die aan die instelling worden toevertrouwd, opportuniteitskeuzes inhouden, [...] die overheid, die zelf **niet politiek verantwoordelijk** is, [moet] onderworpen worden aan **strengere controle** vanwege de regering” staat duidelijk op gespannen voet met het derde pakket richtlijnen en de uitspraak van het Grondwettelijk Hof. De Raad van State heeft ondertussen, in een recenter advies met betrekking tot de wijziging van het statuut van het BIPT, verwezen naar het arrest nr. 130/2010: “indien, zoals het Grondwettelijk Hof [...] stelt, een hiërarchisch of een administratief toezicht op een administratieve overheid belast met specifieke uitvoerende bevoegdheden in een welbepaalde technische aangelegenheid niet vereist is door de Grondwet, lijkt geconcludeerd te kunnen worden dat de Grondwet niet in de weg staat aan het schrappen van het toezicht”.<sup>2372</sup>

Zowel het Grondwettelijk Hof als de Raad van State aanvaarden dus de mogelijkheid tot het schrappen van hiërarchisch en administratief toezicht. Dit neemt evenwel niet weg dat het Grondwettelijk Hof nog steeds verwijst naar de ministeriële verantwoordelijkheid als parlementair controlemiddel... *De facto* blijven er echter weinig mogelijkheden over voor de minister om nog daadwerkelijk invloed uit te oefenen op de energieregulatoren. In onderstaand deel wordt beknopt weergegeven over welke bevoegdheden de minister nog beschikt. Hieruit zal blijken dat deze bevoegdheden bijzonder beperkt zijn,

<sup>2370</sup> A. ALEN en W. DEVROE, *Verzelfstandiging van bestuurszaken in België*, Deventer, Tjeenk Willink, 1999, 123-124.

<sup>2371</sup> J. VELAERS, “Over de politieke verantwoordelijkheid van ministers” in M. ADAMS, R. BARBAIX en H. BRAECKMANS (eds.), *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, (361) 367.

<sup>2372</sup> Adv.RvS nr. 50.003/4 bij wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake elektronische communicatie, *Parl.St.* Kamer 2011-2012, nr. 2143/1, 185: “Indien, zoals het Grondwettelijk Hof in punt B.5 stelt, een hiërarchisch of een administratief toezicht op een administratieve overheid belast met specifieke uitvoerende bevoegdheden in een welbepaalde technische aangelegenheid niet vereist is door de Grondwet, lijkt geconcludeerd te kunnen worden dat de Grondwet niet in de weg staat aan het schrappen van het toezicht ingevoerd bij artikel 15 van de wet van 17 januari 2003 “met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector.” Het toezicht dat was ingevoerd bij artikel 15 van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (art. 15. § 1. “De Ministerraad kan, op voorstel van de Minister, bij een met redenen omkleed besluit de uitvoering schorsen van sommige beslissingen”), is ondertussen ook opgegeven door de wet van 16 maart 2015 tot wijziging van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (BS 7 april 2015).

waardoor de daaraan gekoppelde ministeriële verantwoordelijkheid eveneens bijzonder beperkt is.

### 3.3. Beperkte bevoegdheden van ministers bij energieregulators in België

#### 3.3.1. *Geen hiërarchisch toezicht*

**762.** Deconcentratie is "de vorm van beheer van een openbare dienst waarbij de bevoegdheid tot het verrichten van rechtshandelingen die de overheidspersoon verbinden, opgedragen is aan ambtenaren die onderworpen blijven aan het *hiërarchisch gezag* van de hoogste overheid van de betrokken dienst".<sup>2373</sup> Wanneer het bestuur onder het hiërarchische gezag van de minister valt, wordt hieraan een hiërarchisch toezicht gekoppeld.<sup>2374</sup> Hiërarchisch toezicht houdt o.a. in dat de minister beschikt over een instructie- of bevelsbevoegdheid, dat hij beslissingen kan hervormen en indien nodig gebruik kan maken van een indeplaatsstelling waarbij hij zijn beslissing in de plaats kan stellen van die van het bestuur.<sup>2375</sup> Door de hiërarchische verhouding tussen de minister en zijn departement is een minister volledig verantwoordelijk voor wat er binnen het departement gebeurt.<sup>2376</sup> Aangezien energieregulators hiërarchisch niet ondergeschikt zijn aan de minister, is er geen sprake van hiërarchisch toezicht.<sup>2377</sup>

#### 3.3.2. *Geen administratief toezicht*

**763.** Decentralisatie is "de vorm van beheer van de openbare diensten waarbij aan bepaalde diensten een eigen beslissingsrecht wordt verleend ten opzichte van de openbare macht die de dienst tot stand heeft gebracht (autonomie)".<sup>2378</sup> Gedecentraliseerde overheidsdiensten beschikken over rechtspersoonlijkheid en zijn niet onderworpen aan het hiërarchisch gezag. Zij zijn wel onderworpen aan het administratief toezicht.<sup>2379</sup>

Het administratief toezicht richt zich op eenzijdige bestuurlijke rechtshandelingen die het bestuur neemt. Onder het administratief toezicht wordt het geheel van de middelen verstaan waarover de toezichthoudende

<sup>2373</sup> A. MAST, J. DUJARDIN, M.VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 117.

<sup>2374</sup> S. DE SOMER, "Internationale impuls en nationale beheersingsdrang inzake bestuurlijke verzelfstandiging: het Grondwettelijk Hof en de casus van de energieregulator", *TBP* 2012, afl. 4, (214) 216.

<sup>2375</sup> S. DE SOMER, "Internationale impuls en nationale beheersingsdrang inzake bestuurlijke verzelfstandiging: het Grondwettelijk Hof en de casus van de energieregulator", *TBP* 2012, afl. 4, (214) 216.

<sup>2376</sup> J. BOXUM, "Ministeriële verantwoordelijkheid en zelfstandige bestuursorganen" in D. ELZINGA (ed.), *Ministeriële verantwoordelijkheid in Nederland*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, (257) 257.

<sup>2377</sup> T. VANDEN BORRE, "De omzetting van de bepalingen inzake de onafhankelijke regulator – op weg naar Luxemburg?" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX, *Jaarboek Energierecht 2010*, Antwerpen, Intersentia, (79) 106.

<sup>2378</sup> A. MAST, J. DUJARDIN, M.VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 119.

<sup>2379</sup> A. MAST, J. DUJARDIN, M.VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 119.



overheid beschikt, hetzij om de organen van de gedecentraliseerde diensten te verplichten de wet na te leven en het algemeen belang te eerbiedigen, hetzij om hun wil te breken.<sup>2380</sup> De controle reikt dus verder dan die van de rechter, aangezien de rechter enkel over de wettigheid van de rechtshandeling kan oordelen en niet over de opportuniteit. Voor een opportuniteitsonderzoek is enkel ruimte wanneer het gedecentraliseerd bestuur over een discretionaire bevoegdheid beschikt.<sup>2381</sup>

Traditioneel gaat men uit van verschillende categorieën van administratief toezicht. Allereerst heeft het *algemeen administratief toezicht* betrekking op de mogelijkheid voor de minister om de besluiten van het bestuur te schorsen en te vernietigen om redenen van strijdigheid met het recht of het algemeen belang.<sup>2382</sup> Daarnaast bestaat eveneens het *bijzonder administratief toezicht* dat betrekking heeft op de mogelijkheid voor de minister om ten aanzien van een aantal besluiten van het bestuur over een voorafgaand *advies*, een *machtiging* of een *goedkeuring* te formuleren.<sup>2383</sup> Daarnaast bestaat eveneens ook het *dwangtoezicht* en de *beslissing na beroep*.<sup>2384</sup>

**764.** Het administratief toezicht is onverenigbaar met de Europese liberaliseringsrichtlijnen.<sup>2385</sup> Energieregulatoren moeten volgens de EU-richtlijnen zelfstandig besluiten kunnen nemen, onafhankelijk van enig politiek orgaan en mogen geen directe instructies verlangen of ontvangen van regeringen.<sup>2386</sup> De mogelijkheid voor de minister om beslissingen van regulatoren goed te keuren, te vernietigen of om een eigen beslissing in de plaats te stellen, zou ervoor zorgen dat de regulator ten eerste rekening moet houden met instructies van de regering en ten tweede dat hij zelf niet meer zelfstandig een beslissing zou kunnen nemen.<sup>2387</sup> Dit wordt ook verduidelijkt in de Interpretatieve Nota van de Europese Commissie:

---

<sup>2380</sup> A. MAST *et al.*, 121.

<sup>2381</sup> A. MAST *et al.*, 123.

<sup>2382</sup> J. DUJARDIN, J. VANDE LANOTTE, J. GOOSSENS en G. GOEDERTIER, *Inleiding tot het publiekrecht. Basisbegrippen Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 13; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 124.

<sup>2383</sup> J. DUJARDIN, J. VANDE LANOTTE, J. GOOSSENS en G. GOEDERTIER, *Inleiding tot het publiekrecht. Basisbegrippen Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 14-15; A. MAST *et al.*, 124.

<sup>2384</sup> J. DUJARDIN, J. VANDE LANOTTE, J. GOOSSENS en G. GOEDERTIER, *Inleiding tot het publiekrecht. Basisbegrippen Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 14-15. Het dwangtoezicht (of vervangend optreden) maken het de toezichthoudende overheid in de door de wet of het decreet bepaalde gevallen mogelijk in de plaats van de onwillige lagere overheid op te treden. De beslissing na beroep kan tegen sommige beslissingen worden ingesteld bij de toezichthoudende overheid die in bepaalde gevallen de oorspronkelijke beslissing kan hervormen (A. MAST *et al.*, 124).

<sup>2385</sup> Artikel 35(5)(a) richtlijn 2009/72/EG, GwH 18 november 2010, nr. 130/2010. De specifieke mogelijkheden waarover de minister nog beschikt worden in onderdeel 3.3.3. besproken. Zie ook Adv. Rekenhof van 6 juli 2016 over het voorstel van decreet houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de oprichting en de organisatie van de regulator betreft, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, nr. 812/3, 9: "Zo is een toezicht ex ante of ex post door de uitvoerende macht op de beslissingen van een regulerende instantie niet mogelijk. [...] Elke vorm van administratief toezicht ten aanzien van de VREG is in strijd met de Europese richtlijnen".

<sup>2386</sup> Artikel 35(5)(a) richtlijn 2009/72/EG.

<sup>2387</sup> Zie Advies van het Rekenhof van 6 juli 2016 over het voorstel van decreet houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de oprichting en de organisatie van de regulator betreft, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, nr. 812/3, 9: "Ook moeten de beslissingen van de regulerende instantie direct toepasbaar zijn zonder voorafgaande goedkeuring door de minister of administratie en kan een beslissing niet het voorwerp uitmaken van een schorsing, herziening of vetorecht van een publiek- of privaatrechtelijke instantie".

"The NRA must be able to take autonomous decisions, independently from any political, public or private body. This has consequences ex ante (before a decision is taken) and ex post (after a decision is taken). From an **ex ante** perspective, this requirement excludes any interference from the government or any other public or private entity prior to an NRA decision. It also implies that if the NRA is to draft a work programme for the coming year(s), it should be able to do so autonomously, i.e. without the need for the **approval** or **consent** of public authorities or any other third parties. As already indicated, this does not discharge the NRA from complying with the Member State's energy policy insofar as it is in accordance with European Union law. The **ex post aspect** of the requirement of having an NRA being able to take independent decisions means that the decisions of the NRA are **immediately binding and directly applicable without the need for any formal or other approval or consent of another public authority** or any other third parties. Moreover, the decisions by the NRA cannot be subject to **review**, **suspension** or **veto** by the government or the Ministry. This, of course, precludes neither judicial review nor appeal mechanisms before any other bodies independent of the parties involved and of any government".<sup>2388</sup>

Hieruit blijkt duidelijk dat de Europese onafhankelijkheidsrequis niet alleen het hiërarchisch toezicht, maar ook het bijzonder en het algemeen bestuurlijk toezicht uitsluit.<sup>2389</sup> Het vernietigingstoezicht met de mogelijkheid tot schorsing is onverenigbaar met de onafhankelijkheidsvereisten ("review, suspension, veto").<sup>2390</sup> Hetzelfde geldt voor een indeplaatsstellingstoezicht waarbij de wetgever steeds geheel of gedeeltelijk met een eigen regeling in de plaats kan treden van de gedecentraliseerde besturen.<sup>2391</sup> Ook een goedkeuringstoezicht is niet verenigbaar met het EU-recht ("immediately binding and directly applicable without the need for any formal or other **approval** or **consent**").<sup>2392</sup> Bovendien stelt de Interpretatieve Nota ook uitdrukkelijk dat "**an appeal or review procedure before the government or a ministry would not be in line with the provisions of the new Directives**".<sup>2393</sup> Veel duidelijker kan het niet: administratief toezicht is onverenigbaar met de richtlijnen.

**765.** Ondanks de strenge, duidelijke Europese onafhankelijkheidsvereisten en de uitspraak van het Grondwettelijk Hof zijn er binnen de rechtsleer toch nog kritische stemmen te horen die toch pleiten voor de toepassing van (een vorm van) het administratief toezicht. Zo houdt DE SOMER een pleidooi voor een volgens de auteur "aangepaste en uitgebalanceerde vorm van politieke

---

<sup>2388</sup> Interpretatieve Nota, 9.

<sup>2389</sup> Wat het hiërarchisch toezicht betreft, bepaalt de Interpretatieve Nota (pagina 6) dat: "These provisions thus seem to rule out any hierarchical link between the NRA and any other body or institution. Moreover, the NRA can no longer be part of a Ministry. The Commission's services are of the opinion that e.g. sharing personnel and sharing offices between the NRA and any other (public or private) body is, in principle, not in line with Article 35(4)(a) of the Electricity Directive and Article 39(4)(a) of the Gas Directive". Zie ook S. DE SOMER, "Internationale impuls en nationale beheersingsdrang inzake bestuurlijke verzelfstandiging: het Grondwettelijk Hof en de casus van de energieregulator", *TBP* 2012, (214) 220.

<sup>2390</sup> Zo is er in Nederland bijvoorbeeld ook voor geopteerd om het vernietigingstoezicht niet toe te passen om de geregeerde sectoren (telecom, energie en spoor), zie S. LAVRIJSEN, "Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU perspectief", *RegelMaat* 2015, afl. 3, (182) 194; *Contra* S. DE SOMER, "Moet er nog verzelfstandiging zijn? Impulsen tot bestuurlijke verzelfstandiging in het internationaal recht van de mensenrechten en hun inbedding in het Belgisch bestuurlijk organisatierecht", *TBP* 2013, afl. 2-3, (130) 146.

<sup>2391</sup> *Contra* P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE, "Decentralisering en privatisering van wetgeving" in J. DE MOT (ed.), *Liber amicorum Boudewijn Bouckaert Vrank en Vrij*, Brugge, die Keure, 2012, (261) 284.

<sup>2392</sup> Zo is er in Nederland bijvoorbeeld ook voor geopteerd om het goedkeuringstoezicht niet toe te passen om de geregeerde sectoren (telecom, energie en spoor), zie S. LAVRIJSEN, "Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU perspectief", *RegelMaat* 2015, afl. 3, (182) 194.

<sup>2393</sup> Interpretatieve Nota, 19-20.

rekenschapsplicht".<sup>2394</sup> DE SOMER pleit daarbij voor een gekwalificeerd vernietigingsrecht.<sup>2395</sup> Het gaat daarbij om een klassiek vernietigingsrecht, zoals dat vandaag bestaat binnen het algemeen bestuurlijk toezicht, maar aangevuld met een verplichting tot overleg alvorens tot vernietiging wordt overgegaan.<sup>2396</sup> Op die manier wordt volgens de auteur beoogd dat de experten binnen de regulator en de politieke verantwoordelijke met elkaar in dialoog treden en tot oplossingen trachten te komen die technisch en economisch haalbaar, maar tegelijk politiek wenselijk zijn. Via het vernietigingstoezicht met overleg geeft men aan de minister de mogelijkheid om zich te mengen in het daadwerkelijke besluitvormingsproces. Want ook al is het de regulator die een nieuwe beslissing neemt na de vernietiging, hij moet daarbij wel verplicht handelen conform de opmerkingen gemaakt door de minister. Het toezicht geeft de mogelijkheid tot sanctionering, hetgeen volgens de auteur inherent verbonden is met de noodzaak aan verantwoordingsplicht.<sup>2397</sup> Dergelijke vorm van politiek toezicht<sup>2398</sup> valt niet in overeenstemming te brengen met de Europese richtlijnen aangezien men aan de minister een herzienings- en vetorecht geeft. De Interpretatieve Nota bepaalt immers duidelijk dat "moreover, the decisions by the NRA cannot be subject to review, suspension or veto by the government or the Ministry". Het voorgestelde toezicht houdt het geven van verboden instructies in en creëert bovendien een ongeoorloofde gezagsrelatie.

### 3.3.3. Wat nog overblijft?

**766.** De vraag is nu in welke mate de minister nog daadwerkelijk invloed heeft op de regulator, bv. inzake organisatie en personeel, benoemingen, ontslagen, tucht, administratief toezicht...

**767.** Tot voor kort, voor de wet van 8 januari 2012, bestond er nog een zekere vorm van administratief toezicht uitgeoefend door de minister op bepaalde beslissingen van de CREG. Zo bepaalde artikel 29<sup>sexies</sup>, §1 van de Elektriciteitswet dat de Ministerraad, op voorstel van de minister, de tenuitvoerlegging van de beslissingen genomen met toepassing van artikel 12, waarmee de commissie de wet of het algemeen belang schond kon schorsen, alsook van de beslissingen die de Ministerraad strijdig acht met de krachtlijnen van 's lands energiebeleid, hierbij inbegrepen de doelstellingen van de regering

<sup>2394</sup> S. DE SOMER, "De oprichting van verzelfstandigde besturen vanuit Europees rechtsvergelijkend perspectief: internationale impuls, nationale beheersingsdrang en verzoening van deze trends", *RW* 2015, afl. 14, (523) 533.

<sup>2395</sup> S. DE SOMER, *The creation of autonomous public bodies from a European comparative legal perspective: international impulse, national restraint and how to reconcile these trends*, onuitg. doctoraatssthesis Rechten UAntwerpen, 2015, 432.

<sup>2396</sup> S. DE SOMER, "De oprichting van verzelfstandigde besturen vanuit Europees rechtsvergelijkend perspectief: internationale impuls, nationale beheersingsdrang en verzoening van deze trends", *RW* 2015, afl. 14, (523) 534 (voetnoot 81).

<sup>2397</sup> S. DE SOMER, *The creation of autonomous public bodies from a European comparative legal perspective: international impulse, national restraint and how to reconcile these trends*, onuitg. doctoraatssthesis Rechten UAntwerpen, 2015, 436.

<sup>2398</sup> S. DE SOMER, *The creation of autonomous public bodies from a European comparative legal perspective: international impulse, national restraint and how to reconcile these trends*, onuitg. doctoraatssthesis Rechten UAntwerpen, 2015, 437: "[...] An annulment gives the political principal a right to veto the decision" en "their decision can be overturned".

inzake de bevoorrading van het land in energie.<sup>2399</sup> De commissie diende de geschorste beslissing binnen vijftien dagen te wijzigen.<sup>2400</sup> Voorheen diende de CREG ook haar jaarverslag op te maken en over te zenden aan de minister.<sup>2401</sup> Wanneer bleek dat de doelstellingen uit het beleidsplan niet werden gehaald, werd het directiecomité door de minister gehoord. Bij onvoldoende verantwoording gaf de ministerraad, op voorstel van de minister, aan het directiecomité hetzij uitvoeringsrichtlijnen met het oog op het bereiken van de doelstellingen vervat in het goedgekeurd beleidsplan, hetzij concrete beleidsrichtlijnen met het oog op het herformuleren of bijsturen van de doelstellingen vervat in het goedgekeurde beleidsplan.<sup>2402</sup> Ook het huishoudelijk reglement diende in het verleden te worden goedgekeurd door de minister.<sup>2403</sup> Oorspronkelijk werd in het ontwerp van de wet van 8 januari 2012 nog voorzien in een goedkeuringsplicht door de Kamer, maar dit werd gewijzigd naar aanleiding van het advies van de Raad van State, afdeling Wetgeving. In dit advies stelde de Raad van State dat een huishoudelijk reglement in principe enkel louter praktische bepalingen kan bevatten inzake de interne organisatie of de werking van een instelling of een dienst. Het gaat volgens de Raad om een tekst die de CREG zelfstandig moet kunnen vaststellen, onafhankelijk van enig politiek orgaan, overeenkomstig artikel 35, lid 5, eerste alinea, a), van richtlijn 2009/72/EG (en de parallelle bepaling van artikel 39, lid 5, eerste alinea, a), van richtlijn 2009/73/EG). Het voorzien in een goedkeuring door de Kamer van volksvertegenwoordigers is met dat vereiste niet verenigbaar.<sup>2404</sup>

Huidig artikel 24, § van de Elektriciteitswet bepaalt dan ook dat het huishoudelijk reglement, opgesteld door het directiecomité, ter informatie aan de Kamer van volksvertegenwoordigers wordt overgezonden. Artikel 23, § 2bis geeft vandaag wel nog richtlijnen aan de CREG bij het opstellen van het reglement.<sup>2405</sup> Volgens de Raad van State geven deze principes enkel een uiting aan de beginselen van behoorlijk bestuur: "als de stellers van het ontwerp van

<sup>2399</sup> Dit artikel werd gewijzigd door artikel 46 van de wet van 8 januari 2012, BS 11 januari 2012.

<sup>2400</sup> Artikel 15/23 van de Gaswet bevatte een gelijkaardige bepaling, die werd opgeheven door artikel 95 van de wet van 8 januari 2012.

<sup>2401</sup> Artikel 23, § 3 van de Elektriciteitswet en artikel 15/14 § 3 van de Gaswet. Deze bepaling werd geschrapt door artikel 36 van de wet van 8 januari 2012 en artikel 15/14, § 3 van de gaswet werd geschrapt door artikel 87 van de wet van 8 januari 2012.

<sup>2402</sup> Artikel 23, § 3 van de Elektriciteitswet bepaalde verder nog dat "In beide gevallen [...] de aldus geformuleerde uitvoeringsrichtlijnen of concrete beleidsrichtlijnen aanleiding zullen geven tot een aanpassing van het beleidsplan volgens de geëigende besluitvormingsprocedure".

<sup>2403</sup> Art. 24, § 1 van de Elektriciteitswet: "De twee organen van de commissie zijn het directiecomité en de algemene raad. Zij stellen gezamenlijk een huishoudelijk reglement op dat aan de goedkeuring van de Koning is onderworpen".

<sup>2404</sup> Adv.RvS. nr. 49 570/3 van 31 mei 2011 bij het wetsonderwerp tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, 1725/001, 311.

<sup>2405</sup> "De commissie geeft een volledige motivering en verantwoording voor haar beslissingen om de jurisdictionele toetsing ervan mogelijk te maken. De regels die van toepassing zijn op deze motiveringen en rechtvaardigingen worden nader omschreven in het huishoudelijk reglement van het Directiecomité, onder meer rekening houdend met de volgende principes: in de motivering wordt het geheel van de elementen opgenomen waarop de beslissing gesteund is; de elektriciteitsondernemingen hebben de mogelijkheid om, vooraleer een beslissing die hen betreft wordt genomen, hun opmerkingen te laten gelden; het gevolg dat aan deze opmerkingen wordt gegeven wordt gerechtvaardigd in de eindbeslissing; de akten met een individuele of collectieve draagwijdte die worden aangenomen in uitvoering van haar opdrachten alsook iedere voorbereidende akte, expertiseverslag, opmerking van de geconsulteerde partijen die ermee samenhangen, worden gepubliceerd op de website van de commissie, met inachtneming van de vertrouwelijkheid van de commercieel gevoelige gegevens en/of gegevens van persoonlijke aard".

oordeel zijn dat ter zake in garanties moet worden voorzien, kan best een regeling worden uitgewerkt waarbij in de wet een aantal beginselen worden vastgesteld. Aan de CREG zou dan de zorg kunnen worden overgelaten om haar werking in een huishoudelijk reglement vast te stellen, rekening houdend met die beginselen. Willen de stellers van het ontwerp bepaalde procedureregels in de wet zelf opnemen, dan moeten zij er in elk geval voor zorgen dat die regels in de nodige flexibiliteit voorzien opdat de CREG haar taken naar behoren kan uitoefenen, zonder door nodeloze formaliteiten beperkt te worden".<sup>2406</sup> Dergelijke bepalingen zijn dus verenigbaar met de onafhankelijkheid van de regulatoren. Bovendien, en daar wordt later nog op teruggekomen, zorgt de naleving van bepaalde procedureregels en beginselen voor procedurele verantwoordingsplicht en de nodige transparantie. Dit verhoogt de legitimiteit van de regulator. Dit aspect komt nog uitvoerig aan bod in het laatste hoofdstuk van dit werk.

**768.** Vandaag is de *de jure* ministeriële invloed bij de CREG bijzonder beperkt. De directeurs bij de CREG worden nog door de regering benoemd.<sup>2407</sup> Verder bepaalt artikel 24, § 2*bis* van de Elektriciteitswet nog dat bij besluit van de ministerraad, genomen ingevolge een voorstel dat door de minister is gedaan op basis van het advies van de Tuchtraad, een einde kan worden gemaakt aan het mandaat van de voorzitter of van een of van meerdere leden van het Directiecomité van de commissie.<sup>2408</sup> De CREG voert zelf haar personeelsbeleid. Ook het budget vloeit niet voort uit een dotatie van de regering, maar wordt gevormd door een elektriciteits- en aardgasheffing.<sup>2409</sup> De regering kan wel nog algemene richtsnoeren formuleren.<sup>2410</sup> De Raad van State was evenwel kritisch over de specifieke en technische aard van sommige richtsnoeren (*supra* nr. 647).<sup>2411</sup> Wat het toezicht betreft zijn vandaag nagenoeg alle vormen van bestuurlijk toezicht uitgeoefend door de minister, verdwenen.<sup>2412</sup> VANDEN BORRE merkte evenwel terecht op dat er bij artikel 23*bis* van de Elektriciteitswet nog steeds sprake is van een **onrechtmatige instructiebevoegdheid** aangezien het de Koning is die bepaalt welke dringende maatregelen "de CREG toegelaten wordt te nemen" in het kader van de oneerlijke handelspraktijken.<sup>2413</sup> Voor het

<sup>2406</sup> Adv.RvS. nr. 49 570/3 van 31 mei 2011 bij het wetsonderwerp tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, 1725/001, 309.

<sup>2407</sup> Artikel 24, § 2, lid 2 van de Elektriciteitswet bepaalt dat het directiecomité bestaat uit een voorzitter en drie andere leden, benoemd bij een in Ministerraad overlegd KB.

<sup>2408</sup> De Tuchtraad is samengesteld uit een voorzitter, twee leden en twee griffiers, allen magistraten en verkozen door de Kamer van volksvertegenwoordigers, voor een hernieuwbaar mandaat van zes jaar (artikel 24, § 2ter van de Elektriciteitswet).

<sup>2409</sup> Artikel 21*bis* van de Elektriciteitswet en artikel 15/11 van de Gaswet.

<sup>2410</sup> Artikel 12, § 5 van de Elektriciteitswet.

<sup>2411</sup> Adv.RvS. nr. 49 570/3 van 31 mei 2011 bij het wetsonderwerp tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, 1725/001, 285.

<sup>2412</sup> S. DE SOMER, "Internationale impuls en nationale beheersingsdrang inzake bestuurlijke verzelfstandiging: het Grondwettelijk Hof en de casus van de energieregulator", *TBP* 2012, afl. 4, (214) 223.

<sup>2413</sup> T. VANDEN BORRE, "De omzetting van de bepalingen inzake de onafhankelijke regulator – op weg naar Luxemburg?" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX, *Jaarboek Energierecht 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (79) 115-116.

overige zijn de banden tussen de CREG en de minister, toch *de jure*, zo goed als volledig doorgeknipt.

**769.** Bij de VREG bepaalt artikel art. 3.1.5, § 1 van het Energiedecreet momenteel nog dat de regulator wordt bestuurd door een raad van bestuur die door de Vlaamse regering worden aangesteld (dit zal binnenkort evenwel wijzigen, *supra* nr. 513).<sup>2414</sup> Artikel 3.1.5, § 4 van het Energiedecreet bepaalt dat de leden van de raad van bestuur alleen kunnen worden ontslagen op eigen verzoek of bij niet-naleving van de vereisten inzake onverenigbaarheden vermeld in artikel 3.1.7. Wie beslist over het ontslag of welke procedure gevolgd moet worden, wordt niet vermeld. Aangezien de regering de benoemingsinstantie is, zal het ontslag waarschijnlijk ook via deze weg verlopen. De VREG stelt zelf het eigen personeel aan. Wat het budget betreft beschikte de VREG vroeger over een dotatie, maar sinds Titel XIV van het Energiedecreet met ingang van 1 januari 2015 werd vervangen door artikel 100 van het decreet van 19 december 2014,<sup>2415</sup> wordt er voorzien in een systeem van heffingen, dat onder meer gebruikt zal worden voor de financiering van de werking van de energieregulator.<sup>2416</sup> De regering kan ook nog algemene richtsnoeren formuleren.<sup>2417</sup> Wat het toezicht betreft wordt momenteel nog bepaald dat de technische reglementen, opgesteld door de VREG, (in strijd met de richtlijnen) onderworpen zijn aan de goedkeuring van de Vlaamse Regering (ook dit zal wijzigen, *supra* nr. 515 en 669).<sup>2418</sup> Het instrument van de beheersovereenkomst<sup>2419</sup> werd op 31 maart 2015 voor alle instellingen, waaronder ook de VREG, afgeschaft (met uitzondering van de VRT en De Lijn).<sup>2420</sup> Dit volgde uit het Vlaams Regeerakkoord 2014-2019.<sup>2421</sup>

**770.** Bij CWaPE en Brugel zijn er nog steeds regeringscommissarissen aanwezig.<sup>2422</sup> Zoals reeds eerder gemeld is deze vorm van administratief toezicht niet toegelaten (*supra* nr. 618). De CWaPE deelt evenwel ook het

---

<sup>2414</sup> Decr.VI. 8 mei 2009 houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid, *BS* 7 juli 2009.

<sup>2415</sup> Decr.VI. 19 december 2014 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2015, *BS* 31 december 2014.

<sup>2416</sup> Ontwerp van decreet houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2015, *Parl.St.* VI.Parl. 2014-2015, nr. 132/1, 35-36.

<sup>2417</sup> Decr.VI. 27 november 2015 houdende diverse bepalingen inzake energie, *BS* 10 december 2015.

<sup>2418</sup> Art. 4.2.1, § 3 van het Energiedecreet: "De technische reglementen, vermeld in § 1, zijn onderworpen aan de goedkeuring van de Vlaamse Regering. In voorkomend geval wordt de beslissing tot niet-goedkeuring onverwijld meegedeeld aan de VREG, die, rekening houdend met de opmerkingen van de Vlaamse Regering, de gevraagde aanpassingen verricht. Daarna wordt het technisch reglement opnieuw ter goedkeuring voorgelegd aan de Vlaamse Regering". Zie de kritiek hieromtrent in vorige hoofdstukken.

<sup>2419</sup> Zoals vermeld op de website van Bestuurszaken was "een beheersovereenkomst een overeenkomst van bepaalde duur die de wederzijdse verplichtingen regelde tussen de *politieke overheid* (de functioneel bevoegde minister(s) namens de Vlaamse regering) en de *ambtelijke uitvoerders* (de administrateur-generaal van een intern verzelfstandigd agentschap of de Raad van bestuur bij een publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap)". De beheersovereenkomst was een sturings- en opvolgingsinstrument gericht op een doelmatige uitvoering, dienstverlening, opvolging en evaluatie, [https://www.bestuurszaken.be/beheers-en-samenwerkingsovereenkomst\\_laastst\\_geconsulteerd\\_op\\_23\\_februari\\_2016](https://www.bestuurszaken.be/beheers-en-samenwerkingsovereenkomst_laastst_geconsulteerd_op_23_februari_2016).

<sup>2420</sup> Artikel 42 van het Kaderdecreet Bestuurlijk Beleid 18 juli 2003 (*BS* 22 augustus 2003).

<sup>2421</sup> Zoals terug te vinden op: [https://www.bestuurszaken.be/sites/default/files/documenten/organisatieontwikkeling/Het\\_regeerakkoord\\_Vlaamse\\_regering\\_2014\\_2019.pdf](https://www.bestuurszaken.be/sites/default/files/documenten/organisatieontwikkeling/Het_regeerakkoord_Vlaamse_regering_2014_2019.pdf), 10, laatst geconsulteerd op 27 december 2015.

<sup>2422</sup> Zie hierover het vorige hoofdstuk.

jaarverslag mee aan de regering en aan het Waals Parlement. Sinds 2014<sup>2423</sup> wordt dit verslag ook **voorgesteld** aan het parlement.<sup>2424</sup> Bij Brugel bepaalt de Elektriciteitsordonnantie dat de regulator het verslag mededeelt aan de Brusselse regering, zonder verzending aan het parlement of toelichting.<sup>2425</sup>

### 3.4. Interventiebevoegdheden van de minister in Nederland?

#### 3.4.1. *Vernietigingstoezicht?*

**771.** Artikel 22 van de Kaderwet Zelfstandige Bestuursorganen (Kaderwet zbo) bepaalt dat de minister een besluit van een zelfstandig bestuursorgaan kan vernietigen. Het vernietigingsbesluit wordt nadien gepubliceerd in de Staatscourant. In principe geldt dit vernietigingstoezicht dus ook voor de ACM. Artikel 10:35 van de Algemene Wet Bestuursrecht (AWB) bepaalt dat een vernietiging alleen kan geschieden wegens strijd met het recht of het algemeen belang.

**772.** Artikel 10 van de Instellingswet ACM bepaalt echter dat, in afwijking van artikel 22 van de Kaderwet zbo, de minister een besluit van de ACM uitsluitend kan vernietigen indien het een besluit van algemene strekking betreft en de vernietiging geschiedt wegens onbevoegdheid (*ultra vires* vernietigingsbevoegdheid) van de ACM.<sup>2426</sup> Onder besluiten van algemene strekking vallen bijvoorbeeld de beleidsregels opgesteld door de ACM.<sup>2427</sup> Ook artikel 10:35 van de AWB is niet van toepassing op de ACM.<sup>2428</sup> Ingevolge dit artikel kan een bestuursorgaan dat op grond van de wet bevoegd is een besluit van een ander bestuursorgaan te vernietigen, dit uitsluitend doen indien sprake is van strijd met het recht of het algemeen belang. Het feit dat artikel 10:35 AWB niet van toepassing is op de ACM houdt dus in dat de vernietigingsbevoegdheid van de ministers ten aanzien van de ACM, beperkter is dan die ingeschreven in de AWB.<sup>2429</sup> De achterliggende reden tot het beperken van de vernietigingsbevoegdheid is de onverenigbaarheid ervan met de onafhankelijkheid van de toezichthouder. Dit werd ook op die manier toegelicht in de parlementaire voorbereiding. Zo stelt de memorie bij de Instellingswet dat deze mogelijkheid om in te grijpen "een uiterste middel [is] die de onafhankelijkheid van de ACM ten aanzien van de door de ACM bevoegd

<sup>2423</sup> Decr.W. 11 april 2014 tot wijziging van het decreet van 12 april 2001 betreffende de organisatie van de gewestelijke elektriciteitsmarkt, BS 17 juni 2016.

<sup>2424</sup> Artikel 43, § 3 van het Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>2425</sup> Artikel 30bis, § 2, 9° van de Elektriciteitsordonnantie.

<sup>2426</sup> L. SCHOUTEN en A. DE MOOR-VAN VUGT, "De onafhankelijkheid van de Autoriteit Consument en Markt", *SEW* 2015, afl. 2, (62) 74; MvT bij Regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt), *Kamerstukken II* 2011/12, 33.186, nr. 3, 7: "Net als bij de NMa, OPTA en CA heeft de minister niet het recht om beschikkingen van de ACM te vernietigen. Wel krijgt de minister het recht om besluiten van algemene strekking te vernietigen indien de ACM een besluit heeft genomen zonder dat het daartoe de bevoegdheid had (*ultra vires*)".

<sup>2427</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 265.

<sup>2428</sup> Artikel 10, 2 van de Instellingswet ACM.

<sup>2429</sup> L. SCHOUTEN en A. DE MOOR-VAN VUGT, "De onafhankelijkheid van de Autoriteit Consument en Markt", *SEW* 2015, afl. 2, (62) 74.

genomen besluiten onderstreep en bevestigt. De beperkte vernietigingsbevoegdheid werd nodig geacht in verband met een heldere verdeling van taken en bevoegdheden tussen de minister(s) enerzijds en de ACM anderzijds. Een verdergaande vernietigingsbevoegdheid zou in strijd zijn met de Europeesrechtelijke onafhankelijkheidseisen en zou bovendien afbreuk doen aan het uitgangspunt dat het onwenselijk is dat de minister besluiten van een onafhankelijke markttoezichthouder in individuele gevallen kan vernietigen".<sup>2430</sup> Het volledig ontbreken van enige vernietigingsbevoegdheid was volgens de minister niet mogelijk aangezien "uit een oogpunt van democratische legitimatie moet kunnen worden gecontroleerd of een zelfstandig bestuursorgaan binnen de grenzen blijft van de aan hem – met instemming van het parlement – toegekende taken en bevoegdheden".<sup>2431</sup>

**773.** Deze *ultra vires* vernietigingsbevoegdheid was echter – terecht – onderhevig aan veel kritiek, zowel bij de parlementaire besprekingen<sup>2432</sup> als erna.<sup>2433</sup> Via de besluiten van algemene strekking zou immers ook kunnen worden ingegrepen in individuele gevallen, hetgeen een inbreuk vormt op de onafhankelijkheid van de toezichthouder.<sup>2434</sup> Het is daarbij niet ondenkbaar dat een dergelijke vernietiging plaatsvindt met het oog op een bepaald individueel geval dat door de beleidsregel wordt behandeld.<sup>2435</sup>

---

<sup>2430</sup> Regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt), Nr. 3, MEMORIE VAN TOELICHTING, *Kamerstukken II* 2011/12, 33.186, 11.

<sup>2431</sup> Dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld bij de NMA en de OPTA, waarbij voorheen (vóór hun opname in de ACM) artikel 22 van de Kaderwet ZBO *geheel buiten toepassing* werd gesteld, zie: De behandeling van het wetsvoorstel Regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt) (33.186), *Parl.Hand.* I 2012-2013, nr. 17, 11-12; L. SCHOUTEN en A. DE MOOR-VAN VUGT, "De onafhankelijkheid van de Autoriteit Consument en Markt", *SEW* 2015, afl. 2, (62) 74 en M. AELEN, *Beginnelsen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 264. Regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt), Nr. 6, NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG, *Kamerstukken II* 2011/12, 33.186, 46-47: "De vernietigingsbevoegdheid van de Minister ten aanzien van besluiten van algemene strekking wegens onbevoegdheid van de ACM heeft een dubbele functie. Enerzijds draagt deze bevoegdheid bij aan een heldere afbakening van taken en bevoegdheden van de ACM en kan in een zo vroeg mogelijk stadium duidelijk worden of de ACM zijn bevoegdheden ten aanzien van besluiten van algemene strekking heeft overschreden zonder dat daarvoor uitspraken van de rechter hoeven te worden afgewacht of corrigerende wet- en regelgeving. Anderzijds draagt deze bevoegdheid bij aan het beschermen van de Nederlandse staatsrechtelijke verhoudingen. Voor zover de ACM door een besluit van algemene strekking in feite regels stelt die hetzij door de wetgever in formele zin (regering en Staten-Generaal), hetzij krachtens delegatie door de regering of de Minister vastgesteld hadden moeten worden, biedt de vernietigingsbevoegdheid de mogelijkheid om de rol van de wet- en regelgever te beschermen".

<sup>2432</sup> De behandeling van het wetsvoorstel Regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt) (33.186), *Parl.Hand.* I 2012-2013, nr. 17, 11-12: "Ik heb gemerkt dat mevrouw Kneppers en mevrouw Faber van respectievelijk de VVD- en de PVV-fractie zich afvragen of zelfs een beperkt vernietigingsrecht als het *ultra vires* vernietigingsrecht in strijd is met de Europeesrechtelijke onafhankelijkheidseisen. Ook van de zijde van het Directoraat-Generaal Connect van de Europese Commissie hebben mij dergelijke zorgen bereikt"; Zie ook Regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt), Nr. 6, NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG, *Kamerstukken II* 2011/12, 33.186, 46-47: "De leden van de PvdA-fractie vroegen een nadere toelichting van de regering waarom de vernietigingsbevoegdheid voor de Minister ten aanzien van besluiten van algemene strekking noodzakelijk is en waarom deze bevoegdheid mogelijk is. De leden van de PvdA-fractie vroegen daarbij om een precieze aanduiding van welke Europese regels gelden waarbij een onderscheid dient te worden gemaakt tussen de verschillende functies (consumentenrecht, mededinging en sectorale regulering). De leden van de PvdA-fractie vroegen voorts welke bevoegdheden ministers in andere Europese landen hebben. Tot slot vroegen de leden van de PvdA-fractie hoe de bevoegdheden zich verhoudten tot de bevoegdheden van de Europese Commissie". Zie ook *Parl.Hand.* I 2012-2013, nr. 17, 11-12.

<sup>2433</sup> M. AELEN, *Beginnelsen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 265.

<sup>2434</sup> M. SCHINKEL, "Gevraagd: Autoriteit met rechtspersoonlijkheid", *Markt & Mededinging (M&M)* 2013, afl. 1, (9) 12.

<sup>2435</sup> M. SCHINKEL, "Gevraagd: Autoriteit met rechtspersoonlijkheid", *Markt & Mededinging (M&M)* 2013, afl. 1, (9) 12.



Om gehoor te geven aan deze kritiek heeft de minister, reeds tijdens de behandeling van de Instellingswet ACM in de Eerste Kamer, toegezegd dat er (later) een uitzondering zou worden opgenomen.<sup>2436</sup> De minister stelde:

“Ik zeg [...] toe dat ik alle besluiten van algemene strekking op het gebied van het specifieke toezicht op de vier sectoren in dit verband – dus de telecom, het vervoer, de post en de energie – zal uitzonderen van het vernietigingsrecht, omdat de Europese onafhankelijkheidseisen voor de verschillende sectoren in hoge mate vergelijkbaar zijn. Europa eist dit van mij voor energie. [...]. Ik zal de uitzondering voor het sectorspecifieke toezicht regelen in het **wetsvoorstel stroomlijningswet**. In dit wetsvoorstel wordt opgenomen dat deze vier specifieke sectoren worden uitgezonderd. In de tussenperiode tot aan de inwerkingtreding van de wet zal ik van het vernietigingsrecht voor het sectorspecifieke toezicht geen gebruikmaken.”<sup>2437</sup>

In de parlementaire voorbereiding bij deze Stroomlijningswet<sup>2438</sup> wordt vermeld dat “ter uitvoering van een door de Minister van Economische Zaken in de Eerste Kamer gedane toezegging bij de behandeling van het wetsvoorstel Instellingswet ACM (Handelingen I 2012/13, nr. 17, item 3, p. 11, 14 en 21), [...] dit reeds beperkte vernietigingsrecht in dit wetsvoorstel verder [wordt] beperkt: voorgesteld wordt om besluiten van algemene strekking van de ACM op het gebied van het sectorspecifieke toezicht op de sectoren energie, post, telecom en vervoer van het vernietigingsrecht uit te zonderen”.<sup>2439</sup> Huidig artikel 10, lid 3 van de Instellingswet ACM bepaalt nu dan ook dat de minister geen besluiten kan vernietigen op het gebied van energie, post, telecommunicatie en vervoer die de ACM neemt op grond van het bepaalde bij of krachtens een voor een specifieke marktsector geldende wet. Artikel 22 van de Kaderwet zbo is hierop niet van toepassing. Met betrekking tot het energietoezicht kunnen dus zowel individuele besluiten,<sup>2440</sup> als besluiten van algemene strekking (ook niet wegens onbevoegdheid) niet vernietigd worden.<sup>2441</sup> Dit zorgt er bijvoorbeeld voor dat de minister niet de bevoegdheid heeft om de energiecodes opgesteld door de ACM te vernietigen.<sup>2442</sup>

<sup>2436</sup> *Parl.Hand.* I 2012-2013, nr. 17, 12.

<sup>2437</sup> *Parl.Hand.* I 2012-2013, nr. 17, 12.

<sup>2438</sup> Wet 25 juni 2014 tot wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht, *Stb.* 2014, 3 juli 2014, 247.

<sup>2439</sup> Wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht, Nr. 6, NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG, *Kamerstukken I* 2012-2013, 33.622, 9. Het voorstel uit luidde: “3.Het eerste lid is niet van toepassing op besluiten op het gebied van energie, post, telecommunicatie en vervoer die de Autoriteit Consument en Markt neemt op grond van het bepaalde bij of krachtens een voor een specifieke marktsector geldende wet”, zie Wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht, Nr. 2, VOORSTEL VAN WET, *Kamerstukken I* 2012-2013, 33.622, 4.

<sup>2440</sup> Net als bij de NMa, OPTA en CA heeft de minister niet het recht om beschikkingen van de ACM te vernietigen. Het niet van toepassing verklaren van het vernietigingsrecht op beschikkingen houdt verband met de onwenselijkheid dat de minister besluiten van een onafhankelijke markttoezichthouder ten aanzien van individuele gevallen kan vernietigen, zie bij Regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt), Nr. 3, MEMORIE VAN TOELICHTING, *Kamerstukken II* 2011/12, 33.186, 7.

<sup>2441</sup> P. MAANDAG en E. VAN LEEUWEN, “Het nieuwe gezicht van het toezicht: de Autoriteit Consument en Markt na de Stroomlijningswet”, *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* 2015, afl. 1, (4) 6.

<sup>2442</sup> *Parl.Hand.* I 2012-2013, nr. 17, 11: “Die oplossing waarborgt ook dat ik niet energiecodes kan vernietigen omdat zij de overheid als aandeelhouder van netbeheerders onvoldoende aandeelhouderswinst zouden opleveren, zoals mevrouw Faber suggereerde, overigens met de beste bedoelingen. Ik kan dit op dit moment niet doen, en straks de ACM ook niet. Het vernietigen van energiecodes is dus niet aan de orde; bij de ACM mag ik dat straks ook niet doen. Ja, bij mijn beste weten kan ik op dit moment die codes niet vernietigen, ik wil ze ook niet vernietigen, en straks, in de situatie van de ACM, kunnen ze ook niet worden vernietigd”.

### 3.4.2. Goedkeuringstoezicht?

**774.** Oorspronkelijk bevatte artikel 9 van het wetsvoorstel voor de Instellingswet ACM eveneens een goedkeuringsbevoegdheid voor de minister ten aanzien van de beleidsregels opgesteld door de ACM.<sup>2443</sup> Wanneer de beleidsregel naar het oordeel van de minister in strijd was met “het belang van een goede taakuitoefening door de markttoezichthouder” deelde de minister dit mee aan de toezichthouder die de beleidsregel vervolgens niet vaststelde.<sup>2444</sup> Ook deze bevoegdheid was echter onderhevig aan veel kritiek. Zo verzetten zowel de NMa, de OPTA als de CA zich tegen dergelijke bevoegdheid.<sup>2445</sup> Op verzoek van de toezichthouders en de Eerste Kamer werd uiteindelijk ook de goedkeuringsbevoegdheid uitgesloten voor wat betreft de sectoren energie, post, telecom en vervoer.<sup>2446</sup> De minister stelde daarbij dat het duidelijk is dat:

“[...] de eisen [uit] de richtlijnen van het derde energiepakket en de nieuwe richtlijnen op het gebied van telecommunicatie in de weg [staan] aan een ACM-breed inzetbare ministeriële goedkeuringsbevoegdheid ten aanzien van beleidsregels van de ACM. De ACM moet zelfstandig besluiten kunnen nemen, onafhankelijk van enig politiek orgaan. Het vaststellen van beleidsregels door de ACM ter inkadering van de eigen bevoegdheidsuitoefening en uitlegging door de ACM van wettelijke begrippen, past binnen de taken en bevoegdheden die volgens de Europese richtlijnen in onafhankelijkheid ten opzichte van andere publieke entiteiten of politieke organen uitgeoefend moeten kunnen worden. Een goedkeuringsbevoegdheid van de Minister voor beleidsregels vastgesteld door de ACM past niet bij deze onafhankelijke bevoegdheidsuitoefening, omdat dit een mogelijkheid van beïnvloeding door de Minister introduceert ten aanzien van de bevoegdheidsuitoefening door de ACM”.<sup>2447</sup>

**775.** Toch zijn er nog twee restanten terug te vinden van de ministeriële goedkeuringsbevoegdheid. Zo bepaalt artikel 4 van de Instellingswet ACM dat de autoriteit een bestuursreglement vaststelt, dat goedgekeurd moet worden. De ACM maakt het bestuursreglement na de goedkeuring, bedoeld in artikel 11 van de Kaderwet zbo, bekend in de Staatscourant. Artikel 11 van de Kaderwet stelt uitdrukkelijk dat indien een zbo op grond van een wettelijk voorschrift een **bestuursreglement** behoeft, dit goedkeuring van de minister behoeft. De goedkeuring kan worden onthouden wegens strijd met het recht of op grond dat het bestuursreglement naar het oordeel van de minister een goede taakuitoefening door het zbo kan belemmeren. Artikel 5, lid 3 van de

<sup>2443</sup> Brief aan de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie van 16 augustus 2011 met als onderwerp “Uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidstoets Instellingswet Toezichthouder markten”, <https://www.acm.nl/nl/download/publicatie/?id=7496>, 2: “In het licht hiervan menen wij dat artikel 9 van het wetsvoorstel, waarin is bepaald dat de markttoezichthouder ook voorgenomen beleidsregels op reguleringsgebied aan u [de minister] moet voorleggen, niet in overeenstemming is met deze [onafhankelijkheids]eisen. Bovendien is het voorgesteld artikel 9 een verplichting in aanvulling op de Kaderwet zbo en in afwijking van de Awb. Voorts ontbreekt een vergelijkbare bepaling in de materiële wetgeving van de OPTA [...]. Wij adviseren u dan ook artikel 9 niet in het [uiteindelijke] wetsvoorstel op te nemen”.

<sup>2444</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 265.

<sup>2445</sup> Brief aan de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie van 16 augustus 2011 met als onderwerp “Uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidstoets Instellingswet Toezichthouder markten”, <https://www.acm.nl/nl/download/publicatie/?id=7496>.

<sup>2446</sup> S. LAVRIJSEN, “Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU perspectief”, *RegelMaat* 2015, afl. 3, (182) 194.

<sup>2447</sup> Wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht, Nr. 6, NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG, *Kamerstukken I* 2011-2012, 33.186, 47.

Instellingswet ACM bepaalt dat ook de mandaatregeling de goedkeuring van de minister behoeft. De minister onthoudt zijn goedkeuring indien de **mandaatregeling** naar zijn oordeel een goede taakuitoefening door de ACM kan belemmeren.<sup>2448</sup> Dergelijke goedkeuringen is niet in overeenstemming met de Europese onafhankelijkheidsvereisten.<sup>2449</sup>

### 3.4.3. Taakverwaarlozing

**776.** Het meest verregaande instrument waarover de minister beschikt in zijn relatie tot de toezichthouder, is het instrument van de "taakverwaarlozing".<sup>2450</sup> Het is een zeer algemeen instrument van interbestuurlijk toezicht en is in de meeste zbo-wetten niet meer dan als algemene bevoegdheid gegeven.<sup>2451</sup> Artikel 23 van de Kaderwet zbo stelt dat indien een zbo zijn taak ernstig verwaarloost, de minister de noodzakelijke voorzieningen kan treffen. Er wordt niet weergegeven wat "noodzakelijke voorzieningen" zijn. Meestal gaat het bij taakverwaarlozing om *indeplaatsstelling*, waarbij de minister besluiten neemt in plaats van de toezichthouder.<sup>2452</sup>

Artikel 11 van de Instellingswet ACM bepaalt dat indien de ACM bij werkzaamheden ten behoeve van de uitvoering van een wet die valt onder de verantwoordelijkheid van de minister van infrastructuur en milieu haar taak ernstig verwaarloost, de minister van Economische Zaken de in artikel 23 van de Kaderwet zbo bedoelde voorzieningen treft, na overleg met de Minister van infrastructuur en milieu. De taakverwaarlozingsregeling lijkt dan ook enkel van toepassing met betrekking tot het beleidsdomein vervoer. Het Relatiestatuuat ACM en ministers 2013 bepaalt in artikel 18 echter dat "indien naar het oordeel van de Minister van EZ de ACM haar taak verwaarloost, [...] de Minister van EZ de ACM hiervan – spoedeisende gevallen uitgezonderd – schriftelijk en gemotiveerd op de hoogte stelt."<sup>2453</sup> Dit impliceert dat de regeling in verband met de taakverwaarlozing niet alleen op het vervoer van toepassing is, maar wel **algemeen**. Het Relatiestatuuat verwijst naar artikel 23 van de Kaderwet zbo en stelt dat een termijn van minimaal 4 weken van toepassing is waarbinnen de ACM zijn taak alsnog naar behoren kan uitoefenen.<sup>2454</sup> Uit de parlementaire voorbereiding moet inderdaad worden afgeleid dat het gaat om een algemene

<sup>2448</sup> Zie vorig hoofdstuk met betrekking tot deze mandaatregeling (onder 4.2.2).

<sup>2449</sup> Interpretatieve Nota, 9: "From an *ex ante* perspective, this requirement excludes any interference from the government or any other public or private entity prior to an NRA decision. It also implies that if the NRA is to draft a work programme for the coming year(s), it should be able to do so autonomously, i.e. without the need for the approval or consent of public authorities or any other third parties".

<sup>2450</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 261.

<sup>2451</sup> S. ZIJLSTRA, *Bestuurlijk Organisatierecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2009, 156.

<sup>2452</sup> Het juridisch leerstuk is echter weinig ontwikkeld en de jurisprudentie is bijzonder schaars, zie S. ZIJLSTRA, *Bestuurlijk Organisatierecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2009, 156.

<sup>2453</sup> Relatiestatuuat ACM en ministers 2013, *Stcrt.* 2013, 10 april 2013, 9237. Zie vorig hoofdstuk punt 4.3.3.

<sup>2454</sup> Artikel 23 Kaderwet Zbo: "1. Indien naar het oordeel van Onze Minister een zelfstandig bestuursorgaan zijn taak ernstig verwaarloost, kan Onze Minister de noodzakelijke voorzieningen treffen. 2. De voorzieningen worden, spoedeisende gevallen uitgezonderd, niet eerder getroffen dan nadat het zelfstandig bestuursorgaan in de gelegenheid is gesteld om binnen een door Onze Minister te stellen *termijn alsnog zijn taak naar behoren uit te voeren*. 3. Onze Minister stelt beide kamers der Staten-Generaal onverwijld in kennis van door hem getroffen voorzieningen als bedoeld in het eerste lid".

bevoegdheid: "In het uiterste geval kan de verantwoordelijke Minister bij ernstige taakverwaarlozing door de ACM op grond van artikel 23 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen maatregelen treffen. Dit biedt afdoende waarborgen".<sup>2455</sup> Iets verder wordt in algemene bewoordingen gesteld: "de minister beschikt over het recht om maatregelen te treffen ingeval van taakverwaarlozing door de ACM".<sup>2456</sup>

**777.** Het is duidelijk dat de minister hier over een zeer krachtig instrument beschikt dat slechts in bijzonder uitzonderlijke en ernstige omstandigheden gebruikt mag worden. De vraag is echter of dergelijk instrument wel noodzakelijk is. Bovendien is de kans ontzettend groot dat deze mogelijkheid tot indeplaatsstelling in strijd is met de Europese richtlijnen.

#### 3.4.4. Algemene beleidsregels

##### 3.4.4.1. Algemeen

**778.** Een volgend instrument waarover de minister beschikt, is het instrument van de beleidsregels. Onder een beleidsregel wordt een gedragslijn verstaan voor de uitoefening van een bestuursbevoegdheid.<sup>2457</sup> Algemene beleidsregels zijn binnen bepaalde grenzen toegestaan in de energiesector. De minister zal telkens een afweging moeten maken over de wijze waarop hij van zijn bevoegdheid gebruik wil maken. In die afweging zal hij de Europeesrechtelijk onafhankelijkheidsvereisten moeten betrekken.<sup>2458</sup> LAVRIJSSEN stelt dat als aanknopingspunt kan dienen dat de minister verantwoordelijk is voor het stellen van de beleidsdoelen – bijvoorbeeld de waarborging van een duurzame en betaalbare energievoorziening – terwijl de ACM de nodige ruimte nodig heeft om te bepalen met welke instrumenten zij deze doelen moet realiseren, zoals de vormgeving van de tariefregulering.<sup>2459</sup> Uit de Interpretatieve Nota kan gelijkaardige redenering worden afgeleid (*supra*, nr. 645):

"The Electricity and Gas Directives do not deprive the government of the possibility of establishing and issuing its national energy policy. This means that, depending on the national constitution, it could be the government's competency to determine the policy framework within which the NRA must operate, e.g. **concerning security of supply, renewables or energy efficiency targets**. However, general energy policy guidelines issued by the government **must not encroach** on the NRA's **independence** and

<sup>2455</sup> Wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht, Nr. 6, NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG, *Kamerstukken I* 2011-2012, 33.186, 7.

<sup>2456</sup> Wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht, Nr. 6, NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG, *Kamerstukken I* 2011-2012, 33.186, 11.

<sup>2457</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 261. Zie hierover ook vorige hoofdstuk 4 (punt 2.3).

<sup>2458</sup> Regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt), Nr. 3, MEMORIE VAN TOELICHTING, *Kamerstukken II* 2011/12, 33.186, 11.

<sup>2459</sup> S. LAVRIJSSEN, "Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU perspectief", *RegelMaat* 2015, afl. 3, (182) 193-194.

**autonomy.** [...]. The core duties of the NRA as regards network tariffs do not deprive the Member State of the possibility to issue **general policy guidelines** which ultimately will have to be translated by the NRA into the tariff structure and methodology. However, these guidelines should **not encroach** on the NRA's competences or **infringe** any of the requirements of the Electricity and Gas Directives and Regulations. Although a Member State could e.g. issue a general policy guideline with regard to attracting investments in renewables, the Commission's services would consider a rule setting the profit margin in the **cost-plus tariff as a prohibited direct instruction** to the NRA".

De minister is ingevolge artikel 21 van de Kaderwet zbo bevoegd om beleidsregels vast te stellen met betrekking tot de taakuitoefening van de ACM.<sup>2460</sup> Deze beleidsregels moeten van algemene aard zijn en kunnen geen betrekking hebben op de taakuitoefening van de ACM in een individuele zaak.<sup>2461</sup> De minister heeft hiermee evenwel een krachtig instrument om het handelen van de toezichthouder aan te sturen, hetgeen op gespannen voet staat met de Europese regels.<sup>2462</sup> Het is volgens de Interpretatieve Nota immers aan de toezichthouder om zelf zijn eigen beleid te bepalen.<sup>2463</sup>

**779.** Een beleidsregel zal dan ook onrechtmatig zijn indien hij de zelfstandige taakuitoefening van de toezichthouders belemmert. Dit bleek duidelijk uit de *GTS-zaak* voor het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb).<sup>2464</sup> *GTS* (Gas Transport Services BV) is, als beheerder van het landelijk gastransportnet, een volle dochteronderneming van de Nederlandse Gasunie, waarvan de staat 100% aandeelhouder is.<sup>2465</sup> In deze zaak gebruikte de minister het instrument van de beleidsregel om de raad van bestuur van de toenmalige NMa een aanwijzing te geven hoe zij dienden om te gaan met de vaststelling van de tarieven van GTS.<sup>2466</sup> De bewuste beleidsregel van de minister omvatte bijgevolg specifieke individuele instructies met betrekking tot de uitoefening van de tariefbevoegdheid door de NMa.<sup>2467</sup> In de toelichting bij de beleidsregel stelde de minister uitdrukkelijk dat:

"Een essentieel instrument voor het borgen van de voorzieningszekerheid is een gastransportnet dat gasstromen vanuit diverse bronnen naar de Nederlandse markt verzorgt en een strategisch gepositioneerd knooppunt vormt in Noordwest Europa. Op dit moment kent Nederland zo'n transportnet niet; [...]. Dat betekent dat de netbeheerder van het landelijk gastransportnet zal moeten investeren in uitbreiding van het Nederlandse transportnet. [...]. Dergelijke investeringen zijn van belang zowel voor

<sup>2460</sup> Artikel 21 van de Kaderwet ZBO: "1. Onze Minister kan beleidsregels vaststellen met betrekking tot de taakuitoefening door een zelfstandig bestuursorgaan. 2. De beleidsregels worden in de Staatscourant bekendgemaakt".

<sup>2461</sup> P. MAANDAG en E. VAN LEEUWEN, "Het nieuwe gezicht van het toezicht: de Autoriteit Consument en Markt na de Stroomlijningswet", *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* 2015, afl. 1, (4) 6.

<sup>2462</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 262.

<sup>2463</sup> Interpretatieve Nota, 6: "[...]Notwithstanding national administrative rules, it is the sole responsibility of the NRA to determine how it operates and is managed [...]".

<sup>2464</sup> CBb 29 juni 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM9470. Zoals te consulteren op de website van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven.

<sup>2465</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 231.

<sup>2466</sup> A. OTTOW en S. LAVRIJSEN, "Het Europese recht als hoeder van de onafhankelijkheid van nationale toezichthouders", *Tijdschrift voor Toezicht* 2011, afl. 3, (34) 38.

<sup>2467</sup> Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 7 juli 2008, nr. WJZ 8076154, met betrekking tot de uitoefening door de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit van de bevoegdheid, *Stcrt.* 2008, 11 juli 2008, 132; A. OTTOW en S. LAVRIJSEN, "Het Europese recht als hoeder van de onafhankelijkheid van nationale toezichthouders", *Tijdschrift voor Toezicht* 2011, afl. 3, (34) 38.

het binnenlandse gastransport als ter verwezenlijking van de **ambitie van de regering** om het Nederlandse gastransportnet een belangrijk knooppunt te laten zijn in Noordwest Europa. Die ruimte om te investeren heeft de netbeheerder van het landelijk gastransportnet slechts indien de investeringen doorgerekend mogen worden in de tarieven die de netbeheerder in rekening brengt voor de uitvoering van zijn wettelijk taken. [...]”. [...]”. “De omstandigheid dat de beleidsregel **concrete parameters** bevat voor de vaststelling van de methode van regulering van de tarieven, die feitelijk door een enkele onderneming in rekening gebracht worden doet niet af aan dat karakter van algemene regels”.<sup>2468</sup>

Aangezien ten tijde van de *GTS-zaak* de richtlijn 2003/55/EG van toepassing was, stond voornamelijk de ongelijke behandeling van de marktpelers ter discussie. Er werd betoogd dat de minister niet bevoegd was om in de beleidsregel concrete parameters vast te leggen voor de vaststelling van de methode van regulering van de tarieven. Op basis van artikel 25 van de richtlijn moest de NMa immers besluiten nemen, die geheel onafhankelijk waren van de marktbelangen binnen de gasector.<sup>2469</sup> Bovendien was de NMa een zbo waardoor de toezichthouder op afstand van de minister moest staan.<sup>2470</sup> Het CBb stelde dan ook dat de toegekende status van zelfstandig bestuursorgaan tot gevolg had dat verweerder niet meer hiërarchisch ondergeschikt was aan de Minister. Het College vervolgde dat deze status met zich meebracht dat de Minister niet meer de mogelijkheid had om in individuele gevallen aanwijzingen te geven en wees op het belang van onafhankelijke oordeelsvorming op basis van specifieke deskundigheid. De onafhankelijke oordeelsvorming van de NMa mocht volgens het College niet in het geding komen en politieke beïnvloeding diende te worden voorkomen.<sup>2471</sup> Het College stelde verder vast dat de parameters berusten op een politieke afweging teneinde financiële ruimte te scheppen voor investeringen van GTS in het belang van de voorzieningszekerheid. Het College was van oordeel dat de Minister met de vastlegging van de concrete parameters van de kapitaallasten van GTS, inbreuk had gemaakt op de zelfstandige en onafhankelijke oordeelsvorming van de NMa.<sup>2472</sup> Er was bijgevolg duidelijk sprake van een belangenconflict.<sup>2473</sup> De bestreden besluiten werden dan ook vernietigd.<sup>2474</sup>

---

<sup>2468</sup> Toelichting bij de Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 7 juli 2008, nr. WJZ 8076154, met betrekking tot de uitoefening door de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit van de bevoegdheid, *Stcrt.* 2008, 11 juli 2008, 132.

<sup>2469</sup> Zie overw. 4.1. “Uit de artikelen 18, eerste lid, en 25, eerste lid, van de Richtlijn volgt dat de methoden voor berekening van tarieven en de vaststelling van de tarieven door een lidstaat moeten worden opgedragen aan een van de belangen van de gasector onafhankelijke regelgevende instantie”.

<sup>2470</sup> Zie overw. 4.1.1.: “De Beleidsregel behelst ten onrechte geen algemene aanwijzing, maar een bijzondere aanwijzing in een concreet geval ten aanzien van de uitoefening van de bevoegdheid van verweerder. Dit is niet toegestaan, aangezien verweerder een zelfstandig bestuursorgaan is. De Beleidsregel bevat zodanige concrete parameters voor de vaststelling van de methode van regulering van de tarieven dat verweerder geen enkele ruimte meer wordt gelaten voor het maken van een eigen afweging”.

<sup>2471</sup> Overw. 6.2.2.

<sup>2472</sup> Overw. 6.2.4.

<sup>2473</sup> A. OTTOW en S. LAVRIJSEN, “Het Europese recht als hoeder van de onafhankelijkheid van nationale toezichthouders”, *Tijdschrift voor Toezicht* 2011, afl. 3, (34) 40.

<sup>2474</sup> Overw. 6.5.

**780.** Twee recente voorbeelden van algemene beleidsregels opgesteld door de minister zijn de "Boetebeleidsregel ACM 2014"<sup>2475</sup> en de "Beleidsregel clementie".<sup>2476</sup> Het gaat om beleidsregels die niet alleen van toepassing zijn op het algemeen mededingingstoezicht, maar ook op het energietoezicht.<sup>2477</sup> De Boetebeleidsregel ACM 2014 betreft bestuurlijke boetes voor overtredingen op het gebied van aanbestedingen en kartelvorming. Uit de consultatie bij de beleidsregel blijkt dat in de boetebeleidsregels wordt bepaald hoe de ACM de hoogte van een bestuurlijke boete moet vaststellen. De algemene doelstelling omvat dat de hoogte van de boete evenredig is met het oog op de gepleegde overtreding en voldoende afschrikwekkend is voor zowel de overtreder als andere potentiële overtreeders.<sup>2478</sup>

#### 3.4.4.2. Beleidsregels met betrekking tot technische voorwaarden en tariefstructuren?

**781.** Artikel 36 van de Nederlandse Elektriciteitswet bepaalt dat de Autoriteit Consument en Markt de tariefstructuren en voorwaarden vaststelt met inachtneming van:

- a. het voorstel van de gezamenlijke netbeheerders en de resultaten van het overleg,
- b. het belang van het betrouwbaar, duurzaam, doelmatig en milieuhygiënisch verantwoord functioneren van de elektriciteitsvoorziening,
- c. het belang van de bevordering van de ontwikkeling van het handelsverkeer op de elektriciteitsmarkt,
- d. het belang van de bevordering van het doelmatig handelen van afnemers,
- e. het belang van een goede kwaliteit van de dienstverlening van netbeheerders,
- f. het belang van een objectieve, transparante en niet discriminatoire handhaving van de energiebalans op een wijze die de kosten weerspiegelt,
- g. **de in artikel 26b bedoelde regels,**
- h. verordening 714/2009 en de richtlijn en
- i. artikel 15 van richtlijn 2012/27/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 betreffende energie-efficiëntie, tot wijziging van Richtlijnen 2009/125/EG en 2010/30/EU en houdende intrekking van de Richtlijnen 2004/8/EG en 2006/32/EG (PbEU 2012, L 315).

Dit zijn zeer algemeen geformuleerde beleidsrichtsnoeren. Artikel 26b van de Nederlandse Elektriciteitswet bepaalt echter dat **bij ministeriële regeling regels worden gesteld met betrekking tot de tariefstructuren en voorwaarden.**<sup>2479</sup> De minister van Economische Zaken is bijgevolg bevoegd om

<sup>2475</sup> Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 4 juli 2014, nr. WJZ/14112617, met betrekking tot het opleggen van bestuurlijke boetes door de Autoriteit Consument en Markt (Boetebeleidsregel ACM 2014), *Stcrt.* 2014, 15 juli 2014, 19.776.

<sup>2476</sup> *Stcrt.* 2014, 19.745. Hiervoor waren beide beleidsregels opgenomen in één document (Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken van 19 april 2013, nr. WJZ / 12366159, houdende richtsnoeren voor het opleggen van bestuurlijke boetes op grond van wetgeving, waarvan de Autoriteit Consument en Markt is belast met het toezicht op de naleving (Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM), *Stcrt.* 2013, 24 april 2013, 11.214). De clementieregels waren hiervoor dus opgenomen in de Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM. Er is voor gekozen om de clementieregels in een aparte beleidsregel op te nemen, omdat dit beter zou aansluiten bij de Europese regels.

<sup>2477</sup> Zie hoofdstuk 2 ("Hoofdstuk 2. Consumenten, energie, mededinging, post en telecommunicatie") van de Boetebeleidsregel ACM 2014.

<sup>2478</sup> Zie [https://www.internetconsultatie.nl/boetebeleidsregels\\_acm\\_2014](https://www.internetconsultatie.nl/boetebeleidsregels_acm_2014), laatst geconsulteerd op 29 mei 2016.

<sup>2479</sup> Ministeriële regelingen (algemeen verbindende voorschriften van een minister). Ministeriële regelingen worden door een minister uitgevaardigd op basis van delegatie door een wet in formele zin of op basis van sub-delegatie door een algemene maatregel van bestuur. Een algemene maatregel van bestuur is de equivalent van een KB in België en een ministeriële regeling is het equivalent van een MB of een ministerieel besluit in België.

op grond van de nationale wetgeving ministeriële regels (cf. beleidsregels) op te stellen inzake de vaststelling van de technische voorwaarden en tariefstructuren voor de regulering van de netbeheerders van de energienetwerken.<sup>2480</sup> De ACM brengt advies uit over het ontwerp van de ministeriële regels.<sup>2481</sup> De ministeriële regeling treedt niet eerder in werking dan vier weken nadat het ontwerp aan beide kamers van de Staten-Generaal werd overgelegd, samen met het advies van de ACM.<sup>2482</sup> Zoals reeds opgemerkt (*supra* nr. 449), zijn algemene beleidsregels binnen bepaalde grenzen toegestaan in de energiesector. Deze bevoegdheid is evenwel niet onbeperkt. Zo stelt LAVRIJSSSEN dat de discretionaire bevoegdheid van de ACM daarbij niet te veel aan banden mag worden gelegd, waardoor onvoldoende speelruimte overblijft om de reguleringstaken op een autonome wijze uit te oefenen.<sup>2483</sup>

**782.** Tijdens de parlementaire voorbereiding bij de Instellingswet ACM werd de vraag gesteld of er in de ministeriële beleidsregels onderwerpen worden geregeld die in de energiecodes (opgesteld door de ACM) thuishoren. Ook werd de minister om een reactie gevraagd op de stelling dat de minister geen beleidsregels mag vaststellen voor tarieven en voorwaarden op energiegebied. De minister antwoordde dat "hij het hiermee eens is" en dat "er [...] geen beleidsregels [zijn] waarin onderwerpen worden geregeld die thuishoren in energiecodes. [...]. Het vaststellen van codes op energiegebied is de bevoegdheid van thans de NMa en straks de ACM. Dat hebben wij destijds vastgelegd in de Elektriciteitswet van 1998 en in de Gaswet. Omdat die wetten de ACM bevoegd maken tot het vaststellen van tariefstructuren en het stellen van voorwaarden, kan ik die zaken niet bij beleidsregel vaststellen".<sup>2484</sup>

**783.** Ter uitvoering van artikel 26b van de Elektriciteitswet werd evenwel in 2005 de "Regeling inzake tariefstructuren en voorwaarden elektriciteit" aangenomen.<sup>2485</sup> Deze ministeriële regeling geldt ook vandaag nog steeds en heeft betrekking op tariefstructuren, de werking van de netten, voorwaarden

---

<sup>2480</sup> S. LAVRIJSSSEN, "Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU perspectief", *RegelMaat* 2015, afl. 3, (182) 193-194.

<sup>2481</sup> Artikel 26b, lid 2 van de Nederlandse Elektriciteitswet.

<sup>2482</sup> Artikel 26b, lid 3 van de Nederlandse Elektriciteitswet.

<sup>2483</sup> S. LAVRIJSSSEN, "Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU perspectief", *RegelMaat* 2015, afl. 3, (182) 193-194.

<sup>2484</sup> De behandeling van het wetsvoorstel Regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt) (33.186), *Parl.Hand.* I 2012-2013, nr. 17, 13: "De heer Backer vroeg mij welke beleidsregels er op dit moment allemaal zijn. Naast de boetebeleidsregels zijn er specifieke inhoudelijke beleidsregels, die een nadere invulling geven aan de wet- en regelgeving. Zo zijn er bij de NMa de beleidsregel concentraties van zorgaanbieders, en de beleidsregels voor combinatieovereenkomsten. Bij de OPTA heb je de beleidsregels over de door het college OPTA uit te oefenen taken in de elektronische communicatiesector. De Consumentenautoriteit heeft de beleidsregels op het gebied van massaschade en informatieverstrekking aan consumenten. Deze beleidsregels worden omgezet en blijven ook voor de ACM van toepassing. *Er zijn geen beleidsregels waarin onderwerpen worden geregeld die thuishoren in energiecodes.* Mevrouw Faber vroeg daarnaar. Mevrouw Kneppers heeft gevraagd om een reactie op de stelling dat de minister geen beleidsregels mag vaststellen voor tarieven en voorwaarden op energiegebied. Ik ben dat met mevrouw Kneppers eens. Het vaststellen van codes op energiegebied is de bevoegdheid van thans de NMa en straks de ACM. Dat hebben wij destijds vastgelegd in de Elektriciteitswet van 1998 en in de Gaswet. Omdat die wetten de ACM bevoegd maken tot het vaststellen van tariefstructuren en het stellen van voorwaarden, kan ik die zaken niet bij beleidsregel vaststellen".

<sup>2485</sup> Regeling van de Minister van Economische Zaken van 9 januari 2005, nr. WJZ 5001015, houdende regels inzake tariefstructuren en voorwaarden voor elektriciteit (Regeling inzake tariefstructuren en voorwaarden elektriciteit), *Stcrt.* 2005, 9.



inzake systeemdiensten. Er zijn dus geen beleidsregels (die eerder betrekking hebben de uitoefening van de bestuursbevoegdheid) over de tariefbevoegdheid, maar wel een **ministeriële regeling** (of ministerieel besluit). Deze ministeriële regeling bevat bijvoorbeeld regels over *hoe* de tariefstructuur concreet moet worden opgesteld.<sup>2486</sup> Hoewel het hier niet lijkt te gaan om concrete *inhoudelijke* instructies aan de regulator over hoe hij zijn tariefbevoegdheid concreet moet invullen en uitoefenen, geeft de regeling toch minstens **formele of vormelijke instructies** over hoe de structuur er moet uitzien. De vraag is of ook dit volgens Europa niet volledig moet overgelaten worden aan de regulator zelf... Het valt zodoende te betwijfelen of deze instructies wel in overeenstemming zijn met de Europese onafhankelijkheidsvereisten, aangezien zij betrekking hebben op de reguleringstaken en bevoegdheden die de richtlijnen aan de energieregulator toekennen.<sup>2487</sup>

### 3.4.5. Ruim inlichtingenrecht

**784.** Artikel 20 van de Kaderwet zbo bepaalt dat een zbo desgevraagd aan de minister alle voor de uitoefening van diens taak benodigde inlichtingen verstrekt. De minister kan bovendien inzage vorderen van alle zakelijke gegevens en bescheiden, indien dat voor de vervulling van zijn taak redelijkerwijs nodig is.<sup>2488</sup> De ACM geeft bij het verstrekken van de inlichtingen waar nodig aan welke gegevens een vertrouwelijk karakter dragen (art. 20, lid 2). Dergelijk inlichtingenrecht wordt in België enkel nog uitgeoefend via het toezicht door de regeringscommissarissen.<sup>2489</sup> In het vorige hoofdstuk werd reeds gewezen op de onverenigbaarheid van dergelijke bevoegdheden met de onafhankelijkheid van de regulatoren (*supra* nr. 611 en 616 e.v.). Dergelijke inlichtingenbevoegdheid staat dan ook op gespannen voet met de Europese

---

<sup>2486</sup> Zie bijvoorbeeld artikel 2 van de ministeriële regeling: "1. In de tariefstructuren van het tarief voor aansluiting op een net, bedoeld in artikel 27, eerste lid, van de wet, wordt: a. onderscheid gemaakt tussen de initiële en periodieke kosten van de aansluiting; b. onderscheid gemaakt naar de grootte van de aansluitcapaciteit; c. indien van toepassing, rekening gehouden met het tijdelijke karakter van een aansluiting; d. aangegeven welke kosten zijn verbonden aan eindigen, wijzigen of verlengen van het aansluitcontract; e. aangegeven welke kosten zijn verbonden aan een afwijking van de door de netbeheerder aangeboden standaardaansluiting op verzoek van de afnemer. 2. In de tariefstructuren worden regels opgenomen over de vergoeding van de afnemer voor het geval bedoeld in artikel 27, tweede lid, onderdeel b, van de wet, waarbij een termijn wordt opgenomen waarop de vergoeding betrekking heeft"; Zie ook artikel 3 van de ministeriële regeling: "In de tariefstructuren van het tarief waarvoor het transport van elektriciteit wordt verricht, bedoeld in artikel 27, eerste lid, van de wet, wordt: a. aangegeven uit welke kosten het tarief is opgebouwd, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen transportonafhankelijke kosten en transportafhankelijke kosten; b. onderscheid gemaakt naar transportonafhankelijke tarieven en transportafhankelijke tarieven; c. aangegeven in welke gevallen en voor welke categorieën afnemers een transporttarief voor blindenergie in rekening wordt gebracht; d. onderscheid gemaakt in de kostentoerekening naar verschillende categorieën afnemers. 2. In de tariefstructuren van het tarief waarvoor het transport van elektriciteit wordt verricht, bedoeld in artikel 27, eerste lid, van de wet, kan onderscheid worden gemaakt naar energierichting. Zie ook artikel 4 van de ministeriële regeling: "1. Bij de tariefstructuren van het tarief waarvoor systeemdiensten worden verricht, bedoeld in artikel 27, eerste lid, van de wet, worden regels opgenomen ten aanzien van de wijze waarop het totale verbruik van elektriciteit per afnemer wordt bepaald. 2. De regels, bedoeld in het eerste lid, houden voor afnemers met een aansluiting met een maximale doorlaatwaarde van ten hoogste 3\*80A in dat het totale verbruik van elektriciteit per afnemer wordt gesteld op het gemiddelde verbruik per categorie van afnemers met dezelfde maximale doorlaatwaarde".

<sup>2487</sup> S. LAVRIJSSEN, "Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU perspectief", *RegelMaat* 2015, afl. 3, (182) 194.

<sup>2488</sup> Artikel 20, lid 1 van de Kaderwet zbo.

<sup>2489</sup> Artikel 47ter, § 1 van het huidige Waals Elektriciteitsdecreet: "De commissarissen mogen op elk moment kennis nemen van alle vormen van correspondentie, processen-verbaal, en alle documenten die betrekking hebben op geschriften van de CWaPE. Ze mogen aan de voorzitter, de directeurs en alle andere personeelsleden alle mogelijke verduidelijkingen en informatie vragen nodig voor de uitvoering van hun mandaat".

onafhankelijkheidsregels aangezien de minister in de praktijk de onafhankelijke taakuitoefening door de ACM kan beïnvloeden, sturen en zelfs belemmeren.

#### 3.4.6. *Boetetaakstelling of boetestreefgetallen*

**785.** Hoewel de boetestreefgetallen geen eigenlijk instrument inzake verantwoordingsplicht uitmaken, vormen ze toch een belangrijk element, aangezien de minister erover verantwoording kan moeten afleggen in het parlement. In het Regeerakkoord van de Nederlandse regering heeft het zittende kabinet voor de ACM jaarlijkse boetestreefgetallen 'taakstellend ingeboekt', oplopend van 75 miljoen euro in 2014, 100 miljoen in 2015 naar 125 miljoen structureel jaarlijks daarna.<sup>2490</sup> Deze boetestreefgetallen of boetestaakstellingen betreffen de targets die de ACM dient na te streven bij de uitoefening van haar onderzoeksbevoegdheden. In de parlementaire voorbereiding bij de Instellingswet ACM werd de vraag gesteld hoe de boetetaakstelling zich verhoudt tot de onafhankelijkheid van de ACM:

"De leden van de commissie vroegen hoe de boetetaakstelling voor de boetes marktwerking (NMa), die in het Regeerakkoord is opgenomen en op de begroting van het Ministerie van EZ wordt ingeboekt, zich verhoudt tot de onafhankelijke positie van de NMa respectievelijk de ACM. De boetetaakstelling maakt geen inbreuk op de onafhankelijkheid van de NMa dan wel de ACM. Boetes die worden opgelegd door de NMa of, in de toekomst, door de ACM komen ten bate van de staatskas, niet ten bate van de toezichhouder zelf. Dat betekent dat in de begroting van het Ministerie van EZ een inschatting gemaakt wordt van het bedrag aan boetes dat zal worden ontvangen. Het door de regering op de begroting van het Ministerie van EZ ingeschatte bedrag heeft geen gevolgen voor de boeteoplegging door de NMa of de ACM. Binnen de daarvoor geldende regels in wetgeving en **beleidsregels van de Minister van EZ** bepaalt de NMa of de ACM immers volledig zelfstandig of het nemen van een sanctiebesluit na het constateren van een overtreding opportuun is, of dat zij een ander handhavingsinstrument inzet. Vervolgens bepaalt de NMa of de ACM zelfstandig welke sanctie in een bepaald geval aangewezen is. Indien zij kiest voor het opleggen van een boete, bepaalt zij tot slot ook zelfstandig de hoogte van die boete. [...]. Tot slot wil ik benadrukken dat de door de regering ingeboekte boetetaakstelling geen gevolgen heeft voor het budget dat aan de NMa of de ACM ter beschikking wordt gesteld. Het inboeken van de boeteontvangsten op de begroting van het Ministerie van EZ is met andere woorden **taakstellend voor het ministerie, niet voor de NMa of de ACM**".<sup>2491</sup>

Volgens de minister hebben de door de regering ingeschatte bedragen dus geen gevolgen voor de boeteoplegging van de ACM, aangezien de ACM volledig zelfstandig bepaalt of het nemen van een sanctiebesluit opportuun is en wat de hoogte van een eventuele boete zal zijn. Indien het resultaat lager is dan de streefgetallen dan heeft dit volgens de minister bovendien geen gevolg voor het budget van de ACM zelf. De Nederlandse rechtsleer is terecht bijzonder kritisch ten aanzien van deze boetetaakstelling. Volgens SCHOUTEN en DE MOOR-VAN VUGT is de stijging van de bedragen opmerkelijk en kan dit opgevat worden als een directe opdracht aan de toezichhouder om de oplegging van hoge boetes

<sup>2490</sup> Regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt), E, NADER VOORLOPIG VERSLAG VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR ECONOMISCHE ZAKEN, *Kamerstukken I* 2012/13, 33.186, 4.

<sup>2491</sup> Regels omtrent de instelling van de Autoriteit Consument en Markt (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt), F, NADERE MEMORIE VAN ANTWOORD, *Kamerstukken I* 2012/13, 33.186, 11.

tot prioriteit te stellen.<sup>2492</sup> Dit heeft volgens de auteurs tot gevolg dat de ACM feitelijk verplicht wordt om haar capaciteit en middelen ten behoeve van deze doelstelling in te zetten.<sup>2493</sup> Ook LAVRIJSSEN stelt dat door die taakstelling het ministerie van Economische zaken de prioriteiten van de ACM beïnvloedt,<sup>2494</sup> hetgeen een zware ingreep in de onafhankelijkheid van de ACM inhoudt en de ACM in een keurslijf dwingt: "de ACM moet handhaven en boetes opleggen zodat geld in de staatskas vloeit".<sup>2495</sup> LAVRIJSSEN stelt dat het juist heel belangrijk is dat de ACM aandacht kan besteden aan goede reguleringsprocedures en een adequate afweging van belangen. Dergelijke boetetarget ondermijnt dit.<sup>2496</sup> Dit betekent volgens KLAP ook dat de ACM door de boetetaakstelling wordt beperkt in haar keuze om de beschikbare capaciteit (en middelen), in te zetten ten behoeve van taken en doelstellingen die zij *zelf* het meest prangend acht.<sup>2497</sup> SCHINKEL ten slotte stelt dat de taakstelling een rechtstreekse opdracht aan de toezichthouder inhoudt om met de opsporing van overtredingen inkomsten te genereren.<sup>2498</sup>

**786.** De boetetaakstellingen of de boetestreefgetallen zorgen er duidelijk voor dat de prioriteiten van de ACM door de politieke spelers worden bepaald: de ACM wordt namelijk feitelijk verplicht om haar capaciteit en middelen in te zetten om ervoor te zorgen dat de boetetargets worden bereikt. Op die manier beschikt de ACM niet over de volledige vrijheid om, in overeenstemming met de Europese regels, haar eigen beleid te bepalen. Wel integendeel, de ACM wordt door het ministerie van EZ gebruikt als een instrument om inkomsten te genereren. Dergelijke taakstellingen dienen dan ook achterwege te blijven. Het is immers niet aan de politiek om te bepalen hoe hoog de boete-inkomsten van de ACM moeten zijn. Bovendien bleek ondertussen uit een rapport dat het "*hoogst onwaarschijnlijk is dat de in het regeerakkoord afgesproken verhoging van de boete-inkomsten met € 75 tot 125 miljoen wordt gehaald*".<sup>2499</sup>

#### 3.4.7. *Samengevat: ruimere bevoegdheden voor de minister in Nederland*

<sup>2492</sup> L. SCHOUTEN en A. DE MOOR-VAN VUGT, "De onafhankelijkheid van de Autoriteit Consument en Markt", *SEW* 2015, afl. 2, (62) 70.

<sup>2493</sup> L. SCHOUTEN en A. DE MOOR-VAN VUGT, "De onafhankelijkheid van de Autoriteit Consument en Markt", *SEW* 2015, afl. 2, (62) 70.

<sup>2494</sup> Zo moet de ACM van de regering € 75 miljoen per jaar aan boetes binnenhalen, oplopend naar € 125 miljoen per jaar vanaf 2017.

<sup>2495</sup> Interview met S. LAVRIJSSEN, "Nma een kopje kleiner gemaakt", *VEMW Journaal*, juni 2013, zie <http://www.vemw.nl/~media/VEMW/Downloads/Public/Journaals/J2%202013%208%20en%209%20Nma%20kopje%20kleiner%20gemaakt.ashx>, laatst geconsulteerd op 29 mei 2016.

<sup>2496</sup> Interview met S. LAVRIJSSEN, "Nma een kopje kleiner gemaakt", *VEMW Journaal*, juni 2013, zie <http://www.vemw.nl/~media/VEMW/Downloads/Public/Journaals/J2%202013%208%20en%209%20Nma%20kopje%20kleiner%20gemaakt.ashx>, laatst geconsulteerd op 29 mei 2016.

<sup>2497</sup> A. KLAP, "Prioriteringsbeleid in het kader van de bestuursrechtelijke handhaving: tussen praktische noodzaak en juridische bezwaren", *Jurisprudentie Bestuursrecht Plus* 2012, 326-341.

<sup>2498</sup> M. SCHINKEL, "Gevraagd: Autoriteit met rechtspersoonlijkheid", *Markt & Mededinging (M&M)* 2013, afl. 1, (9) 11.

<sup>2499</sup> M. APPELMAN, R. VELDHUIS, J. SONNEVELD, A. GELEIJNSE, L. VAN 'T VEER en K. GUSSINKLO, "Boete-inkomsten ACM", <http://www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/rapporten/2013/07/03/boete-inkomsten-acm/boete-inkomsten-acm.pdf>, 61, laatst geconsulteerd op 29 mei 2016.

**787.** Geconcludeerd moet worden dat de minister(s)<sup>2500</sup> ten aanzien van de ACM over bepaalde sturingsbevoegdheden beschikken die voor het merendeel geregeld zijn in de Kaderwet zbo. Het gaat bijvoorbeeld om het recht om de bestuursleden te benoemen of te schorsen of ontslaan,<sup>2501</sup> het recht om het bestuursreglement en de mandaatregeling van de ACM goed te keuren, het recht op informatie van de ACM, het recht om beleidsregels vast te stellen en het recht om maatregelen te treffen ingeval van taakverwaarlozing door de ACM. Over het gebruik van die sturingsbevoegdheden zijn de ministers verantwoording verschuldigd aan de Tweede en Eerste Kamer.<sup>2502</sup> Zoals LAVRIJSEN terecht opmerkt heeft de minister teveel mogelijkheden om te interveniëren in de bevoegdheden van de ACM.<sup>2503</sup> Deze sturingsbevoegdheden kunnen ervoor zorgen dat de minister zijn bevoegdheden op een onrechtmatige manier aanwendt en daarbij de (individuele) besluitvorming van de ACM beïnvloedt.

Het valt op dat de interventiebevoegdheden van de ministers in Nederland veel ruimer worden omschreven in vergelijking met België. Dit wil m.i. evenwel niet automatisch zeggen dat de politieke invloed in de praktijk bij de ACM noodzakelijkerwijs (veel) groter is dan in België. Men kan in België even goed de praktijk van de regulatoren *de facto* trachten te beïnvloeden zonder dat daar een uitdrukkelijke wettelijke basis voor is. Uiteraard moeten zowel *de facto* als *de jure* de politieke sturingsbevoegdheden via de minister zoveel mogelijk (zo niet geheel) worden ingeperkt. Wat de ACM betreft, lijkt de toezichthouder *de jure* – door de omvangrijke wettelijke sturingsbevoegdheden uit de Kaderwet ZBO – alvast minder onafhankelijk dan bijvoorbeeld de CREG en de VREG in België.

3.5. Als conclusie, uitholling van de ministeriële verantwoordelijkheid: ja en neen?

**788.** Er kan geen verantwoordelijkheid bestaan zonder bevoegdheid. De minister kan slechts verantwoordelijk zijn indien hij *in abstracto* en *de iure* in de mogelijkheid was om het gedrag van de actor te beïnvloeden. De beïnvloedingsmogelijkheden van de minister vormen immers mogelijkheidsvoorwaarden voor de controle van het parlement op de minister inzake de werking van de regulatoren. Aangezien de minister in België *de jure* slechts over zeer beperkte toezichts- en beïnvloedingsmogelijkheden beschikt wordt het instrument van de ministeriële verantwoordelijkheid – in het licht van

<sup>2500</sup> Cf. De ministers van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie en de Minister van Infrastructuur en Milieu.

<sup>2501</sup> Zie het vorige hoofdstuk.

<sup>2502</sup> Wijziging van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt en enige andere wetten in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht, Nr. 6, NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG, *Kamerstukken I* 2011-2012, 33.186, 11.

<sup>2503</sup> Zeker gelet op het feit dat de Staat grote belangen in de energiesector, vanwege haar aandeelhouderschap (100%) in TenneT en Gasunie, zie o.a. Interview met S. LAVRIJSEN, "Nma een kopje kleiner gemaakt", VEMW Journaal, juni 2013, zie <http://www.vemw.nl/~media/VEMW/Downloads/Public/Journaals/J2%202013%208%20en%209%20Nma%20kopie%20kleiner%20gemaakt.ashx>, laatst geconsulteerd op 29 mei 2016.

het adagium “geen verantwoordelijkheid, zonder bevoegdheid” – een praktisch onhaalbaar of onuitvoerbaar instrument. Op die manier kan de minister moeilijk ter verantwoording worden geroepen.

**789.** Wat Nederland betreft geldt een andere dynamiek. Hierdoor blijft de minister beschikken over verschillende sturingsbevoegdheden en is er nog steeds een (zij het beperktere) verantwoordelijkheid. Uit interviews is gebleken dat de minister eerder wordt aanzien als een soort “politieke buffer” tegen de krachtige (maatschappelijke) kritiek die zou uitgaan van het parlement. Het parlement in Nederland zou daarbij immers snel reageren op de publieke opinie waardoor de ministeriële verantwoordelijkheid ook omgekeerd, als buffer, werkt. De rechtstreekse invloed van het parlement op toezichthouders ligt in Nederland dan ook gevoeliger. In België werkt de dynamiek eerder omgekeerd en wordt de regering meer ervaren als de “eerste macht”, waarbij de ministers juist heel snel ageren op publieke gevoeligheden. Rechtstreeks toezicht door het parlement lijkt in België dan ook meer de onafhankelijkheid van de energieregulatoren te garanderen, dan toezicht uitgeoefend door de minister.

**790.** Vanuit rechtsvergelijkend oogpunt heeft men eerder de neiging om naar een buitenlands systeem te kijken door de bril van het eigen nationale rechtssysteem. Vandaar dat het niet eenvoudig is om een oordeel te vellen over welk systeem nu precies de voorkeur draagt. Beide systemen worden gekenmerkt door een verschillende dynamiek. Zo blijft men in Nederland vasthouden aan de toezichtsbevoegdheden van de minister en diens ministeriële verantwoordelijkheid omdat het alternatief (rechtstreekse parlementaire verantwoordelijkheid) nog minder aantrekkelijk lijkt. Bovendien is er toch aanzienlijk wat kritiek aanwezig op de zbo’s en hun democratisch deficit.<sup>2504</sup> Een minister zonder toezichtsmogelijkheden zou in Nederland nog moeilijker aanvaard worden dan in België.<sup>2505</sup> Nochtans, wanneer men de Europese richtlijnen en de – hoewel niet bindende – Interpretatieve Nota erbij neemt, kan niet anders dan geconcludeerd worden dat dat ook Nederland in de toekomst waarschijnlijk zal moeten afstappen van het nog bestaande toezicht door de minister.<sup>2506</sup> *De jure* is de ACM dan ook op verschillende vlakken aan het toezicht van de minister onderworpen, meer dan bijvoorbeeld de CREG en de VREG, waardoor de Belgische situatie de voorkeur geniet. *De facto* – en daar werd in vorig hoofdstuk reeds op gewezen – mag men evenwel niet onderschatten welke toezichthoudende en controlerende rol de minister toch in de praktijk bij de Belgische regulatoren tracht te vervullen.<sup>2507</sup> Bovendien moet

---

<sup>2504</sup> Deze kritiek is echter ook in België aanwezig.

<sup>2505</sup> Met hier en daar evenwel een uitzondering, zie bv. A. HERINGA en L. VERHEY, “Independent Agencies and Political Control” in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), *Agencies in European and Comparative Law*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 155-169.

<sup>2506</sup> Zeker met betrekking tot energie wanneer men in acht neemt dat de Nederlandse Staat voor 100% aandeelhouder is van de netbeheerders (Tennet en de Nederlandse Gasunie).

<sup>2507</sup> Bijvoorbeeld inzake de benoemingen (regering) of inzake frequente (informele) contacten, vergaderingen, overlegmomenten etc (“beïnvloeding achter de schermen”, zie randnummer \*\*\*). Deze politieke benoemingscultuur is in Nederland minder bekend.

ook in België worden vastgesteld dat hier en daar nog een aantal zaken *de jure* moeten worden aangepast (o.a. inzake benoemingen, *supra* nrs. 554 en 556; inzake ontslag, *supra* nr. 597; inzake toezicht, *supra* nrs. 616 e.v.; inzake financiering, *supra* nrs. 728-729).

### 3.6. Politieke controle door de President in de VS

#### 3.6.1. *Invloed van de unitaire theorie*

**791.** In het vierde hoofdstuk (*supra* nr. 351 e.v.) werd reeds verduidelijkt dat in de VS de rechtsleer verdeeld is voor wat betreft de concrete invulling van het principe van de scheiding der machten. Er zijn aanhangers van de *Unitary Executive Theory* en aanhangers van de *Functionalist Theory*. Beide theorieën hebben eveneens (verschillende) gevolgen op het niveau van de verantwoordingsplicht. De aanhangers van de *Unitary Executive Theory* gaan er immers vanuit dat *alleen* aan de President alle uitvoerende macht is toegekend. Zij leiden dit af uit artikel II van de Grondwet dat bepaalt dat "the executive power shall be **vested** in a President". Uit deze *Vesting Clause*, samengelezen met de *Take Care Clause*,<sup>2508</sup> vloeit volgens de aanhangers dan ook voort dat "his duty can only be discharged if those federal agencies that perform traditionally executive functions are understood to be agent of the President and **responsible** to him".<sup>2509</sup> Elke andere opvatting zou volgens deze theorie de verantwoording van de *agencies* ondermijnen. Aanhangers van de unitaire theorie zien de uitvoerende federale overheid bijgevolg als een hiërarchische piramide, waarbij de President de hoogste verantwoordelijke is.<sup>2510</sup>

**792.** KITROSSER voert daarbij echter aan dat de *Unitary Theory* het systeem van de accountability niet versterkt, wel integendeel het ondermijnt. Wanneer de President door het Congres *niet* op afstand wordt geplaatst, worden volgens de auteur zowel de presidentiële, legislatieve als bureaucratische verantwoordingsmechanismen beknot.<sup>2511</sup> KITROSSER stelt namelijk dat een unitair systeem ervoor zorgt dat de President net de mogelijkheid krijgt om achter de schermen de uitoefening van de bevoegdheid door de *agencies* te beïnvloeden ver weg van het publieke oog,<sup>2512</sup> waardoor het principe van accountability net wordt beknot.<sup>2513</sup> Wanneer men, als aanhangers van de unitaire theorie, alle macht tot het afleggen van verantwoording in de handen van één persoon legt, dan beschikt de President over heel ruime én

<sup>2508</sup> The President must "take care that the laws be faithfully executed".

<sup>2509</sup> M. BREGER en G. EDLES, *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 60.

<sup>2510</sup> M. BREGER en G. EDLES, *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 61.

<sup>2511</sup> H. KITROSSER, "The Accountable Executive", *Minnesota Law Review* 2009, (1741) 1760.

<sup>2512</sup> H. KITROSSER, "The Accountable Executive", *Minnesota Law Review* 2009, (1741) 1760: "Indeed, one can reasonably conclude that unitary presidential control undermines accountability by compromising transparency and procedural regularity" en 1764-1765: "[...] a unitarian system enhances the ability of the President or his proxies to influence agency actions away from the public eye".

<sup>2513</sup> P. SHANE, "Political Accountability in a System of Checks and Balances: The Case of Presidential Review of Rulemaking", *Arkansas Law Review* 1995, (161) 173.

ongecontroleerde bevoegdheden. De enige vorm van controle op de President is immers de *political accountability*. Zoals KITROSSER stelt, is het dan ook beter om **verschillende controlemechanismen** ten aanzien van de *agencies* te bestendigen. FLAHERTY stelt dat de scheiding der machten uit de Grondwet er juist voor moet zorgen dat de drie takken van de macht in balans zijn, waarbij accountability zich situeert over het gehele overheidsapparaat. Deze accountability komt er volgens de auteurs juist door *niet* uit te gaan van een strikte scheiding der machten.<sup>2514</sup>

### 3.6.2. "Op afstand van President" niet gelijk met ontbreken van presidentiële controle

**793.** IRA's werden door het Congres doelbewust op afstand geplaatst van de President, waardoor zij in principe niet onderworpen zijn aan zijn directe controle.<sup>2515</sup> Dit bleek ook duidelijk uit het arrest *Humphrey's Executor v. United States* waarbij het *U.S. Supreme Court* stelt dat IRA's hun taken dienen uit te oefenen *independently of executive control*, een zinsnede die door de IRA's vaak gebruikt wordt om hun vraag naar meer onafhankelijkheid kracht bij te zetten.<sup>2516</sup> Frequent poogde de President echter om de controle over de IRA's naar zich toe te trekken.

Zo stelt KITROSSER dat er frequent sprake is van informele beïnvloeding achter-de-schermen:

"The President or his White House proxies can apply behind the-scenes pressure not only as to final rule-making determinations but as to the type of factual "findings" that should underscore such determinations. Knowing that the President has the power to step in and substitute his preferred rule for that formulated by administrators can have a similarly coercive effect on administrators, even if the President rarely exercises this power. The ability of the President or his proxies not only to influence administrators, but to do so without public or congressional knowledge, is a natural consequence of the presidency's structural capacity for secrecy. This capacity has expanded substantially over time due to factors that include the vast resources of the administrative state. The President's capacity to operate in secret is aided also by the practical availability of executive privilege claims, as well as more informal means to refuse or to stall in response to information requests".<sup>2517</sup>

Volgens SCHULTZ BRESSMAN en VANDENBERGH gebeurt het wel vaker dat er zich presidentiële beïnvloeding achter-de-schermen voordoet, zonder dat daar officiële en transparante correspondentie over plaatsvindt.<sup>2518</sup> De auteurs deden onderzoek naar de beïnvloeding bij het EPA (*Environmental Protection Agency*), een IRA, waaruit bleek dat:

<sup>2514</sup> M. FLAHERTY, "The Most Dangerous Branch", *Yale Law Review* 1996, (1725) 1783-1785.

<sup>2515</sup> B. KAVANAUGH, "Separation of Powers During the Forty-Fourth Presidency and Beyond", *Minnesota Law Review* 2009, (1454) 1471; T. SARGENTICH, "The Emphasis on the Presidency in U.S. Public Law: An Essay Critiquing Presidential Administration", *Administrative Law Review* 2007, (1) 15.

<sup>2516</sup> *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602, 79 L. Ed. 1611 (1935).

<sup>2517</sup> H. KITROSSER, "The Accountable Executive", *Minnesota Law Review* 2009, (1741) 1765-1766.

<sup>2518</sup> L. SCHULTZ BRESSMAN en M. VANDENBERGH, "Inside the Administrative State: A Critical Look at the Practice of Presidential Control", *Michigan Law Review* 2006, (47) 80.

"Respondents offered similar answers to a question directed at whether White House influence was apparent in the administrative record available to reviewing courts. According to 63% of EPA respondents, only rarely or sometimes were changes arising from White House involvement apparent in the record. This number actually understates the issue because a full 30% indicated that they had no knowledge of the contents of the record. Of the respondents who had awareness of the contents of the record, 90% stated that the record either rarely or sometimes did not contain evidence of White House involvement; the remaining 10% said it never did".<sup>2519</sup>

Het formeel op afstand plaatsen van een IRA door het Congres biedt dus niet noodzakelijk waarborgen tegen informele, feitelijke beïnvloeding door de presidentiële administratie. STRAUSS vat het als volgt samen: "the President is neither dominant nor powerless in his relationships with many Government entities, whether denominated executive or independent".<sup>2520</sup> SHANE stelt dat de President zijn beïnvloedingsmogelijkheden beperkt zijn tot de vraag om de toepasselijke wetgeving na te leven.<sup>2521</sup>

**794.** Hoewel de IRA's door de *Humphrey's* rechtspraak "free from Presidential (executive) control" opereren,<sup>2522</sup> blijkt dat in de praktijk de President en zijn administratie toch niet geheel "powerless" zijn ten aanzien van de IRA's. SHANE vraagt zich echter terecht af wat nu juist de praktische gevolgen zijn van deze *agency independence*. Hij stelt immers dat – hoewel er veel theoretische discussies zijn omtrent de constitutionele problemen – niemand echt uitvoerig onderzoek heeft gedaan naar de impact in de praktijk, op bijvoorbeeld de beleidsvoering van een IRA. Het is volgens hem dan ook niet duidelijk wat de concrete draagwijdte is van "het op afstand staan van directe presidentiële controle". Ook DATLA en REVESZ stellen dat "[...] the content of the constraint on presidential control is unclear".<sup>2523</sup> SHANE stelt dat het enkel duidelijk is dat de IRA's, ook al zijn zij daartoe niet verplicht, vrij zijn om hun beleid toch op eenzelfde lijn te plaatsen met dat van de President.<sup>2524</sup>

**795.** In een gezamenlijke publicatie stellen STRAUSS en SUNSTEIN dat er een onderscheid gemaakt moet worden tussen procedureel toezicht en substantiële controle.<sup>2525</sup> De eerste vorm van toezicht is volgens hen toelaatbaar, terwijl de

---

<sup>2519</sup> L. SCHULTZ BRESSMAN en M. VANDENBERGH, "Inside the Administrative State: A Critical Look at the Practice of Presidential Control", *Michigan Law Review* 2006, (47) 81.

<sup>2520</sup> P. STRAUSS, "The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch", *Columbia Law Review* 1984, (573) 583.

<sup>2521</sup> P. SHANE, "Independent Policymaking and Presidential Power: A Constitutional Analysis", *George Washington Law Review* 1989, (596) 609: "Were it not for statutory limits on the removability of independent commissioners, challengers to agency policy independence assume that the President could lawfully supervise the way in which all administrators exercise their policymaking authority. As to "purely" executive or "non-independent" administrators, it is presumed that the President is constrained only by the requirement that he not direct any act beyond the bounds of an administrator's legal authority. In contrast, the President's direct supervisory authority over independent agency commissioners is limited identically to his authority over independent counsel - he may police such officials for legal compliance, but no more."

<sup>2522</sup> *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602, 79 L. Ed. 1611 (1935).

<sup>2523</sup> K. DATLA en R.L. REVESZ, "Deconstructing independent agencies (and executive agencies)", *Cornell Law Review* 2012-2013, (769) 780.

<sup>2524</sup> P. SHANE, "Independent Policymaking and Presidential Power: A Constitutional Analysis", *George Washington Law Review* 1989, (596) 609.

<sup>2525</sup> P. STRAUSS en C. SUNSTEIN, "The Role of the President and OMB in Informal Rulemaking", *Administrative Law Review* 1986, (181) 200 en 204.



tweede vorm van controle moeilijk verenigbaar is met de onafhankelijkheid van de IRA's.<sup>2526</sup> STRAUSS en SUNSTEIN stellen dat procedureel toezicht bijvoorbeeld betrekking heeft op de vraag aan IRA's "requiring consultation or the preparation of particular documents, such as costbenefit statements".<sup>2527</sup> Hoewel de auteurs substantiële controle niet definiëren, gaan DATLA en REVESZ ervan uit dat dit gaat om "orders, or possibly even simple recommendations, as to specific policy outcomes".<sup>2528</sup>

**796.** Ook het *U.S. Supreme Court* wijst substantiële controle door de President af. In het reeds vermelde arrest *Free Enterprise Fund v. Public Company Oversight Board* wijzen verschillende rechters op het feit dat de President zich niet zomaar mag mengen in de dagdagelijkse werking van een IRA:

“JUSTICE KENNEDY: But we are talking -- we are talking about independent or quasi-independent agencies, and I understood Solicitor General Kagan to say that it's quite all right with an independent agency for the President to phone them on an ongoing basis and say, do this, and do that. Do you agree that that's what a President ought to do with an independent agency? Call them on a routine basis, to supervise what they are doing?

JUSTICE SCALIA: I -- when I was OLC, I would -- I advised the President, you can't interfere with -- I think, if the **President called up the FCC** and said, **I want you to rule this way**, I want this kind of a rule from the FCC, I think there would be an **impeachment motion in Congress**.

CHIEF JUSTICE ROBERTS: So the President -- I guess I'm following up on Justice Kennedy's question -- the President cannot call them and say, take this particular action in this particular case.

JUSTICE SCALIA: But what does the Treasury Department tell the SEC to do? MR. LAMKEN: Well, it issues recommendations, for example, on how it wants the SEC to handle, for example, international aspects.

JUSTICE SCALIA: The SEC does not request that information; the Treasury Department just butts in? Is that it? MR. LAMKEN: It's one -- this is one Executive Branch, Your Honor -- JUSTICE SCALIA: I understand, but -- MR. LAMKEN: -- and they **work closely together** --

JUSTICE SCALIA: It's one thing for the SEC to ask the Treasury Department's view. It's another for the Treasury Department to butt in. Does it butt in? MR. LAMKEN: I -- I do believe that -- that other agencies do butt in all the time".<sup>2529</sup>

Uit deze mondelinge uiteenzetting blijkt duidelijk dat de grens tussen nauw samenwerken en het geven van ongeoorloofde instructies in de praktijk vrij vaag is. Deze grens moet volgens de rechters bewaakt worden, waarbij de President de IRA's geen directe instructies mag geven die de beleidsvorming of het *rule-making proces* ongeoorloofd beïnvloeden.

---

<sup>2526</sup> P. STRAUSS en C. SUNSTEIN, "The Role of the President and OMB in Informal Rulemaking", *Administrative Law Review* 1986, (181) 202-205.

<sup>2527</sup> P. STRAUSS en C. SUNSTEIN, "The Role of the President and OMB in Informal Rulemaking", *Administrative Law Review* 1986, (181) 184: "Procedural devices-including, for example, public explanation of the actual bases of decision-can be important in this regard. We take up this matter in more detail below. One style of control, the ideal of "reasoned decisionmaking," often has been invoked by the federal courts in recent years, and, in our view, it is an appropriate one".

<sup>2528</sup> K. DATLA en R.L. REVESZ, "Deconstructing independent agencies (and executive agencies)", *Cornell Law Review* 2012-2013, (769) 781.

<sup>2529</sup> Transcript of Oral Argument at 60, *Free Enter. Fund v. Pub. Co. Accounting Oversight Bd.*, 130 S. Ct. 3138 (2010) (No. 08-861), [http://www.supremecourt.gov/oral\\_arguments/argument\\_transcripts/08-861.pdf](http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/08-861.pdf).

797. In onderstaande paragrafen wordt weergegeven over welke toezichtsmogelijkheden de President nu concreet beschikt en welke grenzen er worden gesteld aan de uitoefening van dit toezicht.

### 3.6.3. *Executive Orders*

#### 3.6.3.1. Algemeen

798. *Executive orders* (EO's) vinden geen grondslag in de Grondwet, toch worden ze reeds jaren – zelfs van bij het begin van de republiek – gebruikt door Presidenten.<sup>2530</sup> De bepaling waarop men dienst doet om het gebruik van *executive orders* grondwettelijk te achten, ligt vervat in artikel II, Sectie 3, zinsdeel 5 dat stelt dat de President ervoor moet zorgen "that the Laws be faithfully executed". Via de EO's kan de President instructies geven aan de *executive officers of the agencies*, om hen te assisteren bij de uitoefening van hun taken, waardoor de wetten *faithfully* kunnen worden uitgevoerd. Het gaat hier om een impliciete bevoegdheid.<sup>2531</sup> EO's kunnen gedefinieerd worden als een instrument waarmee de President "usually intended to direct or instruct the actions of executive agencies or government officials, or to set policies for the executive branch to follow".<sup>2532</sup> EO's zijn bijzonder in die zin dat zij door de President kunnen worden aangenomen, **zonder een volledig wetgevend proces** in het Congres te hebben doorlopen, en zij toch kracht van wet hebben.<sup>2533</sup>

799. Verschillende Presidenten hebben ondertussen gretig gebruik gemaakt van het instrument. Zo voerde President Carter regulerende hervormingen door via de EO's. De economie diende anno 1977 immers opnieuw te worden aangezwengeld, waarbij de markt volgens Carter vooral zichzelf diende te herstellen, zonder tussenkomst van de IRA's. Indien de IRA's toch hoefden op te treden, dan diende hun werking minutieus te worden gecontroleerd. Een vorm van controle werd in 1979 door President Carter ingevoerd via *Executive Order 12.044*, getiteld "Improving Government Regulations".<sup>2534</sup> De EO introduceerde twee nieuwe procedurele vereisten. De *agencies* dienden vanaf toen elk half jaar hun agenda te publiceren en dienden hun eigen regulering te reviewen. De review werd echter beperkt tot *significant rules*, dit is regulering die grote economische gevolgen met zich meebracht, in die zin dat hun jaarlijks effect op de economie meer dan honderd miljoen dollar bedroeg of grote bijkomende

<sup>2530</sup> A. WETZEL, "Beyond the zone of twilight: How Congress and the Court can minimize the Dangers and Maximize the Benefits of Executive Orders", *Valparaiso University Law Review* 2007-2008, (385) 387 en 389.

<sup>2531</sup> A. WETZEL, "Beyond the zone of twilight: How Congress and the Court can minimize the Dangers and Maximize the Benefits of Executive Orders", *Valparaiso University Law Review* 2007-2008, (385) 389.

<sup>2532</sup> A. WETZEL, "Beyond the zone of twilight: How Congress and the Court can minimize the Dangers and Maximize the Benefits of Executive Orders", *Valparaiso University Law Review* 2007-2008, (385) 389, voetnoot 23.

<sup>2533</sup> A.C. WETZEL, "Beyond the zone of twilight: How Congress and the Court can minimize the Dangers and Maximize the Benefits of Executive Orders", *Valparaiso University Law Review* 2007-2008, (385) 389. Dit wil echter niet zeggen dat het Congres geen – zij het beperkt - *ex post* toezicht uitoefent op de Executive Orders, samen met de Courts via judicial review, A. WETZEL, "Beyond the zone of twilight: How Congress and the Court can minimize the Dangers and Maximize the Benefits of Executive Orders", *Valparaiso University Law Review* 2007-2008, (385) 419-425.

<sup>2534</sup> Exec. Order No. 12044, 3 C.F.R. 152 (1979).

kosten of prijzen met zich meebracht.<sup>2535</sup> De *agencies* werden bijgevolg verplicht om regulering, met grote economische gevolgen, te onderwerpen aan een *regulatory and economic impact assessment*.<sup>2536</sup>

**800.** In 1977 gaf President Carter het *Office of Management and Budget* (OMB) de opdracht om de papierstapel te verminderen, waardoor tussen 1977 en 1979 de papierlast met 15 procent naar beneden ging. Echter, in 1979 en 1980 stagneerde deze trend, waardoor er nood was aan een nieuwe instrument, de *Paperwork Reduction Act*,<sup>2537</sup> ondertekend door President Carter.<sup>2538</sup> De voornaamste doelstelling van de wet was de reductie van de administratieve papierberg.<sup>2539</sup> Uit onderzoek bleek immers dat het federale administratieve werk de overheid ongeveer honderd miljard dollar per jaar kostte.<sup>2540</sup> Het OMB berekende dat al het papierwerk ervoor zorgde dat er dubbel zoveel tijd nodig was om informatie te verzamelen, waardoor de Amerikanen in 1981 ongeveer 1,2 miljard uur zouden bezig zijn om de ruim 5000 verschillende federale formulieren in te vullen.<sup>2541</sup> De tweede doelstelling bestond erin om procedurele vereisten of waarborgen in te stellen waaraan de *agencies* zich moeten houden wanneer zij om informatie verzoeken van het publiek.<sup>2542</sup> De *Paperwork Reduction Act* creëerde binnenin het OMB het *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA).<sup>2543</sup> De *Paperwork Reduction Act* werd bovendien in 1995 aangepast waardoor het toepassingsgebied werd uitgebreid: de bevoegdheid van het OIRA strekt zich vanaf dan ook uit tot de informatie die gegeven wordt vanwege de *agencies* aan de overheid en aan het publiek.<sup>2544</sup> De

---

<sup>2535</sup> J. DAVIS, "Regulatory Reform and Congressional Control of Regulation", *New England Law Review* 1981-1982, (1199) 1206.

<sup>2536</sup> J. DAVIS, "Regulatory Reform and Congressional Control of Regulation", *New England Law Review* 1981-1982, (1199) 1205.

<sup>2537</sup> "Paperwork Reduction Act" (PRA), An Act to reduce paperwork and enhance the economy and efficiency of the Government and the private sector by improving Federal information policymaking, and for other purposes, Pub. L. No. 96-511, 94 Stat. 2812 (11 December 1980). Codified 44 U.S.C. Chapter 35, §3501.

<sup>2538</sup> M. BREGER en G. EDLES, *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 176.

<sup>2539</sup> 44 U.S.C. § 3501: "The purposes of this subchapter are to — (1) minimize the paperwork burden for individuals, small businesses, educational and nonprofit institutions, Federal contractors, State, local and tribal governments, and other persons resulting from the collection of information by or for the Federal Government [...]"

<sup>2540</sup> R. NEUSTADT, "Taming the Paperwork Tiger – An Experiment in Regulatory Management", *Regulation* 1981, (28) 28.

<sup>2541</sup> R. M. NEUSTADT, "Taming the Paperwork Tiger – An Experiment in Regulatory Management", *Regulation* 1981, (28) 28.

<sup>2542</sup> 44 U.S.C. § 3501: "The purposes of this subchapter are to — (4) improve the quality and use of Federal information to strengthen decisionmaking, accountability, and openness in Government and society; [...];(8) ensure that the creation, collection, maintenance, use, dissemination, and disposition of information by or for the Federal Government is consistent with applicable laws, including laws relating to— (A) privacy and confidentiality [...]; (B) security of information [...]; (C) access to information [...]"

<sup>2543</sup> 44 U.S.C. § 3503: "(a) There is established in the Office of Management and Budget an office to be known as the Office of Information and Regulatory Affairs [...]"

<sup>2544</sup> Paperwork Reduction Act of 1995, Pub. L. No. 104-13, 109 Stat 163; geïmplementeerd door de regels vervat in 5 CFR Part 1320 ([https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/OMB/inforeg/5\\_cfr\\_1320.pdf](https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/OMB/inforeg/5_cfr_1320.pdf)): "This rule implements the Paperwork Reduction Act of 1995. The Act changes existing law in several significant ways. It makes more explicit the responsibilities of agencies in developing proposed collections of information and submitting them for OMB review and approval. Among other things it requires agencies to seek public comment concerning proposed collections of information through 60 day notice to the public before submission for clearance by the Office of Management and Budget (OMB) and thereafter to certify to OMB that the proposed collection reduces to the extent practicable and appropriate the burden on respondents for small business, local government, and other small entities, and indicates for each recordkeeping requirement the length of time persons are required to maintain the records specified. The Act also redefines "collection of information" explicitly to include third-party and public disclosures, and changes a number of definitions and other provisions. This final rule amends OMB's existing paperwork clearance rules to reflect these and other legislative changes made by the Paperwork Reduction Act of 1995".

*Paperwork Reduction Act* onderwerpt dus het gehele informatieverzamelingsproces van alle *agencies* aan streng toezicht en diepgaande controle, waarbij elke informatieaanvraag door een *agency* onderworpen wordt aan voorafgaande toestemming door het OMB.<sup>2545</sup> Het OIRA oefent controle uit op de *agencies* en heeft diverse bevoegdheden, waaronder o.a.:

- "The review and approval of information collection requests proposed by agencies (*clearance process*)<sup>2546</sup>
- The determination of whether a collection of information by an agency was necessary for the proper performance of the functions of the agency, including whether the information will have practical utility for the agency;<sup>2547</sup>
- Setting burden reduction goals<sup>2548</sup>

Specifiek wat de IRA's betreft, moet worden vermeld dat de *Paperwork Reduction Act* op hen van toepassing is.<sup>2549</sup> Wanneer een IRA echter een aanvraag indient bij het OIRA tot *information request collection approval* en het OIRA of OMB deze aanvraag weigert goed te keuren dan kan het IRA, bij meerderheid van de stemmen, deze weigering van het OMB verwerpen (***Independent regulatory agency override authority***).<sup>2550</sup> IRA's beschikken dus over een krachtig wapen, hoewel deze "override" bepaling slechts zelden door hen wordt ingeroepen.<sup>2551</sup>

**801.** President Reagan bouwde via *Executive Order 12.291* het raamwerk van *Executive Order 12.044*, verder uit.<sup>2552</sup> De *agencies* dienden bij de uitvaardiging van hun regulering vanaf nu enkel nog regulering uit te vaardigen

<sup>2545</sup> J. DAVIS, "Regulatory Reform and Congressional Control of Regulation", *New England Law Review* 1981-1982, (1199) 1209.

<sup>2546</sup> 44 U.S.C. § 3504(c)(1).

<sup>2547</sup> 5 CFR 1320.8 (d)(1) (Code of Federal Regulations): "Agency collection of information responsibilities - Before an agency submits a collection of information to OMB for approval, and except as provided in paragraphs (d)(3) and (d)(4) of this section, the agency shall provide 60-day notice in the *Federal Register*, and otherwise consult with members of the public and affected agencies concerning each proposed collection of information, to solicit comment to: (i) Evaluate whether the proposed collection of information is necessary for the proper performance of the functions of the agency, including whether the information will have practical utility; (ii) Evaluate the accuracy of the agency's estimate of the burden of the proposed collection of information, including the validity of the methodology and assumptions used; (iii) Enhance the quality, utility, and clarity of the information to be collected; and (iv) Minimize the burden of the collection of information on those who are to respond, including through the use of appropriate automated, electronic, mechanical, or other technological collection techniques or other forms of information technology, e.g., permitting electronic submission of responses".

<sup>2548</sup> 44 U.S.C. § 3504(c)(3) en 5 CFR 1320.3 (b)(1): "*Burden* means the total time, effort, or financial resources expended by persons to generate, maintain, retain, or disclose or provide information to or for a Federal agency [...]. Hetgeen hiermee bedoeld wordt is het feit dat *agencies* pogingen moeten ondernemen om hun informatieverzoeken zo efficiënt mogelijk te laten verlopen (bv. door aanvragen te bundelen), waardoor de administratieve last voor de burgers beperkt wordt. Zie hierover bv. Office Of Management And Budget Office Of Information And Regulatory Affairs, "Managing Information Collection and Dissemination", 2012, [https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/omb/inforeg/paperwork\\_policy\\_report\\_final.pdf](https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/omb/inforeg/paperwork_policy_report_final.pdf), 2.

<sup>2549</sup> 44 U.S.C. § 3502(1): the term "agency" means any executive department, military department, Government corporation, Government controlled corporation, or other establishment in the executive branch of the Government (including the Executive Office of the President), or any independent regulatory agency [...].

<sup>2550</sup> 5 CFR 1320.15; S. KATZEN, "OIRA at Thirty: Reflections and Recommendations", *Administrative Law Review* 2011, (103) 109-110; M. BREGER en G. EDLES, *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 182.

<sup>2551</sup> M. BREGER en G. EDLES, *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 182.

<sup>2552</sup> Exec. Order No. 12,291, 46 FED. REG 13, 193 (1981).

waarbij de opbrengsten de kosten ruim overtroffen en waarbij enkel de meeste kosten-efficiënte regulering kon worden aangenomen.<sup>2553</sup> De *agencies* moesten hierbij **elk** voorstel tot *rule-making*, samen met de *cost-benefit analysis*, voorleggen aan het OIRA.<sup>2554</sup> Bovendien werden via *Executive Order 12.291* de toezichtsbevoegdheden van het OMB nogmaals uitgebreid, waardoor het de bevoegdheid kreeg om beslissingen van *agencies* in verband met de kwalificatie van "regulering met grote economische gevolgen" te overrulen.<sup>2555</sup> De procedure die daarbij gevolgd wordt was de volgende:

"To ensure adherence to its requirements, the Order accords to OMB supervisory power over the rulemaking process. Before promulgating "major rules," all agencies are required to prepare "draft and final '**regulatory impact analyses**' (**RIA**) discussing the costs and benefits of regulatory initiatives. The RIA must be submitted for review and approval by OMB, with OMB enjoying apparently greater political authority at the draft stage. If a final RIA is not approved, the agency is explicitly authorized to go forward, merely explaining its differences with OMB; no such explicit statement is made that agencies may proceed without OMB approval at the draft RIA stage, which generally occurs well in advance of any public notice of the rulemaking. It is important, however, to understand that **OMB acts** in some respects as the **President's personal staff**, and that the process operates in a flexible and ad hoc manner".<sup>2556</sup>

De EO was echter bijzonder vaag opgesteld waardoor het voor de *executive agencies* niet duidelijk was wanneer zij precies een RIA moesten opstellen en met welke specifieke parameters zij nu precies rekening moesten houden.<sup>2557</sup>

**802.** Belangrijk om hierbij te vermelden is dat het OMB hierbij evenwel *niet* de daadwerkelijke bevoegdheid heeft om van een *agency* een effectief handelen of nalaten tot handelen te vereisen. Dit wordt ook verduidelijkt in het memorandum van het Departement van Justitie bij de EO.<sup>2558</sup> De uiteindelijke beslissing blijft dus bij het hoofd van het *agency*. STRAUSS en SUNSTEIN geven echter terecht aan dat er van het *regulatory review process* bij het OMB een hoog moreel gezag uitgaat, waardoor in de praktijk *agencies* niet vaak *regulations* zullen aannemen die tegen de wensen van het OMB ingaan.<sup>2559</sup>

**803.** In 1985 vaardigde President Reagan *Executive Order 12.498* uit, waardoor *agencies* vanaf dan verplicht werden om ook hun jaarlijkse agenda aan het OIRA voor te leggen:

---

<sup>2553</sup> C. GRAY, "Presidential Involvement in Informal Rulemaking", *Tulane Law Review* 1981-1982, (863) 864; P. STRAUSS en C. SUNSTEIN, "The Role of the President and OMB in Informal Rulemaking", *Administrative Law Review* 1986, (181) 185.

<sup>2554</sup> M. BREGER en G. EDLES, *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 176.

<sup>2555</sup> J. DAVIS, "Regulatory Reform and Congressional Control of Regulation", *New England Law Review* 1981-1982, (1199) 1206.

<sup>2556</sup> P. STRAUSS en C. SUNSTEIN, "The Role of the President and OMB in Informal Rulemaking", *Administrative Law Review* 1986, (181) 185.

<sup>2557</sup> J. CARLSON, J. BRADEN en D. MARTIN, "Implications Of Executive Order 12,291 For Discretion In Environmental Regulation", *Boston College Environmental Affairs Law Review* 1985, (313) 315.

<sup>2558</sup> U.S. Department of Justice, "Memorandum Proposed Executive Order on Federal Regulation (Feb. 13, 1981)", reprinted in *Role of the Office of Management and Budget in Regulations: Hearings before the Subcommittee on Oversight and Investigation of the House Committee on Energy and Commerce, 97th Cong., 1st Sess. (1981)*, <https://www.justice.gov/sites/default/files/olc/opinions/1981/02/31/op-olc-v005-p0059.pdf>.

<sup>2559</sup> P. STRAUSS en C. SUNSTEIN, "The Role of the President and OMB in Informal Rulemaking", *Administrative Law Review* 1986, (181) 186.

"The Order requires the head of every executive agency to submit to OMB a "draft regulatory program" that includes a description of "all significant regulatory actions of the agency, planned or underway," to be undertaken within the next year. The Director of OMB is authorized to review the draft program for consistency with administration policy. After the reviewing process is complete, the agency must file a final regulatory plan".<sup>2560</sup>

Beide EO's hebben betrekking op de *rule-making* bevoegdheden van de *agencies*, gebaseerd op de informele procedures uit de APA, waarbij gebruik wordt gemaakt van de *notice-and-comment* procedure (ofwel de informele wijze tot uitvaardigen van regels, na een consultatie).<sup>2561</sup>

**804.** President Bush bleef de EO's van President Reagan volgen.<sup>2562</sup> In 1993 nam President Clinton *Executive Order 12.866* aan.<sup>2563</sup> Deze EO fungeert ook vandaag nog als het belangrijkste instrument inzake de *regulatory review* en de bevoegdheden van het OIRA. De EO bouwt verder op de *Executive Order 12.291* (opgeheven in september 1993), maar beperkt het toepassingsgebied van de review tot enkel de "significant regulations" in plaats van "all regulations" en maakt het proces dat daarin gevolgd wordt transparanter.<sup>2564</sup> De procedure maakt gebruik van meer gedetailleerde criteria bij de kosten-baten analyse, waarnaast ook kwalitatieve criteria als de billijkheid een belangrijke rol verkrijgen.<sup>2565</sup> President Bush vaardigde *Executive Order 13.422* uit ter amendering van E.O. 12.866.<sup>2566</sup> Deze EO ging nog een stap verder in die zin dat binnen een *executive agency* verplicht een afgevaardigde van de President diende te worden opgenomen:

Sec. 5 (b): "Within 60 days of the date of this Executive order, each agency head shall designate one of the agency's Presidential Appointees to be its Regulatory Policy Officer, advise OMB of such designation, and annually update OMB on the status of this designation."

De rol van deze *Regulatory Policy Officer* bestond er onder andere in dat elke regel (*regulation*) die het *agency* wenste aan te nemen ondertekend en goedgekeurd moest worden door deze afgevaardigde. Een politieke afgevaardigde nam op die manier de hoogste plaats in binnen het *agency* voor wat het regelgevend proces betreft.<sup>2567</sup> President Obama schafte de *Regulatory Policy Officer* evenwel terug af via *Executive Order 13.497*, die President Bush zijn *Executive Order 13.422* introk.<sup>2568</sup> President Obama paste echter zelf ook Clinton's *Executive Order 12.866* aan, met de *Executive Orders 13.563* en

<sup>2560</sup> Exec. Order. No. 12,498, Regulatory Planning Proces, 3 C.F.R. § 323 (1986).

<sup>2561</sup> P. STRAUSS en C. SUNSTEIN, "The Role of the President and OMB in Informal Rulemaking", *Administrative Law Review* 1986, (181) 186.

<sup>2562</sup> M. BREGER en G. EDLES, *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 177.

<sup>2563</sup> Exec. Order. No. 12,866, 3 C.F.R. § 638 (1993).

<sup>2564</sup> S. KATZEN, "OIRA at Thirty: Reflections and Recommendations", *Administrative Law Review* 2011, (103) 105.

<sup>2565</sup> M. BREGER en G. EDLES, *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 178.

<sup>2566</sup> Exec. Order. No. 13,422, 72 Fed. Reg. 2763 (2007).

<sup>2567</sup> M. BREGER en G. EDLES, *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 179.

<sup>2568</sup> Exec. Order. No. 13,497, 3 C.F.R. 218 (2010).

13.579.<sup>2569</sup> De Obama-administratie voegt hierbij voornamelijk kwalitatieve parameters of criteria toe bij de kosten-batenanalyse, zoals "equity, human dignity, fairness and distributive impacts".<sup>2570</sup>

Een van de belangrijkste redenen tot het uitvaardigen van deze EO's is de kritiek over het gebrek aan accountability bij de *agencies*.<sup>2571</sup> Via de EO's tracht de President namelijk grip te krijgen op deze onafhankelijk opererende *agencies* door hen aan hem verantwoording te laten afleggen.

### 3.6.3.2. Executive orders niet van toepassing op IRA's?

**805.** Hoewel de EO's in algemene bewoordingen gericht zijn tot alle *agencies*, vallen de IRA's traditioneel echter **buiten de werkingssfeer** van de EO's. De reden hiervoor is dubbel. Enerzijds beroepen de IRA's zich op de Humphrey's rechtspraak door aan te geven dat het *U.S. Supreme Court* de IRA's beschouwt als entiteiten die "free from Presidential (executive) control" opereren.<sup>2572</sup> *Regulatory oversight of regulatory review* via het OMB en het OIRA zou dan ook ongrondwettig zijn en de onafhankelijkheid van de IRA's te veel beknotten.

Uit een memorandum uit 1978 van James McIntyre, toenmalig hoofd van het OMB, bleek dat McIntyre de vraag stelde aan President Carter of de IRA's wel onder de werkingssfeer van de E.O's dienden te vallen:

"The relationship of the President to the independent regulatory commissions has long been the subject of dispute. While the Senate and the House view them as "arms of the Congress", the public associates the regulatory actions of the independent agencies with the President and the Executive Branch. There is, however, no clear legal definition of the extent to which a President may direct the activities of an independent commission through Executive Orders. The Department of Justice is of the opinion that the President has the constitutional and statutory authority to require independent agencies to comply with the procedural reforms in this Executive Order. That view is strongly contested by all but one of the independent agencies that commented (the Nuclear Commission made no objection), and by many Senators and Congressmen. The Chairmen of the Senate Judiciary and Governmental Affairs Committee and the Chairmen of the House and Senate Commerce Committees are particularly opposed to applying the Executive Order to independent agencies. While supportive of the procedural requirements spelled out in the Order, they view its application independents as a direct challenge to their independence and to Congressional control".<sup>2573</sup>

---

<sup>2569</sup> Exec. Order. No. 13,563, 76 Fed. Reg. 3821 (2011); Exec. Order. No. 13,579, 76 Fed. Reg. 41587 (2011)

<sup>2570</sup> M. BREGER en G. EDLES, *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 180.

<sup>2571</sup> P. STRAUSS en C. SUNSTEIN, "The Role of the President and OMB in Informal Rulemaking", *Administrative Law Review* 1986, (181) 187; Dit blijkt bijvoorbeeld ook uit het memorandum uit 1978 van James McIntyre, toenmalig hoofd van het OMB: "The Executive Order is intended to informal rulemaking proceedings where significant general policy regulations are developed and where there is not now sufficient public involvement and agency accountability", zie Memorandum for the President from James McIntyre, 1978, [http://www.thecre.com/pdf/Carter\\_OBMMemoMarch1978.PDF](http://www.thecre.com/pdf/Carter_OBMMemoMarch1978.PDF).

<sup>2572</sup> *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602, 79 L. Ed. 1611 (1935).

<sup>2573</sup> Memorandum for the President from James McIntyre, 1978, [http://www.thecre.com/pdf/Carter\\_OBMMemoMarch1978.PDF](http://www.thecre.com/pdf/Carter_OBMMemoMarch1978.PDF).

Het OMB, bij monde van James McIntyre, raadde de President dan ook aan om de IRA's buiten de werkingsfeer van de EO's (specifiek hier *Executive Order 12.044*)<sup>2574</sup> te plaatsen aangezien "we believe that applying the Executive Order to the independent regulatory agencies would provoke a confrontation with the Congress".<sup>2575</sup>

**806.** Dit brengt ons bij de tweede reden: een politiek motief. De leden van het Congres betogen immers dat de IRA's een arm van het Congres zijn, waardoor de President niet gewettigd is om de EO's op de IRA's van toepassing te maken.<sup>2576</sup> Hoewel *regulatory review* niet uitdrukkelijk uitgesloten wordt in de statuten van de IRA's, en zij in theorie onder het *regulatory* toezicht van het OMB en het OIRA zouden kunnen vallen, hebben de Presidenten Carter, Reagan en Clinton steeds geweigerd de IRA's te onderwerpen aan de *regulatory review executive orders*.<sup>2577</sup>

Ook President Clinton bracht de IRA's, voor wat de *regulatory review* betreft, dus niet onder de werkingsfeer van de EO's. Hoewel *Executive Order 12.866* is opgedeeld in twee onderdelen (planning en review) en het onderdeel planning daarbij wel op IRA's van toepassing is, (waarbij zowel de *executive agencies* als de IRA's een *Unified Regulatory Agenda* moeten opmaken alsook een *Regulatory Plan* aan het OIRA moeten voorleggen),<sup>2578</sup> is het onderdeel *review* niet op IRA's van toepassing.<sup>2579</sup> Bovendien moeten de IRA's geen kosten-batenanalyse voorbereiden en indienen bij het *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA), onder Sectie 1, b, 6.<sup>2580</sup> Ook de Presidenten Bush en President Obama brachten de IRA's niet onder de *regulatory review* van de EO's. De

<sup>2574</sup> Hoewel in het voorstel van Executive Order 12.044 de IRA's wel binnen de werkingsfeer waren opgenomen, maar de IRA's zelf teveel constitutionele bezwaren opwierpen.

<sup>2575</sup> Memorandum for the President from James McIntyre, 1978, [http://www.thecre.com/pdf/Carter\\_OBMMemoMarch1978.PDF](http://www.thecre.com/pdf/Carter_OBMMemoMarch1978.PDF).

<sup>2576</sup> K. DATLA en R. REVESZ, "Deconstructing independent agencies (and executive agencies)", *Cornell Law Review* 2012-2013, (769) 837.

<sup>2577</sup> K. DATLA en R. REVESZ, "Deconstructing independent agencies (and executive agencies)", *Cornell Law Review* 2012-2013, (769) 837.

<sup>2578</sup> Executive Order No. 12,866, Section 4, b en c: "(b) Unified Regulatory Agenda. For purposes of this subsection, the term "agency" or "agencies" shall also include those considered to be independent regulatory agencies, as defined in 44 U.S.C. 3502(10). Each agency shall prepare an agenda of all regulations under development or review, at a time and in a manner specified by the Administrator of OIRA. The description of each regulatory action shall contain, at a minimum, a regulation identifier number, a brief summary of the action, the legal authority for the action, any legal deadline for the action, and the name and telephone number of a knowledgeable agency official. Agencies may incorporate the information required under 5 U.S.C. 602 and 41 U.S.C. 402 into these agendas. (c) The Regulatory Plan. For purposes of this subsection, the term "agency" or "agencies" shall also include those considered to be independent regulatory agencies, as defined in 44 U.S.C. 3502(10). (1) As part of the Unified Regulatory Agenda, beginning in 1994, each agency shall prepare a Regulatory Plan (Plan) of the most important significant regulatory actions that the agency reasonably expects to issue in proposed or final form in that fiscal year or thereafter. The Plan shall be approved personally by the agency head and shall contain at a minimum: (A) A statement of the agency's regulatory objectives and priorities and how they relate to the President's priorities; (B) A summary of each planned significant regulatory action including, to the extent possible, alternatives to be considered and preliminary estimates of the anticipated costs and benefits; (C) A summary of the legal basis for each such action, including whether any aspect of the action is required by statute or court order; (D) A statement of the need for each such action and, if applicable, how the action will reduce risks to public health, safety, or the environment, as well as how the magnitude of the risk addressed by the action relates to other risks within the jurisdiction of the agency; (E) The agency's schedule for action, including a statement of any applicable statutory or judicial deadlines; and [...]."

<sup>2579</sup> Executive Order No. 12,866, Section 3, b: "Agency, [...] other than those considered to be independent regulatory agencies, as defined in 44 U.S.C. 3502(10)."

<sup>2580</sup> Executive Order No. 12,866, Section 1, b, 6: "Each agency shall assess both the costs and the benefits of the intended regulation and, recognizing that some costs and benefits are difficult to quantify, propose or adopt a regulation only upon a reasoned determination that the benefits of the intended regulation justify its costs."



achterliggende reden is voornamelijk politiek, waarbij men de relatie met het Congres niet wil aantasten aangezien het Congres de *agencies* ziet als "its agencies, not the Presidents".<sup>2581</sup>

**807.** Hoewel de Presidenten de EO's niet van toepassing maakten op de IRA's, formuleerden zij wel verschillende verzoeken (vaak via memoranda) met de vraag aan de IRA's om toch, zij het dan op vrijwillige basis, de bepalingen uit de EO's na te leven. Zo verzocht Vice President H. Bush, via een brief, de IRA's tot vrijwillige naleving van *Executive Order 12.291* ("asking them to comply voluntarily with Section 2 and 3 of the Executive Order and to comply with its overall spirit").<sup>2582</sup> Uit een OMB rapport aan het Congres bleek evenwel dat slechts 7, waaronder evenwel ook de FERC, van de 16 IRA's "agreed to abide by the spirit and principles of the Executive Order".<sup>2583</sup>

Onder de Clinton-administratie liet S. KATZEN (als OIRA *administrator*) weten dat hoewel het OMB en het OIRA de mening waren toegedaan dat de President de bevoegdheid had om de IRA's aan de EO's te onderwerpen, zij dit omwille van politieke redenen niet deden.<sup>2584</sup> In een memorandum uit 1993 verzoekt President Clinton vrijwillige medewerking: "independent agencies are **requested to adhere** to this directive".<sup>2585</sup>

In zijn memorandum vroeg (**requested**) President Bush aan de IRA's to "**comply** with this Memorandum".<sup>2586</sup> Het ging daarbij bijvoorbeeld om de vraag tot het aanstellen van een *Chief Operating Officer*.<sup>2587</sup> Ook de administratie van President W. Bush, via het OIRA, verzocht verschillende IRA's om vrijwillig een aantal regels na te leven.<sup>2588</sup> Uit rapporten van het OMB bleek echter dat de

---

<sup>2581</sup> S. KATZEN, "OIRA at Thirty: Reflections and Recommendations", *Administrative Law Review* 2011, (103) 109. KATZEN is voorstander om ook IRA's onder de regulatory review te plaatsen, bijvoorbeeld via een systeem vergelijkbaar aan het systeem vermeld in de Paperwork Reduction Act: "A variation on that approach could be used for regulatory review, whereby OIRA would provide its views in writing to the IRC (*independent regulatory commission*), and this document would then be subject to a vote by the full Commission or Board (again, presumably in a public meeting) before final approval of the regulatory action. This is only one of several plausible ways to reconcile the competing interests involved".

<sup>2582</sup> Executive Office of the President, Materials on President Reagan's Program of Regulatory Relief, 12 juni 1981, <http://www.thecre.com/pdf/ReaganRegReliefMaterials.PDF>, 12.

<sup>2583</sup> Executive Office of the President, Materials on President Reagan's Program of Regulatory Relief, 12 juni 1981, <http://www.thecre.com/pdf/ReaganRegReliefMaterials.PDF>, 12.

<sup>2584</sup> S. KATZEN, "OIRA at Thirty: Reflections and Recommendations", *Administrative Law Review* 2011, (103) 109.

<sup>2585</sup> Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies on Implementing Management Reform in the Executive Branch, 1 oktober 1993, <http://govinfo.library.unt.edu/npr/library/direct/memos/2552.html>.

<sup>2586</sup> Memorandum on Implementing Government Reform, 11 juli 2001, <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=73365>.

<sup>2587</sup> Memorandum: "Each agency head shall designate a Chief Operating Officer, who shall be the senior official with agency-wide authority on behalf of the Secretary or agency head. The Chief Operating Officer, the equivalent of the Deputy Secretary, shall report directly to the agency head and shall be responsible for: (a) implementing the President's and agency head's goals and the agency's mission; (b) providing overall organization management to improve agency performance; (c) assisting the agency head in promoting Government reform, developing strategic plans, and measuring results; and (d) overseeing agency-specific efforts to integrate performance and budgeting, expand competitive sourcing, strengthen their workforce, improve financial management, advance e-government, apply information policy and technology policies, and other Government-wide management reforms".

<sup>2588</sup> Memorandum from John D. Graham to Heads of Selected Independent Agencies, Independent Agency Response to Public Regulatory Reform Nominations, Januari 2003, [http://www.reginfo.gov/public/prompt/graham\\_response\\_regreform.pdf](http://www.reginfo.gov/public/prompt/graham_response_regreform.pdf).

IRA's nauwelijks overgaan tot een uitgebreide kosten-batenanalyse.<sup>2589</sup> Zo heeft de FERC enkel in 2008 en in 2014 één "major rule" voorgelegd aan het OIRA.<sup>2590</sup>

**808.** COGLIANESE merkt dan weer op dat President Obama een iets andere koers vaart dan de vorige Presidenten.<sup>2591</sup> Zo spreekt Obama in zijn memorandum niet over "requested to adhere or comply", maar over "**should**", een iets dwingendere formulering: "The independent agencies should comply with the Open Government Directive".<sup>2592</sup> Belangrijk daarbij is dat de President in het memorandum ook de *executive agencies* toespreekt met de term "should", en daarmee minstens impliciet de *executive* en de *independent agencies* gelijk behandelt. Cass Sunstein, toenmalig hoofd van het OIRA onder President Obama stelde echter dat de *Executive Order 13.563* niet van toepassing is op de IRA's:

"Executive Order 13563 does not apply to independent agencies, but such agencies are encouraged to give consideration to all of its provisions, consistent with their legal authority. In particular, such agencies **are encouraged** to consider undertaking, on a voluntary basis, retrospective analysis of existing rules".<sup>2593</sup>

**809.** Uit een rapport van het OMB aan het Congres blijkt echter dat de responsiegraad bijzonder laag ligt, waarbij bijvoorbeeld in 2010 en 2011 slechts 17 *major rules* werden voorgelegd aan het OIRA door alle IRA's samen, en in 2012, 2013 en 2014 respectievelijk 23, 18 en 19.<sup>2594</sup>

**810.** Hoewel Republikeinse Presidenten in de regel een grotere voorstander blijken van *regulatory review* via het OIRA, leert de praktijk volgens KATZEN

---

<sup>2589</sup> Validating Regulatory Analysis: 2005 Report to Congress on the Costs and Benefits of Federal Regulations and Unfunded Mandates on State, Local, and Tribal Entities (December 2005), [https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/omb/infocreg/2005\\_cb/final\\_2005\\_cb\\_report.pdf](https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/omb/infocreg/2005_cb/final_2005_cb_report.pdf), 18: "In comparison to the agencies subject to E.O. 12866, these agencies provided in their analyses relatively little quantitative information on the benefits of major rules: of the 19 economically significant rules reviewed by OMB that did not implement homeland security related regulations, about 60 percent (11) reported monetized benefits, whereas only 25 percent (1 of 4) of the rules finalized by independent agencies reported monetized benefits. [...] OMB does not know whether the rigor and extent of the analyses conducted by these agencies are similar to those of the analyses performed by agencies subject to the Executive Order, since OMB does not review rules from these agencies". In gelijkaardige bewoordingen: Validating Regulatory Analysis: 2006 Report to Congress on the Costs and Benefits of Federal Regulations and Unfunded Mandates on State, Local, and Tribal Entities [https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/omb/infocreg/2006\\_cb/2006\\_cb\\_final\\_report.pdf](https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/omb/infocreg/2006_cb/2006_cb_final_report.pdf), 12.

<sup>2590</sup> Validating Regulatory Analysis: 2015 Report to Congress on the Benefits and Costs of Federal Regulations and Agency Compliance with the Unfunded Mandates Reform Act, Information On The Regulatory Analyses For Major Rules By Independent Agencies, [https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/infocreg/2015\\_cb/2015-cost-benefit-report.pdf](https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/infocreg/2015_cb/2015-cost-benefit-report.pdf), 97.

<sup>2591</sup> C. COGLIANESE, "Presidential Control Of Administrative Agencies: A Debate Over Law Or Politics?", *Journal Of Constitutional Law* 2010, (637) 638: "[...] no one should find it surprising that President Obama has exhibited strong presidentialist tendencies even in his earliest days in office".

<sup>2592</sup> C. COGLIANESE, "Presidential Control Of Administrative Agencies: A Debate Over Law Or Politics?", *Journal Of Constitutional Law* 2010, (637) 639: "On his very first day in office, President Obama issued a presidential memorandum on transparency and open government that proved distinctive in the way that it asserted authority over independent agencies.<sup>7</sup> President Obama wrote that "[t]he independent agencies should comply with the Open Government Directive,"<sup>8</sup> using the same verb—"should"—that the memo used for executive branch agencies"; Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies on Transparency and Open Government, 21 januari 2009, [https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/memoranda\\_fy2009/m09-12.pdf](https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/memoranda_fy2009/m09-12.pdf).

<sup>2593</sup> C. SUNSTEIN, Memorandum For The Heads Of Executive Departments And Agencies, AND OF INDEPENDENT REGULATORY AGENCIES On Executive Order 13563, "Improving Regulation and Regulatory Review", <https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/memoranda/2011/m11-10.pdf>.

<sup>2594</sup> Validating Regulatory Analysis: 2015 Report to Congress on the Benefits and Costs of Federal Regulations and Agency Compliance with the Unfunded Mandates Reform Act, Information On The Regulatory Analyses For Major Rules By Independent Agencies, [https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/infocreg/2015\\_cb/2015-cost-benefit-report.pdf](https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/infocreg/2015_cb/2015-cost-benefit-report.pdf), 97.

evenwel dat ook de Democratische Presidenten – hoewel hun achterban zeer kritisch is t.a.v. het OIRA – er toch beroep op blijven doen en zelf de IRA's aan het toepassingsgebied trachten te onderwerpen.<sup>2595</sup> Onder President Obama, met Cass Sunstein aan het hoofd van het OIRA, werden bijvoorbeeld 84% van alle EPA (*Environmental Protection Agency*) regels aangepast of afgezwakt, hetgeen inhoudt dat de President het dus niet eens is met regels geformuleerd door zijn eigen administratie.<sup>2596</sup> Hoewel uit de cijfers blijkt dat IRA's zelden een kosten-batenanalyse doorvoeren en regels aan het OIRA voorleggen, blijven Presidenten toch de grenzen van hun politieke controle aftasten. Dit blijkt ook duidelijk uit onderstaand voorbeeld, waarbij President Obama de IRA's aan nieuwe *review* regels onderwerpt.

### 3.6.3.3. Retrospective review door FERC

**811.** Het feit dat President Obama zijn greep tracht te versterken op de IRA's blijkt ook uit volgende *Executive Order*. Op 11 juli 2011 vaardigde President Obama *Executive Order 13.579* uit, die aan de IRA's verzoekt om de kernbeginselen van *Executive Order 13.563* na te leven ("independent regulatory agencies should promote that goal").<sup>2597</sup> Het gaat over principes "designed to promote public participation, improve integration and innovation, promote flexibility and freedom of choice, and ensure scientific integrity during the rulemaking process in order to create a regulatory system that protects public health, welfare, safety, and the environment while promoting economic growth, innovation, competitiveness, and job creation". De EO heeft bovendien betrekking op een *retrospective review*, met andere woorden een herziening van alle reeds afgekondigde regels.<sup>2598</sup> De FERC heeft daarop, op 16 november 2011, een regel uitgevaardigd met betrekking tot een "Plan For Retrospective Analysis Of Existing Rules".<sup>2599</sup> De FERC stelt daarbij dat het de bedoeling is om significante regels, die verouderd, inefficiënt, ontoereikend of een overdreven last inhouden, aangepast, gestroomlijnd, uitgebreid of ingetrokken moeten

<sup>2595</sup> S. KATZEN, "OIRA at Thirty: Reflections and Recommendations", *Administrative Law Review* 2011, (103) 105-106.

<sup>2596</sup> Voornamelijk milieuorganisaties, sociale organisaties etc. zijn geen voorstander van dergelijke doorgedreven regulatory review. Deze kritiek is niet geheel onterecht aangezien uit onderzoek blijkt dat maar liefst 84 procent van de EPA regulations (het Environmental Protection Agency, een executive agency dat over een vrij grote onafhankelijkheid beschikt) door het OIRA tegengehouden wordt (zie Center for Progressive Reform, "Behind Closed Doors at the White House: How Politics Trumps Protection of Public Health, Worker Safety, and the Environment", 2011, [http://progressivereform.net/articles/OIRA\\_Meetings\\_1111.pdf](http://progressivereform.net/articles/OIRA_Meetings_1111.pdf) 4).

<sup>2597</sup> Executive Order No. 13.579, <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/07/11/executive-order-13579-regulation-and-independent-regulatory-agencies>.

<sup>2598</sup> Exec. Order No. 13579, Sec. 2. Retrospective Analyses of Existing Rules (a): "To facilitate the periodic review of existing significant regulations, independent regulatory agencies should consider how best to promote retrospective analysis of rules that may be outmoded, ineffective, insufficient, or excessively burdensome, and to modify, streamline, expand, or repeal them in accordance with what has been learned. Such retrospective analyses, including supporting data and evaluations, should be released online whenever possible. (b) Within 120 days of the date of this order, each independent regulatory agency should develop and release to the public a plan, consistent with law and reflecting its resources and regulatory priorities and processes, under which the agency will periodically review its existing significant regulations to determine whether any such regulations should be modified, streamlined, expanded, or repealed so as to make the agency's regulatory program more effective or less burdensome in achieving the regulatory objectives".

<sup>2599</sup> FERC, Retrospective Review Under Executive Order 13579, 2011, <https://www.federalregister.gov/articles/2011/11/16/2011-29663/retrospective-review-under-executive-order-13579>.

worden.<sup>2600</sup> De FERC vermeldt daarbij echter dat het reeds op vrijwillig basis en volledig informeel in het verleden zelf haar eigen regels evalueerde. Het *Plan For Retrospective Analysis* bevat volgens de FERC ook een aantal nieuwe waarborgen, aangepast aan de EO. De FERC, in samenspraak met het OMB, stelde echter vast dat wanneer wordt vastgehouden aan de definitie van "major rules" uit *Executive Order 12.866*:

"[...] the Commission, in consultation with OMB, has determined that a very limited number of the Commission's rules are "major rules" because they do not have a "significant economic impact upon a substantial number of small entities." FERC's rules, likewise, are typically not considered a "significant regulatory action."

De FERC verkiest daarom om de term "major rules" uitgebreider (!) te interpreteren en stelt dat:

"Because the Commission has relatively few "major rules" or "significant regulatory actions", this plan establishes a process for reviewing both those Commission actions and other Commission rules that nonetheless would be considered of particular importance to the industry regulated by the Commission and the public".

De review van de volgens de FERC en het OMB belangrijke regels zal om de tien jaar plaatsvinden:

"On a biennial basis, staff will prepare a memo detailing which of the listed regulations are ripe for evaluation based on a 10-year review cycle. This plan establishes a 10-year review cycle because that period is consistent with OMB regulations requiring a 10-year review of all major regulations. In addition, there may be sufficient changes in the industries that the Commission regulates over a 10-year period to warrant an evaluation of whether the regulations are outdated".

Gelet op het belang dat President Obama hecht aan transparantie zal de FERC bovendien het publiek consulteren voor wat de retrospective review betreft:

"Commission staff will make its memo available for public comment, providing an opportunity for public input as to which of the regulations that are ripe for evaluation warrant a formal public review".

De FERC gaf in het plan reeds aan dat het onder andere de regels met betrekking tot "Promoting Wholesale Competition Through Open Access Non-Discriminatory Transmission Services by Public Utilities", "Mandatory Reliability Standards for the Bulk Power System" en het "Smart Grid Policy Statement" als major rules beschouwt, waardoor zij om de tien jaar gereviseerd zullen worden.<sup>2601</sup>

### 3.6.4. *Independent Agency Regulatory Analysis Act of 2015*

**812.** Een voorstel dat eveneens verband houdt met het vergroten van de accountability van de IRA's is het wetsvoorstel tot de invoering van een

---

<sup>2600</sup> <sup>2600</sup> FERC, Retrospective Review Under Executive Order 13579, 2011, <https://www.federalregister.gov/articles/2011/11/16/2011-29663/retrospective-review-under-executive-order-13579>.  
<sup>2601</sup> <sup>2601</sup> FERC, Retrospective Review Under Executive Order 13579, 2011, <https://www.federalregister.gov/articles/2011/11/16/2011-29663/retrospective-review-under-executive-order-13579>.

“Independent Agency Regulatory Analysis Act”. Het voorstel zou er kortweg voor zorgen dat de President de uitdrukkelijke bevoegdheid zou verkrijgen om een EO op te stellen die de IRA’s volledig onder het toezicht van het OIRA zou brengen, waardoor zij o.a. ook een kosten-batenanalyse zouden moeten opstellen:

“Authorizes the President to require an independent regulatory agency to: (1) comply, to the extent permitted by law, with regulatory analysis requirements applicable to other federal agencies; (2) publish and provide the Office of Information and Regulatory Affairs with an assessment of the costs and benefits of a proposed or final economically significant rule (i.e., a rule that is likely to have an annual effect on the economy of \$100 million or more and is likely to adversely affect sectors of the economy in a material way) and an assessment of costs and benefits of alternatives to the rule; and (3) submit to the Office for review any proposed or final economically significant rule. Prohibits judicial review of the compliance or noncompliance of an independent regulatory agency with the requirements of this Act”.<sup>2602</sup>

**813.** Het voorstel wijkt evenwel enigszins af van de standaardprocedure voor het OIRA bij de executive *agencies*. Zo zou OIRA niet over de bevoegdheid beschikken om een regel (rule) te verwerpen, maar zou het enkel de kwaliteit van de kosten-batenanalyse van de IRA’s beoordelen.<sup>2603</sup> Indien OIRA vindt dat het IRA een onvoldoende grondige beoordeling heeft opgesteld dan moet het IRA, verplicht, toelichting geven bij haar positie en de bijbehorende analyse.<sup>2604</sup>

**814.** Het voorstel werd door Senator PORTMAN *et al.* ingediend in zowel 2012, 2013 als 2015. In 2012 en 2013 haalde het voorstel onvoldoende stemmen.<sup>2605</sup> In 2013 diende PORTMAN opnieuw hetzelfde voorstel in, waarbij het voorstel geïntroduceerd werd in de Senaat en tweemaal werd gelezen.<sup>2606</sup> Verdere acties werden opnieuw niet ondernomen. Op 18 juni 2015 diende PORTMAN opnieuw hetzelfde voorstel in.<sup>2607</sup> Ditmaal werden er hoorzittingen over gehouden. Op 7 oktober 2015 heeft het comité een rapport uitgevaardigd “to the full chamber recommending that the bill be considered further”. Slechts één op vier wetsvoorstellen worden uiteindelijk doorgestuurd.<sup>2608</sup> Het wordt dus nog afwachten of het voorstel het zal halen, maar gelet op de vele tegenkanting van

---

<sup>2602</sup> Independent Agency Regulatory Analysis Act of 2012, S.3468, 112 Congres 2012 (Summary). In gelijkaardige bewoordingen terug te vinden in het voorstel uit 2013 en 2015.

<sup>2603</sup> Independent Agency Regulatory Analysis Act of 2012, S.1607, 114 Congres 2015, Sec. 3: “NONBINDING ASSESSMENT —An Executive order issued under this Act may require that, not later than 90 days after the independent regulatory agency submits a proposed or final economically significant rule for review, the Administrator submit for inclusion in the rulemaking record the assessment of the Administrator of the extent to which the independent regulatory agency has complied with any of the regulatory analysis requirements made applicable by Executive order.

<sup>2604</sup> Independent Agency Regulatory Analysis Act of 2012, S.1607, 114 Congres 2015, Sec. 3: “DETERMINATION AND EXPLANATION BY INDEPENDENT AGENCY — An Executive order issued under this Act may require that, if the Administrator concludes under paragraph (2) that the independent regulatory agency did not comply with 1 or more requirements of the Executive order with respect to a proposed or final economically significant rule, the head of the independent regulatory agency that issued the economically significant rule shall include with the final rule— (A) a determination that the rule complies with the specified requirement or requirements and an explanation of that determination; and (B) if applicable, an explanation why the independent regulatory agency did not comply with 1 or more of the specified requirements, based on the statutory provision authorizing the rule”.

<sup>2605</sup> Independent Agency Regulatory Analysis Act of 2012, S.3468, 112 Congres 2012.

<sup>2606</sup> Independent Agency Regulatory Analysis Act of 2012, S.1173, 113 Congres 2013.

<sup>2607</sup> Independent Agency Regulatory Analysis Act of 2012, S.1607, 114 Congres 2015.

<sup>2608</sup> Zie het online opvolgingssysteem voor wetgevingsvoorstellen: <https://www.govtrack.us/congress/bills/114/s1607>, laatst geconsulteerd op 7 april 2016.

o.a. verschillende Democratische parlementsleden, diverse organisaties<sup>2609</sup> én de IRA's zelf,<sup>2610</sup> zullen de debatten alvast op intense wijze gevoerd worden.<sup>2611</sup> Er zijn immers ook verschillende voorstanders van dergelijke vorm van toezicht.<sup>2612</sup> Het officiële online opvolgingssysteem voor wetgevingsvoorstellen stelt echter dat er slechts "24% chance of being enacted" aanwezig is.<sup>2613</sup>

### 3.6.5. *Principled Rulemaking Act of 2015*

**815.** Het voorstel dat werd ingediend door Senator LANKFORD en dat vervat ligt in de "Principled Rulemaking Act of 2015"<sup>2614</sup> gaat nog een (grote) stap verder dan het vorige voorstel en bestaat erin dat het alle procedures van de reeds bestaande EO's, waaronder bv. EO 12.866 volledig van toepassing zou verklaren op de IRA's.<sup>2615</sup> De regels die daarmee op de IRA's van toepassing

<sup>2609</sup> Zie bijvoorbeeld het standpunt van de Amerikaanse Consumenten Federatie: "The Consumer Federation of America strongly opposes S.1607, the Independent Agency Regulatory Analysis Act of 2015. This bill would undercut the ability of independent federal agencies like the Consumer Financial Protection Bureau (CFPB), the Consumer Product Safety Commission (CPSC) and the Federal Trade Commission (FTC) to protect consumers from predatory financial schemes, dangerous consumer products and costly, anti-competitive practices. Before marking-up of this bill, we urge you to conduct a legislative hearing to thoroughly exam the effect of the bill on the many crucial consumer protection efforts that independent agencies are currently undertaking. Most significantly for consumers, S. 1607 imposes duplicative and time-consuming requirements on independent agencies to conduct cost-benefit analyses of proposed protections", zie <http://www.consumerfed.org/pdfs/7-27-15%20Weintraub%20on%20S%201607%20Comments.pdf>. Ook de Consumers Union sluit zich hierbij aan: <http://consumersunion.org/wp-content/uploads/2015/07/CU-letter-IARAA-markup2.pdf>; zie ook de brief van organisaties zoals Greenpeace, Air Line Pilots Association, International, Center for Food Safety, Institute for Agriculture and Trade Policy... <http://www.foreffectivegov.org/files/reqs/iaraa-sign-on-ltr-072715.pdf>: "We, the undersigned consumer, small business, labor, good government, financial protection, community, health, environmental, civil rights and public interest groups - strongly urge you to oppose S. 1607, the Independent Agency Regulatory Analysis Act of 2015".

<sup>2610</sup> S. LYNCH en P. DA COSTA, "Top regulators warn on expanding president's powers", Reuters 2012, <http://www.reuters.com/article/us-financial-regulation-senate-idUSBRE89R0BZ20121028>: Top financial regulators (e.g. SEC and Federal Reserve Board) have told two senators a bill they are sponsoring would give the president undue influence on supervisory authorities and hurt the agencies' ability to do their job.

<sup>2611</sup> Hoewel in de pers wordt aangegeven dat: "For the first time in recent memory, the Senate Homeland Security and Governmental Affairs Committee this fall approved several bipartisan regulatory reform bills, setting the stage for serious consideration of reform in the New Year", <http://www.usnews.com/opinion/economic-intelligence/articles/2016-01-04/two-senate-bills-would-better-regulate-regulations>.

<sup>2612</sup> Zie bv. het gezamenlijke standpunten van vroegere OIRA voorzitters, o.a. S. KATZEN en J. MILLER, "Clinton, Reagan, Bush Administration Regulatory Chiefs Endorse Portman-Warner Reform Bill", [http://www.portman.senate.gov/public/index.cfm/files/serve?file\\_id=563c60e4-3770-4329-b1aa-ff51752cd750](http://www.portman.senate.gov/public/index.cfm/files/serve?file_id=563c60e4-3770-4329-b1aa-ff51752cd750), laatst geconsulteerd op 7 april 2016; zie bv. ook de National Small Business Association (NSBA): On behalf of the National Small Business Association (NSBA), I am pleased to support S. 1607, the Independent Agency Regulatory Analysis Act of 2015. This legislation will allow the president to require independent regulatory agencies—such as the National Labor Relations Board (NLRB) and Consumer Financial Protection Bureau (CFPB)—to comply with regulations applicable to federal agencies and will ensure consistency across those agencies that regulate small businesses, [http://www.nsba.biz/wp-content/uploads/2015/10/NSBA Letter Support Independent-Agency-Regulatory-Analysis-Act-of-2015.pdf](http://www.nsba.biz/wp-content/uploads/2015/10/NSBA%20Letter%20Support%20Independent%20Agency%20Regulatory%20Analysis%20Act%20of%202015.pdf).

<sup>2613</sup> <https://www.govtrack.us/congress/bills/114/s1607>, laatst geconsulteerd op 8 april 2016.

<sup>2614</sup> Principled Rulemaking Act of 2015, S.1818, 114 Congres 2015.

<sup>2615</sup> Principled Rulemaking Act of 2015, S.1818, 114 Congres 2015 (Summary): "Requires a federal agency to promulgate only a rule that is required by law, necessary to interpret a law, or made necessary by compelling public need. Requires an agency, before promulgating a rule, to: assess the significance of the problem the agency intends to address; consider the legal authority under which the rule may be proposed; examine whether existing rules have created or contributed to the problem and should be modified to achieve the regulatory objective more effectively; assess available alternatives to direct regulation; consider the risks posed by various substances or activities within the agency's jurisdiction; design the rule to achieve the regulatory objective in the most cost-effective manner; propose or adopt a rule only upon a reasoned determination that its benefits justify its costs and select approaches that maximize net benefits; base decisions on the best reasonably obtainable information concerning the need for, and consequences of, the rule; assess alternative forms of regulation and specify performance objectives; seek views of governmental entities before imposing regulatory requirements that may significantly or uniquely affect them and seek to minimize those burdens; seek to harmonize agency action with related governmental functions; avoid promulgating a rule that is inconsistent, incompatible, or duplicative with other rules; tailor the rule to impose the least burden on society; and draft the rule in a manner that is simple and easy to understand. Directs each agency: (1) to issue rules through a process that involves public participation; (2) before issuing a notice of proposed rule making, to seek the views of those who are likely to be affected; (3) in developing regulatory actions and identifying appropriate approaches, to attempt to promote coordination, simplification, and harmonization and to identify means to achieve regulatory goals that are designed to

zouden zijn zullen het regelgevend proces van de IRA's dan ook aanzienlijk beïnvloeden en vertragen.

Bovendien wordt met dit voorstel rechterlijke toetsing mogelijk, waardoor de IRA's hun regels vernietigd kunnen worden indien ze de *Executive Orders* niet of onvoldoende naleven. Hierdoor zal de procedureslag nog veel omvangrijker worden, door tal van rechtszaken tegen de IRA *rules*. In het vorige voorstel (*Independent Agency Regulatory Analysis Act*) wordt de rechterlijke toetsing uitdrukkelijk uitgesloten, waardoor de hoven de al dan niet naleving door de IRA's van de kosten-batenregels niet zouden kunnen toetsen.

**816.** Het "Principled Rulemaking" voorstel is een mes dat aan twee kanten snijdt: het vergroot aan de ene kant de uitvoerende accountability (de *regulatory review* via het OMB en het OIRA) en de rechterlijke accountability (ruimere toetsingsgrond voor de hoven), maar beperkt aan de andere kant de onafhankelijkheid, flexibiliteit, en de efficiëntie van de IRA's.

**817.** De Bill werd gelijktijdig met het vorige voorstel behandeld op 7 oktober 2015, waarna het comité "has issued a report to the full chamber recommending that the bill be considered further". Het is dus ook hierbij afwachten wat de debatten in het Huis en de Senaat zullen naar voren brengen en of de Bill uiteindelijk zal worden aangenomen of niet. Het officiële online opvolgingssysteem voor wetgevingsvoorstellen stelt dat er "32% chance of being enacted" aanwezig is.<sup>2616</sup>

### 3.6.6. Conclusie

**818.** Net zoals in Nederland en België poogt de President om, net als bij ons de ministers, een politieke invloed uit te oefenen op de onafhankelijke energieregulators. Hoewel de President grondwettelijk gezien wellicht bevoegd is om de EO's op IRA's van toepassing te verklaren, gebeurde dit in het verleden niet omwille van politieke redenen.<sup>2617</sup> Waar dit vroeger beperkt bleef tot een vrijwillige oproep tot het naleven ervan de EO's, is onder het presidentschap van Obama de drang naar politieke controle sterk toegenomen. Zo stelt President Obama dat de IRA's *should comply*. Daarenboven zijn recentelijk verschillende wetgevingsvoorstellen gelanceerd door Republikeinse Senatoren (PORTMAN en LANKFORD), die tot doel hebben de IRA's aan strikte procedurele *regulatory rules* te onderwerpen. De timing voor het indienen van de voorstellen is niet verwonderlijk aangezien de Senaat momenteel een Republikeinse meerderheid

---

promote innovation; (4) to consider regulatory approaches that reduce burdens and maintain flexibility and freedom of choice for the public, that include warnings, appropriate default rules, and disclosure requirements, and that provide information that is clear and intelligible; and (5) to ensure the objectivity of any scientific and technological information and processes used to support each regulatory action".

<sup>2616</sup> <https://www.govtrack.us/congress/bills/114/s1818>, laatst geconsulteerd op 8 april 2016.

<sup>2617</sup> P. STRAUSS en C. SUNSTEIN, "The Role of the President and OMB in Informal Rulemaking", *Administrative Law Review* 1986, (181) 203: "In our view, the President has the constitutional power to apply [...] executive orders to the independent agencies. We also believe that he should exercise that power".

heeft (54 tegenover 44). Ook in het Huis beschikt de Republikeinse partij over de meerderheid (247 tegenover 188).

**819.** De wetgevingsvoorstellen zijn evenwel niet zonder gevaar. Hoewel aangemoedigd kan worden dat de procedurele verantwoordingsplicht vergroot wordt, gaat het laatste voorstel inzake de "Principled Rulemaking" te ver en zou dit resulteren in een grote politieke verantwoordingsplicht van de IRA's ten aanzien van de President. Het OIRA bevindt zich namelijk binnen het kabinet van de President en dit zou hem persoonlijk de mogelijkheid geven om regels opgesteld door de IRA's tegen te houden of te laten aanpassen. Dit blijkt duidelijk uit het voorbeeld van het EPA dat werd gegeven, waarbij maar liefst 84% van de regels werd aangepast. Dergelijke uitgebreide procedurele en substantiële vereisten (waaronder doorgegeven kosten-batenanalyses, waarbij de regels met de grootste financiële baten moeten worden aangenomen) ondermijnen de discretionaire en zelfstandige besluitvorming van de IRA's. Bovendien zou het reguleringsproces aan efficiëntie en flexibiliteit verliezen.

**820.** Waar in de EU vandaag een drang bestaat naar méér onafhankelijkheid en minder politiek (ministerieel) toezicht, bestaat in de VS vandaag een omgekeerde drang naar méér politieke (presidentiële) inmenging en controle. De vraag is of dit laatste wel een goede evolutie is... Indien de hervormingen worden doorgevoerd dan worden de IRA's, toch alvast wat het *rulemaking* betreft, geheel gelijkgesteld met de *executive agencies*... Aangezien de VS klassiek wordt gezien als hét oorsprongslaan van de IRA's, moet zeker aandacht geschonken worden aan de ervaringen die het land met de IRA's heeft. De vaststelling dat er momenteel een omgekeerde tendens aanwezig is, mag er evenwel niet toe leiden dat er ook in de België noodzakelijkerwijs een groter pleidooi gehouden moet worden voor meer ministeriële inmenging. De rechtsvergelijking met de VS moet immers gezien worden in zijn ruimere context. De markt in de VS werd immers enkel gekenmerkt door private monopolies, waarbij de overheid zelf nooit een zeer aanwezige marktspeeler is geweest. Onafhankelijkheid van de energieregulatoren ten aanzien van de politiek was dan ook nooit een *issue*. De IRA's bevinden zich bovendien duidelijk binnen een politieke context,<sup>2618</sup> waarbij zij als het ware een speelbal zijn tussen de macht van de President en de macht van het Congres. De geschiedenis in de VS wordt gekenmerkt door nu eens de President, dan weer het Congres die de macht over de IRA's wenst te verstevigen. Het is dus zeker geen goede vergelijking om de huidige presidentiële drang naar meer politieke inmenging en controle op gelijke voet te plaatsen met een drang naar meer ministeriële controle, aangezien de context geheel verschillend is. Daarenboven worden de IRA's traditioneel gezien als een *arm of Congress*, waardoor het

---

<sup>2618</sup> Waarbij de commissieleden uitdrukkelijk politiek benoemd zijn.



toezicht in hoofdzaak nog steeds door het Congres wordt uitgeoefend (*infra* nrs. 836 e.v.).

#### 4. Ministeriële verantwoordelijkheid en parlementaire controle als communicerende vaten

##### 4.1. Algemeen

**821.** Door het ongewenste risico op politieke inmenging,<sup>2619</sup> en de daaruit min of meer voortvloeiende uitholling van de ministeriële verantwoordelijkheid komt ook, onbedoeld, de *parlementaire controle* in het gevaar. Beiden zijn immers gelinkt aan elkaar en functioneren als het ware als communicerende vaten.<sup>2620</sup> Door de ministeriële verantwoordelijkheid in te perken, wordt ook de invloed van het parlement beknot.<sup>2621</sup> Op die manier biedt de politieke verantwoordelijkheid van de minister ten aanzien van het parlement dan ook geen enkele waarborg meer om de democratische legitimiteit van de energieregulatoren te garanderen. Deze democratische legitimiteit kan dus enkel nog gegarandeerd worden door de politieke ministeriële verantwoordelijkheid te vervangen door de *rechtstreekse controle door het parlement*, zoals verenigbaar met overweging 34 van de richtlijn 2009/72/EG en de Interpretatieve Nota. Er vindt bijgevolg een verschuiving plaats van de nadruk op sturingsmechanismen door de minister, naar controlemechanismen door de volksvertegenwoordiging. Deze mogelijke verschuiving van de ministeriële verantwoordelijkheid naar een parlementaire controle van het ambtelijk apparaat werd in Nederland reeds in 1980-1981 besproken.<sup>2622</sup> Deze verschuiving werd toen niet doorgevoerd wegens "ongewenst en onnodig":

"De redenen nu waarom wij een verantwoordingsplicht van ambtenaren aan het parlement afwijzen zijn, kort gezegd, dat wij deze ongewenst en - ook los van onze positieve opvatting over het bestaande stelsel van de ministeriële verantwoordelijkheid - onnodig achten. Ongewenst ten eerste door de grote ondoorzichtigheid die sterke toeneming van het aantal (politiek) verantwoordelijke functionarissen met zich zou meebrengen. Ongewenst voorts omdat een merkwaaardige verhouding zou ontstaan wanneer een **aan de minister ondergeschikte ambtenaar**, die zonder bezwaren zijnerzijds is opgetreden, door het parlement zou worden terechtgewezen. Deze terechtwijziging zou aan de minister moeten worden gericht, die daarbij dan zijn beleid,

<sup>2619</sup> Zie bijvoorbeeld: X, "Europese Commissie bezorgd over energiecumuls PS'er Fauconnier", *De Tijd*, 11 december 2007,

[http://www.tijd.be/nieuws/archief/Europese\\_Commissie\\_bezorgd\\_over\\_Belgische\\_energiecumuls\\_PS\\_er\\_Fauconnier.6025604-1615.art](http://www.tijd.be/nieuws/archief/Europese_Commissie_bezorgd_over_Belgische_energiecumuls_PS_er_Fauconnier.6025604-1615.art); *Vr. en Antw. Kamer*, 18 december 2007, nr. 52/54, 1-2 (Vr. 1 B. VALKENIERS); X, "Benoeming directeur FOD energie ligt onder vuur", *De Morgen*, 25 juni 2008, <http://www.demorgen.be/binnenland/benoeming-directeur-fod-energie-ligt-onder-vuur-b85541fb/>; *Vr. en Antw. Kamer*, 5 maart 2009, nr. 52/57, 81 (Vr. 63 K. JADIN); *Vr. en Antw. Senaat*, 29 december 2009, nr. 4-6402 (Vr. A. DESTEXHE); Rekenhof, "Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 6, 40 en 64; Vraag om uitleg van de heer M. Bouchez tot minister Furlan over de onafhankelijkheid van mevrouw Christel Evrard, *Hand. Wl.Parl.* 2014-2015, 21 april 2015, nr. C.R.A.C. N° 121, 42.

<sup>2620</sup> H. KUMMELING en A. DUIJKERSLOOT, "Agencies and the Netherlands" in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), *Agencies in European and Comparative Law*, Antwerpen, Intersentia, (79) 83.

<sup>2621</sup> S. DE SOMER, *The creation of autonomous public bodies from a European comparative legal perspective: international impulse, national restraint and how to reconcile these trends*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UAntwerpen, 2015, 180.

<sup>2622</sup> J. VAN ANGEREN, "Mag de ministeriële verantwoordelijkheid voor het bestuur worden beperkt?", *RM Themis* 1996, afl. 10, (367) 368.

uitgevoerd door de betreffende ambtenaar, kan verdedigen. Een verantwoordingsplicht zou een ambtenaar een te zelfstandige positie geven ten opzichte van de minister en zou afbreuk doen aan de positie van de minister en de regering. De kans op pressie om ambtenaren **ten koste van de minister meer bevoegdheden** te geven, lijkt reëel; toegeven aan een dergelijke druk zou echter tot een, ook volgens ons, onaanvaardbare vergroting van ambtenarenmacht leiden. Daarnaast voorzien wij problemen bij de bepaling van de kring van de verantwoordelijke ambtenaren en ook bij het vaststellen van een duidelijke scheiding tussen wat politiek en wat ambtelijke beleidsvoering is. Onnodig achten wij een verantwoordingsplicht van ambtenaren aan het parlement in de eerste plaats omdat de ambtelijke macht, zoals opgemerkt, niet zo groot is als veelal wordt gedacht. Voor zover het gaat om «onofficiële macht» waarmee wordt bedoeld de invloed die ambtenaren door meer specialistische kennis e.d. op bewindslieden zouden hebben, moet worden bedacht dat **toch steeds deze bewindsman zelf de beslissingen zal nemen**. Waar het «formele macht», dat wil zeggen aan ambtenaren gemandateerde, gedelegeerde of geattribueerde beslissingsbevoegdheden betreft, zal de uitoefening daarvan aan **algemene regels** kunnen worden gebonden en zijn bovendien veelal ook **concrete aanwijzingen** van de betrokken minister mogelijk”.<sup>2623</sup>

Het verschil met de energieregulatoren is echter dat bovenstaande redenering vandaag niet meer houdbaar is. De energieregulatoren zijn geen “aan de minister ondergeschikte ambtenaren”, maar staan op afstand. Het is eveneens niet zo dat de minister en de regulatoren elkaar beconcurreren voor wat hun bevoegdheden betreft. De minister en de regulatoren hebben elk hun duidelijk afgescheiden bevoegdheden, waarbij de verantwoording van de regulator aan het parlement er niet voor zorgt dat de minister bevoegdheden verliest. Bovendien kan de minister naderhand niet zelf de beslissing nemen (er is geen administratief toezicht), waardoor de redenering dat “het van groot belang [is] dat de minister ter verantwoording kan worden geroepen (en wordt) en gevraagd kan worden een genomen besluit zoveel mogelijk recht te zetten of een niet genomen besluit alsnog te nemen” niet van toepassing.<sup>2624</sup> Ook algemene regels, en al zeker concrete aanwijzingen, zijn moeilijk tot niet toepasbaar op de regulatoren.<sup>2625</sup> Omdat de energieregulatoren vandaag in een systeem van ministeriële controle nagenoeg geheel aan politieke controle ontsnappen is het aangewezen om dit hiaat op te vangen door een algemene en toelaatbare rechtstreekse parlementaire controle. Om tegemoet te komen aan de eis inzake democratische legitimiteit moet de energieregulator dus – anders dan nu het geval is – rechtstreeks verantwoording afleggen aan het vertegenwoordigend politieke orgaan, het parlement.<sup>2626</sup>

#### 4.2. “Copy paste” van het Amerikaans model?

---

<sup>2623</sup> Verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet van bepalingen inzake de Koning en de ministers alsmede de staatssecretarissen, *Hand.* 1980-1981, 16035, nr. 8, 6.

<sup>2624</sup> Verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet van bepalingen inzake de Koning en de ministers alsmede de staatssecretarissen, *Hand.* 1980-1981, 16035, nr. 8, 6.

<sup>2625</sup> Ondertussen is in Nederland wel aanvaard dat de ministeriële verantwoordelijkheid kan worden ingeperkt bij verzelfstandigde besturen (zbo's), als reactie op het rapport van de Commissie Scheltema uit 1993, getiteld ‘Steekhoudend ministerschap’. Zie J. VAN ANGEREN, “Mag de ministeriële verantwoordelijkheid voor het bestuur worden beperkt?”, *RM Themis* 1996, afl. 10, (367) 373. Met betrekking tot de ACM hoeft de minister enkel over de bevoegdheden die hem in de instellingswet ten aanzien van de ACM zijn toegekend, verantwoording af te leggen aan het parlement.

<sup>2626</sup> M. AELEN en G. BIEZEVELD, “Onrustige onafhankelijkheid”, *Tijdschrift voor Toezicht* 2013, afl. 4, (52) 61; A. HERINGA en L. VERHEY, “Independent Agencies and Political Control” in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), *Agencies in European and Comparative Law*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (155) 164.

**822.** De onafhankelijkheidsvereisten uit het Europees recht zorgen ervoor dat politiek toezicht niet (meer) verenigbaar is met de onafhankelijke positie van de energieregulators. Dit geeft echter als ongewenst effect dat in vele Europese landen, waarbij de constitutionele en bestuursrechtelijke regels uitgaan van ministeriële verantwoordelijkheid, ook de parlementaire controle wordt verzwakt.

**823.** Dit ongewenst effect vloeit voort uit een vrij letterlijke overname van het Amerikaanse concept van de *independent agencies* in de Europese rechtsorde, zonder daarbij in acht te nemen dat beide rechtsstelsels op een andere manier politieke controle organiseren. De Amerikaanse *agencies* zijn ten eerste niet politiek onafhankelijk, maar worden net uitdrukkelijk benoemd door de Republikeinse of Democratische partij. De benaming "independent" slaat op de onafhankelijkheid inzake ontslagbescherming ten aanzien van de president.<sup>2627</sup> In Europese rechtssystemen wordt de onafhankelijke status van een regulator niet bepaald door de ontslagmogelijkheden. Dit houdt verband met het feit dat, in tegenstelling tot de VS, de meeste Europese landen een parlementair stelsel kennen.<sup>2628</sup> In bijvoorbeeld België en Nederland legt de minister verantwoording af voor het parlement, voor alle instanties die zich onder hem bevinden. Regulators worden als onafhankelijk beschouwd indien zij op afstand staan van de minister, waarbij het politieke toezicht en de ministeriële verantwoordelijkheid worden ingeperkt. In de VS bestaat het systeem van de ministeriële verantwoordelijkheid niet. De politieke controle op *independent agencies* gebeurt dan ook niet via de minister of *the executive* maar wel via het parlement. Het Congres heeft in de VS verschillende mogelijkheden om *independent agencies* te controleren. Zo heeft het Congres de mogelijkheid om de bevoegdheden van de *agencies* die opgenomen waren in de wetgeving, terug in te perken. De verschillende controlemogelijkheden uitgeoefend door het Congres worden hierna, in punt 2.4., besproken. In veel Europese rechtsstelsels, waaronder België en Nederland, ligt de nadruk evenwel op controle uitgeoefend door de uitvoerende macht en niet, of toch slechts onrechtstreeks, door het parlement.

**824.** De "copy paste" van het Amerikaanse model van de *independent regulatory agencies*,<sup>2629</sup> lijkt dan ook te wringen met de nationale rechtsstelsels van verschillende Europese landen, waaronder België en Nederland, en al zeker wat het systeem van de ministeriële verantwoordelijkheid betreft. De ministeriële verantwoordelijkheid bij onafhankelijke regulators leidt met andere woorden niet tot een optimale situatie. Bijgevolg moet de vraag gesteld worden of de Europese Unie ook niet naar de Amerikaanse controlemiddelen had moeten

---

<sup>2627</sup> Zie hierover vorige hoofdstuk.

<sup>2628</sup> A. HERINGA en L. VERHEY, "Independent Agencies and Political Control" in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), "Agencies in European and Comparative Law, Antwerpen, Intersentia, 2003, (155) 156.

<sup>2629</sup> A. HERINGA en L. VERHEY, "Independent Agencies and Political Control" in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), "Agencies in European and Comparative Law, Antwerpen, Intersentia, 2003, (155) 164.

kijken alvorens onafhankelijke regulatoren in de nationale rechtssystemen in te planten.<sup>2630</sup> Het Amerikaanse Congres oefent daarbij een stelselmatige en actieve controle uit, terwijl deze parlementaire controle in België en in Nederland eerder beperkt is.<sup>2631</sup> In de VS versterken de *agencies* dan ook de parlementaire controle, terwijl in de EU onafhankelijke regulatoren deze lijken te verzwakken.

#### **D. DEMOCRATISCHE VERANTWOORDINGSPLICHT VIA HET PARLEMENT**

##### **1. Waarom rechtstreekse parlementaire controle?**

**825.** België is een parlementaire democratie, waarin het parlement rechtstreeks verkozen wordt door de burger. Bijgevolg bezit ook enkel het parlement *democratische legitimiteit*.<sup>2632</sup> In een democratie is de macht slechts legitiem wanneer ze gepaard gaat met verantwoording.<sup>2633</sup> Aangezien onrechtstreekse verantwoording via de ministeriële verantwoordelijkheid uitgehold wordt, is rechtstreekse parlementaire controle dan ook meer effectief met betrekking tot de activiteiten van onafhankelijke regulatoren.<sup>2634</sup> Een sterkere rol voor het parlement is bovendien noodzakelijk om de kritiek inzake het democratisch deficit bij de energieregulatoren te weerleggen.<sup>2635</sup> Door parlementaire controle wordt namelijk een rechtstreekse democratische legitimiteit gegarandeerd.<sup>2636</sup> Parlementair toezicht is de enige vorm van politieke controle die nog toelaatbaar is in het licht van de Europese onafhankelijkheidsvereisten. De onafhankelijkheid van de regulator wordt hierdoor zelfs vergroot aangezien hij niet meer afhangt van (de beïnvloeding door) één enkele minister,<sup>2637</sup> maar wel van een open en transparant parlement met talrijke leden waar per definitie ook de oppositie deel van uitmaakt.

---

<sup>2630</sup> A. HERINGA en L. VERHEY, "Independent Agencies and Political Control" in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), "Agencies in European and Comparative Law, Antwerpen, Intersentia, 2003, (155) 164 en 167.

<sup>2631</sup> A. HERINGA, "Ministeriële verantwoordelijkheid en scheiding van machten", *NJB* 2000, 2129-2131. HERINGA merkt daarbij op dat de controletaak, anders dan in de Verenigde Staten, in het geheel niet goed ontwikkeld noch systematisch aangevat is. Het artikel van HERINGA werd geschreven naar aanleiding van een artikel van M. SCHELTEMA in het *NJB* (M. SCHELTEMA, "Voldoet de ministeriële verantwoordelijkheid nog bij een professionele overheidsorganisaties?" *NJB* 2000, 1861-1867). Op het artikel van HERINGA volgde nadien ook een naschrift van SCHELTEMA waarbij de auteur herhaalt dat de controle op de ambtenarij beter bij de rechterlijke macht (bij een "Kwaliteitskamer") zou moeten liggen, waarna de eindbeslissing evenwel het voorwerp van politieke besluitvorming zal blijven uitmaken. De daadwerkelijke controle zelf (de kwaliteitsbeoordeling) ligt volgens SCHELTEMA echter beter bij de rechterlijke macht. HERINGA pleit eerder voor een sterkere controle door het parlement.

<sup>2632</sup> T. DE PELSMARKER, G. GOEDERTIER, J. GOOSSENS, Y. HAECK en J. VANDE LANOTTE, *Handboek Belgisch Publiekrecht. Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 213.

<sup>2633</sup> J. VELAERS, "Over de politieke verantwoordelijkheid van ministers" in M. ADAMS, R. BARBAIX en H. BRAECKMANS (eds.), *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, (361) 369.

<sup>2634</sup> A. HERINGA en L. VERHEY, "Independent Agencies and Political Control" in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), "Agencies in European and Comparative Law, Antwerpen, Intersentia, 2003, (155) 164 en 167.

<sup>2635</sup> M. AELEN en G. BIEZEVELD, "Onrustige onafhankelijkheid", *Tijdschrift voor Toezicht* 2013, afl. 4, (52) 61.

<sup>2636</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 449.

<sup>2637</sup> De (mogelijkheid tot) politieke beïnvloeding of sturing vloeit voort uit het stelselmatige contact tussen de regulator, het kabinet van de minister en de minister (bv. door het instellen van maandelijks contactmomenten tussen de minister en de gedelegeerd bestuurder van de VREG). Zie hierover ook *Vr. en Antw.* VI.Parl. 2013-2014, nr. 49/19, 2039 (Antw. op vraag nr. 276 van P. REEKMANS): Wat uw vraag betreft naar overleg met de VREG: "Eerst en vooral wijs ik er op dat mijn kabinet maandelijks overlegt met de Vlaamse energie-entiteiten en dat de VREG ook vertegenwoordigd is in de (deel)beleidsraad Energie van het beleidsdomein Leefmilieu, Natuur en Energie. Er is dus regelmatig overleg".

Rechtstreekse parlementaire controle is dan ook meer effectief met betrekking tot de activiteiten van onafhankelijke regulatoren.<sup>2638</sup>

## 2. De toezichthoudende rol van het parlement vergroten

### 2.1. Algemeen

**826.** In het arrest nr. 130/2010 neemt het Grondwettelijk Hof aan dat er onder parlementaire controle verstaan moet worden: de bevoegdheid van de wetgever om de taken en de werking van de regulator te regelen; de goedkeuring door de wetgever van de begroting; het uitbrengen door de regulator van een jaarlijks verslag dat door de minister wordt overgezonden naar de wetgevende kamers.<sup>2639</sup> Het Hof plaatst ook de ministeriële verantwoording hieronder. Zoals reeds vermeld, strookt deze redenering niet met het schrappen van het hiërarchisch en administratief toezicht. Het geniet bijgevolg de voorkeur om de positie van het Europees Hof van Justitie te volgen.<sup>2640</sup> Het Hof stelt dat de parlementaire controle op onafhankelijke nationale toezichthoudende instanties<sup>2641</sup> uitgeoefend kan worden door de benoeming van de toezichthouders door het parlement of de regering, door het omschrijven van de bevoegdheden van de toezichthoudende instantie door de wetgever<sup>2642</sup> en door de verantwoording aan het parlement via een (jaarlijks) verslag over haar activiteiten.<sup>2643</sup> Ook de Vlaamse energieregulator is voorstander en stelt dat de onafhankelijkheid van de VREG versterkt kan worden door hen rechtstreeks onder het toezicht van het Vlaams Parlement te plaatsen.<sup>2644</sup> Dit naar analogie met bijvoorbeeld de Vlaamse Ombudsdienst en op federaal vlak naar analogie met de CREG.<sup>2645</sup>

### 2.2. De CREG als voorbeeld

**827.** Bij de CREG legt het Directiecomité uiterlijk op 30 oktober aan de Kamer van Volksvertegenwoordigers een ontwerp van begroting, vergezeld van

---

<sup>2638</sup> A. HERINGA en L. VERHEY, "Independent Agencies and Political Control" in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), "Agencies in European and Comparative Law, Antwerpen, Intersentia, 2003, (155) 164 en 167.

<sup>2639</sup> Overw. B.7. GwH 18 november 2010, nr. 130/2010.

<sup>2640</sup> HvJ 9 maart 2010, nr. C 518/07, ECLI:EU:C:2010:125.

<sup>2641</sup> In casu de Duitse gegevens-beschermingsinstantie waardoor het vereiste van „volledige onafhankelijkheid” van de autoriteiten die belast zijn met het waarborgen van de bescherming van die gegevens dus onjuist is uitgevoerd.

<sup>2642</sup> Overweging 44.

<sup>2643</sup> Overweging 45.

<sup>2644</sup> Zie Verslag van de hoorzitting namens de Commissie voor Leefmilieu, Natuur, Ruimtelijke Ordening, Energie en Dierenwelzijn uitgebracht door Johan Danen en Andries Gryffroy met vertegenwoordigers van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt (VREG) over enkele actuele dossiers, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, nr. 565/1, 6: "Het derde Europese energiepakket impliceert een onafhankelijke regulator. Rechtstreekse instructies vanuit het beleid naar de VREG zijn dus niet mogelijk. Daarom vindt hij [*Thierry Van Craenenbroeck, waarnemend gedelegeerd bestuurder VREG*] het beter om het toezicht op de VREG niet toe te wijzen aan een enkele minister, maar om de VREG rechtstreeks onder het toezicht van het Vlaams Parlement te plaatsen. De VREG zou elk jaar zijn jaarverslag en zijn activiteitenplan kunnen voorstellen aan de betrokken commissie. Dat kan gekoppeld worden aan de indiening van een budgetvoorstel bij het Vlaams Parlement. Indien nodig kan er een regelmatig contact zijn om regulatorische issues rechtstreeks te bespreken met het parlement, en niet via de minister".

<sup>2645</sup> VREG, *Memorandum van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt voor de Vlaamse Regering 2014-2019*, <http://www.vreg.be/sites/default/files/adviezen/adv-2013-10.pdf>, 35; P. VAN HUMBEECK, "Autonomie, onafhankelijkheid en accountability van sectorale regulatoren: economische invalshoek", *TvW* 2014, afl. 1, (2) 14.

een beleidsnota, voor het volgende kalenderjaar ter goedkeuring voor.<sup>2646</sup> Beide documenten worden door het Directiecomité van de CREG voorgesteld in de commissie Bedrijfsleven van de Kamer van Volksvertegenwoordigers, gevolgd door een vragenronde. Dit ligt ook in lijn met de Europese richtlijnen.<sup>2647</sup> Op basis van het verslag en de stemming in de commissie geeft de plenaire vergadering van de Kamer nadien haar goedkeuring aan de begroting.<sup>2648</sup> Het **Rekenhof** controleert de jaarrekening van de CREG en zendt zijn auditverslag over aan de Kamer van volksvertegenwoordigers.<sup>2649</sup> Daarnaast kan het Directiecomité in de loop van het kalenderjaar op vraag van de commissie Bedrijfsleven worden gehoord over actuele, specifieke thema's.<sup>2650</sup> Dat gebeurde tweemaal sinds de aanstelling van het nieuwe directiecomité.<sup>2651</sup>

**828.** Na afloop van het kalenderjaar zendt de CREG, vóór de wettelijke deadline van 1 mei, aan de Kamer van Volksvertegenwoordigers een jaarverslag over het afgelopen kalenderjaar, inclusief de jaarrekening en het verslag van de **bedrijfsrevisor**.<sup>2652</sup> Dit verslag wordt ook gepubliceerd op de internetsite van de CREG en ter informatie gestuurd naar de minister bevoegd voor energie.<sup>2653</sup> Er volgt evenwel geen bespreking in het parlement.<sup>2654</sup> De wetgeving bepaalt ten slotte ook dat de CREG geregeld aan het parlement en/of de minister moet rapporteren over een aantal specifieke taken.<sup>2655</sup> De CREG moet in haar jaarverslag rapporteren over de uitvoering van haar wettelijke opdrachten, de getroffen maatregelen en de behaalde resultaten voor elk van die opdrachten.<sup>2656</sup> Ze doet dit via een "vergelijkend verslag" dat als bijlage bij het jaarverslag wordt gevoegd. Hierin worden per doelstelling uit het beleidsplan de eraan gekoppelde acties opgesomd, telkens met vermelding van hun graad van uitvoering (zes mogelijke scores gaande van "niet verwezenlijkt" tot "betere resultaten dan verwacht") en een korte verklaring indien acties niet werden verwezenlijkt. In het jaarverslag zelf wordt daarnaast de evolutie van de elektriciteits- en aardgasmarkt uitvoerig beschreven, met vermelding van de werkzaamheden van de CREG in de betreffende domeinen. Het jaarverslag bevat eveneens, conform de wet, de staat en mate van dekking van de

<sup>2646</sup> Artikel 25, § 5, lid 3 en 4 van de Elektriciteitswet.

<sup>2647</sup> Interpretatieve Nota, 20: "The accountability of the NRA can also be enhanced if Member States require the NRA, while submitting its draft budget for approval by the national parliament [...]"; Interpretative Note, 20: "Especially when discussing the NRA budget, national parliaments may ask to organise a hearing with the NRA".

<sup>2648</sup> Rekenhof, "Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 46.

<sup>2649</sup> Artikel 25, § 5, lid 5 van de Elektriciteitswet.

<sup>2650</sup> Rekenhof, "Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 46.

<sup>2651</sup> Dit gebeurt op 24 september 2014 over de rol van de CREG in de voorradingszekerheid en op 23 maart 2015 over de nucleaire winst.

<sup>2652</sup> Artikel 23, § 3, lid 1 van de Elektriciteitswet.

<sup>2653</sup> Artikel 23, § 3, lid 4 van de Elektriciteitswet.

<sup>2654</sup> Rekenhof, "Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 46.

<sup>2655</sup> Het gaat om rapporteringen over de uitbetalingen voor de degressiviteit op offshore toeslagen, de fondsen, de tariefmethodologie, de vangnetregeling en het steunmechanisme groenestroomcertificaten.

<sup>2656</sup> Artikel 23, § 3, lid 2 van de Elektriciteitswet.

werkingskosten, een overzicht van de activa en passiva en het verslag van de bedrijfsrevisor.<sup>2657</sup>

**829.** Artikel 23, § 3, lid 3 van de Elektriciteitswet stelt echter ook dat de commissie in het jaarverslag de wijze beschrijft waarop zij de doelstellingen heeft bereikt die werden geformuleerd in haar algemene beleidsnota *en in de algemene richtsnoeren die worden voorgeschreven door de regering*. Zij verklaart desgevallend de redenen waarom deze doelstellingen niet werden behaald. Zoals VANDEN BORRE terecht opmerkt is deze formulering problematisch en is er sprake van een *contradictio in terminis*: algemene richtsnoeren zijn namelijk niet op algemene wijze geformuleerd indien zij concrete doelstellingen omvatten die de regulator moet uitvoeren in een welbepaald jaar.<sup>2658</sup> Zoals de auteur opmerkt gaat het ofwel om een algemene beleidsrichtlijn die geen specifieke invulling behoeft, ofwel gaat het om een concrete doelstelling, wat neerkomt op een verboden directe instructie aan de regulator.<sup>2659</sup>

### 2.3. Nog uitgebreider toezicht?

**830.** De bevoegdheden van het parlement kunnen nog worden uitgebreid, bijvoorbeeld door het parlement inbreng te geven bij de benoemingsprocedure.<sup>2660</sup> Dat de regering de leden van de raad van bestuur of het Directiecomité aanstelt zonder parlementaire inbreng, strookt immers niet met de geest van het derde energiepakket.<sup>2661</sup> De huidige aanstellingsprocedure is dan ook een overblijfsel van de oorspronkelijke organisatie, waarbij de minister voor Energie een uitgebreid toezicht had op de regulator. De Europese richtlijnen bepalen niet wie het bestuur van de regulator moet aanstellen. Toch strookt de rol van de bevoegde minister en de ministerraad niet meer met de geest van het derde energiepakket over de onafhankelijkheid van de regulator ten opzichte van de overheid. Volgens de Interpretatieve Nota bij de Europese richtlijnen zouden aan de benoeming van de bestuursleden van de regulator bij voorkeur parlementaire hoorzittingen moeten voorafgaan.<sup>2662</sup> Het geniet eveneens de voorkeur dat het parlement de benoeming van de leden moet goedkeuren.

---

<sup>2657</sup> Artikel 23, § 3, lid 2 van de Elektriciteitswet.

<sup>2658</sup> T. VANDEN BORRE, "De omzetting van de bepalingen inzake de onafhankelijke energieregulator – op weg naar Luxemburg?" in K. DE KETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (79) 108.

<sup>2659</sup> T. VANDEN BORRE, "De omzetting van de bepalingen inzake de onafhankelijke energieregulator – op weg naar Luxemburg?" in K. DE KETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (79) 109.

<sup>2660</sup> A. HERINGA en L. VERHEY, "Independent Agencies and Political Control" in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), *Agencies in European and Comparative Law*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (155) 165.

<sup>2661</sup> Rekenhof, "Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 36.

<sup>2662</sup> Interpretatieve Nota, 20.

**831.** Het toezicht door het parlement kan ook verruimd worden indien het jaarverslag ook besproken zou worden in de betreffende commissie in het parlement (zoals bij de CWaPE bijvoorbeeld het geval is, *supra* nr. 770) en indien het jaarverslag ook extra gegevens zouden bevatten, in lijn met de opmerkingen van het Rekenhof. Het Rekenhof stelde bij de CREG immers vast dat over de mate van uitvoering van de wettelijke opdrachten, het bereiken van de wettelijke doelstellingen en de impact van de werkzaamheden van de CREG, de Kamer van Volksvertegenwoordigers als toezichthoudende overheid niet over alle informatie beschikt.<sup>2663</sup> Bovendien zou aan de energieregulators gevraagd kunnen worden om hun jaarlijkse ondernemingsplannen voor te stellen en te bediscussiëren in de commissie. Ook het meedelen van de tariefmethodologie,<sup>2664</sup> het technisch reglement en het huishoudelijk reglement<sup>2665</sup> aan het parlement verruimt het parlementair toezicht en vergroot de legitimiteit van de regulator.

**832.** Bovendien kan dit aangegepen worden om hierbij een toelichting te geven in de parlementaire commissie. In het arrest nr. 117/2013 kwam het aan bod of het voorleggen van het *ontwerp* van de tariefmethodologie, met alle documenten die noodzakelijk zijn om haar beslissing te motiveren, aan de Kamer van Volksvertegenwoordigers inging tegen de onafhankelijkheid van de CREG.<sup>2666</sup> De Raad van State had zich in zijn advies bij het voorontwerp van de wet van 8 januari 2012 overwegend negatief uitgelaten over de zinsnede uit het voorontwerp die bepaalde dat “de Kamer van volksvertegenwoordigers [...] deze documenten [onderzoekt] in parlementaire commissie en [...] een verslag

---

<sup>2663</sup> Rekenhof, “Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)”, Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 46: “Er wordt geen expliciete koppeling gemaakt met de doelstellingen en opdrachten uit de wetgeving, zodat de mate waarin de CREG tegemoetkomt aan de doelstellingen en opdrachten uit de wetgeving niet duidelijk is; [...] In het jaarverslag zelf wordt daarnaast de evolutie van de elektriciteits- en aardgasmarkt uitvoerig beschreven, met vermelding van de werkzaamheden van de CREG in de betreffende domeinen. Een *impactanalyse* van haar werkzaamheden *ontbreekt*. Evenmin werd een eenduidige set van *performantie-indicatoren* uitgewerkt. Dit bemoeilijkt een periodieke evaluatie van het regulatiesysteem en van de effectieve en efficiënte werking van de CREG; Het jaarverslag bevat, conform de wet, de staat en mate van dekking van de werkingskosten, een overzicht van de activa en passiva en het verslag van de bedrijfsrevisor. Zo is er *geen analyse* van de afwijking van de verschillende kostenrubrieken ten opzichte van de begroting, *geen analyse* van het personeelsbestand of van de personeelskosten en de evolutie ervan, *weinig informatie* over de algemene werkingskosten en geen informatie over investeringen. *Evenmin* wordt *weergegeven* hoe de beschikbare middelen worden verdeeld over de verschillende opdrachten van de CREG en hoe hierbij prioriteiten worden bepaald. Er gebeurt geen toewijzing van de kosten over de elektriciteits- en de gasector. Het directiecomité rapporteert *niet* over de wijze waarop het toezicht houdt op kwaliteit en de efficiëntie van de activiteiten van de personeelsleden, of op hun integriteit en professionaliteit”. Met deze opmerkingen van het Rekenhof dient zeker en vast rekening te worden gehouden naar de toekomst voor wat de parlementaire controle op de energieregulators betreft.

<sup>2664</sup> Artikel 12, § 3 spreekt over het meedelen van het *ontwerp* van de tariefmethodologie: “De commissie deelt haar ontwerp van tariefmethodologie, het geheel van de stukken met betrekking tot het overleg met de netbeheerder alsook alle documenten die zij noodzakelijk acht voor de motivering van haar beslissing met betrekking tot de tariefmethodologie mee aan de Kamer van volksvertegenwoordigers”. In het arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 117/2013 heeft het Hof bevestigd dat de deze bepaling niet van dien aard is dat zij afbreuk doet aan de onafhankelijkheid van de CREG, aangezien de verplichting waarin zij voorzien, is beperkt tot een mededelingsplicht die geen enkele beperking van de bevoegdheden van de CREG impliceert en die past in de parlementaire controle die de Kamer van volksvertegenwoordigers uitoefent over de overheden (GwH, 7 augustus 2013, nr. 130/2010, overweging B5); zie ook L. DE DEYNE, “Lijvig arrest van het Grondwettelijk Hof versterkt onafhankelijkheid van CREG slechts matig”, *MER* 2014, (3) 13.

<sup>2665</sup> Zoals bv. vermeld in artikel 24, § 1 van de Elektriciteitswet.

<sup>2666</sup> Artikelen 15 en 16 van de wet van 8 januari 2012 voegen artikel 12, § 3, eerste lid, in de Elektriciteitswet in (inzake de transmissie en de distributie van elektriciteit). Artikel 71 en 72 van de wet van 8 januari 2012 voegen artikel 15/5bis, § 3, eerste lid, in de Gaswet in (inzake het vervoer en de distributie van gas).



op[stelt] over de verenigbaarheid van het ontwerp van commissie met de bepalingen van deze wet en haar uitvoeringsbesluiten" in artikel 12, § 3, van de Elektriciteitswet.<sup>2667</sup> De Raad stelde dat die betrokkenheid van de Kamer van volksvertegenwoordigers ertoe kon leiden dat de Kamer aan de CREG liet verstaan dat zij het niet eens is met de door de CREG gekozen opties. De Raad vond deze zinsnede strijdig met artikel 35, lid 5, a), van richtlijn 2009/72/EG dat bepaalt dat de regulerende instantie zelfstandig besluiten moet kunnen nemen, "onafhankelijk van enig politiek orgaan". Deze zinsnede werd geschrapt en **niet** opgenomen in de definitieve versie van de wet van 8 januari 2012.<sup>2668</sup> De CREG gaat er echter van uit dat de opmerking van de Raad van State in verband met het optreden van de Kamer van volksvertegenwoordigers niet volledig is gevolgd door de wetgever en stelt dat het louter overmaken van het ontwerp van tariefmethodologie eveneens ingaat tegen haar onafhankelijkheid.<sup>2669</sup> In dit opzicht moet gewezen worden op overweging 34 van de richtlijn 2009/72/EG.<sup>2670</sup> Die overweging gaat uit van een principiële onafhankelijkheid van de energieregulatoren maar beklemtoont dat dit rechterlijke toetsing en parlementair toezicht overeenkomstig het constitutionele recht van de lidstaten niet uitsluit.

De Interpretatieve Nota van de Europese Commissie bevestigt de mogelijkheid tot parlementaire controle.<sup>2671</sup> In de Nota stelt de Europese Commissie dat het organiseren van parlementaire controle niet dwingend vereist is door de Elektriciteits- en Gasrichtlijn, maar dat het wel een passende maatregel is om de accountability van de energieregulator te verhogen.<sup>2672</sup> De regulator moet echter ook autonome beslissingen kunnen nemen, onafhankelijk van enige publieke of particuliere entiteit, waarbij hij bij het verrichten van de reguleringsstaken geen directe instructies verlangt of ontvangt van regeringen of andere publieke of particuliere entiteiten. Het beslissingsproces mag zowel ex ante (voorheen) als

---

<sup>2667</sup> Adv.RvS. nr. 49 570/3 van 31 mei 2011 bij het wetsonderwerp tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, 1725/001, 284.

<sup>2668</sup> Artikel 12, § 3, van de Elektriciteitswet: "de commissie deelt haar ontwerp van tariefmethodologie, het geheel van de stukken met betrekking tot het overleg met de netbeheerder alsook alle documenten die zij noodzakelijk acht voor de motivering van haar beslissing met betrekking tot de tariefmethodologie mee aan de Kamer van volksvertegenwoordigers, met inachtneming van de vertrouwelijkheid van de commercieel gevoelige informatie met betrekking tot de leveranciers of de netgebruikers, de persoonsgegevens en/of de gegevens waarvan de vertrouwelijkheid beschermd wordt krachtens bijzondere wetgeving".

<sup>2669</sup> De Ministerraad en het parlement bleven immers vasthouden aan het meedelen van het ontwerp van de tariefmethodologie aan de Kamer: "De houding van de afdeling wetgeving van de Raad van State in haar advies nr. 49 570/3 van 31 mei 2011, volgens dewelke deze interventie van de Kamer van volksvertegenwoordigers de onafhankelijkheid van de CREG zou kunnen schaden, kan niet worden gevolgd. Dit volgt uitdrukkelijk uit overweging (34) van de Richtlijn 2009/72/EG krachtens dewelke: om de interne markt voor elektriciteit goed te laten functioneren, moeten de energieregulatoren besluiten kunnen nemen over alle relevante reguleringskwesties en moeten zij volledig onafhankelijk zijn van alle andere publieke of particuliere belangen. Dit sluit rechterlijke toetsing en parlementair toezicht overeenkomstig het constitutionele recht van de lidstaten niet uit". Zie het wetsonderwerp tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, 1725/001, 45.

<sup>2670</sup> Overweging 30 van de richtlijn 2009/73/EG.

<sup>2671</sup> Interpretatieve Nota, 10: "As stated in recital 34 of the Electricity Directive and recital 30 of the Gas Directive, the independence of the NRA precludes neither judicial review nor parliamentary supervision in accordance with the constitutional laws of the Member States".

<sup>2672</sup> Interpretatieve Nota, 20.

ex post (nadien) niet worden gestuurd.<sup>2673</sup> Dit houdt volgens VANDEN BORRE een *de facto* verbod in vanwege andere overheidsinstanties om op enigerlei wijze te interveniëren in het beslissingsproces van de regulator.<sup>2674</sup> De Ministerraad is van mening dat het ontwerp dat de CREG aan de Kamer van volksvertegenwoordigers meedeelt, de Kamer ertoe zal brengen een verslag op te stellen dat op alle vlakken kan worden gelijkgesteld met een niet bindend advies.<sup>2675</sup> Het Grondwettelijk Hof stelt dat de bestreden bepalingen **niet** van dien aard zijn dat zij afbreuk doen aan de onafhankelijkheid van de CREG, aangezien de verplichting waarin zij voorzien, is beperkt tot een mededelingsplicht die geen enkele beperking van de bevoegdheden van de CREG impliceert en die past in de parlementaire controle die de Kamer van volksvertegenwoordigers uitoefent over de overheden. Het Hof verwijst daarbij naar overweging 34 van de richtlijn 2009/72/EG en de Interpretatieve Nota.<sup>2676</sup> VANDEN BORRE stelt dat het voorleggen van het ontwerp aan de Kamer een soort impliciete hiërarchische band creëert tussen de CREG en de Kamer, hetgeen in strijd is met de richtlijnen.<sup>2677</sup> Het feit dat de Kamer een verslag, als niet-bindend advies, opstelt houdt immers indirecte beïnvloedingsrisico's in. De redenering van het Grondwettelijk Hof kan tot op zekere hoogte gevolgd worden, aangezien de eis van "volledige onafhankelijkheid" (nog) niet gesteld wordt en daardoor een dergelijke mededelingsplicht (gevolgd door een niet bindend advies) op dit moment geen inbreuk op de richtlijnen lijkt uit te maken...<sup>2678</sup> Echter, om enige mogelijke sturing te vermijden, zou absoluut de voorkeur gegeven moeten worden aan het voorleggen van de uiteindelijke methodologie zelf en *niet* het ontwerp. Op die manier kan de parlementaire commissie haar standpunten medelen – die de regulator in de toekomst eventueel kan meenemen – maar wordt de uiteindelijke beslissingsbevoegdheid van de regulator in het heden niet aangetast of gestuurd door de commissie.

De artikelsgewijze commentaar bij het voorstel van decreet houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de oprichting en de organisatie van de regulator betreft,<sup>2679</sup> stelt dat "specifiek voor de tariefmethodologie [...] de VREG het Vlaams Parlement in[licht] over de door hem vooropgestelde methodologie". Het woord vooropgesteld lijkt te wijzen op het ontwerp van methodologie. Artikel 11 van het voorstel stelt echter duidelijk dat de VREG het

---

<sup>2673</sup> Interpretatieve Nota, 9.

<sup>2674</sup> T. VANDEN BORRE, "De omzetting van de bepalingen inzake de onafhankelijke energieregulator – op weg naar Luxemburg?" in K. DE KETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (79) 125.

<sup>2675</sup> GwH, 7 augustus 2013, nr. 130/2010, overw. A.25.5.

<sup>2676</sup> Overweging 34 van de richtlijn 2009/72/EG: "om de interne markt voor elektriciteit goed te laten functioneren, moeten de energieregulators besluiten kunnen nemen over alle relevante reguleringskwesties en moeten zij volledig onafhankelijk zijn van alle andere publieke of particuliere belangen. Dit sluit rechterlijke toetsing en parlementair toezicht overeenkomstig het constitutionele recht van de lidstaten niet uit".

<sup>2677</sup> T. VANDEN BORRE, "De omzetting van de bepalingen inzake de onafhankelijke energieregulator – op weg naar Luxemburg?" in K. DE KETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (79) 108.

<sup>2678</sup> Er is immers geen sprake van een "interference or approval or consent", zie Interpretatieve Nota, pagina 9.

<sup>2679</sup> Voorstel van decreet tot wijziging van het decreet van 8 mei 2009 houdende de algemene bepalingen betreffende het energiebeleid, met betrekking tot de organisatie van de regulator, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, nr. 812/1, 5 en 12.

Vlaams Parlement inlicht van zijn **beslissing tot goedkeuring** van de tariefmethodologie, hetgeen het meedelen van de definitieve beslissing impliceert.

**833.** Uiteraard moet het de energieregulator ook steeds vrijstaan om zelf om een bespreking in de parlementaire commissie te vragen.<sup>2680</sup> Parlementaire controle op *individuele* beslissingen van regulatoren moet in het licht van de Europese onafhankelijkheidsvereisten (geen "directe instructies") evenwel uitgesloten blijven.<sup>2681</sup>

**834.** Aangezien het aangenomen wordt dat ambtenaren van de centrale administratie niet rechtstreeks verantwoording mogen afleggen aan het parlement en hier zeker niet toe verplicht kunnen worden, lijkt **individuele** verantwoording van bestuurders of directeurs ten aanzien van het parlement niet evident (wel de regulator als collectief).<sup>2682</sup> Ook in het licht van de Europese onafhankelijkheidsvereisten lijkt het niet wenselijk dat het parlement (of een parlementaire commissie) concrete sancties zou kunnen nemen ten aanzien van individuele bestuurders.<sup>2683</sup> Wat de ontslag- en tuchtmogelijkheden betreft, kan het parlement wel *onrechtstreeks* een grotere rol krijgen,<sup>2684</sup> door bijvoorbeeld ten eerste de magistraten te benoemen die deel kunnen uitmaken van een onafhankelijke Tuchtraad die beslist over tucht- en ontslagzaken bij de energieregulatoren. Dergelijke Tuchtraad werd reeds ingesteld bij de CREG.<sup>2685</sup> Ten tweede kan men aan het parlement de mogelijkheid bieden – indien zij op basis van hun parlementair controlerecht een ernstige onregelmatigheid vaststelt – om een verzoek tot onderzoek bij de Tuchtraad in te stellen.<sup>2686</sup>

---

<sup>2680</sup> De Commissie voor Leefmilieu, Natuur, Ruimtelijke Ordening, Energie en Dierenwelzijn hield op 14 oktober 2015 een hoorzitting *met de VREG* over enkele actuele dossiers, zie Verslag van de hoorzitting namens de Commissie voor Leefmilieu, Natuur, Ruimtelijke Ordening, Energie en Dierenwelzijn uitgebracht door Johan Danen en Andries Gryffroy met vertegenwoordigers van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt (VREG) over enkele actuele dossiers, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, nr. 565/1, 6, 11 en 13.

<sup>2681</sup> S. DE SOMER, "Internationale impuls en nationale beheersingsdrang inzake bestuurlijke verzelfstandiging: het Grondwettelijk Hof en de casus van de energieregulator", *TBP* 2012, afl. 4, (214) 220 en 224.

<sup>2682</sup> J. VELAERS, "Over de politieke verantwoordelijkheid van ministers" in M. ADAMS, R. BARBAIX en H. BRAECKMANS (eds.), *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, (361) 365.

<sup>2683</sup> Uit de parlementaire voorbereiding bij de wet van 8 januari 2012 bleek dat men tuchtzaken volledig wenste te laten behandelen door een parlementaire commissie. De Raad van State stelt in zijn advies dat de stellers van het ontwerp allicht bedoelden om de onafhankelijkheid van de leden van het Directiecomité te versterken door het ontslag te laten afhangen, niet alleen van een beslissing van de regering, maar ook van een beslissing van een parlementaire commissie, waarvan per definitie ook de oppositie deel uitmaakt. Dit neemt volgens de Raad niet weg dat de Kamer van volksvertegenwoordigers een politiek orgaan is. Het risico van een beslissing gesteund op politieke overwegingen is volgens de Raad van State niet ondenkbeeldig. Bovendien is een parlementaire commissie geen orgaan dat van nature geroepen is om zich te buigen over tuchtrechtelijke aangelegenheden (zie Adv.RvS nr. 49.570/3 bij het voorontwerp van wet tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de Elektriciteitswet en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, nr. 1725/1, 311). Zie ook A. HERINGA en L. VERHEY, "Independent Agencies and Political Control" in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), *Agencies in European and Comparative Law*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (155) 165.

<sup>2684</sup> A. HERINGA en L. VERHEY, "Independent Agencies and Political Control" in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), *Agencies in European and Comparative Law*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (155) 165.

<sup>2685</sup> Dergelijke Tuchtraad is formeel in de Elektriciteitswet ingeschreven in artikel 24, §2ter: "Voor de toepassing van de bepalingen bedoeld in § 2bis, wordt er een Tuchtraad opgericht. De Tuchtraad bestaat uit een voorzitter, magistraat, en twee leden, eveneens magistraten, die worden verkozen door de Kamer van volksvertegenwoordigers voor een hernieuwbaar mandaat van zes jaar. [...]". De leden zijn evenwel nog niet aangeduid.

<sup>2686</sup> Zoals dit bij de CREG nu is ingesteld voor de minister, zie artikel 24, § 2bis van de Elektriciteitswet: "Bij besluit van de Ministerraad, genomen ingevolge een voorstel dat door de minister is gedaan op basis van het advies van de Tuchtraad volgens de procedure bepaald in deze paragraaf, kan een einde worden gemaakt aan het mandaat van de voorzitter of van een of van meerdere leden van het directiecomité van de commissie die aansprakelijk zijn voor een van

## 2.4. Rechtsvergelijkend: oversight by Congress

### 2.4.1. *Algemeen*

**835.** De vraag die in dit onderdeel behandeld wordt is op welke manier het Congres nu precies toezicht houdt op de IRA's in de VS? Het antwoord op deze vraag kan namelijk een indicatie geven over welke mogelijke technieken ook uitgeoefend kunnen worden door de verschillende parlementen in België. Eerst en vooral zal worden ingegaan op een definiëring van "Congressional Oversight" (wat?), de concrete doelstellingen van het toezicht en de achterliggende positieve en negatieve drijfveren tot het al dan niet uitoefenen van het toezicht (waarom?). Aangezien de bevoegdheid van het Congres tot het uitoefenen van het toezicht niet expliciet vervat ligt in de Grondwet maar gebaseerd is op rechtspraak van het *U.S. Supreme Court*, zal ook dit aspect beknopt besproken worden, evenals een aantal belangrijke wetgevende bepalingen die het toezicht door het Congres omkaderen. Tot slot komen de specifieke technieken waarover het Congres beschikt aan bod (hoe?).

### 2.4.2. *Congressional Oversight: definiëring*

**836.** Een algemeen aanvaarde en allesomvattende definitie van *Congressional Oversight* is niet voorhanden. Vaak wordt het toezicht uitgeoefend door het Congres op een brede wijze gedefinieerd. De *Congressional Research Service* omschrijft *Congressional Oversight* als "broadly defined [...] the review, monitoring, and supervision of the implementation of public policy - of the executive branch".<sup>2687</sup> Ook SHARPE geeft een brede definitie: "oversight, refers broadly to the formal and informal tools - such as hearings, investigations, ex parte contacts including letters or phone calls, etc. - used by federal legislators

---

de volgende inbreuken: - schending van de voorwaarden van onafhankelijkheid waarin deze wet en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen, alsmede de uitvoeringsbesluiten genomen in uitvoering van deze wetten, voorzien; - schending, in de uitoefening van hun mandaten, van elke andere wettelijke of reglementaire bepalingen die van toepassing zijn op de voorzitter en/of de leden van het directiecomité krachtens deze wet en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen, alsmede de uitvoeringsbesluiten genomen in uitvoering van deze wetten. Na de vaststelling van een inbreuk, bedoeld in het eerste lid, en binnen de maand nadat hij van deze inbreuk heeft kennis genomen, zoekt de minister de Tuchtraad ingesteld door § 2ter aan bij een aangetekende brief met ontvangstmelding. Deze brief beschrijft inzonderheid de aard van de feiten die geacht worden de inbreuk te vormen. Geen enkele vermelding wordt gedaan in deze brief over de gevolgen die dienen te worden gegeven aan deze inbreuk. Binnen drie maanden na de verzending van de in het tweede lid bedoelde brief, roept de Tuchtraad de partijen, zijnde de minister en de persoon jegens wie de inbreuk is vastgesteld, op voor een hoorzitting. De oproeping voor deze hoorzitting wordt bij een aangetekende brief met ontvangstmelding verstuurd uiterlijk de tiende dag voor de hoorzitting. De partijen kunnen zich ter zitting laten bijstaan of vertegenwoordigen door een raadsman. Binnen de maand na de hoorzitting brengt de Tuchtraad een bindend advies uit voor de minister. Dit advies kan concluderen: - ofwel dat er reden is om tot een vervroegde beëindiging van het mandaat over te gaan met verval van opzeggingsvergoedingen of andere ontslagvergoedingen die contractueel werden bedongen; - ofwel dat er reden is om tot een vervroegde beëindiging van het mandaat over te gaan, zonder dat het noodzakelijk is het verval uit te spreken van opzeggingsvergoedingen of andere ontslagvergoedingen die contractueel werden bedongen; - ofwel dat er geen reden is om tot een vervroegde beëindiging van het mandaat over te gaan".

<sup>2687</sup> A. DOLAN, E. HALCHIN, T. GARVEY, W. OLESZEK en W. GINSBERG, "Congressional Oversight Manual", *Congressional Research Service Report for Congress*, 2014, 1.

and their staffs to gather information from or to influence decisions made by agency officials".<sup>2688</sup>

**837.** Ook BEERMANN maakt, net als SHARPE, een onderscheid tussen formeel en informeel toezicht. Hij maakt daarbij een onderscheid tussen het formeel optreden van het Congres op basis van een wettelijke grondslag en het informeel optreden, zonder uitdrukkelijke wettelijke basis:

"Congress's involvement in the administration of the law takes place both formally and informally. **Formally**, Congress attempts to control the administration of the law legislatively, through devices as general as the Administrative Procedure Act (APA) and as specific as legislation enumerating with particularity the purposes for which appropriated funds may or may not be spent and legislation approving particular agency action during the pendency of judicial review litigation. Informally, Congress uses the threat of legislative action, especially relating to its power over the budget, to control or at least influence the administration of the law in myriad ways, from insisting that the President appoint particular candidates for executive positions to pushing administrative action in the substantive direction favored by members of Congress without the need to resort to the full legislative process.<sup>2689</sup> **Informal** methods are those methods that do not require formal action by Congress, that is, no legislation or impeachment or advice and consent is required because the method of supervision does not purport to have any legal effect. This includes informal contact between members of Congress and administrators, committee hearings, information requests, and other similar devices. Informal oversight and supervision often take place with a threat in the background that if an agency does not align its actions with the desires of legislators, it will find itself subject to legislation including changes to the substance of its program, changes to its structure, reductions or reallocations of its budget or targeted appropriations riders.<sup>2690</sup> Through its oversight and supervision of the administration of the laws, Congress is involved in a great deal of the output of the administrative state".<sup>2691</sup>

**838.** De brede definitie van *Congressional Oversight* heeft bovendien betrekking op het toezicht dat zowel *ex-ante* als *ex-post* plaatsvindt.<sup>2692</sup> DESHAZO en J. FREEMAN steunen zich voor het onderscheid op de periode vóór en de periode na de delegatie van bevoegdheden:

"By ex ante controls we mean statutory language that circumscribes the scope of agency authority, dictates agency structure, and establishes procedural rules with which the agency must comply. Ex post controls, by contrast, consist of legislative supervision that occurs after Congress delegates authority to the agency. Various committees in both the House and Senate may have dominion over a single agency's budget as well as its top personnel appointments. Committees can discipline agencies in a variety of ways: by ordering them to conduct performance reviews; requesting audits by third parties like the Congressional Budget Office or General Accounting Office; and threatening the agency with special hearings. Moreover, committee members have numerous informal opportunities, either directly or through staff contacts, to convey their preferences to agency officials".<sup>2693</sup>

**839.** De iets minder brede definitie van *Congressional Oversight* gegeven door ABERBACH, heeft enkel betrekking op het ex-post aspect "Congresional

---

<sup>2688</sup> J. SHARPE, "Judging Congressional Oversight", *Administrative Law Review* 2013, (183) 184.

<sup>2689</sup> J. BEERMANN, "Congressional Administration", *San Diego Law Review* 2006, (61) 68.

<sup>2690</sup> J. BEERMANN, "Congressional Administration", *San Diego Law Review* 2006, (61) 121.

<sup>2691</sup> J. BEERMANN, "Congressional Administration", *San Diego Law Review* 2006, (61) 68.

<sup>2692</sup> J. DESHAZO en J. FREEMAN, "The Congressional Competition to Control Delegated Power", *Texas Law Review* 2003, (1443) 1456.

<sup>2693</sup> J. DESHAZO en J. FREEMAN, "The Congressional Competition to Control Delegated Power", *Texas Law Review* 2003, (1443) 1456.

oversight is the review after the fact,...[including] inquiries about policies that are or have been in effect, investigations of past administrative actions, and the calling of executive officers to account for their financial transactions".<sup>2694</sup> Een hoorzitting in de Senaat bij de benoeming van een voorzitter van een IRA valt hier bv. niet onder.

**840.** PRAY maakt dan weer een onderscheid tussen "legislative and investigative oversight".<sup>2695</sup> *Legislative oversight* heeft voornamelijk betrekking op de hoorzittingen georganiseerd in de comités en de subcomités. Het omvat o.a. het onderzoeken of de wetgeving afgekondigd door het Congres op correcte wijze wordt geïmplementeerd of daarbij al dan niet nieuw wetgevend initiatief nodig is. Hoorzittingen in de comités zijn er dan ook op gericht om de implementatie van het beleid te onderzoeken, waarbij geëvalueerd wordt of de discretionaire bevoegdheden van de *agencies* uitgebreid, aangepast of beknot moeten worden. *Investigative oversight* heeft betrekking op de typische onderzoeken die het Congres onderneemt wanneer er sprake is van beschuldigingen van corruptie of misdadige feiten gepleegd binnen een bepaald departement of door een bepaalde ambtenaar.<sup>2696</sup>

**841.** In dit onderzoek wordt uitgegaan van een breed begrip van het toezicht dat wordt uitgeoefend door het Congres, waarbij zowel formele als informele aspecten, *ex-ante* als *ex-post* aan bod kunnen komen. Aangezien het Congres echter beschikt over een bijzonder omvangrijk scala van mogelijke toezichtsvormen, zal dit onderzoek zich focussen op de meeste frequent gehanteerde en voor dit onderzoek de meeste relevante technieken.

#### 2.4.3. *Congressional Oversight: doelstellingen en drijfveren*

**842.** Waarom is er nu dergelijke noodzaak aan de uitoefening van dit *Congressional Oversight*? Het fundamentele doel van het toezicht uitgeoefend door het Congres "is to hold executive officials accountable for the implementation of delegated authority".<sup>2697</sup> KAGAN stelt dat de achterliggende redenen voor het toezicht uitgeoefend door het Congres meer dan duidelijk zijn:

"The rationale for strong congressional supervision of administrative action is straightforward. Congress is a **democratically elected and accountable decisionmaking body**, charged by the Constitution to make, law for the nation. Congress, of course, must delegate certain tasks relating to the implementation of these laws to the administration. But administrative officials may exercise coercive powers only as authorized by and in conformity with legislative directives. In establishing mechanisms to secure agencies' compliance with legislative will, Congress

---

<sup>2694</sup> J. ABERBACH, *Keeping A Watchful Eye: The Politics Of Congressional Oversight*, Washington D.C., Brookings Institution, 1990, 217.

<sup>2695</sup> J. PRAY, "Congressional Reporting Requirements: Testing the Limits of the Oversight Power", *University of Colorado Law Review* 2005, (297) 306.

<sup>2696</sup> J. PRAY, "Congressional Reporting Requirements: Testing the Limits of the Oversight Power", *University of Colorado Law Review* 2005, (297) 307.

<sup>2697</sup> W. OLESZEK, "Congressional Oversight: An Overview", *Congressional Research Service Report for Congress*, 2010, 24.

does no more than assert its unquestioned constitutional primacy over the lawmaking function".<sup>2698</sup>

**843.** De verschillende doelstellingen van het toezicht worden volgens de *Congressional Research Service* als volgt samengevat:

- (1) Ervoor te zorgen dat de uitvoerende macht op correcte wijze de objectieven gesteld door de wetgever naleeft ("executive the laws faithfully").
- (2) De efficiëntie, effectiviteit en economische werking van het overheidsapparaat versterken.
- (3) Agency programma's evalueren.
- (4) Het voorkomen van aantasting van de wetgevende bevoegdheden door uitvoerende instanties.
- (5) Het onderzoeken (*investigate*) van vormen van corruptie, fraude, ... en dit eveneens te voorkomen in de toekomst.
- (6) Het evalueren van de *agency* ambtenaren hun "management skills", bijvoorbeeld via de rapporteringsplicht van de *agencies* aan het Congres.
- (7) Het houden van financieel toezicht (*appropriations process*).
- (8) Nagaan of de beleidslijnen van de *agencies* gericht zijn op het algemeen belang.
- (9) Tal van andere doelstellingen zoals: het reviewen van het *agency rulemaking* proces, het beschermen van *agencies* te ongefundeerde kritiek,...<sup>2699</sup>

**844.** Het lijkt misschien vreemd dat het Congres in een land als de VS, met een (semi)presidentieel stelsel, dergelijke cruciale rol heeft verworven. Deze oversight mechanismen zijn voornamelijk tot stand gekomen onder invloed van de IRA's: deze *arm's of Congress* werden door het Congres gebruikt om de macht van de wetgever over de uitvoerende macht te verstevigen, hetgeen ook inhield dat het Congres controle moest kunnen uitoefenen over de IRA's. Op die manier ontstond geleidelijk aan een systeem van technieken waarover het Congres vandaag beschikt om toezicht uit te oefenen.

**845.** MCCUBBINS en SCHWARTZ beschrijven, in een frequent naar verwezen publicatie,<sup>2700</sup> de rol van het Congres als tweevoudig: aan de ene kant vervult het Congres de rol van een politiepatrouille (*police-patrol oversight*), en aan de andere kant die van een brandweerman die reageert op een alarmoproep (*fire-alarm oversight*).<sup>2701</sup> De politiepatrouilles houden verband met een constante taak, waarbij het Congres op een gecentraliseerde, actieve en directe manier een selectie onderzoekt van uitvoerende activiteiten, met de bedoeling om eventuele schendingen van wettelijke doelstellingen vast te stellen en die te verhelpen. De auteurs plaatsen hieronder: het nalezen van documenten, wetenschappelijke studies laten opstellen, onderzoek ter plaatste verrichten en hoorzittingen laten plaatsvinden.<sup>2702</sup> Het brandweerverzicht heeft volgens de auteurs betrekking op de situatie waarbij het Congres afwacht tot iemand aan de alarmbel trekt en problemen signaleert. Het gaat daarbij om een systeem van regels, procedures en informele praktijken waarbij individuen of organisaties

<sup>2698</sup> E. KAGAN, "Presidential Administration", *Harvard Law Review* 2001, (2245) 2255.

<sup>2699</sup> A. DOLAN, E. HALCHIN, T. GARVEY, W. OLESZEK en W. GINSBERG, "Congressional Oversight Manual", *Congressional Research Service Report for Congress*, 2014, 2-3.

<sup>2700</sup> Zie bv. E. KAGAN, "Presidential Administration", *Harvard Law Review* 2001, (2245) 2258.

<sup>2701</sup> M. MCCUBBINS en T. SCHWARTZ, "Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols versus Fire Alarms", *American Journal of Political Science* 1984, (165) 165.

<sup>2702</sup> M. MCCUBBINS en T. SCHWARTZ, "Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols versus Fire Alarms", *American Journal of Political Science* 1984, (165) 166.

een problematiek kunnen aankaarten en een oplossing kunnen verzoeken aan het agency zelf, de rechtbanken en hoven of het Congres.<sup>2703</sup> Het gaat hierbij niet zozeer om het optreden van het Congres zelf. Het gaat erom dat het Congres in instrumenten voorziet die anderen kunnen gebruiken tegen *agency decisions*. Volgens MCCUBBINS en SCHWARTZ geeft het Congres de voorkeur aan het *fire-alarm oversight*, omdat deze aanpak meer voordelen biedt voor de congresleden.<sup>2704</sup> MCCUBBINS stelt dan ook dat "Political leaders are therefore likely to prefer the low-risk, high-reward strategy of fire-alarm oversight...".<sup>2705</sup> Hierdoor krijgt het Congres volgens de auteurs de kritiek toegeworpen dat het zelf te weinig controle instelt.

**846.** De doelstellingen en de achterliggende redenen tot het uitoefenen van wetgevend toezicht zijn dan ook meervoudig en zorgen ervoor dat de technieken samen een complex kluwen vormen van talrijke procedures, regels en praktijken waaraan de IRA's onderworpen zijn.

#### 2.4.4. *Bevoegdheid van het Congres om toezicht uit te oefenen*

**847.** De bevoegdheid van het Congres om op te treden als controlerende instantie vloeit enerzijds (impliciet) voort uit de Grondwet, en werd daarna eveneens uitdrukkelijk bestendigd door het *U.S. Supreme Court* en de *Legislative Reorganization Act* van 1946.

##### 2.4.4.1. Grondwet

**848.** De Amerikaanse Grondwet bevat tal van bepalingen waaruit, al dan niet impliciet, bepaalde controlerende bevoegdheden van het Congres in het kader van de *checks and balances* uit kunnen worden afgeleid. Zo beschikt het Congres over "the power of the purse",<sup>2706</sup> "the power to organize the executive branch" en "the power to make all laws for "carrying into Execution" Congress's own enumerated powers as well as those of the executive",<sup>2707</sup> "the power to

---

<sup>2703</sup> M. MCCUBBINS en T. SCHWARTZ, "Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols versus Fire Alarms", *American Journal of Political Science* 1984, (165) 166.

<sup>2704</sup> Bij politiepattouilles stellen ze ofwel geen schendingen vast, bekijken ze slechts een klein fragment van alle acties waardoor potentiële schendingen aan hun oog ontsnappen, en dragen ze zelf de kosten van het onderzoek in vergelijking bij het fire-alarm oversight waarbij de burger dit draagt. M. MCCUBBINS en T. SCHWARTZ, "Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols versus Fire Alarms", *American Journal of Political Science* 1984, (165) 168: "a congressman's objective [...] is to take as much credit as possible for net benefits enjoyed by his potential supporters and that he can do so more efficiently under a policy of fire-alarm oversight than under a police-patrol policy".

<sup>2705</sup> M. MCCUBBINS, "Abdication or Delegation? Congress, the Bureaucracy, and the Delegation Dilemma", *Regulation* 1999, (30) 30.

<sup>2706</sup> Article I, Section 9, Clause 7 U.S. Constitution: "No Money shall be drawn from the Treasury, but in Consequence of Appropriations made by Law."

<sup>2707</sup> Article I, Section 8, Clause 19 U.S. Constitution "To make all laws which shall be necessary and proper for carrying into execution the foregoing powers, and all other powers vested by this Constitution in the government of the United States, or in any department or officer thereof". The "elastic clause" enlarges legislative power by enabling Congress to use any means it thinks reasonable to put these powers into action. This clause also authorizes Congress to enact legislation necessary to carry out the powers of the other branches, for example to organize and reorganize the executive branch, zie [http://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm), laatst geconsulteerd op 9 april 2016.



confirm officers of the United States”,<sup>2708</sup> “the power of investigation and inquiry” (impliciete bevoegdheid),<sup>2709</sup> en tot slot de “impeachment and removal”<sup>2710</sup> bevoegdheid.<sup>2711</sup>

#### 2.4.4.2. U.S. Supreme Court (investigative oversight)

**849.** “The power to investigate” is een (impliciete) bevoegdheid van het Congres. Dit vloeit ook voort uit de rechtspraak van het *U.S. Supreme Court*. In 1928, in de zaak *McGrain v. Daugherty*, stelde het Hof dat het Congres het constitutionele recht had om iemand te dagvaarden (*subpoena*) om voor het Congres te verschijnen, en dat wanneer iemand dit weigerde, hij of zij veroordeeld kon worden wegens *contempt* (minachting voor de Senaat in dit geval).<sup>2712</sup> Dit onderzoeksrecht (investigation) vloeide volgens het Hof voort uit de “law-making function of Congress”.<sup>2713</sup> De *investigations*-bevoegdheid waarop het Congres beroep deed werd echter reeds sinds 1792 uitvoerig gebruikt.<sup>2714</sup> Na de Tweede Wereldoorlog kwam de *investigations*-bevoegdheid van het Congres enigszins onder druk te staan. In *Watkins v. US* (1957) stelde het Hof:

“The power of Congress to conduct investigations, inherent in the legislative process, is broad, but it is **not unlimited**”.<sup>2715</sup> Congress has no general authority to expose the private affairs of individuals without justification in terms of the functions of Congress No inquiry is an end in itself; it must be related to, and in furtherance of, a legitimate task of Congress [...]. A congressional investigation into individual affairs is **invalid if unrelated to any legislative purpose** [...]. Congressional investigating committees are restricted to the missions delegated to them -- to acquire certain data to be used by the House or Senate in coping with a problem that falls **within its legislative sphere** -- and no witness can be compelled to make disclosures on matters outside that area”.

---

<sup>2708</sup> Article II, Section 2, Clause 2 U.S. Constitution: “he shall nominate, and by and with the advice and consent of the Senate, shall appoint ambassadors, other public ministers and consuls, judges of the Supreme Court, and all other officers of the United States, whose appointments are not herein otherwise provided for, and which shall be established by law: but the Congress may by law vest the appointment of such inferior officers, as they think proper, in the President alone, in the courts of law, or in the heads of departments”.

<sup>2709</sup> “The authority of Congress to investigate is an implied constitutional power”, zie <http://www.senate.gov/artandhistory/history/common/briefing/Investigations.htm>, laatst geconsulteerd op 9 april 2016. Zie ook J. MADISON, “The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments”, *Federalist Paper* nr. 51: “In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself”. [...]. The different governments will control each other, at the same time that each will be controlled by itself.”

<sup>2710</sup> Article II, Section 2 en Section 3, Clause 2 U.S. Constitution.

<sup>2711</sup> A. DOLAN, E. HALCHIN, T. GARVEY, W. OLESZEK en W. GINSBERG, “Congressional Oversight Manual”, *Congressional Research Service Report for Congress*, 2014, 4-5.

<sup>2712</sup> *McGrain v. Daugherty*, 273 US 135 (1927): “The two houses of Congress, in their separate relations, have not only such powers as are expressly granted them by the Constitution, but also such auxiliary powers as are necessary and appropriate to make the express powers effective, but neither is invested with “general” power to inquire into private affairs and compel disclosures. A witness may rightfully refuse to answer where the bounds of the power are exceeded or the questions are not pertinent to the matter under inquiry

<sup>2713</sup> *McGrain v. Daugherty*, 273 US 135 (1927): It is to be presumed that the object of the Senate in ordering such an investigation is to aid it in legislating.

<sup>2714</sup> In 1792 meer specifiek naar aanleiding van een mislukte expeditie naar St. Clair (Native American gebied), zie de *resolution* van het Huis van Afgevaardigden hierover, online consulteerbaar op: <http://www.senate.gov/artandhistory/history/common/investigations/pdf/StClairInquiry.pdf>. K. THOMAS, L. EIG en H. COHEN, *The Constitution of the United States of America. Analysis and Interpretation*, Congressional Research Service, Washington, U.S. Government Printing Office, 2013, 96.

<sup>2715</sup> *Watkins v. US*, 354 US 178 (1957).

Het Hof stelde bijgevolg een beperking in op de rechtspraak uit *McGrain*, namelijk dat de onderzoeksmogelijkheden verband moeten houden met een wetgevend doel, en indien er vragen gesteld worden buiten deze wetgevende functie dan heeft de persoon recht om zich te beroepen op "The Fifth Amendment".<sup>2716</sup> Een andere zaak waarin het *U.S. Supreme Court* inging op de onderzoeksbevoegdheden van het Congres, is *Barenblatt v. US* (1959).<sup>2717</sup> Daarin stelde het Hof dat het Congres gebonden is aan de rechten die vervat liggen in de "First, Ninth, and Tenth Amendments", maar dat het Congres hier het recht had om de persoon te vragen naar het al dan niet lidmaatschap van de communistische partij. Het Hof voegde er aan toe dat het Congres optrad binnen de grenzen van de wetgevende bevoegdheid.<sup>2718</sup> In de zaak *Eastland* (1975) tot slot stelde het *U.S. Supreme Court* dat het recht om beroep te doen op het "First Amendment" kan vervallen wanneer het Congres over wetgevende bevoegdheden beschikt om in die materie onderzoekend op te treden.<sup>2719</sup> De onderzoeksbevoegdheden van het Congres zijn bijgevolg bijzonder ruim<sup>2720</sup> en worden enkel beperkt door (1) de grondrechten (tenzij een bijzondere belangenafweging dit niet vereist) en (2) de link tussen het verzoek tot informatie en de wetgevende bevoegdheden waarover het Congres beschikt om in die materie onderzoekend op te treden.

#### 2.4.4.3. Legislative Reorganization Act (1946)

**850.** De lange geschiedenis van het toezicht uitgeoefend door het Congres verkreeg pas een uitdrukkelijke wettelijke basis via de *Legislative Reorganization Act*<sup>2721</sup> uit 1946.<sup>2722</sup> De wet bracht zowel bij de Senaat als bij het Huis verschillende gelijkaardige *Standing Committees* onder, die elk specifieke bevoegdheid en toebedeeld kregen (Sec. 102 en Sec. 121). De *Committees* kregen als bevoegdheden: "each standing committee [...] is authorized to hold such hearings, to sit and act at such times and places during the sessions, recesses and adjourned periods [...] to require by subpoena or otherwise the attendance of such witnesses and the production of such correspondence,

<sup>2716</sup> U.S. Constitution: "No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation." *Watkins v. US*, 354 US 178 (1957): "Petitioner was not accorded a fair opportunity to determine whether he was within his rights in refusing to answer, and his conviction was invalid under the Due Process Clause of the Fifth Amendment".

<sup>2717</sup> *Barenblatt v. US*, 360 US 109 (1959).

<sup>2718</sup> *Barenblatt v. US*, 360 US 109 (1959): "The investigation here involved was related to a valid legislative purpose, since Congress has wide power to legislate in the field of Communist activity in this Country and to conduct appropriate investigations in aid thereof".

<sup>2719</sup> *Eastland v. United States Servicemen's Fund*, 421 U.S. 491 (1975). Dit was in deze zaak het geval, aangezien het U.S. Supreme Court stelde dat het "Senate subcommittee on Internal Security was given broad authority by the Senate to make complete and continuing study and investigation of... the administration, operation and enforcement of the Internal Security Act of 1950...".

<sup>2720</sup> K. THOMAS, L. EIG en H. COHEN, "The Constitution of the United States of America. Analysis and Interpretation", *Congressional Research Service Report for Congress*, 2013, 96.

<sup>2721</sup> Legislative Reorganization Act, Chapter 753, 60 Stat. 812, enacted August 2, 1946.

<sup>2722</sup> A. DOLAN, E. HALCHIN, T. GARVEY, W. OLESZEK en W. GINSBERG, "Congressional Oversight Manual", *Congressional Research Service Report for Congress*, 2014, 1.

books, papers, and documents, to take such testimony and to make such expenditures as it deems advisable. [...]. Each such committee may make investigations into any matter within its jurisdiction [...]" (Sec. 134). Wat de *legislative oversight* taken betreft, bepaalde Sectie 136:

"To assist the Congress in appraising the administration of the laws and in developing such amendments or related legislation as it may deem necessary, each standing committee of the Senate and the House [...] shall exercise **continuous watchfulness** of the execution by the administrative agencies concerned of any laws, the subject matter of which is within the jurisdiction of such committees, and for that purpose, shall study all pertinent reports and data submitted to the Congress by the agencies in the executive branch of the Government".

De comités moesten met andere woorden hun "politiepatrouille" taken uitoefenen, binnen het hen toegewezen toepassingsgebied, op de implementatie van de wetten door de *agencies*. Dit toezicht wordt mogelijk gemaakt door de rapporten en de informatie die de *agencies* aan het Congres meedelen. De wet zorgde er eveneens voor dat de comités permanent professioneel personeel toegewezen kregen.<sup>2723</sup> Bovendien werd de *Legislative Reference Service* (LRS) opgericht, als een apart departement van de bibliotheek van het Congres. De LRS was bevoegd om de comités te adviseren en te assisteren bij het analyseren en het evalueren van elk wetgevend voorstel.<sup>2724</sup>

#### 2.4.4.4. Legislative Reorganization Act (1970)

**851.** De Act uit 1946 werd in 1970 grondig aangepast en uitgebreid.<sup>2725</sup> Zo bepaalt de wet nu dat het legislative review door de comités het volgende inhoudt:

"In order to assist the Senate (or House) in (1) its analysis, appraisal, and evaluation of the application, administration, and execution of the laws enacted by the Congress, and (2) its formulation, consideration, and enactment of such modifications of or changes in those laws, and of such additional legislation, as may be necessary or appropriate, each standing committee of the Senate shall **review and study, on a continuing basis, the application, administration, and execution of those laws, or parts of laws**, the subject matter of which is within the jurisdiction of that committee".

Om de twee jaar (*each odd-numbered year*) dienen de comités te rapporteren over hun toezicht. De *Legislative Reference Service* werd eveneens omgedoopt tot de huidige *Congressional Research Service*.<sup>2726</sup> Daarenboven werd het personeelsaantal bij de comités verdubbeld.<sup>2727</sup>

#### 2.4.4.5. Congressional Review Act (1996)

---

<sup>2723</sup> A. DOLAN, E. HALCHIN, T. GARVEY, W. OLESZEK en W. GINSBERG, "Congressional Oversight Manual", *Congressional Research Service*, Report for Congress, 2014, 7.

<sup>2724</sup> A. DOLAN, E. HALCHIN, T. GARVEY, W. OLESZEK en W. GINSBERG, "Congressional Oversight Manual", *Congressional Research Service*, Report for Congress, 2014, 7.

<sup>2725</sup> Legislative Reorganization Act of 1970, Public Law 91-510, 84 Stat. 1140.

<sup>2726</sup> 84 Stat. 1181: "The Legislative Reference Service in the Library of Congress is hereby continued as a separate department in the Library of Congress and is redesignated the 'Congressional Research Service'".

<sup>2727</sup> 84 Stat. 1175-1179.

**852.** Na de rechtspraak van het *U.S. Supreme Court in Chadha*,<sup>2728</sup> waarbij het Congres de mogelijkheid tot het uitoefenen van een *legislative veto* kwijt raakte (*infra* nr. 886),<sup>2729</sup> trachtte het Congres op een andere manier (buiten de traditionele wetgevingsprocedure) haar toezichtsbevoegdheden uit te oefenen en kondigde daarom de *Congressional Review Act* (CRA) af.<sup>2730</sup> Via de CRA beschikt het Congres namelijk over de mogelijkheid, om via een "fast-track" wetgevende procedure (*expedited legislative process*), een ruime waaier van *agency rules* te verwerpen via een *joint resolution of disapproval*.<sup>2731</sup> 5 U.S. Code § 801 (a)(1)(A) bepaalt dat vóór een regel in werking kan treden, het federale *agency* dat de regel afkondigt,<sup>2732</sup> een rapport moet voorleggen aan het Congres dat een kopie van de regel, een algemene verklaring (o.a. of het gaat om een *major rule*) en de datum van inwerkingtreding bevat. Zogenaamde *major rules* treden immers niet meteen in werking, maar pas na (de laatste van de twee data): 60 dagen na publicatie of 60 dagen na de mededeling van de regel aan het Congres.<sup>2733</sup> Binnen de 60 dagen na het verkrijgen van de *rule* moet het Congres dan ook de *disapproval resolution* voorleggen. Elke andere regel kan onmiddellijk in werking treden, maar kan nog steeds getroffen worden door een *disapproval resolution*. Wanneer een *dissapproval resolution* wordt aangenomen dan mag de *major rule* niet meer in werking treden en mag het *agency* ook geen gelijkaardige regel meer afkondigen.<sup>2734</sup> Gaat het over een andere regel die al in werking was getreden, dan wordt die regel retroactief vernietigd ("treated as though it had never taken effect").<sup>2735</sup> Indien ofwel de Senaat ofwel het Huis de resolutie niet goedkeurt, dan treedt de regel onmiddellijk in werking. Aangezien de normale wetgevingsprocedure gevolgd moet worden (zij het in een versnelde versie), beschikt de President eveneens over een veto-mogelijkheid.<sup>2736</sup> Wanneer de President zijn vetorecht gebruikt tegen de *disapproval resolution* dan mag de regel voor 30 dagen niet in werking treden, tenzij het Huis of de Senaat instemt met het veto.<sup>2737</sup> Enkel via een tweederdemeerderheid kan het Congres de regel nog tegenhouden.

**853.** Hoewel de *Congressional Review Act* een krachtig instrument lijkt, waarbij nagenoeg elke regel uitgevaardigd door een *agency* door het Congres kan worden tegengehouden, wordt het instrument zelden tot nooit (succesvol) toegepast. Zo titelde een krantenkop in 2015 "The Congressional Review Act,

<sup>2728</sup> *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, 462 US 919 (1983).

<sup>2729</sup> Zie hierna, punt 2.4.7.1.

<sup>2730</sup> *Congressional Review Act*, 5 U.S.C. § 801-808.

<sup>2731</sup> R. BETH, "Disapproval of Regulations by Congress: Procedure Under the Congressional Review Act", *Congressional Research Service Report for Congress*, 2001, 1-2.

<sup>2732</sup> 5 U.S. Code § 804: "The term "Federal agency" means any agency as that term is defined in section 551(1)"; 5 U.S. Code § 551 : "agency means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency", dus opnieuw zijn ook de IRA's hierbij inbegrepen.

<sup>2733</sup> 5 U.S. Code § 801 (a)(3).

<sup>2734</sup> 5 U.S. Code § 801 (b)(1) en (2).

<sup>2735</sup> 5 U.S. Code § 801 (f).

<sup>2736</sup> R. BETH, "Disapproval of Regulations by Congress: Procedure Under the Congressional Review Act", *Congressional Research Service Report for Congress*, 2001, 14.

<sup>2737</sup> 5 U.S. Code § 801 (a)(3)(B).

rarely used and (almost always) unsuccessful".<sup>2738</sup> Zo heeft het Congres nog maar éénmaal succesvol de Act toegepast.<sup>2739</sup> Dit komt grotendeels door de aanwezigheid van het Presidentieel veto, aangezien de President zelden tot nooit een regel uit zijn eigen administratie zal tegenhouden, bovendien is een tweederdemeerderheid in het Congres moeilijk haalbaar om het veto van de President te verwerpen.<sup>2740</sup> Enkel wanneer een recent aangestelde President geconfronteerd wordt met een regel genomen tijdens de administratie onder een vorige President bestaat de kans op slagen.<sup>2741</sup>

#### 2.4.5. Congressional Oversight technieken: toegepast op FERC

**854.** De regels van de FERC zijn niet zozeer onderworpen aan *Congressional review* (buiten de loutere mededeling van de regels), maar kunnen uiteraard wel het voorwerp uitmaken van specifieke hoorzittingen.<sup>2742</sup> Aan de basis van deze hoorzittingen kunnen eveneens de verschillende rapporten liggen die de FERC aan het Congres moet verzenden. Bovendien is de FERC ook onderworpen aan het toezicht door "The Government Accountability Office" (GAO) en het toezicht uitgeoefend door "The Office of Inspector General". Daarenboven houdt het Congres ook *ex-ante* toezicht door het houden van *confirmation hearings* bij de benoeming van de commissieleden. Deze technieken worden in onderstaand deel besproken. In de tussenconclusie wordt vervolgens het nut van deze technieken, voor wat het toezicht op de Belgische energieregulatoren betreft, geanalyseerd.

##### 2.4.5.1. The Legislative Power

**855.** Deze vanzelfsprekende vorm van toezicht uitgeoefend door het Congres mag niet uit het oog verloren worden: het Congres heeft namelijk steeds de bevoegdheid om het wetgevend kader inzake de werking van de IRA's aan te passen.<sup>2743</sup> Het Congres beschikt hiermee eveneens over een krachtig sanctiemechanisme. Het Congres kan immers steeds (1) de bevoegdheden van de IRA's inperken wanneer zij volgens het Congres onvoldoende presteren, (2) het budget van de IRA's besnoeien, (3) een IRA herstructureren waardoor

---

<sup>2738</sup> S. SHAPIRO, "The Congressional Review Act, rarely used and (almost always) unsuccessful", *The Hill* 17 april 2015, <http://thehill.com/blogs/pundits-blog/lawmaker-news/239189-the-congressional-review-act-rarely-used-and-almost-always>.

<sup>2739</sup> W. OLESZEK, "Congressional Oversight: An Overview", *Congressional Research Service* Report for Congress, 2010, 8; S. SHAPIRO, "The Congressional Review Act, rarely used and (almost always) unsuccessful", *The Hill* 17 april 2015, <http://thehill.com/blogs/pundits-blog/lawmaker-news/239189-the-congressional-review-act-rarely-used-and-almost-always>.

<sup>2740</sup> M. CAREY, "The Federal Rulemaking Process: An Overview", *Congressional Research Service* Report for Congress, 2011, 16.

<sup>2741</sup> S. SHAPIRO, "The Congressional Review Act, rarely used and (almost always) unsuccessful", *The Hill* 17 april 2015, <http://thehill.com/blogs/pundits-blog/lawmaker-news/239189-the-congressional-review-act-rarely-used-and-almost-always>.

<sup>2742</sup> Uit interviews bij de FERC blijkt dat hier regelmatig gebruik van wordt gemaakt, niet alleen bij het uitvaardigen van regels, maar ook bij het uitvoeren van talrijke agency programma's of bij de toekenning van het budget van de FERC. Ongeveer elke maand vindt wel een hoorzitting in het Congres plaats.

<sup>2743</sup> J. BEERMANN, "Congressional Administration", *San Diego Law Review* 2006, (61) 69.

verschillende functies verdwijnen, (4) het IRA uiteindelijk afschaffen,<sup>2744</sup> zoals gebeurd is met de *Interstate Commerce Commission* (ICC), de *Immigration and Naturalization Service* (INS) of de *Civil Aeronautics Board* (CAB).<sup>2745</sup> Ook bij de FERC vond er reeds een poging tot afschaffing plaats (*supra* nr. 480).<sup>2746</sup> Bovendien kan het Congres nieuwe wetgeving aannemen, zoals het bijvoorbeeld gedaan heeft met de *Administrative Procedure Act*, de *Paperwork Reduction Act* en de *Congressional Review Act*, om de taken en bevoegdheden van de IRA's te stroomlijnen en om in extra verantwoordingsmechanismen te voorzien. Daarenboven kan het Congres ook voorzien in strenge procedurele vereisten. Het toezicht op de correcte toepassing van de *Statutes* vloeit logischerwijs voort uit de wetgevende bevoegdheden van het Congres.<sup>2747</sup>

**856.** Het Congres heeft bijgevolg de belangrijke taak om erop toe te zien dat de wetten correct worden uitgevoerd, op de wijze waarop het Congres dit voor ogen had. Gebeurt dit niet, dan heeft het Congres de taak om de wetgeving bij te sturen waar nodig. Dit is onmogelijk zonder de "review and study, on a continuing basis, [of] the application, administration, and execution of those laws, or parts of laws, the subject matter of which is within the jurisdiction of that committee".<sup>2748</sup> De toezichtsbevoegdheden van het Congres dienen de wetgevende bevoegdheden.

**857.** Uiteraard is ook het omgekeerde mogelijk en kan een agency het Congres verzoeken om bijkomende bevoegdheden. Zo vroeg de FERC in 2012 om meer bevoegdheden met betrekking tot de aanpak van cybercriminaliteit tegen elektriciteitsinstallaties en de veiligheid van de elektriciteitsnetten.<sup>2749</sup> Het *Government Accountability Office* (GAO) stelde echter dat de FERC, in plaats van uitgebreidere bevoegdheden, efficiënter moet omgaan met de huidige

---

<sup>2744</sup> D. CUSTOS, "The Rulemaking Power of Independent Regulatory Agencies", *The American Journal of Comparative Law* 2006, (615) 632; M. SCHOLTEN, *The Political Accountability of EU Agencies: Learning from the US Experience*, Leiden, Brill Nijhoff, 2014, 294.

<sup>2745</sup> Airline Deregulation Act of 1978, Pub.L. 95-504, 92 Stat. 1705.

<sup>2746</sup> Zie het hoofdstuk over de onafhankelijkheid.

<sup>2747</sup> W. OLESZEK, "Congressional Oversight: An Overview", *Congressional Research Service Report for Congress*, 2010, 24: "Congressional oversight ideally involves the continuous review by the House and Senate, especially through their committee structures, of how effectively and efficiently the executive branch is carrying out legislative mandates. The "continuous watchfulness" precept [...] implied that Congress would henceforth participate actively in administrative decisionmaking, in line with the observation that "administration of a statute is, properly speaking, an extension of the legislative process". Oversight, in brief, is crucial to the lawmaking process. Only by investigating how a law is being administered can Congress discover deficiencies in the original statute and make necessary adjustments and refinements. As a Senator stated: We must do more than write laws and decide policies. It is also our responsibility to perform the oversight necessary to insure that the administration enforces those laws as Congress intended".

<sup>2748</sup> 2 U.S. Code § 190d.

<sup>2749</sup> FERC's OER Director Joseph McClelland testimony before the Senate Energy & Natural Resources Committee, 17 juli 2012, <http://www.ferc.gov/EventCalendar/Files/20120717100957-7-17-12-FERC-Testimony.pdf>: "The Commission is committed to protecting the reliability of the nation's bulk electric system; nevertheless, the Commission's current authority is not adequate to address cyber or other national security threats to the reliability of our transmission and power system. These types of threats pose an increasing risk to our Nation's electric grid, which undergirds our government and economy and helps ensure the health and welfare of our citizens. [...] The Commission's current legal authority is inadequate for such action. This is true of both cyber and physical threats to the bulk power system that pose national security concerns. Section 215 of the FPA excludes all facilities in Alaska and Hawaii and all local distribution facilities from the Commission's reliability jurisdiction, which may leave significant facilities vulnerable to the threat of a cyber or physical attack".

bevoegdheden en beter moet samenwerken met de deelstatelijke entiteiten.<sup>2750</sup> Het Congres ging niet in op deze vraag, aangezien de FERC geen bevoegdheden kan verkrijgen op het distributieniveau (hetgeen de regulator verzocht). De *Public Utilities Commissions* uit de deelstaten zijn hiervoor bevoegd. Ondertussen zijn wel twee Senaatsvoorstellen ingediend (*Energy Policy Modernization Act of 2015* en *Cybersecurity Information Sharing Act of 2015*) om de problematiek van de cybersecurity aan te pakken.<sup>2751</sup>

**858.** FREEMAN en SPENCE geven in een recent artikel (*infra* nr. 989) aan dat het Congres de afgelopen jaren (te) weinig nieuwe wetgeving uitgevaardigd heeft inzake energie: "FERC [has] continued to confront new and important [...] energy challenges, but Congress has been largely absent from the policy response".<sup>2752</sup> De auteurs wijten dit stilzitten – net als de geïnterviewde personeelsleden van de FERC – aan de moeilijke politieke en ideologische verhoudingen tussen de Democraten en de Republikeinen, waardoor nauwelijks nog een wet gestemd raakt.

**859.** De FERC werd de afgelopen twintig jaar (en wordt ook vandaag nog) geconfronteerd met nieuwe problematieken en technologieën, zoals *smart grids* en *smart information technology*, het integreren van wind- en zonne-energie maar ook met ontvlechtingproblemen.<sup>2753</sup> Doordat het Congres geen richtlijnen meer meegeeft over hoe de FERC haar bevoegdheden moet uitoefenen bij gewijzigde omstandigheden of nieuwe problematieken, moet de FERC zelf de verouderde wetgeving (o.a. de *Federal Power Act*, 1935) interpreteren en zelf aan *policymaking* doen. Zo gaf de FERC zelf een invulling aan de bepaling in de *Federal Power Act* die stelt dat de FERC erop moet toezicht dat "the rates charged for these services were 'just and reasonable' and 'nondiscriminatory'." De FERC heeft deze bepaling bijvoorbeeld geïnterpreteerd in die zin dat er sprake is van marktconforme tarieven:

"After Order No. 888, FERC accelerated the process of authorizing wholesale sellers to sell power at market rates, rather than setting the rates itself in a traditional

---

<sup>2750</sup> "To address these challenges, we made recommendations in our January 2011 report. To improve coordination among regulators and help Congress better assess the effectiveness of the voluntary smart grid standards process, we recommended that the Chairman of FERC develop an approach to coordinate with state regulators and with groups that represent utilities subject to less FERC and state regulation to (1) periodically evaluate the extent to which utilities and manufacturers are following voluntary interoperability and cybersecurity standards and (2) develop strategies for addressing any gaps in compliance with standards that are identified as a result of this evaluation", zie GAO, "ELECTRICITY GRID MODERNIZATION. Progress Being Made on Cybersecurity Guidelines, but Key Challenges Remain to be Addressed", Januari 2011, <http://www.ferc.gov/industries/electric/indus-act/smart-grid/gao-report.pdf>, 26.

<sup>2751</sup> Energy Policy Modernization Act of 2015, S2012, 114 Congres en Cybersecurity Information Sharing Act, S754, 114 Congres.

<sup>2752</sup> J. FREEMAN en D. SPENCE, "Old Statutes, New Problems", *University of Pennsylvania Law Review* 2014, (1) 10. Zie hierover later nog meer.

<sup>2753</sup> J. FREEMAN en D. SPENCE, "Old Statutes, New Problems", *University of Pennsylvania Law Review* 2014, (1) 43-44: "These developments have spurred a transformation of the industry from one characterized by vertically integrated investor-owned utilities (IOUs) providing bundled, monopoly service at regulated prices, to one characterized by inter-firm bulk power transactions at market prices and competitive wholesale (and some retail) power markets. In a relatively short period of time, historically speaking, the business of delivering electricity has been "unbundled" from the business of selling it, and robust, competitive, and geographically broad wholesale markets have replaced what were once mostly local, intra-firm transactions. The rapid growth in the development of renewable sources of electricity, first wind farms, and, more recently, solar power, over the last several decades has added another layer of complexity for managers of the electric grid, further complicating the process of developing well-functioning, competitive electricity markets".

ratemaking proceeding. To accomplish this, FERC interpreted its traditional duty to set "Just and reasonable rates" as encompassing the authority to approve **market-based rates**".<sup>2754</sup>

In het onderdeel *judicial review* zal nog verder worden ingegaan op de manier waarop de federale hoven en het *U.S. Supreme Court* de discretionaire invulling van de wettelijke bepalingen door de FERC toetsen.

#### 2.4.5.2. Het "appropriations" proces: limitations, riders and earmarks

**860.** Een van de belangrijkste en wellicht meest efficiënte bevoegdheden van het Congres is *the power of the purse*.<sup>2755</sup> Het gehele proces dat de FERC moet doorlopen om uiteindelijk een budget toegewezen te krijgen werd reeds vermeld in het vorige hoofdstuk (*supra* nr. 720 e.v.). De vraag is nu in welke mate het Congres aan de IRA's in het algemeen en de FERC in het bijzonder instructies kan meegeven over de wijze waarop het budget kan worden besteed. Als algemene regel geldt immers dat: "Congress should not make policy through the appropriations process".<sup>2756</sup> House Rule XXI bepaalt namelijk dat: "A provision changing existing law may not be reported in a general appropriation bill".<sup>2757</sup> DEVINS stelt echter dat "this oversight role has moved into the forefront due to an increasing tendency for legislatures to prescribe administrative organization, procedures, and programs in greater detail".<sup>2758</sup> Er zijn dan ook twee of drie belangrijke uitzonderingen (naar gelang de definitie) op dit principe, waardoor het Congres wel degelijk over de mogelijkheid beschikt om richtlijnen mee te geven aan het agency: *limitations, riders* en *earmarks*.

**861.** *Limitations* houden in dat het Congres verbiedt om het budget voor een bepaald doel te gebruiken: "Just as the House under its rules may decline to appropriate for a purpose authorized by law, so it may by limitation prohibit the use of the money for part of the purpose, while appropriating for the remainder of it".<sup>2759</sup> DEVINS spreekt van "limitation riders" waarbij "these [...] are amendments to an appropriations bill which 'prohibit the use of the money for part of the purpose [of the bill] while appropriating for the remainder of it'".<sup>2760</sup> Vaak worden *limitations* dan ook als volgt opgesteld: "None of the funds

<sup>2754</sup> J. FREEMAN en D. SPENCE, "Old Statutes, New Problems", *University of Pennsylvania Law Review* 2014, (1) 46-47: FERC Order No. 888,194 which ordered functional unbundling of wholesale electricity sales from transmission services, required owners of transmission lines to provide open-access transmission services on nondiscriminatory terms and opened wholesale electricity markets to competition".

<sup>2755</sup> W. OLESZEK, "Congressional Oversight: An Overview", *Congressional Research Service* Report for Congress, 2010, 11; N. DEVINS, "Regulation Of Government Agencies Through Limitation Riders", *Duke Law Journal* 1987, (456) 460; J. BEERMANN, "Congressional Administration", *San Diego Law Review* 2006, (61) 84.

<sup>2756</sup> A. DOLAN, E. HALCHIN, T. GARVEY, W. OLESZEK en W. GINSBERG, "Congressional Oversight Manual", *Congressional Research Service* Report for Congress, 2014, 86; N. DEVINS, "Regulation Of Government Agencies Through Limitation Riders", *Duke Law Journal* 1987, (456) 457.

<sup>2757</sup> RULE XXI Restrictions On Certain Bills, Rules Of The House Of Representatives, 114 Congres, 2015, <http://clerk.house.gov/legislative/house-rules.pdf>. En in gelijkaardige bewoordingen Senate Rule XVI, Rules of The Senate, 114 Congres, 2015, <http://www.rules.senate.gov/public/index.cfm?p=RuleXVI>.

<sup>2758</sup> N. DEVINS, "Regulation Of Government Agencies Through Limitation Riders", *Duke Law Journal* 1987, (456) 460.

<sup>2759</sup> T. WICKHAM, *Constitution, Jefferson's Manual, and Rules of the House of Representatives*, U.S. Government Publishing Office, Washington D.C., 2015, 872.

<sup>2760</sup> N. DEVINS, "Regulation Of Government Agencies Through Limitation Riders", *Duke Law Journal* 1987, (456) 461.



appropriated under this Act shall be expended for any [...] ... except for (1) ...; or (2) in the case..." Een voorbeeld kan gevonden worden in het wetsvoorstel inzake de "Energy and Water Appropriations Bill for the Fiscal year 2017":

"(a) No appropriation, funds, or authority made available by this title for the Department of Energy shall be used to initiate or resume any program, project, or activity or to prepare or initiate Requests For Proposals or similar arrangements (including Requests for Quotations, Requests for Information, and Funding Opportunity Announcements) for a program, project, or activity if the program, project, or activity has not been funded by Congress, (b) (1) **Unless** the Secretary of Energy notifies the Committees on Appropriations of both Houses of Congress at least 3 full business days in advance, **none** of the funds made **available** in this title **may be used** to— (A) make a grant allocation or discretionary grant award totaling \$1,000,000 or more; (B) make a discretionary contract award or Other Transaction Agreement totaling \$1,000,000 23 or more, including a contract covered by the Federal Acquisition Regulation [...],<sup>2761</sup>

STREETER definieert *limitations* als: "A limitation places a restriction on the expenditure of funds provided in an appropriations bill, either by setting a spending ceiling, or by prohibiting the use of funds for a specified purpose(s)".<sup>2762</sup> Het wetsvoorstel betreffende "Energy and Water Development and Related Agencies Appropriations Act of 2015" stelde met betrekking tot het departement bijvoorbeeld dat:

"SEC. 304. **None** of the funds made available in this title shall be used for the construction of facilities classified as high-hazard nuclear facilities under 10 CFR Part 830 unless independent oversight is conducted by the Office of Independent Enterprise Assessments to ensure the project is in compliance with nuclear safety requirements. [...].

SEC. 311. (a) **None** of the funds made available in this or any prior Act under the heading "Defense Nuclear Nonproliferation" may be made available for contracts with, or Federal assistance to, the Russian Federation".<sup>2763</sup>

**862.** Volgens de *Congressional Research Service*, anno 2014, verschillen *riders* echter van *limitations* doordat zij *in se* niets te maken hebben met het onderwerp van het budgetwetsvoorstel. *Riders* zijn als het ware (soms verregaande) *inhoudelijk* wetgevende regels die worden opgenomen in een anders puur technische budgetwet.<sup>2764</sup> BEERMANN stelt dat "appropriations riders are used by Congress across a broad spectrum of substantive areas to supervise the activities of federal agencies. Appropriations riders typically single out a specific regulatory activity and prohibit the expenditure of funds for carrying out that regulatory activity or plan".<sup>2765</sup> Een voorbeeld:

"Department of Homeland Security Appropriations Act, 2007, P.L. 109-295 §550, 120 Stat. 1355 (2006): "(a) No later than six months after the date of enactment of this Act, the Secretary of Homeland Security shall issue interim final regulations establishing risk-based performance standards for security of chemical facilities and requiring vulnerability assessments and the development and implementation of site security

<sup>2761</sup> Energy and Water Development and Related Agencies Appropriations Act of 2017, <http://appropriations.house.gov/news/documentsingle.aspx?DocumentID=394488>, 12 april 2016, 114 Congres.

<sup>2762</sup> S. STREETER, "Earmarks and Limitations in Appropriations Bills", *Congressional Research Service* Report for Congress, 2004, 1.

<sup>2763</sup> Energy and Water Development and Related Agencies Appropriations Act of 2015, HR4923, 113 Congres (de Bill werd niet aangenomen).

<sup>2764</sup> A. DOLAN, E. HALCHIN, T. GARVEY, W. OLESZEK en W. GINSBERG, "Congressional Oversight Manual", *Congressional Research Service* Report for Congress, 2014, 87.

<sup>2765</sup> J. BEERMANN, "Congressional Administration", *San Diego Law Review* 2006, (61) 85.

plans for chemical facilities: Provided, That such regulations shall apply to chemical facilities that, in the discretion of the Secretary, present high levels of security risk: Provided further, That such regulations shall permit each such facility, in developing and implementing site security plans, to select layered security measures that, in combination, appropriately address the vulnerability assessment and the risk-based performance standards for security for the facility [...].<sup>2766</sup>

**863.** Omwille van het frequente gebruik van de *riders* in allerlei bevoegdheidsdomeinen wordt in de rechtsleer kritiek geuit op deze manier van werken, waarbij het Congres aan impliciete beleidsvorming doet. Zo stelt DEVINS dat "the appropriations process is not the proper vehicle for substantive policymaking".<sup>2767</sup> Hij argumenteert daarbij dat men bij de begrotings- of budgetwetten onvoldoende inhoudelijke debatten en hoorzittingen organiseert: "appropriations are often acted on quickly, providing little opportunity for thoughtful deliberation of the issues raised by such measures".<sup>2768</sup> Ook BEERMANN is kritisch en stelt dat "whether constitutional or not, this use of the rider dramatically illustrates how the power of the purse allows Congress to control important aspects of the execution of the law in ways that appear to **impinge on the discretion of executive branch officials**".<sup>2769</sup> Ook CALABRESI stelt dat de *riders* ingaan tegen de presidentiële bevoegdheden:

"The appropriations rider may be a highly specific provision of an appropriations bill that seems to use Congress's power of the purse to affect directly the President's exercise of what would otherwise appear to be his core executive powers".<sup>2770</sup>

De President zal namelijk minder snel geneigd zijn om een volledige (en bijzonder omvangrijke) budgetwet te vetoën, omwille van één specifieke *rider*.

**864.** Ten slotte zijn er nog de "earmarks". Er is niet echt een algemeen aanvaarde definitie van een *earmark*,<sup>2771</sup> maar globaal genomen vormen *earmarks* juist een heel specifieke toekenning van een budget aan een bepaald doel of programma van een *agency* dat volgens het Congres meer aandacht verdient. Het Congres neemt eigenlijk een discretionaire beslissing in plaats van het *agency*, met betrekking tot welke materie de voorkeur moet genieten.<sup>2772</sup> Zo geven DESHAZO en FREEMAN het voorbeeld met betrekking tot de bedreigde diersoorten, waarbij het Congres een duidelijke stem heeft in het plaatsen van bepaalde diersoorten op de beschermde diersoortenlijst:

"In addition to informal controls over FWS, members of the Appropriation Committee also formally earmarked monies directly for favored species through the attachment of riders to appropriations and other bills".<sup>2773</sup>

<sup>2766</sup> A. DOLAN, E. HALCHIN, T. GARVEY, W. OLESZEK en W. GINSBERG, "Congressional Oversight Manual", *Congressional Research Service Report for Congress*, 2014, 87.

<sup>2767</sup> N. DEVINS, "Regulation Of Government Agencies Through Limitation Riders", *Duke Law Journal* 1987, (456) 456.

<sup>2768</sup> N. DEVINS, "Regulation Of Government Agencies Through Limitation Riders", *Duke Law Journal* 1987, (456) 458.

<sup>2769</sup> J. BEERMANN, "Congressional Administration", *San Diego Law Review* 2006, (61) 87.

<sup>2770</sup> S. CALABRESI, "Some Normative Arguments for the Unitary Executive", *Arkansas Law Review* 1995, (23) 53.

<sup>2771</sup> S. STREETER, "Earmarks and Limitations in Appropriations Bills", *Congressional Research Service Report for Congress*, 2004, 1.

<sup>2772</sup> J. BEERMANN, "Congressional Administration", *San Diego Law Review* 2006, (61) 89.

<sup>2773</sup> J. DESHAZO en J. FREEMAN, "The Congressional Competition to Control Delegated Power", *Texas Law Review* 2003, (1443) 1477-1478.

Met betrekking tot de FERC geeft het Congres meestal geen *limitations, riders of earmarks* mee<sup>2774</sup> en bepalen de *Appropriations Acts* enkel de toekenning van het budget.<sup>2775</sup>

#### 2.4.5.3. Committees Hearings – legislative oversight

**865.** Een vorm van toezicht waar bij de FERC wel uitvoerig gebruik van wordt gemaakt, is de techniek van de *committee hearings*. Het doel van de hoorzittingen heeft volgens de *Congressional Research Service* betrekking op: "Oversight hearings (or even "pre-hearings") may be held for the purposes of briefing members and staff on the organization, operations, and programs of an agency, and determining how an agency intends to implement any new legislation. The hearings can also be used as a way to obtain information on the administration, effectiveness, and economy of agency operations and programs".<sup>2776</sup> Het toezicht wordt daarbij uitgeoefend door het bevoegde comité of subcomité.

**866.** Op stelselmatige basis, gemiddeld elke maand,<sup>2777</sup> vinden er binnen het *House Committee on Energy and Commerce (subcommittee Energy and Power)* en het *Senate Committee on Energy and Natural Resources (subcommittee on Energy en subcommittee Water and Power)* hoorzittingen met de FERC plaats.<sup>2778</sup> De specifieke regels voor het Huis en de Senaat leggen deze bevoegdheden vast. Zo bepaalt Rule X (1)(f)(10) van de *Rules of the House* dat het *House Committee on Energy and Commerce* bevoegd is om toezicht te houden op het *Department of Energy* en de FERC. De voorzitter van het comité is vrij om zoveel toezicht te houden als hij of zij wenst, desnoods elke week. Deze vormen van hoorzittingen hebben betrekking o.a. op de structuur en de bevoegdheden van de FERC en op de diverse programma's die de FERC controleert onder de verschillende wetgevende akten. Het gaat hier in *geen geval* over de *investigations* bevoegdheid, bijvoorbeeld naar aanleiding van fraudezaken etc.

**867.** Een voorbeeld van een *legislative hearing* is de hoorzitting van 2 februari 2016 in het *House Committee on Energy and Commerce, subcommittee*

<sup>2774</sup> Dit bleek ook uit een interview met personeel van de FERC.

<sup>2775</sup> Energy and Water Development and Related Agencies Appropriations Act of 2017, <http://appropriations.house.gov/news/documentsingle.aspx?DocumentID=394488>, 12 april 2016, 114 Congres. "For expenses necessary for the Federal Energy Regulatory Commission to carry out the provisions of the Department of Energy Organization Act (42 U.S.C. 7101 et 13 seq.), including services as authorized by 5 U.S.C. 3109, official reception and representation expenses not to exceed \$3,000, and the hire of passenger motor vehicles, \$346,800,000, to remain available until expended: Provided, That notwithstanding any other provision of law, not to exceed \$346,800,000 of revenues from fees and annual charges, and other services and collections in fiscal year 2017 shall be retained and used for expenses necessary in this account, and shall remain available until expended: Provided further, That the sum herein appropriated from the general fund shall be reduced as revenues are received during fiscal year 2017 so as to result in a final fiscal year 2017 appropriation from the general fund estimated at not more than \$0".

<sup>2776</sup> A. DOLAN, E. HALCHIN, T. GARVEY, W. OLESZEK en W. GINSBERG, "Congressional Oversight Manual", *Congressional Research Service* Report for Congress, 2014, 72.

<sup>2777</sup> Dit blijkt opnieuw uit de interviews.

<sup>2778</sup> Voor een overzicht zie ook: <http://www.ferc.gov/media/cong-affairs/114.asp>.

*Energy and Power* met betrekking tot "Eight Energy Infrastructure Bills".<sup>2779</sup> Hierbij getuigden maar liefst acht verschillende sprekers, waaronder ook A. MILES, de directeur van het *Office of Energy Projects* van de FERC en M. MINZER *General Counsel* van de FERC. Drie van de acht voorstellen zouden immers de procedureregels waaraan de FERC zich moet houden, wijzigen.<sup>2780</sup> Naast sprekers van de FERC waren ook vertegenwoordigers aanwezig van verschillende bedrijven en organisaties aangezien de vergunningen, uitgegeven door de FERC, voor verschillende waterkrachtprojecten dreigen te vervallen en deze wetgeving de vergunningstermijn wil verlengen.<sup>2781</sup>

**868.** Op 1 december 2015 gaven alle FERC-commissarissen (BAY, LAFLEUR, CLARK, HONORABLE) een toelichting in het kader van het "Oversight of the Federal Energy Regulatory Commission" aan het *House subcommittee Energy and Power* over de uitoefening van hun bevoegdheden en bepaalde voor de toekomst belangrijke onderwerpen.<sup>2782</sup> De memo bij de hoorzitting stelt dat het volgende werd besproken:

"The following issues are expected to be examined at the hearing: • Potential impacts of EPA's Clean Power Plan on electricity markets, fuel diversity, and electric reliability; • FERC oversight of organized wholesale electricity markets and the operation of such markets, including energy and capacity markets; • Grid security challenges, including physical and cyber security, geomagnetic disturbances, electromagnetic pulse, and severe weather; • Integration of intermittent resources and distributed generation resources; • The role of demand-side management technologies in wholesale markets; • Electric transmission operations and planning, including implementation of Order No. 1000; • Natural gas pipeline permitting, LNG siting, and hydropower licensing; • FERC market manipulation authorities and enforcement practices; and • FERC's implementation of the mandatory purchase obligation under section 210 of the Public Utility Regulatory Policies Act of 1978".<sup>2783</sup>

Andere onderwerpen die tijdens eerdere zittingen aan bod kwamen zijn o.a.: Protecting the Electric Grid from the Potential Threats of Solar Storms and Electromagnetic Pulse (22 juli 2015), Discussion Draft Addressing Energy Reliability and Security (19 mei 2015), FERC Perspectives: Questions Concerning EPA's Proposed Clean Power Plan and other Grid Reliability Challenges (29 juli

---

<sup>2779</sup> House Committee on Energy and Commerce, "A Legislative Hearing on Eight Energy Infrastructure Bills", 12 februari 2016, <https://energycommerce.house.gov/hearings-and-votes/hearings/legislative-hearing-eight-energy-infrastructure-bills>.

<sup>2780</sup> Chairman Upton, Opening Statement of the Honorable Fred Upton Subcommittee on Energy and Power Hearing on "A Legislative Hearing on Eight Energy Infrastructure Bills" February 2, 2016 <http://docs.house.gov/meetings/IF/IF03/20160202/104387/HHRG-114-IF03-MState-U000031-20160202-U2.pdf>: "Three of these bills make process changes at the Federal Energy Regulatory Commission (FERC), the result of which will be more streamlined agency oversight of the nation's natural gas infrastructure and electricity system. Specifically, they will allow greater use of aerial survey data in natural gas infrastructure approvals, create a new process for public challenges to certain electric rate changes previously not subject to redress, and raise the monetary threshold for FERC jurisdiction over electricity acquisitions which will help facilitate increases in transmission capacity for the utilities that need it. These are small but important changes that will help yield a more effective regulatory process at FERC, and ultimately a more affordable and reliable supply of energy delivered to folks in Michigan and across the country".

<sup>2781</sup> Chairman Upton, Opening Statement of the Honorable Fred Upton Subcommittee on Energy and Power Hearing on "A Legislative Hearing on Eight Energy Infrastructure Bills" February 2, 2016 <http://docs.house.gov/meetings/IF/IF03/20160202/104387/HHRG-114-IF03-MState-U000031-20160202-U2.pdf>.

<sup>2782</sup> Oversight Hearing of the Federal Energy Regulatory Commission, <https://energycommerce.house.gov/hearings-and-votes/hearings/oversight-federal-energy-regulatory-commission>.

<sup>2783</sup> <http://docs.house.gov/meetings/IF/IF03/20151201/104237/HHRG-114-IF03-20151201-SD002.pdf>

2014), ...<sup>2784</sup> De onderwerpen zijn dus zeer divers en beslaan nagenoeg elk aspect van de werking van de FERC.

**869.** Een specifieke vorm van hoorzittingen heeft betrekking op het *Senate Confirmation Proces*, ofwel de bevoegdheid van de Senaat om de kandidaat-commissarissen voor hun mogelijke benoeming aan een hoorzitting te onderwerpen (*supra* nr. 559).<sup>2785</sup> Kandidaat C. HONORABLE werd op 4 december 2014 onderworpen aan een twee uur durende hoorzitting, in het *Energy and Natural Resources subcommittee*, waarbij ze vragen kreeg inzake LNG export, "fast-tracking" transmissie, netwerkveiligheid, FERC Order No. 1000, nieuwe energie-infrastructuren, EPA *Carbon Emission rules*, de waterkrachttarieven etc.<sup>2786</sup> Bij de voordracht van de uiteindelijk ook benoemde commissaris C. HONORABLE was het comité in de Senaat op 10 december 2014 dan ook vol lof over de indrukwekkende carrière van C. HONORABLE, waarbij zij van 2007 tot 2014, waarvan de laatste vier jaar als voorzitter, bij de *Arkansas Public Utilities Commission* werkte en waarnaast zij eveneens zetelde als voorzitter van NARUC (National Association of Regulatory Utility Commissioners, overkoepelend netwerk van de energieregulators).<sup>2787</sup> In de Senaatscommissie werd uitdrukkelijk vermeld dat de nominatie van mevrouw HONORABLE door een *bipartisan* meerderheid werd gesteund.<sup>2788</sup>

**870.** De Senaat is echter niet altijd dermate positief. In 2013 werd Ronald J. BINZ door de Senaat afgewezen als geschikte kandidaat-commissaris bij de FERC. BINZ (*Colorado Public Utility Commission*) werd onderworpen aan een spervuur van kritische vragen, hoofdzakelijk met betrekking tot zijn positieve standpunten over hernieuwbare energie en eerder negatieve uitlatingen over het gebruik van kool als grondstof.<sup>2789</sup> Hij werd uiteindelijk niet benoemd als commissaris, aangezien de Republikeinse Senatoren vreesden dat met BINZ een te grote voorstander van het Obama *Climate Action Plan* bij de FERC zou worden geplaatst.<sup>2790</sup>

**871.** Hoewel de politieke setting in de VS en België niet te vergelijken valt (partijdige commissarissen vs. politiek onafhankelijke commissieleden), verdient het ook in België de aanbeveling om met dergelijke hoorzittingen te werken. Het

<sup>2784</sup> Congressional Testimony, <http://www.ferc.gov/media/cong-affairs/113.asp>.

<sup>2785</sup> Zie het voorgaande hoofdstuk voor meer details over de procedure.

<sup>2786</sup> Archived broadcasting online: <http://www.energy.senate.gov/public/index.cfm/hearings-and-business-meetings?ID=C4D01B10-D6DF-4A27-A629-812C52BA3E0F>.

<sup>2787</sup> U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES COMMITTEE ON ENERGY AND COMMERCE, Hearing entitled "Oversight of the Federal Energy Regulatory Commission", <http://docs.house.gov/meetings/IF/IF03/20151201/104237/HHRG-114-IF03-TTF-HonorableC-20151201.pdf>

<sup>2788</sup> Archived broadcasting online: <http://www.energy.senate.gov/public/index.cfm/hearings-and-business-meetings?ID=D1E050D2-3858-49E6-9BA1-9D46AFD77763>.

<sup>2789</sup> Archived broadcasting online: <http://www.energy.senate.gov/public/index.cfm/hearings-and-business-meetings?ID=28204B8C-7AED-412C-8529-3EA2EEE55D83>.

<sup>2790</sup> M. WALD, "An Unusual Public Battle Over an Energy Nomination", *The New York Times*, 15 september 2013, <http://www.nytimes.com/2013/09/16/business/energy-environment/a-federal-energy-nomination-sets-off-an-unusual-public-battle.html>; J. BEERMAN, "Congressional Administration", *San Diego Law Review* 2006, (61) 110: "The first is the very direct fact that the Senate has a say in personnel and can refuse to approve appointments if it expects that the nominee will not execute the law in the manner favored by the Senate".

geeft aan de leden van het parlement de mogelijkheid om in **dialoog** te treden met de regulator (en eventuele andere spelers) met betrekking tot de uitvoering van de wetgeving en de mogelijke vragen hieromtrent. Omgekeerd bieden deze hoorzittingen ook voordelen voor de regulator: zij kunnen indien nodig hun opmerkingen of zorgen delen met de wetgever, om op die manier advies te geven over eventuele aanpassingen van de wetgeving.

**872.** De voordelen bij deze hoorzittingen worden door de Congressional Research Service als volgt omschreven: "(1) helping committee members keep up-to-date on important administrative developments; (2) serving as a forum for exchanging and communicating views on pertinent problems and other relevant matters; (3) providing background information which could assist members in making sound legislative and fiscal judgments; (4) identifying program areas within each committee's jurisdiction that may be vulnerable to waste, fraud, abuse, or mismanagement; and (5) determining whether new laws are needed or whether changes in the administration of existing laws will be sufficient to resolve problems".<sup>2791</sup> Het grootste voordeel bij dergelijke hoorzittingen – en dit is meteen ook de kern van de aanbeveling om ook in België het parlement bij de benoemingen te betrekken – is de aanzienlijke **transparantie** die met dit proces gepaard gaat. De verschillende hoorzittingen die bv. met een benoeming gepaard gaan zijn openbaar en online beschikbaar waardoor iedereen die dit wenst, de vragen die bij dergelijk benoemingsproces gesteld worden, kan raadplegen. De redenen waarom een kandidaat al dan niet benoemd wordt zullen dan ook openbaar zijn, hetgeen een **onafhankelijkheidswaarborg** biedt ("geen louter politieke benoemingen achter gesloten deuren"). Een open en transparant debat, binnen een democratisch verkozen orgaan waar per definitie ook de oppositie deel van uitmaakt, verhoogt de democratische legitimiteit van de regulator. De hoorzitting(en) en de goedkeuring door het parlement bouwen eveneens een **accountabilitymechanisme** in: de regering moet de keuze van kandidaten verantwoorden en de kandidaat dient ook zelf, door op vragen te antwoorden, zijn nominatie te verdedigen. De kandidaat die inhoudelijk het sterkst overkomt moet dan ook benoemd worden.

#### 2.4.5.4. Government Accountability Office (GAO)

**873.** Het *Government Accountability Office* (GAO) is een onafhankelijke revisor van het budget van de *agencies*.<sup>2792</sup> Geleidelijk aan heeft het Congres de bevoegdheden van het GAO uitgebreid met onder meer verantwoordelijkheden inzake "performance, management and accountability evaluations". Het GAO valt organiek onder de wetgevende macht en ondersteunt daarmee de toezichthoudende taken van het Congres op de prestaties en de

<sup>2791</sup> A. DOLAN, E. HALCHIN, T. GARVEY, W. OLESZEK en W. GINSBERG, "Congressional Oversight Manual", *Congressional Research Service* Report for Congress, 2014, 72.

<sup>2792</sup> Budget and Accounting Act, 31 U.S.C. §702.

verantwoordelijkheid van de federale uitvoerende overheid.<sup>2793</sup> Aan het hoofd van het GAO staat de *Comptroller General*, die benoemd wordt door de President met het advies en de goedkeuring door de Senaat, geselecteerd uit een lijst van kandidaten die werd opgesteld door een Congrescomité met een bicamerale samenstelling van Democratische en Republikeinse leden. De *Comptroller* wordt aangesteld voor 15 jaar.<sup>2794</sup> Het GAO is jaarlijks verantwoordelijk voor honderden rapporten, audits en juridische opinies. Het GAO werkt hoofdzakelijk in opdracht van het Congres, met ongeveer 3000 personeelsleden en heeft als hoofdplicht:<sup>2795</sup>

"The GAO conducts field investigations of administrative activities and programs, prescribes accounting standards for the executive branch, prepares policy analyses, adjudicates bid protests, makes recommendations for legislative action, evaluates programs, and provides legal opinions on government actions and activities. The office submits hundreds of reports to Congress annually, describing ways to root out waste and mismanagement in executive branch programs and to promote program performance".<sup>2796</sup>

Het GAO beschikt met andere woorden over zeer ruime onderzoeksbevoegdheden om nagenoeg elk aspect van de werking van een *agency* te kunnen doorlichten en om daarover aan het Congres te rapporteren. De meeste rapporten van het GAO worden dan ook opgesteld op vraag van (een lid van) het Congres. Het GAO is niet verplicht om op elke vraag in te gaan, tenzij indien die vraag bv. afkomstig is van de voorzitter van een comité of subcomité.

**874.** De focus van het GAO ligt voornamelijk op het budgettaire, waarbij het *Office* (1) voornamelijk audits uitvoert van *agency*-activiteiten om na te gaan of de federale budgetten wel efficiënt en effectief genoeg worden besteed; (2) nagaat of er geen sprake is van duplicatie, overlap, verkwisting of inefficiënt gebruik van de publieke budgetten; (3) rapporteert over in hoeverre de overheidsprogramma's en beleidsmaatregelen hun doelstellingen bereiken; (4) beleidsanalyses uitvoert en beleidsoverzichten en opties geeft aan het Congres, en (5) beschuldigingen van illegaal en ongepast gedrag onderzoekt.<sup>2797</sup> Het GAO verkrijgt zijn informatie via surveys, interviews, databank-analyse en inkijk van documenten. *Agencies* beschikken over de mogelijkheid om deze bevindingen van het GAO te repliceren en te becommentariëren. Alle niet-geklasseerd

---

<sup>2793</sup> A. DOLAN, E. HALCHIN, T. GARVEY, W. OLESZEK en W. GINSBERG, "Congressional Oversight Manual", *Congressional Research Service* Report for Congress, 2014, 117.

<sup>2794</sup> W. OLESZEK, "Congressional Oversight: An Overview", *Congressional Research Service* Report for Congress, 2010, 12.

<sup>2795</sup> W. OLESZEK, "Congressional Oversight: An Overview", *Congressional Research Service* Report for Congress, 2010, 12.

<sup>2796</sup> W. OLESZEK, "Congressional Oversight: An Overview", *Congressional Research Service* Report for Congress, 2010, 12.

<sup>2797</sup> A. DOLAN, E. HALCHIN, T. GARVEY, W. OLESZEK en W. GINSBERG, "Congressional Oversight Manual", *Congressional Research Service* Report for Congress, 2014, 118-119. Zie ook de website van het GAO: <http://gao.gov/about/index.html>.

rapporten van het GAO zijn online op de website beschikbaar. Het GAO vervult ook nog een aantal additionele rollen.<sup>2798</sup>

**875.** Uit de databank van het GAO kan worden afgeleid dat het *Office* ongeveer tussen de vijf à acht maal per jaar een rapport met betrekking tot de FERC opmaakt. Zo heeft het GAO op 21 oktober 2015 een rapport gepubliceerd met betrekking tot het reeds vermelde topic betreffende de cybersecurity. Het GAO stelt daarin vast dat de verschillende autoriteiten reeds goede stappen hebben ondernomen om het elektriciteitsnetwerk te beveiligen, maar dat de FERC “had not developed an approach, coordinated with other regulatory entities, to monitor the extent to which the electricity industry was following voluntary smart grid standards, including cybersecurity standards”.<sup>2799</sup> Het GAO maakt in dit rapport ook de link met hun vorig rapport hierover uit 2011 en geeft met dit nieuwe rapport dan ook verschillende aanbevelingen mee, waaronder ten aanzien van de FERC:

“In its 2011 report, GAO recommended that (1) NIST improve its cybersecurity standards, (2) **FERC** assess whether challenges identified by GAO should be addressed in ongoing cybersecurity efforts, and (3) **FERC** coordinate with other regulators to identify strategies for monitoring compliance with voluntary standards. The agencies agreed with the recommendations, but **FERC has not taken steps** to monitor compliance with voluntary standards”.

Een ander voorbeeld van een rapport van het GAO is het rapport over de elektriciteitsproductiemix, dat werd opgesteld op vraag van het Congres en een overzicht geeft over de wijzigingen in elektriciteitsproductie (o.a. een daling van de productie gebaseerd op kool en een stijging in elektriciteitsproductie via wind- en zonne-energie). Het GAO gaf hierbij geen aanbevelingen t.a.v. de FERC, maar merkte integendeel op dat het rapport enkel tot stand kon komen door een goede samenwerking met het DOE en de FERC.<sup>2800</sup> Een laatste, maar belangrijk, voorbeeld van een rapport van het GAO heeft betrekking op het topic van de “Demand Response”.<sup>2801</sup> Het rapport geeft de aanbeveling mee aan de FERC om de werkingssfeer van het verzamelen van de “demand response” gegevens te herbekijken en om de transparantie bij het rapporteren erover te verbeteren. Bij het ontwerp van het rapport van het GAO had de FERC reeds meegedeeld deze opmerkingen in overweging te nemen.

---

<sup>2798</sup> *Forsensic Audits and Investigative Serve*: focust op fraude en misbruik van federale budgetten (illegal or improper conduct related to federal funds, programs, or activities); *Legal Services*: geeft juridisch advies. Zo controleert het GAO bijvoorbeeld, op vraag van het Congres, of de *orders* aangenomen door FERC binnen het wettelijk kader genomen zijn.<sup>2798</sup> Bovendien beslecht het GAO's *Procurement Law Division* geschillen over overheidscontracten (“bid protests”). GAO reviewt ook alle *major rules* (naast het OMB); *Accounting and Financial Management Policy*: het GAO vaardigt voorschriften en standaarden uit waaraan de uitvoerende instanties zich dienen te houden; *Audit/Evaluation Community Support*: het GAO publiceert papers over hedendaagse audit- en evaluatiemethodologieën; *Committee Support*: uitzonderlijk is het mogelijk dat het personeel van het GAO voor maximum één jaar voor een congrescomité werkt.

<sup>2799</sup> GAO, “Critical Infrastructure Protection: Cybersecurity of the Nation's Electricity Grid Requires Continued Attention”, 21 oktober 2015, <http://www.gao.gov/assets/680/673245.pdf>.

<sup>2800</sup> GAO, “Electricity: Generation Mix Has Shifted, and Growth in Consumption Has Slowed, Affecting System Operations and Prices”, 29 juni 2015, <http://www.gao.gov/assets/680/670545.pdf>: “GAO is not making recommendations in this report. The Department of Energy and Federal Energy Regulatory Commission reviewed a draft of this report and provided technical comments that GAO incorporated as appropriate”.

<sup>2801</sup> Dit onderwerp zal nog uitvoerig aan bod komen bij de bespreking van het *judicial review* proces bij de FERC (o.a. door verwijzing naar een uitspraak van het U.S. Supreme Court begin 2016).



**876.** In vergelijking met de Belgische structuur kan het GAO nog het best vergeleken worden met het Rekenhof. Ook het Rekenhof valt, net als het GAO, onder de wetgevende macht. Het Rekenhof is belast met het nazien en het verevenen der rekeningen van het algemeen bestuur en van allen die tegenover de staatskas rekenplichtig zijn.<sup>2802</sup> Het Rekenhof heeft volgende bevoegdheden: (1) het uitvoeren van een regeringsbegrotingsanalyse; (2) het uitvoeren van een financiële controle (op de federale Staat, de gemeenschappen en gewesten, hun openbare instellingen, en de provincies); (3) het uitoefenen van wettigheids- en regelmatigheidscontrole (o.a. overeenstemming begrotingswetten); (4) het controleren van de goede besteding van de overheidsgelden; (5) een informatieopdracht; (6) een rechtsprekende bevoegdheid (over aansprakelijkheid indien beheer tekorten vertoont); (7) en enkele specifieke opdrachten (o.a. controle verkiezingsuitgaven). Het Belgische Rekenhof kan eveneens rapporten opmaken en deze ter informatie overmaken aan het federale parlement. Zo heeft het Rekenhof in 2015 een audit ten aanzien van de CREG uitgevoerd.<sup>2803</sup> De bevoegdheden van het GAO lijken evenwel ruimer dan die van het Rekenhof. De belangrijke functie die het GAO vervult, kan ook aan het Rekenhof toegekend moeten worden met betrekking tot het toezicht op de Belgische energieregulators. De rol van het Rekenhof kan dus zeker uitgebreid worden (*supra* nr. 827, *infra* nr. 901).

#### 2.4.5.5. Inspectors General

**877.** De *Inspector General Act of 1978* plaatste een *inspector general* binnen alle kabinet- departementen en grote *agencies*, alsook binnen *boards* en *commissions* (IRA's).<sup>2804</sup> Ook binnen het Departement Energie werd een *inspector general* aangesteld (*U.S. Department of Energy, Office of Inspector General*). Op de website van het departement valt te lezen dat de bevoegdheden van de *inspector general* zich eveneens uitstrekken tot de FERC.<sup>2805</sup> Huidig Titel 5 van de U.S. Code, § 2 bepaalt de doelstellingen van het toezicht uitgeoefend door de *inspectors general*.<sup>2806</sup> De bevoegdheden van elke *inspector general* zijn gelijkaardig en worden opgesomd in § 4 van Titel 5

<sup>2802</sup> Artikel 180 van de Belgische Grondwet.

<sup>2803</sup> Rekenhof, "Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>.

<sup>2804</sup> Inspector General Act of 1978, Pub.L. 95-452, 92 Stat. 1101. Vandaag gecoördineerd onder titel 5 van de U.S. Code, §§ 1-13.

<sup>2805</sup> Office of the Inspector General, <http://energy.gov/ig/mission/audits-inspections>, laatst geconsulteerd op 20 april 2016: "The Office of Audits and Inspections provides all internal and contracted audit activities, inspections, and reviews for Department programs and operations, including the National Nuclear Security Administration (NNSA) and the Federal Energy Regulatory Commission (FERC)".

<sup>2806</sup> "In order to create independent and objective units— (1) to conduct and supervise audits and investigations relating to the programs and operations of the establishments listed in section 12(2); (2) to provide leadership and coordination and recommend policies for activities designed (A) to promote economy, efficiency, and effectiveness in the administration of, and (B) to prevent and detect fraud and abuse in, such programs and operations; and (3) to provide a means for keeping the head of the establishment and the Congress fully and currently informed about problems and deficiencies relating to the administration of such programs and operations and the necessity for and progress of corrective action".

U.S.C.<sup>2807</sup> *Inspectors general* beschikken over ruime mogelijkheden tot het verkrijgen van informatie:

"(1) conduct audits and investigations; (2) access directly the **records** and **information** related to agency programs and operations; (3) request assistance from other federal, state, and local government agencies; (4) **subpoena information and documents**; administer oaths when conducting interviews; (5) hire staff and manage their own resources; (6) receive and respond to **complaints** from agency employees, whose identity is to be protected; and (7) implement the cash incentive award program in their agency for employee disclosures of waste, fraud, and abuse".<sup>2808</sup>

De bevoegdheden en taken van de *inspectors general* hebben, net als bij het GAO eveneens betrekking op een financiële doorlichting. De inspecteurs onderzoeken daarnaast ook mogelijke (**strafrechtelijke**) schendingen van de wet, of gaan na of er al dan niet sprake was van het nalatig uitoefenen van de taken van – of het mogelijke wanbeheer bij – de overheidsadministratie. Zo ontvangen zij bijvoorbeeld ook klachten van interne **klokkenluiders**. Men kan de functie van een *inspector general* niet echt vergelijken met de administratieve toezichhoudende functie van een regeringscommissaris in België aangezien de bevoegdheden van de *inspectors general* ruimer zijn, zij **volledig onafhankelijk** opereren en over een apart budget beschikken.<sup>2809</sup> De inspecteurs rapporteren bovendien aan de *Attorney General* (het hoofd van het Departement Justitie, bij schendingen van het strafrecht), aan de voorzitter van het agency, aan het Congres en aan het publiek.<sup>2810</sup> *Inspectors general* publiceren twee maal per jaar hun bevindingen in een rapport en geven dit aan

---

<sup>2807</sup> "(a) It shall be the duty and responsibility of each Inspector General, with respect to the establishment within which his Office is established—

(1) to provide policy direction for and to conduct, supervise, and coordinate audits and investigations relating to the programs and operations of such establishment.

(2) to review existing and proposed legislation and regulations relating to programs and operations of such establishment and to make recommendations in the semiannual reports required by section 5 (a) concerning the impact of such legislation or regulations on the economy and efficiency in the administration of programs and operations administered or financed by such establishment or the prevention and detection of fraud and abuse in such programs and operations;

(3) to recommend policies for, and to conduct, supervise, or coordinate other activities carried out or financed by such establishment for the purpose of promoting economy and efficiency in the administration of, or preventing and detecting fraud and abuse in, its programs and operations;

(4) to recommend policies for, and to conduct, supervise, or coordinate relationships between such establishment and other Federal agencies, State and local governmental agencies, and nongovernmental entities with respect to

(A) all matters relating to the promotion of economy and efficiency in the administration of, or the prevention and detection of fraud and abuse in, programs and operations administered or financed by such establishment, or

(B) the identification and prosecution of participants in such fraud or abuse; and

(5) to keep the head of such establishment and the Congress fully and currently informed, by means of the reports required by section 5 and otherwise, concerning fraud and other serious problems, abuses, and deficiencies relating to the administration of programs and operations administered or financed by such establishment, to recommend corrective action concerning such problems, abuses, and deficiencies, and to report on the progress made in implementing such corrective action".

<sup>2808</sup> 5 U.S.C. § 6 en A. DOLAN, E. HALCHIN, T. GARVEY, W. OLESZEK en W. GINSBERG, "Congressional Oversight Manual", *Congressional Research Service Report for Congress*, 2014, 95.

<sup>2809</sup> A. DOLAN, E. HALCHIN, T. GARVEY, W. OLESZEK en W. GINSBERG, "Congressional Oversight Manual", *Congressional Research Service Report for Congress*, 2014, 96: "IGs have broad powers and protections that support their independence, including the authority to hire their own staff. Their independent status is reinforced in other ways, including, for example, by law enforcement powers. Moreover, inspectors general determine the priorities and projects for their offices without outside direction, in most cases. IGs may decide to conduct a review requested by the agency head, President, legislators, employees, or anyone for that matter; but they are not obligated to do so, unless it is called for in law. Congress, however, has mandated in legislation that OIGs conduct certain reviews. IGs serve under the "general supervision" of the agency head, reporting exclusively to the head or to the officer next in rank if such authority is delegated".

<sup>2810</sup> A. DOLAN, E. HALCHIN, T. GARVEY, W. OLESZEK en W. GINSBERG, "Congressional Oversight Manual", *Congressional Research Service Report for Congress*, 2014, 95-96.

de voorzitter van het agency, die op zijn beurt het rapport moet verzenden naar het Congres.<sup>2811</sup>

**878.** Wanneer een agency beslist om zelf een audit uit te voeren dan heeft dit vaak tot doelstelling om te evalueren of de beweerde prestaties wel worden ondersteund door voldoende en betrouwbaar bewijs, of ze in overeenstemming zijn met de wettelijk gestelde doelstellingen, en of de middelen wel efficiënt, effectief en economisch genoeg besteed worden.<sup>2812</sup> In de praktijk gebeurt het *agency auditing* evenwel vaak door de *Inspector General* (via het *Office of Audits*) binnen het departement (voor FERC) of binnen het *agency* zelf. Dit is dan ook het verschil tussen het GAO, een overkoepelende auditinstantie, en de inspecteurs. Deze laatsten voeren een audit uit binnen hun eigen instelling. Vaak worden de inspecteurs echter wel geleid door procedures en vragen opgesteld door het GAO.<sup>2813</sup> Deze interne auditrapporten worden evenwel ook vaak door het Congres gebruikt om toezicht te houden. De *agencies* mogen evenwel ook beroep doen op private financiële auditors.<sup>2814</sup>

**879.** Wat de FERC betreft, stelt de *inspector general* bij het departement Energie zelden een uitgebreid rapport op. Enkel in de zesmaandelijke verslagen gaat men kort in op de werking van de FERC. Uitzonderlijk, zoals bijvoorbeeld in het kader van de cybersecurity, formuleren de inspecteurs wel een omvangrijker rapport.<sup>2815</sup>

#### 2.4.5.6. Rapporteringsverplichtingen

---

<sup>2811</sup> 5 U.S.C. § 5 en A. DOLAN, E. HALCHIN, T. GARVEY, W. OLESZEK en W. GINSBERG, "Congressional Oversight Manual", *Congressional Research Service Report for Congress*, 2014, 96.

<sup>2812</sup> A. DOLAN, E. HALCHIN, T. GARVEY, W. OLESZEK en W. GINSBERG, "Congressional Oversight Manual", *Congressional Research Service Report for Congress*, 2014, 73.

<sup>2813</sup> Vragen zoals: "How successful is the program in accomplishing the intended results? Could program objectives be achieved at less cost? • Has agency management clearly defined and promulgated the objectives and goals of the program or activity? • Have performance standards been developed? Are program objectives sufficiently clear to permit agency management to accomplish effectively the desired program results? Are the objectives of the component parts of the program consistent with overall program objectives? • Are program costs reasonably commensurate with the benefits achieved? • Have alternative programs or approaches been examined, or should they be examined to determine whether objectives can be achieved more economically? • Were all studies, such as cost-benefit studies, appropriate for analyzing costs and benefits of alternative approaches? • Is the program producing benefits or detriments that were not contemplated by Congress when it authorized the program? • Is the information furnished to Congress by the agency adequate and sufficiently accurate to permit Congress to monitor program achievements effectively? • Does top management have the essential and reliable information necessary for exercising supervision and control and for ascertaining directions or trends? • Does management have internal review or audit facilities adequate for monitoring program operations, identifying program and management problems and weaknesses, and insuring fiscal integrity?". Zie A. DOLAN, E. HALCHIN, T. GARVEY, W. OLESZEK en W. GINSBERG, "Congressional Oversight Manual", *Congressional Research Service Report for Congress*, 2014, 73.

<sup>2814</sup> A. DOLAN, E. HALCHIN, T. GARVEY, W. OLESZEK en W. GINSBERG, "Congressional Oversight Manual", *Congressional Research Service Report for Congress*, 2014, 73.

<sup>2815</sup> U.S. Department of Energy Office of Inspector General Office of Audits and Inspections, AUDIT REPORT Federal Energy Regulatory Commission's Unclassified Cybersecurity Program - 2015, Oktober 2015, <https://www.ferc.gov/media/headlines/2015/FISMA-2015.pdf>: "Our fiscal year 2015 audit work found that the Commission had implemented the tested attributes of its cybersecurity program in a manner that was generally consistent with requirements established by the National Institute of Standards and Technology, the Office of Management and Budget, and the Department of Homeland Security. In particular, as a result of testing on a sample of targets within the Commission's unclassified internal network, including servers and workstations, nothing came to our attention to indicate that management, operating, and technical controls implemented within that environment were not operating effectively".

**880.** Uiteraard ligt ook een deel van de verantwoordelijkheid voor het correct en goed verlopen van het toezicht, bij de *agencies* zelf. Zij dienen immers informatie beschikbaar te stellen aan o.a. het GAO en het Congres, waardoor zij zelf het toezicht faciliteren. De verschillende rapporteringsverplichtingen ten aanzien van de *agencies* die vervat liggen in de diverse wetten dienen daartoe. Jaarlijks bereiken zo ongeveer 4000 rapporten het Congres.<sup>2816</sup> De verschillende wetgevend kaders vereisen vaak verschillende vormen van rapporteringsverplichtingen (specificiteit, detail, type van informatie,...). Ook moeten niet alle rapporten op dezelfde stelselmatige basis worden ingediend. Sommige rapporten moeten jaarlijks of op het einde van een fiscaal jaar worden ingediend, andere elke zes maand of slechts bij een specifieke gebeurtenis, activiteit of probleem.<sup>2817</sup> Het gaat daarbij bv. om een jaarverslag, een fiscaal jaarverslag, meerjarige strategische plannen, ...

**881.** Een belangrijk wet inzake rapportering is de *Government Performance and Results Act of 1993* (GPRA; en de *GPRA Modernization Act of 2010*).<sup>2818</sup> De wet vereist dat federale *agencies*:

- (1) een **vijfjarig strategisch plan** opstellen waarin ze een *mission statement* opnemen, samen met lange-termijn resultaatgeoriënteerde doelstellingen met betrekking tot elke belangrijke functie die zij uitoefenen;<sup>2819</sup>
- (2) **jaarlijkse prestatieplannen** moeten opmaken die de **prestatiedoelstellingen** van toepasselijke fiscale jaar moeten omvatten, met o.a. een omschrijving over hoe deze doelstellingen bereikt moeten worden en een beschrijving over hoe deze prestatiedoelstellingen nadien geverifieerd of gecontroleerd kunnen worden;<sup>2820</sup>

<sup>2816</sup> A. DOLAN, E. HALCHIN, T. GARVEY, W. OLESZEK en W. GINSBERG, "Congressional Oversight Manual", *Congressional Research Service Report for Congress*, 2014, 79.

<sup>2817</sup> A. DOLAN, E. HALCHIN, T. GARVEY, W. OLESZEK en W. GINSBERG, "Congressional Oversight Manual", *Congressional Research Service Report for Congress*, 2014, 80.

<sup>2818</sup> Government Performance and Results Act of 1993, Pub.L. 103-62; Government Performance and Results Modernization Act of 2010, Pub.L. 111-352.

<sup>2819</sup> 5 U.S.C. § 306 (a): "Not later than the first Monday in February of any year following the year in which the term of the President commences [...], the head of each agency shall make available on the public website of the agency a strategic plan and notify the President and Congress of its availability. Such plan shall contain (1) a comprehensive mission statement covering the major functions and operations of the agency; (2) general goals and objectives, including outcome-oriented goals, for the major functions and operations of the agency; (3) a description of how any goals and objectives contribute to the Federal Government priority goals [...]; (4) a description of how the goals and objectives are to be achieved, including— (A) a description of the operational processes, skills and technology, and the human, capital, information, and other resources required to achieve those goals and objectives; and (B) a description of how the agency is working with other agencies to achieve its goals and objectives as well as relevant Federal Government priority goals; (5) a description of how the goals and objectives incorporate views and suggestions obtained through congressional consultations [...]; (6) a description of how the performance goals provided in the plan [...], including the agency priority goals [...], contribute to the general goals and objectives in the strategic plan; (7) an identification of those key factors external to the agency and beyond its control that could significantly affect the achievement of the general goals and objectives; and (8) a description of the program evaluations used in establishing or revising general goals and objectives, with a schedule for future program evaluations to be conducted. (b) The strategic plan shall cover a period of not less than 4 years following the fiscal year in which the plan is submitted. As needed, the head of the agency may make adjustments to the strategic plan to reflect significant changes in the environment in which the agency is operating, with appropriate notification of Congress. [...]"

<sup>2820</sup> Zie 31 U.S.C. § 1115(b): Not later than the first Monday in February of each year, the head of each agency shall make available on a public website of the agency, and notify the President and the Congress of its availability, a performance plan covering each program activity set forth in the budget of such agency. Such plan shall— (1) establish performance goals to define the level of performance to be achieved during the year in which the plan is submitted and the next fiscal year; (2) express such goals in an objective, quantifiable, and measurable form [...]; (3) describe how the performance goals contribute to— (A) the general goals and objectives established in the agency's strategic plan [...]; and (B) any of the Federal Government performance goals established in the Federal Government performance plan [...]; (4) identify among the performance goals those which are designated as agency priority goals [...]; (5) provide a description of how the performance goals are to be achieved, including— (A) the operation processes, training, skills and technology, and the human, capital, information, and other resources and strategies required to meet those performance goals; (B) clearly defined milestones; (C) an identification of the organizations, program activities, regulations, policies,

(3) een **jaarlijkse assessment** (follow-up rapport) moeten uitvoeren van de prestatieplannen, in die mate dat het mogelijk is om na te gaan welke doelstellingen succesvol werden bereikt en welke niet succesvol werden gehaald (ten laatste zes maanden na het einde van het fiscaal jaar).<sup>2821</sup>

Zoals in de artikelen 5 U.S.C. § 306; 31 U.S.C. § 1115 en 31 U.S.C. § 1115 gelezen kan worden gaat het om omvangrijke rapporteringsverplichtingen waarbij het *agency* niet louter beschrijvend te werk kan gaan, maar waarbij het o.a. een duidelijke *ex-ante* – *ex-post* vergelijking moet maken van het al dan niet behalen van de doelstellingen en waarbij ook *agency officials* moeten worden aangesteld die uitdrukkelijk toezien op het behalen van deze doelstellingen. De FERC houdt zich daarbij aan onderstaand schema, waarbij men momenteel uitgaat van het Strategisch Plan 2014-2018, waarna de commissie nadien een *Budget and Performance Report* en een *Performance and Accountability Report* (tot en met 2014) opstelt. Vanaf 2015 wordt dit laatste rapport opgesplitst in een *Agency Financial Report* en een *Annual Performance Report*.

Strategic Management Program:



Voor 2015 werden door de FERC een *Agency Financial Report*,<sup>2822</sup> een *Congressional Performance Budget Request* (Budget and Performance

---

and other activities that contribute to each performance goal, both within and external to the agency; (D) a description of how the agency is working with other agencies to achieve its performance goals as well as relevant Federal Government performance goals; and (E) an identification of the agency officials responsible for the achievement of each performance goal, who shall be known as goal leaders; (6) establish a balanced set of performance indicators to be used in measuring or assessing progress toward each performance goal, including, as appropriate, customer service, efficiency, output, and outcome indicators; (7) provide a basis for comparing actual program results with the established performance goals; (8) a description of how the agency will ensure the accuracy and reliability of the data used to measure progress towards its performance goals, including an identification of— (A) the means to be used to verify and validate measured values; (B) the sources for the data; (C) the level of accuracy required for the intended use of the data; (D) any limitations to the data at the required level of accuracy; and (E) how the agency will compensate for such limitations if needed to reach the required level of accuracy; (9) describe major management challenges the agency faces and identify— (A) planned actions to address such challenges; (B) performance goals, performance indicators, and milestones to measure progress toward resolving such challenges; and (C) the agency official responsible for resolving such challenges; and (10) identify low-priority program activities based on an analysis of their contribution to the mission and goals of the agency and include an evidence-based justification for designating a program activity as low priority.

<sup>2821</sup> 31 U.S.C. § 1116(a): "The head of each agency shall make available on a public website of the agency and to the Office of Management and Budget an update on agency performance; (b)(1) Each update shall compare actual performance achieved with the performance goals established in the agency performance plan under section 1115(b) and shall occur no less than 150 days after the end of each fiscal year, with more frequent updates of actual performance on indicators that provide data of significant value to the Government, Congress, or program partners at a reasonable level of administrative burden [...]."; A. DOLAN, E. HALCHIN, T. GARVEY, W. OLESZEK en W. GINSBERG, "Congressional Oversight Manual", *Congressional Research Service Report* for Congress, 2014, 82.

<sup>2822</sup> FERC, "Agency Financial Report Fiscal Year 2015", <http://www.ferc.gov/about/strat-docs/financial-reports/FY-2015.pdf>.

Report),<sup>2823</sup> en een *Annual Performance Report* ingediend.<sup>2824</sup> Deze rapporten zijn gebaseerd op de *assessments* die door de FERC op regelmatige basis worden uitgevoerd.<sup>2825</sup> Daarnaast dient de FERC ook jaarlijks een rapport in bij het Congres met betrekking tot de uitoefening van hun bevoegdheden in het kader van de *Federal Power Act* (Deel 1) en de *Consumers Protection Act* (Sectie 16).<sup>2826</sup> Onderwerpen die daarbij aan bod komen zijn o.a. een overzicht van de energie-infrastructuur, de marktregulering, de veiligheid, de bevoorradingszekerheid en de handhaving. Daarenboven vaardigt de FERC nog talrijke andere rapporten uit, voornamelijk voor intern gebruik, maar ook beschikbaar voor het Congres. Voorbeelden zijn de jaarlijkse rapporten met betrekking tot het handhavingsbeleid<sup>2827</sup> en een jaarlijks *State of the Markets Report*.<sup>2828</sup>

**882.** Het nut van de rapporteringsverplichtingen ligt enerzijds vervat in het feit dat deze rapporten een bijzonder belangrijke bron van informatie vormen voor het Congres, waardoor de *agency accountability* wordt vergroot. Het Congres beschikt op die manier immers over informatie op basis waarvan het **controle** kan uitoefenen, bijvoorbeeld onder de vorm van een hoorzitting of via het stellen van schriftelijke vragen. Dit vergroot op zijn beurt de **legitimiteit** van de regulator. Anderzijds ligt het nut vervat in het feit dat de rapporten uitgaan van een doorgedreven zelfanalyse uitgevoerd door de regulator ("zelfkritisch"),<sup>2829</sup> waarbij de commissie verplicht wordt om haar acties te rechtvaardigen en te motiveren en na te gaan of haar doelstellingen op een efficiënte en effectieve manier werden bereikt. Het opmaken van rapporten verplicht de FERC om stil te staan bij haar beleid en om dit eventueel aan te passen naar de toekomst toe. Dit wordt door de rapporten duidelijk bereikt aangezien het wetgevend kader van de FERC vereist dat de regulator een analyse maakt, gebaseerd op *performance indicators*,<sup>2830</sup> accurate en betrouwbare data en assessments ter beoordeling in hoeverre een doelstelling al dan niet werd behaald. De FERC moet daarbij een vergelijking opmaken tussen de effectieve resultaten van een programma en de vooropgestelde

<sup>2823</sup> FERC, "Fiscal Year 2017 Congressional Performance Budget Request and Fiscal Year 2015 Annual Performance Report", <http://www.ferc.gov/about/strat-docs/2016/FY17-Budget-Request.pdf>.

<sup>2824</sup> "Fiscal Year 2017 Congressional Performance Budget Request and Fiscal Year 2015 Annual Performance Report", <http://www.ferc.gov/about/strat-docs/2016/FY17-Budget-Request.pdf>. Beiden zijn dus samengevoegd in één document.

<sup>2825</sup> FERC, "Agency Financial Report Fiscal Year 2015", <http://www.ferc.gov/about/strat-docs/financial-reports/FY-2015.pdf>: "the Commission has completed evaluations of its assessment of the effectiveness of internal control over operations, system, and financial reporting [...]. The financial section includes the Commission's audited balance sheets, statements of net cost, changes in net position, budgetary resources, custodial activity, and notes to the financial statements. [...] In addition, [FERC] strengthened its internal control program by continuing on-going self-assessment efforts as required by OMB Circular No. A-123, Management's Responsibility for Internal Control. This assessment resulted in the Commission's assertion that it has reasonable assurance that its internal controls over financial reporting were operating effectively during FY 2015".

<sup>2826</sup> Zie bijvoorbeeld: FERC, "Annual Report 2008", <http://www.ferc.gov/about/strat-docs/fy08-an-rpt.pdf>, laatst geconsulteerd op 21 april 2016.

<sup>2827</sup> Zie bijvoorbeeld: FERC, "2015 Report On Enforcement", <https://www.ferc.gov/legal/staff-reports/2015/11-19-15-enforcement.pdf>, laatst geconsulteerd op 21 april 2016.

<sup>2828</sup> Zie bijvoorbeeld: FERC, "2015 State of the Markets Presentation", <https://www.ferc.gov/market-oversight/reports-analyses/st-mkt-ovr/2015-som.pdf>, laatst geconsulteerd op 21 april 2016.

<sup>2829</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 452.

<sup>2830</sup> Zoals: "customer service, efficiency, output, and outcome indicators". Zie voetnoot 538.

prestatiedoelstellingen. De regulator die ter verantwoording wordt geroepen, wordt geconfronteerd met de eventuele mislukkingen van zijn beleid en weet dat hij in de toekomst opnieuw – en dan waarschijnlijk nog harder – ter verantwoording zal worden geroepen. Verantwoording is dus niet alleen nuttig voor controle, maar genereert ook inzichten.<sup>2831</sup> Deze bevindingen gelden uiteraard ook voor de rapporten opgesteld door de Belgische energieregulatoren, hoewel de inhoudelijke en analytische vereisten die aan de FERC opgelegd worden uitgebreider zijn en dus een grotere vorm van verantwoordingsplicht met zich meebrengen.

#### 2.4.6. Verlaten techniek: legislative veto

**883.** *Legislative veto* was een mechanisme dat het Congres de bevoegdheid verleende om handelingen van de uitvoerende macht te **vernietigen**. Het *legislative veto* is een atypisch instrument aangezien het niet het formele wetgevingsproces ('formal bill-passing procedure') doorliep, maar wel werkte via het aannemen van *resolutions*.<sup>2832</sup> Het *legislative veto* haalde haar bindende kracht louter uit de *Statute*, die het uitspreken van een veto via een *resolution* mogelijk maakte. *Resolutions* hebben op zich geen kracht van wet, vandaar het niet-traditionele karakter van dit mechanisme.<sup>2833</sup>

**884.** Tegen 1983 had het Congres meer dan tweehonderd *Statutes* aangenomen waarin dergelijk veto werd opgenomen.<sup>2834</sup> In de jaren zeventig en tachtig werden zelfs voorstellen ingediend om het toepassingsveld van het *legislative veto* uit te breiden tot de IRA's. Het Congres wenste het instrument van het veto te gebruiken als methode om toezicht te houden op de uitoefening van de ruime discretionaire bevoegdheden van de IRA's.<sup>2835</sup> Zo bevatte de *Federal Trade Commission Improvements Act* uit 1980 een *legislative veto*-bepaling.<sup>2836</sup> De regulering van de FTC kon door het Congres, binnen een periode van negentig dagen, teruggedraaid worden via een *concurrent resolution*.<sup>2837</sup> President Carter was echter geen voorstander van het *legislative veto*. Hij noemde de bepaling onverstandig en bovendien ongrondwettelijk.<sup>2838</sup>

<sup>2831</sup> M. BOVENS en T. SCHILLEMANS, "Publieke verantwoording. Begrippen, vormen en beoordelingskaders" in M. BOVENS en T. SCHILLEMANS, *Handboek publieke verantwoording*, Den Haag, Boom Lemma, 2009, (19) 31.

<sup>2832</sup> J. PEARSON, "The Legislative Veto: Is it Legislation?", *Washington and Lee Law Review* 1981, (172) 173.

<sup>2833</sup> J. PEARSON, "The Legislative Veto: Is it Legislation?", *Washington and Lee Law Review* 1981, (172) 173-177.

<sup>2834</sup> J. FELLOWS, "Congressional oversight through legislative veto after *INS v. Chadha*", *Cornell Law Review* 1983-1984, (1244) 1244; J. DAVIS, "Regulatory Reform and Congressional Control of Regulation", *New England Law Review* 1981-1982, (1199) 1216; KAGAN spreekt zelfs van meer dan 300 Statutes, E. KAGAN, "Presidential Administration", *Harvard Law Review* 2001, (2245) 2257.

<sup>2835</sup> J. FELLOWS, "Congressional oversight through legislative veto after *INS v. Chadha*", *Cornell Law Review* 1983-1984, (1244) 1245.

<sup>2836</sup> Federal Trade Commission Improvements Act, Pub. L. No. 96-252, 94 Stat. 374 (1980); 15 U.S.C. § 41.

<sup>2837</sup> E. KINTNER, C. SMITH en D. GOLDSTON, "The Effect of the Federal Trade Commission Improvements Act of 1980 on the FTC's Rulemaking and Enforcement Authority", *Washington University Law Review* 1980, (847) 848 en 853.

<sup>2838</sup> Jimmy Carter: "Federal Trade Commission Improvements Act of 1980 Statement on Signing H.R. 2313 Into Law.", May 28, 1980. Online by Gerhard Peters and John T. Woolley, *The American Presidency Project*. <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=44790>: "Other aspects of the legislation are less satisfactory. Section 21 provides for a two-house congressional veto of FTC final rules. This provision is both unwise and unconstitutional. I am signing this bill despite the congressional veto provision, because the very existence of this agency is at stake. Under the bill, a suit to test the legislative veto provision can be expedited, and I look forward to such a court challenge".

De President wou dan ook dat deze ongrondwettigheid aanvechtbaar werd voor de rechtbank.<sup>2839</sup>

**885.** Het gebruik van het *legislative veto* was uiterst controversieel, aangezien het leek te conflicteren met de machtenscheiding. Het Congres heeft immers niet de bevoegdheid om wetgeving uit te voeren. Deze bevoegdheid is uitdrukkelijk en exclusief voorbehouden voor de President (en de uitvoerende macht).<sup>2840</sup> Het *legislative veto* zorgde er echter voor dat het Congres kon verhinderen dat de door de uitvoerende macht goedgekeurde regels, uitwerking kregen. Bovendien leek het *legislative veto* in te gaan tegen het presidentiële veto, vastgelegd in artikel 1, sectie 7 van de Amerikaanse Grondwet.<sup>2841</sup> Het was echter pas in 1983 dat het *U.S. Supreme Court* uitspraak deed in een zaak waarbij de conformiteit van het veto met de Grondwet ter discussie stond.

**886.** De zaak *Immigration and Naturalization Service v. Chadha* had betrekking op een Keniaanse student, met een Brits paspoort, wiens Amerikaans visum in 1972 was vervallen.<sup>2842</sup> De man bleef echter illegaal in de VS. De *Immigration and Naturalization Service (INS)*, een *executive agency*, startte daarop een uitwijzingsprocedure. Chadha vroeg echter om deze uitwijzing te schorsen aangezien de uitwijzing hem "extreme hardship" zou berokkenen. Een immigratierechter van de INS ging op dit schorsingsverzoek in. Echter, door de schorsing van de procedure trad de *legislative veto*-bepaling uit de *Immigration and Nationality Act* in werking, waardoor het Congres ("either the Senate or the House") de bevoegdheid kreeg om zich uit te spreken over de uitwijzing. Het Congres stelde dat Chadha op onvoldoende wijze "extreme hardship" had aangetoond en gaf de INS het bevel om hem uit te wijzen. De zaak kwam uiteindelijk bij het *U.S. Supreme Court* terecht, nadat de *Court of Appeals of the Ninth Circuit*, het veto ongrondwettelijk had verklaard.

Het *U.S. Supreme Court* volgde het *Court of Appeals of the Ninth Circuit* en verklaarde eveneens het veto ongrondwettelijk. Het Hof baseerde zich daarbij op twee elementen. Enerzijds schond de bepaling uit de wet het principe van het bicameralisme (vervat in artikel 1, sectie 1 en 7 van de Amerikaanse Grondwet) aangezien de *resolution* kon aangenomen worden door ofwel de Senaat ofwel het Huis en er *in casu* dus geen sprake was van een *concurrent resolution*. Anderzijds stelde het Hof dat *resolutions* "legislative acts" zijn, waardoor artikel

---

<sup>2839</sup> E. KINTNER, C. SMITH en D. GOLDSTON, "The Effect of the Federal Trade Commission Improvements Act of 1980 on the FTC's Rulemaking and Enforcement Authority", *Washington University Law Review* 1980, (847) 853.

<sup>2840</sup> J. PEARSON, "The Legislative Veto: Is it Legislation?", *Washington and Lee Law Review* 1981, (172) 173-174.

<sup>2841</sup> Article 1, Section 7 U.S.C.: "Every order, resolution, or vote to which the concurrence of the Senate and House of Representatives may be necessary [...] shall be presented to the President of the United States; and before the same shall take effect, shall be approved by him, or being disapproved by him, shall be repassed by two thirds of the Senate and House of Representatives, according to the rules and limitations prescribed in the case of a bill." In sommige gevallen vereiste een *legislative veto* immers "concurrence of the Senate and House of Representatives", waarna een concurrent resolution werd aangenomen. De concurrent resolutions werden echter niet ter goedkeuring voorgelegd aan de President. De overeenstemming van het *legislative veto* met de Amerikaanse Grondwet werd dan ook in vraag gesteld.

<sup>2842</sup> *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, 462 US 919 (1983).



1, sectie 7, clause 2 en 3 ('presentment clauses') werden geschonden, aangezien alle wetgevende akten dienen te worden voorgelegd aan de President. Het presidentieel veto werd uitdrukkelijk in de Grondwet opgenomen als onderdeel van de *checks and balances*. Aangezien het presidentieel veto door het Congres volledig buitenspel werd gezet,<sup>2843</sup> werd het grondwettelijk principe van de scheiding der machten geschonden. Het *U.S. Supreme Court* beklemtoonde echter dat zelfs indien er sprake was van een *concurrent resolution* en het bicameralisme dus werd gerespecteerd, de constitutionele presidentiële bevoegdheden nog steeds werden geschonden. Bijgevolg waren beide opties, zowel een *one-house resolution* als een *concurrent resolution*, ongrondwettelijk.<sup>2844</sup> Bovendien maakte het *U.S. Supreme Court* geen onderscheid tussen de *rulemaking* en de *adjudicatory decisions* waardoor het Congres geen enkel optreden van *agencies* nog kan tegenhouden.<sup>2845</sup> De uitspraak van het *U.S. Supreme Court* had tot gevolg dat meer dan tweehonderd veto-bepalingen ongeldig waren en dat het Congres een belangrijke vorm van controle op de *agencies* kwijt was geraakt.<sup>2846</sup>

**887.** Ondanks de uitspraak van het *U.S. Supreme Court* bleef het Congres echter *legislative veto's* in de wetgeving inschrijven.<sup>2847</sup> Het Congres maakt daarbij geen gebruik meer van een *one-house resolution*, maar wel van een *concurrent resolution*. Volgens de *Congressional Research Service* heeft het Congres sinds het *Chadha*-arrest honderden veto-bepalingen ingeschreven, meestal in de budgetwetgeving.<sup>2848</sup> Vaak gaat het om een bepaling die stelt dat een bepaald budget niet mag gebruikt worden tot de *Appropriations Committees* de handelingen hebben goedgekeurd (of niet hebben afgekeurd).

#### 2.4.7. Conclusie

**888.** Het Congres in de Verenigde Staten heeft duidelijk een omvangrijkere rol inzake het toezicht op de energieregulatoren dan de parlementen in België. Specifiek wat de FERC betreft, houden het Congres en de comités doorgedreven toezicht, zij het enigszins op de achtergrond waardoor het ruimte laat voor de discretionaire bevoegdheden van de regulator. De controle van het budget gebeurt bijvoorbeeld op een doorgedreven wijze door de comités. De FERC zelf is evenwel nog nooit financieel afgestraft of in een bepaalde richting geduwd door het Congres (via *limitations*, *earmarks* of *riders*). Bovendien worden op regelmatige basis hoorzittingen georganiseerd, waarbij de FERC toelichting moet

<sup>2843</sup> Door het *legislative veto* van het Congres kon de president zijn presidentieel veto-recht immers niet meer uitoefenen, aangezien de resolution hem niet werd voorgelegd.

<sup>2844</sup> J. FELLOWS, "Congressional Oversight Through Legislative Veto After Ins V Chadha", *Cornell Law Review* 1983-1984, (1244) 1256.

<sup>2845</sup> J. FELLOWS, "Congressional Oversight Through Legislative Veto After Ins V Chadha", *Cornell Law Review* 1983-1984, (1244) 1256 en 1258.

<sup>2846</sup> J. FELLOWS, "Congressional Oversight Through Legislative Veto After Ins V Chadha", *Cornell Law Review* 1983-1984, (1244) 1244.

<sup>2847</sup> L. FISHER, "The Legislative Veto: Invalidated, It survives", *Law and Contemporary Problems* 1993, (273) 288.

<sup>2848</sup> A. DOLAN, E. HALCHIN, T. GARVEY, W. OLESZEK en W. GINSBERG, "Congressional Oversight Manual", *Congressional Research Service Report for Congress*, 2014, 88.

geven bij bepaalde programma's of beleidskeuzes. De rapporteringsverplichtingen die op de FERC rusten zijn eveneens zwaarwichtig. Daarenboven beschikt het GAO over aanzienlijke bevoegdheden, om al dan niet op vraag van het Congres, een audit uit te voeren bij de FERC over een specifiek onderwerp of over de werking van de FERC in het algemeen. Ook de *Inspectors General* oefenen controle uit op de instanties onder hun bevoegdheid, waarbij het *Department of Energy Office of Audits* de FERC (zij het op een niet echt doorgedreven manier) doorlicht.

**889.** Welke lessen kunnen hier nu uit getrokken worden en welke mechanismen kunnen worden overgenomen? Eerst en vooral dient daarbij nog eens de kern van het afleggen van verantwoording in herinnering gebracht te worden, namelijk het geven van informatie, het houden van een wederzijds debat en de controle door een forum. Verschillende Amerikaanse mechanismen sluiten aan bij dit kader en kunnen ook, gelet op de strikte Europese onafhankelijkheidsvereisten, toegepast worden op de Belgische energieregulators. Het toezicht uitgeoefend door het parlement zorgt voor een rechtstreekse vorm van verantwoording en vergroot daardoor ook de democratische legitimiteit van de energieregulator. Bovendien creëert het ook een grotere vorm van transparantie en openheid.

**890.** Mechanismen of technieken die overgenomen kunnen worden zijn<sup>2849</sup> o.a. (1) de uitvoerige (en analytische) rapporteringsverplichtingen, waarbij de regulator het jaarverslag uitgebreider moet opstellen (in lijn met de opmerkingen van het Rekenhof) en waarbij ook de jaarlijkse ondernemingsplannen, het meerjarig strategisch plan en het huishoudelijk reglement meegedeeld moeten worden aan het parlement; (2) de parlementaire hoorzittingen, zowel op vraag van de parlementaire commissies als op vraag van de regulator (met bv. de bespreking van de hiervoor vermelde rapporten en plannen); (3) ook het technisch reglement en de tariefmethodologie kunnen worden voorgesteld aan de parlementaire commissie; (4) er moet van de parlementaire commissie zelf ook verwacht worden dat zij elk jaar een overzichtsrapport opstelt waarbij zij een overzicht geeft van alle gestelde vragen en dit ter informatie en eventuele becommentariëring voorlegt aan de energieregulator, waarop die laatste het document op de eigen website publiceert; (4) mogelijke vormen van onafhankelijke audits, waarbij voornamelijk de rol van het Rekenhof uitgebreid kan worden;<sup>2850</sup> (5) het uitvoeren van interne audits (als interne kwaliteitscheck, ook via *progress*

---

<sup>2849</sup> Uiteraard in zoverre de regulators dit op vandaag nog niet zouden doen.

<sup>2850</sup> Het geeft m.i. daarbij weinig tot geen zin om naast het Rekenhof een instelling gelijkaardig aan het GAO op te richten (als bv. een "Audit Bureau", bevoegd voor alle regulators in België) aangezien de Belgische overheidsstructuur qua grootte niet te vergelijken valt met de Amerikaanse, waardoor het beter is om het Rekenhof alle regulators (naast de energieregulators, ook die voor telecom, media, transport, mededinging,...) minstens één maal per jaar door te lichten. Dit creëert meer uniformiteit en duidelijkheid inzake het toezicht en biedt alle regulators dezelfde gelijke waarborgen. Zie ook: M. SCHOLTEN, *The Political Accountability of EU Agencies: Learning from the US Experience*, Leiden, Brill Nijhoff, 2014, 299.

*assessments* als opvolging van de jaarlijkse ondernemingsplannen) door de regulator zelf en door een bedrijfsrevisor, waarbij de rapporten ook toegankelijk moeten zijn voor het parlement.<sup>2851</sup>

**891.** Een deel van deze mechanismen worden reeds toegepast bij bepaalde energieregulators. De toezichtsmogelijkheden kunnen echter uitgebreid worden in lijn met bovenstaande aanbevelingen. Daarnaast beschikt het parlement nog steeds over de mogelijkheid om – uiteraard binnen de Europese grenzen – de bevoegdheden van de regulators in te perken of uit te breiden en kan het parlement of de regering (*supra* nr. 692 e.v., 701 en 713) het budget van de regulator aanpassen. Een goede en correcte relatie tussen het parlement (cf. de parlementaire commissie) en de regulator zorgt ervoor dat het parlement ook sneller kan inspelen op een snel wijzigende markt, waardoor het ook de noodzakelijke wettelijke instrumenten aan de regulator kan verlenen indien dit zou nodig blijken. Zoals reeds vermeld moet het parlement ook een grotere rol krijgen bij de **benoemingen** van de bestuurders van de energieregulators (hoorzitting) en ook wat de ontslag- en tuchtmogelijkheden betreft kan het parlement *onrechtstreeks* een grotere rol krijgen,<sup>2852</sup> door bijvoorbeeld *ten eerste* de magistraten te benoemen die deel kunnen uitmaken van een onafhankelijke Tuchtraad die beslist over tucht- en ontslagzaken bij de energieregulators. Dergelijke Tuchtraad werd reeds ingesteld bij de CREG.<sup>2853</sup> *Ten tweede* kan men aan het parlement de mogelijkheid bieden – indien zij op basis van hun parlementair controlerecht een ernstige onregelmatigheid vaststelt – om een verzoek tot onderzoek bij de Tuchtraad in te stellen.<sup>2854</sup>

<sup>2851</sup> Een bedrijfsrevisor houdt reeds toezicht op de CREG.

<sup>2852</sup> A. HERINGA en L. VERHEY, "Independent Agencies and Political Control" in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), *Agencies in European and Comparative Law*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (155) 165.

<sup>2853</sup> Dergelijke Tuchtraad is formeel in de Elektriciteitswet ingeschreven in artikel 24, §2ter: "Voor de toepassing van de bepalingen bedoeld in § 2bis, wordt er een Tuchtraad opgericht. De Tuchtraad bestaat uit een voorzitter, magistraat, en twee leden, eveneens magistraten, die worden verkozen door de Kamer van volksvertegenwoordigers voor een hernieuwbaar mandaat van zes jaar. [...]". De leden zijn evenwel nog niet aangeduid.

<sup>2854</sup> Zoals dit bij de CREG nu is ingesteld voor de minister, zie artikel 24, § 2bis van de Elektriciteitswet: "Bij besluit van de Ministerraad, genomen ingevolge een voorstel dat door de minister is gedaan op basis van het advies van de Tuchtraad volgens de procedure bepaald in deze paragraaf, kan een einde worden gemaakt aan het mandaat van de voorzitter of van een of van meerdere leden van het directiecomité van de commissie die aansprakelijk zijn voor een van de volgende inbreuken: – schending van de voorwaarden van onafhankelijkheid waarin deze wet en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, alsmede de uitvoeringsbesluiten genomen in uitvoering van deze wetten, voorzien; – schending, in de uitoefening van hun mandaten, van elke andere wettelijke of reglementaire bepalingen die van toepassing zijn op de voorzitter en/of de leden van het directiecomité krachtens deze wet en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, alsmede de uitvoeringsbesluiten genomen in uitvoering van deze wetten. Na de vaststelling van een inbreuk, bedoeld in het eerste lid, en binnen de maand nadat hij van deze inbreuk heeft kennis genomen, zoekt de minister de Tuchtraad ingesteld door § 2ter aan bij een aangetekende brief met ontvangstmelding. Deze brief beschrijft inzonderheid de aard van de feiten die geacht worden de inbreuk te vormen. Geen enkele vermelding wordt gedaan in deze brief over de gevolgen die dienen te worden gegeven aan deze inbreuk. Binnen drie maanden na de verzending van de in het tweede lid bedoelde brief, roept de Tuchtraad de partijen, zijnde de minister en de persoon jegens wie de inbreuk is vastgesteld, op voor een hoorzitting. De oproeping voor deze hoorzitting wordt bij een aangetekende brief met ontvangstmelding verstuurd uiterlijk de tiende dag voor de hoorzitting. De partijen kunnen zich ter zitting laten bijstaan of vertegenwoordigen door een raadsman. Binnen de maand na de hoorzitting brengt de Tuchtraad een bindend advies uit voor de minister. Dit advies kan concluderen: – ofwel dat er reden is om tot een vervroegde beëindiging van het mandaat over te gaan met verval van opzeggingsvergoedingen of andere ontslagvergoedingen die contractueel werden bedongen; – ofwel dat er reden is om tot een vervroegde beëindiging van het mandaat over te gaan, zonder dat het noodzakelijk is het verval uit te spreken van opzeggingsvergoedingen of andere ontslagvergoedingen die contractueel werden bedongen; – ofwel dat er geen reden is om tot een vervroegde beëindiging van het mandaat over te gaan.

	<b>Wat?</b>	<b>Frequentie?</b>	<b>Waar?</b>
<b>Ex-ante toezicht</b>	Een parlementaire hoorzitting bij de <b>benoeming</b> . <sup>2855</sup>	Na het aflopen van een mandaat (gelet op de gespreide termijnen)	Parlementaire commissie (stemming) – voltallig parlement (goedkeuring).
	Het voorleggen van een ontwerp van <b>begroting</b> , vergezeld van een beleidsnota, voor het volgende kalenderjaar ter goedkeuring, gevolgd door een vragenronde. <sup>2856</sup>	Jaarlijks.	Parlementaire commissie (stemming) – voltallig parlement (goedkeuring).
	Een parlementaire hoorzitting omtrent een <b>meerjarig strategisch beleidsplan</b> .	Vijfjaarlijks.	Parlementaire commissie.
	Een parlementaire hoorzitting omtrent het jaarlijkse (ontwerp) <b>ondernemingsplan</b> (met prestatiedoelstellingen). <sup>2857</sup>	Jaarlijks.	Parlementaire commissie.
<b>Ex-nunc toezicht</b>	Hoorzittingen over <b>actuele thema's</b> , op initiatief van de regulator of het parlement.	Wanneer wenselijk.	Parlementaire commissie.
	Het voorleggen van de definitieve <b>tariefmethodologie</b> en het definitieve <b>technisch reglement</b> (en bij eventuele wijzigingen).	Bij het aannemen van een nieuw reglement of bij wijzigingen.	Parlementaire commissie.
	Het voorleggen van het <b>huishoudelijk reglement</b> (of bij wijzigingen aan het reglement).	Bij wijzigingen.	Parlementaire commissie.
<b>Ex-post toezicht</b>	Het voorleggen van de <b>jaarrekening</b> en het <b>jaarverslag</b> aan het parlement (met uitgebreide analyse van de eigen prestatie-doelstellingen én uitgebreid verslag over de evolutie in de gas- en elektriciteitsmarkt), met vragenronde.	Jaarlijks*	Parlementaire commissie.
	Controle van de <b>jaarrekening</b> door het <b>Rekenhof</b> en bijhorende audit.	Jaarlijks*	Audit wordt voorgelegd aan de parlementaire commissie.

<sup>2855</sup> Zoals in lijn met de Interpretatieve Nota, 20: "Similarly, the accountability of the NRA board could be enhanced by organising a parliamentary hearing prior to the appointment of the board members".

<sup>2856</sup> Zoals in lijn met de Interpretatieve Nota, 20: "Especially when discussing the NRA budget, national parliaments may ask to organise a hearing with the NRA".

<sup>2857</sup> Zoals in lijn met de Interpretatieve Nota, 20: "The accountability of the NRA can also be enhanced if Member States require the NRA, while submitting its draft budget for approval by the national parliament, to present a draft work programme as well".

	Controle van de <b>jaarrekening</b> door de <b>bedrijfsrevisor</b> .	Jaarlijks* * gezamenlijk	Verslag wordt voorgelegd aan de parlementaire commissie.
	Het verkiezen en benoemen van de leden van de <b>Tuchtraad</b> .	Bij de benoeming van de leden.	Kamer van Volksvertegenwoordigers.
	Het instellen van een verzoek tot onderzoek bij de Tuchtraad.	Bij ernstige onregelmatigheden	Parlementaire commissie.

## 2. De Vlaamse energieregulator (VREG) onderbrengen bij het Vlaams Parlement

### 3.1. Uitvoerende of wetgevende macht?

**892.** Op Vlaams niveau streeft men er naar om de Vlaamse energieregulator VREG in de toekomst volledig onder te brengen bij het parlement (*supra* nr. 131 e.v.).<sup>2858</sup> Niet enkel het toezicht, maar eveneens de benoemingen, het ontslag, de financiën als ook de institutionele aspecten worden overgeheveld naar het parlement. Het moet ten eerste aangemoedigd worden dat men vanuit de politiek de onafhankelijkheid van de VREG wenst te versterken door de regulator niet meer afhankelijk te maken van één enkele minister. Er moet echter ook enige voorzichtigheid aan de dag worden gelegd. Het Vlaams Parlement is en blijft een politiek orgaan. Elke schijn van afhankelijkheid van de energieregulator ten aanzien van het parlement moet dan ook vermeden worden. Indien men eveneens de parlementaire debatten volgt, bv. in het kader van de historische saldi (*supra* nr. 663),<sup>2859</sup> dan dient men op te merken dat niet alle partijen even grote voorstander of voorvechter zijn van een *in de praktijk* sterke, onafhankelijke regulator.<sup>2860</sup> Gelet op de kritiek van de Raad van State in het verleden inzake de parlementaire commissie m.b.t tucht, is het risico dat beslissingen worden gesteund op *louter* politieke overwegingen niet ondenkbeeldig (*supra*, nr. 575).<sup>2861</sup>

<sup>2858</sup> Zie o.a. Verslag van de Plenaire Vergadering van 10 juni 2015, *Parl.St.* VI.Parl. 2014-2015, nr. 40, 40; Verslag van de hoorzitting namens de Commissie voor Leefmilieu, Natuur, Ruimtelijke Ordening, Energie en Dierenwelzijn uitgebracht door Johan Danen en Andries Gryffroy met vertegenwoordigers van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt (VREG) over enkele actuele dossiers, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, nr. 565/1, 6, 11 en 13; Voorstel van decreet van het Vlaamse Gewest houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de oprichting en de organisatie van de regulator betreft, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16 nr. 812/1.

<sup>2859</sup> De historische opbouw van een vrij omvangrijke schuldenberg, gecreëerd door de groenestroomcertificaten, die door de VREG verrekend moest worden in de tarieven.

<sup>2860</sup> Zie o.a. de parlementaire discussie in de Commissie voor Energie: Commissievergadering van 14 oktober 2015 Commissie voor Leefmilieu, Natuur, Ruimtelijke Ordening, Energie en Dierenwelzijn, Hoorzitting VREG: actuele dossiers onder de loep, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, C22; Verslag van de hoorzitting namens de Commissie voor Leefmilieu, Natuur, Ruimtelijke Ordening, Energie en Dierenwelzijn uitgebracht door Johan Danen en Andries Gryffroy met vertegenwoordigers van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt (VREG) over enkele actuele dossiers, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, nr. 565/1, 6.

<sup>2861</sup> Zie daarover de opmerking van de Raad van State bij de parlementaire voorbereiding bij de wet van 8 januari 2012, Adv.RvS nr. 49.570/3 bij het voorontwerp van wet tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de Elektriciteitswet en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, nr. 1725/1, 311.

**893.** Er moet worden nagegaan of dergelijke verhuis niet botst op een aantal juridische bezwaren.<sup>2862</sup> Eerst en vooral vereisen de Europese richtlijnen dat een energieregulator *juridisch gescheiden* en functioneel onafhankelijk moet zijn van enige andere publieke of particuliere entiteit.<sup>2863</sup> De Interpretatieve Nota verduidelijkt dat *juridisch gescheiden* (legally distinct) "means that the NRA must be created as a separate and distinct legal entity from any Ministry or other government body".<sup>2864</sup> De regulator moet dus gecreëerd worden als een van een ministerie of **andere overheidsinstantie afzonderlijke en onderscheiden juridische entiteit**. Hoewel dit niet uitdrukkelijk volgt uit de bewoordingen van de richtlijnen, wordt in de rechtsleer algemeen aangenomen dat een "separate and distinct legal entity" het vereiste van rechtspersoonlijkheid inhoudt.<sup>2865</sup> De VREG beschikt over rechtspersoonlijkheid, hetgeen ervoor zorgt dat de regulator ook beschikt over een eigen budget en eigen personeel. Indien de VREG institutioneel effectief deel zou gaan uitmaken van het Vlaams Parlement dan zou de regulator de eigen rechtspersoonlijkheid kunnen verliezen, hetgeen er voor zou kunnen zorgen dat de VREG niet meer voldoet aan deze Europese eis. Het voorstel van decreet dat ondertussen op tafel ligt spreekt echter niet van een volledige institutionele inbedding in de schoot van het parlement, maar stelt dat "er voldoende onafhankelijkheid [moet] geboden worden aan de regulator ten aanzien van de beslissingen van de Vlaamse regering, vandaar dat het toezicht niet langer bij de Vlaamse regering kan liggen maar wel bij het Vlaams Parlement".<sup>2866</sup> De klemtoon ligt dus duidelijk, net zoals in dit onderzoek ook naar voren geschoven wordt, op de verschuiving van de (beperkte) sturingsmechanismen door de minister, naar controlemechanismen door de volksvertegenwoordiging. Het voorstel van decreet stelt dat het juridisch statuut van de regulator gewijzigd moet worden. De VREG kan daarbij niet langer als extern verzelfstandigd agentschap aanzien worden. De VREG zou daarop worden ingericht als een **autonome dienst met rechtspersoonlijkheid**.<sup>2867</sup> De categorie autonome dienst met rechtspersoonlijkheid komt als dusdanig niet voor in het Rekendecreet van 8 juli 2011.<sup>2868</sup> Er is enkel sprake van de Vlaamse ministeries en DAB's (diensten met afzonderlijk beheer) en een aantal rechtspersonen (art. 4, § 1). Het voorliggend

<sup>2862</sup> Zie ook L. DE DEYNE, "Het democratisch deficit van onafhankelijke energieregulators en de rol van het parlement", *TBP* 2016, afl. 4, (261) 276. Bij de redactie van dit artikel lag er echter nog geen concreet voorstel tot decreet op tafel. De aldaar gemaakte opmerkingen dienen dan ook in dat licht te worden in acht genomen.

<sup>2863</sup> Artikel 35(4)(a) van de richtlijn 2009/72/EG en artikel 39(4)(a) van de richtlijn 2009/73/EG.

<sup>2864</sup> Interpretatieve Nota, 6.

<sup>2865</sup> S. DE SOMER, "Internationale impuls en nationale beheersingsdrang inzake bestuurlijke verzelfstandiging: het Grondwettelijk Hof en de casus van de energieregulator", *TBP* 2012, afl. 4, (214) 220; Bijzonder is dat in Nederland de Autoriteit Consument en Markt (ACM), die ook als energieregulator fungeert, niet over rechtspersoonlijkheid beschikt. Dit wordt in de rechtsleer regelmatig bekritiseerd (zie L. SCHOUTEN en A. DE MOOR-VAN VUGT, "De onafhankelijkheid van de Autoriteit Consument en Markt", *SEW* 2015, afl. 2, (62) 63; M. SCHINKEL, "Gevraagd: Autoriteit met Rechtspersoonlijkheid", *Markt & Mededinging (M&M)* 2013, afl. 1, 9-12; R. DE BREE, "ACM: evolutie uit zuinigheid? Enige beschouwingen bij de totstandkoming van de Autoriteit Consument en Markt", *M&M* 2012, afl. 4, (141) 143) hoewel de minister argumenteerde dat het geen noodzakelijke vereiste is (zie Kamerstukken II 2011/12, 33.186, 3, 6-7, MvT).

<sup>2866</sup> Voorstel van decreet tot wijziging van het decreet van 8 mei 2009 houdende de algemene bepalingen betreffende het energiebeleid, met betrekking tot de organisatie van de regulator, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, nr. 812/1.

<sup>2867</sup> Voorstel van decreet tot wijziging van het decreet van 8 mei 2009 houdende de algemene bepalingen betreffende het energiebeleid, met betrekking tot de organisatie van de regulator, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, nr. 812/1.

<sup>2868</sup> Decr.VI. 8 juli 2011 houdende regeling van de begroting, de boekhouding, de toekenning van subsidies en de controle op de aanwending ervan, en de controle door het Rekenhof, *BS* 5 augustus 2011.

voorstel van decreet voorziet dan ook dat de VREG voortaan valt onder artikel 4, § 2 van het Rekendecreet en dus geschrappt moet worden als extern verzelfstandigd agentschap in art. 4, § 1 (*supra* nr. 691 e.v.).<sup>2869</sup> Omwille van het feit dat de VREG ook in de toekomst over rechtspersoonlijkheid zal blijven beschikken is er op dat vlak dus zeker geen sprake van een schending van de Europese richtlijnen.

**894.** Er moet ook op gewezen worden dat uit de tekst van het voorstel niet geheel duidelijk blijkt dat de VREG wordt ingesteld **bij** het Vlaams Parlement zelf. Artikel 3.1.1. zal immers als volgt vervangen worden:

“§ 1. Er wordt een autonome dienst met rechtspersoonlijkheid opgericht. Deze dienst draagt als naam Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt, afgekort als VREG. Alle officiële akten, officiële aankondigingen of andere officiële stukken die van de dienst uitgaan, moeten de benaming van de dienst vermelden, met onmiddellijk daarvoor of daarna, leesbaar en voluit geschreven, de woorden ‘autonome dienst met rechtspersoonlijkheid’.

§ 2. De dienst staat **onder toezicht** van het Vlaams Parlement.

§ 3. Het Vlaams Parlement kan de vestigingsplaats van de zetel van de dienst bepalen.

§ 4. De VREG fungeert voor het Vlaamse Gewest en voor de gewestelijke bevoegdheden inzake elektriciteit en aardgas, als de regulerende instantie, vermeld in artikel 35, tweede lid, van de Richtlijn 2009/72/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG en artikel 39, tweede lid, van de Richtlijn 2009/73/EG van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en tot intrekking van richtlijn 2003/55/EG.

Bij de uitoefening van zijn taken en bevoegdheden als regulator vraagt of ontvangt de VREG, noch zijn bestuurders, noch zijn personeelsleden, directe instructies van de Vlaamse Regering, van het Vlaams Parlement of van een andere publieke of particuliere entiteit.

De VREG oefent zijn taken en bevoegdheden op onpartijdige en transparante wijze uit.”

Bij de CREG bepaalt artikel 23, § 1 van de Elektriciteitswet dat de commissie **een autonoom organisme met rechtspersoonlijkheid** is. Ook bij de CREG is het parlement sinds de wet van 8 januari 2012 het bevoegde orgaan inzake toezicht. De federale regulator is evenwel, in tegenstelling tot bijvoorbeeld de Privacycommissie, niet in de schoot van het parlement ingericht en zweeft daardoor als een entiteit *sui generis* binnen de uitvoerende macht.<sup>2870</sup> Bij de Privacycommissie bepaalt de Privacywet uitdrukkelijk: “**bij** de Kamer van volksvertegenwoordigers wordt een Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer ingesteld, die samengesteld is uit leden die worden aangewezen door de Kamer van volksvertegenwoordigers, onder wie de

<sup>2869</sup> Artikel 4, § 2 van het Rekendecreet: “Artikel 37, § 1, artikel 46, § 2, artikel 48, en artikel 50, § 2, zijn ook van toepassing op alle andere rechtspersonen dan deze die vermeld worden in paragraaf 1 als die, in overeenstemming met het Europees systeem van nationale en regionale rekeningen, vermeld in verordening (EG) nr. 2223/96 van de Raad van 25 juni 1996 betreffende het Europees systeem van de nationale en regionale rekeningen in de gemeenschap, deel uitmaken van de Vlaamse deel-staatoverheid door onder sectorale code 13.12 te ressorteren”.

<sup>2870</sup> L. DE DEYNE, “Het ‘democratisch deficit’ van onafhankelijke energieregulatoren en de rol van het parlement”, *TBP* 2016, afl. 3, (261) 277.

voorzitter en de ondervoorzitter”.<sup>2871</sup> Aangezien de bepalingen bij de VREG op gelijkaardige wijze zijn geformuleerd als bij de CREG, en niet zoals bij de Privacycommissie, kan worden aangenomen dat ook de VREG *sui generis* binnen de uitvoerende macht zweeft, waarbij het toezicht bij het Vlaams Parlement ressorteert.

Dit verschil met bv. de Privacycommissie kan worden gerechtvaardigd door o.a. de aard van het toezicht. De gegevensbeschermingsautoriteit werd door de wet van 26 februari 2003 ondergebracht **bij** de Kamer van Volksvertegenwoordigers.<sup>2872</sup> De argumenten die daarvoor aan de basis lagen hadden voornamelijk betrekking op het gebrek aan onafhankelijkheid bij de Privacycommissie, door de verregaande **organisatorische verstrengeling** tussen de commissie en het ministerie van Justitie (zowel op institutioneel, administratief en financieel vlak),<sup>2873</sup> en daarmee conflicterende Europese eis van “volledige” onafhankelijkheid.<sup>2874</sup> De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer ressorteerde namelijk onder het departement Justitie, hetgeen moeilijk te verenigen viel “met de controle die zij dient uit te oefenen op de administratie, met name ten aanzien van dat departement

---

<sup>2871</sup> Art. 23 wet 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, BS 18 maart 1993, 5801.

<sup>2872</sup> Wet 23 februari 2003 tot wijziging van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens en van de wet van 15 januari 1990 houdende oprichting en organisatie van een Kruispuntbank van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en tot uitbreiding van haar bevoegdheden, BS 23 juni 2003.

<sup>2873</sup> De Privacycommissie voldeed op dat moment immers niet aan de door het EU-recht vereiste volledige onafhankelijkheid (Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, *Pb.L.* 23 november 1995, afl. 281, 31). “In verband met de Commissie zelf, zij gesteld dat haar huidige afhankelijkheid van het ministerie van Justitie op institutioneel, administratief en financieel vlak de onafhankelijkheid afzwakt die noodzakelijk is voor een orgaan dat een afweging moet maken tussen individuele vrijheden en collectieve belangen. Daarbij zij aangestipt dat die onafhankelijke status van de Commissie door het communautair recht wordt opgelegd. Voorts bestaat de Commissie uit één vast lid (op 8 werkende + 8 plaatsvervangende leden), waardoor zij onmogelijk alle taken en opdrachten kan vervullen die de goede werking van de instelling waarborgt; – wat het secretariaat betreft, lijkt het erop dat het aantal leden ervan dat ter beschikking van de Commissie wordt gesteld, verminderd is ten opzichte van vroeger, dat dit aantal op zich bovendien ontoereikend is en dat de bestraffing wordt gekenmerkt door een zeer groot personeelsverloop, waarbij de rechtspositie van dat personeel als de voornaamste verklaring voor die toestand lijkt te gelden. Wat hier in het geding is, is de goede werking van het overheidsorgaan en indirect een grondwettelijk recht, namelijk dat van de eerbiediging voor de persoonlijke levenssfeer, en het behoort aan de wetgever om accuraat op voormelde ontwikkelingen en moeilijkheden te reageren”, zie Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens en van de wet van 15 januari 1990 houdende oprichting en organisatie van een Kruispuntbank van de sociale zekerheid tot aanpassing van de status van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en tot uitbreiding van haar bevoegdheden, *Parl.St.* Kamer 2001-2002, 1940/1, 6)

<sup>2874</sup> Zie voetnoot 120. Bij de VREG wordt de eis van volledige onafhankelijkheid niet gesteld. Het verschil tussen de volledige onafhankelijkheid bij gegevensbeschermingsautoriteiten en de specifieke onafhankelijkheidsregels bij de energieregulatoren vloeit volgens LAVRIJSSEN, OTTOW en AELEN voort uit de aard van de privacy materie en de daarmee samenhangende bescherming van fundamentele rechten en vrijheden van natuurlijke personen (S. LAVRIJSSEN, “Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU perspectief”, *RegelMaat* 2015, afl. 3 (182) 190; A. OTTOW, “Onafhankelijkheid van toezichthouders” (noot onder HvJ 9 maart 2010, nr. C-518/07), *Tijdschrift voor Toezicht* 2010, afl. 3, (78) 86). De onafhankelijkheid met betrekking tot de gegevensbescherming ligt dan ook verrat in artikel 8, lid 3 van het Europees Handvest van de Grondrechten en artikel 16, lid 2 VWEU). Het te behartigen belang is volgens AELEN eenduidiger en meetbaar, waardoor overheidsbemoeienis vanuit een legitimiteitsperspectief in mindere mate verlangd wordt. Dit is anders zijn bij economische toezichthouders, waarbij de fundamentele rechten en vrijheden minder of in het geheel niet spelen. Voor die toezichthouders zouden algemene beleidsregels dus mogelijk moeten zijn (M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 247). Ook in het arrest Schrems (HvJ 6 oktober 2015, nr. C-362/14) beklemtoont het Hof de link tussen de onafhankelijkheid van de toezichthouder en de aard van de bevoegdheden.



zelf".<sup>2875</sup> Vanzelfsprekend was het departement van Justitie niet geschikt, aangezien het zelf door de Commissie moest worden gecontroleerd.<sup>2876</sup> In de parlementaire voorbereiding stelde men dat "de bevoegdheden van de Kamer van volksvertegenwoordigers inzake politieke controle en begrotingscontrole, en meer in het algemeen de plaats die de Grondwet haar toekent, rechtvaardigen dat de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer voortaan **onder die assemblée ressorteert**".<sup>2877</sup> De situatie bij de VREG is anders aangezien de regulator geen rechtstreekse controle uitoefent op bijvoorbeeld het departement LNE. De VREG reguleert in eerste instantie de energiemarkt en dient daarbij onafhankelijk te zijn van de politiek omwille van mogelijke verwevenheid tussen de overheid en bepaalde marktspelers (o.a. netbeheerders,...). Omwille van deze verschillende situaties zou het dan ook geen probleem zijn moest de Vlaamse regulator als autonome dienst met rechtspersoonlijkheid binnen de uitvoerende macht blijven, waarbij het toezicht uitgeoefend wordt door de wetgevende macht. Enkel het toezicht versterkt reeds de democratische legitimiteit van de energieregulator en bewerkstelligt de *checks and balances*-benadering.

**895.** Gelet op de vermeende constitutionele bezwaren (of onduidelijkheden)<sup>2878</sup> – namelijk dat door het ontbreken van het administratief toezicht de ministeriële verantwoordelijkheid wordt uitgehold – en dit principe uitdrukkelijk vervat ligt in de Grondwet, waardoor in een dergelijke situatie (indien de VREG binnen de uitvoerende macht blijft) de ministeriële verantwoordelijkheid eigenlijk **niet buitenspel** geplaatst zou mogen worden,<sup>2879</sup> lijkt de bedoeling van het voorstel van decreet bijgevolg toch eerder om de VREG binnen **de wetgevende macht** in te richten, net zoals bij de Privacycommissie. Op die manier speelt natuurlijk de problematiek van het administratief toezicht en de ministeriële verantwoordelijkheid geheel niet meer,

<sup>2875</sup> Verslag bij het wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens en van de wet van 15 januari 1990 houdende oprichting en organisatie van een Kruispuntbank van de sociale zekerheid tot aanpassing van de status van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en tot uitbreiding van haar bevoegdheden, *Parl.St.* Kamer 2001-2002, 1940/1, 4.

<sup>2876</sup> Verslag bij het wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens en van de wet van 15 januari 1990 houdende oprichting en organisatie van een Kruispuntbank van de sociale zekerheid tot aanpassing van de status van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en tot uitbreiding van haar bevoegdheden, *Parl.St.* Kamer 2001-2002, 1940/1, 5.

<sup>2877</sup> Wetsvoorstel tot wijziging van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens en van de wet van 15 januari 1990 houdende oprichting en organisatie van een Kruispuntbank van de sociale zekerheid tot aanpassing van de status van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en tot uitbreiding van haar bevoegdheden, *Parl.St.* Kamer 2001-2002, 1940/1, 10.

<sup>2878</sup> Met name in het arrest nr. 130/2010 spreekt het Grondwettelijk Hof nog steeds (m.i. foutief) over parlementaire controle via de ministeriële verantwoordelijkheid. M.i. moet worden aangenomen dat indien administratief toezicht ontbreekt en dit niet ongrondwettelijk is, daaruit voortvloeit dat ministeriële verantwoordelijkheid ook kan ontbreken (nl. als tussenschakel tot het faciliteren van parlementaire controle), voor zover deze tussenschakel vervangen wordt door het uiteindelijke einddoel van deze ministeriële verantwoordelijkheid, namelijk de parlementaire controle.

<sup>2879</sup> Hoewel opnieuw het adagium "geen verantwoordelijkheid, zonder bevoegdheid" duidelijk impliceert dat indien er geen administratief toezicht is, er ook geen ministeriële verantwoordelijkheid kan zijn. Dus indien het Grondwettelijk Hof het ontbreken van administratief toezicht niet ongrondwettig acht, zou in principe ook het ontbreken van de ministeriële verantwoordelijkheid niet ongrondwettig mogen zijn voor zover er rechtstreekse parlementaire controle is. Het principe van de ministeriële verantwoordelijkheid is en blijft echter uitdrukkelijk ingeschreven in de Grondwet (in tegenstelling tot het toezicht) en vormt dus een dwingende vereiste waar eigenlijk niet om heen kan, vandaar dat het Grondwettelijk Hof hier ook naar verwijst.

waardoor er meer duidelijkheid is (en vooral minder kritiek van mogelijke tegenstanders in het kader van het democratisch deficit). Aan duidelijkheid ontbreekt het vandaag immers nadrukkelijk. Dat de moeilijke verhouding met de ministeriële verantwoordelijkheid de achterliggende reden vormde van de stellers van het voorstel van decreet blijkt ook uit het advies van het Rekenhof:

“In de toelichting bij het voorstel van decreet merken de stellers op dat de onafhankelijkheid die de Europese richtlijnen opleggen, op **gespannen voet** staat met de noodzaak in een constitutionele parlementaire democratie om een minister politiek ter **verantwoording** te kunnen roepen voor het overheidsoptreden”.<sup>2880</sup>

Het voorstel van decreet zou de verhuis naar de wetgevende macht evenwel meer moeten benadrukken, bijvoorbeeld in de zin van “§ 1. Er wordt **bij** het Vlaams Parlement een autonome dienst met rechtspersoonlijkheid opgericht”. Ook bij de Vlaamse Ombudsdienst wordt bepaald: “er bestaat **bij** het Vlaams Parlement een Vlaams ombudsman voor de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest, hierna Vlaams ombudsman te noemen”.<sup>2881</sup> Het risico bestaat evenwel dat dergelijke formulering door de Europese Commissie misschien niet in overeenstemming wordt geacht met de Europese richtlijnen en de zinssnede “juridisch gescheiden en functioneel onafhankelijk” (hoewel de regulator natuurlijk over eigen rechtspersoonlijkheid blijft beschikken). Indien men de link maakt met de gegevensbeschermingsautoriteiten (of de Privacycommissie) wordt gesproken over “volledige onafhankelijkheid”,<sup>2882</sup> waarbij niet nadrukkelijk de klemtoon wordt gelegd op het “juridisch gescheiden en functioneel onafhankelijk” zijn. Echter, zoals reeds betoogd, gaat de vereiste van volledige onafhankelijkheid nog **verder** dan de onafhankelijkheid bij de energieregulators, waardoor geargumenteed kan worden dat het onderbrengen van de energieregulator **bij** het parlement eveneens mogelijk moet zijn, indien dit ook voor de Privacycommissie toegelaten is.

Ook het Rekenhof gaat ervan uit dat de VREG wordt ondergebracht bij de wetgevende macht: “doordat de VREG na goedkeuring van het voorstel van decreet **geen deel meer uitmaakt van Vlaamse administratie** zal hij ook niet meer de verplichting hebben beleidsgerichte informatie aan het departement te verstrekken in het kader van de beleidsvoorbereiding, maakt hij geen deel meer uit van de overlegorganen, zoals de beleidsraad, en wordt hij in principe niet meer aangestuurd door de Vlaamse Regering”.<sup>2883</sup> In zijn advies stelt de **Raad van State** dat het voorgelegde voorstel van decreet van het Vlaamse Gewest strekt tot het omvormen van de VREG – nu een extern verzelfstandigd agentschap – tot een autonome dienst met rechtspersoonlijkheid onder **auspiciën** van het **Vlaams Parlement**. De taken van de regulator blijven

<sup>2880</sup> Adv. Rekenhof van 6 juli 2016 over het voorstel van decreet houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de oprichting en de organisatie van de regulator betreft, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, nr. 812/3, 10.

<sup>2881</sup> Decr.VI. van 7 juli 1998 houdende instelling van de Vlaamse ombudsdienst, *BS* 25 augustus 1998, 27.221.

<sup>2882</sup> Zie het vorige hoofdstuk.

<sup>2883</sup> Eigen cursivering. Adv.Rekenhof 6 juli 2016 over het voorstel van decreet houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de oprichting en de organisatie van de regulator betreft, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, nr. 812/3, 12.

ongewijzigd, maar de organisatiestructuur en de financiering worden aangepast teneinde de **onafhankelijkheid** van de regulator, die is voorgeschreven door de richtlijnen 2009/72/EG2 en 2009/73/EG3, **beter te garanderen**.<sup>2884</sup> De Raad daarbij stelt dat "op zich beschouwd zou het voorgestelde artikel 3.1.1, § 2, van het Energiedecreet, waaruit volgt dat de VREG onder toezicht van het Vlaams Parlement staat, niet in overeenstemming zijn met artikel 35, leden 4 en 5, van richtlijn 2009/72/EG en artikel 39, leden 4 en 5, van richtlijn 2009/73/EG".<sup>2885</sup> De Raad voegt daar echter onmiddellijk – en overigens terecht – aan toe dat "nu die bepaling echter moet worden gelezen en begrepen in samenhang met het voorgestelde artikel 3.1.1, § 4, tweede lid, met de regels over het financieel toezicht en met de bepalingen over de onafhankelijkheid van de bestuurders en werknemers van de regulator, gaat zij **niet** in tegen de [...] aangehaalde onafhankelijkheidswaarborgen".<sup>2886</sup>

**896.** Er kunnen nog twee aanvullende **opmerkingen** worden gemaakt. Ten eerste beschikken de energieregulatoren over "specifieke uitvoerende bevoegdheden",<sup>2887</sup> waardoor zij functioneel misschien beter binnen de uitvoerende macht passen (zie hoofdstuk 4).<sup>2888</sup> Ten tweede, geniet het eveneens vanuit het oogpunt van de scheiding der machten en de *checks and balances* eerder de voorkeur om de regulatoren binnen de uitvoerende macht te laten. Op die manier concentreert zich namelijk niet alle macht binnen één instantie (nl. het parlement), maar oefent de wetgevende macht controle uit op de uitvoerende macht. Het deel uitmaken van de wetgevende macht mag immers niet resulteren in een oppervlakkig toezicht uitgeoefend door het parlement op zijn "eigen instelling". Ook de CREG ("autonoom organisme met rechtspersoonlijkheid"), de CWaPE (autonoom orgaan met rechtspersoonlijkheid) en Brugel (autonome instelling met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid) bevinden zich binnen de uitvoerende macht. Op die manier zweeft de CREG als entiteit *sui generis* binnen de uitvoerende macht, terwijl het toezicht bij het parlement ligt. De positie die de regulator inneemt doet denken aan de Britse OFGEM, dat een "**non-ministerial government department**" is. Dit houdt in dat de energieregulator in het VK institutioneel op afstand wordt geplaatst van de minister, die geen directe controle meer kan

<sup>2884</sup> Adv.RvS. nr. 59.559/3 van 5 juli 2016 over een voorstel van decreet van het Vlaamse Gewest houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de oprichting en de organisatie van de regulator betreft, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16 nr. 812/2, 5.

<sup>2885</sup> Adv.RvS. nr. 59.559/3 van 5 juli 2016 over een voorstel van decreet van het Vlaamse Gewest houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de oprichting en de organisatie van de regulator betreft, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16 nr. 812/2, 11.

<sup>2886</sup> Adv.RvS. nr. 59.559/3 van 5 juli 2016 over een voorstel van decreet van het Vlaamse Gewest houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de oprichting en de organisatie van de regulator betreft, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16 nr. 812/2, 11.

<sup>2887</sup> GwH 18 november 2010, nr. 130/2010, overw. B.5.

<sup>2888</sup> Energieregulatoren beschikken in hoofdzaak over uitvoerende bevoegdheden: de louter uitvoerende bevoegdheden (zoals onderzoeksbevoegdheden, adviserings- en studiebevoegdheden), uitvoerende regelgevende bevoegdheden (opstellen van een tariefmethodologie, technische reglement en bepaalde soft law bevoegdheden) en rechterlijke bevoegdheden - die een normaal attribuut kunnen uitmaken van de uitvoerende functie zoals het opleggen van administratieve geldboeten – maar daarnaast ook het opleggen van dwangsommen, beslechten van geschillen.....

uitoefenen.<sup>2889</sup> Het toezicht op OFGEM gebeurt hoofdzakelijk door het parlement. Het Verenigd Koninkrijk kent geen geschreven grondwet, maar de individuele ministeriële verantwoordelijkheid wordt er traditioneel wel opgevat als een grondwettelijke gewoonte.<sup>2890</sup> Er is bij "non-ministerial government departments" dan wel geen directe ministeriële verantwoordelijkheid meer aanwezig, toch is de **minister wel nog verantwoordelijk** voor hun specifieke functies of bevoegdheden in relatie tot deze entiteiten (net zoals ook in Nederland duidelijk het geval is met de zbo's).<sup>2891</sup> Het is dus niet zo dat de parlementaire controle er wordt gezien als een vervanging van de ministeriële verantwoordelijkheid. Het gaat eerder om een **aanvulling**.

**897.** Wanneer men nu alle argumenten samen in overweging neemt dan kan er **volgend besluit** worden genomen. Hoewel de energieregulators qua bevoegdheden misschien iets beter binnen de uitvoerende macht vallen, kunnen hun bevoegdheden zich ook situeren binnen de wetgevende macht. Wat deze bevoegdheden betreft, hebben de entiteiten die vandaag onder de wetgevende macht vallen, zoals de Vlaamse Ombudsdienst, het Vredesinstituut en het Kinderrechtencommissariaat (Vlaanderen) en het Comité P en de Privacycommissie (Federaal) voornamelijk volgende bevoegdheden: het formuleren van adviezen en aanbevelingen, het uitvoeren van onderzoeken, het behandelen van klachten, het bemiddelen,... Deze bevoegdheden zijn de regulators niet onbekend. Bovendien circuleren er ook berichten om de Privacycommissie geldboetes te laten opleggen.<sup>2892</sup> Dus ook wat de bevoegdheden betreft lijkt een verhuis naar de wetgevende macht niet onmogelijk of onlogisch.<sup>2893</sup> Bovendien blijkt ook uit de ervaringen in België, Nederland (zbo's) en in het Verenigd Koninkrijk (NMGD's) dat de ministeriële verantwoordelijkheid wordt beperkt en enkel nog in de achtergrond aanwezig is, in het licht van de nog restende bevoegdheden van de minister. Men kan er dus niet omheen: de ministeriële verantwoordelijkheid wordt hoe dan ook beknot

---

<sup>2889</sup> Zie bijvoorbeeld House of Commons Energy and Climate Change Committee, Pre-appointment hearing with the Government's preferred candidate for Chair of Ofgem, 2013-2014, <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmselect/cmenergy/645/645.pdf>, 5: "The Office of Gas and Electricity Markets (Ofgem), which was established in 2000 as a non-ministerial department, operates under the direction and governance of the Gas and Electricity Markets Authority ('the Authority'), which is independent of ministerial control, and is responsible for the economic regulation of the gas and electricity industries in Great Britain".

<sup>2890</sup> O. GAY, "Individual ministerial responsibility – issues and examples", Research Paper 04/31, 8 November 2012, 3; S. DE SOMER, *The creation of autonomous public bodies from a European comparative legal perspective: international impulse, national restraint and how to reconcile these trends*, onuitg. Doctoraatsthesis Universiteit Antwerpen, 2015, 167.

<sup>2891</sup> J. ALDER, *Constitutional and Administrative Law*, Londen, Palgrave Macmillan, 2013, 323; S. DE SOMER, *The creation of autonomous public bodies from a European comparative legal perspective: international impulse, national restraint and how to reconcile these trends*, onuitg. Doctoraatsthesis Universiteit Antwerpen, 2015, 171 en de verwijzingen in voetnoot 667.

<sup>2892</sup> D. SOENENS, "Privacycommissie gaat boetes uitdelen", *De Morgen* 4 april 2015, <http://www.demorgen.be/binnenland/privacycommissie-gaat-boetes-uitdelen-bc40ae97/>: "Ze krijgt in de toekomst de rol van regulator, zoals er ook een in de energie- en de telecomsector bestaat. Mèt de mogelijkheid boetes uit te delen aan wie zich niet aan de regels houdt. Over hoe groot de boetes zullen zijn, is nog niets beslist. Willem Debeuckelaere, voorzitter van de Privacycommissie, denkt dat die kunnen gaan van 250 euro tot 20.000 euro, zoals bij de energie- of telecomregulator". De Nederlandse tegenhanger kan dit reeds, maar is wel een zbo, zie Website Autoriteit Persoonsgegevens: <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/cbp-krijgt-boetebevoegdheid-en-wordt-autoriteit-persoonsgegevens>.

<sup>2893</sup> De juridische kwalificatie van de tariefmethodologie en het technisch reglement zijn daarbij evenwel niet geheel duidelijk aangezien het gaat om reglementen, die eigenlijk uitvoerende regelgevende instrumenten zijn.

wanneer de regulatoren binnen de uitvoerende macht blijven. Om die uitholling te compenseren zou de ministeriële verantwoordelijkheid geheel **vervangen** kunnen worden door een rechtstreeks parlementair toezicht. De regulator zou in de regel dus binnen de uitvoerende macht kunnen blijven: zonder administratief toezicht en zonder ministeriële verantwoordelijkheid, maar met parlementaire controle. Het volledig uitsluiten van de ministeriële verantwoordelijkheid is echter **controversieel** en voor velen moeilijk aanvaardbaar. Dit blijkt ook vandaag: zowel in België, Nederland als het VK is er nog een restant van verantwoordelijkheid aanwezig. Het is nu net die overgebleven relatie die het in de **praktijk** voor de energieregulatoren in België moeilijk maakt om geheel onafhankelijk en zonder ministeriële druk te opereren. Het is in België dan ook niet zo dat de minister wordt gezien als een politieke buffer tegen het parlement. Het is net het parlement dat zou kunnen bufferen tegen de politieke druk die uitgaat van de minister en de regering. Indien daarbij **alle aanbevelingen** doorheen dit werk in overweging worden genomen – o.a. met betrekking tot het parlementair toezicht, de parlementaire hoorzittingen, de benoeming door het parlement, het goedkeuring van het budget door het parlement, de controle door het Rekenhof, ... – dan weegt de balans door richting het onderbrengen van de regulatoren onder het parlement zelf. Bovendien formuleren zowel het Rekenhof als de Raad van State in hun adviezen geen bezwaren tegen het onderbrengen van de VREG onder auspiciën van het Vlaams Parlement.<sup>2894</sup> Er moet dan ook geconcludeerd worden dat indien men de **democratische legitimiteit** van de energieregulator **maximaal** wil invullen, de beste positie voor de energieregulator binnen het overheidsorganogram een plaats **bij het parlement** (binnen de wetgevende macht) is. De nationale constitutionele onduidelijkheden inzake het ontbreken van het administratief toezicht en het beperken of zelfs het volledig buitenspel plaatsen van de ministeriële verantwoordelijkheid liggen dermate gevoelig dat

---

<sup>2894</sup> Adv. Rekenhof van 6 juli 2016 over het voorstel van decreet houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de oprichting en de organisatie van de regulator betreft, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, nr. 812/3, 12: "Om de onafhankelijkheid ten aanzien van de Vlaamse Regering te bewerkstelligen, onttrekt het voorstel van decreet de VREG aan het toepassingsgebied van het kaderdecreet bestuurlijk beleid. Om de onafhankelijkheid voldoende te regelen, wordt voor de VREG een publieke rechtsvorm met rechtspersoonlijkheid gekozen. Het voorstel van decreet kiest voor een autonome dienst met rechtspersoonlijkheid, een nieuwe rechtsvorm ad hoc. Doordat de VREG na goedkeuring van het voorstel van decreet geen deel meer uitmaakt van Vlaamse administratie, zal hij ook niet meer de verplichting hebben beleidsgerichte informatie aan het departement te verstrekken in het kader van de beleidsvoorbereiding, maakt hij geen deel meer uit van de overlegorganen, zoals de beleidsraad, en wordt hij in principe niet meer aangestuurd door de Vlaamse Regering. Dat versterkt haar onafhankelijkheid. Keerzijde is bijgevolg dat hij moet instaan voor zijn eigen administratieve werking"; Adv.RvS. nr. 59.559/3 van 5 juli 2016 over een voorstel van decreet van het Vlaamse Gewest houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de oprichting en de organisatie van de regulator betreft, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16 nr. 812/2, 5 en 11: "Het om advies voorgelegde voorstel van decreet van het Vlaamse Gewest strekt tot het omvormen van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt (VREG) – nu een extern verzelfstandigd agentschap – tot een autonome dienst met rechtspersoonlijkheid onder auspiciën van het Vlaams Parlement. De taken van de regulator blijven ongewijzigd, maar de organisatiestructuur en de financiering worden aangepast teneinde de onafhankelijkheid van de regulator, die is voorgeschreven door de richtlijnen 2009/72/EG2 en 2009/73/EG3, beter te garanderen. [...]Op zich beschouwd zou het voorgestelde artikel 3.1.1, § 2, van het Energiedecreet, waaruit volgt dat de VREG onder toezicht van het Vlaams Parlement staat, niet in overeenstemming zijn met artikel 35, leden 4 en 5, van richtlijn 2009/72/EG en artikel 39, leden 4 en 5, van richtlijn 2009/73/EG. Nu die bepaling echter moet worden gelezen en begrepen in samenhang met het voorgestelde artikel 3.1.1, § 4, tweede lid, met de regels over het financieel toezicht en met de bepalingen over de onafhankelijkheid van de bestuurders en werknemers van de regulator, gaan zij niet in tegen de hoger aangehaalde onafhankelijkheidswaarborgen". Artikel 3.1.1, § 4, lid 2 zal bepalen: "Bij de uitoefening van zijn taken en bevoegdheden als regulator vraagt of ontvangt de VREG, noch zijn bestuurders, noch zijn personeelsleden, instructies van de Vlaamse Regering, van het Vlaams Parlement of van een andere publieke of particuliere entiteit".

enkel een volledige verschuiving naar de wetgevende macht de kritiek inzake "het democratisch deficit" kan doen verdwijnen... Of met de woorden van voormalig minister Turtelboom: "omdat je dan echt net de onafhankelijkheid nog meer betonneert dan dat ooit werd gedaan" (*supra* nr. 131).

### 3.2. Verhouding met het parlement

#### 3.2.1. *Benoeming raad van bestuur*

**898.** Het voorstel van decreet vermeldt enkele vormen van parlementair toezicht die zeer gelijkaardig zijn met bovenstaande conclusies die werden getrokken uit de Amerikaanse rechtsvergelijking inzake de parlementaire controle door het Congres.

**899.** Zo wordt in het voorstel (art. 5) bepaald dat de zeven leden van de raad van bestuur worden aangewezen door het Vlaams Parlement voor een eenmalig hernieuwbare termijn van 5 jaar. Doorheen dit onderzoek werd er reeds stelselmatig op gewezen dat een aanstelling met tussenkomst door het parlement meer in lijn ligt met de geest van het derde pakket richtlijnen dan een benoeming door de regering. Het voorstel bepaalt dat het Vlaams Parlement daarbij een besluit neemt bij volstreckte meerderheid. De te volgen procedure ligt vervat in artikel 10 van het Reglement van het Vlaams Parlement. Dit artikel bepaalt o.a. dat alle verkiezingen en voordrachten die door het Parlement moeten worden verricht, gebeuren overeenkomstig de evenredige vertegenwoordiging. De kandidaten worden **voorgedragen door de fracties**.<sup>2895</sup> Wanneer bij de eerste stemming de volstreckte meerderheid niet is behaald, heeft een tweede stemming plaats tussen de twee kandidaten die de meeste stemmen hebben behaald en die hun kandidaatstelling handhaven. De zinsnede dat "alle verkiezingen en voordrachten die door het Parlement moeten worden verricht, gebeuren overeenkomstig **de evenredige vertegenwoordiging van de fracties** zoals samengesteld bij de aanvang van de zittingsperiode" zorgt evenwel voor problemen. De aanwijzing op basis van een evenredige vertegenwoordiging van de fracties zorgt er per definitie voor dat de kans groot is dat het gaat om 'politieke benoemingen' in die zin dat elke fractie, naar gelang de grote, een kandidaat (of meerdere) voorstelt en kan benoemen.<sup>2896</sup> Op die manier wordt ervoor gezorgd dat elke partij wel een

---

<sup>2895</sup> Reglement Vlaams Parlement, <https://docs.vlaamsparlement.be/docs/stukken/2014/q7-1.pdf>, 27: "Alle verkiezingen en voordrachten die door het Parlement moeten worden verricht, gebeuren overeenkomstig de evenredige vertegenwoordiging van de fracties zoals samengesteld bij de aanvang van de zittingsperiode, onverminderd de bepalingen van artikel 19, punten 1 tot en met 3. Bij gelijkheid van quotiënten wordt de betrokken plaats toegewezen aan de fractie met het kleinste ledental. Bij gelijke fractiesterkte wordt het mandaat toegewezen aan de fractie die het hoogste stemcijfer heeft behaald bij de verkiezingen. Een meerderheid in het aantal plaatsen mag niet worden toegewezen aan een fractie waarvan het ledental niet ten minste gelijk is aan de meerderheid van de volksvertegenwoordigers".

<sup>2896</sup> X, "En toen zei De Wever: 'Hier stopt het'", De Standaard, 1 oktober 2016: "Niet onbelangrijk is dat de Vlaamse regering volop bezig is met een hervorming van de Vreg, die een inkrimping van de directie en een verschuiving van de beslissingsmacht inhoudt. De raad van bestuur krijgt meer macht, en wordt politiek ingevuld"; Woordelijk Verslag Plenaire Vergadering van 16 november 2016, *Parl.St.* VI.Parl. 2016-2017, plenaire vergadering nr. 9, 52: "U zegt dat u de concentratie van de macht hebt opengebroken, ik denk dat u ze juist hebt gesloten. De samenstelling van de raad

bestuurder bij de raad van bestuur verkrijgt. Gelet op het feit dat de strategische beslissingen inzake het technisch reglement en de tariefmethodologie enkel nog bij de raad van bestuur zullen liggen (*supra* nr. 515), is er te weinig garantie op politieke onafhankelijkheid. Het verdient dan ook bijzonder sterk de aanbeveling om een **aparte procedure** op te nemen in het Energiedecreet waardoor het benoemingsproces op een onafhankelijker wordt geregeld, zonder verwijzingen naar fracties en dergelijke meer. Denk hierbij aan bovenstaande aanbevelingen inzake onafhankelijke selectiebureaus (*supra* nr. 552 e.v.). Een gelijkaardige procedure zoals gevolgd bij de benoeming van de leden van het Rekenhof is eveneens mogelijk.<sup>2897</sup>

**900.** Daarenboven, om te vermijden dat het parlement de raad van bestuur als een soort verlengstuk ziet om de inhoud van de reglementen enigszins te kunnen sturen, is het van cruciaal belang dat de kandidaat-leden van de raad van bestuur in het parlement *ex-ante* aan een **hoorzitting** zouden worden onderworpen. Op die manier kan men immers beter garanderen dat de kandidaten uitermate geschikt zijn voor de functie en dat het niet om een louter politieke aanstelling gaat (gelet op het voordragen door de fracties). Het onderbrengen van de regulator bij het parlement moet immers de onafhankelijkheid van de VREG versterken en niet verzwakken.

### 3.2.2. *Andere toezichtsmogelijkheden*

**901.** Het voorstel van decreet bepaalt dat in artikel 3.1.13 van het Energiedecreet een paragraaf 4 wordt toegevoegd die stelt dat de VREG een **bedrijfsrevisor** aanduidt. De bedrijfsrevisor controleert de financiële toestand en de jaarrekeningen van de VREG alsook de regelmatigheid van de verrichtingen te constateren in de jaarrekeningen. Verder wordt in hetzelfde artikel 3.1.13 een paragraaf 5 toegevoegd die bepaalt dat het ontwerp van

---

van bestuur gebeurt door de politieke fracties. U kunt de zaken draaien en keren zoveel u wilt, dat zijn politieke aanstellingen. Er zijn onverenigbaarheden, dat is allemaal verklaard en daar is ook geen discussie over, maar uiteindelijk zijn het wel de politieke fracties die een vertegenwoordiger aanduiden in die raad van bestuur. Daarnaast verhoogt u het aantal nog eens van vier naar zeven. Onder die zeven mensen kan de VREG werken, en hangt het af van de interpretatie van die werking hoe breed deze bepaalde debatten wil voeren"; Verslag van 10 november 2016 namens de Commissie voor Leefmilieu, Natuur, Ruimtelijke Ordening, Energie en Dierenwelzijn uitgebracht door Johan Danen over het voorstel van decreet van Willem-Frederik Schiltz, Andries Gryffroy, Robrecht Bothuyne, Jos Lantmeeters, Valerie Taeldeman en Wilfried Vandaele houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de oprichting en de organisatie van de regulator betreft, *Parl.St.* VI.Parl. 2016-2017, nr. 812/7, 6: "Hij (*cf. Johan Danen*) begrijpt dat er geen zaligmakend systeem is, ook de CREG-werking is niet ideaal, maar hij pleit voor meer vertrouwen in de directeurs van de VREG. Kortom, hij maakt zich grote zorgen over de voorgestelde werkwijze en ziet geen garanties op een onafhankelijke werking"; DE DEYNE, L., "VREG naar Vlaams parlement: onvoldoende garanties voor onafhankelijkheid", *De Juristenkrant* 2016, nr. 338, 10.

<sup>2897</sup> Art. 1 Wet 29 oktober 1846 op de inrichting van het Rekenhof, *BS* 1 november 1846, 1161. Zie bv. ook Rekenhof Benoeming van een raadsheer, *Parl.St.* Kamer 2009-2010, nr. 2328/001: "De Kamer van volksvertegenwoordigers dient over te gaan tot de benoeming van een raadsheer in de Nederlandse Kamer van het Rekenhof ter vervanging van de heer Ignace Desomer die tot voorzitter van de Nederlandse Kamer werd verkozen. In het Belgisch Staatsblad van 24 november 2009 werd een oproep tot kandidaatstelling gepubliceerd. De kandidaturen dienden uiterlijk op dinsdag 8 december 2009 te zijn ingediend". Zie eveneens, [http://www.lachambre.be/kvvcr/pdf\\_sections/newsletter/52-081-plenum-other-06N.pdf](http://www.lachambre.be/kvvcr/pdf_sections/newsletter/52-081-plenum-other-06N.pdf): "Aan de agenda is de geheime stemming voor de benoeming van een raadsheer in de Nederlandse Kamer van het Rekenhof. De kandidaturen werden aangekondigd tijdens de plenaire vergadering van 10 december 2009. Aantal stemmers : 13 Blanco en ongeldige stemmen : 2 Geldige stemmen : 130 Volstrekte meerderheid : 66 De heer Marc Galle heeft 13 stemmen bekomen. De heer Herman Matthijs heeft 8 stemmen bekomen. De heer Rudi Moens heeft 98 stemmen bekomen. Aangezien de heer Rudi Moens 98 stemmen heeft bekomen, dit is de volstrekte meerderheid, is hij benoemd tot raadsheer in het Rekenhof (Nederlandse Kamer)".

begroting van de VREG wordt opgemaakt door de algemeen directeur. Het ontwerp van begroting van de VREG, vergezeld van een ontwerp van ondernemingsplan, wordt na goedkeuring door de raad van bestuur van het jaar voorafgaand aan dit waarop het betrekking heeft overgemaakt aan het Vlaams Parlement. Het Vlaams Parlement hoort de algemeen directeur over deze documenten. Na de hoorzitting in het Vlaams Parlement stelt de VREG zijn definitieve begroting en ondernemingsplan vast. Het dient daarbij het Parlement en niet de regering te zijn die de begroting goedkeurt (*supra* nr. 692). Paragraaf 5 bepaalt verder dat de VREG de jaarrekening, vergezeld van het verslag van de bedrijfsrevisor, vóór 31 maart van het jaar volgend op het betrokken jaar, verzendt aan het Vlaams Parlement en aan het **Rekenhof**. Het Rekenhof controleert de jaarrekening van de VREG en zendt zijn auditverslag over aan het Vlaams Parlement.<sup>2898</sup> Elk van deze toezichtsvormen werd reeds hierboven voorgesteld, in lijn met hetgeen reeds voor de CREG van toepassing is.

**902.** Bij artikel 3.1.13 wordt eveneens een paragraaf 8 ingevoerd die bepaalt dat de VREG jaarlijks een **jaarrapport** over de uitvoering van het ondernemingsplan opstelt, dat zij vóór 31 maart van het jaar volgend op het betrokken boekjaar aan het Vlaams Parlement verzendt. Het jaarrapport van de VREG heeft onder meer betrekking op: 1° de uitvoering van het ondernemingsplan van het voorgaande jaar; 2° de staat van zijn werkingskosten en de wijze waarop zij gedekt zijn, met inbegrip van een overzicht van activa/passiva en het verslag van de bedrijfsrevisor; 3° de evolutie van de energiemarkten; 4° de beslissingen die eventueel werden genomen tijdens het betrokken boekjaar inzake de methodologie voor de berekening van de tarieven, de tariefstructuur en het technisch reglement. De VREG beschrijft in dit verslag de wijze waarop zij zijn doelstellingen al dan niet heeft bereikt. Dit verslag wordt op de internetsite van de VREG gepubliceerd. Ter informatie wordt een afschrift van dit verslag eveneens naar de Vlaamse Regering gestuurd. Deze bepaling ligt nagenoeg volledig in lijn met hetgeen de VREG vandaag reeds in zijn jaarverslag opneemt (financiën, strategie en actiepunten).<sup>2899</sup> Enkel punt 4° zal waarschijnlijk nog wat bijkomend moeten worden toegelicht, hetgeen logisch is gezien de recente bevoegdheidswissel inzake distributienettarieven. Net als bij de CREG wordt er evenwel niet geopteerd om het voorleggen van het jaarrapport gepaard te laten gaan met een vragenronde. Gelet echter op het feit dat zowel het ontwerp van begroting, het ontwerp van ondernemingsplan als het jaarrapport vóór 31 mei aan het Vlaams Parlement moeten worden overgezonden en de algemeen directeur gehoord wordt over de eerste twee documenten, kon het eveneens mogelijk worden gemaakt dat de algemene

---

<sup>2898</sup> Artikel 20 van het voorstel van decreet tot wijziging van het decreet van 8 mei 2009 houdende de algemene bepalingen betreffende het energiebeleid, met betrekking tot de organisatie van de regulator, *Parl.St. VI.Parl. 2015-2016*, nr. 812/1.

<sup>2899</sup> Zie bijvoorbeeld: VREG, *Jaarverslag 2014*, [http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/iaarverslag\\_2014.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/iaarverslag_2014.pdf), laatst geconsulteerd 4 juni 2016.



directeur een korte toelichting kon geven bij het rapport over het afgelopen jaar of toelichting kon geven indien er zich specifieke vragen zouden stellen.

**903.** Tot slot bepalen de artikelen 21 en 22 van het voorstel van decreet nog dat aan titel III, Hoofdstuk 1, afdeling VI van het Energiedecreet, een artikel 3.1.14 en een artikel 3.1.15 worden toegevoegd die betrekking hebben op de audit uitgevoerd door **Audit Vlaanderen**. Dergelijke vorm van controle staat in de energiewetgeving (*de jure*) in ons land nog niet ingeschreven en is dus vrij nieuw voor wat betreft het toezicht op de werking van de energieregulators (hoewel de regulator zichzelf *de facto* reeds doorlicht).<sup>2900</sup> Het toezicht dat door de VREG zelf en door Audit Vlaanderen wordt uitgevoerd is in bepaalde mate vergelijkbaar met het toezicht dat wordt uitgeoefend door de *Inspector General* en het GAO in de VS. De vraag kan echter gesteld worden of Audit Vlaanderen wel de meest geschikte partner is om de audit op de VREG uit te oefenen, gelet op het feit dat Audit Vlaanderen een agentschap is van de **Vlaamse overheid**, dat audits uitvoert bij de Vlaamse **administratie** en lokale besturen. De VREG zou nu juist niet meer onder de Vlaamse administratie vallen... Ook het Rekenhof merkte dit terecht op: "De mogelijkheid van de uitvoerende macht om een interne audit te organiseren ten aanzien van het VREG-beleid kan als problematisch worden beschouwd in de mate dat Audit Vlaanderen onder de verantwoordelijkheid van de Vlaamse Regering functioneert".<sup>2901</sup> Het Rekenhof stelt zich de vraag of de vooropgestelde functionele en politieke onafhankelijkheid van de auditdienst wel zal volstaan om een eventuele audit van de VREG te realiseren zonder afbreuk te doen aan de onafhankelijkheid van de VREG die de Europese richtlijnen vooropstellen. De oplossing zou er in kunnen bestaan om een (privé) extern en onafhankelijk auditbureau in te schakelen dat de VREG bv. vijfjaarlijks doorlicht, waarbij de jaarlijkse aansturing van de interne audits bij de VREG beter kan worden toevertrouwd aan de raad van bestuur van de VREG zelf. Dit gebeurt overigens ook bij de FERC. De finale versie van het voorstel van decreet heeft de audit door Audit Vlaanderen geschrapt en bepaalt nu dat de interne audit zal worden uitgevoerd door de raad van bestuur.<sup>2902</sup>

### 3.3. Concluderend

<sup>2900</sup> Zie <http://www.vreg.be/nl/organisatiestructuur#sect5>, de directie organisatie- en beleidsondersteunende diensten is o.a. verantwoordelijk voor "de interne audit".

<sup>2901</sup> Adv. Rekenhof van 6 juli 2016 over het voorstel van decreet houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de oprichting en de organisatie van de regulator betreft, *Parl.St. VI.Parl. 2015-2016*, nr. 812/3, 13.

<sup>2902</sup> Voorstel van decreet van het Vlaamse Gewest houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de oprichting en de organisatie van de regulator betreft, *Parl.St. VI.Parl. 2015-16* nr. 812/9, 8: "Art. 3.1.14. De raad van bestuur van de VREG staat in voor de interne controle op de bedrijfsprocessen en activiteiten van de VREG. De interne controle is in het bijzonder gericht op: 1° het bereiken van de opgelegde doelstellingen en het effectief en efficiënt beheer van risico's; 2° de naleving van regelgeving en procedures; 3° de betrouwbaarheid van de financiële en beheersrapportering; 4° de effectieve en efficiënte werking van de diensten en het efficiënt inzetten van de middelen; 5° de bescherming van haar activa en de voorkoming van fraude. De raad van bestuur evalueert de interne controlesystemen van de VREG, gaat na of ze adequaat zijn en formuleert aanbevelingen tot verbetering daarvan. Zij voert daartoe financiële audits, overeenstemmingsaudits en operationele audits uit en is gemachtigd alle bedrijfsprocessen en activiteiten te onderzoeken."

**904.** Samengevat moet het voorstel van decreet toegejuicht worden. Het rechtstreeks parlementair toezicht op de VREG zorgt er immers voor dat de constitutionele onduidelijkheden zich niet meer stellen. Bovendien is dit rechtstreeks parlementair toezicht, in het licht van de strenge Europeesrechtelijke onafhankelijkheidsvereisten, de enige nog aanvaardbare vorm van (politiek) toezicht. Door een rechtstreekse en duurzame link met het parlement wordt daarenboven ook de democratische legitimiteit van de regulator versterkt, waardoor de kritiek inzake het democratisch deficit niet langer geldig is. Enkel inzake individuele beslissingen van de energieregulator is dergelijk vorm van kritiek nog enigszins mogelijk. Vandaar dat in volgend onderdeel uitvoerig wordt ingegaan op de rechterlijke toetsing van individuele besluiten genomen door de energieregulators. Daarbij wordt nagegaan hoe ver de toetsing van de rechter kan of moet gaan om aan deze kritiek inzake het democratisch deficit tegemoet te kunnen komen.

## **E. JURIDISCHE VERANTWOORDINGSPLICHT**

### **1. Europese richtlijnen**

**905.** De Elektriciteitsrichtlijn en de Gasrichtlijn koppelen duidelijk procedurele verantwoordingsvereisten aan de juridische bescherming. Zo bepaalt artikel 37, lid 16 van de Elektriciteitsrichtlijn (en in gelijkaardige bewoordingen artikel 41, lid 16 en 17 van de Gasrichtlijn) dat de door de regulerende instantie genomen besluiten **volledig** worden **gemotiveerd** en **verantwoord**, teneinde door de rechter te kunnen worden getoetst. Lid 17 van datzelfde artikel beklemtoont de noodzaak aan jurisdictioneel toezicht en stelt dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat er geschikte mechanismen bestaan op nationaal niveau krachtens welke een partij die getroffen wordt door een besluit van de regulerende instantie beroep kan aantekenen bij een instantie die onafhankelijk is van de betrokken partijen en van regeringen. Deze bepaling sluit een beroep bij de overheid of de minister uit.

**906.** Hoewel rechterlijke toetsing op zich al een compensatie kan zijn voor de verminderde rol van het politiek toezicht,<sup>2903</sup> blijkt uit de Interpretatieve Nota van de Europese Commissie toch ook dat procedurele verantwoording en voldoende transparantie noodzakelijke voorwaarden zijn opdat effectieve rechterlijke toetsing kan plaatsvinden:

“As already indicated above, this means that the NRA needs to be **transparent** on the way it takes decisions [...]. This includes the need to consult stakeholders (e.g. by organising public hearings) before taking important decisions. [...]. A[n] aspect of the NRA’s accountability is legal accountability, i.e. it must be possible to introduce legal actions against NRA decisions. [...]. Under these new provisions, decisions taken by the NRA must be fully **reasoned** and **justified** to allow judicial review. It is recommended

<sup>2903</sup> S. LAVRIJSSEN en A. OTTOW, “The legality of independent regulatory authorities” in L. BESSELINK, F. PENNINGEN en S. PRECHAL (eds.), *The eclips of the legality principle in the European Union*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, (73) 95.

that all acts by the NRA (including advice, studies etc.) be published (e.g. the result of monitoring activities). The decisions must be made available to the public while preserving the confidentiality of commercially sensitive information. It is up to the NRA to decide, case by case, what information is commercially sensitive. The combination, in Article 37(16) of the Electricity Directive and Article 41(16) of the Gas Directive, of having reasoned and justified decisions and of having decisions made public seems to suggest that not only the decision itself but also the **reasons** for and grounds of the decision need to be made **public**. This will allow any party affected to assess whether or not there are sufficient reasons to introduce a legal action against an NRA decision".<sup>2904</sup>

De bewoording "geschikte mechanismen" duidt volgens de Europese Commissie op het feit dat voor sommige beslissingen van de energieregulator een specifieke procedure moet worden ingericht die ervoor zorgt dat binnen een korte termijn geschillen beslecht kunnen worden. Bij dringende zaken, kan aan het rechtscollege de bevoegdheid worden gegeven om een beslissing van de energieregulator te schorsen:

"However, given the NRA's autonomy in decision making and given the NRA's independence from any public entity, the power to suspend NRA decisions belongs **only to courts and judges** or appeal mechanisms before any other bodies independent of the parties involved and of any government. **Where a government does not agree with an NRA decision, it can make use of these legal actions as well**".<sup>2905</sup>

Bovendien sluit de Europese Commissie niet uit dat de overheid zelf beroep kan aantekenen tegen een beslissing van de regulator.

**907.** De afgelopen jaren zijn de beroepsprocedures ten aanzien van de beslissingen van Belgische energieregulators ingrijpend gewijzigd. Zo verschoof de bevoegdheid van de Raad van State naar het Hof van beroep te Brussel en te Luik. Bovendien beschikt het Hof over "volle rechtsmacht", waarbij het onduidelijk is hoe ver deze macht juist strekt. In onderstaande secties zal worden ingegaan op de evolutie inzake de rechtsmacht van de hoven, waarbij de rechtspraak op exemplatieve wijze ter ondersteuning dient.<sup>2906</sup>

## **2. Beroepsprocedure voor de CREG**

### **2.1. Aanvankelijke rechtsbescherming voor de Raad van State**

**908.** Vóór de wetten van 20 en 27 juli 2005, waren er geen specifieke bepalingen in de Elektriciteits- of Gaswet voorzien aangaande de rechtsbescherming tegen de beslissingen van de CREG.<sup>2907</sup> Dit zorgde ervoor dat de beslissingen van de CREG aangevochten konden worden op basis van het gemeenrecht, namelijk bij de Raad van State en/of bij de burgerlijke

<sup>2904</sup> Interpretatieve Nota, 19.

<sup>2905</sup> Interpretatieve Nota, 19-20.

<sup>2906</sup> Het is geenszins de bedoeling om een exhaustief overzicht te verschaffen van alle arresten die in de loop der jaren door de Raad van State en de hoven en rechtbanken zijn gewezen (gelet op het aantal, zou dit ook onhaalbaar zijn).

<sup>2907</sup> Er werden twee wetten aangenomen omwille van het feit dat er gebruikt werd gemaakt van twee verschillende procedures (artikel 77 van de Grondwet vereiste een bicamerale procedure en artikel 78 van de Grondwet een gedeeltelijk bicamerale procedure), zie B. DELVAUX, "De specifieke beroepsprocedure tegen de beslissingen van de CREG" in T. VANDEN BORRE (ed.), *De vrijmaking van de elektriciteits- en gasmarkt: de federale in een stroomversnelling*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (211) 220.

rechtbanken. In de praktijk werden de beslissingen van de CREG echter enkel voor de Raad van State aangevochten.<sup>2908</sup>

## 2.2. Bevoegdheidsverschuiving naar het Hof van beroep te Brussel: de parlementaire voorbereiding en het standpunt van de CREG

**909.** Op 1 februari 2006 werd een nieuwe beroepsprocedure tegen beslissingen van de CREG van kracht. De wet van 27 juli 2005 bepaalde (1) tegen welke beslissingen van de CREG, hetzij bij het Hof van beroep te Brussel,<sup>2909</sup> hetzij bij de Raad voor de Mededinging,<sup>2910</sup> beroep kon worden ingesteld, (2) de voorwaarden voor de indiening van deze beroepen en (3) de behandeling van deze beroepen.<sup>2911</sup>

**910.** In de parlementaire voorbereiding werd verduidelijkt waarom de Raad van State moest wijken voor het Hof van beroep te Brussel. Zo zou volgens de memorie van toelichting het gemeenrecht niet meer aangepast geweest zijn aan de huidige praktijk. De beslissingen van de CREG vereisten volgens de parlementariërs een procedure, zoals in kort geding, bij het Hof van beroep te Brussel omwille van de nood voor efficiëntie en de snelheid van uitspraak die noodzakelijkerwijze verbonden is aan de energiesector.<sup>2912</sup> De Raad van State werd door de stellers van het ontwerp gezien als "tot op heden niet de best uitgeruste instelling om het hoofd te bieden aan beroepen tegen beslissingen van de CREG, rekening houdend met het specifiek karakter van de beoogde materie en de termijnen eigen aan de procedure voor de hoge administratieve

<sup>2908</sup> T. VANDEN BORRE, "Geen volle rechtsmacht in beroepen inzake de discretionaire bevoegdheid van de CREG" (noot onder Brussel 27 oktober 2006), *RAGB* 2007, afl. 5, (291) 298; CREG, Studie (F)050608-CDC-416 van 8 juni 2005 betreffende het wetsonderwerp tot organisatie van de mogelijkheden tot beroep tegen de beslissingen genomen door de commissie, voorzien door de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen en de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, <http://www.creg.info/pdf/Studies/F416NL.pdf>, 4, laatst geconsulteerd op 25 april 2016.

<sup>2909</sup> Tegen negen limitatief opgesomde vormen van beslissingen van de CREG (artikel 29 *bis*, § 1), waaronder o.a.: de beslissingen betreffende de controle op de naleving door de netbeheerder van de bepalingen van artikel 9 [...]; de beslissingen genomen met toepassing van artikel 23, § 2, tweede lid, 9°, betreffende de controle op de toepassing van het technisch reglement; de beslissingen betreffende de controle op de uitvoering door de netbeheerder van het ontwikkelingsplan; de beslissingen betreffende de controle op en de evaluatie van de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen; de beslissingen betreffende de goedkeuring van de berekeningsmethode en de controle van de berekeningen van de kosten en verliezen; de beslissingen betreffende de goedkeuring van de tarieven voor de aansluiting op het transmissienet; de beslissingen betreffende administratieve boeten,...

<sup>2910</sup> Art. 29 *ter* van de Elektriciteitswet: "Er kan een beroep worden ingesteld bij de Raad voor de Mededinging door elke persoon die een belang aantoonde, tegen de beslissingen van de Commissie, genomen in toepassing van artikel 23, 2, tweede lid, 9°, betreffende de controle op de toepassing van het technisch reglement bedoeld in artikel 11 en de uitvoeringsbesluiten ervan, voorzover de beslissing de goedkeuring, de aanvraag tot herziening of de weigering tot goedkeuring betreft van: 1° de beslissingen van de netbeheerder betreffende de toegang tot het transmissienet, bedoeld in artikel 15, behalve in geval van contractuele rechten en verbintenissen; 2° de allocatiemethode of methoden voor de toewijzing van de beschikbare capaciteit op de interconnectoren voor de elektriciteitsuitwisselingen met de buitenlandse transmissienetten".

<sup>2911</sup> Wet 27 juli 2005 tot organisatie van de mogelijkheden tot beroep tegen de beslissingen genomen door de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas, *BS* 29 juli 2005.

<sup>2912</sup> MvT bij het wetsontwerp tot organisatie van de mogelijkheden tot beroep tegen de beslissingen genomen door de Commissie voor de regulering van de Elektriciteit en het Gas, *Parl.St.* Kamer 2004-2005, nr. 1895/1, 6. Zie ook Rekenhof, "Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 47.

instelling".<sup>2913</sup> Dergelijk standpunt lijkt evenwel een aanfluiting uit te maken van de competenties van de Raad van State. De Raad doet immers wel vaker uitspraak in specifieke, technische materies (bv. overheidsopdrachten, economische zaken, waaronder ook energie, zoals bv. tegen beslissingen van het VEA). Het meest valabele argument is voornamelijk de proceduretermijn. Een procedure voor de Raad van State duurt gemiddeld meer dan een jaar,<sup>2914</sup> terwijl de wetgeving bepaalt dat het Hof van beroep te Brussel binnen een termijn van zestig dagen na de neerlegging van het verzoekschrift beslist.<sup>2915</sup>

Verder werd in de memorie van toelichting de keuze voor het Hof van beroep gemotiveerd door het feit dat de geschillen over subjectieve rechten van nature uit onderworpen blijven aan de rechtbanken van de gerechtelijke orde:

"Wat de energiemarkten betreft, is het niet makkelijk de scheidingslijn te bepalen tussen de kwesties die afhankelijk zijn van de discretionaire maar gegronde uitoefening door de CREG van haar prerogatieven en (discretionaire) bevoegdheden en de kwesties over de schending van de subjectieve rechten van de personen die onderhevig zijn aan de controle van de CREG, zijn niet gemakkelijk te traceren. De geschillen met betrekking tot de beslissingen van de CREG kunnen op die manier en in de huidige stand van teksten uitmonden in eventuele overlappingen van de bevoegdheden van de jurisdicties van de gerechtelijke orde en de Raad van State, en in negatieve bevoegdheidsconflicten – waarbij geen enkel orgaan zich bevoegd verklaart – en in positieve bevoegdheidsgeschillen waarbij meerdere organen beweren bevoegd te zijn".<sup>2916</sup>

Samengevat biedt de concentratie van bevoegdheden bij het Hof van beroep te Brussel volgens de memorie volgende voordelen: (1) de specialisatie van het hof van beroep in dit domein; (2) de eenvormigheid van de rechtspraak die van toepassing is in de energiesector; (3) de vereenvoudiging van de mogelijkheden tot beroep terzake; (4) de snelheid van de procedure; (5) de versterking van de rechtszekerheid; en (6) de garantie van de bescherming van de persoonlijke rechten en vrijheden in al hun aspecten, in het kader van een controle met volle rechtsmacht.<sup>2917</sup>

**911.** Artikel 29*bis*, §2 van de Elektriciteitswet bepaalt dat het Hof uitspraak doet met volle rechtsmacht.<sup>2918</sup> Het begrip "volle rechtsmacht" verwijst volgens de memorie naar het recht om kennis te nemen van **het volledig geschil**, van

<sup>2913</sup> MvT bij het wetsontwerp tot organisatie van de mogelijkheden tot beroep tegen de beslissingen genomen door de Commissie voor de regulering van de Elektriciteit en het Gas, *Parl.St.* Kamer 2004-2005, nr. 1895/1, 8.

<sup>2914</sup> Uit een studie van de CREG blijkt zelfs dat bij de Raad van State een eerste beroep tegen een beslissing van de CREG werd ingediend in 2002, waarbij er tegen 2005 reeds 73 procedures werden ingesteld en er in datzelfde jaar (dus drie jaar later) nog steeds geen enkel arrest was geveld, zie CREG, Studie (F)050608-CDC-416 van 8 juni 2005 betreffende het wetsontwerp tot organisatie van de mogelijkheden tot beroep tegen de beslissingen genomen door de commissie, voorzien door de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen en de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, <http://www.creg.info/pdf/Studies/F416NL.pdf>, 4.

<sup>2915</sup> Artikel 29*quater*, § 6, lid 2 van de Elektriciteitswet en artikel 15/21, § 6, lid 2 van de Gaswet.

<sup>2916</sup> MvT bij het wetsontwerp tot organisatie van de mogelijkheden tot beroep tegen de beslissingen genomen door de Commissie voor de regulering van de Elektriciteit en het Gas, *Parl.St.* Kamer 2004-2005, nr. 1895/1, 8.

<sup>2917</sup> MvT bij het wetsontwerp tot organisatie van de mogelijkheden tot beroep tegen de beslissingen genomen door de Commissie voor de regulering van de Elektriciteit en het Gas, *Parl.St.* Kamer 2004-2005, nr. 1895/1, 9.

<sup>2918</sup> Net als artikel 15/20, § 2: De grond van de zaak wordt voorgelegd aan het hof van beroep van Brussel dat uitspraak doet met volle rechtsmacht.

alle feitelijke en rechtelijke aspecten ervan en een uitspraak ten gronde te doen.<sup>2919</sup> Dit zou eveneens inhouden dat het Hof over de mogelijkheid zou beschikken om niet enkel een beslissing te vernietigen, maar eveneens om een beslissing van de CREG te herzien.<sup>2920</sup> Reeds in 2003 werd bij het BIPT (de post- en telecomregulator) bepaald dat het Hof van beroep te Brussel met volle rechtsmacht uitspraak zou doen over de betreffende geschillen.<sup>2921</sup> De Raad van State merkte hier toen bij op dat de ontworpen wet een toetsing met volle rechtsmacht instelt die de onafhankelijkheid van de instelling weliswaar beperkt, maar de regering toch niet in staat stelt om de politieke verantwoordelijkheid voor die beslissingen te verzekeren.<sup>2922</sup> In de memorie van toelichting werd gesteld: "aangezien de vordering voor die laatste volledige rechtsmacht heeft, kan het dus een uitspraak doen over de zaak zelf en de beslissing van het Instituut tenietdoen. Omwille van de efficiëntie en de vlugheid die verbonden zijn met de telecommunicatiesector, spreekt het daarenboven recht zoals in kort geding".<sup>2923</sup> De parlementaire voorbereiding beklemtoont met andere woorden dat het gaat om een uitspraak ten gronde (uitspraak doen over de zaak zelf; hetgeen verschilt van een zaak "in kort geding"), waarbij de beslissing vernietigd kan worden. De parlementaire voorbereiding spreekt dus niet van een herzieningsbevoegdheid of het nemen van een beslissing in de plaats van het BIPT. Ook de parlementaire voorbereiding bij de beroepsprocedure bij de CREG spreekt niet over een herzieningsmogelijkheid, enkel over kennis te nemen van het volledige geschil (ten gronde).

**912.** In haar studie van 8 juni 2005 over het wetsontwerp reageerde de CREG positief op het principe zelf van de invoering van een versnelde beroepsprocedure, hetgeen de transparantie zou bevorderen en positief zou zijn

---

<sup>2919</sup> MvT bij het wetsontwerp tot organisatie van de mogelijkheden tot beroep tegen de beslissingen genomen door de Commissie voor de regulering van de Elektriciteit en het Gas, *Parl.St.* Kamer 2004-2005, nr. 1895/1, 9.

<sup>2920</sup> T. VANDEN BORRE, "Geen volle rechtsmacht in beroepen inzake de discretionaire bevoegdheid van de CREG" (noot onder Brussel 27 oktober 2006), *RAGB* 2007, afl. 5, (291) 299. De memorie van toelichting bij de wet houdende diverse bepalingen (MvT bij het ontwerp van wet houdende diverse bepalingen, *Parl.St.* Kamer 2004-2005, nr. 1845/1) bepaalde dat "het begrip volle rechtsmacht verwijst naar het recht om kennis te nemen van het volledig geschil, van alle feitelijke en rechtelijke aspecten ervan en een uitspraak ten gronde te doen" (p. 59). Verder werd in de memorie gesteld dat "Artikel 29quater, § 7, zegt dat het Hof van Beroep over een volle rechtsmacht beschikt. Zo stelt het Hof van Beroep zijn beoordeling volledig in de plaats van deze van de CREG, zowel feitelijk als rechtelijk. Volgens dezelfde principes als diegene die van toepassing zijn op de procedure met betrekking tot sommige beslissingen van de CBF, kan het Hof van Beroep de beslissing waartegen beroep wordt aangetekend, niet alleen annuleren, maar ook hervormen en een beslissing nemen die de aangevochten beslissing vervangt" (p. 61). Artikel 29quater, §§ 1-7 werd echter nooit op dergelijke wijze in de Elektriciteitswet opgenomen ten gevolge van het advies van de Raad van State (zie B. DELVAUX, "De specifieke beroepsprocedure tegen de beslissingen van de CREG" in T. VANDEN BORRE (ed.), *De vrijmaking van de elektriciteits- en gasmarkt: de federale wetgeving in een stroomversnelling?*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (211) 233). Het is bijgevolg niet honderd procent zeker dat de volle rechtsmacht gepaard gaat met een hervormingsbevoegdheid.

<sup>2921</sup> Art. 2 Wet 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector, *BS* 24 januari 2003: "Tegen de besluiten van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie kan beroep met volle rechtsmacht worden ingesteld bij het hof van beroep te Brussel, rechtsprekend zoals in kort geding. Het instituut is verweerder in de procedure".

<sup>2922</sup> Adv.RvS. nr. 33.255/4 bij het wetsontwerp met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatie-sector, *Parl.St.* Kamer 2001-2002, nr. 1937/1, 60.

<sup>2923</sup> MvT bij het wetsontwerp met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatie-sector, *Parl.St.* Kamer 2001-2002, nr. 1937/1, 24.

voor de marktwerking.<sup>2924</sup> De CREG was echter bijzonder kritisch voor wat het aspect van de "volle rechtsmacht" betreft.<sup>2925</sup> Zo stelde de CREG dat uit de rechtspraak en rechtsleer bleek dat "de wetgever niet zonder meer aan de rechterlijke macht de bevoegdheid kan toekennen om met volheid van rechtsmacht een oordeel uit te spreken over beslissingen van een administratief overheidsorgaan, minstens dat de rechterlijke macht het begrip volheid van rechtsmacht interpreteert in het licht van het beginsel van de scheiding der machten. In weerwil van een specifieke wettelijke bepaling die haar een bevoegdheid terzake toekent, verhindert het beginsel van de scheiding der machten dat een rechter zich volledig in de plaats zou kunnen stellen van een administratieve overheid".<sup>2926</sup> Bovendien was de CREG geen voorstander van het schrappen van de bevoegdheid van de Raad van State.<sup>2927</sup> Aangezien de Europese richtlijnen (toen 2003/54/EG en 2003/55/EG) vereisten dat enkel de energieregulator de tariefbeslissingen kon nemen, stelde de CREG dat de rechter, eveneens in het licht van de scheiding der machten, dan ook enkel een **marginale toetsingsbevoegdheid** kon worden toebedeeld.<sup>2928</sup>

**913.** Dat de rechter niet over de opportuniteit mag oordelen, bleek ook uit de parlementaire voorbereiding bij de wet van 8 januari 2012 ter omzetting van het derde pakket liberaliseringsrichtlijnen. Artikel 48 van het voorontwerp bepaalde immers dat artikel 29*quater* van de Elektriciteitswet aangepast zou worden in die zin dat de **schorsing** van een beslissing van de CREG ook mogelijk gemaakt zou zijn "bij strijdigheid met het algemeen belang of de richtsnoeren van het nationale energiebeleid met inbegrip van de doelstellingen van de regering betreffende de energiebevoorrading van het land".<sup>2929</sup> In zijn advies stelde de

---

<sup>2924</sup> CREG, Studie (F)050608-CDC-416 van 8 juni 2005 betreffende het wetsonderwerp tot organisatie van de mogelijkheden tot beroep tegen de beslissingen genomen door de commissie, voorzien door de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen en de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, <http://www.creg.info/pdf/Studies/F416NL.pdf>, 5.

<sup>2925</sup> CREG, Studie (F)050608-CDC-416 van 8 juni 2005 betreffende het wetsonderwerp tot organisatie van de mogelijkheden tot beroep tegen de beslissingen genomen door de commissie, voorzien door de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen en de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, <http://www.creg.info/pdf/Studies/F416NL.pdf>, 4.

<sup>2926</sup> CREG, Studie (F)050608-CDC-416 van 8 juni 2005, 64.

<sup>2927</sup> CREG, Studie (F)050608-CDC-416 van 8 juni 2005, 51: "het is zeer de vraag waarom de beroepsmogelijkheid bij de Raad van State dient te worden ontzegd aan de rechtszoekende inzake beslissingen van de CREG of waarom de wetgever in plaats van de rechtszoekende de keuze maakt ten voordele van het hof van beroep en ten nadele van de Raad".

<sup>2928</sup> CREG, Studie (F)050608-CDC-416 van 8 juni 2005, 66-67.

<sup>2929</sup> Voorontwerp van wet tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de Elektriciteitswet en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, nr. 1725/1, 197: "Het beroep bedoeld in artikel 29*bis* heeft geen schorsende werking, tenzij het is ingesteld tegen een beslissing van de commissie tot het opleggen van een administratieve boete. Het Hof van Beroep te Brussel waarbij een dergelijk beroep aanhangig wordt gemaakt, kan evenwel, alvorens recht te doen, de schorsing bevelen van de tenuitvoerlegging van de beslissing die het voorwerp uitmaakt van het beroep als de aanvrager ernstige middelen inroept die de vernietiging of hervorming van de beslissing mogelijk kunnen rechtvaardigen en als de onmiddellijke tenuitvoerlegging ervan hem een ernstig en moeilijk te herstellen nadeel dreigt te berokkenen. Zo ook kunnen alle personen die een belang hebben een beroep aanhangig maken bij het Hof van Beroep te Brussel en de schorsing vragen van de tenuitvoerlegging van alle beslissingen van de commissie genomen in toepassing van de artikelen 12 tot 12novies waardoor de commissie de wet zou overtreden, het algemeen belang zou schaden of die in strijd zouden zijn met de richtsnoeren van 's lands energiebeleid, met inbegrip van de doelstellingen van de regering betreffende energiebevoorrading van het land. Het Hof spreekt zich onverwijld uit over de vordering tot schorsing. Een vordering tot schorsing kan niet worden ingeleid zonder de inleiding van een vordering ten gronde."

Raad van State echter duidelijk dat dergelijke opportuniteitstoetsing onaanvaardbaar was:

"Het opdragen aan een rechtscollege van de toetsing van beslissingen aan "het algemeen belang", aan "richtsnoeren" en aan "doelstellingen van de regering" is bezwaarlijk in overeenstemming te brengen met het beginsel dat rechtscolleges zich niet uitspreken over de opportuniteit van een bepaalde overheidsbeslissing en dat zij die beslissing enkel toetsen op haar verenigbaarheid met rechtsregels en algemene rechtsbeginselen. De voormelde toetsingsgronden zijn dan wel gebruikelijk binnen het kader van een administratief beroep tegen de betrokken beslissing bij een bepaald overheidsorgaan, dat op grond van andere beleidsinzichten een nieuwe beslissing kan nemen, maar zij zijn **niet** op hun **plaats** binnen een **jurisdictioneel beroep** bij een rechtscollege zoals het hof van beroep.

Een jurisdictioneel beroep tegen beslissingen van de CREG in de vorm van een **wettigheidstoetsing** is aannemelijk en zelfs noodzakelijk. De door de ontworpen bepaling ingestelde toetsing van beslissingen van de CREG aan "het algemeen belang", aan "richtsnoeren" en aan "doelstellingen van de regering", of die nu plaatsvindt in het kader van een administratief of jurisdictioneel beroep, is evenwel onverenigbaar met het beginsel dat er voor elke lidstaat slechts één enkele nationale regulerende instantie bestaat (zie artikel 35, lid 1, van richtlijn 2009/72/EG). **Het instellen van een instantie die na de beslissing van de CREG haar beslissingen kan herzien op opportuniteitsgronden, komt immers neer op het splitsen van de beslissingsmacht van de nationale regulerende instantie over twee instanties.**

De ontworpen regeling miskent bovendien artikel 35, leden 4 en 5, van de richtlijn, die de **onafhankelijkheid** van de regulerende instantie waarborgen. Deze opmerkingen klemmen des te meer nu, zoals ook wordt benadrukt in de memorie van toelichting, de regering een beroep kan instellen bij het hof van beroep om op de bovenvermelde gronden de tenuitvoerlegging van bepaalde beslissingen van de CREG te laten schorsen. De conclusie is dat de bovenvermelde gronden dienen te worden weggelaten uit de ontworpen bepaling".<sup>2930</sup>

Het is duidelijk dat volgens de Raad van State enkel een omstandige **wettigheidstoetsing** mogelijk is en geen opportuniteitstoetsing (over een feitentoetsing spreekt de Raad zich niet uit). De regering kan dan ook niet zomaar trachten om de toetsingsgronden van het administratief toezicht zonder meer te transponeren naar het jurisdictioneel beroep.<sup>2931</sup> Daarenboven verwijst de Raad uitdrukkelijk naar de Europese richtlijnen, waarbij de vereisten van één regulerende instantie en het verbod op directe instructies doorslaggevende elementen zijn inzake die de onafhankelijkheid van de energieregulators moeten waarborgen. De bepaling werd derhalve aangepast aan de opmerkingen van de Raad van State waardoor artikel 29<sup>quater</sup> nu enkel nog spreekt van een beslissing "waardoor de commissie de wet zou overtreden".

### 2.3. Het begrip "volle rechtsmacht": draagwijdte

**914.** In volgende onderdelen kom aan bod wat nu precies verstaan moet worden onder de notie "volle rechtsmacht" waarover het Hof van beroep te Brussel beschikt. Deze vrij uitgebreide toelichting zal aantonen dat zowel in de

<sup>2930</sup> Adv.RvS nr. 49.570/3 bij het voorontwerp van wet tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de Elektriciteitswet en de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, nr. 1725/1, 319-320.

<sup>2931</sup> T. VANDEN BORRE, "De omzetting van de bepalingen inzake de onafhankelijke regulator – op weg naar Luxemburg?" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX, *Jaarboek Energierecht 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011 (79) 94.



rechtspraak, als in de rechtsleer er niet altijd evenveel eensgezindheid bestaat over de precieze draagwijdte van het begrip. De bedoeling van deze onderdelen bestaat erin om de verschillende opinies weer te geven en om nadien te komen tot een volgens dit onderzoek meest geschikte invulling van het begrip “volle rechtsmacht”, zij het specifiek gericht op het toezicht op de energieregulatoren. Daartoe wordt eerst en vooral stilgestaan bij de rechtspraak van het EHRM. Dit Hof speelt namelijk een belangrijke rol bij de afbakening van het begrip volle rechtsmacht: gaat het om een vernietigingsbevoegdheid of zelfs om een hervormingsbevoegdheid? Vervolgens wordt ingegaan op de nationale context. Daarbij komt aan bod op welke manier de hoogste Belgische rechtscolleges (het Grondwettelijk Hof, de Raad van State en het Hof van Cassatie) invulling geven aan het begrip. Daarna wordt de rechtspraak van het Hof van beroep te Brussel behandeld. Het is namelijk essentieel om na te gaan op welke manier het Hof zelf een invulling geeft aan zijn volle rechtsmacht.<sup>2932</sup> Gaat het Hof daarbij eerder terughoudend te werk of voert het Hof een doorgedreven toetsing door?

### 2.3.1. *De rechtspraak van het EHRM: hervormingsbevoegdheid?*

**915.** Het begrip “volle rechtsmacht” vindt zijn oorsprong in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM),<sup>2933</sup> waar het begrip ingevuld wordt in het kader van artikel 6 EVRM.<sup>2934</sup> De interpretatie die het Hof aan het begrip volle rechtsmacht geeft verschilt echter zaak per zaak, waardoor er geen algemeen aanvaarde definitie is van het vereiste van volle rechtsmacht.<sup>2935</sup>

De notie volle rechtsmacht komt voornamelijk aan bod in het kader van de rechterlijke controle op administratieve sancties. Administratieve sancties stammen immers vaak af van het klassieke strafrecht. Volgens het EHRM zijn deze administratieve sancties niet strijdig met het EVRM, op voorwaarde dat de waarborgen uit de artikelen 6 en 7 van het EVRM niet worden omzeild. Bovendien moet de betrokkene volgens het EHRM steeds in staat worden gesteld om – net zoals in het strafrecht – de bestuurshandeling aan te vechten bij een rechtscollege met **volle rechtsmacht**.<sup>2936</sup>

---

<sup>2932</sup> De gehanteerde arresten van het Hof van beroep te Brussel werden niet limitatief onderzocht, maar werden geselecteerd op basis van hun specifieke relevantie voor dit onderzoeksthema (met name arresten waaruit duidelijk blijkt dat het Hof een uitspraak doet over zijn eigen interpretatie van het begrip volle rechtsmacht).

<sup>2933</sup> S. BOULLART, “De ene volle rechtsmacht is de andere niet: over volle en minder volle rechtsmacht”, *CDPK* 2007, (245) 252; A.S. VANDAELE, *De volle rechtsmacht bij de beoordeling van bestuurshandelingen*, Brugge, die Keure, 2014, 19 ev.

<sup>2934</sup> Recht op een eerlijk proces.

<sup>2935</sup> A.S. VANDAELE, *De volle rechtsmacht bij de beoordeling van bestuurshandelingen*, Brugge, die Keure, 2014, 25-26 en 28.

<sup>2936</sup> J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid: onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat in Administratieve Rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 2011, 489.

Een belangrijk arrest in het kader van deze rechtspraak, is het arrest *Silvester's Horeca Service v. België* van 4 maart 2004, waarbij het EHRM ingaat op de omvang van de toetsing door de rechter bij een administratieve sanctie:

"Le respect de l'article 6 de la Convention suppose en effet que la décision d'une autorité administrative ne remplissant pas elle-même les conditions de l'article 6 § 1 subisse le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction [...]. Parmi les caractéristiques d'un organe judiciaire de pleine juridiction figure le pouvoir de **réformer en tous points**, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur. Il doit notamment avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi (*Chevol c. France*, arrêt du 13 février 2003, § 77)".<sup>2937</sup>

Deze bewoordingen lijken te impliceren dat de volle rechtsmacht volgens het EHRM een hervormingsbevoegdheid inhoudt. De rechtspraak van het EHRM is echter meer genuanceerd dan hetgeen uit dit enkele arrest zou kunnen worden afgeleid... Zo hangt de specifieke inhoud van het begrip "volle rechtsmacht" af van de specifieke omstandigheden van de zaak en meer bepaald van de volgende criteria:

"In assessing the sufficiency of a judicial review available to an applicant, the Court will have regard to the powers of the judicial body in question [...] and to such factors as (a) the **subject-matter of the decision** appealed against, in particular, whether or not it concerned a specialised issue requiring professional knowledge or experience and whether it involved the exercise of administrative discretion and if, so, to what extent; (b) the manner in which that decision was arrived at, in particular, the procedural guarantees available in the proceedings before the adjudicatory body; and (c) the content of the dispute, including the desired and actual grounds of appeal [...]"<sup>2938</sup>

Aldus kan het **burgerlijke** of **strafrechtelijke** karakter de precieze invulling van de volle rechtsmacht wijzigen. Dit blijkt bv. uit het arrest *Steininger*, waarin het Hof stelt dat de rechter kennis moet kunnen nemen van het volledige geschil, in feite en in rechte en dat hij de beslissing moet kunnen vernietigen (to quash),<sup>2939</sup> het Hof spreekt daarbij niet van een hervormingsbevoegdheid:<sup>2940</sup>

"As regards the Administrative Court the Court observes that where an adjudicatory body which determines disputes over "**civil rights** and obligations" does not comply with Article 6 § 1 in some respect, **no violation** of the Convention can be found if the proceedings before that body are "subject to subsequent control by a judicial body that has "**full**" **jurisdiction** and does provide the guarantees of Article 6 § 1. Both the former Commission and the Court have acknowledged in their case-law that the requirement that a court or tribunal should have "**full jurisdiction**" **will be satisfied where it is found that the judicial body in question has exercised "sufficient jurisdiction" or provided "sufficient review"** in the proceedings before it. Such a system was not incompatible with Article 6 § 1 so long as the taxpayer can bring any such decision affecting him before a **judicial body** that has **full jurisdiction, including the power to quash in all respects, on questions of fact and law**, the challenged decision observed that the Swedish administrative courts had jurisdiction **to examine all aspects of the matters before them and was not restricted to points of law but could also extend to factual issues**, including the assessment of evidence. If they disagreed with the findings of the Tax Authority, they had the power to quash the decisions appealed against. For these reasons, the Court found that the

<sup>2937</sup> EHRM 4 maart 2004, *Silvester's Horeca Service t. België*, § 26 en 27.

<sup>2938</sup> EHRM 21 juli 2011, nr. 32181/04 en 35122/05, *Sigma Radio and Television Ltd/Cyprus*, § 154.

<sup>2939</sup> To quash betekent letterlijk "to render null, void".

<sup>2940</sup> EHRM, 17 april 2012, *Steininger t. Oostenrijk*, nr. 21539/07, § 46.

review had been conducted by courts that afforded the safeguards required by Article 6 § 1”.

916. Het is dus zeker niet zo dat de volle rechtsmacht steeds een hervormingsbevoegdheid garandeert. Volle rechtsmacht impliceert wel steeds een toetsing in feite en in rechte én een vernietigingsbevoegdheid. De case-by-case aanpak van het Hof wordt bovendien bemoeilijkt door enige taalkundige verwarring. Zo gebruikt het Hof de onduidelijke term *réformer* (hervormen) terwijl de termen “se substituer” (vervangen) of “annuler” (annuleren of vernietigen) misschien duidelijker waren geweest.<sup>2941</sup> Het Hof gebruikt daarbij eveneens de Engelse term “to quash” (annuleren of vernietigen) als synoniem voor het Franse *réformer*. Dit verschillend taalgebruik zorgt uiteraard voor verschillende interpretaties, waarbij één strekking uit de rechtsleer er een hervormingsbevoegdheid in leest (*réformer*)<sup>2942</sup> en de andere strekking enkel een vernietigingsbevoegdheid.<sup>2943</sup>

Dat de termen “*réformer*” en “annuler” in het Engels beiden door de term “to quash” door het Hof worden vertaald, lijkt erop te wijzen dat *réformer* de vernietiging inhoudt.<sup>2944</sup> Dit blijkt ook uit het arrest *Janosevic* uit 1997 waarbij het Hof stelt dat de administratieve rechtbanken over volle rechtsmacht beschikken wanneer ze beslissingen kunnen vernietigen:

“Pareil système n'est pas contraire à l'article 6 pour autant que le contribuable peut saisir de toute décision ainsi prise à son encontre un organe judiciaire **de pleine juridiction**, ayant notamment le pouvoir de **réformer** en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise. Il est donc clair que les juridictions administratives ont compétence pour traiter des questions de majoration d'impôt. Cela implique certes qu'elles statuent dans des procédures qui sont de nature pénale aux fins de la Convention, alors qu'elles n'ont pas de manière générale compétence pour connaître de questions ressortissant à la matière pénale dans l'ordre juridique suédois. Toutefois, la Cour relève que les tribunaux administratifs – tout comme les tribunaux judiciaires qui ont statué sur la faillite – peuvent connaître de **tous les aspects** des questions dont ils sont saisis. Leur examen ne se limite pas aux points de droit mais peut aussi englober les questions de fait comme l'appréciation des preuves. En cas de désaccord avec les conclusions de l'administration fiscale, ils peuvent **annuler les décisions attaquées**”.<sup>2945</sup>

Het Hof plaatst hier dus *réformer* gelijk aan *annuler*. In de Engelstalige versie van het arrest gebruikt het Hof bovendien “to quash” als vertaling voor zowel

<sup>2941</sup> A.S. VANDAELE, *De volle rechtsmacht bij de beoordeling van bestuurshandelingen*, Brugge, die Keure, 2014, 34.

<sup>2942</sup> O.a. S. BOULLART, “De ene volle rechtsmacht is de andere niet: over volle en minder volle rechtsmacht”, *CDPK* 2007, (245) 251; A. LUST en S. LUST, “Het grondrecht op een rechter met volle rechtsmacht” in X, *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, (869) 879-880.

<sup>2943</sup> J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid: onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat* in *Administratieve Rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 2011, 479-480; P. LEMMENS, “Enkele beschouwingen bij de zogenaamde “volle rechtsmacht” van de rechter bij de toetsing van administratieve sancties”, in D. DHOOGHE, K. DE KETELAERE en A.M. DRAYE (eds.), *Liber Amicorum Marc Boes*, Brugge, die Keure, 2011, 393-410; J. PUT, “Administratieve boeten, verzachtende omstandigheden en volle rechtsmacht; contradicties in de rechtspraak van het Arbitragehof?”, *TBP* 2002, (675) 679-680.

<sup>2944</sup> J. THEUNIS, “De rechter geklemd tussen het beginsel van scheiding der machten en het vereiste van volle rechtsmacht?” in I. Cooreman (ed.), *De wettigheidstoets van art. 159 van de Grondwet*, Brugge, die Keure, 2010, 162.

<sup>2945</sup> EHRM 21 mei 2003, *Janosevic t. Zweden*, no 34619/97, overw. 81 en 82.

*réformer* als *annuler*.<sup>2946</sup> De kans is dus bijzonder reëel dat in het arrest *Silvester's Horeca Service v. België* *réformer* enkel als **vernietigen** moet worden begrepen.<sup>2947</sup> Deze zienswijze werd ook bevestigd in het arrest *Sigma Radio* uit 2011. Daarin stelt het EHRM dat het niet de rol is van artikel 6 EVRM "to give access to a level of jurisdiction which can **substitute** its opinion for that of the administrative authorities".<sup>2948</sup> Daarenboven stelt het Hof dat het essentieel is of de rechtbank al dan niet over het *volledige geschil* kan oordelen en daarbij het *centrale thema* kan onderzoeken.<sup>2949</sup> Het EHRM had bv. wel een schending vastgesteld van artikel 6 EVRM "where a ground of challenge has been upheld by the reviewing court but it was not possible to remit the case for a fresh decision by the same or a different body (see *Kingsley*, cited above, § 32)".<sup>2950</sup> Het Hof had reeds in de zaak *Kingsley* (waarnaar het in de zaak *Sigma Radio* ook verwees) gesteld dat *hetgeen na de vernietiging gebeurt, aan de nationale wetgever wordt overgelaten*:

"The Court considers that it is generally inherent in the notion of judicial review that, if a ground of challenge is upheld, the reviewing court has power **to quash** the impugned decision, and that either the **decision** will then be taken by **the review court**, or the case will be remitted for a **fresh decision** by the **same** or a **different body**. Thus where, as here, complaint is made of a lack of impartiality on the part of the decision-making body, the concept of '**full jurisdiction**' implies that the reviewing court not only considers the complaint but has the ability **to quash** the impugned decision and to remit the case for a new decision by an impartial body".<sup>2951</sup>

**917.** Er is volgens de rechtspraak van het EHRM dus sprake van *volle rechtsmacht* wanneer de rechter het volledige geschil, ten gronde, in feite en in rechte kan beoordelen en een beslissing kan vernietigen, waarbij **daarna** een nieuwe beslissing wordt genomen door ofwel de rechtbank zelf (via hervorming-substitutie), ofwel dezelfde instantie (bv. de regulator) ofwel een andere instantie. Het EHRM stelt dat er voldoende rechtsmacht (*sufficient jurisdiction – sufficient review*) aanwezig moet zijn om te kunnen spreken van volle rechtsmacht (*full jurisdiction*).<sup>2952</sup>

<sup>2946</sup> "The Court considers, however, that Contracting States must be free to empower tax authorities to impose sanctions like tax surcharges even if they come to large amounts. Such a system is not incompatible with Article 6 § 1 so long as the taxpayer can bring any such decision affecting him before a judicial body that has full jurisdiction, including the power to quash in all respects, on questions of fact and law, the challenged decision. However, the Court notes that the administrative courts – like the courts of general jurisdiction that determined the bankruptcy issue – have jurisdiction to examine all aspects of the matters before them. Their examination is not restricted to points of law but may also extend to factual issues, including the assessment of evidence. If they disagree with the findings of the Tax Authority, they have the power to quash the decisions appealed against. For these reasons, the Court finds that the judicial proceedings in the case have been conducted by courts that afford the safeguards required by Article 6 § 1".

<sup>2947</sup> Zie ook J. Theunis, "De rechter geklemd tussen het beginsel van scheiding der machten en het vereiste van volle rechtsmacht?" in I. Cooreman (ed.), *De wettigheidstoets van art. 159 van de Grondwet*, Brugge, die Keure, 2010, 165.

<sup>2948</sup> EHRM 21 juli 2011, nr. 32181/04 en 35122/05, *Sigma Radio and Television Ltd/Cyprus*, § 154.

<sup>2949</sup> EHRM 21 juli 2011, nr. 32181/04 en 35122/05, *Sigma Radio and Television Ltd/Cyprus*, § 156.

<sup>2950</sup> EHRM 21 juli 2011, nr. 32181/04 en 35122/05, *Sigma Radio and Television Ltd/Cyprus*, § 157.

<sup>2951</sup> EHRM 7 november 2000, nr. 35605, *Kingsley t. Verenigd Koninkrijk*, met verwijzing naar de Grote Kamer in § 58.

<sup>2952</sup> EHRM 21 juli 2011, nr. 32181/04 en 35122/05, *Sigma Radio and Television Ltd/Cyprus*, § 151: "Nonetheless, the Court reiterates that even where an adjudicatory body, including an administrative one as in the present case, which determines disputes over "civil rights and obligations" does not comply with Article 6 § 1 in some respect, no violation of the Convention can be found if the proceedings before that body are "subject to subsequent control by a judicial body that has "full" jurisdiction and does provide the guarantees of Article 6 § 1 (see *Albert and Le Compte*, cited above, § 29); § 152: Both the Commission and the Court have acknowledged in their case-law that the requirement that a court or tribunal should have "full jurisdiction" will be satisfied where it is found that the judicial body in question has exercised "sufficient jurisdiction" or provided "sufficient review" in the proceedings before it (see, amongst many authorities, *Zumtobel v. Austria*, 21 September 1993, § §§ 31-32, Series A no. 268-A; *Bryan*, cited above, §§ 43-

### 2.3.2. Volle rechtsmacht in België: hervormingsbevoegdheid?

**918.** Ook in België zijn de meningen verdeeld over het feit of de volle rechtsmacht al dan niet een hervormingsbevoegdheid impliceert. BOULLART leidt uit het arrest *Silvester's Horeca Service v. België* af dat de volle rechtsmacht inhoudt dat de rechter bij zijn controle alle aspecten moet onderzoeken, met inbegrip van de opportuniteit en de billijkheid, en ook de macht heeft of moet hebben om de bestreden beslissing daadwerkelijk te wijzigen of te hervormen (*réformer*).<sup>2953</sup> Ook TATON stelt dat één van de essentiële karakteristieken van een beoordelingsbevoegdheid met volle rechtsmacht de hervormingsbevoegdheid is.<sup>2954</sup> Dienovereenkomstig stellen ook LEUS en BAEYENS dat het moet mogelijk zijn dat de Raad van State, bij administratieve sancties, een hervormingsbevoegdheid "in volle rechtsmacht" wordt toebedeeld.<sup>2955</sup>

**919.** De meerderheidsstrekking gaat er evenwel vanuit dat volle rechtsmacht niet gepaard gaat met een hervormingsbevoegdheid. LEMMENS bijvoorbeeld stelt dat het *Silvester's* arrest gelezen moet worden in het licht van de voorgaande rechtspraak, waarbij het Hof uitgaat van het feit dat de rechter in staat moet zijn het hem voorgelegde geschil **in zijn geheel** te beoordelen, **in feite** en **in rechte**. De rechter moet hierbij ook kunnen toetsen aan het evenredigheidsbeginsel dat een algemeen rechtsbeginsel is.<sup>2956</sup> Ook VERHEVEN stelt dat het voorbarig is om uit het arrest *Silvester's* af te leiden dat de volle rechtsmacht inhoudt dat de rechterlijke instantie, met inbegrip van een opportuniteitsoordeel, zijn beslissing in de plaats kan stellen.<sup>2957</sup> Volgens THEUNIS moet het begrip eveneens terughoudend geïnterpreteerd worden, waarbij de rechtspraak van het EHRM opgevat kan worden in die zin dat de rechter in beginsel over een **vernietigingsbevoegdheid** beschikt waarbij hij de zaak na vernietiging verwijst naar een onafhankelijke instantie die een nieuwe beslissing neemt, maar waarbij in uitzonderlijke gevallen (bij administratieve sancties met een sterk strafrechtelijk karakter) de rechter toch de beslissing zelf

---

47; *Müller and others v. Austria* (dec.), no.26507/95, 23 November 1999; and *Crompton v. the United Kingdom*, no. 42509/05, §§ 71 and 79, 27 October 2009).

<sup>2953</sup> S. BOULLART, "De ene volle rechtsmacht is de andere niet: over volle en minder volle rechtsmacht", *CDPK* 2007, (245) 252.

<sup>2954</sup> X. TATON, "Les recours objectifs de pleine juridiction et les pouvoirs limités du juge judiciaire", *AM* 2005, afl. 8, (799) 805.

<sup>2955</sup> K. LEUS en A. BAEYENS, "De hervorming van de Raad van State: over administratieve geldboeten en andere administratieve sancties, volle rechtsmacht en een eventuele hervormings- en substitutiebevoegdheid voor de Raad van State" in M. VAN DAMME (ed.), *De hervorming van de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2014, (273) 295.

<sup>2956</sup> P. LEMMENS, "Enkele beschouwingen bij de zogenaamde "volle rechtsmacht" van de rechter bij de toetsing van administratieve sancties", in D. DHOOGHE, K. DE KETELAERE en A.M. DRAYE (eds.), *Liber Amicorum Marc Boes*, Brugge, die Keure, 2011, (393) 398-399. Het evenredigheidsbeginsel houdt in dat de overheid op grond van dat beginsel een beslissing moet nemen die proportioneel is.

<sup>2957</sup> I. VERHEVEN, "Naar een nieuwe invulling van het begrip "volle rechtsmacht"? Het contentieux van de economische regulatoren" in P. CABOOR, J. DEBIEVRE, G. LAENEN, K. MUYLLE, I. VERHEVEN en A. WIRTGEN (eds.), *Rechtsbescherming*, Brugge, die Keure, 2008, (3) 44.

kan hervormen.<sup>2958</sup> Ook VANDAELE stelt dat een genuanceerd antwoord nodig is en niet zomaar éénzelfde invulling van het begrip volle rechtsmacht kan gegeven worden die van toepassing is in elke zaak. De auteur spreekt zelfs van het “zaakspecifieke onderzoek” van het EHRM.<sup>2959</sup>

**920.** Wat de hoogste rechtscolleges betreft, beschikt de Raad van State volgens zijn vaste rechtspraak zelf over volle rechtsmacht. Hieronder verstaat de Raad evenwel geen hervormingsbevoegdheid. In het arrest nr. 224.180 gaat de Raad van State in op deze vraag:

“Wanneer de Raad van State uitspraak doet in het kader van een beroep tot nietigverklaring, zoals in casu, oefent hij het volgend wettigheidstoezicht uit: hij kan uitspraak doen over de **feitelijke** zowel als de **juridische geschilpunten**, hij kan de **juistheid**, de **pertinentie** en de **toelaatbaarheid** van de **motieven** waarop de bestreden beslissing steunt nagaan en hij kan, specifiek in verband met de administratieve sancties, beoordelen of er een **evenredigheidsverband** bestaat tussen de gesanctioneerde gedraging en de opgelegde administratieve sanctie. Weliswaar kan de Raad van State zijn beslissing **niet in de plaats stellen** van die van het bestuur dat de administratieve geldboete heeft opgelegd. Dit neemt echter niet weg dat, wanneer hij diens beslissing vernietigt, het bestuur verplicht is zich te conformeren aan het vernietigingsarrest en, indien het een nieuwe beslissing neemt, het de motieven van het vernietigingsarrest niet mag miskennen. Op grond van die vaststellingen is de Raad van State van oordeel dat hij als rechter met de “volle rechtsmacht”, over de zaak uitspraak doet”.<sup>2960</sup>

De Raad van State gaat er dus van uit dat het begrip “volle rechtsmacht” begrepen dient te worden als een wettigheidstoezicht, waarbij hij uitspraak kan doen over zowel de feitelijke als de juridische geschilpunten en waarbij eveneens de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (waaronder het evenredigheidsbeginsel) getoetst worden. Dit standpunt lijkt ook vervat te liggen in de parlementaire voorbereiding bij de CREG en het BIPT (CREG: “kennis te nemen van het volledig geschil, van alle feitelijke en rechtelijke aspecten ervan en een uitspraak ten gronde te doen”; BIPT: “een uitspraak doen over de zaak zelf en de beslissing van het Instituut tenietdoen”).

**921.** Uit enkele arresten van **24 januari 2002** blijkt dat het Hof van Cassatie uitdrukkelijk bevestigt dat het toetsingsrecht van administratieve sancties aan de rechter moet toelaten om na te gaan of de straf niet onevenredig is met de inbreuk:

“De rechter aan wie gevraagd wordt een administratieve sanctie te toetsen die een repressief karakter heeft in de zin van art. 6 E.V.R.M., mag de wettelijkheid van die sanctie onderzoeken en in het bijzonder nagaan of die sanctie verzoenbaar is met de dwingende eisen van internationale verdragen en van het interne recht, met inbegrip van de **algemene rechtsbeginselen**: dit toetsingsrecht moet in het bijzonder aan de rechter toelaten na te gaan of de straf **niet onevenredig** is met de inbreuk, zodat het aan de rechter staat te onderzoeken of het bestuur naar redelijkheid kon overgaan tot

<sup>2958</sup> J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid: onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat* in *Administratieve Rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 2011, 483; J. THEUNIS, “De rechter geklemd tussen het beginsel van de scheiding der machten en het vereiste van volle rechtsmacht?” in I. COOREMAN (ed.), *De wettigheidstoets van artikel 159 van de Grondwet*, Brugge, die Keure, 2010, (153) 164-165.

<sup>2959</sup> A.S. VANDAELE, *De volle rechtsmacht bij de beoordeling van bestuurshandelingen*, Brugge, die Keure, 2014, 32.

<sup>2960</sup> RvS 28 juni 2013, nr. 224.180, overw. 21 en 22.

het opleggen van administratieve geldboete van zodanige omvang: hij mag hierbij inzonderheid acht slaan op de **zwaarte van de inbreuk**, de **hoogte** van reeds opgelegde **sancties** en de **wijze** waarop in gelijkaardige gevallen werd geoordeeld.<sup>2961</sup>

Het Hof van Cassatie voegt daar evenwel aan toe:

“Dat dit toetsingsrecht niet inhoudt dat de rechter om loutere redenen van **opportuiniteit** en tegen wettelijke regels in, boeten kan kwijtschelden of verminderen.”

De rechter kan volgens het Hof van Cassatie de administratieve geldboete dus niet verminderen tot beneden het minimum dat het bevoegde bestuur zelf moet opleggen.<sup>2962</sup>

Uit een arrest van **4 maart 2004** blijkt dat het Hof van Cassatie traditioneel de klemtoon legt op het feit dat de rechter zijn oordeel niet de plaats van het bestuur mag stellen:

“Overwegende dat het bestuur dat op grond van zijn discretionaire bevoegdheid een beslissing neemt, beschikt over een beoordelingsvrijheid die het de mogelijkheid biedt zelf te oordelen over de wijze waarop het zijn bevoegdheid uitoefent en de meest geschikt lijkende oplossing te kiezen binnen de door de wet gestelde grenzen; Dat de Rechterlijke Macht bevoegd is om een door het bestuur bij de uitoefening van zijn niet-gebonden bevoegdheid begane onrechtmatige aantasting van een subjectief recht zowel te voorkomen als te vergoeden, maar daarbij aan het bestuur zijn **beleidsvrijheid niet** vermag te **ontnemen** en **niet** vermag zich **in de plaats** van het bestuur te stellen; dat de rechter in kort geding dit evenmin mag doen”.<sup>2963</sup>

De advocaat-generaal stelde in zijn conclusie bij het arrest van het Hof van Cassatie van **10 mei 2004** dat:

“Ik ben dus geneigd te denken dat de regel thans de volgende is: Wanneer de directeur van het werkloosheidsbureau een werkloze van het genot van de uitkeringen uitsluit met toepassing van het koninklijk besluit van 25 november 1991 en de werkloze deze administratieve sanctie betwist, ontstaat er tussen de Rijksdienst voor arbeidsvoorziening en de werkloze een geschil over het recht op uitkering gedurende de periode dat hij uitgesloten is, en is de arbeidsrechtbank bevoegd om over dat geschil uitspraak te doen ; wanneer de arbeidsrechtbank over een dergelijk geschil uitspraak moet doen, oefent zij een toetsing met **volle rechtsmacht** uit op de beslissingen van de directeur ; mits het recht van verdediging wordt geëerbiedigd en binnen het kader van het geding, zoals dit door de partijen is bepaald, **valt alles wat onder de beoordelingsbevoegdheid van de directeur valt, met inbegrip van de keuze van de administratieve sanctie, onder de controle van de rechter.**”<sup>2964</sup>

In het arrest zelf valt te lezen:

“Wanneer de arbeidsrechtbank kennis neemt van een dergelijk geschil, oefent zij een toetsing met **volle rechtsmacht** uit op de beslissing van de directeur; mits eerbiediging van het recht van verdediging en binnen het kader van het geding, zoals dit door de partijen is bepaald, **valt alles wat onder de beoordelingsbevoegdheid van de directeur valt, onder de controle van de rechter.** Zoals de arbeidsrechtbank, zonder enige wettelijke bepaling te schenden of het algemeen rechtsbeginsel van de scheiding der machten of enig ander algemeen rechtsbeginsel te

<sup>2961</sup> Cass. 24 januari 2002, AR C.00.0234.N - C.00.0442.N.

<sup>2962</sup> J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid: onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat* in *Administratieve Rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 2011, 502.

<sup>2963</sup> Cass. 4 maart 2004, AR C.03.0449.N; Cass. 3 januari 2008, AR C.06.0322.N; Cass. 24 januari 2014, AR C.10.0537.F.

<sup>2964</sup> Cass. 10 mei 2004, AR S.02.0076.F, concl. J.F. Leclercq.

miskennen, een door de directeur aan de werkloze opgelegde sanctie van uitsluiting, **binnen de grenzen van de wet, kan milderer, kan zij ook, mits zij de wettelijke voorwaarden eerbiedigt, die sanctie vervangen door een verwittiging of aan die sanctie een uitstel verbinden.** Het arbeidshof schendt derhalve de in het middel vermelde wettelijke bepalingen en het aldaar vermelde algemeen rechtsbeginsel door te beslissen dat het arbeidsgerecht niet bevoegd is om de door de directeur opgelegde administratieve sanctie te vervangen door een verwittiging".<sup>2965</sup>

De controlerende rechter inzake administratieve geldboeten met strafrechtelijk karakter moet over dezelfde bevoegdheid kunnen beschikken als de administratieve overheid die ze oplegt.

In zijn conclusie bij het arrest van 21 januari 2005 stelt advocaat-generaal THijs dat inzake administratieve sancties "de volle rechtsmacht" inhoudt dat de rechter minstens de feiten, de correcte toepassing van het recht en de evenredigheid tussen overtreding en sanctie moet kunnen controleren en in voorkomend geval alle feitelijke en juridische onderdelen van de beslissing ongedaan moet kunnen maken. De rechterlijke controle is ter zake is volgens de advocaat-generaal een volledige rechtmatigheidscontrole die minstens moet slaan op de feiten (bv. de werkelijkheid van de overtreding), de overeenstemming met de wettelijke bepalingen en algemene rechtsbeginselen en de evenredigheid tussen de overtreding en de sanctie. De rechter moet kunnen nagaan of de straf niet onevenredig is met de inbreuk en in voorkomend geval de opgelegde administratieve sancties verminderen. Voorgaande rechtspraak moet volgens de advocaat-generaal dan ook zo worden gelezen dat de beslissing wel op zorgvuldigheid (inclusief evenredigheid) kan worden getoetst, maar niet op loutere opportuniteit en billijkheid (bv. verzachtende omstandigheden). De evenredigheid wordt door het Hof van Cassatie dan ook als een onderdeel van de rechtmatigheidscontrole gezien.

In het arrest zelf benadrukt het Hof van Cassatie dat het aan de rechter staat, aan wie gevraagd wordt de sanctie opgelegd op grond van art. 70, §1 B.T.W.-Wetboek te toetsen, te onderzoeken of het bestuur naar redelijkheid kon overgaan tot het opleggen van een administratieve geldboete (met repressief karakter) van zodanige omvang daarbij in acht nemend **in welke mate het bestuur zelf gebonden was in verband met de sanctie.** Dit toetsingsrecht houdt volgens het Hof van Cassatie echter niet in dat hij op grond van een **subjectieve appreciatie** van verzachtende omstandigheden eigen aan de persoon van de belastingschuldige om loutere redenen van opportuniteit en tegen wettelijke regels in, boeten kan kwijtschelden of verminderen.<sup>2966</sup>

Concluderend stelt het Hof van Cassatie dus dat de rechter over dezelfde beoordelingsbevoegdheid moet beschikken als het bestuur, waarbij hij evenwel niet zover kan gaan dat hij toetst aan de opportuniteit en billijkheid (en dus geen verzachtende omstandigheden in acht kan nemen).

---

<sup>2965</sup> Cass. 10 mei 2004, AR S.02.0076.F.

<sup>2966</sup> Cass. 21 januari 2005, AR C.02.0572.N.



Deze rechtspraak – dat de rechter in het kader van zijn controle al wat onder de beoordeling van het bestuur valt moet kunnen controleren – wordt later nog verschillende malen bevestigd, met<sup>2967</sup> of zonder verwijzing naar de subjectieve appreciatie van de rechter.<sup>2968</sup> Het Hof van Cassatie blijft ook beklemtonen dat verzachtende omstandigheden niet in acht kunnen worden genomen.<sup>2969</sup>

**922.** Het Grondwettelijk Hof op zijn beurt gaat uit van een iets minder restrictieve benadering in vergelijking met het Hof van Cassatie. Het eerste arrest waarin het Hof verwijst naar het begrip van de “volle rechtsmacht” is het arrest van 18 november 1992 inzake administratieve geldboeten (nr. 72/92), waarin:

“Het Hof [...] dienaangaande vast[stelt] dat de wet een beroep in rechte organiseert dat a posteriori de nadelen van de administratieve procedure opvangt. Immers, wanneer een werkgever een verzoek bij de arbeidsrechtbank aanhangig maakt, volgt deze een procedure die de uitoefening van de **rechten** van de **verdediging waarborgt**. Zij oefent op de beslissing van de ambtenaar **een toetsing met volle rechtsmacht uit: niets van wat onder de beoordelingsbevoegdheid van de ambtenaar valt, ligt buiten de controle van de rechtbank**”.<sup>2970</sup>

<sup>2967</sup> zie ook Cass. 16 februari 2007, AR F.05.0015.N: “[...] dit toetsingsrecht moet in het bijzonder aan de rechter toelaten na te gaan of de straf niet onevenredig is met de inbreuk, zodat de rechter mag onderzoeken of het bestuur naar redelijkheid kon overgaan tot het opleggen van een administratieve geldboete van zodanige omvang; de rechter mag hierbij in het bijzonder acht slaan op de zwaarte van de inbreuk, de hoogte van reeds opgelegde sancties en de wijze waarop in gelijkaardige zaken werd geoordeeld, maar moet hierbij in acht nemen in welke mate het bestuur zelf gebonden was in verband met de sanctie; dit toetsingsrecht houdt niet in dat de rechter op grond van een subjectieve appreciatie van wat hij redelijk acht, om loutere redenen van opportuniteit en tegen wettelijke regels in, boeten kan kwijtschelden of verminderen”. Zie ook Cass. 11 maart 2010, AR C.09.0096.N: “Het toetsingsrecht van de rechter aan wie gevraagd wordt een B.T.W.-boete te toetsen die een repressief karakter heeft, houdt niet in dat de rechter op grond van een subjectieve appreciatie van wat hij redelijk acht, om loutere redenen van opportuniteit en tegen wettelijke regels in, boeten kan kwijtschelden of verminderen; Cass. 8 april 2011, AR F.10.0033.N: Dit toetsingsrecht moet in het bijzonder de rechter toelaten na te gaan of de straf niet onevenredig is met de inbreuk, zodat de rechter mag onderzoeken of het bestuur naar redelijkheid kon overgaan tot het opleggen van een administratieve geldboete van zodanige omvang. De rechter mag hierbij in het bijzonder acht slaan op de zwaarte van de inbreuk, de hoogte van de reeds opgelegde sancties en de wijze waarop in gelijkaardige zaken werd geoordeeld, maar moet hierbij in acht nemen in welke mate het bestuur zelf gebonden was in verband met de sanctie. Dit toetsingsrecht houdt niet in dat de rechter op grond van een subjectieve appreciatie van wat hij redelijk acht, om loutere redenen van opportuniteit en tegen wettelijke regels in, boeten kan kwijtschelden of verminderen”; zie meer recentelijk ook Cass. 17 mei 2013, AR F.11.0155.N; Cass. 12 december 2014, AR F.13.0133.N;

<sup>2968</sup> Cass. 16 februari 2007, AR C.04.0390.N: “De rechter aan wie gevraagd wordt de sanctie opgelegd op grond van artikel 70 van het B.T.W.-Wetboek te toetsen, [...]. [...] dit toetsingsrecht moet in het bijzonder toelaten na te gaan of de straf niet onevenredig is met de inbreuk, zodat hij mag onderzoeken of het bestuur naar redelijkheid kon overgaan tot het opleggen van een administratieve geldboete van zodanige omvang; de rechter mag hierbij inzonderheid acht slaan op de zwaarte van de inbreuk, de hoogte van reeds opgelegde sancties en de wijze waarop in gelijkaardige zaken werd geoordeeld, maar moet hierbij in acht nemen in welke mate het bestuur zelf gebonden was in verband met de sanctie; hieruit volgt dat de rechter, die in feite en in rechte alle pertinente omstandigheden moet kunnen beoordelen, en al wat onder de beoordeling van het bestuur valt moet kunnen controleren, hieruit niet de bevoegdheid put om een sanctie louter op grond van opportuniteit en tegen wettelijke regels in te verminderen of kwijt te schelden”.

<sup>2969</sup> Cass. 16 februari 2007, AR F.05.0015.N: “[...] dit toetsingsrecht houdt niet in dat de rechter op grond van een subjectieve appreciatie van verzachtende omstandigheden eigen aan de persoon van de belastingschuldige of om loutere redenen van opportuniteit en tegen wettelijke regels in, boeten kan kwijtschelden of verminderen [...]”. Eerder impliciet ook in Cass. 11 maart 2011, AR F.10.0020.N: “De appelrechters oordelen, zonder op dit punt te worden bekritiseerd, dat de opgelegde boete een strafsancie is in de zin van artikel 6 EVRM. Zij oordelen verder dat: [...] dit toetsingsrecht nochtans niet inhoudt dat de rechter op grond van een subjectieve appreciatie van verzachtende omstandigheden eigen aan de persoon van de belastingschuldige of om loutere redenen van opportuniteit en tegen wettelijke regels in, boeten kan kwijtschelden of verminderen. De appelrechters hebben op grond van die gegevens wettig kunnen oordelen dat de opgelegde administratieve geldboete onevenredig is met de gepleegde inbreuk en dat de boete moest worden kwijtschelden”.

<sup>2970</sup> GwH 18 november 1992, nr. 77/92, overw. B.4.4. Zie ook GwH 24 februari 1999, nr. 22/99: overw. B.15: “Het Hof merkt evenwel op dat de tekst van de aan zijn toetsing onderworpen bepalingen zich niet ertegen verzet dat de rechter bij wie een verzet tegen dwangbevel aanhangig is, een bevoegdheid van volle rechtsmacht uitoefent die hem ertoe in staat stelt te controleren al wat onder de beoordeling van de administratie valt inzake fiscale boete”.

Dit zijn dezelfde bewoordingen die het Hof van Cassatie van het Grondwettelijk Hof overnam in het arrest van 10 mei 2004.

In het arrest van 12 juni 2002 gaat het Grondwettelijk Hof op een meer precieze wijze in op de draagwijdte van de volle rechtsmacht.<sup>2971</sup> Het Hof geeft daarbij een **ruime draagwijdte** aan het begrip van de volle rechtsmacht en stelt dat de rechter zelfs de boete kan "moduleren, opheffen of verminderen":

"In tegenstelling tot de persoon die wordt gedagvaard om voor de correctionele rechtbank te verschijnen, kan de persoon die voor de rechtbank van eerste aanleg opkomt tegen de beslissing waarbij hem een fiscale geldboete wordt opgelegd, evenwel sommige wettelijke modaliteiten van individualisering van de straf, die enkel door een strafgerecht kunnen worden bevolen, niet genieten".<sup>2972</sup>

"De wetgever kan, zonder het gelijkheidsbeginsel te miskennen, oordelen dat de straftoematingsregeling van artikel 65 van het Strafwetboek niet toepasselijk is op de fiscale geldboeten waarin artikel 70, § 2, van het B.T.W.-Wetboek voorziet".<sup>2973</sup>

"Het staat aan de wetgever te oordelen of het aangewezen is de administratie en de rechter te dwingen tot gestrengheid wanneer die overtredingen inzonderheid het algemeen belang schaden. Maar indien hij van oordeel is dat de administratie de mogelijkheid moet hebben om de omvang van de sanctie te **moduleren**, dan mag **niets** van wat onder de beoordeling van de administratie valt aan de **controle** van de **rechter** kunnen **ontsnappen**".<sup>2974</sup>

"Hieruit volgt dat artikel 70, § 2, van het B.T.W.-Wetboek niet onbestaanbaar is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet voor zover het in die zin wordt geïnterpreteerd dat het de rechter bij wie een verzet tegen een dwangbevel aanhangig is, toestaat op de beslissing een fiscale geldboete op te leggen, een controle met **volle rechtsmacht** uit te oefenen. Aldus kan de rechter nagaan of de beslissing van de administratie **in rechte en in feite verantwoord is** en of de **wettelijke bepalingen en algemene beginselen die de administratie in acht moet nemen, waaronder het evenredigheidsbeginsel, zijn geëerbiedigd**. In voorkomend geval zal hij de boete **kunnen moduleren, te dezen opheffen of verminderen binnen** de in de artikelen 70, § 2, en 84, derde lid, van het B.T.W.-Wetboek aan de administratie **gestelde grenzen**".<sup>2975</sup>

Het Hof spreekt bij deze fiscale administratieve geldboeten met repressief karakter, van een toetsing in feite en in rechte, waarbij de legaliteitstoets ook een proportionaliteitstest omvat en waarna een **hervorming** mogelijk is. In een arrest van 11 maart 2009 benadrukt het Grondwettelijk Hof dat het bij de toetsing aan de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, rekening moet houden met de waarborgen die vervat liggen in artikel 6 EVRM, met name de waarborg dat een onafhankelijke en onpartijdige rechter een controle met volle rechtsmacht kan uitoefenen op de door de bevoegde administratieve overheid opgelegde geldboete.<sup>2976</sup>

<sup>2971</sup> GwH, 12 juni 2002, nr. 96/2002.

<sup>2972</sup> GwH, 12 juni 2002, nr. 96/2002, overw. B.3.2.

<sup>2973</sup> GwH, 12 juni 2002, nr. 96/2002, overw. B.3.4.

<sup>2974</sup> GwH, 12 juni 2002, nr. 96/2002, overw. B.4.2.

<sup>2975</sup> GwH, 12 juni 2002, nr. 96/2002, overw. B.4.3.

<sup>2976</sup> GwH 11 maart 2009, nr. 42/2009, overw. B.3.2. Zie ook volgende overwegingen: "B.5. Wanneer de wetgever oordeelt dat sommige inbreuken op wettelijke bepalingen moeten worden bestraft, behoort het tot zijn beoordelingsbevoegdheid te beslissen of het opportuun is om voor strafsancities *sensu stricto* of voor administratieve sancities te opteren. De keuze van de ene of de andere categorie van sancities kan op zich niet worden geacht discriminerend te zijn. Van discriminatie zou slechts sprake zijn indien het verschil in behandeling dat uit die keuze

Het Grondwettelijk Hof plaatst bijgevolg een feitentoets, en een wettigheidstoets met daaronder ook een evenredigheidstoets onder de noemer van de volle rechtsmacht. Volgens THEUNIS is het Hof van oordeel, dat de arbeidsrechtbank een "volledige toetsing" moet kunnen uitoefenen op de administratieve geldboeten, hetgeen wil zeggen dat hij moet kunnen nagaan (1) of de feiten die aan de geldboete ten grondslag liggen, bewezen zijn, (2) dat hij de wettigheid van de geldboeten moet kunnen toetsen én (3) dat niets van wat onder de controle van de administratie valt aan zijn controle mag kunnen ontsnappen.<sup>2977</sup>

In een arrest van 8 maart 2012 herhaalt het Grondwettelijk Hof deze redenering en stelt dat:

"Het recht op een rechterlijke toetsing met volle rechtsmacht [in]houdt dat de rechter kan nagaan of de beslissing van de inningsinstelling **in rechte en in feite** verantwoord is en of de wettelijke bepalingen en algemene beginselen die zij in acht moet nemen, waaronder het **evenredigheidsbeginsel**, zijn geëerbiedigd. **Dat recht houdt minstens in dat hetgeen tot de beoordelingsbevoegdheid van het bestuur behoort, ook onder de controle van de rechter valt.** Bij zijn controle mag de rechter zich evenwel **niet** begeven op het terrein van de **opportuniteit**, vermits dat onverenigbaar zou zijn met de beginselen die de verhoudingen regelen tussen het bestuur en de rechtscolleges".<sup>2978</sup>

Een toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel wordt door het Grondwettelijk Hof duidelijk onder de wettigheidstoets geplaatst, aangezien de rechter zich niet mag begeven op het terrein van de opportuniteit en een toetsing van de evenredigheid volgens het Hof dus geen opportuniteitsoordeel inhoudt.

**923.** Tot slot moet nog vermeld worden dat de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof inzake individualisering (verzachtende omstandigheden, maar bv. ook inzake uitstel<sup>2979</sup>) milder is dan het Hof van Cassatie. Wanneer de dader van eenzelfde feit hetzij naar de correctionele rechtbank kan worden verwezen, hetzij een administratieve sanctie kan krijgen waartegen beroep kan worden ingesteld voor een niet-strafrechtelijk rechtscollege, oordeelt het Hof dat

---

voortvloeit, een onevenredige beperking van de rechten van de daarbij betrokken personen met zich zou meebrengen. B.6. De vaststelling van de ernst van een tekortkoming en de zwaarwichtigheid waarmee die tekortkoming kan worden bestraft, behoren ook tot de beoordelingsbevoegdheid van de wetgever. Hij mag bijzonder zware straffen opleggen in aangelegenheden waar de aard van de inbreuken de grondrechten van de burgers en de belangen van de gemeenschap ernstig kunnen aantasten. Het staat derhalve aan de wetgever om de perken en de bedragen vast te stellen waarbinnen de beoordelingsbevoegdheid van de administratie, en bijgevolg die van de rechtbank, moet worden uitgeoefend. Het Hof zou een dergelijk systeem alleen kunnen afkeuren indien het kennelijk onredelijk is (arrest nr. 93/2008 van 26 juni 2008, B.15.3), met name doordat het op onevenredige wijze afbreuk zou doen aan het algemene beginsel volgens hetwelk inzake sancties niets wat onder de beoordelingsbevoegdheid van de administratie valt, ontsnapt aan de toetsing van de rechter (arrest nr. 138/2006 van 14 september 2006, B.7.2), of aan het recht op het ongestoorde genot van de eigendom, wanneer de wet in een vast bedrag voorziet en dus niet de mogelijkheid biedt van een spreiding tussen die straf als maximumstraf en een minimumstraf (arrest nr. 81/2007 van 7 juni 2007, B.9.4)". Zie ook het arrest GwH 30 maart 2011, nr. 44/2011, overw. B.7.

<sup>2977</sup> J. Theunis, "De rechter geklemd tussen het beginsel van scheiding der machten en het vereiste van volle rechtsmacht?" in I. Cooreman (ed.), De wettigheidstoets van art. 159 van de Grondwet, Brugge, die Keure, 2010, (153) 179; Het is ondertussen vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof geworden dat niets van wat onder de beoordeling van de administratie valt aan de controle van de rechter kan ontsnappen, zie S. BOULLART, "De omvang van de beoordelingsbevoegdheid van de rechter met volle rechtsmacht" (noot onder Brussel 25 mei 2005), *RABG* 2007, afl. 5, (311) 318, voetnoot 60 en verwijzingen aldaar.

<sup>2978</sup> GwH 8 maart 2012, nr. 37/2012, overw. B.4.2.

<sup>2979</sup> Niet met betrekking tot de opschorting (GwH 16 juni 2004, nr. 105/2004, overw. B.6.3).

in principe een **paralellisme** moet bestaan tussen de maatregelen tot individualisering van de straf.<sup>2980</sup> Wanneer dus eenzelfde inbreuk zowel tot een klassieke straf als tot een administratieve geldboete kan leiden, dan vereist het gelijkheidsbeginsel volgens de rechtspraak van het Hof bv. dat in beide gevallen verzachtende omstandigheden aangenomen kunnen worden.<sup>2981</sup> Dit houdt in dat de rechter ook onder de wettelijk ingeschreven minimumboete mag gaan.<sup>2982</sup> Het betreft hier dus een hervormingsbevoegdheid, die zelfs in bepaalde mate gepaard gaat met een opportuniteitstoezicht.<sup>2983</sup> Die gelijkstelling met het klassieke strafrecht lijkt evenwel voornamelijk te gelden in het geval van sterk strafrechtelijk gekleurde administratieve sancties.

Wanneer voor dezelfde inbreuk **niet tegelijkertijd** een klassieke straf en een administratieve geldboete kan worden opgelegd, dan komt THEUNIS tot het besluit dat uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof blijkt "dat hoe meer een administratieve sanctie bij het klassieke strafrecht aanleunt, hoe verder de rechterlijke controle behoort door te dringen". Indien de administratieve boete strafrechtelijk gekleurd is, dan moet de rechter over dezelfde beoordelingsbevoegdheid beschikkend als de administratieve overheid, hetgeen een hervormingsbevoegdheid kan inhouden. Wanneer de administratieve boete minder strafrechtelijk gekleurd is, dan kan een klassieke vernietiging volstaan.<sup>2984</sup>

**924.** In 2007 diende het Grondwettelijk Hof uitspraak te doen over de beroepsmogelijkheden tegen de beslissingen van de Vlaamse Regulator voor de Media. Met het arrest 14/2007 beklemtoont het Hof dat een beroep tot vernietiging bij de Raad van State een volwaardige jurisdictionele toetsing uitmaakt, waarbij zowel aan de wet als aan de algemene rechtsbeginselen wordt

<sup>2980</sup> GwH 22 oktober 2015, nr. 147/2015, overw. B.13.

<sup>2981</sup> GwH 14 juli 1997, nr. 40/97, overw. B.5.2, B.5.3. en B.8; GwH 7 december 1999, nr. 128/99/, overw. B.7. B.8; GwH 16 juni 2004, nr. 105/2004, overw. B.3.1, B.5.1. en B. 5.2: "Wanneer eenzelfde tekortkoming in wettelijke verplichtingen het voorwerp uitmaakt, nu eens van strafsancities, dan weer van administratieve sancties, dan is het verschil in behandeling dat daaruit zou kunnen voortvloeien slechts toelaatbaar indien het in redelijkheid is verantwoord. [...]. Terwijl de wet van 30 juni 1971 de bedoeling heeft de feiten te betugelen waarop strafsancities staan, voert zij een stelsel in dat categorieën van personen verschillend behandelt. In tegenstelling tot de persoon die gedagvaard wordt om voor de correctionele rechtbank te verschijnen, kan de persoon die voor de arbeidsrechtbank een beroep instelt tegen de beslissing waarbij hem een administratieve geldboete wordt opgelegd voor eenzelfde misdrijf, sommige wettelijke modaliteiten van individualisering van de straf niet genieten". Zie ook GwH 20 juni 2007, nr. 86/2007, overw. B.7.5; GwH 6 november 2008, nr. 157/2008, B.4.1. en B.4.2; GwH 30 oktober 2012, nr. 134/2012, overw. B.8; GwH 16 januari 2014, nr. 5/2014. Zie echter ook GwH 10 oktober 2013, nr. 135/2013 en GwH 16 december 2010, nr. 148/2010: "Hieruit vloeit voort dat het verschil in behandeling, wat het voordeel van een maatregel van uitstel betreft, tussen de sociale-uitkeringsgerechtigde die strafrechtelijk wordt vervolgd en diegene die voor de arbeidsrechtbank beroep instelt tegen een schorsing van het recht op het leefloon, niet redelijk is verantwoord. Die discriminatie vloeit evenwel niet voort uit een van de in het geding zijnde bepalingen, maar uit de ontstentenis van een wetsbepaling die het de sociale-uitkeringsgerechtigden [...], mogelijk maakt een maatregel van uitstel te genieten. Wanneer de wet van 29 juni 1964 niet van toepassing is, komt het enkel aan de wetgever toe ter zake te bepalen onder welke voorwaarden een uitstel kan worden verleend en de voorwaarden en de rechtspleging vast te stellen volgens welke dat uitstel kan worden ingetrokken. De prejudiciële vraag dient ontkennend te worden beantwoord".

<sup>2982</sup> GwH 7 december 1999, nr. 128/99, B.8. en B.9: "De persoon die door de arbeidsauditeur voor de correctionele rechtbank wordt vervolgd wegens schending van artikel 30ter, § 4 of § 5, van de wet van 27 juni 1969 kan, indien verzachtende omstandigheden voorhanden zijn, een straf worden opgelegd die lichter is dan het wettelijke minimum".

<sup>2983</sup> J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid: onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat* in *Administratieve Rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 2011, 518.

<sup>2984</sup> J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid: onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat* in *Administratieve Rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 2011, 518.

getoetst. De Raad van State gaat daarbij na of de aan zijn toezicht voorgelegde overheidsbeslissing de vereiste feitelijke grondslag heeft, of die beslissing uitgaat van de correcte juridische kwalificaties en of de maatregel niet kennelijk onevenredig is. Wanneer de Raad een beslissing vernietigt, moet de overheid zich schikken naar het arrest van de Raad van State: indien de overheid een nieuwe beslissing neemt, mag zij de motieven van het arrest dat de eerste beslissing heeft vernietigd, niet negeren.<sup>2985</sup> Het Hof concludeert dat de rechtzoekenden derhalve beschikken over een daadwerkelijk beroep voor een onafhankelijk en onpartijdig rechtscollege tegen de administratieve sanctie die hun door de algemene kamer van de Vlaamse Regulator voor de Media werd opgelegd. In dit arrest maakt het Grondwettelijk Hof geen melding van de reeds vermelde rechtspraak van het Hof die stelt dat "niets van wat onder de beoordelingsbevoegdheid van de ambtenaar of administratieve overheid valt, buiten de controle van de rechtbank ligt".<sup>2986</sup> Dit lijkt – in het licht van bovenstaande rechtspraak – te impliceren dat de boete die de Vlaamse Regulator voor de Media heeft opgelegd geen (of slechts een beperkt) strafrechtelijk karakter heeft, waardoor een vernietigingstoezicht (uitgeoefend door de Raad van State) voldoende is. Nochtans vermeldt het Hof uitdrukkelijk dat de geldboeten, uitdrukkelijk opgevat als administratieve geldboeten, tot doel hebben de inbreuken begaan door omroepen, kabelnetwerken of televisie- of radio-omroepnetwerken zonder onderscheid, te **bestrafen**. Het Hof vervolgt dat "de boeten, die kunnen oplopen tot 125 000 euro, [...] een **preventief en een repressief karakter** hebben en zijn **strafrechtelijk** in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, zodat de rechtzoekenden aan wie ze worden opgelegd aanspraak moeten kunnen maken op de waarborgen vervat in deze verdragsbepaling". Het Grondwettelijk Hof wijkt hiermee af van bovenvermelde rechtspraak van het Hof die stelt dat "niets van wat onder de beoordelingsbevoegdheid van de administratieve overheid valt, buiten de controle van de rechtbank ligt".<sup>2987</sup> Dit arrest toont evenwel nogmaals aan dat de volle rechtsmacht in essentie betrekking heeft op de volledige beoordeling van de feiten en het recht, waarbij een klassiek vernietigingstoezicht kan volstaan.

Wat de administratieve geldboetes opgelegd door de energieregulators betreft, moet worden vastgesteld dat er geen strafrechtelijke equivalente sanctie aanwezig is. Dit houdt in dat de rechter geen verzachtende omstandigheden in acht kan nemen en dus niet onder het minimumbedrag kan gaan. De administratieve geldboetes opgelegd door de regulators maken bovendien geen strafsancities uit in de zin van artikel 1 van het Strafwetboek (er is immers geen

---

<sup>2985</sup> GwH 17 januari 2007, nr. 14/2007, overw. B.5.3.

<sup>2986</sup> I. VERHEVEN, "Naar een nieuwe invulling van het begrip "volle rechtsmacht"? Het contentieux van de economische regulators" in P. CABOOR, J. DEBIEVRE, G. LAENEN, K. MUYLLE, I. VERHEVEN en A. WIRTGEN (eds.), *Rechtsbescherming*, Brugge, die Keure, 2008, (3) 15.

<sup>2987</sup> I. VERHEVEN, "Naar een nieuwe invulling van het begrip "volle rechtsmacht"? Het contentieux van de economische regulators" in P. CABOOR, J. DEBIEVRE, G. LAENEN, K. MUYLLE, I. VERHEVEN en A. WIRTGEN (eds.), *Rechtsbescherming*, Brugge, die Keure, 2008, (3) 15.

sprake van een overtreding, wanbedrijf of misdad). De administratieve geldboete opgelegd door de energieregulators kan eventueel wel gekwalificeerd worden als een sanctie met een repressief karakter.

Een sanctie wordt volgens de rechtspraak van het EHRM als een strafsanctie gekwalificeerd indien zij volgens de internrechtelijke kwalificatie een strafrechtelijk karakter heeft of indien uit de aard van de inbreuk, namelijk **de algemene draagwijdte** ervan en het **preventieve** en het **repressieve karakter** van de sanctie, blijkt dat het om een strafsanctie gaat, of nog, indien uit de aard en de ernst van de sanctie die de betrokkene ondergaat, blijkt dat zij een **bestraffend** en daardoor **ontradend karakter** heeft.<sup>2988</sup> Ook het Hof van Cassatie heeft de krijtlijnen afgetekend tussen een administratieve geldboete en een administratieve geldboete als straf (*supra* nr. 402).<sup>2989</sup> De administratieve geldboetes opgelegd door de energieregulators<sup>2990</sup> hebben, in lijn met het arrest nr. 14/2007, m.i. een strafrechtelijk karakter.<sup>2991</sup> Dit wil zeggen dat hetgeen tot de beoordelingsbevoegdheid van het bestuur behoort, ook onder de controle van de rechter valt. De rechter (bij de CREG het Hof van beroep te Brussel) kan dus de boete hervormen, binnen de marges die ook voor de regulator gelden. De rechter kan bijgevolg kiezen om geen boete op te leggen of om de boete te verlagen of verhogen binnen de wettelijk gestelde marges.

Zijn de sancties minder of niet strafrechtelijk of hebben zij betrekking op ook bij gebonden bevoegdheden, dan volstaat de vernietiging, zoals bv. boetes opgelegd in het kader van de groenestroomcertificaten.<sup>2992</sup>

---

<sup>2988</sup> De criteria worden ook wel de Engel-criteria genoemd: EHRM, 23 november 2006, *Jussila t. Finland*, overw. 30 en volgende; EHRM 25 november 2008, *Oral t. Turkije (nr. 2)*, overw. 23: "En l'espèce, à la lumière des « critères Engel », réaffirmés en dernier lieu par la Grande Chambre en matière fiscale dans l'affaire *Jussila c. Finlande* ([GC], no 73053/01, §§ 32-36, CEDH 2006-...), la Cour observe en premier lieu que les amendes fiscales infligées à l'intéressé ne ressortissaient pas au droit pénal mais relevaient de la législation fiscale. Toutefois, pareille considération n'est pas décisive (ibidem, § 37). En effet, la Cour rappelle avoir déjà déclaré que le deuxième critère, qui touche à la nature de l'infraction, représente un élément d'appréciation d'une plus grande importance (ibidem, § 38). Or, au vu des pièces du dossier et des informations fournies par les parties, la Cour observe que par leur nature les amendes litigieuses étaient fondées sur des dispositions juridiques générales applicables à l'ensemble des contribuables. Elles tendaient en outre à punir tout comportement constitutif d'une soustraction d'impôt et poursuivaient en conséquence un but répressif"; EHRM 16 september 2009, *Ruotsalainen t. Finland*, overw. 22 en 43; EHRM 17 februari 2014, *Kasparov and Others t. Russia*, overw. 38 en volgende: "[...] The Court therefore concludes that the offence was of a general character. [...] More importantly, the fines payable in the present case were not intended as pecuniary compensation for damage but were punitive and deterrent in nature, which is also a characteristic of criminal penalties".

<sup>2989</sup> Zie ook Cass. 25 mei 1999, AR P.99.0517.N.; Cass. 26 juni 2000, AR F.99.0142.F.

<sup>2990</sup> Zie o.a. artikel 31 van de Elektriciteitswet (art. 20/2 van de gaswet), artikel 13.3.1. van het Energiedecreet; artikel 53, § 1 van het Waals Elektriciteitsdecreet en artikel 32 van de Elektriciteitsordonnantie.

<sup>2991</sup> De boetes lijken immers niet alleen maar een vergoeding van schade te betreffen, maar strekken er in essentie toe te straffen om herhaling van gelijkaardige handelingen te voorkomen; ze stelen op een norm met een algemeen karakter, waarvan het oogmerk tezelfdertijd preventief en repressief is; en kunnen zeer zwaar zijn, gelet op het bedrag ervan (in casu 3 tot 10 % van de omzet).

<sup>2992</sup> GwH 28 september 2005, nr. 150/2005. In het arrest 150/2005 stelde het Grondwettelijk Hof dat er tegen de beslissingen van de VREG geen specifiek juridictioneel beroep bestaat, maar dat de beroepsmogelijkheden van gemeen recht van toepassing zijn. Volgens het Grondwettelijk Hof beschikte de VREG bij het opleggen van administratieve geldboeten inzake de niet-naleving van de groenestroomcertificaatverplichtingen over geen enkele appreciatiebevoegdheid, waardoor "de rechterlijke controle op een dergelijke beslissing noodzakelijkerwijs beperkt [is] tot het nagaan of aan de wettelijke voorwaarden voor het opleggen ervan, met inbegrip van de afwezigheid van overmacht, al dan niet is voldaan, zonder die boeten op enigerlei wijze te kunnen moduleren".<sup>2992</sup> Volgens het Grondwettelijk Hof kan dergelijk rechterlijk toezicht dan ook niet onbestaanbaar worden geacht met artikel 6 van het EVRM. Het feit dat er geen mogelijkheid is tot een evenredigheidstoets, vloeit bijgevolg voort uit het feit dat ook de administratie de evenredigheid niet kan beoordelen ("dat niets van wat onder de controle van de administratie valt aan de rechter zijn controle mag kunnen ontsnappen").<sup>2992</sup>

### 2.3.3. *Bij economische regulatoren: volle rechtsmacht bij de Raad van State?*

**925.** Aanvankelijk was de Raad van State bevoegd voor het beoordelen van geschillen t.a.v. de energieregulatoren. Zoals reeds vermeld, stelde de Raad van State o.a. in het arrest nr. 224.180 dat de Raad ook wat het vernietigingscontentieux betreft, vol kan toetsen.<sup>2993</sup> Ook het Grondwettelijk Hof bevestigde deze volwaardige toetsing.<sup>2994</sup> Het Grondwettelijk Hof bevestigde, in het reeds uitvoerig besproken arrest nr. 130/2010, ook uitdrukkelijk de volle rechtsmacht van het Hof van beroep te Brussel en van de Raad van State:

“Aan het Hof van Beroep wordt de grond van de zaak voorgelegd en dat Hof doet uitspraak met **volle rechtsmacht**. Tot de inwerkingtreding van die wet [cf. 27 juli 2005] waren **die beroepen** de beroepen waarin de gecoördineerde wetten op de Raad van State voorzien, waarbij die laatste de onwettigheden of de klaarblijkelijke beoordelingsvergissingen van de beslissingen van de CREG kon afkeuren”.<sup>2995</sup>

In het kader van het toezicht door de Raad van State op het opleggen van een administratieve geldboete bevestigde het Grondwettelijk Hof recent nogmaals de volle rechtsmacht van de Raad (o.a. in het recente arrest nr. 25/2016).<sup>2996</sup> De Raad kan de boete wel niet hervormen. Ook het Hof van Cassatie stelde in het arrest van 15 oktober 2009 uitdrukkelijk dat het vernietigingsberoep bij de Raad van State voldoet aan de eisen van artikel 6 EVRM.<sup>2997</sup>

<sup>2993</sup> Men maakt beter geen gebruik van de term volle rechtsmacht, gelet op art. 16 Rvs-wet (ook gelet op het feit dat de mogelijkheid tot hervorming is ingevoerd door art. 5, 2° Wet 20 januari 2014 (BS 3 februari 2014); RvS 28 juni 2013, nr. 224.180, overw. 21: “Wanneer de Raad van State uitspraak doet in het kader van een beroep tot nietigverklaring, zoals in casu, oefent hij het volgend wettigheidstoezicht uit: hij kan uitspraak doen over de feitelijke zowel als de juridische geschilpunten, hij kan de juistheid, de pertinentie en de toelaatbaarheid van de motieven waarop de bestreden beslissing steunt nagaan en hij kan, specifiek in verband met de administratieve sancties, beoordelen of er een evenredigheidsverband bestaat tussen de gesanctioneerde gedraging en de opgelegde administratieve sanctie. Weliswaar kan de Raad van State zijn beslissing niet in de plaats stellen van die van het bestuur dat de administratieve geldboete heeft opgelegd”.

<sup>2994</sup> Zie het bovenvermelde arrest GwH 17 januari 2007, nr. 14/2007.

<sup>2995</sup> GwH 18 november 2010, nr. 130/2010, overweging B.1.3.

<sup>2996</sup> Gwh 18 februari 2016, nr. 25/2016, overw. B.40.1, B.40.2. en B.40.3: “Hoewel de Raad van State zijn beslissing niet in de plaats kan stellen van de beslissing van het Milieucollege en hij de alternatieve administratieve geldboete die door dat laatste is uitgesproken of bevestigd dus niet kan wijzigen, controleert hij daarentegen of zij adequaat en evenredig is. Dienaangaande kan hij rekening houden met eventuele verzachtende omstandigheden om te oordelen dat de beslissing niet correct gemotiveerd is. Evenzo gaat hij na of de beslissing op relevante bewijselementen berust. Indien hij van mening is dat de uitgesproken administratieve sanctie nietig dient te worden verklaard, verwijst hij de zaak naar het Milieucollege, dat gebonden is door de motivering van het vernietigingsarrest. [...]. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat de Raad van State bij de uitoefening van zijn wettigheidstoezicht niet enkel onderzoekt of er sprake is van kennelijke beoordelingsfouten. Hij dient daarentegen daadwerkelijk een grondig toezicht te verrichten, in rechte en in feite, van de bestreden beslissing en van de evenredigheid ervan. De loutere omstandigheid dat hij niet over een wijzigingsbevoegdheid beschikt, volstaat in die omstandigheden niet om te besluiten dat de controle die hij uitoefent, niet beantwoordt aan de vereisten van de toetsing met volle rechtsmacht in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. [...]. Voor het overige behoort het niet tot de bevoegdheid van het Hof om te onderzoeken hoe de Raad van State zijn bevoegdheid met volle rechtsmacht in concreto zou hebben uitgeoefend of waarom hij geen prejudiciële vragen heeft gesteld aan het Hof in de zaken die de verzoekende partij betreffen”.

<sup>2997</sup> Cass. 15 oktober 2009, AR C.09.0019.N: “6. Krachtens artikel 6.1 EVRM heeft eenieder bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolgning recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie welke bij de wet is ingesteld. Noch deze verdragsbepaling noch enige andere verdrags- of grondwettelijke bepaling vereisen dat een administratieve geldboete die een straf uitmaakt in de zin van die bepaling, uitsluitend door een rechter van de rechterlijke orde wordt opgelegd en beoordeeld. Behalve wanneer de sancties een vrijheidsstraf inhouden volstaat het dat de overtreder beschikt over een volwaardig juridictioneel beroep. 7. Een administratieve geldboete opgelegd aan een enkeling door een administratieve overheid in toepassing van een sanctieregeling bepaald in de wet, het decreet of de ordonnantie, kan wanneer de wetgever die bevoegdheid

Nog volgens de Raad van State zelf moet worden aangenomen dat ook het vernietigingsberoep bij de Raad voldoet aan de vereisten van artikel 6 EVRM en het begrip van de volle rechtsmacht:

"[...] dat de Raad van State daarbij een controle **in rechte** en **in feite** uitoefent, met inbegrip van de toepassing van de **algemene beginselen van behoorlijk bestuur** zoals de **zorgvuldigheidsplicht**; dat hij in het bijzonder mag beoordelen of het bestuur wel op een rechtmatige wijze tot zijn voorstelling van de feiten is mogen komen; [...] dat de Raad van State, die weliswaar **niet** zijn eigen beoordeling van de artistieke faam van verzoekster **in de plaats** mag stellen van het bestuur, zich in hetzelfde tussenarrest wel bevoegd verklaart om na te gaan "of de bestreden beslissing steunt op rechtens aanvaardbare en op werkelijke feiten berustende motieven, die door het discretionair oordelend bestuur met de nodige zorgvuldigheid werden vastgesteld" [...] dat het gegeven dat de Raad van State op grond van een aldus vastgestelde onwettigheid vervolgens de bestreden beslissing **niet hervormt**, maar ze in voorkomend geval **vernietigt** zonder er zelf een beslissing voor in de plaats te mogen stellen, **aan de eis inzake "volle rechtsmacht" in de bij artikel 6 EVRM te geven betekenis, niet tekortkomt**; dat de omvang van de rechtsmacht van de Raad van State, in het licht van wat voorafgaat, voldoet aan de vereisten die aan een rechterlijke instantie zijn gesteld bij artikel 6.1. EVRM".<sup>2998</sup>

**926.** VANDAELE stelt dat het valt te betwijfelen of de rechtsmacht van de Raad van State, in tegenstelling tot wat zijn vaste rechtspraak doet uitschijnen, wel *per se* voldoet aan de toch wel strenge vereiste van volle rechtsmacht van art. 6 EVRM. Zo stelt de auteur "zal de Raad immers enkel de bestuurshandeling vernietigen bij 'manifeste onredelijkheid', namelijk wanneer hij tot de conclusie moet komen dat geen enkele redelijk denkende overheid, in het licht van de voorhanden zijnde gegevens, tot dezelfde beslissing had kunnen komen".<sup>2999</sup> De auteur stelt de vraag of in het kader van de volle rechtsmacht niet vereist is dat ook "gewoon onredelijke" beslissingen vernietigd moeten kunnen worden?

Het criterium van de "kennelijke (of manifeste) onredelijkheid" legt de demarcatielijn vast tussen rechterlijke controle en bestuurlijke vrijheid.<sup>3000</sup> Het begrip is een beoordelingstechniek en brengt daarbij de wijze tot uitdrukking waarop de rechter de bestuurlijke beslissing beoordeelt, namelijk met de terughoudendheid die de discretionaire bevoegdheid van het bestuur vereist.<sup>3001</sup><sup>3002</sup> Het begrip marginale toetsing wil echter **niet** zeggen dat beslissingen die "een beetje onredelijk zijn" wel aanvaardbaar zijn. De Raad van State stelde hierover in het arrest nr. 220.242 van 10 juli 2012<sup>3003</sup>:

---

niet heeft toegekend aan een rechter van de rechterlijke orde, in de regel getoetst worden door de Raad van State in toepassing van zijn algemene bevoegdheid te beoordelen of een maatregel van de overheid al dan niet genomen is met machtsoverschrijding. De Raad van State kan hierbij onder meer onderzoeken, in het kader van dit objectief contentieux, of de individuele maatregel, met inachtneming van de verdragen, een wettelijke grondslag heeft en inzonderheid op haar evenredigheid kan worden getoetst door een rechter, en kan, zo de overtreder die mogelijkheid niet heeft, die individuele maatregel op grond van machtsoverschrijding vernietigen".

<sup>2998</sup> RvS 29 juni 2006, nr. 160.761, overw. 4.2.

<sup>2999</sup> A.S. VANDAELE, *De volle rechtsmacht bij de beoordeling van bestuurshandelingen*, Brugge, die Keure, 2014, 57 en 62.

<sup>3000</sup> Concl. Adv. Gen. DE SWAEF, bij Cass. 15 juni 2004, AR P040237N, *TROS* 2004, afl. 35-36, (234) 240.

<sup>3001</sup> Concl. Adv. Gen. DE SWAEF, bij Cass. 15 juni 2004, AR P040237N, *TROS* 2004, afl. 35-36, (234) 234.

<sup>3002</sup> Cass. 4 november 2008, AR P.08.0081.N.

<sup>3003</sup> Zie ook L. TODTS, "Het evenredigheidsbeginsel bij administratieve sancties en politimaatregelen: de ene evenredigheid is de andere niet?", *T.Gem.* 2015, afl. 4, (263) 263: "Hierbij moet worden opgemerkt dat het vaste rechtspraak was van de Raad van State dat de Raad slechts over een marginale toetsingsbevoegdheid beschikt voor de



"Het **redelijkheidsbeginsel** is een **algemeen beginsel van behoorlijk bestuur** dat door elk bestuur moet worden nageleefd en waarvan de schending voor de **administratieve rechter** mag worden aangevoerd en door deze laatste beoordeeld. Het beginsel refereert aan de **discretionaire bevoegdheid van een overheid**: bij gebonden bevoegdheid is slechts de éne, door de rechtsregel voorgeschreven beslissing wettig, terwijl in het geval van discretionaire bevoegdheid het bestuur beschikt over een beoordelingsvrijheid om **te kiezen tussen verschillende beslissingen**. Die vrijheid kan, in functie van de omstandigheden van het concrete geval, de ene keer ruimer zijn en de andere keer krapper bemeten zijn, maar ze heeft **hoe dan ook steeds de redelijkheid tot grens**. Een bestuur dat zijn beoordelingsvrijheid hanteert door de grenzen van de redelijkheid te buiten te gaan, schendt het redelijkheidsbeginsel. Wie echter over een beoordelingsruimte beschikt, heeft in principe de mogelijkheid om tot uiteenlopende conclusies te komen die elk in die ruimte te situeren zijn en dus niet van willekeur en onredelijkheid getuigen. Dat uiteenlopende beslissingen denkbaar zijn die nochtans elk de toets van de redelijkheid doorstaan is nu eenmaal eigen aan de uitoefening van de genoemde vrijheid, die haar onderscheidt van de gebonden bevoegdheid.

Wanneer over de rol van de rechter bij de beoordeling van het redelijkheidsbeginsel wordt geschreven dat die enkel optreedt bij een **kennelijke onredelijkheid of slechts over een marginale toetsingsbevoegdheid** beschikt, gaat het voornamelijk om een kwestie van semantiek en didactiek. Het is **een wijze om tot uiting te brengen dat de rechter niet de plaats inneemt van de overheid** die hij controleert; dat hij **zich niet een eigen oordeel mag vormen over wat volgens zijn inschatting de "meest" of "gepast" redelijke beslissing is** in een gegeven geval en waarna hij het **bestuur tot de orde** zou roepen indien **het niet exact diezelfde redelijkheid** heeft ingezien en toegepast. Het is voorts een uitdrukkingvorm om aan te geven dat de rechter bij zijn wettigheidstoezicht zich er zeer wel bewust moet van zijn, in elk concreet geval, hoe **ruim** de marge is waarover het bestuur na een behoorlijke afweging van alle betrokken belangen en gegevens ter zake beschikt en dat hij als rechter die autonomie ook moet respecteren.

Er kan slechts sprake zijn van de schending van het redelijkheidsbeginsel wanneer een beslissing, waarvan vastgesteld wordt dat ze op deugdelijke grondslagen berust, **inhoudelijk** dermate van het **normale beslissingspatroon** afwijkt dat geen ander naar kennis en kunde redelijk bekwaam en naar feitelijk optreden redelijk handelend bestuur in dezelfde omstandigheden die beslissing zou nemen. Eenmaal evenwel vastgesteld is dat een **bestuur die grens heeft overschreden**, kan het besluit enkel zijn dat zulk **bestuur onredelijk** heeft gehandeld. Met andere woorden, begrippen als "**marginale toetsing**" of "kennelijk onredelijk" mogen als **richtsnoer voor de rechter niet zo worden opgevat dat een bestuur best nog "een beetje" onredelijk mag zijn**, zonder gevaar tegen een nietigverklaring aan te lopen. Het zijn ook geen sacrale termen die de rechter voor de dag moet halen telkens hij een schending van het beginsel vaststelt".<sup>3004</sup>

De kritiek van VANDAELE is dus niet geheel terecht. De marginale toetsing is dan ook eerder een beoordelingstechniek die terughoudendheid vereist, maar die niet noodzakelijk alleen manifest onredelijke beslissingen poogt te vernietigen.

**927.** Tot slot bepaalt artikel 16 van de Raad van State-wet limitatief nog een aantal gevallen waarin de Raad met volle rechtsmacht in laatste aanleg beslist.<sup>3005</sup> Via de hervormingen uit 2014,<sup>3006</sup> werd aan artikel 16 een sectie

---

beslissingen van de overheid genomen op basis van een discretionaire bevoegdheid en bijgevolg slechts 'kennelijk' onredelijke beslissingen vernietigde. Bepaalde kamers van de Raad – zoals de XIIde kamer die uitspraak doet in de drie geannoteerde arresten – doen evenwel afstand van het begrip marginale toetsing en vernietigen wegens 'onredelijkheid' zonder meer. Het begrip marginale toetsing wekt immers de indruk dat enkel manifeste onwettigheden worden gesanctioneerd".

<sup>3004</sup> RvS 10 juli 2012, nr. 220.242, overw. 7.1.

<sup>3005</sup> Het gaat om een vrij beperkte opsomming, inzake o.a. de beroepen in hoogste aanleg in kiesrechtzaken de beroepen als bedoeld bij de artikelen 18, 21 en 22 van de organieke wet betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn; de geschillen bedoeld in artikel 151, derde lid, van de gemeentewet,...

toegevoegd die stelt dat "de afdeling [...] uitspraak [doet], bij wijze van arresten op: [...]; 8° elk ander beroep in volle rechtsmacht toegewezen aan de Raad van State". Ook een tweede lid werd toegevoegd. Art. 16, lid 2 bepaalt dat het arrest van de afdeling bestuursrechtspraak de beslissing genomen door de overheid of het administratief rechtscollege, kan hervormen. In dat geval treedt het arrest in de plaats van die beslissing. De memorie van toelichting bij de parlementaire voorbereiding stelt dat de uitwerking van een arrest in het contentieux van volle rechtsmacht tevens verduidelijkt wordt door uitdrukkelijk in een **hervormingsbevoegdheid** te voorzien.<sup>3007</sup> Met betrekking tot het contentieux van volle rechtsmacht, is het dus de Raad van State zelf die de eindbeslissing neemt.<sup>3008</sup>

Punt 8° voegt evenwel enkel een vage bepaling in die de Raad van State een soort "restbevoegdheid" toekent die er toe strekt om, bij gebrek aan andersluidende regeling, een gemeenrechtelijke procedureregeling in te voeren wat het contentieux van de volle rechtsmacht betreft.<sup>3009</sup> Het beroep bij de Raad van State is en blijft immers **residuaire**, hetgeen wil zeggen dat de Raad van State niet aan bod komt wanneer een andere jurisdictionele beroepsmogelijkheid openstaat met hetzelfde onderwerp.<sup>3010</sup> Dit houdt bijgevolg in dat de Raad van State o.a. met betrekking tot bv. de administratieve sancties opgelegd door de energieregulatoren, onbevoegd blijft aangezien het Hof van beroep te Brussel en de rechtbanken van eerste aanleg over deze bevoegdheid beschikken.

De aanvankelijke intentie van het voorontwerp was evenwel anders. Het voorontwerp van artikel 5 van de wet van 20 februari 2014 sprak immers over het invoeren van een punt 2° («2° de beroepen inzake de administratieve geldboeten, indien de beslechting ervan bij de wet niet aan een ander rechtscollege is toegewezen») én het invoeren van een punt 8° («8° op elk ander beroep in volle rechtsmacht toegewezen aan de Raad van State»). Deze bepaling zou ervoor gezorgd hebben dat administratieve geldboeten waarvoor de afdeling bestuursrechtspraak reeds bevoegd is voortaan bestreden zouden kunnen worden met een beroep in volle rechtsmacht (met uitdrukkelijke hervorming), waarnaast de afdeling eveneens een restbevoegdheid zou

---

<sup>3006</sup> Wet van 20 januari 2014 houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State, *BS* 3 februari 2014.

<sup>3007</sup> MvT bij wetsontwerp houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State, *Parl.St.* Senaat, nr. 5-2277/1, 13.

<sup>3008</sup> MvT bij wetsontwerp houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State, *Parl.St.* Senaat, nr. 5-2277/1, 31.

<sup>3009</sup> K. LEUS en A. BAEYENS, "De hervorming van de Raad van State: over administratieve geldboeten en andere administratieve sancties, volle rechtsmacht en een eventuele hervormings- en substitutiebevoegdheid voor de Raad van State" in M. VAN DAMME (ed.), *De hervorming van de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2014, (273) 277.

<sup>3010</sup> S. LUST, *Rechtsbescherming tegen de (administratieve) overheid. Een inleiding*, Brugge, die Keure, 2014, 104. Dit heeft steeds vaste rechtspraak van de Raad uitgemaakt en is ook verankerd in artikel 14, § 1 van de Raad van State-wet ("Indien het geschil niet door de wet aan een ander rechtscollege wordt toegekend, doet de afdeling uitspraak"⁵, bij wijze van arresten, [...]); B. DELVAUX, "De specifieke beroepsprocedure tegen de beslissingen van de CREG" in T. VANDEN BORRE (ed.), *De vrijmaking van de elektriciteits- en gasmarkt: de federale wetgeving in een stroomversnelling?*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (211) 215.

verkrijgen voor andere dergelijke beroepen.<sup>3011</sup> De Raad zou hiermee zijn bevoegdheid inzake administratieve geldboeten niet langer moeten beperken tot de nietigverklaring van de beslissing, maar zou zelf een nieuwe eindbeslissing kunnen nemen. Punt 2<sup>o</sup> werd echter niet aangenomen, omwille o.a. van de diverse bezwaren die de Raad van State zelf had met betrekking tot de afbakeningsproblemen bij de bepaling.<sup>3012</sup>

#### 2.3.4. *Bij economische regulatoren: het Hof van beroep te Brussel*

##### 2.3.4.1. Algemeen

**928.** In de rechtsleer is er verdeeldheid over het feit of de volle rechtsmacht van het Hof van beroep te Brussel al dan niet gepaard gaat met een **hervormingsbevoegdheid**. Volgens DELVAUX,<sup>3013</sup> VANDEN BORRE en BOULLART betekent het begrip volle rechtsmacht wel degelijk dat het Hof over de mogelijkheid zou beschikken om niet enkel een beslissing te vernietigen, maar eveneens om een beslissing van de CREG te herzien.<sup>3014</sup> BOULLART leidt uit artikel 29*quater* van de Elektriciteitswet af dat er een algemene hervormingsbevoegdheid aanwezig is bij het hof. Artikel 29*quater* van de Elektriciteitswet stelt:

“Het beroep bedoeld in artikel 29*bis* heeft geen schorsende werking, tenzij het is ingesteld tegen een beslissing van de commissie tot het opleggen van een administratieve boete. Het hof van beroep te Brussel waarbij een beroep aanhangig wordt gemaakt, kan evenwel, alvorens recht te doen, de schorsing bevelen van de tenuitvoerlegging van de beslissing die het voorwerp uitmaakt van het beroep als de aanvrager ernstige middelen inroept **die de vernietiging of hervorming van de beslissing kunnen rechtvaardigen** en als de onmiddellijke tenuitvoerlegging ervan hem een ernstig en moeilijk te herstellen nadeel dreigt te berokkenen. [...]”<sup>3015</sup>

<sup>3011</sup> Adv.RvS. nr. 53.317/AV van 11 juni 2013 bij het bij wetsontwerp houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State, *Parl.St. Senaat*, nr. 5-2277/1, 90.

<sup>3012</sup> Zo stelt de Raad van State dat ook andere administratieve sancties aanleiding zouden (moeten) kunnen geven tot een beoordeling met volle rechtsmacht en de bevoegdheid tot hervorming, zie Adv.RvS. nr. 53.317/AV van 11 juni 2013 bij het bij wetsontwerp houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State, *Parl.St. Senaat*, nr. 5-2277/1, 101-102: “Wat de Raad van State betreft, zullen er drie mogelijkheden zijn : — voor administratieve geldboeten, een beroep met volle rechtsmacht, inclusief hervormings- en substitutiemogelijkheid (ontworpen artikel 16, eerste lid, 2<sup>o</sup>) ; — voor administratieve sancties, een beroep in volle rechtsmacht, inclusief hervormings- en substitutiemogelijkheid, indien dat beroep expliciet is toegewezen aan de Raad van State (ontworpen artikel 16, eerste lid, 8<sup>o</sup>) ; — voor andere administratieve sancties, een beroep tot nietigverklaring (artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten). Van deze mogelijkheid wordt tegenwoordig veelal aangenomen dat zij voldoet aan de eis van volle rechtsmacht in internationaalrechtelijke zin, maar zij ontbeert een hervormings- en substitutierecht. De Raad van State vraagt zich af of het niet logischer zou zijn om de afdeling Bestuursrechtspraak bevoegd te maken om met volle rechtsmacht te oordelen over alle administratieve sancties die niet aan een ander rechtscollege zijn opgedragen”.

<sup>3013</sup> B. DELVAUX, “De specifieke beroepsprocedure tegen de beslissingen van de CREG” in T. VANDEN BORRE (ed.), *De vrijmaking van de elektriciteits- en gasmarkt: de federale in een stroomversnelling*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (211) 238: “Het hof van Beroep beschikt hierdoor [...] over de bevoegdheid om zijn beoordeling volledig in de plaats te stellen van die van de overheid en het kan de beslissing van de administratieve overheid niet alleen vernietigen maar ook hervormen en zijn eigen beslissingen in de plaats stellen”.

<sup>3014</sup> T. VANDEN BORRE, “Geen volle rechtsmacht in beroepen inzake de discretionaire bevoegdheid van de CREG” (noot onder Brussel 27 oktober 2006), *RAGB* 2007, afl. 5, (291) 299; S. BOULLART, “De ene volle rechtsmacht is de andere niet: over volle en minder volle rechtsmacht”, *CDPK* 2007, (245) 263.

<sup>3015</sup> Art. 15/21, § 1 van de Gaswet: “Het beroep bedoeld in artikel 15/20 heeft geen schorsende werking, tenzij het ingesteld is tegen een beslissing van de Commissie tot het opleggen van een administratieve geldboete. Het hof van beroep te Brussel waarbij een dergelijk beroep aanhangig wordt gemaakt, kan evenwel, alvorens recht te doen, de schorsing bevelen van de tenuitvoerlegging van de beslissing die het voorwerp uitmaakt van het beroep als de aanvrager

Deze bepaling kan echter ook geïnterpreteerd worden in die zin dat de "ernstige middelen" van die aard moeten zijn dat zij in alle omstandigheden en in het algemeen een vernietiging of een hervorming zouden rechtvaardigen. Of nog dat er bepaalde tekortkomingen zijn die niet noodzakelijk nadien zouden leiden tot een vernietiging.<sup>3016</sup> Bovendien spreekt artikel 15/21 van de Gaswet over "de vernietiging of herziening van de beslissing" en niet over de hervorming.<sup>3017</sup> Er kan uit deze bepaling, die specifiek betrekking heeft op de schorsing, niet zomaar een algemene regel worden afgeleid dat het Hof de bevoegdheid toekent om **alle beslissingen** van de regulator te hervormen. Ook DE SOMER en DEGREEF stellen dat BOULLART uitgaat van een "te liberale zienswijze bij het lezen van deze bepaling".<sup>3018</sup>

**929.** Men mag de scheiding der machten echter ook niet op een restrictieve wijze interpreteren. Indien het principe wordt beschouwd als systeem van *checks and balances*, dan moet – onder bepaalde omstandigheden – het evenwel mogelijk zijn dat een rechter toch **bepaalde** beslissingen van een overheid hervormt, bijvoorbeeld inzake administratieve geldboeten met een repressief karakter. De rechter kan bij de administratieve geldboeten in feite en in rechte toetsen, waarbij onder deze laatste legaliteitstoets ook een evenredigheids- of proportionaliteitstoets geplaatst wordt. Deze laatste toets bevindt zich volgens sommige auteurs op de rand van een "verhulde of genuanceerde opportuniteitstoets". Welke sanctie evenredig of proportioneel is met de feiten houdt volgens hen immers een bepaalde *appreciatie* in.<sup>3019</sup> THEUNIS stelt echter terecht dat wanneer een rechter aan het proportionaliteitsbeginsel toetst, dit een wettigheidstoets uitmaakt:

"Bovendien moet de rechter ook de evenredigheid van de maatregel kunnen beoordelen. Een rechterlijke instantie met volle rechtsmacht moet in staat zijn om de proportionaliteit tussen de sanctie en de fout te beoordelen. De rechter moet met

---

ernstige middelen inroept die de vernietiging of herziening van de beslissing mogelijk kunnen rechtvaardigen en als de onmiddellijke tenuitvoerlegging ervan hem een ernstig en moeilijk te herstellen nadeel dreigt te berokkenen. Het hof spreekt zich onverwijld uit over de vordering tot schorsing [...]."

<sup>3016</sup> Zie hierover ook Brussel 5 maart 2007, 2006/AR/575, onuitg.: "De woorden 'vernietiging of herziening' kunnen trouwens redelijkerwijs ook begrepen worden in het licht van hetgeen in artikel 15/21 aan de orde is: het schorsingsverzoek en de voorwaarden waaronder het kan worden ingewilligd. Het woord 'herziening' hoeft dan geen specifieke inhoudelijke draagwijdte te hebben ten aanzien van de taak van het hof, maar niet méér te betekenen dan dat het hof ook tot schorsing kan besluiten indien het een tekortkoming ziet, ook al zou die in de beoordeling ten gronde niet leiden tot een vernietiging van de betreden beslissing".

<sup>3017</sup> Art. 15/21, § 1 van de Gaswet: "Het beroep bedoeld in artikel 15/20 heeft geen schorsende werking, tenzij het ingesteld is tegen een beslissing van de Commissie tot het opleggen van een administratieve geldboete. Het hof van beroep te Brussel waarbij een dergelijk beroep aanhangig wordt gemaakt, kan evenwel, alvorens recht te doen, de schorsing bevelen van de tenuitvoerlegging van de beslissing die het voorwerp uitmaakt van het beroep als de aanvrager ernstige middelen inroept die de vernietiging of herziening van de beslissing mogelijk kunnen rechtvaardigen en als de onmiddellijke tenuitvoerlegging ervan hem een ernstig en moeilijk te herstellen nadeel dreigt te berokkenen". Hoewel ook het Hof van beroep te Brussel aanvankelijk aannam dat deze zinssnede een algemene hervormingsbevoegdheid inhield: "L'article 15/21 § 1er de la loi vise expressément l'hypothèse de la réformation par la cour", zie Brussel 27 oktober 2006, *RABG* 2007, afl. 5, 296.

<sup>3018</sup> C. DEGREEF en S. DE SOMER, "Accountability van de federale en de Vlaamse Energieregulator of toezicht op de toezichthouders na het derde energiepakket", *MER* 2013, (77) 92.

<sup>3019</sup> S. BOULLART, "De ene volle rechtsmacht is de andere niet: over volle en minder volle rechts-macht", *CDPK* 2007, (245) 272: "[...] de toepassing van het evenredigheids-, dan wel redelijkheidsbeginsel [...] biedt een voordeel omdat in naam van een wettigheidstoets de grenzen van de opportuniteit van de betrokken bestuursbeslissing worden aangeraakt"; C. DEGREEF en S. DE SOMER, "Accountability van de federale en de Vlaamse Energieregulator of toezicht op de toezichthouders na het derde energiepakket", *MER* 2013, (77) 93: "ook bij de vraag welke sanctie evenredig is met de feiten speelt deels de eigen appreciatie van de rechter".

andere woorden de maatregel kunnen afkeuren (en eventueel aftoppen indien hij over een hervormingsbevoegdheid beschikt) in zoverre die onevenredig is en binnen de grenzen die voor het bestuur zelf gelden (anders is het de wet die moet worden betreden, in zoverre zij onevenredige sancties zou opleggen). Daarmee begeeft de rechter zich **niet** op het terrein van de **opportunititeit**. Het evenredigheidsbeginsel maakt immers deel uit van de **algemene beginselen van behoorlijk bestuur** die de administratie dient te eerbiedigen wanneer hij een maatregel oplegt en maakt dus ook deel uit van de "wetten" waaraan de rechter die maatregel mag en moet toetsen".<sup>3020</sup>

De woorden van het Grondwettelijk Hof ("dat niets van wat onder de controle van de administratie valt aan de controle van de rechter mag ontsnappen") hebben dan ook geen betrekking op een mogelijke appreciatiebevoegdheid van de rechter.<sup>3021</sup> Essentieel daarbij is evenwel dat de rechter niet kan beslissen op basis van een louter opportunitoetsoordeel en tegen de wet in.<sup>3022</sup> Het is dus niet zo dat wanneer de rechter, ter hervorming, zelf een boete oplegt, kan besluiten om in moeilijke economische tijden de boete niet te hoog te maken om markspelers niet te ontmoedigen om hun activiteiten verder te ontplooiën.<sup>3023</sup> De basis voor het nemen van een nieuwe beslissing door de rechter zelf moet gebaseerd zijn op de feiten en de wettigheidstoetsing - met inbegrip van het proportionaliteitsbeginsel - maar waarbij de rechter zich niet kan steunen op louter maatschappelijke of opportunitoetsoverwegingen.

**930.** Wanneer de energieregulator over discretionaire bevoegdheden beschikt, zoals bij de bevoegdheid tot het opstellen van de tariefmethodologie en de goedkeuring van de tariefvoorstellen, dan moet de rechter eveneens de mogelijkheid hebben om ten volle aan de feiten en het recht te toetsen.<sup>3024</sup> De rechter moet daarbij nagaan of de beslissing **niet onredelijk** is, en mag daarbij de beslissing niet hervormen. Hier wordt verder nog uitvoerig op ingegaan. Ook BOUCQUEY en DE BROUX volgen een gelijkaardige redenering en stellen dat de omvang van de beoordelingsbevoegdheid van het Hof van beroep geval per geval, *in concreto* moet worden beoordeeld:

<sup>3020</sup> J. THEUNIS, "De rechter geklemd tussen het beginsel van scheiding der machten en het vereiste van volle rechtsmacht?" in I. Cooreman (ed.), *De wettigheidstoets van art. 159 van de Grondwet*, Brugge, die Keure, 2010, (153) 225.

<sup>3021</sup> Zie ook Cass. 16 februari 2007, AR C.04.0390.N en AR F.05.0015.N (inzake administratieve sancties met strafrechtelijk karakter in fiscale zaken): "Dit toetsingsrecht moet in het bijzonder aan de rechter toelaten na te gaan of de straf niet onevenredig is met de inbreuk, zodat hij mag onderzoeken of het bestuur naar redelijkheid kon overgaan tot het opleggen van een administratieve geldboete van zodanige omvang. De rechter mag hierbij inzonderheid acht slaan op de zwaarte van de inbreuk, de hoogte van de reeds opgelegde sancties en de wijze waarop in gelijkaardige zaken werd geoordeeld, maar moet hierbij in acht nemen in welke mate het bestuur zelf gebonden was in vervang met de sanctie".

<sup>3022</sup> Zie Cass. 16 februari 2007, AR C.04.0390.N en AR F.05.0015.N: "[...]. Hieruit volgt dat de rechter, die in feite en in rechte alle pertinente omstandigheden moet kunnen onderzoeken om de rechtmatigheid van de straf te beoordelen, en al wat onder de beoordeling van het bestuur valt moet kunnen controleren, hieruit niet de bevoegdheid put om een sanctie louter op grond van opportunitoets en tegen wettelijk regels in te verminderen of kwijt te schelden".

<sup>3023</sup> C. DEGREEF en S. DE SOMER, "Accountability van de federale en de Vlaamse Energieregulator of toezicht op de toezichthouders na het derde energiepakket", *MER* 2013, (77) 94, voetnoot 186.

<sup>3024</sup> In dezelfde zin zie : R. ANDERSEN, "La Cour d'appel de Bruxelles, Cour du contentieux économique" in D. DEOM, P. NIHOUL en D. RENDERS, *Liber Amicorum Paul Martens: l'humanisme dans la résolution des conflits : utopie ou réalité?*, Brussel, Larcier, (715) 732: "Certes, les idées ont évolué et la conception rigide de la séparation de pouvoirs qui conduisit jadis le pouvoir judiciaire à n'exercer qu'un contrôle minimum sur l'action administrative, en particulier sur tout ce qui relevait du pouvoir discrétionnaire, n'a plus cours aujourd'hui, mais il n'empêche qu'il faut éviter la dérive qui conduirait à faire du juge un administrateur; nous persistons à croire que si le pouvoir de réformation est admissible non seulement en matière d'amendes administratives mais aussi chaque fois que la législation applicable fournit au juge des indications suffisamment précisés quant à la décision que l'administration aurait dû prendre, autrement dit lorsqu'on se trouve dans le domaine de la compétence liée; par contre, lorsqu'on se meut dans le domaine de la compétence discrétionnaire, mieux vaut ne conférer au juge qu'un pouvoir d'annulation".

"Il nous semble donc que la notion de pleine juridiction ne peut recevoir un contenu spécifique qu'en prenant en considération (i) la loi régissant le recours, (ii) les principes généraux et les règles constitutionnelles ou supranationales qui s'y appliquent, et (iii) les prérogatives et obligations de l'autorité de régulation. L'étendue des pouvoirs de la cour doit ainsi être examinée au cas par cas".<sup>3025</sup>

Het is daarbij volgens de auteurs aan het Hof om de grenzen van deze volle rechtsmacht af te bakenen, "en toute hypothèse, ils confient expressément à la cour d'appel de Bruxelles le soin de préciser et nuancer les limites de son contrôle [...]".<sup>3026</sup> Voor wat betreft administratieve boetes, sluiten de auteurs aan bij de rechtspraak van o.a. het Grondwettelijk Hof die stelt dat hoe groter de beoordelingsbevoegdheid van het bestuur is, hoe omvangrijker de rechterlijke controle kan zijn:

"S'agit-il de contrôler une sanction administrative de nature pénale? La ligne de conduite du juge sera alors la suivante: plus grand est le pouvoir d'appréciation de l'administration dans l'application de la sanction, plus étendue devra être le contrôle du juge".

Wat de andere beslissingen van de regulatoren betreft moet de rechter hun beoordelingsbevoegdheid respecteren, gelet op het principe van de scheiding der machten:

"S'agit-il plutôt de se prononcer sur un acte administratif de l'autorité qui ne constitue pas une sanction? Le juge devra alors, pour se conformer au principe de la séparation des pouvoirs, respecter au contraire le pouvoir d'appréciation du fonctionnaire. A l'inverse de ce qui s'est dit pour la sanction, plus l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, **moins** le contrôle du juge sera étendu; seule l'**annulation** de l'acte illégal pourra s'envisager. S'il agit d'une compétence liée, en revanche, le juge aura le pouvoir d'adresser des injonctions à l'autorité, voire d'adopter la décision à sa place, si le législateur lui en a donné le pouvoir".<sup>3027</sup>

Bij een discretionaire bevoegdheid kan de rechter dus enkel de beslissing vernietigen. Bij een gebonden bevoegdheid kan de rechter volgens de auteurs beschikken over een injunctiebevoegdheid of eventueel over een hervormingsbevoegdheid indien de wet daarin voorziet.

#### 2.3.4.2. De rechtspraak van het Hof van beroep te Brussel

**931.** Op welke manier vult nu het Hof van beroep te Brussel het begrip volle rechtsmacht in? Gaat het om een verregaande invulling van het begrip – waaronder, naast een toetsing in feite en in rechte (een legaliteits- of wettigheidstoetsing) ook een opportuniteitstoets en een billijkheidstoets in acht genomen wordt – of gaat het om een beperktere invulling – waarbij het gaat om

<sup>3025</sup> P. BOUCQUEY en P. DE BROUX, "Les recours juridictionnels contre les décisions des autorités de régulation" in H. DUMONT, P. JADOUX en S. VAN DROOGHENBROECK, *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Brugge, die Keure, 2007, (211) 268.

<sup>3026</sup> P. BOUCQUEY en P. DE BROUX, "Les recours juridictionnels contre les décisions des autorités de régulation" in H. DUMONT, P. JADOUX en S. VAN DROOGHENBROECK, *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Brugge, die Keure, 2007, (211) 267.

<sup>3027</sup> P. BOUCQUEY en P. DE BROUX, "Les recours juridictionnels contre les décisions des autorités de régulation" in H. DUMONT, P. JADOUX en S. VAN DROOGHENBROECK, *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Brugge, die Keure, 2007, (211) 311.

een feitelijkheidstoets en een legaliteitstoets, waarbij ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (o.a. zorgvuldigheids- en opportuniteitsbeginsel) getoetst worden, of gaat het niet verder dan een louter marginale toetsing?

**932.** Aanvankelijk stelde het Hof van beroep te Brussel zich vrij terughoudend op voor wat betreft het uitoefenen van de volheid van zijn toetsingsbevoegdheid en de mogelijkheid om zich, door te hervormen, in de plaats te stellen van de overheid. In het arrest van 18 juni 2004 van het Hof van beroep tegen een beslissing van het BIPT stelde het Hof dat:

“Encore faut-il que la cour puisse substituer sa décision à l’acte attaqué sur la base des éléments versés au dossier sans heurter **le principe de la séparation** des pouvoirs en privant l’IBPT, autorité réglementaire nationale, de son pouvoir d’appréciation, ni méconnaître les dispositions des nouvelles directives qui édictent des obligations d’informations et de coopération équivoques à la charge des autorités réglementaires nationale [...]. [...]. Or, [...], **la cour ne peut sous peine de priver l’IBPT de sa liberté d’appréciation et se substituer** ainsi à lui ; déterminer elle-même de quelle manière celui-ci doit exercer ses pouvoirs, **ni choisir à la place** de l’autorité réglementaire nationale la solution qui semble la plus appropriée dans les limites fixées par la loi”.<sup>3028</sup>

Het Hof van beroep weigerde bijgevolg een beslissing in de plaats van de overheid te nemen en verwees daarbij naar het principe van de scheiding der machten. In een arrest van 25 mei 2005 stelde het Hof van beroep te Brussel (eveneens met betrekking tot een beslissing van het BIPT) dat “de uitoefening van de volle rechtsmacht niet impliceert dat het Hof een beslissing in de plaats moet stellen van deze die het heeft vernietigd en het daarbij de bevoegdheid uitoefent die toekomst aan de overheid die de vernietigde beslissing heeft getroffen.”<sup>3029</sup>

**933.** In het eerste arrest met toepassing van de nieuwe beroepsprocedure bij de CREG (een arrest van 27 oktober 2006<sup>3030</sup>), behoudt het Hof deze terughoudende benadering. Het Hof verwijst daarbij opnieuw naar de machtenscheiding en naar het verschil tussen objectieve en subjectieve rechten:

“Il ne s’agit pas d’un contentieux portant uniquement sur les droit subjectifs mais également d’un recours juridictionnel contre une décision d’une autorité administrative. Ainsi qua la CREG le fait valoir, le fait qu’une décision d’une autorité administrative, organe du pouvoir exécutif, entraîne certaines conséquences liées au principe général du droit de séparation des pouvoirs. En principe, lorsque l’autorité administrative prend une décision en vertu de son pouvoir d’appréciation discrétionnaire, le pouvoir judiciaire **ne peut** la priver de sa liberté d’appréciation et **se substituer** à elle, en raison du principe de la séparation des pouvoirs.”<sup>3031</sup>

Het Hof stelt dat de scheiding der machten er evenwel niet aan in de weg staat dat de rechter zowel de externe wettigheid als de interne wettigheid van de

<sup>3028</sup> Brussel 18 juni 2004, 2003/AR/2249, consulteerbaar op de website van het BIPT (<http://biptweb.test.bipt.be/public/files/nl/20776/arr%C3%AAt%20du%2018%20juin%202004.PDF>).

<sup>3029</sup> Brussel 25 mei 2005, RABG 2007, afl. 5, 303-311, noot S. BOULLART.

<sup>3030</sup> Brussel 27 oktober 2006, RABG 2007, afl. 5, 291, noot T. VANDEN BORRE.

<sup>3031</sup> Brussel 27 oktober 2006, RABG 2007, afl. 5, 294.

administratieve beslissing controleert. Ook beslissingen genomen op basis van een discretionaire bevoegdheid moeten de rechtsregels respecteren:

"Le pouvoir d'appréciation discrétionnaire est le pouvoir non contrôlable [...]. Le but du principe général de la séparation des pouvoirs consiste à éviter que la totalité du pouvoir ne soit concentrée entre les mains d'un seul organe ou d'un seul individu. Il est unanimement admis que le principe de la séparation des pouvoirs **ne fait pas obstacle au contrôle de la légalité externe** de l'acte administratif: compétence de l'auteur de l'acte, respect des formes, des droits de la défense, du principe de bonne administration et d'équitable procédure, de la motivation formelle. Le juge peut également contrôler la légalité interne de l'acte. **Tout acte administratif, même celui qui procède de l'exercice d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire, doit être fondé à la fois en droit sur des dispositions constitutionnelles, législatives ou réglementaires pertinentes et correctement interprétées et en fait sur des éléments matériellement exacts pertinents et légalement susceptibles d'être pris en considération [...]**".<sup>3032</sup>

De toetsing door de rechter bij een discretionaire bevoegdheid van het bestuur moet volgens het Hof van beroep echter wel marginaal blijven:

"Le contrôle de légalité des décisions de l'administration comprend le contrôle de **l'erreur manifeste d'appréciation**, parce qu'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation des faits ne peut jamais devenir un pouvoir arbitraire, mais doit s'arrêter aux frontières entre la légalité et l'opportunité. Il s'agit toutefois d'un contrôle **marginal**".<sup>3033</sup>

Het Hof vervolgt door te stellen dat de enige correcte interpretatie van het begrip volle rechtsmacht, een interpretatie is die het principe van de scheiding der machten respecteert. Dit houdt volgens het Hof in dat het een toetsing in feite en in rechte kan uitoefenen, waarbij een beslissing van de CREG zowel vernietigd als hervormd kan worden:

"La seule interprétation de l'article 15/20 de la loi gaz compatible avec le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs consiste à dire que la cour d'appel peut connaître de tous les aspects de **droit** et de **fait** du litige qui lui est soumis, qu'elle peut tant **annuler que réformer la décision** à celle de la CREG, mais qu'elle **ne dispose pas pour autant du pouvoir de contrôler l'opportunité des décisions prises par la CREG en vertu de son pouvoir discrétionnaire**. La cour appréciera dans chaque cas, quelles sont les décisions qui relèvent du pouvoir discrétionnaire de la CREG".<sup>3034</sup>

"L'article 15/21 § 1er de la loi vise expressément l'hypothèse de la réformation par la cour et l'article 15/20 § 2 précise qu'elle est saisie du fond du litige. Mais ce pouvoir de réformation et de substitution doit être exercé à la lumière des critères rappelés ci-dessus: **la cour ne peut pas contrôler la simple opportunité des décisions prises discrétionnairement par la CREG** et le contrôle qu'elle exerce **est limité en pratique par le caractère hautement technique de certaines décisions**".<sup>3035</sup>

Het Hof van beroep lijkt hier – zelf in het kader van een tariefbeslissing – aan te nemen dat het de beslissing kan hervormen. Deze interpretatie gaat **te ver** en vormt een inbreuk op de discretionaire bevoegdheden van de regulator; enkel een vernietiging is mogelijk.<sup>3036</sup> Hoewel het Hof deze hervormingsbevoegdheid

<sup>3032</sup> Brussel 27 oktober 2006, *RABG* 2007, afl. 5, 294.

<sup>3033</sup> Brussel 27 oktober 2006, *RABG* 2007, afl. 5, 294.

<sup>3034</sup> Brussel 27 oktober 2006, *RABG* 2007, afl. 5, 295.

<sup>3035</sup> Brussel 27 oktober 2006, *RABG* 2007, afl. 5, 296.

<sup>3036</sup> Zie P. BOUCQUEY en P. DE BROUX, "Les recours juridictionnels contre les décisions des autorités de régulation" in H. DUMONT, P. JADOUL en S. VAN DROOGHENBROECK, *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Brugge, die Keure, 2007, (211) 311.



uitdrukkelijk leest in de gaswet, tracht het toch de bevoegdheid van de administratieve overheid te eerbiedigen.<sup>3037</sup> Het Hof besluit uiteindelijk dat de vaststelling van het billijk karakter van de winstmarge tot de discretionaire bevoegdheid van de CREG toebehoort en verwerpt daarbij de vraag tot nietigverklaring.<sup>3038</sup>

VANDEN BORRE leidt uit dit arrest af dat, wanneer het Hof geconfronteerd wordt met een beslissing gebaseerd op de discretionaire bevoegdheden van de CREG, het zal overgaan tot een marginale toetsing. Bij gebonden bevoegdheden zou het Hof zijn volle rechtsmacht geheel kunnen opnemen. De auteur stelt echter terecht vast dat er in de wetgeving geen sprake is van een gebonden beslissingsbevoegdheid toegewezen aan de CREG. Nagenoeg elke beslissing die de CREG neemt bevat wel een element aan discretionaire beoordeling.<sup>3039</sup> Dit zou erop neerkomen dat nagenoeg elke beslissing genomen door de CREG slechts **marginiaal** getoetst kan worden door het Hof (hetgeen eigenlijk niet in overeenstemming is met wat in de wet werd opgenomen).<sup>3040</sup>

**934.** In een arrest van 27 februari 2007 blijft het Hof deze eerder terughoudende benadering volgen. Het Hof van beroep stelt namelijk dat "deze toewijzing van de volle rechtsmacht nochtans niet in[houdt] dat het Hof een beslissing in de plaats moet stellen van deze die het desgevallend onwettig heeft bevonden [...]". Daar voegt het Hof aan toe dat "de wetgever het hof dus niet heeft opgedragen om te beslissen 'als regulator in beroep'. Ingeval de vordering tegen de CREG wordt ingewilligd, heeft deze als regulator desgevallend opnieuw te beslissen *in overeenstemming met hetgeen het hof heeft beslist*".<sup>3041</sup> Het Hof vervolgt dat "[...] wanneer een onderdeel van het gevorderde verder reikt dan hetgeen het hof vermag te beslissen, weze het dat de begrenzing van zijn rechtsmacht of bevoegdheid of dat de scheiding der machten eraan in de weg staat, de vordering in zoverre ongegrond is".<sup>3042</sup> Het Hof van beroep te Brussel vernietigt uiteindelijk de beslissing van de CREG en stelt dat "het [aan de CREG] staat om opnieuw te beslissen over het [...] ingediende tariefvoorstel [...], rekening houdend met wat bij dit arrest wordt geoordeeld".<sup>3043</sup> Het Hof stelt o.a. dat de afschrijvingsvoet gebruikt door de netbeheerder niet door de CREG kon worden verworpen en dat de CREG ten onrechte een gerealiseerde bonus niet in aanmerking nam.<sup>3044</sup> Het lijkt er volgens DELVAUX bij deze formulering op dat het Hof verder gaat dan het *gezag van gewijsde* (zoals bij de Raad van State) en

<sup>3037</sup> T. VANDEN BORRE, "Geen volle rechtsmacht in beroepen inzake de discretionaire bevoegdheid van de CREG" (noot onder Brussel 27 oktober 2006) *RABG* 2007, afl. 5, (291) 300-301.

<sup>3038</sup> Brussel 27 oktober 2006, *RABG* 2007, afl. 5, 297.

<sup>3039</sup> Zie bv. ook art. 12, § 2 van de Elektriciteitswet: Na gestructureerd, gedocumenteerd en transparant overleg met de netbeheerder, werkt de commissie de tariefmethodologie uit die deze netbeheerder moet gebruiken voor het opstellen van diens tariefvoorstel.

<sup>3040</sup> Art. 29bis, § 2 van de Elektriciteitswet: "De grond van de zaak wordt voorgelegd aan het hof van beroep van Brussel dat uitspraak doet met volle rechtsmacht".

<sup>3041</sup> Brussel 27 februari 2007, *RABG* 2007, afl. 16, 1069, overw. 26.

<sup>3042</sup> Brussel 27 februari 2007, *RABG* 2007, afl. 16, 1069, overw. 27.

<sup>3043</sup> Brussel 27 februari 2007, *RABG* 2007, afl. 16, 1079-1080, overw. 66.

<sup>3044</sup> Brussel 27 februari 2007, *RABG* 2007, afl. 16, 1077 en 1079, overw. 57 en overw. 65.

zijn bevoegdheden interpreteert in die zin dat het over een injunctiebevoegdheid beschikt en instructies kan meegeven aan de CREG omtrent de wijze waarop deze laatste instantie haar nieuwe beslissing dient te nemen.<sup>3045</sup> DELVAUX meent dat dergelijke instructies onverzoenbaar zijn met de exclusieve bevoegdheid van de energieregulator om de tarieven of de methodologie op te stellen.<sup>3046</sup> Het is evenwel onduidelijk of hetgeen dat in een arrest geoordeeld wordt wel of niet onder de directe instructies uit artikel 35 van de richtlijn 2009/72/EG valt, die wordt vermeld in artikel 37(16) van diezelfde richtlijn. Dergelijke formulering maakt evenwel geen verboden directe instructie uit indien men de noodzaak aan "volledige" rechterlijke controle in acht neemt (art. 37(16)).

**935.** In het arrest van 5 maart 2007 herhaalt het Hof van beroep dat "de wetgever het hof niet heeft opgedragen om te beslissen als regulator in beroep". Het Hof vervolgt daarna dat "het [...] geen standpunt heeft in te nemen over grieven die enkel een **beleids- of opportuniteitsvraag** ter discussie stellen. De invulling van hetgeen discretionair kan worden beslist door de CREG behoort niet tot de rechtsmacht van een rechtscollège".<sup>3047</sup> Het Hof beklemtoont dat de volle rechtsmacht niet inhoudt dat het een beslissing in de plaats kan of moet stellen. De CREG moet desgevallend opnieuw beslissen.

**936.** In een arrest van 8 juni 2009 dat betrekking heeft op de aanvraag tot goedkeuring van een tariefvoorstel door de Stad Waver, stelt het Hof dat de CREG een beslissing had genomen gebaseerd op een verkeerde wettelijke basis.<sup>3048</sup>

"Etant donné que la Creg a développé la thèse basée sur le droit communautaire afin de justifier la décision qu'elle a prise le 18 décembre 2008 relativement à l'iRAB de la ville de Wavre, mais que cette décision ne fait pas l'objet du présent litige, cet argument ne requiert pas d'examen en l'occurrence. 30. Il ressort des considérants qui précèdent que l'arrêté tarifaire ne constitue pas une base légale pour la décision attaquée. L'article 159 de la constitution s'oppose à son application. Le moyen étant fondé, **la décision attaquée doit être annulée**. Dit qu'il incombe à la Creg de statuer à nouveau sur la proposition tarifaire avec budget pour la période régulatoire 2009-2012 introduite par la ville de Wavre".

Het Hof vernietigt de beslissing en stelt dat de CREG een nieuwe beslissing diende te nemen.<sup>3049</sup>

<sup>3045</sup> I. VERHEVEN, "Naar een nieuwe invulling van het begrip "volle rechtsmacht"? Het contentieux van de economische regulatoren" in P. CABOOR, J. DEBIEVRE, G. LAENEN, K. MUYLLE, I. VERHEVEN en A. WIRTGEN (eds.), *Rechtsbescherming*, Brugge, die Keure, 2008, (3) 49.

<sup>3046</sup> Zie ook B. DELVAUX, "De toepassing van de nieuwe beroepsprocedure tegen de beslissing van de CREG, te vroeg om victorie te kraaien?" (noot onder Brussel 27 februari 2007), *RABG* 2007, afl. 16, (1080) 1083.

<sup>3047</sup> Brussel 5 maart 2007, 2006/AR/574, onuitg.

<sup>3048</sup> Brussel 8 juni 2009, 2008/AR/3190, onuitg.

<sup>3049</sup> In gelijkaardige zin zie: Brussel 8 juni 2009, 2008/AR/3214, onuitg; Zie ook: Brussel 9 oktober 2009, 2009/RG/153, onuitg.: "Le recours est dirigé contre la décision de la CREG du 18 décembre 2008 portant la référence (B) 081218-CDC-646E/11 de ne pas approuver la valeur de l'iRAB (initial regulated asset base) proposée par la Régie de l'électricité de la Ville de Wavre. Peu importe dès lors que la Creg ait estimé que l'arrêté tarifaire a été pris en violation du droit communautaire en ce que le Roi a apporté des modifications à sa proposition d'arrêté royal sur un nombre de points limités, parmi lesquels la détermination de l'iRAB, et que cette considération a fait décider la Creg de ne pas approuver la

**937.** In een arrest van 11 mei 2009, opnieuw gericht tegen beslissingen van het directiecomité van de CREG inzake een tariefvoorstel komen verschillende interessante elementen aan bod inzake de omvang van de toetsing door de rechter.<sup>3050</sup> De eisende partij vraagt daarbij om:

“de **Creg** te veroordelen om een **nieuwe beslissing** te nemen die in de plaats komt van de vernietigde beslissing en die: (-) ten volle rekening houdt met de inhoud van het te wijzen arrest, (-) met terugwerkende kracht de tarieven bepaalt die verzoekster met betrekking tot het derde kwartaal van het exploitatiejaar 2008 moet toepassen [...]. Ook vraagt ze om een **dwangsom** op te leggen van 5.000 euro per week dat de Creg nalaat om de veroordeling tot beslissen na te leven, waarbij een begonnen week geldt als een volledige week. Haar vraag om een dwangsom is ingegeven door het gegeven dat de Creg eerder geweigerd zou hebben zich te schikken naar arresten die door het hof werden uitgesproken. [...]. Samengevat betoogt ze dus dat de Creg van haar het onmogelijke vergt, terwijl ze krachtens de verplichting tot kostenbeheersing neergelegd in het Tarievenbesluit enkel tot het ‘mogelijke’ is gehouden, en dat het ‘onmogelijke’ opleggen berust op een manifeste beoordelingsfout, onredelijk en ook onzorgvuldig is.[...]. Met de grief voert verzoekster schending aan van artikel 15/5 Gaswet, artikel 25 van het Tarievenbesluit, het gelijkheidsbeginsel, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, het **redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.**”

De CREG voert evenwel aan dat in het algemeen de bestreden administratieve beslissing de essentie van haar reguleringsbevoegdheid betreft en dat ze als regulator hierbij over zeer ruime discretionaire bevoegdheid beschikt. De CREG leidt daaruit af dat het hof de beslissing slechts marginaal kan toetsen en zich terughoudend moet opstellen: zodoende zou het hof enkel juridische bepalingen behoren te interpreteren, maar geen eigen beoordeling van de feiten kunnen verstrekken waarbij de beoordeling die de regulator hiervan gaf, terzijde wordt geschoven.

Het Hof van beroep stelt dat de kosten van de diensten en subdiensten in artikel 20, alleen in de tarieven bedoeld in artikel 15/5 §2 van de Gaswet doorgerekend kunnen worden voor zover de CREG ze niet als onredelijk heeft verworpen. Over de redelijkheidstoets schrijft hetzelfde artikel voor: “De commissie beoordeelt de redelijkheid van deze kosten door ze onder meer te vergelijken met de overeenstemmende kosten van gelijkaardige ondernemingen. Zij deelt de normen en criteria die in rekening genomen werden voor deze evaluatie mee aan de betrokken aardgasdistributienetbeheerder”. Het Hof gaat eveneens in op de toetsing met volle rechtsmacht:

“30. Artikel 15/20 Gaswet bepaalt dat het hof over de grond van de zaak uitspraak doet met volle rechtsmacht. In aansluiting met de rechtspraak van het Hof van Justitie EG en van het Gerecht van Eerste Aanleg inzake mededinging, en bij toepassing van hiermee overeenstemmende uitlegging van de desbetreffende wettelijke bepalingen, neemt het hof aan dat de Creg als regulator met het oog op de vrijmaking van de elektriciteits- en gasmarkt kan **bogen op een ruime vrije beoordelingsmarge**. Bij de uitoefening van de **volle rechtsmacht** ten aanzien van de materiële redengeving van de bestreden beslissing van de Creg **heeft het hof alle relevante feiten en**

---

valeur de l'iRAB proposée par la requérante. [...]. 21. La première partie du moyen étant fondé, la décision attaquée doit être annulée. [...]. Annule la décision attaquée du 18 décembre 2008 portant la référence (B) 081218-CDC-646E/11. Dit qu'il incombe à la CREG de statuer à nouveau sur la demande d'approbation de la valeur iRAB proposée par la Ville de Wavre ”.

<sup>3050</sup> Brussel 11 mei 2009, 2008/AR/143, onuitg.

rechtsregels in aanmerking te nemen. *In concreto* toetst het hof dan binnen de grenzen van het door verzoekster ingestelde verhaal, en onverminderd het gegeven dat de regelgeving inzake de vrijmaking van de elektriciteitsmarkt tot de openbare orde behoort, of de voorschriften inzake rechtspleging en motivering zijn in acht genomen, of de feiten juist zijn vastgesteld, of er al dan niet reden bestaat om aan te nemen dat de Creg die feiten kennelijk onjuist heeft beoordeeld dan wel of er misbruik van bevoegdheid voorhanden is (vgl. inzake mededinging: GEA, arrest van 14 december 2005, zaak T-210/01, General Electric Company/ Europese Commissie, punt 60; GEA, arrest van 04 juli 2006, zaak T-177/04 Easy-Jet Airline Co. Ltd / Europese Commissie, punt 44; inzake elektronische communicatie: HvJ EG, arrest van 12 april 2008, zaak C-55/06, Arcor/Bondsrepubliek Duitsland/Deutsche Telecom, punten 163-170). **Het toezicht van het hof omtrent de feiten betreft niet enkel hun materiële juistheid, maar ook hun betrouwbaarheid en onderlinge samenhang. Het strekt er verder toe na te gaan of de door de Creg aangegeven feiten het relevante kader vormen en of ze de conclusies die zij er heeft uit getrokken kunnen schragen** (vgl. inzake mededinging: HvJ, arrest van 15 februari 2005, zaak C- 12/03 P Europese Commissie / **Tetra Laval**, punten 38 en 39; GEA, arrest van 17 september 2007, zaak T-201/04 Microsoft/Europese Commissie, punten 85- 90)".

Het hof verwijst bij de interpretatie van het begrip volle rechtsmacht uitdrukkelijk naar de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie (*infra* nr. 963). Daaruit blijkt duidelijk dat het begrip voornamelijk betrekking heeft op een ruime toetsing van het recht en op een bijzondere diepgaande toetsing van de feiten – namelijk hun materiële juistheid, of de regulator de feiten niet kennelijk onjuist heeft beoordeeld, of de feiten betrouwbaar zijn en of ze wel onderling samenhangend zijn – en niet zozeer op een hervormingsbevoegdheid.

Dat de beoordeling van de feiten verder kan gaan dan normaal blijkt ook uit onderstaande overweging uit het arrest, waarin het Hof toch nog gegevens in acht neemt ook al werden deze pas later aangevoerd door de CREG:

"42. In haar schriftelijke opmerkingen voor het hof voegt de Creg aan haar overwegingen die in de motivering van de bestreden beslissingen nog nieuwe kritische elementen toe die betrekking hebben op de specifieke toestand van verzoekster. Inzonderheid voert ze ook nog ten laste van verzoekster aan: - ze reikt geen eigen kenmerken aan die haar van de andere netbeheerders onderscheidt op het vlak van de aankoop van aardgas, - ze is ook niet proactief is opgetreden door een lopend contract te verlengen, - ze heeft de aanbesteding niet optimaal georganiseerd, - ze is net als alle overige DNB's structureel verbonden met haar leverancier. Deze **gegevens kunnen niet in aanmerking** worden genomen ter beoordeling van de enkele vraag of de formele motiveringsplicht werd nageleefd. **Evenwel, wegens zijn volle rechtsmacht kan het hof wel acht slaan op die nadere gegevens wanneer ze bijkomend kunnen staven dat de beslissing inhoudelijk deugdelijk is**".<sup>3051</sup>

Het Hof besluit echter dat de CREG haar analyse onvolledig is, waardoor de energieregulator een manifeste beoordelingsfout heeft gemaakt:

"43. In het algemeen overweegt het hof dat de Creg in haar benchmarking analyse wel gelijkaardige ondernemingen heeft betrokken die geografisch zijn verspreid over het hele Belgische grondgebied, maar dat uit de gegevens waarop het acht kan slaan **niet** blijkt dat die analyse overeenstemmende gegevens heeft opgeleverd inzake **volumes**

<sup>3051</sup> Dit werd door het Hof van beroep te Brussel nogmaals aanvaard in het arrest van 31 mei 2011 (zie Brussel, 31 mei 2011, onuitg., zoals vermeld in D. VERHOEVEN en D. LECOQUE, "Recente ontwikkelingen in het federaal energierecht" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX, *Jaarboek Energierecht 2011*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (23) 107): "vermeldenswaardig in dit arrest is dat het hof bevestigt dat, in het kader van een contentieux van volle rechtsmacht, de overheid de motieven van zijn handeling in de loop van de procedure kan vervolledigen, niettegenstaande de eis van formele motiveringsplicht (p. 35 van het arrest)".

waarvoor de andere DNB's prijzen hebben kunnen bedingen en inzake de tijdstippen waarop hiertoe werd gecontracteerd. In een marktomgeving die daarenboven wat de aanbodzijde betreft maar door schaarse leveranciers wordt bemand, lijkt beide factoren nochtans een overwegend belang toe te komen bij de afweging van een vergelijking. [...]. 52. Uit de overgelegde dossierstukken blijkt **niet dat de Creg** voor de geïncrimineerde begrotingspost **naar rede** in het algemeen een plafondprijs van 25 euro/MWh, die zelfs lager ligt dan het gemiddelde van hetgeen de DNB's konden bekomen, **als maatstaf kon nemen** om een 'marktprijs' te bepalen. 53. **Zodoende heeft de Creg bij de beslissing** over de door verzoekster begrote uitgaven wegens sociale leveringen en eigen gebruik **een manifeste beoordelingsfout gemaakt** door een **begrotingspost als onredelijk te verwerpen** in de mate hij die plafondprijs overschrijdt. De beslissingen schenden de door verzoekster aangewezen voorschriften en dienen te worden vernietigd".

Het Hof vernietigt de bestreden beslissingen, maar weigert om de CREG een dwangsom op te leggen om de CREG te dwingen tot het nemen van een nieuwe beslissing.<sup>3052</sup>

**938.** In het arrest van 10 juni 2010 stelt het Hof dat het geen beslissing in de plaats van de CREG kan nemen, hoewel de eiseres dit vraagt en eveneens ondergeschikt vraagt om een dwangsom op te leggen indien de CREG een nieuwe beslissing dient te nemen<sup>3053</sup>:

"33. Het komt aan de **CREG** toe om zonder verwijl **opnieuw te beslissen** over de aanvraag tot goedkeuring van het ingediende voorstel inzake iRAB, met toepassing van artikel 4 van het inmiddels wetskrachtige Tarievenbesluit van 2 september 2008. Uit de voorliggende dossierstukken blijkt immers niet dat met toepassing van de genoemde bepalingen de CREG alleen maar kon beslissen tot goedkeuring van de door eiseres op 31.783.324,77 EUR begrote waarde van de iRAB. Verder heeft de CREG tot dusver ten aanzien van eiseres evenmin te kennen gegeven dat ze aan een verzoek om te beslissen geen gevolg zou verlenen. **Zodoende kan het hof een beslissing over het verzoek inzake vaststelling van de iRAB niet in de plaats stellen.** 34. Binnen het bestek van het voorliggende contentieux waarbij de wettigheid van een beslissing van de CREG ter discussie staat, heeft het hof **ook geen rechtsmacht om die regulator te veroordelen om te beslissen**, zoals door eiseres wordt gevorderd. Zodoende kan evenmin een **dwangsom** worden opgelegd".<sup>3054</sup>

**939.** Het arrest van 14 september 2010<sup>3055</sup> heeft betrekking op de door de CREG uitgeoefende *ex-ante* controle van een gebudgetteerde uitgave en de *ex-post* controle van dezelfde gedane uitgaven.<sup>3056</sup>

<sup>3052</sup> "58. Afgezien van het feit dat er geen reden bestaat om aan te nemen dat de Creg zou weigeren om rekening te houden met een beslissing van het hof, dient nochtans ook te worden overwogen dat de Creg mogelijk zou kunnen oordelen dat de nieuwe toestand die ontstaat uit de vernietiging van de vier tariefbeslissingen, anders zou kunnen worden behandeld dan via een tariefbeslissing. De Creg zou met name die toestand in aanmerking kunnen nemen bij zijn beslissing over de vaststelling van een bonus of malus voor de exploitatierekening over 2008. 59. Zodoende bestaat er geen reden om de Creg op te leggen een nieuwe tariefbeslissing te nemen onder verbeurte van een dwangsom. Vernietigt de bestreden beslissingen. Zegt dat het aan de Creg staat om desgevallend opnieuw te beslissen over de tarieven die door verzoekster moesten worden toegepast voor het exploitatiejaar 2008. Zegt dat het aan de Creg staat om hetzij bij een nieuwe tariefbeslissing voor het exploitatiejaar 2008, hetzij bij de beslissing over de bonus of malus van het exploitatiejaar 2008 rekening te houden met hetgeen in dit arrest wordt beslist over de sociale leveringen voor het exploitatiejaar 2008".

<sup>3053</sup> Brussel 10 juni 2010, *MER* 2010, afl. 4, 251: "Eiseres vraagt eveneens het hof het door haar ingediende voorstel van iRAB voorlopig goed te keuren in afwachting van een inhoudelijke beoordeling ervan door de CREG. Ondergeschikt wenst ze een bevel te horen opleggen aan de CREG om over haar voorstel te beslissen binnen de drie maanden na de betekening van onderhavig arrest, onder verbeurte van een dwangsom van 2.500 EUR per dag vertraging".

<sup>3054</sup> Brussel 10 juni 2010, *MER* 2010, afl. 4, 251.

<sup>3055</sup> Brussel 14 september 2010, *MER* 2011, afl. 3, 200.

<sup>3056</sup> Brussel 14 september 2010, *MER* 2011, afl. 3, 200: "Artikel 23 van het Tarievenbesluit (oud), dat een onderdeel vormt van de maatregelen bedoeld voor de kostenbeheersing, stelt het *ex ante* mechanisme in volgens hetwelk de CREG kan voorkomen dat onredelijke kosten zouden verrekend worden in de tarieven. Zulks wordt bewerkstelligd via de

“Uit de voorliggende dorssierstukken blijkt volgens het Hof dat “eiseres een tariefvoorstel met budget heeft ingediend waarbij een bedrag van [...] euro werd gebudgetteerd voor de onkostenpost ‘vergoeding raad van Bestuur. Deze budgetpost heeft tot geen enkele kritiek of bemerking vanwege de Creg aanleiding gegeven tijdens de procedure [...]. Hierover kan dus alleen maar worden aangenomen dat de Creg geen onredelijkheid in die geplande uitgave heeft vastgesteld”.

Die vaststelling ligt volgens het Hof in lijn met het eerder standpunt dat de CREG op 19 april 2005 heeft meegedeeld in een schrijven aan eiseres, waarbij ze meedeelde dat bij de benchmarking de prestaties van eiseres niet konden afgemeten worden aan deze van andere distributienetbeheerders. De reden hiervoor is dat de distributienetbeheerder op de nationale luchthaven gebonden is door specifieke kwaliteitsvereisten die de luchthavenexploitant heeft geformuleerd voor de uitbating van de luchthaveninstallaties.<sup>3057</sup> De CREG wijst echter op haar **discretionaire bevoegdheden** en stelt dat zij op grond van artikel 24, vijfde lid Tarievenbesluit (oud) ook over de mogelijkheid beschikt om in vergelijking met de uitgaven van andere distributienetbeheerders uitgaven te verminderen, ook al werden die opgenomen in het budget. Geen enkel voorschrift zou, volgens de CREG, haar verbieden om ex post gedane uitgaven te verwerpen die ze ex ante budgettair had goedgekeurd. Het Hof besluit dat uit de regelgeving zelf blijkt dat de **norm** die bij de beoordeling behoort te worden toegepast die is van de **redelijkheid**. Verder is de CREG bij de uitoefening van die bevoegdheid onderworpen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zoals elke andere administratieve overheid. Volgens het Hof is het met het **redelijkheidsbeginsel** in de regel niet verenigbaar dat een uitgave die naar aard en omvang beantwoordt aan een *ex ante* goedgekeurde begrotingspost, *ex post* alsnog wordt verworpen:

“Er anders over oordelen zou betekenen dat een distributienetbeheerder nooit over de zekerheid zou beschikken dat een uitgave die hij onder dekking van een bekomen goedkeuring doet ook volledig in het resultaat van de toepassing van door de Creg vastgestelde tarieven zal worden verrekend. Zulks zou met het redelijkheids- en het vertrouwensbeginsel niet te verenigen vallen”.

Wat dus de presentiegelden van de raad van bestuur betreft, stelt het Hof dat de CREG, “bij een beslissing van 19 april 2005 heeft gesteld dat zij de andere DNB’s niet als ‘gelijkaardige ondernemingen’ beschouwde wegens de specificiteit van eiseres. Bij ontstentenis van redengeving die aangeeft waarom de andere DNB’s niettemin in een benchmarking van de [...] uitgave worden betrokken,

---

toetsing van de ‘redelijkheid’ van de kosten die worden begroot en op basis waarvan de tarieven worden vastgesteld. Dezelfde bepaling schrijft voor dat de redelijkheid van de kosten onder meer dient te worden getoetst op grond van vergelijkende gegevens, met name de overeenstemmende kosten van gelijkaardige ondernemingen”.

<sup>3057</sup> Brussel 14 september 2010, *MER* 2011, afl. 3, 200: “De Creg besloot die brief als volgt: Op basis van de haar thans bekende feiten, is de Creg van mening dat geen andere distributiebeheerder onderworpen is aan dergelijke, bijkomende en specifieke verplichtingen, opgelegd door één van haar gebruikers/afnemers en dit dan nog via een dergelijke uitgebouwde regelgeving, en die het algemeen belang als één van haar doelstellingen heeft. Daarom heeft het Directiecomité van de Creg in zijn vergadering van 7 april 2005 beslist haar beslissing (B) 041220-CDC-211/2 van 20 december 2004 in die zin te herroepen dat zij zich niet langer voorneemt om de redelijkheid van de kosten van DNB BA te zullen vergelijken met de overeenstemmende kosten van de overige Belgische distributienetbeheerders omdat deze laatste, gezien het hiervoor geschetste eigen en vooralsnog unieke karakter van DNB BA, niet als ‘gelijkaardige ondernemingen’ kunnen beschouwd worden in de zin van artikel 23 van het koninklijk besluit van 11 juli 2002”.

konden zij niet als een 'gelijkaardige onderneming' in aanmerking worden genomen om de redelijkheid van de uitgave te toetsen. Anders uitgedrukt komt die kritiek er op neer dat de benchmarking enkel oog heeft voor de toepassing van een standaardpresentiegeld, maar niet voor de inhoud van de vergoede functies, noch voor effectieve werklast of verantwoordelijkheid die ermee is gemoeid, en zodoende evenmin voor de totale last van een uitgavenpost in functie van het geheel van de onderneming. Ook in dit opzicht blijkt niet dat vergeleken werd wat vergelijkbaar is. De middelen zijn gegrond". Uit het arrest blijkt onmiskenbaar dat het Hof een grondige toetsing doorvoert van de feiten (o.a. de brief van de CREG en de daarin vermelde standpunten), waarna het Hof eveneens opnieuw de toepassing door de CREG van het redelijkheidsbeginsel onder de loep neemt; om vast te stellen dat er sprake is van een schending van dat beginsel.

**940.** In het arrest van 29 juni 2011 geeft het Hof van beroep een definitie van het begrip volle rechtsmacht:

"La cour exerce sa compétence, qui porte sur le contrôle des prescrits de procédure, du devoir de motivation, du constat des faits et de l' éventuelle appréciation manifestement erronée de ceux-ci, sans empiéter sur les compétences réservées à l' autorité de régulation, étant entendu qu' en vertu de son pouvoir de pleine juridiction, elle **substitue** sa décision à celle de l' autorité de régulation dans la cas où son jugement **n'aboutit pas** à l' exercice d' une appréciation **discrétionnaire**".<sup>3058</sup>

Het Hof controleert bijgevolg de naleving van de procedurele voorschriften, de motiveringsplicht, de vaststelling van de feiten en de eventuele manifest onjuiste beoordeling daarvan, zonder daarbij een inbreuk te plegen op de voorbehouden bevoegdheden van de energieregulator, met dien verstande dat in het kader van zijn volle rechtsmacht het Hof toch zijn beslissing in de plaats van die van de CREG kan stellen in het geval dit arrest niet leidt tot een discretionaire appreciatie. De bewoordingen die het Hof gebruikt zijn dan ook niet meer zo terughoudend als aanvankelijk in 2005-2006 waarbij het Hof nog verwijst naar de scheiding der machten en een marginale toetsing.

**941.** Ook in een arrest van 18 december 2012 verklaart het Hof zich, zij het dit maal **terecht**, bevoegd om de beslissing van de CREG tot het opleggen van een administratieve geldboete te hervormen:

"En effet, le recours que la demanderesse exerce devant la cour est de **pleine juridiction** ce qui doit être compris en ce sens que **tous les aspects de fait et de droit** du litige doivent être examinés, y compris la **proportionnalité** de la **sanction** imposée et que, le cas échéant, la cour peut mettre **à néant la décision de substituer** sa décision à celle de la CREG".<sup>3059</sup>

<sup>3058</sup> Brussel 29 juni 2011, (Tecteo/CREG), onuitg. zoals geciteerd in D. VERHOEVEN en D. LECOQUE, "Recente ontwikkelingen in het federaal energierecht" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX, *Jaarboek Energierecht 2011*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (23) 108.

<sup>3059</sup> Brussel 18 december 2012, 2011/AR/976, onuitg.

Het Hof vernietigt uiteindelijk de beslissing van de CREG. Het Hof was namelijk van oordeel dat er geen reden was om aan de eiser een boete op te leggen. Het Hof **hervormt** dus de boete tot nul.

**942.** Op 22 december 2011 keurde de CREG de tarieven van Elia System Operator goed voor de aansluiting op en de toegang tot het transmissienet voor de regulatoire periode 2012-2015. Deze beslissing werd door diverse elektriciteitsproducenten aangevochten voor het Hof van beroep te Brussel, dat de bestreden beslissing op **6 februari 2013** heeft vernietigd.<sup>3060</sup> Het arrest buigt zich over verschillende aspecten waaronder de taalwetgeving in bestuurszaken, de rechtsgrond van de bestreden beslissing, het motiveringsgebrek in de bestreden tariefbeslissing, het injectietarief, het tarief voor ondersteunende diensten en de *volume fee*.

Eerst en vooral tikt het Hof de CREG op de vingers voor het niet naleven van de taalwetgeving in bestuurszaken aangezien in de Nederlandstalige versie van de bestreden beslissing enkele passages niet of slechts gebrekkig waren vertaald uit het Frans. Het Hof wijst terecht op het feit dat de Taalwet van openbare orde is, waardoor het niet ter zake doet dat "de partij die de schending aanvoert, de gebruikte taal begrijpt". Verder oordeelt het Hof dat de CREG haar tariefbeslissing moet bekendmaken ten behoeve van het publiek en dat die beslissing daarom valt onder de categorie "berichten en mededelingen" bedoeld in artikel 40, tweede lid van de Taalwet.<sup>3061</sup> Ook die redenering van het Hof kan gevolgd worden. Het Hof oordeelt dan ook terecht dat dat er "algehele overeenstemming in tekst dient voorhanden te zijn tussen de Nederlandstalige en de Franstalige versies van de betrokken akte", hetgeen niet het geval was. De CREG voert echter aan dat het niet van haar verwacht kon worden dat zij al haar akten volledig in het Nederlands of het Frans zou opstellen. Dit zou de regulator beletten om zijn taken op een snelle en efficiënte manier uit te oefenen. De CREG stelt daarop voor om het Europees Hof van Justitie hierover een prejudiciële vraag te stellen. Het Hof van beroep te Brussel gaat hier duidelijk niet mee akkoord en stelt dat "er geen reden bestaat om het Hof van Justitie EU hierover prejudicieel te bevragen. Het lijkt niet erg waarschijnlijk dat een Europese instelling die zich in 22 talen dient uit te drukken, op voet van gelijkheid, problemen zou ontwaren in een nationale verplichting voor een regulerende instantie om zich in twee talen uit te drukken"... Dat een duidelijke, transparante communicatie noodzakelijk is, zal ook nog worden benadrukt in het volgende hoofdstuk.

---

<sup>3060</sup> Brussel 6 februari 2013, *MER* 2013, afl. 4, 254, noot T. CHELLINGSWORTH en C. DELAGAYE. Het beroep aangetekend door de CREG bij het Hof van Cassatie werd op 19 mei 2016 door het Hof verworpen (zie Cass. 19 mei 2016, AR C.13.0256.N).

<sup>3061</sup> Die bepaling luidt als volgt: "De berichten en mededelingen die de centrale diensten rechtstreeks aan het publiek richten worden in het Nederlands en in het Frans gesteld. Hetzelfde geldt voor de formulieren die zij zelf ter beschikking stellen van het publiek. (...)"



Een tweede aspect bestaat erin dat de CREG zich, voor het nemen van de bestreden beslissing, gesteund had op de volgens haar rechtstreeks werkende bepalingen van de Europese richtlijn daar de nationale wettelijke bepalingen volgens de CREG in strijd zijn met dit EU-recht.<sup>3062</sup> Net als in verschillende andere arresten oordeelt ook het Hof van beroep hier dat de CREG de federale wetgeving moet toepassen.<sup>3063</sup>

Ten derde komt een toetsing van de motiveringsplicht aan bod, waarbij het Hof oordeelt dat ook de reglementaire akten van de CREG gemotiveerd moeten worden. *In casu* was dit volgens het Hof niet het geval, waardoor er dus sprake was van een schending van de motiveringsplicht (*infra*, nr. 1114 e.v.).<sup>3064</sup>

Hoewel het Hof van beroep reeds heeft vastgesteld dat de beslissing van de CREG niet gemotiveerd is en dit reeds zou volstaan hebben als vernietigingsmotief, gaat het Hof toch dieper in op de grieven van de eisers die betrekking hebben op drie *inhoudelijke* bestanddelen van het tarief zelf.<sup>3065</sup> CHELLINGSWORTH en DELAGAYE stellen dat deze aanpak van het Hof aansluit bij een constante in de tarifaire rechtspraak van het Hof:

“Ook op een ander vlak ligt het geannoteerde arrest in het verlengde van de eerdere rechtspraak van het hof van beroep. Wat in die rechtspraak opvalt, is dat de tariefbeslissingen van de CREG ook **inhoudelijk**, namelijk wat betreft de **concrete berekening van de tarieven**, een **geringe overlevingskans** vertonen voor het hof van beroep. In het geannoteerde arrest is dat opnieuw het geval.

[...] zijn arresten bieden wel vaker **een motivering die uitgebreider is dan nodig om een vernietiging te schragen**, maar die daardoor ook duiding geeft over hoe de CREG navolgend moet beslissen. Gezien de volle rechtsmacht van het hof en het gegeven dat tariefbeslissingen zeer vaak aangevochten worden, kan men die werkwijze o.i. enkel toejuichen”.

Ook VERHOEVEN en LECOQUE stellen – zij het met iets minder enthousiasme – vast dat “de rechtspraak van het hof van beroep allesbehalve terughoudend [*is*] om tarifaire beslissingen van de regulator te vernietigen. Indien men die twee elementen combineert, en rekening houdt met de huidige of toekomstige

<sup>3062</sup> De CREG stelde via de beslissing van 24 november 2011 een voorlopige tarifaire methode vast. De Elektriciteitswet voorzag evenwel niet in de mogelijkheid van dergelijk besluit, waardoor de CREG zich hiervoor rechtstreeks baseerde op het derde pakket liberaliseringsrichtlijnen.

<sup>3063</sup> Brussel 6 februari 2013, overweging 50: “In het algemeen overweegt het Hof dat uit het enkele feit dat de omzettingstermijn van richtlijn 2009/72/EG op 3 maart 2011 is verstreken, zonder dat de omzetting ervan werd gerealiseerd, niet kan worden afgeleid dat de Elektriciteitswet zoals hij vigeerde voor de wijziging ervan met het oog op omzetting van de richtlijn, als zodanig niet meer kon worden toegepast. Evenwel slechts in de mate waarin bepalingen van die wet niet met het Europese recht vielen te verzoenen, konden en dienden zijn voor toepassing te worden geweerd. De CREG diende dan ook de onderdelen van het nationale regelgevende kader die voor de bevoegdheidsuitoefening inzake het door Elia ingediende tariefvoorstel toe te passen in de mate die op de datum van de bestreden beslissing niet met het Europese regelgevende kader onbestaanbaar waren en ze voor het overige te weren. [...] De CREG kon op grond van die bepaling in beginsel dus beslissen over een ingediend tariefvoorstel, althans voor zover ze daarbij geen toepassing diende te maken van met de richtlijn strijdige voorschriften”. Zie ook T. CHELLINGSWORTH en C. DELAGAYE, “Het arrest over de Elia-tarieven 2012-2015: een vernietigende handleiding voor toekomstige tariefregulering” (noot onder Brussel 6 februari 2013), *MER* 2013, afl. 4, 262.

<sup>3064</sup> Deze problematiek komt nog uitvoerig aan bod in het volgende hoofdstuk inzake transparantie en procedurele verantwoordingsplicht.

<sup>3065</sup> T. CHELLINGSWORTH en C. DELAGAYE, “Het arrest over de Elia-tarieven 2012-2015: een vernietigende handleiding voor toekomstige tariefregulering” (noot onder Brussel 6 februari 2013), *MER* 2013, afl. 4, (254) 267.

geschillen, [men] moeilijk optimistisch [kan] zijn over het lot van deze mijlpalen".<sup>3066</sup>

In het toepasselijke arrest stelt het Hof o.a. dat het injectietarief discriminerend en niet-kostenrelectief is. Via het injectietarief trachtte de CREG namelijk een tarifaire ongelijkheid recht te trekken, waarbij deze ongelijkheid erin bestond dat de elektriciteitscentrales in dienst genomen vanaf 1 oktober 2002 betalen voor hun aansluiting, terwijl oudere centrales daar niet voor betaald hebben. Via het injectietarief trachtte de CREG de oudere centrales toch nog te laten bijdragen voor de kosten van hun aansluiting.<sup>3067</sup> Het Hof stelt echter:

"86. Het injectietarief, zoals het door de bestreden beslissing wordt goedgekeurd, eerbiedigt die regels niet. Immers, de beslissing legt een verschillend tarief op voor toegang tot het transmissienet, niet op grond van de overweging dat er een verschillende prestatie mee gemoeid is, maar omdat de elektriciteitscentrale van de netgebruiker voor dan wel na de datum van 1 oktober 2002 was in dienst gesteld. Of de indienststelling van de centrale dateert van voor of na de datum sedert dewelke de beheerder van het transmissienet dit net beheert, mist evenwel iedere pertinentie in het licht van de vraag of de vanaf 1 januari 2012 door de netbeheerder geleverde prestaties al dan niet verschillend kunnen zijn wegens die datum.

90. Aldus beschouwd bewerkstelligt het injectietarief niet mee dat de tarieven gebaseerd zijn op werkelijke kosten van de netwerkbeheerder, maar is het zo geconcentreerd dat een onderdeel van de tarieflijst is gericht op de kostenstructuur van de 'nieuwe centrales' en heeft het in die zin **geen tarifierende** maar een **compenserende strekking**. [...]. Met de a priori uitsluiting van toepasbaarheid van het injectietarief op de nieuwe centrales, vormt de tarieflijst in haar geheel geen afspiegeling van kosten die werkelijk werden gemaakt voor alle netgebruikers en wordt de tarieflijst **ook discriminerend** toegepast. Om die reden **strijdt** het tarief **ook** met artikel 14, 1. van Verordening (EG) 714/2009/EG [...]"

Slechts helemaal op het einde van de overwegingen maakt het Hof een korte verwijzing naar een (Europeesrechtelijke) wettelijke bepaling. Het is echter de vraag of het Hof hier toch niet verder gaat dan een wettigheidstoets, en daarbij lijkt te raken aan de **opportunititeit** van de beslissing. Dit blijkt bv. ook uit volgende overwegingen, waarbij geen enkele verwijzing naar een wettelijke rechtsgrond aanwezig is:

"Zodoende blijkt er geen enkele interne verhouding in acht te zijn genomen tussen de last van de aansluitingskost voor de nieuwe centrales en de besparing die hen wordt toegeschoven door hen uit de toepassing te sluiten van een tarief voor injectie waarvan de werkelijke waarde afhankelijk is van de omvang van de gedurende twintig jaar geïnjecteerde elektriciteit en zodoende thans ook onbepaalbaar is. Een externe verhouding is er evenmin tussen de last die de 'oude centrales' moeten dragen wegens

<sup>3066</sup> Namelijk de talrijke richtlijnstrijdigheden die door de Raad van State of de Europese commissie werden aangekaart die door de wet van 8 januari 2012 niet werden aangekaart én de ingrijpende rechtspraak van het hof van beroep te Brussel, zie D. VERHOEVEN en D. LECOQUE, "Recente ontwikkelingen in het federaal energierecht" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX, *Jaarboek Energierecht 2011*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (23) 110.

<sup>3067</sup> Brussel 6 februari 2013, overweging 70: "[...] (1) Productie-eenheden aangesloten op het Elia-net na 1 oktober 2002 zijn vrijgesteld van het tarief voor onderschreven vermogen voor injecties en voor bijkomend geïnjecteerd vermogen voor een periode van 20 jaar te tellen vanaf de effectieve datum van in dienst name. (2) Het tarief voor onderschreven vermogen voor injectie en voor bijkomend geïnjecteerd vermogen zal niet gefactureerd worden voor het gedeelte van de geïnjecteerde energie uit hernieuwbare energiebronnen en kwalitatieve warmtekrachtkoppeling, voor productie-eenheden aangesloten op het Elia-net voor 1 oktober 2002, die onder toepassing vallen van de vrijstelling zoals voorzien in het Vlaams Decreet van 23 december 2010. In het geval van wijziging van deze regelgeving met een effect op de lopende tarifaire periode, zal een regularisatie van deze facturatie worden toegepast op basis van de hierboven vermelde tarieven."

geïnjecteerde elektriciteit, die uitgedrukt is per geïnjecteerde MWh en een temporele onbeperkte reikwijdte heeft – mogelijk tot twintig jaar – en de door de nieuwe centrales gedragen last voor de garantie die ze hebben betaald voor de aansluitingsinfrastructuur in ruime zin, die onafhankelijk is van enige omvang van injectie van elektriciteit. **Het tarief remedieert dan ook geen scheefgetrokken concurrentie, maar voert een scheefftrekking in**".<sup>3068</sup>

Het tarief voor ondersteunende diensten heeft betrekking op de nood aan reserves. Elia voerde ter verdediging van dit G-tarief dat aan de nood aan reserves bepaald wordt door het productievermogen en dat het zodoende logisch is om de kosten ervoor ten laste te leggen van de producenten. Het Hof stelt daarop:

"Afgezien van de gegronde grief dat de bestreden beslissing geen enkele motivering verschaft over de toerekening van de kosten verbonden aan de ondersteunende diensten, dient het hof vast te stellen dat ook in de conclusies die door de CREG en de transmissienetbeheerder werden ingediend, precieze punten van kritiek van de eiseressen niet worden weerlegd".<sup>3069</sup>

Hoewel het Hof ook hier melding maakt van een wettelijke bepaling, steunt het Hof zich toch ook op een feitentoets, en met name op de "niet vaststaande en aangetoonde feiten":

"De door Elia naar voor geschoven verantwoording waarbij ze stelt dat de kosten hoofdzakelijk toe te wijzen zijn aan diegene die op determinerende wijze aan de oorsprong van de kosten liggen en dat het G-tarief hierbij aansluit, blijkt dan **ook niet op vaststaande en aangetoonde feiten** te kunnen steunen [...]. Zodoende moet worden aangenomen dat de tarieven voor de ondersteunende diensten **niet gebaseerd zijn op objectieve criteria** en **niet stroken** met een krachtens artikel 36. d) van richtlijn 2009/72/EG door de regulerende instantie te bereiken algemene doelstelling die erin bestaat dat een genomen maatregel moet bijdragen tot de ontwikkeling, op de meest kostenefficiënte manier, van veilige, betrouwbare en efficiënte niet-discriminerende systemen die klantgericht zijn".

Het Hof raakt bij deze toetsing echter af en toe ook aan de opportuniteitsgrenzen:

"Ten slotte is evenmin dienend dat de producenten die injecteren ook afnames doen of dat ze het betaalde tarief kunnen recupereren via de vergoeding die ze van Elia ontvangen voor de geleverde reserve. Met geen enkel feitelijk gegeven wordt aannemelijk gemaakt dat voor de betrokkenen de injectie en de afname elkaar in evenwicht houden. **Mochten tarief en vergoeding elkaar compenseren, dan zou zulks trouwens betekenen dat de tarifiering voor Elia geen enkele netto opbrengst oplevert en kan de tarifiering net zo goed achterwege blijven**".

Het Hof ziet bijgevolg geen voldoende, of toch geen voldoende onderbouwde link tussen de relatieve bijdrage die van de verschillende producenten en afnemers

---

<sup>3068</sup> Brussel 6 februari 2013, overweging 92.

<sup>3069</sup> Brussel 6 februari 2013, overweging 103: "[...]. Inzonderheid wordt niet ingegaan op de tegenwerping dat voor de primaire en de secundaire reserve, waarvan de kosten geheel aan de producenten worden ten laste gelegd, evenzeer de afname ten goede komt als de injectie en dat de kosten die op dat vlak voor de afname worden gemaakt kwalitatief en kwantitatief niet anders liggen dan voor de injectie. Evenmin wordt ingegaan, wat de zijde van de injectie betreft, op de grief dat de onevenwichten niet worden veroorzaakt door de stabiele producenten, maar de intermitterende productie, die op wisselende tijdstippen injecteert of niet injecteert, en dat voor het overige het onevenwicht overwegend aan de wisselende afname is toe te schrijven".

gevraagd wordt, en de mate waarin zij kosten veroorzaken en voordeel ondervinden van de ondersteunende diensten.<sup>3070</sup>

De rechtspraak van het Hof van beroep te Brussel is bijgevolg behoorlijk gewijzigd in die zin dat het Hof **geen terughoudende houding** meer aanneemt, waarbij het Hof het begrip "volle rechtsmacht" invult in die zin dat het op volle wijze toetst aan de feiten en aan het recht, maar ook af en toe de grenzen van de opportuniteit lijkt te raken.

**943.** Uit het arrest van **27 november 2013** blijkt zelfs dat het Hof bij reglementaire besluiten durft te stellen dat de regulator geen nieuwe beslissing kan nemen. In deze zaak is het beroep gericht tegen elf beslissingen die het directiecomité van de CREG, op 6 december 2012 heeft genomen over elf voorstellen ingediend door distributienetbeheerders "tot aanrekening van een netvergoeding voor decentrale productie-installaties  $\leq$  10 kW met een terugdraaiende teller" voor de exploitatiejaren 2013 en 2014:

"Anders uitgedrukt de CREG kan de netbeheerders geen juridisch instrument ter beschikking stellen om ten laste van de gebruikers van een elektriciteitsnet een toegangsprijs tot het net te vorderen, indien ze niet vooraf een methodologie heeft vastgesteld die voldoet aan het bepaalde in de § 5 van de artikelen 12 en 12bis op basis waarvan een tariefvoorstel door die netbeheerders kan worden geformuleerd. Dit beginsel wordt ook bevestigd door de EW, met name, wat de distributienetbeheerders betreft, in § 1 van artikel 12bis EW dat bepaalt dat de aansluiting, het gebruik van de infrastructuur en de elektrische systemen en, desgevallend, de ondersteunende diensten van de distributienetbeheerders het voorwerp uitmaken van tarieven voor het beheer van het distributienet. Hierin ligt noodzakelijk besloten dat die netbeheerders ten laste van de gebruikers van het net *geen andere betalingen kunnen vorderen dan met toepassing van een goedgekeurd tarief*. [...]. Zodoende keuren de bestreden beslissingen voor elk van de betrokken distributienetbeheerder impliciet een prijs voor toegang tot het distributienet goed, die de elektriciteitswet of een **krachtens deze wet door de CREG ontworpen tariefmethodologie niet kent**. Het enkele gegeven dat een eerder goedgekeurd tarief niet kan worden toegepast, aldus begrepen dat bepaald gebruik van het net eraan ontsnapt, wettigt niet dat voor de distributienetbeheerders een forfaitair bepaald vervangend inkomen wordt gecreëerd **waarvoor elke wettelijke grondslag ontbreekt**".

Het Hof voert hier een **wettigheidstoets** door waarbij het nagaat of de CREG een correcte wettelijke basis heeft gebruikt als rechtsgrond bij het nemen van de beslissingen. Het Hof komt tot de conclusie dat dit niet het geval is. De vraag werd verder aan het Hof gesteld of het mogelijk was om de beslissingen te bevestigen met "substitutie van motieven of om een andere modaliteit te beslissen waardoor de gevolgen van de bestreden beslissing gehandhaafd worden". Het Hof antwoordt dat er niet kan worden ingegaan op deze vraag:

"Immers, uit de bespreking van het eerste middel volgt dat er op datum van de bestreden beslissingen, noch op de datum waarop de zaak in beraad werd gesteld, een **rechtsgrond aanwijsbaar is** op basis waarvan aan de distributienetbeheerders een ander kostendekkend inkomen dan door de toepassing van een tarief, en thans met name het op 26 april 2012 goedgekeurd tarief, kan worden toegekend. **Evenmin als**

<sup>3070</sup> T. CHELLINGSWORTH en C. DELAGAYE, "Het arrest over de Elia-tarieven 2012-2015: een vernietigende handleiding voor toekomstige tariefregulering" (noot onder Brussel 6 februari 2013), *MER* 2013, afl. 4, (254) 268.

**dit voor de CREG het geval was, vermog het hof thans een afdoende rechtsgrond aan te wijzen op grond waarvan ten laste van de netgebruikers een 'netvergoeding' zou kunnen worden gevorderd. Uit het bovenstaande volgt ook dat bij ontstentenis van de vereiste rechtsgrond om de inhoud van de bestreden beslissingen als zodanig overeind te houden, de vraag van de CREG naar het retroactieve karakter van rechtsherstel na vernietiging van de beslissingen geen bestaansreden kan hebben".**

Het Hof maakt duidelijk dat het niet aan het rechtscollege zelf is om een afdoende rechtsgrond aan te wijzen, tegen de wettelijke regels in. Het Hof vernietigt daarop de beslissingen en stelt daarbij dat het niet aan de CREG is om opnieuw te beslissen:

**"Het staat niet aan de CREG om opnieuw te beslissen over de door de DNB's ingediende aanvragen aangezien in de huidige stand van de Vlaamse regelgeving een netvergoeding zoals ze door de DNB's wordt aangevraagd in elk geval niet kan worden toegekend.** Nu na de vernietiging van de bestreden beslissingen de CREG over de ingediende verzoeken **niet** anders zou kunnen **beslissen** dan ze te **verwerpen, kan het hof met toepassing van zijn volle rechtsmacht zelf aldus beslissen.** 67. De eisende partijen worden in het gelijk gesteld en bijgevolg dient verweerster te worden veroordeeld tot betaling van de gedingkosten, rechtsplegingvergoeding inbegrepen. Zij maken aanspraak op betaling van 9.000 euro, hetgeen minder is dan het geïndexeerde maximumbedrag dat kan worden toegekend voor een vordering die niet op geld waardeerbaar is. Daarenboven is ieder van de eisers gerechtigd op betaling van een rechtsplegingvergoeding, ongeacht of ze in dezelfde zin concluderen en of zij al dan niet door eenzelfde advocaat worden bijgestaan, zonder dat het geheel het dubbel van de maximale rechtsplegingvergoeding mag overtreffen (Cass. 3 mei 2012). Aldus zou in de voorliggende zaak de rechtsplegingvergoeding maximaal 22.000 euro kunnen bedragen".

Het Hof laat dus niet de ruimte aan de CREG zelf om op een andere rechtsgrond te beslissen (bv. 12bis, § 8, 8° EW, zoals aangevoerd door de DNB's) aangezien volgens het Hof ook die rechtsgrond ontoereikend is. Eerst moet de CREG volgens het Hof een nieuwe methodologie aannemen.

**944.** In een recent arrest van 25 maart 2015 lijkt het Hof echter een andere richting in te slaan. Daarbij verwijst het Hof meermaals naar de discretionaire beoordelingsmarge van de regulator inzake de tariefbevoegdheid.<sup>3071</sup> Het Hof benadrukt daarbij de beleidsmarge die de regulator heeft bij de uitoefening van de tarifaire bevoegdheid, inzonderheid bij de allocatie van kosten aan welbepaalde categorieën van netgebruikers. Het Hof gaat daarbij wel uitvoerig in op de omvang van het begrip "kostenreflectiviteit" en stelt dat het twee interpretaties kan hebben.<sup>3072</sup> Het Hof neemt in het arrest echter duidelijk een mildere en terughoudendere toon aan. Zo stelt het Hof bijvoorbeeld:

"De CREG en de derde tot en met zevende vrijwillig tussenkomende partijen wijzen er **terecht** op dat het vereiste dat de tarieven die de netbeheerder aanrekent kostenreflectief moeten zijn, betrekking heeft op de verhouding tussen de hoogte van de tarieven en de door de netbeheerder gemaakte kosten (§ 92)

<sup>3071</sup> Brussel 25 maart 2015, 2013/AR/1274, onuitg.

<sup>3072</sup> Zie D. VERHOEVEN, "Recente ontwikkelingen in het federale energierecht: *Europe strikes back*" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2014*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (51) 99.

Niet alleen is één-op-één doorrekening van kosten in tarieven niet verplicht, bovendien doet **de CREG op aanneembare feitelijke gronden** gelden dat de kosten die Elia oploopt voor uitvoering van haar wettelijke taken niet eenheid per eenheid toewijsbaar zijn aan de ene en de andere dienst dan wel netgebruiker (§ 94)

**Terecht** wijst de CREG erop dat zij, **gelet op haar onafhankelijkheid**, bij haar tariefbeslissing **rekening mag houden met de criteria die zij wenselijk acht**, tenzij zij aldus hiërarchisch hogere rechtsnormen zou overtreden. Zo kan de CREG niet worden verweten rekening te houden met een benchmarking met de andere landen (§ 103).

Het hof stelt vast dat deze benchmarking, **binnen de grenzen van de beleidsbevoegdheid van de CREG is gebeven**, en heeft **bijgedragen tot een coherente en door verifieerbare feiten gedragen motivering van de tarifiering die door de bestreden beslissing** wordt opgelegd (§ 106).

Het is niet nodig om in te gaan op kritiek die eiseressen formuleren op de wijze **waarop de CREG inhoudelijk haar beoordelingsbevoegdheid heeft uitgeoefend, voor zover die kritiek geen betrekking heeft op de miskenning van rechtsnormen, en dus niet tot vernietiging van de bestreden beslissing kan leiden** (§108).

Ook de motieven als grondslag van de tarieven voor ondersteunende diensten, die de CREG **binnen de marge van zijn beleidsbevoegdheid** in aanmerking mag nemen, moeten als **draagkrachtig en coherent** beschouwd worden, in functie van de beginselen van kostenreflectiviteit en niet-discriminatie [...]. (§ 111).

Een **kennelijke onevenredigheid**, die erin zou bestaan dat de belangen van eiseressen in de bestreden beslissing onvoldoende in aanmerking werden genomen, **kan aldus niet worden aangenomen** (§115)".

Hoewel het Hof hier duidelijk de feiten toetst zoals in lijn met de Europese rechtspraak (o.a. *Arcor* en *Tetra Laval*), legt het toch een grotere terughoudendheid aan de dag bij zijn beoordeling van de beslissing van de CREG in vergelijking met het arrest van 6 februari 2013. Het Hof maakt uitdrukkelijk melding dat de CREG heeft opgetreden binnen de **marge** van deze bevoegdheid en dat er geen kennelijke onevenredigheid aanwezig is. Het verzoek tot vernietiging van de beslissing van de CREG wordt dan ook **verworpen**. VERHOEVEN merkt op dat met dit arrest "een duidelijke bocht gemaakt lijkt t.o.v. eerdere arresten van dezelfde 18<sup>de</sup> kamer van het Hof, *weze dat het anders was samengesteld*".<sup>3073</sup> De vraag blijft natuurlijk of deze terughoudendheid inzake de beleidsmarge van de regulator uitzonderlijk was (o.a. door de andere samenstelling van het Hof, door een omstandigere motivering door de CREG, door het feit dat het Hof niet tot een vernietiging besluit en het arrest daardoor terughoudender is opgesteld, etc.) of dat het wel degelijk een nieuwe benaderingswijze aankondigt? Hoe het ook zij, dit arrest maakt duidelijk dat wanneer de regulator handelt op basis van een discretionaire bevoegdheid hij zijn argumenten zeer expliciet dient te **motiveren**. Deze procedurele transparantie garandeert ook net een effectievere rechterlijke bescherming (zie ook art. 37(16) richtlijn 2009/72/EG).<sup>3074</sup>

<sup>3073</sup> D. VERHOEVEN, "Recente ontwikkelingen in het federale energierecht: *Europe strikes back*" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2014*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (51) 100.

<sup>3074</sup> Zie artikelen 37(16) en 41(16) van de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG.

#### 2.3.4.3. Concluderend

**945.** Aanvankelijk stelt het Hof van beroep te Brussel zich terughoudender op en verwijst daarbij het nadrukkelijk naar de discretionaire bevoegdheden van de CREG, het principe van de scheiding der machten en de marginale toetsing. Het Hof stelt echter ook reeds van bij het begin vast dat uit de Elektriciteits- en Gaswet kan worden afgeleid dat het in het kader van zijn volle rechtsmacht (niet alleen bij administratieve geldboetes met een repressief karakter) beschikt over een algemene hervormingsbevoegdheid. De interpretatie van het begrip volle rechtsmacht volgens het Hof is ook steeds omschreven geweest als een toetsing **in feite en in rechte**, waarbij het Hof de beslissing kan **vernietigen** en **hervormen**, maar waarbij het **niet** de **opportuniteit** van de genomen beslissing kan controleren gelet op de discretionaire bevoegdheden van de CREG. Een hervorming van een beslissing is dus mogelijk, maar “ce pouvoir de réformation et de substitution doit être exercé à la lumière des critères rappelés ci-dessus: la cour ne peut pas contrôler la simple opportunité des décisions prises discrétionnairement par la CREG et le contrôle qu’elle exerce est limité en pratique par le caractère hautement technique de certaines décisions”.<sup>3075</sup> De rechter mag dus niet op de stoel van het bestuur gaan zitten. Het Hof heeft vandaag dan ook nagenoeg geen enkele inhoudelijke of discretionaire beslissing van de regulator echt hervormt.<sup>3076</sup> Dit omdat het Hof stelselmatig – en terecht – *expliciet* weigert om zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van die van de CREG. *Impliciet* durft het Hof evenwel soms te ver gaan bij zijn inhoudelijke beoordeling.

**946.** In verschillende arresten van 27 februari 2007 vernietigde het Hof maar liefst zeven beslissingen waarin de CREG, voor de berekening van de distributietarieven, lagere afschrijvingspercentages gehanteerd had dan de boekhoudkundig voorgeschreven percentages. Het Hof stelde o.a. dat de afschrijvingsvoet gebruikt door de netbeheerder niet door de CREG kon worden verworpen en dat de CREG ten onrechte een gerealiseerde bonus niet in aanmerking nam. De **omvang** en de **kwaliteit** van **de juridische technische verantwoording** door de regulator in een bepaalde beslissing is bijgevolg zeer bepalend voor de overlevingskansen van deze beslissingen, waarbij enkel een **zeer omstandige motivering** en verantwoording het Hof lijkt te doen besluiten dat de CREG binnen haar discretionaire beoordelingsmarge was gebleven.<sup>3077</sup>

**947.** In het arrest van 11 mei 2009 stelt het Hof dat het begrip volle rechtsmacht voornamelijk betrekking heeft op een ruime toetsing van het recht en op een diepgaande toetsing van de feiten – namelijk hun materiële juistheid,

<sup>3075</sup> Brussel 27 oktober 2006, *RABG* 2007, afl. 5, 296.

<sup>3076</sup> Enkel het arrest waarbij het Hof stelt dat de CREG geen nieuwe beslissing kan nemen gaat hier tegen in.

<sup>3077</sup> T. CHELLINGSWORTH en C. DELAGAYE, “Het arrest over de Elia-tarieven 2012-2015: een vernietigende handleiding voor toekomstige tariefregulering” (noot onder Brussel 6 februari 2013), *MER* 2013, afl. 4, (254) 270.

of de regulator de feiten niet kennelijk onjuist heeft beoordeeld, of de feiten betrouwbaar zijn en of ze wel onderling samenhangend zijn.<sup>3078</sup> Uiteindelijk besluit het Hof dat de CREG een onvolledige analyse maakte, waardoor zij een manifeste beoordelingsfout heeft gemaakt.

Het Hof verwijst ook regelmatig naar de **algemene beginselen van behoorlijk bestuur**,<sup>3079</sup> waarbij o.a. het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel stelselmatig aan bod komen. Bij de toetsing aan deze beginselen, zeker bij het redelijkheidsbeginsel, is de grens tussen legaliteit en opportuniteit soms echter vervaagd, hetgeen ook duidelijk uit de rechtspraak blijkt. Hoewel de CREG ook regelmatig aanvoert dat er sprake is van discretionaire bevoegdheden, kan bezwaarlijk geargumenteed worden dat het Hof steeds een *marginale toetsing* doorvoert van deze beginselen (over de toetsing aan de ABBB, *infra* nr. 1094 e.v.). De rechter moet in staat zijn om ten volle te toetsen aan de feiten en in recht, maar mag daarbij niet een louter opportuniteitsoordeel vellen.

**948.** In het arrest van 6 februari 2013 controleert het Hof terecht of er sprake is van een schending van de taalwetgeving in bestuurszaken, of er voldaan is aan de motiveringsplicht en of er een correcte rechtsgrond werd gebruikt. Elk van deze elementen maakt duidelijk deel uit van een wettigheidstoets en geven het Hof een voldoende basis om de beslissing van de CREG te vernietigen. Het Hof gaat echter verder en gaat **inhoudelijk** in op de vraag hoe drie verschillende elementen van het tarief geïnterpreteerd dienden worden. Het Hof bouwt telkens de overwegingen op door eerst eigen standpunten te formuleren, om daarna kort – ter rechtvaardiging – naar een wettelijke bepaling te verwijzen. VERHOEVEN stelt dat “deze standpunten (als verduidelijking van wat reeds meer en meer een onderliggende evolutie in de rechtspraak van het hof van beroep vormde) de aard zelf van het tarief in vraag [...] stellen”.<sup>3080</sup>

**949.** Deze inhoudelijke toetsing uitgevoerd door het Hof van beroep gaat verder dan enkel een wettigheidstoets (zoals uitgeoefend door het Hof van Cassatie) of een marginale toetsing (zoals wordt uitgevoerd door de Raad van State). De rechter mag daarbij in het kader van zijn volle rechtsmacht inderdaad ten volle toetsen aan de feiten en het recht, maar moet zich bij een toetsing aan de ABBB terughoudender opstellen. Dit impliceert dat de rechter zich bij zijn controle **niet mag begeven op het terrein van de opportuniteit** vermits dat

---

<sup>3078</sup> Dit zijn niet geheel dezelfde bewoordingen die de Raad van State gebruikt bij zijn eigen bevoegdheden; zie RvS 15 mei 2014, nr. 227.421, overw. 12: “Het komt aan de Raad van State binnen het raam van zijn wettigheidstoezicht niet toe om zelf een beoordeling te maken van het bewezen zijn van de ten laste gelegde feiten, noch van de kwalificatie ervan. De Raad van State is enkel bevoegd om desgevraagd na te gaan of de verwerende partij is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan op zorgvuldige wijze tot haar besluit is gekomen”.

<sup>3079</sup> Zie het volgende hoofdstuk.

<sup>3080</sup> D. VERHOEVEN, “Recente ontwikkelingen in het federaal energierecht - na de bevrizing komt de lente” in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX, *Jaarboek Energierecht 2012*, Antwerpen, Intersentia, (105) 167.



onverenigbaar is met de beginselen die de verhoudingen regelen tussen het bestuur en de rechtscolleges. Het arrest van 6 februari 2013 begeeft zich daarbij soms op de rand van het toelaatbare.

De rechter moet namelijk de discretionaire bevoegdheden van de regulator inzake reglementaire beslissingen respecteren en moet daarbij een gebalanceerde volle toetsing<sup>3081</sup> doorvoeren, waarbij hij de **feiten** moet controleren (in lijn met de Europese rechtspraak, cf. *Tetra Laval*)<sup>3082</sup>, de correcte juridische kwalificaties (met inbegrip van de ABBB) moet toetsen en moet nagaan of de beslissingen van de regulator **niet onredelijk** zijn. Deze toetsing kan enkel tot een **vernietiging** leiden, niet tot een hervorming. Het arrest van 25 maart 2015 vormt alvast een goed voorbeeld. Enkel bij een administratieve geldboete met een strafrechtelijk karakter is het mogelijk dat het Hof een uitgebreide proportionaliteitstoets doorvoert, waarna het ook de boete kan hervormen binnen de wettelijk gestelde marges.

**950.** Bij de reglementaire bevoegdheden beschikt de energieregulator over **ruimere** discretionaire bevoegdheden en een bepaalde **beleidsmarge**. Dit zorgt ervoor dat het principe van de scheiding der machten en de beginselen die de verhoudingen regelen tussen het bestuur en de rechtscolleges moeten verhinderen dat de rechter op de stoel van het bestuur gaat zitten en mee het **beleid** gaat bepalen. Bij reglementaire bevoegdheden (zoals het opstellen van de tariefmethodologie en de goedkeuring van de tariefvoorstellen) moet de rechter zich terughoudender opstellen dan bij de toetsing van een administratieve geldboete. De rechter kan evenwel toetsen aan de ABBB, waaronder ook het redelijkheids- en het motiveringsbeginsel vallen (*infra* nrs. 1103 en 1120). Een opportuniteitsoordeel en een hervormingsbevoegdheid bij reglementaire bevoegdheden zijn uitgesloten.

In het arrest nr. 117/2013 stelde het Grondwettelijk Hof ook duidelijk dat:

“De bevoegdheid **met volle rechtsmacht** waarover het Hof van Beroep te Brussel beschikt om uitspraak te doen over de beroepen waarin de bestreden bepalingen voorzien, maakt het dat Hof van Beroep **niet mogelijk zich te begeven op het terrein van de opportuniteit**, wat onverenigbaar zou zijn met de beginselen die de verhoudingen regelen tussen het bestuur en de rechtscolleges. Zij maakt het dat Hof daarentegen mogelijk de beslissingen van de CREG te **vernietigen en te herzien**, uitspraak te doen over de **grond** van het geschil door de **externe en interne wettigheid** van die beslissingen na te gaan en door te onderzoeken of die **in feite gegronde** zijn, uitgaan van **correcte juridische kwalificaties** en **niet kennelijk onevenredig** zijn in het licht van de aan de CREG voorgelegde elementen. De uitoefening van een dergelijke controle **tast het beginsel van de scheiding der machten niet aan**”.<sup>3083</sup>

<sup>3081</sup> Waarbij deze toets zich bevindt tussen een louter marginale toetsing (waarbij enkel een wettigheidstoets wordt uitgevoerd, maar waarbij de rechter niet de feiten beoordeelt) en een extreem verregaande volle rechtsmacht (waarbij ook de opportuniteit van een beslissing wordt beoordeeld).

<sup>3082</sup> Zie verder.

<sup>3083</sup> GwH augustus 2013, nr. 117/2013, overweging B.36.4.

**951.** De toetsing die het Hof van beroep te Brussel dient te hanteren omvat elementen van zowel een volle rechtsmacht (volle toetsing aan de feiten en het recht), maar mét een terughoudende beoordelingstechniek gelinkt aan de marginale toetsing. De marginale toetsing door de rechter heeft met andere woorden betrekking op de manier waarop de rechter zijn toetsing verwoordt: of hij in terughoudende bewoordingen optreedt en niet op een dwingende manier zijn standpunten ventileert of oplegt. De rechter kan bij de volle rechtsmacht ten volle toetsen aan de feiten en het recht, maar moet daarbij **ruimte** laten aan het bestuur om nadien, binnen diens beleidsrange, een nieuwe beslissing te kunnen nemen, uiteraard binnen het wettelijk kader en binnen het (ruimere geformuleerde) kader van het arrest. Dit resulteert erin dat wanneer de rechter in het kader van deze volle rechtsmacht (1) de beslissing van de regulator niet vernietigt, dit vaak zal zijn omwille van het "niet kennelijk onredelijk zijn" van de beslissing; (2) de beslissing van de regulator wel vernietigt, dit zal zijn omwille van een "onredelijke" beslissing. Ook dit lijkt evenwel in lijn te liggen met de rechtspraak van het Hof van beroep te Brussel op dit moment.

### **3. Beroepsprocedure voor de VREG, CWaPE en BRUGEL**

#### **3.1. VREG: Hof van beroep te Brussel**

**952.** Aanvankelijk waren de Raad van State (objectief contentieux) en de rechtbanken van eerste aanleg (subjectief contentieux) bevoegd voor de rechterlijke controle op de beslissingen van de VREG. De Raad van State verklaarde zich daarbij frequent zonder rechtsmacht, o.a. met betrekking tot administratieve geldboetes wegens het niet-nakomen van verplichtingen inzake groenestroomcertificaten, aangezien de Raad stelde – op basis van het Elektriciteitsdecreet (oud) - dat niet hij, maar wel de rechtbank van eerste aanleg bevoegd was.<sup>3084</sup> Tot voor kort stelde de Raad bovendien ook dat hij onbevoegd was omdat de VREG, bij het nemen van deze beslissingen, handelde op basis van een volledig gebonden bevoegdheid, zodat er sprake was van een subjectief recht en alleen de burgerlijke rechtbanken krachtens artikel 144 van de Grondwet bevoegd zijn.<sup>3085</sup>

---

<sup>3084</sup> O.a. RvS 9 november 2009, nr. 197.672; W. VANDENBERGHE, "De controle van de Raad van State op het opleggen van administratieve geldboetes door de VREG" (noot onder RvS 9 november 2009), *MER* 2010, afl. 1, (13) 15-16.

<sup>3085</sup> RvS 1 februari 2010, nr. 200.287, overw. 11: "Uit voormelde bepalingen volgt dat de toekenning van groenestroomcertificaten voor de elektriciteit, geproduceerd uit hernieuwbare energiebronnen, een subjectief recht is dat rechtstreeks aan de rechthebbende toekomt indien deze aan de wettelijke en reglementaire voorwaarden voldoet. De bevoegdheid van de verwerende partij ter zake is volledig gebonden. De beslissing om de toekenning van groenestroomcertificaten op te schorten in afwachting van een verklaring voor de vastgestelde afwijkende meterstand, stoelt niet op de uitoefening van enige discretionaire bevoegdheid door de verwerende partij, maar heeft als werkelijk voorwerp de omvang van het subjectief recht waarop verzoeker aanspraak meent te kunnen maken. Uit de artikelen 144 en 145 van de Grondwet volgt dat de geschillen over subjectieve rechten - altijd, wat de geschillen over burgerlijke rechten betreft, en in principe, wat de geschillen over politieke rechten betreft - tot de bevoegdheid van de hoven en rechtbanken behoren. Onder voorbehoud van een toewijzing van bevoegdheid inzake politieke rechten, is de Raad van State dan ook niet bevoegd om kennis te nemen van beroepen tot nietigverklaring waarvan het werkelijke en rechtstreekse voorwerp een geschil over subjectieve rechten betreft".

Via artikel 20 van het decreet van 27 november 2015 werd het rechterlijk toezicht op de beslissingen van de VREG gewijzigd.<sup>3086</sup> Art. 4.1.34 van het Energiedecreet bepaalt nu dat:

“Tegen de beslissingen die de VREG met toepassing van titel IV, hoofdstuk I, afdeling XII, heeft genomen, kan door iedere persoon die een belang aantoonst, beroep aangetekend worden voor het Hof van Beroep te Brussel, dat zetelt zoals in kort geding. Het Hof van Beroep kan op verzoek van een partij of op eigen initiatief oordelen dat de rechtsgevolgen van de geheel of gedeeltelijk vernietigde beslissing geheel of gedeeltelijk in stand blijven of voorlopig in stand blijven voor een termijn die het bepaalt. Deze maatregel kan evenwel enkel worden bevolen om uitzonderlijke redenen die een aantasting van het legaliteitsbeginsel rechtvaardigen, bij een met bijzondere redenen omklede beslissing en na een tegensprekelijk debat. Deze beslissing moet ook rekening houden met de belangen van derden”.

Belangrijk om op te merken is dat er geen melding wordt gemaakt van **de volle rechtsmacht**. In de parlementaire voorbereiding valt enkel het volgende te lezen:

“Parallel aan het beroepsmechanisme dat op federaal niveau reeds bestaat, voert dit decreet een beroepsmechanisme tegen de tariefbeslissingen van de VREG in bij het Hof van Beroep te Brussel zetelend zoals in kort geding. Indien dit decreet immers expliciet geen beroepsinstantie zou aanduiden, zou dit immers betekenen dat geschillen tegen tariefbeslissingen van de VREG, zijnde administratieve rechtshandelingen, zouden moeten worden aangevochten bij de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State. De vraag is of dit wel optimaal is, te meer daar zowel de federale overheid in de Elektriciteits- en de Gaswet alsook de andere gewesten in hun tariefregelgeving, om redenen van **flexibiliteit** ervoor gekozen hebben dergelijke geschillen voor te leggen aan een Hof van Beroep (federaal en Brusselse Hoofdstedelijke Gewest: het Hof van Beroep te Brussel; het Waalse Gewest: het Hof van Beroep te Luik). [...]. **Het beroep tegen de tariefbeslissingen bij het Hof van Beroep te Brussel biedt de volgende voordelen:** – de reeds verworven specialisatie van het Hof van Beroep van Brussel op tarifair gebied wordt behouden. Dit voordeel werd bevestigd in het advies van de Raad van State met betrekking tot de Brusselse tariefordonnantie (advies nr. 55.179/AG/3, pagina 6); – de invoering van een effectief annulatieberoep bij een rechtsmacht die de mogelijkheid heeft om kennis te nemen van alle vragen in feite en in rechte; – eenvormigheid van de rechtspraak die van toepassing is in de energiesector; – vereenvoudiging van de beroepsmogelijkheden ter zake; – snelheid van de procedure; – versterking van de rechtszekerheid. [...]. Het feit dat de procedure zal geschieden ‘zoals in kort geding’ heeft als voordeel dat de urgentie hier wettelijk wordt vermoed en niet moet worden aangetoond”. [...]. Aan de inhoud van die procedures wordt evenwel door dit decreet bewust niet getornd, zodat de weerslag van de betrokken bepalingen op die aangelegenheid slechts marginaal is”.<sup>3087</sup>

Hoewel artikel 4.1.34 van het decreet niet uitdrukkelijk vermeldt dat het Hof over volle rechtsmacht beschikt, maakt de memorie van toelichting toch melding van het feit dat er sprake is van “de invoering van een effectief annulatieberoep bij een rechtsmacht die de mogelijkheid heeft om kennis te nemen van **alle vragen in feite en in rechte**”. Dit komt met andere woorden neer op een volle rechtsmacht. Daarbij moet worden opgemerkt dat er geen sprake is van een schorsingsmogelijkheid door het Hof (cf. bij de CREG: “Het hof van beroep te Brussel waarbij een beroep aanhangig wordt gemaakt, kan evenwel, alvorens recht te doen, de schorsing bevelen van de tenuitvoerlegging van de beslissing

<sup>3086</sup> Decr. 27 november 2015 houdende diverse bepalingen inzake energie, *BS* 10 december 2015.

<sup>3087</sup> Ontwerp van decreet houdende diverse bepalingen inzake energie, *Parl.St.* VI.Parl. 2014-2015, nr. 461/1, 7-8.

die het voorwerp uitmaakt van het beroep als de aanvrager ernstige middelen inroept die de vernietiging of hervorming van de beslissing kunnen rechtvaardigen”). De rechter kan er wel voor opteren om de gevolgen van een vernietigde beslissing te handhaven, zij het onder voorwaarden.

### 3.2. CWaPE: Hof van beroep te Luik

**953.** Bij de CWaPE werd met het Waals Decreet van 11 april 2014 paragraaf 14 van art. 12*bis* van de federale Elektriciteitswet aangepast tot:

“Tegen de door de CWaPE **vastgestelde tariefmethodologie** alsook tegen de door haar genomen **beslissingen in uitvoering van deze tariefmethodologie**, kan een beroep worden ingesteld door elke persoon die een belang aantoonst bij het hof van beroep te Luik met toepassing van artikel 29*bis*. Zulk beroep kan onder andere worden ingesteld indien: de beslissing van de CWaPE de richtsnoeren bedoeld in dit artikel niet in acht neemt; de beslissing van de CWaPE niet in overeenstemming is met het algemene energiebeleid, zoals gedefinieerd in de Europese, federale en gewestelijke wet- en regelgeving; de beslissing van de CWaPE niet de noodzakelijke middelen waarborgt voor de realisatie van de investeringen van de distributienetbeheerders of de uitvoering van hun wettelijke opdrachten”.

In de parlementaire voorbereiding bij het decreet van 11 april 2014 werd duidelijk gemaakt dat de keuze voor het Hof van beroep te Luik ingegeven is door het feit dat ditzelfde Hof reeds beslist over geschillen inzake beslissingen van de *Chambre des litiges* van de CWaPE (art. 49*bis* van het Waals Elektriciteitsdecreet).<sup>3088</sup> Het Hof beschikt daarbij ook reeds over volle rechtsmacht.<sup>3089</sup>

### 3.3. Brugel: Hof van beroep te Brussel

**954.** Door artikel 8 van de ordonnantie van 8 mei 2014<sup>3090</sup> werd een artikel 9*septies* ingevoegd bij de Elektriciteitsordonnantie, dat bepaalt:

“§ 1 Tegen de beslissingen die door Brugel op basis van afdeling IIquater worden genomen kan beroep aangetekend worden door iedere persoon die een belang aantoonst voor het **Hof van beroep te Brussel zetelend zoals in kort geding**. § 2 De procedure georganiseerd door de artikelen 29*bis*, § 2, en 29quater van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt is van toepassing in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest voor de beroepen bedoeld in paragraaf 1”.

<sup>3088</sup> Project de décret modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité, *Parl. St. Wl. Parl.* 2013-2014, nr. 1020/1, 50.

<sup>3089</sup> Art. 49*bis*, § 5 van het Waals Elektriciteitsdecreet: Les décisions de la Chambre des litiges peuvent, dans les soixante jours qui suivent la date de leur notification, faire l'objet d'un recours de pleine juridiction devant la Cour d'appel de Liège statuant comme en référé. De même, à défaut de décision de la chambre des litiges dans le délai fixé par le § 3, la partie la plus diligente peut porter le différend devant la Cour d'appel de Liège, dans les soixante jours qui suivent la date d'expiration du délai fixé par le § 3. Le Gouvernement peut intervenir à la cause, sans toutefois que cette intervention ne puisse retarder la procédure. Le recours visé à l'alinéa 1<sup>er</sup> n'est pas suspensif. Pour l'ensemble des aspects ayant trait à la procédure devant la Cour d'appel de Liège, le Code judiciaire est applicable”.

<sup>3090</sup> Ord. Br. 8 mei 2014 tot wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en van de ordonnantie van 1 april 2004 betreffende de organisatie van de gasmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, betreffende wegensretributies inzake gas en elektriciteit en houdende wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, *BS* 11 juni 2014.

De memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot wijziging van de Elektriciteits- en Gasordonnanties bepaalt dat er, parallel met het beroepsmechanisme dat op federaal niveau bestaat, een beroepsmechanisme ingevoerd wordt bij het Hof van beroep te Brussel zetelend zoals in kort geding tegen de tariefbeslissingen van Brugel. Het beroep tegen de tariefbeslissingen bij het Hof van beroep te Brussel biedt volgens de memorie volgende voordelen: (1) reeds verworven specialisatie van het hof van beroep van Brussel op tarifair gebied; (2) de invoering van een effectief annulatieberoep bij een rechtsmacht die de mogelijkheid heeft om kennis te nemen van alle vragen in feite en in rechte; (3) eenvormigheid van de rechtspraak die van toepassing is in de energiesector; (4) vereenvoudiging van de beroepsmogelijkheden ter zake; (5) snelheid van de procedure; (6) versterking van de rechtszekerheid.<sup>3091</sup>

Het voorontwerp bepaalde op bijzonder gedetailleerde wijze de **procedure** voor het Hof van beroep te Brussel.<sup>3092</sup> De Raad van State stelde in zijn advies echter dat "de gewesten, *ratione materiae*, in beginsel niet bevoegd zijn om de bevoegdheid van de hoven en de rechtbanken te bepalen, tenzij zij een beroep kunnen doen op artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Daartoe is vereist dat een dergelijke regeling noodzakelijk kan worden geacht voor de

---

<sup>3091</sup> MvT bij ontwerp van ordonnantie tot wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en van de ordonnantie van 1 april 2004 betreffende de organisatie van de gasmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, betreffende wegenisretributies inzake gas en elektriciteit en houdende wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, *Parl.St. Bru.Parl. 2013-2014, nr. A-534/1, 9-10.*

<sup>3092</sup> "Art. 9septies: Tegen de beslissingen die door Brugel krachtens afdeling IIquater worden genomen kan beroep aantekend worden door iedere persoon die een belang aantoont voor het Hof van beroep te Brussel zetelend zoals in kort geding. Aan het Hof van Beroep wordt de grond van de zaak voorgelegd en dat Hof doet uitspraak met volle rechtsmacht. Het beroep heeft geen schorsende werking. Het hof van beroep te Brussel waarbij een beroep aanhangig wordt gemaakt kan evenwel, alvorens recht te doen, de schorsing bevelen van de tenuitvoerlegging van de beslissing die het voorwerp uitmaakt van het beroep als de aanvrager ernstige middelen inroep die de vernietiging of hervorming van de beslissing kunnen rechtvaardigen en als de onmiddellijke tenuitvoerlegging ervan hem een ernstig en moeilijk te herstellen nadeel dreigt te berokkenen. Zo ook kunnen alle personen die een belang hebben een beroep aanhangig maken bij het hof van beroep te Brussel en de schorsing vragen van de tenuitvoerlegging van alle beslissingen van Brugel genomen met toepassing van sectie IIquater waardoor Brugel de ordonnantie zou overtreden. Op de vordering tot schorsing doet het hof uitspraak met voorrang boven alle andere zaken. Een vordering tot schorsing kan niet worden ingeleid zonder dat een vordering ten gronde wordt ingeleid. Het beroep wordt, op straffe van onontvankelijkheid, die ambtshalve wordt uitgesproken, ingesteld bij ondertekend verzoekschrift dat wordt neergelegd ter griffie van het hof van beroep te Brussel binnen een termijn van dertig dagen vanaf de kennisgeving van de beslissing of, voor de belanghebbenden aan wie de beslissing niet ter kennis is gebracht, binnen een termijn van dertig dagen vanaf de publicatie van de beslissing, of, bij ontstentenis van publicatie, binnen een termijn van dertig dagen vanaf de kennisneming ervan. Het verzoekschrift wordt ter griffie neergelegd in zoveel exemplaren als er betrokken partijen zijn. Binnen de drie werkdagen die volgen op de neerlegging van het verzoekschrift, wordt hiervan kennis gegeven via gerechtsbrief door de griffie van het hof van beroep aan alle partijen die door de verzoeker bij de zaak worden betrokken. De griffie van het Hof van beroep vraagt aan Brugel het administratief dossier betreffende de aangevochten akte bij de griffie neer te leggen, met het verzoekschrift. De neerlegging van het administratief dossier geschiedt ten laatste de dag van de inleidingzitting, zonder dat de termijn tussen de ontvangst van het verzoekschrift door Brugel en de inleidingzitting evenwel korter mag zijn dan tien dagen. In geval van uiterste hoogdringendheid kan het Hof van beroep de termijn voor de indiening van het administratief dossier inkorten, zonder dat deze termijn evenwel korter mag zijn dan vijf dagen na de ontvangst van het verzoekschrift. Het administratief dossier kan door de partijen worden geraadpleegd bij de griffie van het Hof van beroep vanaf de neerlegging ervan en tot de sluiting der debatten. Op ieder ogenblik kan het Hof van beroep te Brussel ambtshalve alle andere partijen, wier toestand beïnvloed dreigt te worden door de beslissing die het voorwerp uitmaakt van het beroep, uitnodigen in het geding tussen te komen. Deel IV, Boek II, Titel III, Hoofdstuk VIII van het Gerechtelijk Wetboek is van toepassing op de procedure voor het Hof van beroep te Brussel. Het hof van beroep te Brussel stelt de termijnen vast waarbinnen de partijen elkaar hun schriftelijke opmerkingen meedelen en een kopie ervan neerleggen ter griffie. Het Hof bepaalt eveneens de datum van de debatten. Het Hof van beroep te Brussel beslist binnen een termijn van zestig dagen na de neerlegging van het in alinea 4 beoogde verzoekschrift", zie ontwerp van ordonnantie tot wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en van de ordonnantie van 1 april 2004 betreffende de organisatie van de gasmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, betreffende wegenisretributies inzake gas en elektriciteit en houdende wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, *Parl.St. Bru.Parl. 2013-2014, nr. A-534/1, 38-39.*

uitoefening van de bevoegdheden van het gewest, dat de aangelegenheid waarvoor de federale overheid bevoegd is zich tot een *gedifferentieerde regeling* leent, en dat de *weerslag* van de betrokken bepalingen op die *aangelegenheid slechts marginaal* is (GwH 14 mei 2003, nr. 58/2003, B.5.3; GwH 17 december 2003, nr. 171/2003, B.3.3; GwH 29 juli 2010, nr. 91/2010, B.3.3)".<sup>3093</sup> De Raad van State benadrukte dat in dit geval diende te worden vastgesteld dat de voorgestelde regeling in essentie neerkwam op de voortzetting van de bestaande federale regeling, waarbij de tariefbeslissingen van de CREG kunnen worden aangevochten voor datzelfde hof van beroep te Brussel (zie artikel 605<sup>quater</sup>, 1° en 3°, van het Gerechtelijk Wetboek). De Raad merkte op dat het ontwerp niet beperkt bleef tot het aanvullen van artikel 605<sup>quater</sup> van het Gerechtelijk Wetboek, maar dat het ontworpen artikel 9<sup>septies</sup> ertoe strekte op een uitvoerige wijze zelf de volledige rechtspleging voor het hof van beroep te Brussel te regelen. De Raad stelde dat "daartoe [...] een bijkomende verantwoording [zou] moeten kunnen worden gegeven op basis van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, doch waarvan de afdeling Wetgeving niet inziet waaruit die verantwoording wel kan bestaan". Omwille van dit advies werd het uiteindelijke artikel 9<sup>septies</sup> dan ook bijzonder summier opgesteld, waarbij verwezen wordt naar de Elektriciteitswet (zodat de weerslag van het artikel slechts *marginaal* is).

#### **4. Concluderend: een effectieve en efficiënte beroepsprocedure?**

**955.** In de parlementaire voorbereiding bij de diverse wetgevende akten die de beroepsprocedures instellen bij het Hof van beroep te Brussel en te Luik wordt telkens gewezen op de voordelen van deze nieuwe procedures. De procedure zou daarbij o.a. volgende voordelen bieden:

- 1) de specialisatie van het Hof van beroep (op tarifair gebied);
- 2) de invoering van een effectief annulatieberoep bij een rechtsmacht die de mogelijkheid heeft om kennis te nemen van alle vragen in feite en in rechte, in het kader van de volle rechtsmacht;
- 3) De eenvormigheid van de rechtspraak die van toepassing is in de energiesector;
- 4) De vereenvoudiging van de beroepsmogelijkheden ter zake;
- 5) De snelheid van de procedure;
- 6) De versterking van de rechtszekerheid.

De vraag is nu of deze voordelen inderdaad een effectievere rechtsbescherming opleveren ten aanzien van het klassieke beroep dat normaal gezien openstaat tegen rechtshandelingen van overheden, namelijk het vernietigingsberoep bij de Raad van State.

---

<sup>3093</sup> Adv.RvS. nr. 55.179 van 28 januari 2014 bij ontwerp van ordonnantie tot wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en van de ordonnantie van 1 april 2004 betreffende de organisatie van de gasmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, betreffende wegenisretributies inzake gas en elektriciteit en houdende wijziging van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, *Parl.St. Bru.Parl.* 2013-2014, nr. A-534/1, 54.

**956.** Wat het **eerste** voordeel betreft moet inderdaad erkend worden dat het Hof van beroep te Brussel een ruime specialisatie ter zake heeft verworven inzake regulatoire beslissingen, en dit niet alleen met betrekking tot energie maar bijvoorbeeld ook inzake telecom. Ook de Raad van State moet evenwel als voldoende competent erkend worden om dergelijk zaken te kunnen beoordelen. Bovendien heeft een beoordeling door de Raad ook als voordeel dat er een verslag en advies is van het auditoraat.

**957.** Het **tweede** voordeel – hetgeen in hoofdzaak het belangrijkste argument vormde ter ondersteuning van de bevoegdheid van het Hof – wordt in dit onderzoek eveneens erkend. Het Hof beschikt over ruime bevoegdheden in feite en in rechte om geschillen ten gronde te beslechten. Uit het arrest van 20 juli 2012 van de Raad van State blijkt ook dat bij de toetsing aan het redelijkheidsbeginsel, de “marginale toetsing” als richtsnoer voor de rechter niet zo mag worden opgevat dat een bestuur best nog “een beetje” onredelijk mag zijn. Ook VANDAELE moet uiteindelijk vaststellen dat in de praktijk de marginale toetsing door de Raad niet “marginaal” te noemen is en daarbij een grijze zone dekt van opportuniteitstoetsing waarvan de omvang varieert naargelang van de zaak.<sup>3094</sup> Wat de toetsingsstandaard betreft, beschikken zowel het Hof van beroep als de Raad van State in principe over dezelfde mogelijkheden: een volle toets aan de feiten en het recht, waaronder ook het redelijkheidsbeginsel (als ABBB).<sup>3095</sup> Gelet op het feit dat artikel 37(16) van de richtlijn 2009/72/EG stelt dat “de door de regulerende instantie genomen besluiten volledig worden gemotiveerd en verantwoord, teneinde door de rechter te kunnen worden getoetst”, lijkt het niet meer dan logisch dat deze volledige motivering en verantwoording ook volledig door de rechter (*teneinde*) moet kunnen worden getoetst... Door de hervormingen uit 2014, had men ook uitdrukkelijk – onder artikel 16 RvS-wet – de Raad van State bevoegd kunnen maken om met volle rechtsmacht uitspraak te doen.<sup>3096</sup> Deze “volle rechtsmacht” is echter uitdrukkelijk gericht op de hervorming,<sup>3097</sup> en niet zozeer op de volle rechtsmacht die slaat op een volle toets aan de feiten en het recht. Dit bevestigt BOULLART zijn standpunt dat de ene volle rechtsmacht, de andere niet is... Art. 16 RvS-wet zou dan ook enkel gebruikt kunnen worden om de administratieve

<sup>3094</sup> A.S. VANDAELE, *De volle rechtsmacht bij de beoordeling van bestuurshandelingen*, Brugge, die Keure, 2014, 71.

<sup>3095</sup> Met dit verschil dat het Hof van beroep te Brussel (en de rechtbanken van eerste aanleg) de administratieve geldboetes met repressief karakter kunnen hervormen binnen de wettelijk gestelde grenzen, terwijl de Raad van State deze enkel kan vernietigen (hoewel men dit uiteraard ook kon mogelijk maken door de administratieve geldboeten opgelegd door de energieregulatoren uitdrukkelijk onder artikel 16 RvS-wet te plaatsen).

<sup>3096</sup> Hoewel deze volle rechtsmacht bij de Raad van State nu uitdrukkelijk wordt gezien als gericht op een hervorming (zie KB 25 april 2014 tot bepaling van de gemeenrechtelijke procedureregels die toepasselijk zijn op de rechtsplegingen vóór de Raad van State waarin met volle rechtsmacht uitspraak wordt gedaan, *BS* 16 juni 2014: “Thans zijn een aantal specifieke gevallen waarin de Raad van State met volle rechtsmacht uitspraak doet, dit wil zeggen waarin de Raad beslissingen van de overheid kan herzien”), en niet zozeer de volle rechtsmacht die betrekking heeft op een volle toets aan de feiten en het recht. Dit bevestigt BOULLART zijn standpunt dat de ene volle rechtsmacht, de andere niet is...

<sup>3097</sup> KB 25 april 2014 tot bepaling van de gemeenrechtelijke procedureregels die toepasselijk zijn op de rechtsplegingen vóór de Raad van State waarin met volle rechtsmacht uitspraak wordt gedaan, *BS* 16 juni 2014: “Thans zijn een aantal specifieke gevallen waarin de Raad van State met volle rechtsmacht uitspraak doet, dit wil zeggen waarin de Raad beslissingen van de overheid kan herzien”.

geldboetes opgelegd door de regulatoren te kunnen hervormen.<sup>3098</sup> De reglementaire besluiten zouden moeten vallen onder het annulatie-contentieux. Zowel een beroep bij het Hof van beroep als bij de Raad van State kan de "invoering van een effectief annulatieberoep bij een rechtsmacht die de mogelijkheid heeft om kennis te nemen van alle vragen in feite en in rechte, in het kader van de volle rechtsmacht" garanderen.

Hoewel beide rechtscolleges in de regel dus eenzelfde toetsing kunnen doorvoeren, heeft de keuze voor het Hof van beroep te Brussel toch een impact gehad op de uitkomst van de beroepen tegen beslissingen van de CREG. Onderzoek van het Rekenhof toont aan dat de Raad van State slechts één enkel beroep had ingewilligd en 31 beroepen had verworpen of onontvankelijk verklaard. In 273 beroepen deed de tegenpartij afstand van geding. Het Hof van beroep daarentegen willigde 76 keer een beroep in, tegenover 13 verworpen beroepen en 196 beroepen waar afstand van geding werd gedaan.<sup>3099</sup> Anno 2012 stelden VERHOEVEN en LECOQUE vast dat de statistieken van de beroepen bij het Hof van beroep (18<sup>de</sup> kamer) een vernietigingspercentage aan van 95 % aantoonde bij zaken met een einduitspraak.<sup>3100</sup> Eind 2010 nam de CREG zelfs het ongebruikelijke initiatief om magistraten van het Hof van beroep te Brussel en het Hof van Cassatie aan te schrijven met een kritische analyse van de rechtspraak van de kamer die de meeste beroepen behandelde, omdat volgens de CREG het vermoeden van onpartijdigheid van het Hof in het gedrang dreigde te komen. Dit initiatief kwam er volgens de regulator in een periode waar bepaalde netbeheerders systematisch beroep instelden tegen de tarifaire beslissingen van de CREG. De argumenten van de CREG werden quasi altijd verworpen door het Hof van beroep, zodat de CREG zich zelfs niet meer kon schikken naar eerder uitgesproken rechtspraak. Daardoor werd volgens de CREG haar tarifaire bevoegdheid verlamd.<sup>3101</sup> De CREG nuanceert dit vandaag ook enigszins en stelt dat dit hoge percentage ook verband houdt met het feit dat de regulator zijn bevoegdheden vervat in het derde liberaliseringspakket ruim interpreteerde, terwijl het Hof van beroep dit veel strikter doet. De klemtoon ligt op interpreteerde, aangezien de CREG vandaag een koerswijziging heeft doorgevoerd. Volgens de CREG is de situatie sindsdien dus veranderd en moet de analyse uit 2010 worden gerelativeerd. Ten dele heeft de CREG een koerswijziging uitgevoerd, ten dele spelen externe factoren mee.<sup>3102</sup> De

<sup>3098</sup> Art. 16, lid 2 Rvs-wet: Het arrest van de afdeling bestuursrechtspraak kan de beslissing genomen door de overheid of het administratief rechtscollege hervormen. In dat geval treedt het arrest in de plaats van die beslissing.

<sup>3099</sup> Stand van zaken op 26 november 2014, zie Rekenhof, "Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 47.

<sup>3100</sup> D. VERHOEVEN en D. LECOQUE, "Recente ontwikkelingen in het federaal energierecht" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2011*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (23) 65. Zie voor een overzicht: <http://www.creg.be/pdf/jurisprudence/jurisprud.pdf>.

<sup>3101</sup> Rekenhof, "Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 48.

<sup>3102</sup> Wat deze externe factoren betreft stelt de CREG eerst en vooral dat financiële elementen een rol spelen (minder financiële mogelijkheden voor de CREG om in rechte haar belangen te verdedigen). Daarnaast werd, voor Franstalige beroepen, een andere kamer van het hof van beroep te Brussel bevoegd (de kamer waarmee een meningsverschil



koerswijziging van de CREG houdt o.a. verband met het arrest nr. 117/2013 van het Grondwettelijk Hof, waarin het Hof de regulator op verschillende punten ongelijk heeft gegeven over de omzetting van het derde energiepakket in nationale wetgeving. Volgens de CREG heeft het Hof daarmee de restrictieve interpretatie van haar bevoegdheden door het Hof van beroep bevestigd.<sup>3103</sup> De koerswijziging van de CREG houdt in dat de regulator er nu eerder voor opteert om in permanente dialoog te treden met alle belanghebbenden. Op die manier wordt gezocht naar oplossingen, zonder dat daar noodzakelijk beroepsprocedures aan worden gekoppeld. Dit hangt samen met de uitgebreidere consultatieprocedure die de wetgever in 2012 invoerde, die volgens de CREG potentiële problemen van bij de bron voorkomt en leidt tot een betere motivering van beslissingen. De CREG heeft ook ingestemd met dadingen met actoren die haar stelselmatig voor het gerecht daagden. Deze huidige probleem-vermijdende of preventieve houding van de CREG inzake mogelijke juridische geschillen valt binnen de discretionaire beheersmarge van de regulator. Het lijkt er dan ook op dat – waar tot voor kort het Hof en de CREG frontaal tegenover elkaar stonden – recentelijk de tendensen eerder wijzen op een meer **gebalanceerde verhouding** tussen het Hof van beroep en de CREG. De regulator heeft daarbij zijn preventieve aanpak (vóór het nemen van een beslissing) versterkt, zijn vroegere motivering in rechte verlaten,<sup>3104</sup> en zijn beslissingen ook op uitvoerigere en technischere wijze gemotiveerd. Ook het Hof van beroep te Brussel lijkt zich in de laatste arresten (vanaf 2015-2016) iets terughoudender op te stellen en meer ruimte te laten voor de (gemotiveerde) keuzes van de regulator.

**958.** Ook het **derde** voordeel, de **eenvormigheid**, is een (bijzonder) weinig overtuigend argument aangezien enkel bij de CREG het Hof van beroep inzake **alle** beslissingen bevoegd is,<sup>3105</sup> waarbij voor de VREG en Brugel het Hof enkel bevoegd is inzake de tariefmethodologie en de tariefbeslissingen, terwijl het gemeen recht nog steeds van toepassing is voor alle andere beslissingen en

---

bestond blijft bevoegd voor Nederlandstalige beroepen). Tot slot had het merendeel van de beroepen betrekking op distributietarieven, een bevoegdheid die is overgedragen aan de regionale energieregulators.

<sup>3103</sup> Rekenhof, "Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 48.

<sup>3104</sup> Waarbij de CREG vaak aanvoerde dat in het algemeen de bestreden administratieve beslissing de essentie van haar reguleringsbevoegdheid betrof en dat hij als regulator hierbij over zeer ruime discretionaire bevoegdheid beschikte.

<sup>3105</sup> In de memorie van toelichting bij de hogervermelde wet van 2005 werd gesteld dat de toenmalige limitatieve opsomming de daden van de CREG betrof "waartegen uitsluitend bij het hof van beroep een beroep kan worden ingesteld" (*Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1895/1, 11). Ook bij parlementaire voorbereiding wet 8 januari 2012 stelt dat "elke beslissing van de CREG terzake (cf. gesloten industrieel net) kan het voorwerp uitmaken van een beroep bij het hof van beroep te Brussel, zoals alle beslissingen van de CREG (wetsonderwerp tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, 1725/001, 54; Artikel 29ter, § 1 stelt immers "elke persoon die een belang aantoonst kan bij het hof van beroep te Brussel, zetelend zoals in kort geding, een beroep instellen tegen alle beslissingen van de commissie, waaronder die welke hierna worden opgesomd niet exhaustief, maar exemplatieve opsomming. Zie ook het advies van de Raad van State zelf: "De nieuw ontworpen inleidende zin van artikel 29bis, § 1, van de elektriciteitswet heeft tot gevolg dat de bestaande limitatieve opsomming die erop volgt een exemplatieve opsomming wordt. Door deze werkwijze wordt de bevoegdheid van het Hof van Beroep te Brussel uitgebreid tot de nieuwe bevoegdheden van de CREG, zoals in de memorie van toelichting wordt uiteengezet." (*Adv.RvS.* nr. 49 570/3 van 31 mei 2011 bij het wetsonderwerp tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, 1725/001, 318).

hetzelfde geldt voor de CWaPE maar dan met betrekking tot het Hof van beroep te Luik. Dit toont aan dat er geen eenvormigheid is bereikt en de rechtsonderhorige nog steeds geconfronteerd wordt met verschillende rechterlijke instanties, naar gelang de inhoud van de beslissing... Elke andere beslissing (o.a. inzake administratieve sancties) moet beslecht worden op basis van het gemeen recht, dus ofwel via de rechtbanken (subjectief contentieux) ofwel via de Raad van State (objectief contentieux). Bij de VREG bepaalt artikel 13.3.1, § 4 van het Energiedecreet dat: "de beslissing van de VREG tot oplegging van een administratieve sanctie [...] op straffe van onontvankelijkheid aangevochten [kan] worden bij de Rechtbank van Eerste Aanleg binnen zestig kalenderdagen na ontvangst van de kennisgeving [...]". Ook bij de CWaPE bepaalt artikel 53*sexies* van het Waals Elektriciteitsdecreet dat "binnen de dertig dagen na de kennisgeving van de beslissing van de CWaPE om een administratieve boete op te leggen, [...] beroep [kan] worden ingesteld bij de rechtbank van eerste aanleg [...]". Ook de Raad van State stelt het volgende in zijn advies inzake de bevoegdheid van het Hof van beroep te Brussel bij Brugel: "er dient echter rekening mee te worden gehouden dat enkel de tariefbeslissingen van Brugel onder de rechtsmacht van het hof van beroep te Brussel zullen ressorteren, terwijl voor de andere aangelegenheden de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, bevoegd blijft krachtens het gemeen recht".<sup>3106</sup> Dit alles zorgt ervoor dat het landschap inzake de rechtsbescherming alleen nog complexer en minder uniform is worden: zowel het Hof van beroep te Brussel, het Hof van beroep te Luik, de rechtbanken van eerste aanleg als de Raad van State kunnen bevoegd zijn...

**959.** Dit is uiteraard gekoppeld aan de **vereenvoudiging** van de procedures, waarbij dezelfde kritiek geldt. Bovendien wees de VREG er o.a. op dat er geen sprake is van administratieve vereenvoudiging aangezien "het Hof van Beroep niet voorziet in de mogelijkheid van elektronische procesvorming, in tegenstelling tot de Raad van State. De indiening van de administratieve dossiers op de griffie zorgt zo voor een niet te onderschatten extra administratieve belasting van het personeel van de VREG, telkens een tarifaire beslissing aangevochten wordt in rechte".<sup>3107</sup>

**960.** Het grootste voordeel is echter bereikt in verband met de **snelheid** van de procedure. Gelet op de achterstand bij de Raad van State duurde het veel te lang vooraleer door de Raad een uitspraak werd gedaan m.b.t. een toch zeer "snel wijzigende energiemarkt" en frequent terugkomende dossiers. De beslissingstermijn van het Hof van beroep, binnen de 60 dagen biedt dan ook, eveneens in het kader van de rechtszekerheid, een onmiskenbaar voordeel. Er

<sup>3106</sup> Adv.RvS. nr. 55.179 van 28 januari 2014 bij ontwerp van ordonnantie, *Parl.St.* Bru.Parl. 2013-2014, nr. A-534/1, 54.

<sup>3107</sup> Advies van de VREG bij ontwerp van decreet houdende diverse bepalingen inzake energie, *Parl.St.* VI.Parl. 2014-2015, nr. 461/1, 115.

kan ook wel opgemerkt worden dat men er ook voor had kunnen kiezen om bij de Raad van State een specifieke spoedprocedure in te stellen, zoals bijvoorbeeld het geval is inzake beslissingen van de Belgische Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten en de Nationale Bank van België.<sup>3108</sup>

**961.** Wanneer men de volle rechtsmacht met de snelle procedure combineert dan komt dit zeker en vast ook de **rechtszekerheid** ten goede. Ook wat dit betreft heeft de wetgever er een terecht voordeel bij gecreëerd. Opgemerkt moet wel worden dat de rechtsbescherming bij het Hof van beroep gekenmerkt wordt door twee significante nadelen in vergelijking met de Raad van State, namelijk het ontbreken van een verslag en een advies door het auditoraat en het gebrek aan transparantie. In tegenstelling tot bij de Raad van State worden namelijk niet alle arresten van het Hof op systematische wijze gepubliceerd. Het moet dan ook met aandrang aan alle regulatoren worden aanbevolen dat zij elk arrest van het Hof op hun **website** publiceren, net zoals overigens bijvoorbeeld het BIPT doet.<sup>3109</sup>

**962.** Tot slot kan de vraag gesteld worden waarom men niet de Raad van State, via een spoedprocedure, bevoegd maakte voor alle reglementaire beslissingen (objectief contentieux) van alle regulatoren en het Hof van beroep voor de beslissingen inzake subjectief contentieux? Dit komt, zoals ook wordt aangegeven in de parlementaire voorbereiding, omdat het onderscheid tussen de twee categorieën niet altijd eenvoudig af te bakenen valt.<sup>3110</sup> Dit zorgde voor rechtsonzekerheid aangezien de Raad van State zich regelmatig onbevoegd verklaarde. Zo verklaarde de Raad zich zonder rechtsmacht m.b.t. beslissingen genomen door de VREG tot het opleggen van een administratieve geldboete in het kader van de groenestroomverplichtingen.<sup>3111</sup> De Raad verklaarde zich

---

<sup>3108</sup> KB 15 mei 2003 tot regeling van de versnelde procedure in geval van beroep bij de Raad van State tegen sommige beslissingen van de Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten en de Nationale Bank van België, *BS* 10 juni 2003.

<sup>3109</sup> <http://www.bipt.be/nl/operatoren/bipt/geschillen>.

<sup>3110</sup> Zie ook W. VANDENBERGHE, "De controle van de Raad van State op het opleggen van administratieve geldboetes door de VREG" (noot onder RvS 9 november 2009), *MER* 2010, afl. 1, (13) 16.

<sup>3111</sup> In het arrest van 9 november 2009 verklaarde de Raad van State zichzelf zonder rechtsmacht omdat bij decreet de rechtsmacht aan een andere rechter was toegewezen; uit het toenmalige Elektriciteitsdecreet leidde de Raad af dat niet hij, maar wel de rechtbank van eerste aanleg bevoegd was, zie *RvS 9 november 2009, nr. 197.672, overweging 6*: "Beslissingen over administratieve geldboeten, opgelegd overeenkomstig artikel 37, § 1, van het elektriciteitsdecreet, zijn door een uitdrukkelijke wetsbepaling -met name artikel 569, 33/, van het Gerechtelijk wetboek- aan de bevoegdheid van de Raad van State onttrokken. Dergelijke wetsbepaling is niet voorhanden met betrekking tot de betwistingen omtrent beslissingen die toepassing maken van artikel 37, § 2, van het decreet. Evenwel, artikel 37, § 1, is zo algemeen gesteld - het betreft het in gebreke blijven van de naleving van "specifieke bepalingen van dit decreet"- en artikel 37, § 2, is zo specifiek toegespitst op het bedrag van de administratieve boete voor de overtreding van artikel 23, § 1, dat uit de samenhang van die bepalingen onmiskenbaar volgt dat de rechtsgrond voor elke administratieve geldboete uitsluitend gelegen is in artikel 37, § 1, van het decreet, wat dan betekent dat ook de betwistingen aangaande de geldboeten voor het niet-inleveren van groenestroomcertificaten overeenkomstig artikel 569, 33/, van het Gerechtelijk Wetboek aan de rechtbank van eerste aanleg voorgelegd moeten worden"; Toen echter bleek dat artikel 37, § 1 en § 2 duidelijk los van elkaar moesten gezien worden en de Raad in principe dus wel bevoegd werd geacht met betrekking tot artikel 37, § 2 als rechtsgrond, verklaarde de Raad van State zich evenwel toch zonder rechtsmacht. Dit omwille van het feit dat dat de VREG bij het nemen van deze beslissingen handelt op basis van een volledig gebonden bevoegdheid, zodat er sprake is van een subjectief recht, zie *Rvs 1 februari 2010, nr. 200.287 en Rvs 1 februari 2010, nr. 200.294, overwegingen 9, 10 en 11*: "Artikel 37, § 2, van het elektriciteitsdecreet, moet voor de onderhavige zaak gelezen worden als een bepaling die los staat van artikel 37, § 1, van het decreet. Dit betekent dat de VREG over geen discretionaire bevoegdheid beschikt ten aanzien van administratieve geldboeten voor het niet-indienen van groenestroomcertificaten, maar zich moet beperken tot het toetsen van een concreet dossier aan de in artikel 23 vermelde criteria, dienovereenkomstig het aantal

eveneens onbevoegd inzake een beslissing van de VREG van 9 augustus 2013 waarbij de toekenning van groenestroomcertificaten werd opgeschort.<sup>3112</sup> De Raad van State verklaarde zich dan weer bevoegd inzake het beroep tot vernietigverklaring van de beslissing van de VREG van 11 september 2012 waarbij werd beslist dat een productie-installatie niet langer in aanmerking kwam voor de toekenning van groenestroomcertificaten op grond van art. 7.1.1.§ 1, lid 2 van het Energiedecreet.<sup>3113</sup> Ook in een recent arrest van 3 maart 2016 verklaarde de Raad zich bevoegd inzake het beroep tot nietigverklaring

---

verschuldigde groenestroomcertificaten berekenen en in geval van niet overlegging, de in het decreet bepaalde geldboete ter kennis van de betrokkene brengen. De ontstentenis van discretionaire bevoegdheid van de VREG met betrekking tot de administratieve geldboeten geldt niet alleen ten aanzien van het bedrag van de geldboete maar ook ten aanzien van de voorafgaande vraag of er al dan niet een administratieve geldboete mag opgelegd worden. Dat is met zoveel woorden uiteengezet - en vervolgens niet tegengesproken - in de toelichting bij het voorstel dat het decreet van 7 mei 2004 geworden is (*Parl. St. Vlaamse Raad*, stuk 2188 (2003-2004), nr. 1, p. 9-10) en het lag ook reeds besloten in de oorspronkelijke regeling, zoals die in de memorie van toelichting bij het decreet van 17 juli 2000 uiteengezet is (*Parl. St. Vlaamse Raad*, stuk 285 (1999-2000), nr. 1, p. 29). De uitsluitend gebonden bevoegdheid van de VREG bij de vaststelling van de rechten en de verplichtingen van de rechtsonderhorigen, houdt in dat, in geval van betwisting, de gewone rechter in het kader van een betwisting over een subjectief recht, kan uitmaken welk bedrag de elektriciteitsleverancier uiteindelijk zal moeten betalen. Die bevoegdheid van de gewone rechtbanken sluit de bevoegdheid van de Raad van State uit om uitspraak te doen over de beslissing van de VREG."

<sup>3112</sup> *RvS 21 mei 2015, nr. 231.280, overweging 6*: "Uit de artikelen 144 en 145 van de Grondwet volgt dat de geschillen over subjectieve rechten - altijd, wat de geschillen over burgerlijke rechten betreft, en in principe, wat de geschillen over politieke rechten betreft - tot de bevoegdheid van de hoven en rechtbanken behoren. Onder voorbehoud van een toewijzing van bevoegdheid inzake politieke rechten, is de Raad van State dan ook niet bevoegd om kennis te nemen van beroepen tot nietigverklaring waarvan het werkelijke en rechtstreekse voorwerp een geschil over subjectieve rechten betreft. Dat is het geval wanneer het annulatieberoep gericht is op de erkenning van een subjectief recht waaromtrent het bestuur geen discretionaire, maar slechts een gebonden bevoegdheid bezit. Opdat er sprake zou zijn van een vordering op grond van een subjectief recht, en dus van de onbevoegdheid van de Raad van State, is vereist dat de verzoekende partij zich beroept op een welbepaalde juridische verplichting die een regel van objectief recht rechtstreeks aan een derde oplegt en bij de nakoming waarvan de verzoekende partij belang heeft. Uit voormelde bepalingen (Artikel 6.1.3, eerste lid en artikel 6.1.7, eerste lid van het Energiebesluit) volgt dat de toekenning van groenestroomcertificaten voor de elektriciteit, geproduceerd uit hernieuwbare energiebronnen, een subjectief recht is dat rechtstreeks aan de rechthebbende toekomt indien deze aan de wettelijke en reglementaire voorwaarden voldoet. De bevoegdheid van de verwerende partij ter zake is volledig gebonden". Art. 6.1.3, eerste lid, van het Energiebesluit bepaalt dat "groenestroomcertificaten worden toegekend voor de elektriciteit, opgewekt in installaties die uitsluitend gebruikmaken van hernieuwbare energiebronnen". Taalkundig gezien duidt het woord "worden" in het artikel op een indicatie van het bestaan van een gebonden bevoegdheid: indien groenestroomcertificaten worden toegekend voor het opwekken van groene stroom lijkt de marge voor de VREG om geen certificaten toe te kennen alvast beperkt (declaratieve vs. constitutieve beslissing).

<sup>3113</sup> *RvS 30 april 2015, nr. 231.090, overweging 4, 5, 7* : "De verwerende partij verwijst naar artikel 7.1.1 van het decreet van 8 mei 2009 houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid (hierna : Energiedecreet) dat de voorwaarden vaststelt die vervuld moeten zijn om in aanmerking te komen voor groenestroomcertificaten voor stortgasinstallaties die in gebruik zijn genomen vóór 1 januari 2013. [...]. De vaststelling van het bestaan en de omvang van het recht op groenestroomcertificaten hangt dus niet af van de uitoefening van enige discretionaire beoordelingsbevoegdheid en haar bevoegdheid is te dezen volstrekt gebonden, wat leidt tot de conclusie dat de Raad van State zonder rechtsmacht is. [...]. In haar memorie van wederantwoord dupliceert de verzoekende partij dat het feit dat er een omstandige mededeling "MEDE-2011-3" vanwege de verwerende partij bestaat waarin wordt aangegeven op welke wijze de toekenning concreet zal worden ingevuld en toegepast, noodzakelijkerwijze impliceert dat de regelgeving zelf niet afdoende gedetailleerd of duidelijk is en er aldus voor de verwerende partij zelf nog ruimte bestaat voor een eigen interpretatie en toepassing ervan. [...]. De bevoegdheid van de Raad van State hangt aldus af van de vraag of wat bestreden wordt een beslissing is waarbij de overheid gebruik heeft gemaakt van haar discretionaire beoordelingsbevoegdheid [...]. De bestreden beslissingen werden genomen op grond van artikel 7.1.1 van het Energiedecreet, zoals gewijzigd bij decreet van 13 juli 2012 [...]. Uit de aangehaalde bepaling volgt dat aan een productie-installatie met startdatum voor 1 januari 2013 in principe gedurende een periode van tien jaar groenestroomcertificaten worden toegekend. Ten aanzien van die in het decreet vastgestelde periode beschikt de verwerende partij over geen appreciatiemarge en is haar bevoegdheid volstrekt gebonden. Te dezen handelt de betwisting evenwel over de vraag wanneer de bedoelde periode van tien jaar een aanvang heeft genomen. Volgens de verwerende partij is deze aanvangsdatum gesitueerd in 2002, terwijl de verzoekende partij uitgaat van de indienstneming van de installatie vanaf 1 juli 2006. Blijkens de motivering van de tweede bestreden beslissing baseert de verwerende partij haar zienswijze op de mededeling "MEDE-2011-3" waarin gesteld wordt dat "een nieuwe installatie niet samengesteld (kan) zijn uit tweedehandsonderdelen". Bijgevolg beschouwt zij "de vervanging van uw stortgasmotor als een wijziging van de bestaande installatie". Aldus blijkt dat de bestreden beslissingen niet genomen zijn op grond van de loutere toepassing van reglementair vastgestelde voorwaarden maar op grond van een eigen beoordeling of invulling door de verwerende partij van het begrip "nieuwe installatie", die via een "mededeling" aan de betrokkenen ter kennis werd gebracht. De verwerende partij heeft derhalve bij het nemen van de bestreden beslissingen enige discretionaire bevoegdheid uitgeoefend, hetgeen volstaat opdat de Raad van State bevoegd is om kennis te nemen van voorliggende betwisting.

van de beslissing van de VREG van 9 juli 2013 waarbij niet wordt ingegaan op het verzoek om een aantal biogasmotoren te beschouwen als nieuwe productie-installaties in de zin van artikel 7.1.1 van het Energiedecreet.<sup>3114</sup> Ook vandaag is dus de problematiek van de bevoegdheidsafbakening tussen de gewone en de administratieve rechter nog steeds actueel en wordt erover gestruikeld.<sup>3115</sup> Zo stelt ook VANDORMAEL vast dat uit de rechtspraak van de Raad van State blijkt dat "de grens tussen interpreteren en appreciëren door het bestuur allesbehalve rotsvast is, het onderscheid tussen objectief en subjectief contentieus artificieel, en de rechtsmachtenverdeling in België *in concreto* moeilijk toe te passen blijft".<sup>3116</sup>

Gelet op de rechtsonzekerheid die hiermee gepaard ging, poogde men hieraan te verhelpen door het Hof van beroep bevoegd te maken. Bij de CREG is dit geslaagd aangezien alle beslissingen van de CREG voor het Hof aanvechtbaar zijn.<sup>3117</sup> Omwille van het feit dat de gewesten, *ratione materiae*, in beginsel niet bevoegd zijn om de bevoegdheid van de hoven en de rechtbanken te bepalen, kunnen zij enkel een beroep doen op artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, waartoe vereist is dat een dergelijke regeling noodzakelijk kan worden geacht voor de uitoefening van de bevoegdheden van het gewest, dat de aangelegenheid waarvoor de federale overheid bevoegd is zich tot een *gedifferentieerde regeling* leent, en dat de *weerslag* van de betrokken bepalingen op die *aangelegenheid slechts marginaal* is. De gewesten kunnen dus niet zelf beslissen om het Hof van beroep bevoegd te maken voor *alle* beslissingen van de gewestelijke energieregulators. Dit zorgt er uiteraard voor dat er nog steeds sprake is van een onduidelijk en niet-afgebakende bevoegdheidsverdeling tussen de verschillende rechterlijke instanties bij de gewestelijke regulators.

---

<sup>3114</sup> RvS 3 maart 2016, nr. 234.002 (en 234.003), overweging 8 e.v.: "De bevoegdheid van de Raad van State hangt aldus af van de vraag of wat bestreden wordt een beslissing is waarbij de overheid gebruik heeft gemaakt van haar discretionaire beoordelingsbevoegdheid [...]. Uit de aangehaalde bepaling volgt dat aan een productie-installatie met startdatum voor 1 januari 2013 in principe gedurende een periode van tien jaar groenestroomcertificaten worden toegekend. Ten aanzien van die in het decreet vastgestelde periode beschikt de verwerende partij over geen appreciatiemarge en is haar bevoegdheid volstrekt gebonden. Te dezen handelt de betwisting evenwel over de "eindigheid van de steunperiode" en meer bepaald over de vraag of de latere wijzigingen of uitbreidingen van de productie-installatie, waarvoor in 2004 het oorspronkelijke recht op de toekenning van groenestroomcertificaten werd gevestigd, al dan niet in aanmerking komen voor een afzonderlijke steunperiode van tien jaar. [...] De bestreden beslissing verwijst naar de initiële beslissing van 31 augustus 2004 tot toekenning van groenestroomcertificaten voor een productie-installatie van elektriciteit uit stortgas. Impliciet maar zeker, heeft de verwerende partij de mededeling "MEDE-2011-3" toegepast, zoals ten andere uitdrukkelijk blijkt uit de brief van 25 maart 2013 waarin, onder verwijzing naar voormelde mededeling, wordt gesteld dat "[w]ijzigingen of uitbreidingen van een productie-installatie [...] geen invloed [hebben] op deze tienjarige periode". Zodoende blijkt dat de bestreden beslissing niet genomen werd op grond van de louter gebonden toepassing of interpretatie van reglementair vastgestelde voorwaarden, maar op grond van een eigen beoordeling of invulling door de verwerende partij van het begrip "productie-installatie", die via een "mededeling" aan de betrokkenen ter kennis werd gebracht. De verwerende partij heeft derhalve bij het nemen van de bestreden beslissing gehandeld in de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid. Zulks volstaat opdat de Raad van State bevoegd is om kennis te nemen van voorliggende betwisting".

<sup>3115</sup> W. LAMBRECHTS, "Appreciëren en interpreteren" (noot onder RvS 28 juni 1988, nr. 30.496), *RW* 1989-1990, (X) 259-260.

<sup>3116</sup> K.-J. VANDORMAEL, "De VREG en de bevoegdheid van de Raad van State: over subjectieve rechten, discretionaire beoordelingsbevoegdheid en het verschil tussen appreciëren en interpreteren" (noot onder RvS 3 maart 2016, nr. 234.002), *MER* 2016, afl. 3, X.

<sup>3117</sup> Art. 29bis, § 1 van de Elektriciteitswet: "Elke persoon die een belang aantoonde kan bij het hof van beroep te Brussel, zetelend zoals in kort geding, een beroep instellen tegen alle beslissingen van de commissie, waaronder die welke hierna worden opgesomd [...]".

De enige mogelijkheid om de rechtsonzekerheid en de gefragmenteerde rechtsbescherming te beëindigen is door ofwel (1) het Hof van beroep bevoegd te maken voor alle beslissingen ofwel (2) toch de bevoegdheden te verdelen tussen de Raad van State en het Hof van beroep (objectief-subjectief contentieux), waarbij de rechtbanken van eerste aanleg hun bevoegdheid verliezen. Beide opties vereisen evenwel de tussenkomst van de federale wetgever, gelet op de bevoegdheidsverdeling.

## 5. De rechtspraak van het Europees Hof van Justitie

**963.** In het reeds vermelde *Tetra-Laval*-arrest gaat het Hof in op de bevoegdheden van de Europese Commissie inzake mededinging en het beoordelen van mogelijke concentraties.<sup>3118</sup> Meer precies heeft het arrest o.a. betrekking op de mogelijke elementen waar het Gerecht van de Europese Unie al dan niet rekening mee kan houden bij de rechterlijke toetsing van de beslissingen genomen door de Europese Commissie in het kader van haar beoordeling van deze concentraties. In overweging 39 stelt het Hof:

“Dat het Hof de **beoordelingsmarge** van de **Commissie** in economische kwesties **erkent**, neemt **niet weg** dat de gemeenschapsrechter de interpretatie van de Commissie van **economische gegevens mag toetsen**. Met name dient de gemeenschapsrechter immers **niet enkel de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen, en de betrouwbaarheid en samenhang ervan, te controleren, maar hij moet ook controleren of die elementen het relevante lekenkader vormen voor de beoordeling van een complexe toestand, en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen**. Een dergelijke controle is des te noodzakelijker in geval van een bij het onderzoek van een geplande concentratie met conglomerateffect uit te voeren prospectieve analyse”.<sup>3119</sup>

In overweging 46 voegt het Hof daar nog uitdrukkelijk aan toe dat het Gerecht niet buiten zijn toetsingsgrenzen is getreden:

“Wat de in deze zaak door het Gerecht concreet uitgevoerde **rechterlijke toetsing** betreft, blijkt uit het door de Commissie aangevoerde voorbeeld inzake het toegenomen gebruik van PET-verpakkingen voor gevoelige producten, **niet dat het Gerecht buiten de aan de toetsing van een administratieve beslissing door de gemeenschapsrechter gestelde grenzen zou zijn getreden**. Anders dan de

<sup>3118</sup> HvJ 15 februari 2005, nr. C-12/03, ECLI:EU:C:2005:87.

<sup>3119</sup> Zie ook het arrest van 22 november 2007 van het Europees Hof van Justitie (*Spanje/Lenzing*): [HvJ 22 november 2007, C-525/04, ECLI:EU:C:2007:698, overw. 56 en 57](#): “Met betrekking tot het argument dat het Gerecht de grenzen heeft overschreden van het rechterlijk toezicht dat hij krachtens de rechtspraak mag uitoefenen op een gebied dat complexe economische beoordelingen vergt, moet om te beginnen worden opgemerkt dat het Hof de beoordelingsmarge van de Commissie in economische kwesties weliswaar erkent, doch dat de gemeenschapsrechter de interpretatie van de Commissie van economische gegevens niettemin mag toetsen. Volgens de rechtspraak van het Hof dient de gemeenschapsrechter immers niet enkel de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen, alsook de betrouwbaarheid en samenhang daarvan te controleren, maar moet hij ook nagaan of die elementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van een complexe toestand en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen. In het kader van dit rechterlijke toezicht mag het Gerecht zijn beoordeling op economisch vlak echter niet in de plaats stellen van de beoordeling van de Commissie”; zie ook het arrest van 10 juli 2008 van het Europees Hof van Justitie (*Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala*): [HvJ 10 juli 2008, C-413/06, ECLI:EU:C:2008:392, overw. 69](#): “Dienaangaande volgt uit de rechtspraak dat het Gerecht bij zijn toezicht in het kader van de controle op concentraties, op welk gebied de Commissie, wat economische vraagstukken betreft, over een beoordelingsmarge beschikt, weliswaar enkel dient na te gaan of de feiten materieel juist zijn en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling, maar dat niettemin de juistheid, de volledigheid en de betrouwbaarheid van de aan een beschikking ten grondslag liggende feiten door de rechter moet kunnen worden gecontroleerd. Met name zo kan de communautaire rechter immers nagaan of voldaan is aan alle feitelijke en juridische vereisten waarvan het gebruik van de beoordelingsvrijheid afhangt”.

Commissie stelt, is punt 211 van het bestreden arrest slechts een **beknoptere herformulering**, in de vorm van een vaststelling van het Gerecht [...]”.

Het Hof concludeert dat het Gerecht de criteria voor de rechterlijke toetsing door de gemeenschapsrechter, conform artikel 230 EG-Verdrag, in acht heeft genomen.<sup>3120</sup>

In de conclusie van de advocaat generaal wordt bijkomende toelichting gegeven over hoe de unierechters enerzijds de feiten op diepgaande wijze kunnen toetsen en anderzijds toch de discretionaire ruimte van de Commissie kunnen respecteren. Advocaat-generaal TIZZANO stelt in zijn conclusie dat volgens vaste rechtspraak de toetsing door de unierechter van de ingewikkelde economische analyse door de Commissie zich noodzakelijkerwijs moet beperken tot de vraag of de procedurevoorschriften en het motiveringsvereiste in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn weergegeven en of er geen sprake is van een kennelijke onjuiste beoordeling dan wel misbruik van bevoegdheid.<sup>3121</sup> Bijgevolg moet de unierechter bij zijn controle van de uitoefening van een dergelijke bevoegdheid, die van wezenlijk belang is voor de invulling van de regels inzake concentraties, rekening houden met de aan de economische normen van de concentratieregeling ten grondslag liggende beoordelingsmarge.<sup>3122</sup> Uit deze rechtspraak blijkt volgens de advocaat generaal dat de toetsing door de unierechters, afgezien uiteraard van de controle of de rechtsregels in acht zijn genomen — met name de procedurevoorschriften en het motiveringsvereiste — verschilt naar gelang het gaat om de juistheid van de feitelijke vaststellingen dan wel om de economische beoordelingen van de Commissie.<sup>3123</sup> Bij de **feitelijke vaststellingen** is de controle duidelijk diepgaander: het gaat erom objectief na te gaan of bepaalde elementen inhoudelijk juist zijn en of de daaruit getrokken conclusies, om vast te stellen of bepaalde vaststaande feiten tot bewijs kunnen dienen van andere, nog vast te stellen feiten, correct zijn. Bij de complexe economische beoordelingen door de Commissie daarentegen is de controle van de unierechters noodzakelijkerwijs beperkter, aangezien zij de ruime discretionaire bevoegdheid die inherent is aan dit type beoordelingen moeten in acht nemen en hun standpunt niet in de plaats kunnen stellen van dat van het orgaan waaraan deze beoordelingen institutioneel zijn opgedragen.<sup>3124</sup>

Dat de Commissie beschikt over een ruime discretionaire bevoegdheid bij de beoordeling of een concentratie verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, wil volgens advocaat-generaal TIZZANO echter niet zeggen dat haar overtuiging niet gegrond hoeft te zijn op deugdelijke bewijsmiddelen die zij in de loop van een grondig en nauwgezet onderzoek heeft vergaard, en dat zij niet gehouden is haar beschikking uitvoerig te motiveren en de verschillende

<sup>3120</sup> HvJ 15 februari 2005, nr. C-12/03, ECLI:EU:C:2005:87, overw. 49.

<sup>3121</sup> Concl.adv.gen.TIZZANO, overw. 83, bij HvJ 15 februari 2005, nr. C-12/03, ECLI:EU:C:2005:87.

<sup>3122</sup> Concl.adv.gen.TIZZANO, overw. 84, bij HvJ 15 februari 2005, nr. C-12/03, ECLI:EU:C:2005:87.

<sup>3123</sup> Concl.adv.gen.TIZZANO, overw. 85, bij HvJ 15 februari 2005, nr. C-12/03, ECLI:EU:C:2005:87.

<sup>3124</sup> Concl.adv.gen.TIZZANO, overw. 86, bij HvJ 15 februari 2005, nr. C-12/03, ECLI:EU:C:2005:87.

logische stappen waarop deze berust duidelijk uit te laten komen.<sup>3125</sup> Deze verplichtingen van de Commissie maken een adequate controle door de unierechters mogelijk.<sup>3126</sup> De advocaat-generaal stelt daarbij dat ook zonder de beoordelingen van de Commissie inhoudelijk te beoordelen, de unierechters kunnen controleren of de feiten waarop de beoordelingen zijn gebaseerd, juist en de daaruit getrokken conclusies correct zijn, of de Commissie de zaak grondig en nauwgezet heeft onderzocht, en met name of zij alle relevante factoren zorgvuldig heeft vergaard en naar behoren in aanmerking heeft genomen, en of de verschillende stappen van de argumentatie van de Commissie op grond waarvan zij al dan niet tot verenigbaarheid van een concentratie met de gemeenschappelijke markt heeft geconcludeerd, voldoen aan criteria van logica, samenhang en deugdelijkheid. De advocaat-generaal voegt er evenwel aan toe dat de regels voor de verdeling van de bevoegdheden tussen de Commissie en de unierechters **niet** toestaan dat de rechters **verder** gaan, en met name dat zij inhoudelijk ingaan op de complexe economische beoordelingen van de Commissie en hun standpunt **in de plaats** stellen van dat van deze instelling.

**964.** In een arrest van 22 november 2007 verwees het Hof van Justitie naar exact dezelfde bewoordingen uit het *Tetra Laval*-arrest.<sup>3127</sup> In tegenstelling tot dit laatste arrest voegde het Hof er nu ook echter uitdrukkelijk aan toe dat "in het kader van dit rechterlijke toezicht [...] het Gerecht zijn beoordeling op economisch vlak echter niet in de plaats [mag] stellen van de beoordeling van de Commissie".<sup>3128</sup>

**965.** In haar conclusie bij het arrest C-441/07 (*Alrosa*) van 29 juni 2010<sup>3129</sup> gaat advocaat-generaal KOKOTT eveneens in op de grenzen van de toetsing door het Gerecht op beslissingen van de Europese Commissie inzake mededinging. De advocaat-generaal verwijst daarbij naar de bewoordingen gebruikt in het *Tetra Laval*-arrest:

"Het bestaan van een beoordelingsmarge betekent niet dat de gemeenschapsrechter zich moet onthouden van elke toetsing van de uitlegging van economische gegevens door de Commissie. Hij is juist bevoegd om bij de toetsing van de materiële rechtmatigheid van beschikkingen van de Commissie na te gaan of de feiten juist zijn en of er geen sprake is van een kennelijke beoordelingsfout. Daarbij moet hij niet enkel de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen, alsook de betrouwbaarheid en samenhang daarvan controleren, maar ook nagaan of deze elementen alle relevante feiten omvatten die bij de beoordeling van een complexe

<sup>3125</sup> Concl.adv.gen.TIZZANO, overw. 87, bij HvJ 15 februari 2005, nr. C-12/03, ECLI:EU:C:2005:87.

<sup>3126</sup> Zie in gelijkaardige bewoordingen de artikelen 37(16) en (17) en 41(16) en (17) van de richtlijnen 2009/72/EG en 2009/73/EG: "De door de regulerende instantie genomen besluiten worden volledig gemotiveerd en verantwoord, teneinde door de rechter te kunnen worden getoetst. De besluiten zijn voor het publiek beschikbaar. [...] De lidstaten zorgen ervoor dat er geschikte mechanismen op nationaal niveau bestaan krachtens welke een partij die getroffen wordt door een besluit van de regulerende instantie beroep kan aantekenen bij een instantie die onafhankelijk is van de betrokken partijen en van regeringen".

<sup>3127</sup> Zie voetnoot 210.

<sup>3128</sup> HvJ 22 november 2007, C-525/04, ECLI:EU:C:2007:698, overw. 57.

<sup>3129</sup> HvJ 29 juni 2010, nr. C-441/07, ECLI:EU:C:2010:377.



toestand in aanmerking dienen te worden genomen, en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen”.<sup>3130</sup>

Ook KOKOTT komt, net zoals advocaat-generaal TIZZANO, evenwel tot de conclusie dat de unierechters hun beoordeling niet in de plaats mogen stellen van de beoordeling van de Europese Commissie:

“Enkel wanneer de laatstgenoemde conclusie van de Commissie **niet** door de door haar **vastgestelde feiten** kon worden **geschraagd**, had het Gerecht een **kennelijke beoordelingsfout** mogen vaststellen. Aan deze eisen voldoet het bestreden arrest niet. Nergens komt het Gerecht tot de slotsom dat de door de Commissie getrokken conclusie niet wordt geschraagd door de vastgestelde feiten. Het Gerecht geeft slechts uiting aan zijn eigen afwijkende oordeel over de geschiktheid van alternatieven voor het wegnemen van de door de Commissie vastgestelde mededingingsbezwaren. Om een **kennelijke beoordelingsfout** te kunnen bewijzen, is het **evenwel juist niet voldoende dat het Gerecht slechts van mening verschilt met de Commissie**. Indien namelijk op basis van het feitenkader en de bewijselementen verschillende beoordelingen verdedigbaar lijken te zijn, kan juridisch niet worden bekritiseerd dat de Commissie de voorkeur heeft gegeven aan een daarvan, ook al geeft het Gerecht de voorkeur aan een andere. Er is pas sprake van een kennelijke beoordelingsfout wanneer de door de Commissie getrokken conclusies gelet op het feitenkader en de bewijselementen niet meer verdedigbaar zijn, dat wil zeggen wanneer geen redelijke grondslag ervoor valt aan te wijzen”.<sup>3131</sup>

De advocaat-generaal gaat hiermee in op de grens tussen de wettigheids- en opportuniteitsstoets. Een doorgedreven toetsing aan de feiten rechtvaardigt daarbij niet een opportuniteitsoordeel. Wanneer men dit doortrekt op nationaal niveau, dan houdt dit in dat de rechter – wanneer hij geconfronteerd wordt met een beslissing van een energieregulator die niet overeenkomt met zijn eigen voorkeur – hij deze beslissing alleen kan vernietigen wanneer deze niet redelijk is en niet omdat het in zijn ogen een verkeerde beslissing is.

Ook in het *Alrosa*-arrest stelt het Hof van Justitie uitdrukkelijk vast dat de beoordelingsruimte van de Europese Commissie moet gerespecteerd worden:

“In de punten 129 tot en met 136 van dat arrest heeft het Gerecht uiting gegeven aan zijn eigen afwijkende oordeel over de vraag of de gezamenlijke toezeggingen de door de Commissie vastgestelde mededingings-bezwaren konden wegnemen, alvorens in punt 154 van het arrest tot de slotsom te komen dat *in casu* voor de ondernemingen minder belastende alternatieve oplossingen bestonden dan een totaal verbod op transacties. Daarmee heeft het Gerecht **zijn eigen evaluatie** van ingewikkelde economische omstandigheden weergegeven en aldus zijn eigen beoordeling in de plaats gesteld van die van de Commissie, waarmee het **zich de beoordelingsmarge van deze laatste heeft toegeëigend**, in plaats van de rechtmatigheid van de beoordeling van de Commissie te toetsen”.<sup>3132</sup>

**966.** In een arrest van 13 mei 2015 (T-162/10) herhaalt ook het Gerecht van de Europese Unie de *Tetra-Laval* bewoordingen.<sup>3133</sup>

<sup>3130</sup> Concl.adv.gen. KOKOTT, overw. 77, bij HvJ 29 juni 2010, nr. C-441/07, ECLI:EU:C:2010:377, overw. 77.

<sup>3131</sup> Concl.adv.gen. KOKOTT, overw. 77, bij HvJ 29 juni 2010, nr. C-441/07, ECLI:EU:C:2010:377, overw. 81 tem 84.

<sup>3132</sup> HvJ 29 juni 2010, nr. C-441/07, ECLI:EU:C:2010:377, overw. 66 en 67.

<sup>3133</sup> Ger.EU. 13 mei 2015, nr. T-162/10, ECLI:EU:C:2010:377, overw. 86: “Dat de rechter van de Europese Unie de beoordelingsmarge van de Commissie in economische kwesties erkent, neemt niet weg dat hij mag toetsen hoe de Commissie economische gegevens heeft uitgelegd. De Unierechter moet immers in het bijzonder niet enkel de materiële juistheid, de betrouwbaarheid en de samenhang van de aangevoerde bewijselementen onderzoeken, maar moet ook nagaan of die elementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van een complexe toestand en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen.” Zie ook het arrest van 6 juli 2010 van het Gerecht van de Europese

**967.** In een recent arrest van 7 april 2016 (*ArcelorMittal/Hubei*) buigt het Europees Hof van Justitie zich over het verzoek van ArcelorMittal ter vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 29 januari 2014 houdende toewijzing door het Gerecht van het verzoek van Hubei Xinyegang Steel Co. Ltd (hierna: „Hubei”) tot nietigverklaring van verordening (EG) nr. 926/2009 van de Raad van 24 september 2009, tot instelling van een definitief antidumpingrecht en tot definitieve inning van het voorlopige recht op bepaalde naadloze buizen en pijpen, van ijzer of van staal, van oorsprong uit de Volksrepubliek China.<sup>3134</sup> Het Hof stelt dat wanneer er sprake is van ingewikkelde economische, politieke en juridische situaties, de instellingen over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikken:

“In dat verband zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak van het Hof op het gebied van de gemeenschappelijke handelspolitiek, en met name ter zake van handelsbeschermende maatregelen, de instellingen van de Unie over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikken wegens de ingewikkeldheid van de economische, politieke en juridische situaties die zij moeten onderzoeken. Bij het **rechterlijk toezicht** op een dergelijke beoordeling dient dan ook alleen te worden nagegaan of de **procedureregels** in acht zijn genomen, of de **feiten** op grond waarvan de betwiste keuze is gemaakt **juist** zijn vastgesteld, en of er geen sprake is van een **kennelijk onjuiste beoordeling** van deze **feiten** dan wel van **misbruik** van bevoegdheid”.<sup>3135</sup>

Het Hof beklemtoont eveneens dat het Gerecht zijn beoordeling niet in de plaats mag stellen van de instellingen van de EU:

“Het Hof heeft eveneens geoordeeld dat de toetsing door het Gerecht van de **bewijselementen** waarop de instellingen van de Unie zich baseren, geen nieuwe beoordeling van de feiten vormt **die in de plaats komt** van de beoordeling van de feiten door de instellingen. Deze toetsing maakt geen inbreuk op de ruime beoordelingsvrijheid die de instellingen op het gebied van de handelspolitiek bezitten, maar beperkt zich tot de vaststelling of deze elementen de door de instellingen getrokken **conclusies** kunnen **bevestigen** (zie in deze zin arrest Raad en Commissie /Interpipe Niko Tube en Interpipe NTRP, C-191/09 P en C-200/09 P, EU:C:2012:78, punt 68)”.<sup>3136</sup>

Het Europees Hof van Justitie verwijst naar de formulering uit het *Tetra Laval*-arrest inzake de toetsing van de feiten door het Gerecht:

“Hieruit vloeit voort dat het Gerecht [...] geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat het hem niet enkel toekomt om de **materiële juistheid** van de aangevoerde **bewijselementen** en de **betrouwbaarheid** en **samenhang** ervan te onderzoeken, maar ook om na te gaan of die elementen het **relevante feitenkader** vormen voor de beoordeling van een complexe toestand en of zij de **conclusie** kunnen **onderbouwen**. [...]. Nagegaan moet echter worden of het Gerecht, in het kader van deze toetsing, de genoemde elementen niet onjuist heeft opgevat. [...]. In dit verband dient eraan te worden herinnerd dat het Gerecht niet verplicht is om elke keuze te motiveren wanneer het zich voor zijn beslissing veeleer op

---

Unie, (*Ryanair/Commissie*): Ger.EU. 6 juli 2010, T-342/07, EU:T:2010:280, overw. 30; het arrest van 29 januari 2014, van het Gerecht van de Europese Unie, (*Hubei*): Ger.EU 29 januari 2014, T-528/09, ECLI:EU:T:2014:35, overw. 53; het arrest van 8 mei 2012 van het Gerecht van de Europese Unie, (*Dow Chemical/Raad*): Ger.EU. 8 mei 2012, T-158/10, ECLI:EU:T:2012:218, overw. 58 en 59.

<sup>3134</sup> HvJ 7 april 2016, nr. C-184/14 en C-193/14, ECLI:EU:C:2016:209.

<sup>3135</sup> HvJ 7 april 2016, nr. C-184/14 en C-193/14, ECLI:EU:C:2016:209, overw. 34.

<sup>3136</sup> HvJ 7 april 2016, nr. C-184/14 en C-193/14, ECLI:EU:C:2016:209, overw. 35.

het ene dan op het andere bewijs baseert [...]. Aangezien het Gerecht enkel de genoemde elementen heeft overgenomen zoals deze door de Commissie in de voorlopige verordening zijn vermeld, kan hem geen kennelijke fout bij de beoordeling van het bewijsmateriaal worden verweten. Hieruit volgt dat het Gerecht zijn eigen beoordeling **niet in de plaats heeft gesteld** van die van de instellingen van de Unie en dat de grief van de Raad betreffende onjuiste voorstelling van bewijs niet gegrond is".<sup>3137</sup>

**968.** Hieruit volgt dat wanneer de rechter alle bewijselementen beoordeelt, hij evenwel niet verplicht is om elke keuze te motiveren wanneer hij zich richt op één bepaald bewijselement. De rechter moet daarbij uiteraard zelf de hem voorliggende bewijselementen (juist) opvatten, en mag daarbij geen "eigen bewijselementen" aanvoeren. Uit dit arrest blijkt dus nogmaals duidelijk dat de rechter zijn eigen beoordeling niet in de plaats mag stellen van de beslissende entiteit.

## **6. Rechtsbescherming in Nederland**

**969.** Ook in Nederland wordt de verminderde ministeriële verantwoordelijkheid als eerder ongewenst gezien. Een meer indringende rechterlijke toetsing van de besluiten van de regulatoren kan deze verminderde werking echter compenseren.<sup>3138</sup> Ook vanuit het oogpunt van de *checks and balances* is de beperktere democratische legitimiteit van *individuele* beslissingen van regulatoren een argument om diepgaander te toetsen. Hoewel rechterlijke controle en het administratief toezicht twee verschillende mechanismen betreffen, kan een intensievere rechterlijke controle toch een zekere compensatie vormen voor het ontbreken van politieke controle.<sup>3139</sup> De rechterlijke toetsing biedt daarbij een waarborg dat de regulatoren hun bevoegdheid op een goede wijze uitoefenen door te beoordelen of de juiste procedures zijn gevolgd en of er een correcte en evenwichtige belangenafweging heeft plaatsgevonden.<sup>3140</sup>

**970.** Tegen de besluiten van de ACM staat momenteel beroep open bij het College voor Beroep van het bedrijfsleven (CBB),<sup>3141</sup> dat als gespecialiseerde rechter uitspraak doet in zaken met betrekking tot o.a. telecom, energie, mededinging etc.<sup>3142</sup> Het CBB doet uitspraak in eerste en enige aanleg voor wat

<sup>3137</sup> HvJ 7 april 2016, nr. C-184/14 en C-193/14, ECLI:EU:C:2016:209, overw. 36 t.e.m. 44.

<sup>3138</sup> S. LAVRIJSSEN, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 298.

<sup>3139</sup> Samen uiteraard met de algemene politieke verantwoordingsplicht via het parlement, de procedurele verantwoordingsplicht, de ex-ante accountability in de vorm van consultaties en overlegverplichten, ...

<sup>3140</sup> S. LAVRIJSSEN, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 298.

<sup>3141</sup> S. LAVRIJSSEN en M. DE VISSER, "Independent administrative authorities and the standard of judicial review", *Utrecht Law Review* 2006, afl. 1, (111) 114.

<sup>3142</sup> Voorlopig toch nog, aangezien het CBB binnenkort afgeschaft wordt en de zaken verhuizen naar de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, zie <http://www.ondernemersplein.nl/wetswijziging/opheffing-college-beroep-bedrijfsleven/> en <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2015/09/11/ministerraad-stemt-in-met-vereenvoudigen-hoogste-bestuursrechtspraak>. Zie Wijziging van de Wet op de Raad van State, de Algemene wet bestuursrecht, de Wet op de rechterlijke organisatie en enkele andere wetten in verband met de scheiding van taken

de beoordeling van reguleringsbesluiten (*reglementaire besluiten*) betreft. Tegen administratieve geldboetes staat beroep open bij de rechtbank van Rotterdam, waarbij de CBb als tweede aanleg functioneert.<sup>3143</sup>

### 6.1. Glijdende schaal

**971.** De mate waarin de rechterlijke controle als deel van de *checks and balances* een voldoende effectieve check kan vormen op de macht van de regulatoren hangt af van de intensiteit van de rechterlijke toetsing: gaat het om een ingrijpende toetsing, een terughoudende of zelfs marginale toetsing? Ook in Nederland wordt de intensiteit van de rechterlijke toetsing in de eerste plaats bepaald door de aard en de omvang van de beslissingsruimte of de discretionaire ruimte die de wet aan het bestuur laat. Hoe meer de wet de inhoud van het besluit bepaalt (gebonden bevoegdheden), hoe meer ruimte de rechter heeft om het besluit te toetsen.<sup>3144</sup>

**972.** Traditioneel gaat men er van uit dat de rechter de uitleg van (vage) wettelijke bepalingen "vol" kan toetsen, maar het gebruik van discretionaire bevoegdheden slechts marginaal mag toetsen. De rechter mag ook in Nederland niet op de stoel van het bestuur gaan zitten. Verschillende auteurs merken echter terecht op dat dit klassieke model en het eenvoudige verschil tussen een volle en een marginale toetsing niet meer van deze tijd is.<sup>3145</sup> Net zoals THEUNIS in België vaststelde, is er ook in Nederland eerder sprake van een "glijdende schaal": gradaties in de indringendheid en terughoudendheid van de rechterlijke toetsing. Net zoals de Belgische Raad van State stelde dat de marginale toetsing niet wil zeggen dat beslissingen die "een beetje onredelijk zijn" wel aanvaardbaar zijn, stellen ook VERHEY en VERHEIJ dat de marginale toetsing niet inhoudt dat de rechter pas kan ingrijpen bij willekeur: het criterium is eerder of het besluit voldoende verdedigbaar is.<sup>3146</sup> Net als de Raad van State – die stelt dat de marginale toetsingsbevoegdheid voornamelijk gaat om een kwestie van semantiek en didactiek – beklemtonen de auteurs dat dit inderdaad op zekere hoogte een woordenspel is omdat de indringendheid of terughoudendheid niet kwantificeerbaar is.

---

binnen de Raad van State en de opheffing van de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Wet organisatie hoogste bestuursrechtspraak), *Kamerstukken II*, 2015-2016, 34.389, Nr. 2.

<sup>3143</sup> S. LAVRIJSSSEN, J. EJKENS en F. CAPKURT, "Rechterlijke toetsing van energieregulering door het CBb en het recht op effectieve rechtsbescherming?", *SEW* 2016, afl. 4, (142) 150.

<sup>3144</sup> L. VERHEY en N. VERHEIJ, "De macht van de marktmeesters" in A. VAN ROSSUM, L. VERHEY en N. VERHEIJ (eds.), *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2005), Deventer, Kluwer, 2005, (139) 312.

<sup>3145</sup> S. LAVRIJSSSEN, "De rol van de Nederlandse administratieve rechter bij het toezicht op de mededinging", *SEW* 2004, (18) 18; L. VERHEY en N. VERHEIJ, "De macht van de marktmeesters" in A. VAN ROSSUM, L. VERHEY en N. VERHEIJ (eds.), *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2005), Deventer, Kluwer, 2005, (139) 314.

<sup>3146</sup> L. VERHEY en N. VERHEIJ, "De macht van de marktmeesters" in A. VAN ROSSUM, L. VERHEY en N. VERHEIJ (eds.), *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2005), Deventer, Kluwer, 2005, (139) 313.

973. LAVRIJSSSEN en DE VISSER gebruiken een glijdende schaal met vier toetsingsstandaarden,<sup>3147</sup> gaande van een uiterst terughoudende toetsing tot een uiterst indringende toetsing: (1) een **extreem marginale toetsing**, waarbij de rechter alleen ingrijpt indien er sprake is van een kennelijk onredelijk besluit; (2) een **marginale toetsing** (een wettigheids- of rechtmatigheidstoets), waarbij de rechter vol toetst of (a) de regulator de juiste procedures heeft gevolgd, (b) de ABBB heeft gerespecteerd, (c) de vaststelling van de feiten, (d) de waardering van deze feiten en (e) de interpretatie van de wet correct is; wanneer echter de regulator beoordelingsvrijheid heeft (bv. bij een analyse van complexe economische feiten) zal de rechter terughoudend (marginaal) toetsen; (3) een **intensieve toetsing** (in het kader van de Meritsstandaard), waarbij de rechter alle aspecten van het besluit vol kan toetsen en hij de feitenbeoordeling van de regulator mag vervangen door zijn eigen beoordeling indien deze volgens hem onjuist is; (4) **een extreem intensieve toetsing** met onbegrensde (volledige) rechtsmacht, waarbij de rechter niet alleen in feite en in rechte toetst, maar ook de opportuniteit of doelmatigheid. De rechter kan hierbij het besluit van de regulator vervangen door een ander besluit, om wat voor reden ook (als "regulator in beroep"). Belangrijk is evenwel dat dit geen strikte afgelijnde toetsingsstandaarden zijn die steeds nauwkeurig kunnen worden afgebakend.

#### 6.2. Nood aan een intensievere controle?

974. In Nederland maakt men het onderscheid tussen beleidsvrijheid en beoordelingsvrijheid. Beleidsvrijheid heeft betrekking op een discretionaire ruimte inzake het voeren van een beleid (de regulator "kan" ....), terwijl beoordelingsvrijheid betrekking heeft op een discretionaire ruimte inzake interpretatie ("redelijke termijn"). Wanneer er sprake is van beleidsvrijheid dan kan de rechter enkel een marginale toetsing doorvoeren.<sup>3148</sup> Wanneer er sprake is van beoordelingsvrijheid dan zal de toetsing indringender gebeuren.<sup>3149</sup> LAVRIJSSSEN, EIJKENS en CAPKURT spreken eerder van **beoordelingsvrijheid** en **beoordelingsruimte**.<sup>3150</sup> Bij de eerste categorie kent de wetgever aan de regulator een exclusieve bevoegdheid toe tot beoordeling van de feiten, die de rechter moet respecteren en waarbij hij dus enkel marginaal kan toetsen. Hij zal daarbij de afweging van de belangen marginaal moeten beoordelen. De reden om geen volle toetsing te hanteren wanneer de wetgever kennelijk bedoeld heeft om de regulator discretionaire ruimte toe te kennen, vloeit voort uit het idee dat de regulator de expertise heeft om inhoudelijk tot de juiste normering

<sup>3147</sup> S. LAVRIJSSSEN en M. DE VISSER, "Independent administrative authorities and the standard of judicial review", *Utrecht Law Review* 2006, afl. 1, (111) 112-113.

<sup>3148</sup> A. GERBRANDY, *Convergentie in het Mededingingsrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2009, 112.

<sup>3149</sup> L. VERHEY en N. VERHEIJ, "De macht van de marktmeesters" in A. VAN ROSSUM, L. VERHEY en N. VERHEIJ (eds.), *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2005), Deventer, Kluwer, 2005, (139) 312-313.

<sup>3150</sup> GERBRANDY maakt dan weer het onderscheid tussen beleidsvrijheid, beoordelingsruimte en beoordelingsvrijheid, zie A. GERBRANDY, *Convergentie in het Mededingingsrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2009, 111-112.

te komen.<sup>3151</sup> Het is immers niet de bedoeling dat de rechter de taak van de regulator overneemt en als regulator in twee aanleg fungeert. Bij een beoordelingsruimte heeft de wetgever niet tot doel gehad om het bestuursorgaan vrijheid te geven, waardoor de rechter vol moet toetsen.<sup>3152</sup> Zoals hierboven reeds vermeld, is dit klassieke model tussen "marginale toetsing" en "volle toetsing" onvoldoende om te verklaren hoe de rechter in de praktijk de toetsing doorvoert.

**975.** In Nederland wordt frequent aangevoerd dat de marginale toetsing van discretionaire bevoegdheden gebaseerd is op de scheiding der machten, waarbij de wetgever aan een regulator beleidsruimte toekent, die door een democratisch gelegitimeerd orgaan (namelijk de minister) volledig gecontroleerd wordt.<sup>3153</sup> Aangezien deze democratische legitimiteit bij de regulatoren beperkter is,<sup>3154</sup> geldt ook het argument van de scheiding der machten niet meer, waardoor een indringendere toetsing mogelijk zou zijn:

"Bovendien is, zoals wij hebben gezien, de beslissing van een marktautoriteit in een individueel geval vaak helemaal niet democratisch gelegitimeerd, omdat die marktautoriteit een zelfstandig bestuursorgaan is, hetgeen impliceert dat op de individuele beslissingen van de marktautoriteiten geen politieke controle mogelijk is. De democratische legitimiteit van de NMa kan dus niet het argument zijn om terughoudend te toetsen. Integendeel, uit het oogpunt van 'checks and balances' is de gebrekkige democratische legitimiteit van individuele beslissingen van veel marktautoriteiten juist een argument om indringend te toetsen. Rechterlijke controle en politieke controle zijn weliswaar twee verschillende dingen, maar toch kan een **intensieve rechterlijke controle** een zekere **compensatie** bieden **voor het ontbreken van politieke controle**".<sup>3155</sup>

Vanuit het perspectief van de accountability of de verantwoordingsplicht is de rechterlijke toetsing dan ook van doorslaggevend belang om te kunnen verifiëren of de onafhankelijke regulatoren hun discretionaire bevoegdheden wel op correcte wijze invullen en gebruiken. Zoals hierboven reeds geargumenteed voldoet een louter marginale toets dan ook niet aan deze vereiste.

**976.** LAVRIJSEN, EJKENS en RIJKERS hebben in 2014 maar liefst 83 energie-arresten van het College voor Beroep van het bedrijfsleven (CBb) onderzocht en kwamen daarbij tot de bevinding dat in de periode 2002-2013 de CBb (1) de ACM een significante mate van discretionaire ruimte toekende, zelfs voor wat betreft de procedurele vereisten, (2) niet altijd op een consistente manier de

<sup>3151</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 381.

<sup>3152</sup> S. LAVRIJSEN, J. EJKENS en F. CAPKURT, "Rechterlijke toetsing van energieregulering door het CBb en het recht op effectieve rechtsbescherming?", *SEW* 2016, afl. 4, (142) 147.

<sup>3153</sup> R. SCHLOSSELS en S. ZIJLSTRA, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer, Kluwer, 2010, 626.

<sup>3154</sup> S. LAVRIJSEN, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 15: "Daarnaast geldt de ministeriele verantwoordelijkheid onder de huidige omstandigheden niet volledig voor de onafhankelijke mededingingstoezichthouders, omdat de minister een zbo geen aanwijzingen in een concreet geval kan geven. Daarom kan deze vorm van controle van het bestuur maar een beperkte rol spelen bij de waarborging van een goede en legitieme taakuitoefening door de mededingingstoezichthouders".

<sup>3155</sup> L. VERHEY en N. VERHEIJ, "De macht van de marktmeesters" in A. VAN ROSSUM, L. VERHEY en N. VERHEIJ (eds.), *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2005), Deventer, Kluwer, 2005, (139) 316.

motiveringsplicht onderzocht, (3) soms de ABBB grondig toetste en soms minder indringend, (4) en daarbij bijvoorbeeld ook niet weergaf waarom een beslissing van de ACM wel op adequate wijze gemotiveerd was.<sup>3156</sup> Bijgevolg werd de inhoud van verschillende besluiten op inconsistente en terughoudende wijze getoetst.<sup>3157</sup> Het CbB ging daarbij niet, of niet volledig in op de totstandkoming, de volledigheid of de juistheid van de feiten. Het College kende daarbij een ruime mate van discretionaire beoordeling toe aan de ACM bij het afwegen van de belangen, waarbij het nauwelijks inging op de redelijkheid van de gemaakte belangenafweging. LAVRIJSEN *et al.* menen dan ook dat het toezicht in Nederland op de beslissingen van de ACM inzake energie moet evolueren naar een toetsingsstandaard die wordt gebruikt in het *Tetra-Laval* arrest van het Europees Hof van Justitie.<sup>3158</sup> Ook OTTOW is dit standpunt toegedaan.<sup>3159</sup>

### 6.3. Toetsing van boetebesluiten

**977.** De boetebesluiten opgelegd door de ACM worden in eerste aanleg aan rechterlijke controle onderworpen bij de rechtbank van Rotterdam. Het CbB oordeelt in tweede aanleg. De bestuursrechter gaat daarbij in op de vraag of de door het bestuur opgelegde boete in strijd is met het recht en toetst daarbij ook aan het evenredigheidsbeginsel, als ABBB. Hij toetst daarbij **zonder terughoudendheid** of het besluit van het bestuur tot het opleggen van de boete wel heeft geleid tot een evenredige sanctie. Elementen die meespelen bij de toetsing van de evenredigheid van een opgelegde boete zijn o.a. de aard, de ernst en de duur van de overtreding, de omstandigheid dat het de eerste overtreding is, de mate van verwijtbaarheid, de draagkracht van de betrokkene,...<sup>3160</sup> Wanneer de rechter van oordeel is dat de opgelegde boete te hoog is, dan moet hij het boetebesluit vernietigen.<sup>3161</sup> Sinds 1 juli 2009 rust op de bestuursrechter de verplichting om – indien hij een boetebesluit vernietigt – een nieuwe beslissing te nemen omtrent het opleggen van een boete en het geschil finaal te beslechten (gelet op artikel 6 van het EVRM).<sup>3162</sup> De rechter moet dus zelf een lagere boete vaststellen (of kwijtschelden) en bepalen dat zijn uitspraak in de plaats treedt van het boetebesluit.<sup>3163</sup> Het CbB toetst daarbij niet

<sup>3156</sup> S. LAVRIJSEN, J. EJKENS en M. RIJKERS, "The role of the highest administrative court and the protection of the interests of the energy consumers in the Netherlands", *TILEC Discussion Paper nr. 2014-032*, 2014, 71-72.

<sup>3157</sup> S. LAVRIJSEN, J. EJKENS en F. CAPKURT, "Rechterlijke toetsing van energieregulering door het CbB en het recht op effectieve rechtsbescherming?", *SEW* 2016, afl. 4, (142) 151.

<sup>3158</sup> S. LAVRIJSEN, J. EJKENS en F. CAPKURT, "Rechterlijke toetsing van energieregulering door het CbB en het recht op effectieve rechtsbescherming?", *SEW* 2016, afl. 4, (142) 142, 148 en 149.

<sup>3159</sup> A. OTTOW, *Market and Competition Authorities. Good Agency Principles*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 233.

<sup>3160</sup> COLLOQUIUM Vergadering van de Raden van State van de Benelux en van het administratief Hof van Luxemburg, "Administratieve sancties in België, Luxemburg en Nederland Vergelijkende studie", 21 oktober 2011, [file:///C:/Users/lucp7670/Downloads/Benelux2011\\_NL%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/lucp7670/Downloads/Benelux2011_NL%20(1).pdf), 67.

<sup>3161</sup> L. VERHEY en N. VERHEIJ, "De macht van de marktmeesters" in A. VAN ROSSUM, L. VERHEY en N. VERHEIJ (eds.), *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2005), Deventer, Kluwer, 2005, (139) 318.

<sup>3162</sup> Artikel 8:72a) Algemene wet bestuursrecht: "Indien de bestuursrechter een beschikking tot het opleggen van een bestuurlijke boete vernietigt, neemt hij een beslissing omtrent het opleggen van de boete en bepaalt hij dat zijn uitspraak in zoverre in de plaats treedt van de vernietigde beschikking."

<sup>3163</sup> L. VERHEY en N. VERHEIJ, "De macht van de marktmeesters" in A. VAN ROSSUM, L. VERHEY en N. VERHEIJ (eds.), *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2005), Deventer, Kluwer, 2005, (139) 318.

alleen de wetmatigheid en de gegrondheid maar ook de doelmatigheid of opportuniteit van het besluit.<sup>3164</sup> LAVRIJSEN *et al.* stellen dat met andere woorden "de rechter het besluit van de toezichhoudende autoriteit [kan] vervangen door een ander besluit, om wat voor reden dan ook".<sup>3165</sup>

#### 6.4. Samengevat

**978.** De rechterlijke controle op beslissingen van energieregulators in het kader van de *Tetra Laval*-zaak wordt in Nederland door LAVRIJSEN *et al.* bestempeld als een "uitgebreide rechtmatigheidstoets". Het volgt namelijk uit *Tetra Laval* dat de onderdelen van het besluit die op grond van beoordelingsvrijheid zijn genomen niet slechts getoetst moeten worden op redelijkheid: het Hof gaat namelijk verder door zich ook te buigen over de feitenkwalificatie, waarbij het Hof de feiten zorgvuldig controleert op consistentie, betrouwbaarheid en volledigheid.<sup>3166</sup> Hetgeen LAVRIJSEN *et al.* in Nederland bestempelen als een extreem marginale toetsing, lijkt in België eerder gezien te worden als een marginale toetsing zoals stevast uitgeoefend door de Raad van State. Daarbij treedt de Raad niet op als rechter in hoger beroep die op aanvraag van de rechtszoekende de ware toedracht van de feiten gaat beoordelen.<sup>3167</sup> De Raad onderzoekt in het algemeen objectief contentieux enkel of de overheid in redelijkheid is kunnen komen tot de door haar gedane vaststelling van de feiten.<sup>3168</sup>

---

<sup>3164</sup> Zie bv. CbB 10 april 2014 (ECLI:NL:CBB:2014:118), overw. 4.9.3: "Het College stelt voorop dat ACM, gelet op de aard van het te nemen besluit, in het concrete geval - naast artikel 57, tweede lid, Mw - ook het in artikel 3:4 Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel in acht dient te nemen. Dit betekent dat ACM bij het vaststellen van de boete rekenschap dient te geven of de uit de Boeterichtsnoeren voortvloeiende boete, gelet op alle omstandigheden van het geval, evenredig is aan het beoogde doel. Tot die omstandigheden behoren in ieder geval de aard en ernst van de overtreding, de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten en de omstandigheden waaronder deze is gepleegd. Ook de draagkracht van de overtreder kan een in aanmerking te nemen omstandigheid zijn. Wanneer het uit de Boeterichtsnoeren voortvloeiende boetebedrag niet evenredig is, is matiging van dit bedrag passend en geboden. Artikel 6 EVRM dat op de onderhavige boete van toepassing is, brengt met zich dat de rechter zonder terughoudendheid toetst of het besluit met betrekking tot de boete voldoet aan deze eisen en leidt tot een evenredige sanctie. Deze toetsing omvat tevens de beoordeling of sprake is van een verminderde mate van verwijtbaarheid [...]." en CbB 4 april 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW2271, overw. 7.4.2: "Gelet op de aard van het besluit van 26 juni 2008 dient appellant in het concrete geval ook het in artikel 3:4, tweede lid, Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel in acht te nemen. Dit betekent dat appellant zich er bij het vaststellen van de boete rekenschap van dient te geven of de uit de Boetecode voortvloeiende boete, gelet op alle omstandigheden van het geval, evenredig is aan het beoogde doel. Tot die omstandigheden behoren in ieder geval de aard en de ernst van de overtreding, de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten en de omstandigheden waaronder deze is gepleegd. Wanneer het uit de beleidsregels voortvloeiende boetebedrag niet evenredig is, is matiging van dit bedrag passend en geboden. Artikel 6 EVRM, dat op de onderhavige boetes van toepassing is, brengt met zich dat de rechter zonder terughoudendheid toetst of het besluit met betrekking tot de boete voldoet aan deze eisen en leidt tot een evenredige sanctie".

<sup>3165</sup> S. LAVRIJSEN, J. EIJKENS en F. CAPKURT, "Rechterlijke toetsing van energieregulering door het CbB en het recht op effectieve rechtsbescherming?", *SEW* 2016, afl. 4, (142) 146.

<sup>3166</sup> Of zoals LAVRIJSEN, EIJKENS en CAPKURT stellen: "Hiermee plaatst de *Tetra-Laval* standaard zich in het midden van de glijdende schaal en kan de toets worden gezien als een volwaardige invulling van de rechtmatigheidstoets. Hoewel het nog altijd gaat om een rechtmatigheidstoets, biedt de *Tetra Laval*-standaard een meer uitgebreide toets dan een terughoudende rechtmatigheidstoets". Zie S. LAVRIJSEN, J. EIJKENS en F. CAPKURT, "Rechterlijke toetsing van energieregulering door het CbB en het recht op effectieve rechtsbescherming?", *SEW* 2016, afl. 4, (142) 148.

<sup>3167</sup> RvS 15 mei 2014, nr. 227.421, overw. 12: "Het komt aan de Raad van State binnen het raam van zijn wettigheidstoezicht niet toe om zelf een beoordeling te maken van het bewezen zijn van de ten laste gelegde feiten, noch van de kwalificatie ervan. De Raad van State is enkel bevoegd om desgevraagd na te gaan of de verwerende partij is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan op zorgvuldige wijze tot haar besluit is gekomen".

<sup>3168</sup> P. VANDE CASTEELE, *Rechtsbescherming tegen de overheid in nationaalrechtelijk perspectief*, Brussel, ASP, 2010, 85.



Hetgeen uit de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie kan worden afgeleid, is dat wanneer de energieregulator over een discretionaire bevoegdheid beschikt, de nationale rechter in principe deze keuzevrijheid moet respecteren. De rechter is bevoegd om bij de toetsing van de materiële rechtmatigheid van beslissingen na te gaan of de feiten juist zijn en of er geen sprake is van een kennelijke beoordelingsfout. Daarbij moet hij niet enkel de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen, alsook de betrouwbaarheid en samenhang daarvan controleren, maar ook nagaan of deze elementen alle relevante feiten omvatten die bij de beoordeling van een complexe toestand in aanmerking dienen te worden genomen, en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen.

Doordat het Hof van beroep de feiten op een omstandigere wijze controleert dan bijvoorbeeld de Raad van State (in lijn met de *Tetra-Laval* en *Alsrosa* rechtspraak) en ook administratieve sancties met een strafrechtelijk karakter kan hervormen, is er sprake van een toetsing met volle rechtsmacht. Bij reglementaire beslissingen moet de rechter evenwel de discretionaire beoordeling van de regulator respecteren in die zin dat hij de beoordelingstechniek van de marginale toetsing moet hanteren om na te gaan of de beslissing al dan niet onredelijk is. De toetsing die het Hof van beroep te Brussel dient te hanteren omvat dus elementen van de volle rechtsmacht, maar mét een terughoudende beoordelingstechniek gelinkt aan de marginale toetsing. Uiteraard moet de rechter daarbij op volledige wijze nagaan of het recht correct is geïnterpreteerd en of de correcte rechtsregels werden toegepast. Bovendien moet hij ook zorgvuldig en intensief de feitenvaststelling en de feitenkwalificatie controleren.<sup>3169</sup> De feitenkwalificatie wordt namelijk ook gecontroleerd op juistheid, betrouwbaarheid, consistentie en relevantie (**volle toetsingsaspect**).<sup>3170</sup> De feiten mogen daarbij evenwel niet door de rechter geïnterpreteerd worden in die mate dat ze de rechter *noodzakelijk tot eenzelfde oordeel* zouden moeten doen beslissen. Hetgeen wel relevant is, is of de rechter kan oordelen dat de regulator, op basis van de hem voorliggende feiten, in *redelijkheid tot dit besluit* is kunnen komen.<sup>3171</sup> Dus binnen de redelijke grenzen van zijn discretionaire bevoegdheid (**marginale toetsingsaspect**).<sup>3172</sup> Dit vloeit duidelijk voort uit de rechtspraak van het Hof van Justitie: de rechter moet

<sup>3169</sup> S. LAVRIJSEN, J. EJKENS en F. CAPKURT, "Rechterlijke toetsing van energieregulering door het CBB en het recht op effectieve rechtsbescherming?", *SEW* 2016, afl. 4, (142) 161.

<sup>3170</sup> De nationale rechter moet daarbij nagaan of de feiten waarop de beoordelingen zijn gebaseerd, juist en de daaruit getrokken conclusies correct zijn, of de energieregulator de zaak grondig en nauwgezet heeft onderzocht, en met name of zij alle relevante factoren zorgvuldig heeft vergaard en naar behoren in aanmerking heeft genomen, en of de verschillende stappen van de argumentatie van de regulator voldoen aan criteria van logica, samenhang en deugdelijkheid.

<sup>3171</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 385.

<sup>3172</sup> Zie als goed voorbeeld, Brussel 25 maart 2015, overw. 111: "Ook de motieven als grondslag van de tarieven voor ondersteunende diensten, die de CREG binnen de marge van zijn beleidsbevoegdheid in aanmerking mag nemen, moeten als draagkrachtig en coherent beschouwd worden, in functie van de beginselen van kostenreflectiviteit en niet-discriminatie. Daarmee is niet gezegd dat een andere verdeling van de tarieven niet eveneens met de laatst vermelde beginselen in overeenstemming kan zijn. Het gebrek van de stelling van eiseressen bestaat er evenwel in dat zij de tarieven die in de bestreden beslissing opgelegd worden, per se als strijdig met deze beginselen beschouwt, hetgeen niet aangenomen kan worden".

nagaan of de beoordeling van de feiten niet **kennelijk** onjuist is en of er geen **kennelijke** beoordelingsfout is gemaakt. De beoordeling kan dus niet zo ver gaan dat de rechter inhoudelijk zijn standpunt in de plaats stelt van dat van de regulator. De belangrijkste vraag daarbij is of de energieregulator een redelijke beslissing heeft genomen en daarbij met andere woorden op een redelijke wijze binnen zijn discretionaire marge heeft gehandeld. Door deze toetsingsstandaard te hanteren wordt de discretionaire ruimte van de regulator ook een *accountability* instrument. Zoals de Raad van State stelde in het arrest van 20 juli 2012 houdt een marginale toetsing immers niet in dat een beslissing nog een beetje onredelijk mag zijn, maar duidt dit voornamelijk op het tot uiting brengen van het feit dat de rechter niet de plaats inneemt van de overheid die hij controleert; dat hij zich niet een eigen oordeel mag vormen over wat volgens zijn inschatting de "meest" of "gepast" redelijke beslissing is in een gegeven geval en waarna hij het bestuur tot de orde zou roepen indien het niet exact diezelfde redelijkheid heeft ingezien en toegepast.

**979.** Daarenboven kan ook uit de Belgische rechtspraak worden afgeleid dat hoe sterker en uitvoeriger de motivering door de regulator, hoe groter de kans is dat de rechter tot het besluit komt dat de regulator binnen zijn discretionaire ruimte heeft gehandeld. Deze toetsingsvorm zorgt er dan ook voor dat de regulator die handelt op basis van discretionaire bevoegdheden, zijn argumentatie (meer) expliciet moet motiveren, hetgeen leidt tot meer procedurele transparantie en verantwoordingsplicht.<sup>3173</sup> Artikel 37(16) van de richtlijn 2009/72/EG en de volle rechtsmacht van de hoven zorgen er eveneens voor dat niet alleen de regulator geconfronteerd wordt met een vereiste van omstandigere motivering, maar ook dat de rechter zijn motivering omstandiger dient weer te geven.

**980.** Wanneer de rechter in Nederland inhoudelijk toetst, vernietigt hij evenwel vaak het besluit op basis van eerder procedurele (of formele) gronden. Dit komt door het feit dat de inhoudelijke of materiële gronden nauw verband houden met de procedurele of formele gronden. Zo zal een inhoudelijke toetsing vaak resulteren in een vernietiging op basis van een schending van de motiveringsplicht.<sup>3174</sup> GERBRANDY stelt dan ook dat de toetsing van de feiten snel overgaat tot een toetsing van formele beginselen.<sup>3175</sup> De rechter kijkt daarbij wel naar de feitenkwalificatie en de concrete inhoud van het besluit, maar zal niet snel geneigd zijn om te concluderen dat het besluit omwille van de

---

<sup>3173</sup> S. LAVRIJSEN, J. EIJKENS en F. CAPKURT, "Rechterlijke toetsing van energieregulering door het CBb en het recht op effectieve rechtsbescherming?", *SEW* 2016, afl. 4, (142) 148.

<sup>3174</sup> Waarbij de ABBB in Nederland eerder gezien worden als procedurele eisen en in België, volgens de rechtspraak van de drie hoogste hoven, als deel uitmakend van de wettigheidstoets.

<sup>3175</sup> A. GERBRANDY, *Convergentie in het Mededingingsrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2009, 110: "Een toetsing van de feiten kan in de Nederlandse context al snel de vorm krijgen van een toetsing 'voornamelijk aan de kant van formele beginselen, zoals het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel, [waardoor] de rechter niet steeds genoodzaakt is zelf een eindoordeel over de feiten te geven".

feitenkwalificatie vernietigd moet worden.<sup>3176</sup> SCHIMMEL en WIDDERSHOVEN spreken in dit kader van een **proceduralisering** van rechtmatigheidstoets zoals die is ingevuld in de *Tetra Laval*-standaard.<sup>3177</sup> In België is bij het Hof van beroep enigszins eenzelfde tendens waar te nemen, waarbij de rechter de feiten ten volle beoordeelt, maar daarna verwijst naar de procedurele regels of naar een specifieke wetsschending. De rechter gaat daarbij echter regelmatig de beslissing van de energieregulator **uitvoerig inhoudelijk** toetsen, waarna hij vaststelt dat er sprake is van een schending van een wettelijke regel en niet zozeer dat er sprake is van een foutieve feitenkwalificatie. Het Hof van beroep te Brussel ging in het arrest van 6 februari 2013, na de vaststelling dat de taalwetgeving én de motiveringsplicht waren geschonden, toch nog over tot een meer inhoudelijke beoordeling. De conclusie is dan ook dat de rechtspraak niet echt uniform is.

**981.** De kritiek dat de regulator in individuele gevallen over een beperktere democratische legitimiteit beschikt, rechtvaardigt inderdaad dat de rechter *steeds de feitenkwalificatie* zou moeten onderzoeken, ongeacht of er nadien een vernietiging volgt of niet. Dit geeft rechtszekerheid aan de rechtsonderhorigen,<sup>3178</sup> maar ook aan de regulator. De regulator weet zo dat hij een correcte feitenkwalificatie heeft doorgevoerd en een redelijke beslissing heeft genomen of weet dat, indien hij in de toekomst met het arrest rekening houdt, zijn beslissing niet meer zal vernietigd worden (of dat de kans daartoe toch beduidend kleiner is). M.i. staat het Hof evenwel vrij om, in het kader van zijn volle rechtsmacht, te beslissen op basis van welke grond het uiteindelijk een beslissing vernietigt en hoe het Hof dit motiveert. Uit het arrest moet wel blijken dat de feiten in overweging zijn genomen. Steunt de rechter zijn beslissing uiteindelijk op de schending van een rechtsregel dan is dit een terechte keuze.

**982.** Wat de administratieve geldboetes betreft kan in België de rechter de boete hervormen binnen de wettelijk gestelde grenzen wanneer deze boete een repressief karakter heeft.<sup>3179</sup> Enkel wanneer – en dit is bij de boetes opgelegd door energieregulators niet het geval – er een equivalente strafsanctie bestaat

---

<sup>3176</sup> S. LAVRIJSSEN, J. EJKENS en F. CAPKURT, "Rechterlijke toetsing van energieregulering door het CBB en het recht op effectieve rechtsbescherming?", *SEW* 2016, afl. 4, (142) 160.

<sup>3177</sup> M. SCHIMMEL en R. WIDDERSHOVEN, "Judicial Review after *Tetra Laval*: Some Observations from a European Administrative Law Point of View" in O. ESSENS, A. GERBRANDY en S. LAVRIJSSEN (eds.), *National Courts and the Standard of Review in Competition Law and Economic Regulation*, Groningen, Europa Law Publishing, 2009, (51) 75; zie ook A. GERBRANDY, *Convergentie in het Mededingingsrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2009, 110-111 en Y. SCHUURMANS, "De toetsing van de feitenvaststelling in Europees perspectief" in T. BARKHUYSEN, W. DEN OUDEN en E. STEYGER (eds.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van het EG-recht*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2007, (115) 115: "Hij toetst de rechtmatigheid van het bestreden bestuursbesluit, waaronder de rechtmatigheid van de feitenvaststelling die aan dat besluit ten grondslag ligt. Die toets vindt voornamelijk plaats aan de hand van formele beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het zorgvuldigheids- en het motiveringsbeginsel. Door deze toetsingswijze is de rechter niet steeds genoodzaakt zelf een eindoordeel over de feiten te geven".

<sup>3178</sup> Zeker wanneer een besluit van de regulator niet wordt vernietigd is het uiterst belangrijk dat de rechtsonderhorigen voldoende inzicht krijgen over het waarom een beslissing in stand gehouden wordt.

<sup>3179</sup> Het Hof van beroep oefent deze toets trouwens uit.

zou de rechter ook verzachtende omstandigheden kunnen aannemen en onder het minimumbedrag gaan. Bij niet-strafrechtelijke boetes of boetes opgelegd in het kader van een gebonden bevoegdheid, volstaat een vernietigingstoezicht. In Nederland wordt echter aangenomen dat de rechter op basis van loutere doelmatigheid of opportuniteit de boete kan vervangen door zijn eigen besluit om wat voor reden dan ook.<sup>3180</sup> Gelet op de rechtspraak van de hoogste rechtscolleges in België – en daarbij zeker het Hof van Cassatie – is dit hier eerder ondenkbaar. Het is m.i. ook voldoende dat de rechter over dezelfde beoordelingsbevoegdheid beschikt als het bestuur; hij moet daarbij niet aan de opportuniteit kunnen raken.

**983.** Wanneer beide rechtsstelsels, Nederland en België, naast elkaar worden gelegd inzake de reglementaire beslissingen dan moet worden vastgesteld dat de toetsing door de rechter in België soms te verregaand is (waarbij de rechter zelfs neigt naar een opportuniteitstoetsing), terwijl in Nederland, zoals uit uitvoerig onderzoek door bovenvermelde auteurs bleek, het CBB in het verleden vaak te terughoudend toetste. Idealiter groeit de rechtspraak uit beide rechtsstelsel dus meer naar elkaar toe.

## **7. Judicial review in de VS**

### **7.1. Administrative Procedure Act (APA) en judicial review**

**984.** Een van de belangrijkste aanpassing die de APA doorvoerde was de codificatie van het algemeen principe van de *judicial review* toegepast op beslissingen van *agencies*. *Judicial review* staat niet in de Amerikaanse Grondwet, maar vloeit voort uit de rechtspraak van het *U.S. Supreme Court*.<sup>3181</sup> Het houdt in dat de rechterlijke macht de bevoegdheid heeft om de (grond)wettigheid van federale wetgeving te controleren. Bij *administrative judicial review* gaan de rechtscolleges na of de beslissingen genomen door

---

<sup>3180</sup> Zie bv. CBB 10 april 2014 (ECLI:NL:CBB:2014:118), overw. 4.9.3: "Het College stelt voorop dat ACM, gelet op de aard van het te nemen besluit, in het concrete geval - naast artikel 57, tweede lid, Mw - ook het in artikel 3:4 Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel in acht dient te nemen. Dit betekent dat ACM bij het vaststellen van de boete rekenschap dient te geven of de uit de Boeterichtsnoeren voortvloeiende boete, gelet op alle omstandigheden van het geval, evenredig is aan het beoogde doel. Tot die omstandigheden behoren in ieder geval de aard en ernst van de overtreding, de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten en de omstandigheden waaronder deze is gepleegd. Ook de draagkracht van de overtreder kan een in aanmerking te nemen omstandigheid zijn. Wanneer het uit de Boeterichtsnoeren voortvloeiende boetebedrag niet evenredig is, is matiging van dit bedrag passend en geboden. Artikel 6 EVRM dat op de onderhavige boete van toepassing is, brengt met zich dat de rechter zonder terughoudendheid toetst of het besluit met betrekking tot de boete voldoet aan deze eisen en leidt tot een evenredige sanctie. Deze toetsing omvat tevens de beoordeling of sprake is van een verminderde mate van verwijtbaarheid [...]" en CBB 4 april 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW2271, overw. 7.4.2: "Gelet op de aard van het besluit van 26 juni 2008 dient appellant in het concrete geval ook het in artikel 3:4, tweede lid, Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel in acht te nemen. Dit betekent dat appellant zich er bij het vaststellen van de boete rekenschap van dient te geven of de uit de Boetecode voortvloeiende boete, gelet op alle omstandigheden van het geval, evenredig is aan het beoogde doel. Tot die omstandigheden behoren in ieder geval de aard en de ernst van de overtreding, de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten en de omstandigheden waaronder deze is gepleegd. Wanneer het uit de beleidsregels voortvloeiende boetebedrag niet evenredig is, is matiging van dit bedrag passend en geboden. Artikel 6 EVRM, dat op de onderhavige boetes van toepassing is, brengt met zich dat de rechter zonder terughoudendheid toetst of het besluit met betrekking tot de boete voldoet aan deze eisen en leidt tot een evenredige sanctie".

<sup>3181</sup> In de zaak *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 2 L. Ed. 60 (1803) verklaarde het *U.S. Supreme Court* voor het eerst een federale wet (de Judiciary Act van 1789) ongrondwettelijk.

*agencies* al dan niet rechtsgeldig werden genomen. Sectie 10, (a) van de APA stelt dat "a person suffering legal wrong because of agency action, or adversely affected or aggrieved by agency action within the meaning of a relevant statute, is entitled to judicial review thereof".<sup>3182</sup> De beslissingen die vatbaar zijn voor *judicial review* zijn "agency action made reviewable by statute and final agency action for which there is no other adequate remedy in a court, are subject to judicial review".<sup>3183</sup> De draagwijdte van de review ligt vervat in 5 U.S.C. § 706, dat bepaalt:

"To the extent necessary to decision and when presented, the reviewing court shall decide all relevant questions of law, interpret constitutional and statutory provisions, and determine the meaning or applicability of the terms of an agency action. The reviewing court shall—

- (1) compel agency action unlawfully withheld or unreasonably delayed; and
- (2) hold **unlawful** and **set aside** agency action, findings, and conclusions found to be—
  - (A) **arbitrary, capricious, an abuse of discretion**, or otherwise **not in accordance with law**;
  - (B) contrary to constitutional right, power, privilege, or immunity;
  - (C) in excess of statutory jurisdiction, authority, or limitations, or short of statutory right;
  - (D) without observance of procedure required by law;
  - (E) **unsupported by substantial evidence** in a case subject to sections 556 and 557 of this title or otherwise reviewed on the record of an agency hearing provided by statute; or
  - (F) unwarranted by the facts to the extent that the facts are subject to trial de novo by the reviewing court.

In making the foregoing determinations, the court shall review the whole record or those parts of it cited by a party, and due account shall be taken of the rule of prejudicial error".

Onder de APA hangt de scope van de review af van het soort beslissing. Sectie 7 (*Hearings*) en Sectie 8 (*Decisions*) hebben immers enkel betrekking op formele procesvorming. Bij *formal adjudication* kunnen de *trial-like* beslissingen opzij gezet worden via een strenge en zwaarwichtige procedure: de *substantial evidence review*. Hetzelfde geldt voor *formal rule making*.<sup>3184</sup> Deze procedure houdt in dat de beslissingen van de *agencies* moeten ondersteund zijn door substantieel bewijs. Zo niet kunnen de Amerikaanse rechtscolleges oordelen dat de beslissing buiten beschouwing dient te worden gelaten. De rechtscolleges hebben daarbij 'volle rechtsmacht' in die zin dat zij het volledige dossier opnieuw kunnen doorgronden en beslechten, zowel in feite als in rechte. De beoordeling door de rechtscolleges zal bijgevolg veel stringenter zijn bij de *formal decisions*, dan bij de *informal decisions*. Artikel 3 van de Grondwet ligt aan de basis van deze redenering: aangezien rechterlijke bevoegdheden in principe enkel zijn

---

<sup>3182</sup> 5 U.S. Code § 702.

<sup>3183</sup> 5 U.S. Code § 704.

<sup>3184</sup> A. SELLERS, "Adjudication by federal agencies under the Administrative Procedure Act" in G. WARREN (ed.), *The Administrative Procedure Act and the Administrative Agencies*, New York, New York University School of Law, 1947, (524) 526.

voorbehouden voor de rechterlijke macht, dienen de *trial-like* beslissingen van *agencies* te worden onderworpen aan diepgaande rechterlijke controle. Bij *informal adjudication* wordt vaak gebruik gemaakt van de *arbitrary and capricious review* waarbij de beslissingen opzij gezet kunnen worden (*set aside*) indien de rechtscolleges van oordeel zijn dat de regulation "arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law" is. Bij *informal rule making* gaan de rechtscolleges hierbij voornamelijk na of een beslissing van een *agency* in overeenstemming is met de Grondwet en met de oprichtingswet (*agency's statutory commands from Congress*). De overgrote meerderheid van de *agency*-beslissingen vallen onder het *informal rulemaking* proces.<sup>3185</sup>

## 7.2. De Chevron doctrine

**985.** De *Chevron doctrine* is een van de belangrijkste principes uit het administratieve recht,<sup>3186</sup> vastgelegd door het *U.S. Supreme Court* in *Chevron U.S.A. v. Natural Resources Defense Council* (1984).<sup>3187</sup> De zaak wierp vragen op inzake hoe ver de rechtscolleges konden gaan bij hun toetsing van de interpretaties gegeven door de *agencies* aan de op hen toepasselijke wetgeving, waarbij de *agencies* over discretionaire bevoegdheden beschikten. Het *U.S. Supreme Court* stelde dat:

"We have long recognized that considerable weight should be accorded to an executive department's construction of a statutory scheme it is entrusted to administer, and the principle of **deference** to administrative **interpretations** has been consistently followed by this Court whenever decision as to the meaning or reach of a statute has involved reconciling conflicting policies, and a full understanding of the force of the statutory policy in the given situation has depended upon more than ordinary knowledge respecting the matters subjected to agency regulations".<sup>3188</sup>

Het *U.S. Supreme Court* vervolgde dat "with regard to judicial review of an agency's construction of the statute which it administers, if Congress has not directly spoken to the precise question at issue, the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute". Hieruit volgt dat, wanneer *agencies* hun wettelijk mandaat of het wettelijk kader dat op hen van toepassing is interpreteren, bij de rechterlijke toetsing een procedure bestaande uit twee stappen gevolgd moet worden:<sup>3189</sup>

---

<sup>3185</sup> V. BURROWS en T. GARVEY, "A Brief Overview of Rulemaking and Judicial Review", *Congressional Research Service* 2011, 2.

<sup>3186</sup> E. HAMMOND, E. GARRETT en E. MAGILL, "Judicial Review of Statutory Issues under the *Chevron* Doctrine", in M. HERZ, R. MURPHY en K. WATTS (eds.), *A guide to Judicial and Political Review of Federal Agencies*, Chicago Illinois, American Bar Association, 2015, (65) 66: "Outside of the administrative law context, courts vigorously guard their authority to say what the law is. [...] Under longstanding administrative law principles, however, courts often afford some deference to agencies' interpretations of their statutory mandates".

<sup>3187</sup> *Chevron U.S.A. v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837 (1984).

<sup>3188</sup> *Chevron U.S.A. v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 845 (1984).

<sup>3189</sup> E. HAMMOND, E. GARRETT en E. MAGILL, "Judicial Review of Statutory Issues under the *Chevron* Doctrine", in M. HERZ, R. MURPHY en K. WATTS (eds.), *A guide to Judicial and Political Review of Federal Agencies*, Chicago Illinois, American Bar Association, 2015, 67; J. FREEMAN en D. SPENCE, "Old Statutes, New Problems", *University of Pennsylvania Law Review* 2014, (65) 69, voetnoot 299.

"First, always, is the question whether Congress has directly spoken to the precise question at issue. If the intent of Congress is clear, that is the end of the matter; for the court, as well as the agency, must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress. If, however, the court determines Congress has not directly addressed the precise question at issue, the court **does not simply impose its own construction** on the statute, as would be necessary in the absence of an administrative interpretation. Rather, if the **statute is silent or ambiguous** with respect to the specific issue, **the question for the court is whether the agency's answer is based on a permissible construction of the statute**".<sup>3190</sup>

**986.** Bij de eerste stap, een wettigheidstoets, gaat de rechter bijgevolg na of het Congres zich heeft uitgesproken over de mogelijke interpretatie. Indien dit het geval is, dan eindigt de procedure en wordt de keuze van het Congres gevolgd. Wanneer dit echter niet het geval is – m.a.w. wanneer het Congres geen interpretatie heeft gegeven en de wet stilzwijgt – dan moet de rechter nagaan of het *agency* een toelaatbare interpretatie heeft gegeven aan de wet (stap twee).<sup>3191</sup> Dit houdt in dat de rechterlijke instantie de beslissingen van de *agencies* met terughoudendheid moet toetsen (*with deference*, of eerbied). De *Chevron doctrine* gaat er immers van uit dat indien de wet geen duidelijkheid biedt, het Congres (impliciet) de bevoegdheid aan het *agency* heeft gedelegeerd om zelf een interpretatie te geven.<sup>3192</sup>

"If Congress has explicitly left a gap for the agency to fill, there is an express delegation of authority to the agency to elucidate a specific provision of the statute by regulation. **Such legislative regulations are given controlling weight unless they are arbitrary, capricious, or manifestly contrary to the statute.** Sometimes the legislative delegation to an agency on a particular question is implicit, rather than explicit. In such a case, **a court may not substitute its own construction of a statutory provision for a reasonable interpretation made by the administrator of an agency**".<sup>3193</sup>

De rechtscolleges moeten bijgevolg nagaan of het *agency* **geen onredelijke interpretatie** heeft gegeven aan de wetgeving. Enkel wanneer de beslissing willekeurig is, inconsistent is (of onvoorspelbaar)<sup>3194</sup> of ingaat tegen de wet, kan de rechter de beslissing vernietigen. Enkel in het kader van het administratief recht, bij de *regulatory statutes*, nemen de rechtscolleges dergelijk terughoudende houding aan (*judicial deference*). De achterliggende redenen tot deze terughoudendheid zijn, naast de impliciete delegatie door het Congres, ook de expertise van de *agencies* en het feit dat de *agencies* meer democratische verantwoording afleggen dan de rechtscolleges.<sup>3195</sup>

<sup>3190</sup> *Chevron U.S.A. v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 842-845 (1984).

<sup>3191</sup> E. HAMMOND, E. GARRETT en E. MAGILL, "Judicial Review of Statutory Issues under the *Chevron* Doctrine", in M. HERZ, R. MURPHY en K. WATTS (eds.), *A guide to Judicial and Political Review of Federal Agencies*, Chicago Illinois, American Bar Association, 2015, (65) 67.

<sup>3192</sup> E. HAMMOND, E. GARRETT en E. MAGILL, "Judicial Review of Statutory Issues under the *Chevron* Doctrine", in M. HERZ, R. MURPHY en K. WATTS (eds.), *A guide to Judicial and Political Review of Federal Agencies*, Chicago Illinois, American Bar Association, 2015, (65) 68.

<sup>3193</sup> *Chevron U.S.A. v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 844-845 (1984).

<sup>3194</sup> Er bestaat niet echt een goede vertaling in het Nederlands van de term 'capricious'.

<sup>3195</sup> J. MANNING, "Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of Agency Rules", *Columbia Law Review* 1996, (613) 617.

**987.** De terughoudende toetsing houdt in dat de rechtscolleges de interpretatie door een *agency* moeten aanvaarden indien deze niet onredelijk is, zelfs wanneer het niet de beste interpretatie is of een andere interpretatie dan deze dewelke het college zou hebben gegeven. Daarbij nemen de rechtscolleges o.a. volgende elementen mee in hun overweging: de specifieke bewoordingen of de secties uit de tekst van de wet, de algemene structuur van de wet, de wetsgeschiedenis en de doelstelling(en) die volgens het hof in de wet vervat liggen.

**988.** Om uit te maken wat nu juist verstaan moet worden onder een *onredelijke* interpretatie, gebruiken de rechtscolleges in stap twee een "arbitrary-and-capricious review".<sup>3196</sup> De rechtscolleges gaan hierbij na of het *agency* afdoende motivering heeft gegeven voor zijn keuze, in het licht van deze "arbitrary-and-capricious review".<sup>3197</sup> In de zaak *Natural Resources Defense Council, Inc., Petitioner, v. United States Environmental Protection Agency* (EPA) (1992) ging het Court of Appeals (9<sup>th</sup> Circuit) in op § 706 van de APA waarin de "arbitrary-and-capricious review" vervat ligt. Het Hof verwijst daarbij naar eerdere rechtspraak die stelt dat:

"Under this standard a court must find a "**rational connection between the facts found and the choice made**" (Sierra Pacific Indus., 866 F.2d 1099, 1105 (9th Cir.1989) (citing Motor Vehicle Mfrs. Ass'n v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co., 463 U.S. 29, 43, 103 S.Ct. 2856, 2866, 77 L.Ed.2d 443 (1983)). **The court must decide whether the agency considered the relevant factors and whether there has been a clear error of judgment** (Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe, 401 U.S. 402, 416, 91 S.Ct. 814, 823, 28 L.Ed.2d 136 (1971))".

Het Hof moet bijgevolg nagaan of het *agency* de relevante feiten in overweging heeft genomen, of er daarbij een rationeel verband is tussen de vastgestelde feiten en de keuze die werd gemaakt of de interpretatie die werd gegeven, en of er geen sprake is van een duidelijk foutief oordeel. Het *Court of Appeals* beklemtoonde dat het eerbied dient te hebben voor de **redelijke** interpretatie gegeven door het *agency*:

"Congress may leave an explicit gap, thus delegating legislative authority to an agency subject to the arbitrary and capricious standard. If legislative delegation is implicit, courts must **defer** to an agency's statutory **interpretation** as long as it is **reasonable**. This is because an agency has **technical expertise** as well as the authority to reconcile conflicting policies".

De beoordeling via de "arbitrary-and-capricious review" gebeurt echter op *case-by-case* basis, waardoor het niet mogelijk is om limitatief op te sommen

---

<sup>3196</sup> E. HAMMOND, E. GARRETT en E. MAGILL, "Judicial Review of Statutory Issues under the *Chevron* Doctrine", in M. HERZ, R. MURPHY en K. WATTS (eds.), *A guide to Judicial and Political Review of Federal Agencies*, Chicago Illinois, American Bar Association, 2015, (65) 94.

<sup>3197</sup> De *Chevron doctrine* gaat in de eerste stap uit van een wettigheidstoets en gaat daarna pas in de tweede stap dieper in op een feitelijkheidstoets, namelijk via de *arbitrary and capricious review* ("The arbitrary and capricious standard is appropriate for resolutions of factual disputes implicating substantial agency expertise. Review under the standard is narrow and the reviewing court may not substitute its judgment for that of the agency", zie U.S. Courts Guides, Stand of Review, [http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/uploads/guides/stand\\_of\\_review/IV\\_Review\\_AD.pdf](http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/uploads/guides/stand_of_review/IV_Review_AD.pdf), 2012, IV-1.



wanneer er nu juist sprake is van een onredelijke interpretatie. De APA spreekt immers enkel van "arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law" (§ 706). Uit een arrest uit 1983 blijkt bijvoorbeeld dat er *in casu* specifiek sprake is van een onredelijke interpretatie wanneer:

"An agency rule would be arbitrary and capricious if the agency has relied **on factors which Congress has not intended it to consider, entirely failed to consider an important aspect of the problem, offered an explanation for its decision that runs counter to the evidence before the agency, or is so implausible that it could not be ascribed to a difference in view** or the product of agency expertise".<sup>3198</sup>

Verder stelt de *U.S. Courts Guide* stelt dat:

"This court may reverse under the arbitrary and capricious standard only if the agency has relied on factors that Congress has not intended it to consider, entirely failed to consider an important aspect of the problem, offered an explanation for its decision that runs counter to the evidence before the agency, or is so implausible that it could not be ascribed to a difference in view or the product of agency expertise".<sup>3199</sup>

Wat wel duidelijk is, is dat er onder de "arbitrary and capricious review" geen hervorming door het rechtscollege mogelijk is.<sup>3200</sup> Samengevat houdt de toetsing onder de *Chevron doctrine* eerst en vooral een uitvoerige wettigheidscontrole in, waarbij het rechtscollege nagaat of de wettelijke bepalingen en de achterliggende bedoelingen of interpretaties van het Congres voldoende duidelijk zijn. Wanneer dit het geval is dan moet de beslissing van de regulator vernietigd worden indien deze niet in overeenstemming is met dit duidelijke wetgevend kader. Wanneer echter de interpretaties of achterliggende intenties onduidelijk zijn, moet ervan worden uitgegaan dat het Congres deze bevoegdheid tot interpretatie heeft gedelegeerd aan het agency (m.a.w. wanneer er sprake is van discretionaire bevoegdheden). Om dan te kunnen nagaan of de beoordeling door het agency een **redelijke** beoordeling inhoudt, worden via de *arbitrary and capricious*- standaard de feitelijke gegevens door het rechtscollege getoetst.

### 7.3. Old statutes, new problems?<sup>3201</sup>

<sup>3198</sup> *Motor Vehicle Mfrs. Association v. State Farm Mut. Auto Ins.* (1983), 463 U.S. 29, 43, 103 S.Ct. 2856, 2866, 77 L.Ed.2d 443.

<sup>3199</sup> U.S. Courts Guides, Stand of Review, [http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/uploads/guides/stand\\_of\\_review/IV\\_Review\\_AD.pdf](http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/uploads/guides/stand_of_review/IV_Review_AD.pdf), 2012, IV-2.

<sup>3200</sup> Zie o.a. *Motor Vehicle Manufacturers Association of United States v. State Farm Mutual Automobile Ins. Co.* (1983), 463 U.S. 29, 43: "While the scope of review under the "arbitrary and capricious" standard is narrow, and a court is not to substitute its judgment for that of the agency, the agency nevertheless must examine the relevant data and articulate a satisfactory explanation for its action"; *U.S. Postal Service v. Gregory*, 534 U.S. 1, 6-7 (2001): "The Federal Circuit's statutory review of the substance of Board decisions is limited to determining whether they are unsupported by substantial evidence or are "arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law." Like its counterpart in the Administrative Procedure Act, 5 U. S. C. § 706(2), the arbitrary and capricious standard is extremely narrow, and allows the Board wide latitude in fulfilling its obligation to review agency disciplinary actions. It is not for the Federal Circuit to substitute its own judgment for that of the Board".

<sup>3201</sup> In de woorden van J. FREEMAN en D. SPENCE, "Old Statutes, New Problems", *University of Pennsylvania Law Review* 2014, 1-93.

989. In een recente publicatie uit 2014 stellen FREEMAN en SPENCE dat meer en meer *agencies* geconfronteerd worden met “congressional dysfunctions” of “congressional inactions”. Dit komt hoofdzakelijk omdat het Congres bijzonder verdeeld is en daardoor nog moeilijk wetgeving gestemd krijgt. De auteurs stellen dat een van de gevolgen hiervan een verminderde mogelijkheid is voor het Congres om regulerende wetgeving uit te vaardigen, die aangepast is aan de nieuwe economische, wetenschappelijke of technologische ontwikkelingen.<sup>3202</sup> Deze evolutie heeft zowel gevolgen voor de *agencies* als voor de rechtscolleges, die beiden geconfronteerd worden met gedateerde wetgeving die niet meer aangepast is aan deze recente ontwikkelingen. Beiden moeten immers nagaan welke huidige en moderne interpretatie in lijn zou kunnen liggen met de doelstellingen die het Congres voor ogen had ten tijde van het opstellen van deze verouderde wetten.

990. Zo dateert de *Federal Power Act* (FPA) al van 1935. De wet vereist van de FERC dat hij tarieven garandeert die rechtvaardig, eerlijk (*just and reasonable*) en niet-discriminerende zijn. De FERC baseerde zelf de tarieven geruime tijd op het principe van de “rate-of-return”,<sup>3203</sup> terwijl het in de jaren negentig liever opteerde voor markt-gebaseerde tarieven:

“After Order No. 888, FERC accelerated the process of authorizing wholesale sellers to sell power at market rates, rather than setting the rates itself in a traditional ratemaking proceeding. To accomplish this, **FERC interpreted its traditional duty to set “just and reasonable rates”** as encompassing the authority to approve **market-based rates**. Thus, authorizing the broad use of market rates represented a rather momentous shift away from historical understandings of cost of service regulation, which the agency undertook without the benefit of congressional amendment to the FPA”.<sup>3204</sup>

Om deze wijzigingen te bewerkstelligen gaf de FERC bijgevolg een **eigen interpretatie** aan het begrip “gerechtvaardigde en eerlijke” tarieven, zonder een aanpassing van de *Federal Power Act*. In de zaak *California ex rel. Lockyer v. FERC*,<sup>3205</sup> oordeelde het *Court of Appeals of the Ninth Circuit* (bevoegd inzake de rechtspraak tegen de FERC) dat:

“FERC is obligated to ensure that wholesale power rates are “just and reasonable”. [...] Much of the theory that underpins the present controversy has its roots in the “filed rate doctrine,” which is central to FERC’s operations. “The ‘filed rate doctrine’ was developed in the 19th century as part of a program to regulate the ruthless exercise of monopoly power by the Nation’s railroads. [...] With a fixed rate tariff, the review process is relatively straightforward. A wholesaler would file a rate, which would become the legal rate unless challenged. If FERC determined that the rate was not “just and reasonable” after a challenge, then it would order refunds. [...] However,

<sup>3202</sup> J. FREEMAN en D. SPENCE, “Old Statutes, New Problems”, *University of Pennsylvania Law Review* 2014, (1) 2.

<sup>3203</sup> Waarbij FERC de tariefvoorstellen goedkeurde.

<sup>3204</sup> J. FREEMAN en D. SPENCE, “Old Statutes, New Problems”, *University of Pennsylvania Law Review* 2014, (1) 47: “FERC executed this strategy as part of a difficult transition from regulated, localized electricity markets to geographically broader, more robust markets”.

<sup>3205</sup> 383 F.3d 1006 (9th Cir. 2004), online consulteerbaar op de website van FERC, <http://www.ferc.gov/EventCalendar/Files/20050614161534-lockyer.pdf>.

approximately a decade ago, **companies** began to file **market-based tariffs** that did not specify the precise rate to be charged. As a result, FERC then **departed from its historical policy of basing rates upon the cost of providing service plus a fair return on invested capital**, and began **approving market-based tariffs**. [...]. California contends that the market-based tariff system approved by FERC in this case violates the FPA because it relies on unfiled, privately negotiated rates to satisfy statutory rate filing requirements, and that this cannot be sustained even when the agency has made a prior determination that market forces will drive rights into a zone of reasonableness. [...]. The use of market-based tariffs was first **approved** in the **natural gas** context. However, approval of such tariffs was conditioned on the existence of a **competitive market**. [...]. In considering FERC's tariff-approving authority, the Supreme Court has emphasized "that the just and reasonable standard does not compel the Commission to use any single pricing formula..." (Mobil Oil Exploration & Producing Southeast Inc. v. United Distribution Co., 498 U.S. 211, 224 (1991)) (discussing the "just and reasonable" requirement in the natural gas context). The Court has recognized that the "just and reasonable" requirement accords FERC **"broad ratemaking authority."** California argues that different reporting requirements should have been established. However, Congress specified that filings be "within such time and within such form" and under "such rules and regulations as the Commission may prescribe," 16 U.S.C. § 824d(c). Thus, **so long as FERC has approved a tariff within the scope of its FPA authority**, it has **broad discretion** to establish effective reporting requirements for administration of the tariff. For all of these reasons, California's facial challenge to market-based tariffs fails".

De discretionaire bevoegdheden van de FERC ("broad ratemaking authority") zorgden er met andere woorden voor dat de FERC volgens het Hof over de mogelijkheid beschikt om de FPA op evolutieve wijze te interpreteren. In de zaak *Morgan Stanley Capital Group Inc. v. Public Utility District No. 1 of Snohomish County* gedoogde het *U.S. Supreme Court* dat de FERC over de mogelijkheid beschikt om markt-gebaseerde tarieven te hanteren.<sup>3206</sup> Rechter Scalia stelde daarbij uitdrukkelijk dat het niet de rol is van het Hof om de wettigheid van dergelijk tarief na te gaan:

"Both the Ninth Circuit and the D.C. Circuit have generally approved FERC's scheme of market-based tariffs. (See Lockyer, supra, at 1011-1013; Louisiana Energy & Power Auth. v. FERC, 141 F. 3d 364, 365 (CADC 1998)). **We have not hitherto approved, and express no opinion today, on the lawfulness of the market-based-tariff system**, which is not one of the issues before us. It suffices for the present cases to recognize that when a seller files a market-based tariff, purchasers no longer have the option of buying electricity at a rate set by tariff and contracts no longer need to be filed with FERC (and subjected to its investigatory power) before going into effect".<sup>3207</sup>

**991.** Wat de democratische accountability van de *agencies* betreft, stellen de FREEMAN en SPENCE dat:

"In terms of accountability, agencies are anything but out of control. Courts check them **more than adequately** (the threat of judicial review alone performs a disciplinary function) and presidents direct them in response to demands from a national

<sup>3206</sup> De zaak werd evenwel teruggestuurd naar de FERC omwille van procedurele redenen.

<sup>3207</sup> *Morgan Stanley Capital Group Inc. v. Public Utility District No. 1 of Snohomish County* (2008), 471 F. 3d 1053: "We have not hitherto approved, and express no opinion today, on the lawfulness of the market-based-tariff system, which is not one of the issues before us. It suffices for the present cases to recognize that when a seller files a market-based tariff, purchasers no longer have the option of buying electricity at a rate set by tariff and contracts no longer need to be filed with FERC (and subjected to its investigatory power) before going into effect".

constituency. In addition, agencies can still be expected to be at least somewhat responsive to **congressional oversight** even when it is well-known that Congress is unlikely to pass legislation. [...]. In fact, when courts review the consistency of agency policy choices with the underlying enabling legislation, they must consider two congresses - the Congress that passed the enabling legislation in question and the current Congress, which may or may not be moved to pass legislation. It is **not self-evident** that shifting more decisions about how to implement old statutes to the **current Congress is more "democratic"** than leaving those decisions with the agency until Congress affirmatively chooses to speak through bicameralism and presentment. That is, **broad delegations of authority to agencies** (and broad constructions of that authority by the agency subsequently) **are consistent with democratic accountability** because they represent a collective decision by the elected branch to leave certain policy choices to expert agencies".<sup>3208</sup>

De rol die de rechtscolleges spelen bestaat erin om, onder de *Chevron doctrine*, na te gaan of de IRA's hun in toenemende mate innovatieve interpretatie van de wetgeving wel consistent is met de achterliggende betekenis van de wetgeving en of deze beslissingen wel **redelijk** zijn. De *Chevron doctrine* houdt er immers rekening mee dat IRA's het best in staat zijn om de op hen toepasselijke wetgeving te interpreteren<sup>3209</sup> en zelfs over de meer relevante informatie beschikken over de politieke en beleidscontext waarbinnen de wetgeving werd aangenomen.<sup>3210</sup> *Chevron* vereist een terughoudend optreden van de rechtscolleges, niet alleen wanneer de wetgeving onduidelijk is, maar ook wanneer de wetgeving geheel stilzwijgend is.<sup>3211</sup> Zeker wanneer het Congres - impliciet of expliciet - bevoegdheden delegeert aan de agencies en de wet stilzwijgend is, houdt deze delegatie een bepaalde beleidsmarge in voor de IRA's. Wanneer met andere woorden gedateerde wetgeving op een moderne manier door de IRA's geïnterpreteerd wordt, dan speelt hier nog meer een vereiste inzake terughoudendheid.<sup>3212</sup>

**992.** Geconcludeerd kan worden dat - zeker in tijden van Congressionele inactiviteit - de IRA's het best geplaatst zijn om de wetgeving op een correcte manier te interpreteren in het licht van nieuwe, gewijzigde omstandigheden. Dit is dan ook een van de belangrijkste redenen voor *judicial deference* of rechterlijke terughoudendheid: de rechter respecteert de discretionaire beleidsruimte van de IRA's. IRA's kunnen bovendien ook op een snellere en meer efficiënte manier reguleren dan een gepolariseerd Congres, waarbij hun specialisatie en expertise ervoor zorgt dat zij beter gewijzigde omstandigheden kunnen inschatten.<sup>3213</sup> FREEMAN en SPENCE stellen dan ook dat:

---

<sup>3208</sup> J. FREEMAN en D. SPENCE, "Old Statutes, New Problems", *University of Pennsylvania Law Review* 2014, (1) 72.

<sup>3209</sup> C. SUNSTEIN, "Law and Administration After Chevron", *Columbia Law Review* 1990, (2071) 2102-2103: "[...] because of their fact-finding capacities, electoral accountability, and continuing attention to changed circumstances, agencies are far better situated than courts to soften statutory rigidities or to adapt their terms to unanticipated conditions".

<sup>3210</sup> A. VERMEULE, *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory Of Legal Interpretation*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2006, 209.

<sup>3211</sup> J. FREEMAN en D. SPENCE, "Old Statutes, New Problems", *University of Pennsylvania Law Review* 2014, (1) 76.

<sup>3212</sup> J. FREEMAN en D. SPENCE, "Old Statutes, New Problems", *University of Pennsylvania Law Review* 2014, (1) 76.

<sup>3213</sup> C. SUNSTEIN, "Law and Administration After Chevron", *Columbia Law Review* 1990, (2071) 2102-2103.

"More recently, however, legal scholars have recognized that the agencies entrusted by Congress with statutory implementation may in fact be **the most appropriate "statutory updaters"** in our **separation of powers system**, because they are more nimble than Congress, more accountable than courts, and more expert than both in responding to changing conditions".<sup>3214</sup>

Dit neemt volgens de auteurs echter niet weg dat IRA's in ruime mate beleidsbeslissingen nemen, die voor de komende tientallen jaren gevolgen kunnen hebben,<sup>3215</sup> waarbij toch eigenlijk het Congres zou moeten optreden. Op dit moment (voornamelijk ten tijde van het Obama-presidentschap en de verdeeldheid in het Congres) worden de beslissingen echter genomen door de IRA's, waaronder FERC, onder het (terughoudend) toezicht van de rechtscolleges.<sup>3216</sup>

#### 7.4. Voorbeelden van rechtspraak m.b.t. de FERC

**993.** *Judicial review* of rechterlijke toetsing ten aanzien van de beslissingen genomen door de FERC vindt plaats op basis van de regel vervat in § 706 van de APA (*arbitrary, capricious, abuse of discretion standard*).<sup>3217</sup> *Deference* of terughoudendheid (letterlijk eerbied) wordt door de rechtscolleges (o.a. het *Court of Appeals of the Ninth Circuit* of het *U.S. Supreme Court*) ten eerste toegepast wanneer de FERC haar eigen *regulations* interpreteert (tenzij deze ronduit foutief zijn).<sup>3218</sup> Er is ten tweede sprake van terughoudendheid wanneer de FERC de wetgeving interpreteert die zij moet uitvoeren of toepassen.<sup>3219</sup> Enkel wanneer de FERC haar eigen wettelijke mandaat gaat interpreteren (verruimen of verengen) wordt er geen gebruik gemaakt van de *Chevron doctrine*, maar wordt "de novo" getoetst.<sup>3220</sup> Dit is de gebruikelijke toetsingsstandaard die inhoudt dat de rechter zelf kan beslissen "what the law is" en daarbij geen terughoudende houding aanneemt.<sup>3221</sup> De review wordt "de

<sup>3214</sup> J. FREEMAN en D. SPENCE, "Old Statutes, New Problems", *University of Pennsylvania Law Review* 2014, (1) 4.

<sup>3215</sup> Aan de ander kant stellen de auteurs ook terecht vast dat indien het Congres inactief blijft ook dit, mogelijk nog veel grotere, lange termijn economische gevolgen met zich mee kan brengen.

<sup>3216</sup> J. FREEMAN en D. SPENCE, "Old Statutes, New Problems", *University of Pennsylvania Law Review* 2014, (1) 63.

<sup>3217</sup> Zie bv. *California Department of Water Resources v. FERC* (2007), 489 F.3d 1029, 1035 (9th Cir. 2007): "Standards of Review. We must uphold FERC orders unless they are "arbitrary, capricious, an abuse of discretion, unsupported by substantial evidence, or not in accordance with the law"; *Public Utilities Commission of State California v. FERC* (2006), 462 F.3d at 1027: "We review FERC orders to determine whether they are "arbitrary, capricious, an abuse of discretion, unsupported by substantial evidence, or not in accordance with law. FERC's factual findings are conclusive if supported by substantial evidence".

<sup>3218</sup> Zie bv. *California Department of Water Resources v. FERC* (2007), 489 F.3d 1029, 1036 (9th Cir. 2007); *County of Butte California v. FERC* (2011), 9th Cir. 2011, No. 10-70140: "Further, FERC's interpretations of its own orders are entitled to deference. Likewise, FERC's interpretations of its own regulations warrant deference, unless the interpretation is plainly erroneous".

<sup>3219</sup> Zie bv. *Montana Consumer Counsel v. FERC* (2011), 659 F.3d 910, 915 (9th Cir. 2011): "we owe "deference ... to FERC's interpretation of the FPA, the law it is charged with administering"; *California Department of Water Resources v. FERC* (2007), 489 F.3d at 1035; *California Trout, et al. v. FERC* (2002), 313 F.3d 1131, 1134 (9th Cir. 2002).

<sup>3220</sup> Zie bv. *City of Fremont v. FERC* (2003), 336 F.3d 910, 914 (9th Cir. 2003): "We review *de novo* the question whether FERC complied with its statutory mandate"; *Bear Lake Watch v. FERC* (2003), 324 F.3d at 1073; *California Trout v. FERC*, 313 F.3d at 1133; *American Rivers v. FERC* (1999), 201 F.3d at 1194: "Where, however, the petitioners call into question the Commission's understanding of its statutory mandate, our review is *de novo*".

<sup>3221</sup> E. HAMMOND, E. GARRETT en E. MAGILL, "Judicial Review of Statutory Issues under the *Chevron Doctrine*", in M. HERZ, R. MURPHY en K. WATTS (eds.), *A guide to Judicial and Political Review of Federal Agencies*, Chicago Illinois, American Bar Association, 2015, (65) 66.

novo” genoemd omwille van het feit dat ook in beroep de zaak wordt behandeld alsof die voor het eerst aan een rechter wordt voorgelegd.

**994.** Uit de praktijk blijkt inderdaad dat bijzonder terughoudend wordt getoetst (zie hieronder voor een aantal voorbeelden). Zo bleek uit interviews bij de FERC dat slechts ongeveer 10-15 procent van de beslissingen van de FERC worden “overturned” of vernietigd. Dit neemt echter niet weg dat de rechtscolleges toch op vrij diepgaande wijze toetsen wanneer zij te maken hebben met een onredelijke beslissing.

**995.** In het arrest *South Carolina Public Service Authority v. FERC* (2014) bevestigt het *U.S. Court of Appeals of the D.C. Circuit* de geldigheid van FERC Order No. 1000. In de Order No. 1000 gebruikt de FERC een *Federal Power Act*-bepaling inzake de “just, reasonable and nondiscriminatory rates” om de transmissienet-eigenaren te verplichten om bepaalde openbare-dienst of beleidsvoordelen in overweging te nemen bij de verdeling van de kosten bij nieuwe transmissielijnen.<sup>3222</sup> Het Hof besluit dat:

“Forty-five petitioners and sixteen intervenors [...] challenge the Commission’s authority to adopt these reforms, and they **contend** that the Final Rule is **arbitrary** and **capricious** and **unsupported** by **substantial evidence**. For the following reasons, we conclude **their contentions are unpersuasive**. We hold in Part II, that the Commission **had authority** under Section 206 of the Federal Power Act to require transmission providers to participate in a regional planning process. In Part III, we conclude that there was **substantial evidence** of a theoretical threat to support adoption of the reforms in the Final Rule. In Part IV, we hold that the Commission **had authority** under Section 206 to require removal of federal rights of first refusal provisions upon determining they were unjust and unreasonable practices affecting rates, and that determination was supported by substantial evidence and was **not arbitrary or capricious**; we further hold that the Mobile-Sierra objection to the removal is not ripe. In Part V, we hold that the Commission had authority under Section 206 to require the ex-ante allocation of the costs of new transmission facilities among beneficiaries, and that its decision regarding scope was not arbitrary or capricious. In Part VI, we hold that the Commission **reasonably** determined that regional planning must include consideration of transmission needs driven by public policy requirements. In Part VII, we hold that the Commission reasonably relied upon the reciprocity condition to encourage non-public utility transmission providers to participate in a regional planning process. Accordingly, we **deny** the petitions for review of the Final Rule”.

**996.** In de zaak *St. Paul Park Refining Co. Llc, Petitioner v. FERC* (2015) stelt het *U.S. Court of Appeals of the D.C. Circuit* in een kort arrest dat de FERC terecht een verzoek tot verder onderzoek afwees:

“Petitioners St. Paul Park Refining Co. LLC challenged a 2008 uncontested settlement agreement between shippers and what is now North Dakota Pipeline Company [...].FERC determined that further investigation was unwarranted and dismissed St. Paul Park’s complaint [...]. FERC’s determination that the settlement remained just and

---

<sup>3222</sup> *South Carolina Public Service Authority v. FERC* (2014), No. 12-1232, <http://www.ferc.gov/legal/court-cases/opinions/2014/12-1232.pdf>.

reasonable was not arbitrary or capricious. See 5 U.S.C. § 706(2)(A) (2012). Nor did the agency abuse its discretion by declining to order discovery and a hearing”.<sup>3223</sup>

997. In het arrest *West Deptford Energy, Llc, v. FERC* (2014) voor het U.S. Court of Appeals of the D.C. Circuit staat de vraag ter discussie welk tarief van toepassing is wanneer een netbeheerder meer dan één tarief heeft ingediend bij de commissie (tijdens de onderhandelingen met een klant), welke van de twee ingediende tarieven van toepassing is: het tarief op het ogenblik van de start van de onderhandelingen, of het tarief bij het bereiken van een overeenkomst.<sup>3224</sup> Uit het arrest blijkt dat “the Commission is of the view that it can pick and choose which rate applies on a case-by case basis. [...]”. Het Hof besprekt zijn toetsingsbevoegdheid in het kader van de zaak en stelt dat:

“We have jurisdiction under 16 U.S.C. § 825l(b). We review Commission orders under the **arbitrary and capricious standard**, and will uphold the Commission’s factual findings if they are **supported by substantial evidence**. Under that familiar standard, we must determine whether the Commission’s orders “examined the relevant data and articulated a rational connection between the facts found and the choice made.” While we defer to the Commission’s interpretation of its own precedent, (see *NSTAR*, 481 F.3d at 799), the Commission cannot depart from those rulings without “**provid[ing] a reasoned analysis indicating that prior policies and standards are being deliberately changed, not casually ignored**.” Those same principles also govern our review of the Commission’s application of the filed rate doctrine (See *NSTAR*, 481 F.3d at 800). Our review of the Commission’s interpretation of filed tariffs is “Chevron-like in nature,” which means that we give “substantial deference” to the Commission’s interpretation unless “the tariff language is unambiguous.”

998. Het Hof toetst met andere woorden terughoudend wanneer het te maken krijgt met een interpretatie door de FERC van diens eigen *regulations*, maar wanneer de FERC hiervan afwijkt moet zij dit doen op basis van een met redenen omkleedde **motivering** en analyse. Ook wat de tarieven betreft, toetst het Hof “*Chevron-like*”: met terughoudendheid voor wat betreft de interpretatie die gegeven werd door de FERC aan het tariefvoorstel, tenzij er geen sprake is van ondubbelzinnigheid (en de FERC m.a.w. geen eigen interpretatie kon geven). *In casu* stelt het Hof vast dat “the commission’s application of the superseded tariff was not adequately reasoned” en “the Commission Failed to Address the Impact of Already Exercised Auction Revenue Rights”, waarop het de zaak terug naar de FERC verwees.<sup>3225</sup>

---

<sup>3223</sup> *St. Paul Park Refining Co. Llc, Petitioner v. FERC* (2015) No. 13-1302, <http://www.ferc.gov/legal/court-cases/opinions/2014/13-1302.pdf>.

<sup>3224</sup> *West Deptford Energy, Llc, v. FERC* (2014), No. 12-1340, <http://www.ferc.gov/legal/court-cases/opinions/2014/12-1340.pdf>.

<sup>3225</sup> *West Deptford Energy, Llc, v. FERC* (2014), No. 12-1340, <http://www.ferc.gov/legal/court-cases/opinions/2014/12-1340.pdf>: “Because the Commission failed to provide an adequate explanation either for its decision to apply the superseded tariff to an interconnection agreement filed after the new tariff’s effective date, or for its refusal to address the auction revenue rights offset, we grant West Deptford’s petition for review, vacate the Commission’s orders in relevant part, and remand to the Commission for additional explanation consistent with the decision of this court”.

999. In het arrest *Idaho Power Co. v. FERC* (2015) vernietigt het *U.S. Court of Appeals of the Ninth Circuit* een beslissing van de FERC.<sup>3226</sup> Het Hof stelt dat het normaal gezien de interpretaties die de FERC geeft aan haar eigen *regulations* met terughoudendheid behandelt, maar dat dit niet wil zeggen dat de regulator in één enkel geval zomaar kan afwijken van zijn eigen praktijk:

"we review FERC decisions to determine whether they are "arbitrary, capricious, an abuse of discretion, unsupported by substantial evidence, or not in accordance with law". While our review of FERC's interpretation of its own regulations is **quite deferential**, see *Pac. Gas & Elec. Co. v. FERC*, 746 F.2d 1383, 1386 (9th Cir. 1984), an agency "may **not depart**, sub silentio, from **its usual rules of decision to reach a different, unexplained result in a single case**," (*Cal. Trout v. FERC*, 572 F.3d 1003, 1023 (9th Cir. 2009)).

Het Hof stelt dat wanneer het duidelijk is dat het gaat om een betwiste regeling, de FERC de regeling niet mag behandelen als een niet-betwiste regeling aangezien het bewijs wel degelijk het tegendeel doet vermoeden. Bij een betwiste regeling moet de FERC immers nagaan of deze "just and reasonable", hetgeen de FERC niet heeft gedaan:

"Under FERC's rules, when a proposed settlement is uncontested, FERC can approve it if the settlement appears to be "fair and reasonable and in the public interest." As FERC acknowledges, this rule permits the agency to approve an uncontested settlement without determining whether it is "just and reasonable." Contested settlements are different. FERC regulations set forth procedures for settlements that are "contested in whole or in part". [...] when a proposed settlement is **contested**, FERC may decide the merits of the contested issues if **substantial evidence supports a reasoned decision** or if FERC "determines there is no genuine issue of material fact. Beginning chronologically, **we are perplexed why FERC treated the proposed Tacoma settlement as uncontested**. [...] FERC acknowledged in its June 13, 2012 Letter Order that the proposed settlement contained "disputed language."

Het Hof besluit dan ook dat de FERC zijn discretionaire bevoegdheid te buiten is gegaan en onvoldoende motivering heeft gegeven waarom de regeling onbetwist zou zijn:

"We hold that FERC **abused** its **discretion** by foregoing the *Trailblazer* analysis and merits analysis dictated by FERC's regulations. The proposed settlement was at least in **part contested**. Even affording FERC substantial latitude in interpreting and applying its own regulations, FERC's recognition of disputed issues coupled with its lack of explanation for proceeding how it did makes it impossible for us to assess FERC's reasons for departing from its own rules and precedent.

The petitions in Nos. 13-72220 and 14-72384 are **GRANTED**; we remand to FERC for consideration of the proposed settlements in accordance with this decision, including the directive for **FERC to reconsider its decision** on the petitions and issue a decision **within sixty days** of the issuance of this court's mandate".

---

<sup>3226</sup> *Idaho Power Co. v. FERC* (2015) No. 13-72220, <http://www.ferc.gov/legal/court-cases/opinions/2015/13-72220opn.pdf>.



**1000.** Ten slotte kan nog het recente arrest van het *U.S. Supreme Court* van 25 januari 2016 vermeld worden.<sup>3227</sup> Daarin stond immers FERC Order No. 745 ter betwisting. Order No. 745 “seeks to remove barriers to fuller participation of **demand response** in wholesale markets by requiring ISOs and RTOs to compensate such resources at the market price for energy (known as the locational marginal price or “LMP”) under certain conditions”.<sup>3228</sup> Het *U.S. Court of Appeals of the D.C. Circuit* had de Order vernietigd aangezien deze volgens het Hof zou betrekking hebben op de bevoegdheden van de deelstaten, waarbij de FERC enkel bevoegd is voor het federale niveau (*ultra vires*).<sup>3229</sup> Bovendien zou de methode die vervat ligt in de Order volgens het Hof resulteren in “unjust and unreasonable rates”. Daarenboven werd de Order als “arbitrary and capricious” beschouwd aangezien de FERC in onvoldoende mate zijn beslissing zou gemotiveerd hebben en in onvoldoende mate zou gereageerd hebben op de argumenten van de tegenstanders.<sup>3230</sup>

Het *U.S. Supreme Court (opinion van Justice Kagan)* gaat eerst uitvoerig in op de inhoudelijke context die de rechtsvraag beheerst:

“The Act also limits FERC’s regulatory reach, and thereby maintains a zone of exclusive state jurisdiction. As pertinent here, §824(b)(1)—the same provision that gives FERC authority over wholesale sales—states that “this subchapter,” including its delegation to FERC, “shall not apply to any other sale of electric energy.” Accordingly, the Commission may not regulate either within-state wholesale sales or, more pertinent here, retail sales of electricity [...]. State utility commissions continue to oversee those transactions.

Since the FPA’s passage, electricity has increasingly become a competitive interstate business, and FERC’s role has evolved accordingly. Decades ago, state or local utilities controlled their own power plants, transmission lines, and delivery systems, operating as **vertically integrated monopolies** in confined geographic areas. That is no longer so. **Independent** power plants **now** abound, and almost all electricity flows not through “the local power networks of the past,” but instead through an **interconnected “grid”** of near-nationwide scope. The Commission instead undertakes to ensure “just and reasonable” wholesale rates by enhancing competition—attempting, as we recently explained, “to break down regulatory and economic barriers

<sup>3227</sup> *FERC v. Electric Power Supply Association et al.* (2016), 577 US (2016), [http://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/14-840\\_k537.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/14-840_k537.pdf).

<sup>3228</sup> <https://www.oyez.org/cases/2015/14-840>: “ In 2011, FERC promulgated a rule that established uniform compensation levels for suppliers of demand-side resources that meet certain conditions, including cost-effectiveness as measured by a net benefits test. The rule’s stated purpose was to incentivize retail customers to reduce electricity consumption when it was economically efficient to do so”.

<sup>3229</sup> *FERC v. Electric Power Supply Association et al.* (2016), 577 US (2016), [http://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/14-840\\_k537.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/14-840_k537.pdf): “A divided panel of the Court of Appeals for the District of Columbia Circuit vacated the Rule as “ultra vires agency action.” 753 F. 3d 216, 225 (2014). The court held that FERC lacked authority to issue the Rule even though “demand response compensation affects the wholesale market.” *Id.*, at 221. The Commission’s “jurisdiction to regulate practices ‘affecting’ rates,” the court stated, “does not erase the specific limit[ ]” that the FPA imposes on FERC’s regulation of retail sales. *Id.*, at 222. And the Rule, the court concluded, exceeds that limit: In “luring . . . retail customers” into the wholesale market, and causing them to decrease “levels of retail electricity consumption,” the Rule engages in “direct regulation of the retail market.”

<sup>3230</sup> *FERC v. Electric Power Supply Association et al.* (2016), 577 US (2016), [http://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/14-840\\_k537.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/14-840_k537.pdf): “The Court of Appeals held, alternatively, that the Rule is arbitrary and capricious under the Administrative Procedure Act, 5 U. S. C. §706(2)(A), because FERC failed to “adequately explain[ ]” why paying LMP to demand response providers “results in just compensation.” 753 F. 3d, at 225. According to the court, FERC did not “properly consider” the view that such a payment would give those providers a windfall by leaving them with “the full LMP plus . . . the savings associated with” reduced consumption”.

that hinder a **free market** in wholesale electricity.” As part of that effort, FERC encouraged the creation of nonprofit entities to manage wholesale markets on a regional basis [cf. RTOs, *regional transmission organisations*]. And still more important for present purposes, each operator conducts a competitive auction to set wholesale prices for electricity [...].

These wholesale **auctions** serve to **balance supply and demand** on a continuous basis, producing prices for electricity that reflect its value at given locations and times throughout each day. Such a real-time mechanism is needed because, unlike most products, electricity cannot be stored effectively. [...].

But what if there were an **alternative** to that scenario? Consider what would happen if wholesale market operators could induce consumers to refrain from using (and so LSEs from buying) electricity **during peak** periods. That is the idea behind the practice at issue here: **Wholesale demand response**, as it is called, pays consumers for commitments to curtail their use of power, so as to curb wholesale rates and prevent grid breakdowns. [...].

Wholesale market operators began using demand response some 15 years ago, soon after they assumed the role of overseeing wholesale electricity sales. Recognizing the value of demand response for both system reliability and efficient pricing, they urged FERC to allow them to implement such programs”.<sup>3231</sup>

Het *U.S. Supreme Court* sluit zich hierna aan bij de *dissenting opinion* van Justice Edwards van het *D.C. Circuit Court* die stelt dat de FERC wel degelijk binnen haar bevoegdheden handelde en dat de Order geenszins “arbitrary and capricious” is aangezien de FERC toch een grondige en duidelijke motivering heeft gegeven voor haar keuze:

“[...] the rules governing wholesale demand response have a “direct effect . . . on wholesale electricity rates squarely within FERC’s jurisdiction.” And in setting those rules, he [cf. Justice Edwards] argued, FERC did not engage in “direct regulation of the retail market”; rather, “authority over retail rates . . . remains vested solely in the States. Finally, Judge Edwards rejected the majority’s view that the Rule is arbitrary and capricious. He noted the substantial deference due to the Commission in cases involving ratemaking, and concluded that FERC provided a “**thorough**” and “**reasonable**” **explanation** for choosing LMP as the appropriate compensation formula”.<sup>3232</sup>

Het *U.S. Supreme Court* besluit dat de FERC binnen haar bevoegdheid is gebleven (“we now hold that the Commission has such power and that the Rule is adequately reasoned. We accordingly reverse”). Het Hof gaat daarbij over tot een beoordeling de FERC’s *statutory authority* in drie delen.<sup>3233</sup> Het Hof beslist

---

<sup>3231</sup> Uit een interview bij de FERC bleek dat Justice Kagan zich hiervoor gebaseerd heeft op de reader die de FERC zelf heeft uitgevaardigd.

<sup>3232</sup> *FERC v. Electric Power Supply Association et al.* (2016), 577 US (2016), [http://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/14-840\\_k537.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/14-840_k537.pdf).

<sup>3233</sup> *FERC v. Electric Power Supply Association et al.* (2016), 577 US (2016), [http://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/14-840\\_k537.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/14-840_k537.pdf); A: “The FPA delegates responsibility to FERC to regulate the interstate wholesale market for electricity—both wholesale rates and the panoply of rules and practices affecting them. Taken for all it is worth, that statutory grant could extend FERC’s power to some surprising places. And for that matter, markets in just about everything—the whole economy, as it were—might influence LSEs’ demand. We cannot imagine that was what Congress had in mind (*Stap 1 Chevron*). For that reason, an earlier D. C. Circuit decision adopted, and we now approve, a common-sense construction of the FPA’s language, limiting FERC’s “affecting” jurisdiction to rules or practices that “directly affect the [wholesale] rate. Still, the rules governing wholesale demand response programs meet that standard with room to spare; B: The above conclusion does not end our inquiry into the

dat Order No. 745 van de FERC inzake *demand-response*, gehandhaafd moet worden, waarbij het Hof de beslissing van het *D.C. Circuit* hervormt.

## F. Conclusie

**1001.** In dit hoofdstuk werd uitvoerig ingegaan op de verantwoordingsplicht van de energieregulator. Daaruit blijkt dat het administratief toezicht niet verenigbaar is met de Europese richtlijnen. Dit heeft tot gevolg dat de ministeriële verantwoordelijkheid wordt uitgehold. De minister kan immers slechts verantwoordelijk zijn indien hij *in abstracto* en *de iure* in de mogelijkheid was om het gedrag van de actor te beïnvloeden. Aangezien de ministers in België *de jure* nog slechts over zeer beperkte toezichts- en beïnvloedingsmogelijkheden beschikken, wordt het instrument van de ministeriële verantwoordelijkheid – in het licht van het adagium “geen verantwoordelijkheid, zonder bevoegdheid” – een praktisch onhaalbaar of onuitvoerbaar instrument. De beïnvloedingsmogelijkheden van de minister ten aanzien van de energieregulator vormen immers mogelijkheidsvoorwaarden voor de controle van het parlement op de minister inzake de werking van de regulatoren. Dergelijke beïnvloeding is echter onverenigbaar met de Europese onafhankelijkheidsregels. Aangezien de ministeriële verantwoordelijkheid een communicerend vat is met de parlementaire controle, wordt onbedoeld ook de parlementaire controle afgezwakt. Dit heeft tot gevolg dat de handelingen van de energieregulator ook niet meer onder parlementair toezicht zouden staan, waardoor de regulator een democratisch deficit met zich meedraagt. De enige mogelijke oplossing die verenigbaar is met het EU-recht en die deze constitutionele onduidelijkheden omzeilt, is rechtstreeks parlementair toezicht. Zowel bij de CREG als bij de VREG is het toezicht reeds in die zin geëvolueerd: het parlement houdt bijvoorbeeld toezicht op het ontwerp van begroting en op het ontwerp van het ondernemingsplan, kan hoorzittingen organiseren, etc. Aangezien zowel Brugel als de CWaPE nog steeds geconfronteerd worden met een vorm van niet-toelaatbaar administratief toezicht (o.a. regeringscommissaris), hetgeen onverenigbaar is met de Europese richtlijnen, zou het toezicht op beide regulatoren eveneens in de richting van het rechtstreeks parlementair toezicht moeten evolueren.

**1002.** Het parlement kan uiteraard geen toezicht houden op de individuele beslissingen van de energieregulator. Dit zorgt ervoor dat de rechter een zeer belangrijker rol verkrijgt. Enkel de rechter kan immers nog individuele beslissingen controleren. Gelet op deze belangrijke rol moet de rechter uiteraard

---

Commission’s statutory authority; to uphold the Rule, we also must determine that it does not regulate retail electricity sales. To the contrary, transactions that occur on the wholesale market have natural consequences at the retail level. And so too, of necessity, will FERC’s regulation of those wholesale matters. [...]When FERC regulates what takes place on the wholesale market, as part of carrying out its charge to improve how that market runs, then no matter the effect on retail rates, §824(b) imposes no bar. And in setting rules for demand response, that is all FERC has done. [...]What is more, the Commission’s justifications for regulating demand response are all about, and only about, improving the wholesale market; C: One last point, about how EPSA’s position would subvert the FPA [...].”

op voldoende ruime wijze de beslissingen kunnen toetsen. Artikel 37(16) van de richtlijn 2009/72/EG impliceert ook dergelijke volledige toetsing aangezien het stelt dat "de door de regulerende instantie genomen besluiten **volledig** worden **gemotiveerd** en verantwoord, teneinde door de rechter te kunnen worden getoetst". Het zou immers tegenstrijdig zijn indien een volledige motivering nodig is om door de rechter te kunnen worden getoetst, indien hij van deze volledige motivering niet elk aspect zou kunnen toetsen.

**1003.** De vraag die daarbij aan bod kwam was: hoe ver kan deze toetsing gaan en wat houdt de volle rechtsmacht nu in? Deze volle rechtsmacht houdt in dat de rechter zowel uitgebreid de feiten (*Tetra-Laval* standaard), als het recht (met inbegrip van de ABBB) mag toetsen, maar waarbij hij niet de opportuniteit en de billijkheid van een beslissing mag beoordelen. Bij reglementaire beslissingen moet de rechter de discretionaire beoordeling van de regulator respecteren in die zin dat hij de beoordelingstechniek van de marginale toetsing moet hanteren om na te gaan of de beslissing al dan niet redelijk is. Het is een wijze om tot uiting te brengen dat de rechter niet de plaats inneemt van de overheid die hij controleert; dat hij zich niet een eigen oordeel mag vormen over wat volgens zijn inschatting de "meest" of "gepast" redelijke beslissing is in een gegeven geval en waarna hij het bestuur tot de orde zou roepen indien het niet exact diezelfde redelijkheid heeft ingezien en toegepast. De rechter kan dus oordelen dat de beslissing van de energieregulator de grenzen van de redelijkheid of de grenzen van haar beoordelingsvrijheid, te buiten is gegaan. Dit resulteert erin dat wanneer de rechter (1) de beslissing van de regulator niet vernietigt, dit zal zijn omwille van het "niet kennelijk onredelijk zijn" van de beslissing; (2) de beslissing van de regulator wel vernietigt, dit zal zijn omwille van een "onredelijke" beslissing... De rechter laat het daarbij evenwel aan de regulator over om een nieuwe beslissing te nemen, dit maal binnen deze redelijkheidsgrenzen.

**1004.** Bij administratieve geldboetes met strafrechtelijk karakter moet de rechter zowel in feite, als in rechte kunnen toetsen (ook aan de ABBB, zoals het evenredigheidsbeginsel), waarbij niets van wat onder de controle van het bestuur valt, aan de rechter zijn controle mag ontsnappen. De rechter kan daarbij ook de boete hervormen binnen de wettelijk gestelde grenzen.

## HOOFDSTUK 7: Transparantie en procedurele verantwoordingsplicht

### A. INLEIDING

**1005.** De vereiste aan transparantie is één van de speerpunten van het derde pakket liberaliseringsrichtlijnen. Zo bepaalt artikel 35(4) van de richtlijn 2009/72/EG dat de regulerende instantie haar bevoegdheid op een onpartijdige en **transparante** wijze moet uitoefenen. Ook artikel 37(1)(a) van diezelfde richtlijn bepaalt dat de regulerende instantie als taak heeft om, volgens **transparante criteria**, de transmissie- of distributietarieven of de berekeningsmethodes vast te stellen of goed te keuren. Hoe de energieregulator er precies voor kan zorgen dat hij zijn bevoegdheden op een transparante wijze uitoefent wordt in dit hoofdstuk toegelicht. Een transparante werking van de energieregulator draagt immers bij tot een meer transparante energiemarkt, hetgeen cruciaal is om een goed functionerende interne energiemarkt tot stand te brengen. De liberaliseringsrichtlijnen benadrukken bijvoorbeeld dat de eventuele systemen voor ontvlechting doeltreffend moeten zijn bij het wegnemen van eventuele belangenconflicten tussen producenten, leveranciers en transmissiesysteembeheerders, teneinde prikkels te creëren voor de nodige investeringen en de toegang van nieuwkomers op de markt met een **transparant, efficiënt reguleringsstelsel** te waarborgen.<sup>3234</sup> Ook de tarieven moeten daartoe transparant en niet-discriminerend zijn. Zowel voor de overheid, de industrie als voor de consumenten is het bovendien noodzakelijk dat zij elkaars belangen kennen en dat zij er allen kunnen op vertrouwen dat de diverse transacties in een open, transparante en vertrouwelijke sfeer kunnen plaatsvinden. Dit alles resulteert erin dat de gehele marktwerking met andere woorden gekenmerkt moet worden door transparantie.

**1006.** Transparantie houdt daarbij nauw verband met de openbaarheid van bestuur en met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Ook deze aspecten komen bijgevolg in dit hoofdstuk aan bod. Aangezien de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet enkel eenzijdig het geven van informatie inhouden, maar wel degelijk door een forum kunnen worden gecontroleerd (namelijk door de rechter) is er eerder sprake van **procedurele verantwoordingsplicht**. Wanneer de al dan niet correcte toepassing van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur door de rechter wordt getoetst, dan legt de regulator daarbij immers verantwoording af. Deze procedurele verantwoordingsplicht draagt bovendien ontegensprekelijk bij aan de algehele versterking van de legitimiteit van de energieregulator. Deze hoge mate van procedurele verantwoordingsplicht zorgt ervoor dat energieregulators op een juridische verantwoorde, transparante, open en eerlijke manier opereren. De achterliggende gedachte bij deze procedurele legitimiteit is dat politieke actoren, zelfs indien zij het niet eens zijn met een beslissing, deze toch als legitiem

---

<sup>3234</sup> Overweging 12, richtlijn 2009/72/EG.

moeten aanvaarden, indien deze beslissing werd genomen op een eerlijke manier, voortvloeiend uit een open, transparant en op gelijkheid gebaseerde toegang en deliberatie. In dit opzicht houdt de procedurele legitimiteit eveneens verband met de **input- en outputlegitimiteit**: de procedurele waarborgen en de overleg- en consultatiemomenten dragen bij tot het nemen van deskundige en onderbouwde beslissingen.

## B. TRANSPARANTIE

### a. Algemeen

**1007.** Transparant betekent letterlijk doorzichtig of doorschijnend.<sup>3235</sup> Transparantie in het kader van het bestuur is evenwel meer gericht op de visibiliteit, de publieke beschikbaarheid en de toegankelijkheid van documenten die verband houden met het optreden van de overheid.<sup>3236</sup> Transparantie verschilt van verantwoordingsplicht aangezien verantwoording wordt gekenmerkt door wederkerigheid. De actor informeert daarbij niet alleen, maar er ontstaat ook een wederzijds debat waarbij de regulator zich ook laat controleren door een forum.<sup>3237</sup> De essentie van transparantie ligt echter verval in het eenzijdig geven van informatie. Vanuit dit perspectief vormt transparantie evenwel een belangrijke schakel in het afleggen van verantwoording.<sup>3238</sup> Transparantie wordt daarbij gezien als een belangrijke voorwaarde voor het afleggen van verantwoording.<sup>3239</sup>

**1008.** Vooralnog bestaat er in het Belgisch bestuursrecht geen algemeen aanvaard transparantiebeginsel ten aanzien van alle besturen. In het Europees recht daarentegen spreekt men evenwel veelal van het 'transparantiebeginsel', als algemeen rechtsbeginsel.<sup>3240</sup> Hoewel ook binnen het EU-recht een algemeen aanvaarde definitie van het transparantiebeginsel ontbreekt, kan men volgens BUIJZE bij het transparantiebeginsel inzake publiekrecht toch aannemen dat het steeds betrekking heeft op de beschikbaarheid, de toegankelijkheid en de duidelijkheid van informatie over overheidshandelen.<sup>3241</sup> Hoewel het

<sup>3235</sup> Van Dale Woordenboek.

<sup>3236</sup> M. LODGE en L. STIRTON, "Accountability in the regulatory state" in R. BALDWIN, M. CAVE en M. LODGE (eds), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2010, (349) 352.

<sup>3237</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 364.

<sup>3238</sup> M. BOVENS, "Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework", *European Law Journal* 2007, (447) 451: "Transparency, which is often used as a synonym for accountability, is not enough to constitute accountability as defined here. Open government and freedom of information are very important prerequisites for accountability in the context of European governance, because they may provide accountability forums with the necessary information. However, transparency as such is not enough to qualify as a genuine form of accountability, because transparency does not necessarily involve scrutiny by a specific forum".

<sup>3239</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2014, 450-451: "Van verantwoording is sprake als het publiek een bepaalde vorm van (directe) inspraak krijgt in het beleid van de toezichthouder. Hoewel het moet worden toegejuicht dat toezichthouders transparant zijn over hun handelen, kan niet in alle gevallen van verantwoording worden gesproken".

<sup>3240</sup> Dat het transparantiebeginsel gezien wordt als een algemeen rechtsbeginsel kan worden afgeleid uit de rechtspraak van het Hof van Justitie, zie bij wijze van voorbeeld HvJ 13 september 2007, nr. C-260/04, ECLI:EU:C:2007:508.

<sup>3241</sup> A. BUIJZE, "Waarom het transparantiebeginsel maar niet transparant wil worden", *NtER* 2011, nr. 7, 241.

transparantiebeginsel op Europees niveau steeds meer als een algemeen rechtsbeginsel wordt beschouwd, moet worden vastgesteld dat binnen een aantal beleidsdomeinen het beginsel toch in sterkere mate aanwezig is dan elders. Zo wordt het transparantiebeginsel vaker vermeld in het kader van overheidsopdrachten- en concessieregelgeving.<sup>3242</sup>

**1009.** De rechtspraak van het Europees Hof van Justitie speelt uiteraard een belangrijke rol bij het definiëren van het transparantiebeginsel. In een arrest van 7 december 2000 stelde het Hof van Justitie dat "deze op de aanbestedende dienst rustende verplichting tot transparantie inhoudt [...], dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst".<sup>3243</sup> Transparantie draagt bijgevolg ook direct bij tot het goed functioneren van de markt, hetgeen ook duidelijk blijkt uit de Europese liberaliseringsrichtlijnen met betrekking tot de energiemarkt. Daarenboven komt ook nadrukkelijk naar voren dat de openbaarheid van bestuur onder het transparantiebeginsel valt. Ook het arrest C-110/03 *België t. Commissie* van het Hof van Justitie uit 2005 heeft betrekking op de transparantie.<sup>3244</sup> Uit de conclusie van de advocaat-generaal COLOMER bij het arrest blijkt dat het beginsel van de transparantie door de wetgever moet worden nageleefd als rechtsbron van de Europese Gemeenschap.<sup>3245</sup> Met transparantie wordt volgens de advocaat-generaal gedoeld op een inhoud die **helder** en **duidelijk** is, die **zonder twijfel** of dubbelzinnigheid kan worden begrepen. Het beginsel van transparantie vereist bovendien dat de wetgeving toegankelijk is, waarbij de geadresseerden de inhoud van deze regelgeving moeten kunnen begrijpen, zodat zij hun gedragingen hierop kunnen aanpassen (hetgeen nauw aanleunt bij het rechtszekerheidsbeginsel).<sup>3246</sup>

Het transparantiebeginsel is ook vastgelegd in de Dienstenrichtlijn.<sup>3247</sup> In een meer recente zaak uit 2010 ging het Hof van Justitie o.a. in op dit beginsel in het kader van het vrij verkeer van diensten. Het Hof stelde daarbij dat zonder noodzakelijkerwijs te vereisen dat een aanbesteding wordt uitgeschreven, houdt deze transparantieverplichting, die van toepassing is wanneer een onderneming

<sup>3242</sup> Zie bv. HvJ 2 juni 2016, nr. C-27/15, ECLI:EU:C:2016:404.

<sup>3243</sup> HvJ 7 december 2000, nr. C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669, overw. 62.

<sup>3244</sup> In de Nederlandse versie spreekt men echter niet van transparantie, maar wel van doorzichtigheid. In de Franstalige versie spreekt men van *transparence* en in de Engels versie gebruikt men *transparency*. Waarom men bij de Nederlandse versie de term doorzichtigheid gebruikt i.p.v. transparantie is onduidelijk.

<sup>3245</sup> Concl. Adv.Gen. Colomer bij HvJ 14 april 2005, nr. C-110/03, ECLI:EU:C:2005:223: "both the principle of transparency and that of legal certainty must be respected by the legislature as sources of Community law".

<sup>3246</sup> S. LAVRIJSSEN, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 59.

<sup>3247</sup> Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *Pb.L.* 27 december 2006, afl. 376, 36. Zie o.a. artikel 10, 1. Vergunningstelsels zijn gebaseerd op criteria die beletten dat de bevoegde instanties hun beoordelingsbevoegdheid op willekeurige wijze uitoefenen. 2. De in lid 1 bedoelde criteria zijn: a) niet-discriminatoire; b) gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang; c) evenredig met die reden van algemeen belang; d) duidelijk en ondubbelzinnig; e) objectief; f) vooraf openbaar bekendgemaakt; g) transparant en toegankelijk.

die is gevestigd in een andere lidstaat dan die waar de betrokken dienstenconcessie wordt gegund, in deze concessie geïnteresseerd kan zijn, in dat de concessieverlenende instantie aan elke potentiële inschrijver **een passende mate van openbaarheid** moet garanderen, zodat de dienstenconcessie voor mededinging openstaat en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst. Bovendien kan het gebrek aan transparantie daarbij een ongelijke behandeling – en dus schending van het gelijkheidsbeginsel – uitmaken.<sup>3248</sup>

**1010.** Het transparantiebeginsel heeft bijgevolg voornamelijk betrekking op de beschikbaarheid, duidelijkheid en openbaarheid van informatie. Bovendien blijkt nadrukkelijk, zowel uit de Europese liberaliseringsrichtlijnen inzake energie als uit de Dienstenrichtlijn dat het functioneren van de interne markt duidelijk baat heeft bij een ruime beschikbaarheid van informatie. Dit blijkt bijvoorbeeld ook uit het feit dat wanneer lidstaten maatregelen nemen die gericht zijn op minder economische doelstellingen (zoals bij subsidies voor hernieuwbare energie), de marktverstoring minder groot zal zijn indien de maatregel transparant is waardoor de marktspelers minder hoge kosten zullen moeten maken om informatie te vergaren en beter in staat zullen zijn om economisch verantwoorde beslissingen te nemen.<sup>3249</sup> In de rechtsleer wordt het belang van het transparantiebeginsel ook onderkend aangezien het reeds jaren aanzien wordt als een beginsel van “goed markttoezicht”.<sup>3250</sup>

#### **b. De Interpretatieve Nota van de Europese Commissie**

**1011.** De Elektriciteits- en Aardgasrichtlijn bevatten verschillende bepalingen die betrekking hebben op de energieregulators. De richtlijnen vermelden bijvoorbeeld dat de regulator haar bevoegdheid op een onpartijdige en transparante wijze dient uit te oefenen.<sup>3251</sup> Beide richtlijnen geven echter weinig tot geen toelichting over wat precies onder het begrip *transparantie* dient te worden verstaan. In de Interpretatieve Nota gaat de Europese Commissie in op deze transparantie, hetgeen een driedelige verbintenis omvat:

Ten eerste wil transparantie volgens de Commissie zeggen dat de nationale regulerende autoriteiten hun **procedure/werkingsregels dienen aan te nemen en bekend te maken**. De procedureregels dienen op zijn minst de regels omtrent beslissingsmaking te bevatten. Volgens VANDEN BORRE impliceert

<sup>3248</sup> HvJ 9 september 2010, nr. C-64/08, ECLI:EU:C:2010:506, overw. 50.

<sup>3249</sup> A. BUIJZE, “Waarom het transparantiebeginsel maar niet transparant wil worden”, *NtER* 2011, nr. 7, 243.

<sup>3250</sup> L. HANCHER, P. LAROUCHE en S. LAVRIJSEN, “Principles of Good Market Governance”, *Tijdschrift voor Economie en Management* 2004, 342-343; S. LAVRIJSEN, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, o.a. 35, 47, 58 en 407; A. OTTOW, *Market and Competition Authorities. Good Agency Principles*, Oxford, Oxford University Press, 2015, XXX.

<sup>3251</sup> Artikel 35(4) van de richtlijn 2009/72/Eg en artikel 39(4) van de richtlijn 2009/73/EG. Zie ook CEER, “Regulatory Benchmarking Report For the Athens MoU signatory Parties and Observers - Supported by USAID”, Brussel, 8 oktober 2004, 222 en [http://www.energy-regulators.eu/portal/page/portal/EER\\_HOME/EER\\_PUBLICATIONS/CEER\\_PAPERS/Electricity/2004/CEER\\_ECSEEREGULATORYBENCHMARKINGREPORT\\_08-10-08.PDF](http://www.energy-regulators.eu/portal/page/portal/EER_HOME/EER_PUBLICATIONS/CEER_PAPERS/Electricity/2004/CEER_ECSEEREGULATORYBENCHMARKINGREPORT_08-10-08.PDF)



dit dat de nationale regulerende autoriteit een soort huishoudelijk reglement dient aan te nemen op grond waarvan blijkt hoe de regulator tot **bepaalde beslissingen** komt en op welke **wijze** hij **overleg** pleegt.<sup>3252</sup> Bovendien houdt transparantie volgens de Commissie in dat de nationale regulerende autoriteiten duidelijke contactpunten dienen te hebben ten aanzien van alle belanghebbenden en dat zij informatie met betrekking tot hun eigen organisatie en structuur dienen te publiceren.

Een tweede aspect van transparantie is het feit dat de nationale regulerende autoriteiten alle **belanghebbenden** (*stakeholders*) dienen te **consuleren** alvorens de autoriteit belangrijke beslissingen neemt. Deze consultatie houdt enkele minimale vereisten in. Zo dient men de nodige documenten te publiceren alvorens men tot publieke consultatie overgaat. De Commissie voegt eraan toe dat de nationale regulerende autoriteit best ook een **document** publiceert **na** de publieke consultatie, met een overzicht van de ontvangen commentaren, de commentaren waarmee men daadwerkelijk rekening heeft gehouden en de beweegredenen waarom de overige commentaren niet in overweging zijn genomen. Dit document is volgens de Interpretatieve Nota echter niet dwingend vereist. Toch zal dit document van belang zijn gelet op de strenge motiveringsvereisten en de volledige toetsing door de rechter (*infra* nrs. 1002 en 1107 e.v.).

Ten derde stelt de Commissie dat de beslissingen van de nationale regulerende instanties beschikbaar voor het **publiek** moeten worden gemaakt. Dit zorgt er volgens de Commissie voor dat partijen die geraakt worden door de beslissing van de autoriteit én het publiek geïnformeerd worden omtrent de beslissingsgronden. Op deze manier worden alle belanghebbenden en het publiek bewustgemaakt van de *onpartijdigheid* waarmee de nationale regulerende autoriteit zich van haar taak kwijt en haar bevoegdheden uitoefent.<sup>3253</sup>

**1012.** De richtlijnen en de Interpretatieve Nota leggen eveneens een grote klemtoon op de relatie tussen de onafhankelijkheid van de energieregulators en de vereiste transparantie. Artikel 35(4) stelt immers dat de lidstaten de onafhankelijkheid van de regulerende instantie waarborgen en ervoor zorgen dat zij haar bevoegdheid op onpartijdige en transparante wijze uitoefent. Volgens VANDEN BORRE is de nationale regulerende autoriteit bijgevolg gehouden tot een maximale transparantie en zal zij zich dan ook niet kunnen verschuilen achter haar onafhankelijkheid om deze verplichtingen niet na te komen.<sup>3254</sup> Zoals

---

<sup>3252</sup> T. VANDEN BORRE, "De omzetting van de bepalingen inzake de onafhankelijke energieregulator – Op weg naar Luxemburg?" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX, *Jaarboek Energierecht* 2010, Intersentia, Antwerpen, 2011, 89.

<sup>3253</sup> Interpretatieve Nota, 5.

<sup>3254</sup> T. VANDEN BORRE, "De omzetting van de bepalingen inzake de onafhankelijke energieregulator – Op weg naar Luxemburg?" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX, *Jaarboek Energierecht* 2010, Intersentia, Antwerpen, 2011, 90.

verder nog zal blijken zijn er echter wel **grenzen** aan deze transparantie in verhouding tot de onafhankelijkheid van de regulator.<sup>3255</sup>

**1013.** De richtlijnen en de bijhorende Interpretatieve Nota leggen ook de link tussen de transparantie en de verantwoordingsplicht van de regulerende autoriteit. De verregaande autonomie van de regulator heeft dan ook hoge eisen inzake transparantie als tegengewicht.<sup>3256</sup> Transparantie is immers een vereiste om voldoende *accountability* te verkrijgen. Het feit dat de nationale regulerende autoriteit zijn bevoegdheden transparant dient uit te oefenen, maakt controle over deze uitoefening van bevoegdheden immers eenvoudiger.

**1014.** Tot slot stellen artikel 37(16) van de richtlijn 2009/72/EG en artikel 41(16) van de richtlijn 2009/73/EG dat "de door de regulerende instantie genomen besluiten [...] volledig [worden] gemotiveerd en verantwoord, teneinde door de rechter te kunnen worden getoetst. De besluiten zijn voor het publiek beschikbaar, waarbij de vertrouwelijkheid van commercieel gevoelige informatie behouden blijft."

**1015.** In dit hoofdstuk wordt dan ook uitdrukkelijk getoetst of de energieregulatoren in België op voldoende wijze al deze voorschriften – hoewel niet steeds juridisch bindend, doch moreel sterk gezaghebbend – in de praktijk hebben omgezet en waar er eventueel nog ruimte is voor verbetering. Het onderzoek in dit hoofdstuk richt zich dan ook voornamelijk op (1) het **openbaar** maken van gegevens door de energieregulatoren, met respect voor de vertrouwelijkheid van gegevens en de **werkingsregels** van de regulatoren hieromtrent; (2) de toetsing door de **rechter** aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het kader van de **procedurele verantwoordingsplicht**, hetgeen sterk gelinkt is aan de transparantie, aangezien transparantie de verantwoordingsplicht faciliteert; (3) de eerder normatieve vastlegging van bepaalde algemene beginselen van behoorlijk bestuur binnen de energiewetgeving, zoals bijvoorbeeld een normatieve **hoorplicht** ten aanzien van de individuele betrokkene. Tot slot komt ook de (4) **consultatieplicht** ten aanzien van een groter aantal belanghebbenden aan bod en de **werkingsregels** van de energieregulatoren ter zake. Hoewel dit deel van het onderzoek eerder **beschrijvend** van aard is, is deze aanpak toch noodzakelijk om de hypothese dat "deze diverse vormen van controle en toezicht in afdoende mate de (democratische) legitimiteit van de energieregulatoren kunnen verzekeren" te onderzoeken.

### c. Het belang van transparantie bij energieregulatoren

<sup>3255</sup> Zie GwH 7 augustus 2013, nr. 117/2013, overw. B.15.4.

<sup>3256</sup> Rekenhof, "Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 40.

**1016.** “Transparantie is een voorwaarde opdat de onafhankelijkheid, onpartijdigheid en integriteit van de regulator kunnen worden nagegaan”, zo stelt het Rekenhof.<sup>3257</sup> Regulators dienen inderdaad een duidelijke, eenvoudige en objectieve werkwijze te volgen en dienen open te communiceren met de belangengroepen met betrekking tot hun objectieven, gebruikte werkwijzen en beslissingen. Bovendien moeten zij ervoor te zorgen dat informatie op eenvoudige wijze toegankelijk is, door middel van openbaarheid en publicatieverplichtingen. Daarenboven moeten de regulators gestimuleerd worden om formele consultaties te houden met de belangengroepen.<sup>3258</sup>

**1017.** De *Council of European Energy Regulators* (CEER) stelt in een rapport uit 2004 dat om een sterke en werkzame regulator te verkrijgen, procedures nodig zijn die de transparantie promoten en die het publiek vertrouwen in de regulators versterken:

“Procedures that promote **transparency** and **public confidence** in the regulatory authority are part of developing a **strong** and **effective regulator**. [...] Decisions of the regulatory authority on matters not involving confidential information must be available to the **public** by use of web sites, official journals or other means of communication accessible to the public. As the regulatory authority develops, its strength is enhanced through the issuance of **publicly available procedures** that clearly set forth time for filing complaints, responses, the period for review and issuance of decisions, and confidentiality of information. Hearing processes should be open to the public, except during those aspects of decisionmaking that involve confidential information.”<sup>3259</sup>

Met betrekking tot de procedurele verantwoordingsplicht van de energieregulator stelt CEER het volgende:

“Accountability - **Public confidence** in the regulatory authority is critical to the success of regulation, and can only be achieved through policies and procedures that hold the regulatory authority accountable to the public for its actions. Mechanisms of accountability **that do not interfere with the independence of the regulator include procedural transparency**, as previously noted, and requiring the regulatory authority to **publish** an annual report of its monitoring activities.”<sup>3260</sup>

**1018.** Het transparantiebeginsel – en in het verlengde daarvan de procedurele verantwoordingsplicht – verlangt dus dat de regulator **open** is over zijn handelen. Op basis van het democratiebeginsel wordt ook verlangd dat de burgers bij de besluitvorming van de overheid worden betrokken.<sup>3261</sup> Dit houdt

<sup>3257</sup> Rekenhof, “Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)”, Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 40.

<sup>3258</sup> D. GERADIN en N. PETIT, “The Development of Agencies at EU and National Levels: Conceptual Analysis and Proposals for Reform”, Jean Monnet Paper, NYU School of Law, New York, 2004, 2.

<sup>3259</sup> CEER, “Regulatory Benchmarking Report For the Athens MoU signatory Parties and Observers - Supported by USAID”, Brussel, 8 oktober 2004, 222 en [http://www.energy-regulators.eu/portal/page/portal/EER\\_HOME/EER\\_PUBLICATIONS/CEER\\_PAPERS/Electricity/2004/CEER\\_ECSEEREGULATORYBENCHMARKINGREPORT\\_08-10-08.PDF](http://www.energy-regulators.eu/portal/page/portal/EER_HOME/EER_PUBLICATIONS/CEER_PAPERS/Electricity/2004/CEER_ECSEEREGULATORYBENCHMARKINGREPORT_08-10-08.PDF).

<sup>3260</sup> CEER, “Regulatory Benchmarking Report For the Athens MoU signatory Parties and Observers - Supported by USAID”, Brussel, 8 oktober 2004, 222 en [http://www.energy-regulators.eu/portal/page/portal/EER\\_HOME/EER\\_PUBLICATIONS/CEER\\_PAPERS/Electricity/2004/CEER\\_ECSEEREGULATORYBENCHMARKINGREPORT\\_08-10-08.PDF](http://www.energy-regulators.eu/portal/page/portal/EER_HOME/EER_PUBLICATIONS/CEER_PAPERS/Electricity/2004/CEER_ECSEEREGULATORYBENCHMARKINGREPORT_08-10-08.PDF).

<sup>3261</sup> S. LAVRIJSEN, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 58.

enerzijds voor het bestuur in dat het bepaalde informatie openbaar maakt, en anderzijds houdt het ook voor de burgers in dat zij over het recht beschikken om bepaalde informatie op te vragen. De energieregulator is op basis van deze openbaarheid eveneens verplicht om zo open en transparant mogelijk te zijn bij zijn optreden.

**1019.** Er zijn verschillende redenen waarom deze transparantie nu zo een noodzakelijk kenmerk is voor de goede werking van de energieregulatoren. Ten eerste beschikken de energieregulatoren over een beperktere democratische legitimiteit en oefenen zij discretionaire bevoegdheden uit waardoor toezicht op hun handelen nodig is. Ten tweede zorgt de transparantie er ook voor dat een energieregulator zelfkritisch dient te zijn over zijn eigen handelen. Ten derde reguleren de energieregulatoren ook een aanzienlijk deel van de energiemarkt, waarbij er grote economische belangen spelen. Tot slot speelt transparantie ook een rol bij de handhaving uitgeoefend door de energieregulator.<sup>3262</sup> Transparantie bij de energieregulatoren heeft bijgevolg hoofdzakelijk een dubbele werking: enerzijds faciliteert het de controle en het toezicht, zowel door andere instanties (bv. de rechter) als in het kader van interne controle (bv. interne audit); anderzijds moet de regulator transparant zijn ter bevordering van een goede marktwerking.

### 3.1. Discretionaire bevoegdheden: extern toezicht op de toezichthouder

**1020.** Uit het vierde hoofdstuk bleek dat energieregulatoren over diverse bevoegdheden beschikken. Daarenboven beschikt de regulator bij het uitoefenen van deze bevoegdheden (voornamelijk met betrekking tot de tariefmethodologie en het goedkeuren van de tariefvoorstellen) over een vrij ruime discretionaire bevoegdheid. Aangezien het administratief toezicht onverenigbaar is met de Europese liberaliseringsrichtlijnen en daardoor de ministeriële verantwoordelijkheid en de parlementaire controle worden beperkt, moet van de energieregulator – om tegemoet te komen aan de kritiek van het democratisch deficit – verwacht worden dat hij open en transparant functioneert waardoor ook de burgers in het licht van de democratische legitimiteit inzicht verkrijgen in de werking van de regulator.<sup>3263</sup> Door op een transparante wijze te handelen faciliteert de energieregulator ook het verantwoordingsproces. Door op een **transparante** manier te communiceren, bv. via het online publiceren van een consultatieronde (via de website, nieuwsbrieven, e-mail,...) biedt de regulator immers ook aan de burgers een *forum* om hun eigen standpunten mee te delen, waarna de regulator ook **publieke verantwoording** aflegt over de reden waarom een standpunt al dan niet mee in overweging werd genomen (bv. via een consultatieverslag of feedbackvergadering). Dit versterkt op zijn beurt weer

<sup>3262</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2014, 452.

<sup>3263</sup> Uiteraard ook naast rechtstreekse parlementaire controle en rechterlijke toetsing.

de legitimiteit van de regulator. De legitimiteit van het toezicht heeft immers in hoofdzaak het creëren van een draagvlak voor de regulator binnen de maatschappij tot doel.

### 3.2. De noodzaak om zelfkritisch te kunnen zijn: intern toezicht op de toezichthouder

**1021.** Wanneer de energieregulator verplicht wordt om open en transparant te handelen en daarbij zijn overwegingen inzichtelijk moet maken, wordt een positieve prikkel afgegeven om op een effectievere manier toezicht te houden. Dit wordt ook wel het **leereffect** genoemd.<sup>3264</sup> Bovendien, wanneer het handelen van de regulator in grote mate openbaar is, zal het mogelijke onzorgvuldig of ontoereikend optreden van de regulator sneller negatieve gevolgen genereren. Dit zorgt er op zijn beurt voor dat de regulator dit onzorgvuldig handelen zoveel mogelijk zal trachten te vermijden, waardoor hij ook gestimuleerd wordt om zijn eigen interne beleid te gaan verbeteren. De openbaarheid en het transparante functioneren van de energieregulator naar buiten toe zorgt dus eveneens voor een verbeterde interne werking. Zoals AELEN stelt is een expliciete verplichting om transparant te zijn over hun handelen, een stimulans om zelfkritisch te zijn.<sup>3265</sup> Zo kan de publicatie van het jaarverslag op de website een aantal vragen oproepen of kunnen er suggesties ten aanzien van de regulator geformuleerd worden, die de regulator kan meenemen in zijn interne audit of self-assessments.

### 3.3. Economische belangen: transparantie voor een goede marktwerking

**1022.** Zoals reeds werd vermeld, kunnen de gas- en elektriciteitssector bestempeld worden als *netwerkindustrieën*, waarin geruime tijd monopoliespelers opereerden. Deze monopolies werden vaak gekenmerkt door hoge prijzen, inefficiëntie en klantvriendelijkheid. Om deze schadelijke effecten te counteren werd de sector geliberaliseerd, waarbij een energieregulator als waakhond dient om de nog resterende natuurlijke monopolies, nl. de netwerken, te reguleren. Een van de taken van deze energieregulators is het bevorderen van een door concurrentie gekenmerkte duurzame interne markt voor elektriciteit en aardgas en van een daadwerkelijke openstelling van de markt voor alle afnemers en leveranciers (artikel 36(a) van de richtlijn 2009/72/EG). Daarnaast dienen de energieregulators bij te dragen tot de ontwikkeling, op de meest kosteneffectieve manier, van veilige, betrouwbare en efficiënte niet-discriminerende systemen die klantgericht zijn en dienen zij ervoor te zorgen dat afnemers baat hebben bij een efficiënte werking

---

<sup>3264</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 452.

<sup>3265</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 452.

van hun nationale markt waarbij ze de daadwerkelijke mededinging bevorderen en bijdragen tot het waarborgen van consumentenbescherming (artikel 36 (d) en (g) van de richtlijn 2009/72/EG). De regulerende instantie dient alle redelijke maatregelen te nemen om deze doelstellingen te behalen.<sup>3266</sup>

**1023.** Aangezien energieregulatoren via hun beslissingen een aanzienlijk deel van de energiesector reguleren en deze handelingen een grote impact kunnen hebben op de economische en financiële belangen van diverse partijen (producenten, leveranciers, consumenten,...) is het niet meer dan logisch dat zij, om een competitieve, concurrerende en liberale markt te realiseren, open en *transparant* communiceren met elke van deze partijen. Transparantie is volgens de CEER immers cruciaal voor de ontwikkeling van een efficiënte en doeltreffende marktwerking.<sup>3267</sup> Het gebrek aan transparantie creëert barrières inzake de toegang tot de markt en heeft een impact op de ontwikkeling van de mededinging en de handel en belemmert ook de integratie van de markten. Het al dan niet beschikken over informatie kan immers een enorme impact hebben op de energiemarkt. Kleine informatie-imperfecties kunnen immers leiden tot ernstig marktfalen en andersom kan een ruime beschikbaarheid van informatie een groot aantal positieve gevolgen hebben. Zo zijn bij een toevloed aan informatie de transactiekosten lager en zijn de actoren beter in staat inschattingen te maken en dus de beste wijze van handelen te selecteren.<sup>3268</sup> Bovendien kunnen informatievoordelen niet langer misbruikt worden om oneigenlijk voordeel te halen ten koste van de transactiepartner.<sup>3269</sup>

#### 3.4. Een effectief toezicht: noodzakelijk voor een goede marktwerking

**1024.** Transparantie, als instrument, bewerkstelligt eveneens de effectiviteit van het toezicht en ook de effectiviteit van de handhaving. Wanneer de regulator namelijk bepaalde documenten (bv. een beslissing tot het opleggen van een administratieve geldboete,<sup>3270</sup> verschillende rapporten, een beslissing tot het weigeren van een leveringsvergunning, maar ook het publiceren van mededelingen, informatiebrochures, het huishoudelijk reglement,...) openbaar maakt of publiceert, dan gaat van deze documenten ook vaak een afschrikkende en preventieve werking uit.

<sup>3266</sup> Alle doelstellingen zijn terug te vinden zijn in artikel 36 van de Elektriciteitsrichtlijn (2009/72/EG) en artikel 40 van de Aardgasrichtlijn (2009/73/EG).

<sup>3267</sup> CEER, "Regulatory Benchmarking Report For the Athens MoU signatory Parties and Observers - Supported by USAID", Brussel, 8 oktober 2004, 222 en [http://www.energy-regulators.eu/portal/page/portal/EER\\_HOME/EER\\_PUBLICATIONS/CEER\\_PAPERS/Electricity/2004/CEER\\_ECSEEREGULATORYBENCHMARKINGREPORT\\_08-10-08.PDF](http://www.energy-regulators.eu/portal/page/portal/EER_HOME/EER_PUBLICATIONS/CEER_PAPERS/Electricity/2004/CEER_ECSEEREGULATORYBENCHMARKINGREPORT_08-10-08.PDF).

<sup>3268</sup> A. BUIJZE, "Waarom het transparantiebeginsel maar niet transparant wil worden", *NtER* 2011, nr. 7, 4.

<sup>3269</sup> A. BUIJZE, "Waarom het transparantiebeginsel maar niet transparant wil worden", *NtER* 2011, nr. 7, 4.

<sup>3270</sup> Zo bepaalt de mededeling van de VREG inzake openbaarheid dat het "de identiteit van de marktpartij, het bedrag en de reden van een opgelegde administratieve geldboete, inclusief het al dan niet definitieve karakter ervan (beroep aangetekend of niet), niet beschouwt als vertrouwelijk, en dat er daarbij een bekendmaking volgt via de website en/of de nieuwsbrief onder voorwaarde van voorafgaandelijke melding aan de betrokkene, zie VREG, "Mededeling van de Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt van 18 mei 2010 met betrekking tot het beleid van de VREG inzake (actieve en passieve) openbaarheid en het kwalificeren als, en omgaan met, vertrouwelijke gegevens", <http://www.vreg.be/sites/default/files/mededelingen/mede-2010-1.pdf>, 10.

**1025.** Dat de energieregulator ook een **informerende** en zelfs **waarschuwend** rol vervult blijkt ook uit de verschillende instrumenten die de regulator daartoe zelf ontwikkeld heeft. Zo heeft in Vlaanderen de VREG voor de consumenten zowel een V-test (ter vergelijking van de prijzen),<sup>3271</sup> een groencheck (hoe groen is uw stroom?),<sup>3272</sup> als een servicecheck (ter vergelijking van de dienstverlening) ontwikkeld.<sup>3273</sup> Op die manier versterkt de energieregulator de positie van de consument (*consumer empowerment*).<sup>3274</sup> *Empowerment* houdt in dat consumenten richting kunnen geven aan hun rol, aan hun positie op de markt.<sup>3275</sup> Ook op de website van de CREG kan de consument de prijzen vergelijken en ook informatie terugvinden over de verschillende bestanddelen van de elektriciteits- en gasfactuur.<sup>3276</sup> Ook Brugel heeft bijvoorbeeld een "greencheck" ontwikkeld en een simulatie om de beste leverancier te kunnen kiezen.<sup>3277</sup> Op de website van de CWaPE zijn niet echt testen ontwikkeld, maar kan de consument wel informatie terugvinden over verschillende aspecten (zoals bijvoorbeeld omtrent de verschillende bestanddelen van de factuur,<sup>3278</sup> of ter vergelijking van de dienstverlening,<sup>3279</sup>...). Deze informatie is bijzonder belangrijk aangezien een goed geïnformeerde consument immers sneller wijzigt van leverancier, hetgeen een goede marktwerking en liberalisering alleen maar ten goede komt. De energieregulator zal bijgevolg ook buiten zijn wettelijke verplichtingen zoveel mogelijk trachten informatie beschikbaar te houden voor de marktpartijen, waaronder in de eerste plaats ook vooral de consumenten. Regulators gebruiken daarbij ook meer en meer moderne technologieën zoals een website, nieuwsbrief, *social media* (o.a. de VREG en Brugel gebruiken facebook, de VREG en CREG maken gebruik van twitter,...).

#### 4. Transparantie op verschillende niveau's

**1026.** De Wereldbank heeft in 2006 het 'Handbook for Evaluating Infrastructure - Regulatory Systems' uitgebracht.<sup>3280</sup> Het onderzoek van de

<sup>3271</sup> VREG, <http://www.vreg.be/nl/prijzen-vergelijken-v-test>, laatst geconsulteerd op 27 juni 2016.

<sup>3272</sup> Art. 6.2/3.15 van het Energiebesluit: "De VREG biedt op haar website aan afnemers van elektriciteit de mogelijkheid aan om te controleren of, en in welke mate, hun leverancier hun elektriciteit heeft geleverd die werd opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen en kwalitatieve warmtekrachtkoppeling. Daarbij wordt uitgegaan van de gegevens van de controle, vermeld in artikel 6.2/3.14"; <http://www.vreg.be/nl/controleren-hoe-groen-uw-stroom-groencheck>.

<sup>3273</sup> VREG, <http://www.vreg.be/nl/dienstverlening-vergelijken-servicecheck>, laatst geconsulteerd op 27 juni 2016.

<sup>3274</sup> M. AELLEN, *Beginnselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 345-346.

<sup>3275</sup> E. SCHOLTES, *Transparantie, icoon van een dolende overheid*, Den Haag, Boom Lemma, 2012, 114; F. SCHRAM, *Burger en bestuur. Een introductie tot een complexe verhouding*, Brussel, Politeia, 2014, 262.

<sup>3276</sup> <http://www.creg.be/nl/compprix.html> en <http://www.creg.be/nl/uwfactuur.html>, beiden laatst geconsulteerd op 27 juni 2016. Ten aanzien van de afnemers en consumenten bepaalt artikel 12, § 11 dat omwille van de transparantie in de doorberekening van de kosten aan de eindafnemers worden de verschillende elementen van het nettatarief onderscheiden op de factuur, met name wat de openbare dienstverplichtingen en hun inhoud betreft.

<sup>3277</sup> Brugel, <http://greencheck.Brugel.be/Greencheck>, laatst geconsulteerd op 27 juni 2016; Brugel, <http://www.brusim.be/proc/simulation?execution=e2s1>, laatst geconsulteerd op 27 juni 2016.

<sup>3278</sup> CWaPE, <http://www.cwape.be/?dir=2.7.01>, laatst geconsulteerd op 27 juni 2016.

<sup>3279</sup> CWaPE, <http://www.cwape.be/?dir=2.1.10>, laatst geconsulteerd op 27 juni 2016.

<sup>3280</sup> A. BROWN, J. STERN, B. TENENBAUM en D. GENCER, *Handbook for Evaluating Infrastructure - Regulatory Systems*, The World Bank, Washington, 2006, 422 p. Een van de doelstellingen van het handboek is om het model van de

Wereldbank spitst zich voornamelijk toe op de verschillende principes, beginselen en standaarden waaraan een regulator volgens hen dient te voldoen opdat hij als een duurzame onafhankelijke regulator zou kunnen optreden. Men werkt hierbij met drie niveaus: (A) meta-principes, (B) principes en (C) standaarden. Op het eerste niveau (A) kan, volgens de auteurs, **het volledige regulerend systeem** slechts goed functioneren indien drie basis 'meta' (hogere) principes aanwezig zijn.<sup>3281</sup> Het gaat om 'credibility', 'legitimacy' en 'transparency'. Wanneer deze drie principes verwezenlijkt zijn dan is het regulerend systeem een **legitiem** systeem. Transparantie dient daarbij noodzakelijkerwijze aanwezig te zijn opdat potentiële investeerders en consumenten zouden weten welke verbintenissen ze aangaan. De auteurs stellen bovendien dat het foutief is om aan te nemen dat de consumenten vertrouwen zullen hebben in het systeem indien zij niet op de hoogte zijn van wat de regulator of de overheid juist beslist of overeenkomt. Integendeel, zonder deze kennis zullen de consumenten meestal minder vertrouwen hebben in de regulator. Bijgevolg is transparantie een noodzakelijke voorwaarde voor vertrouwen in de markt en de regulator.<sup>3282</sup>

**1027.** Wanneer men op een nog diepgaandere wijze, naast het regulerende systeem, ook het meer specifieke **regulerend beslissingsproces** onafhankelijk wil laten functioneren dan moet ook op dat niveau transparantie aanwezig zijn. Daarbij moeten in principe alle documenten en informatie gebruikt voor de besluitvorming beschikbaar worden gemaakt voor publieke consultatie en moeten alle procedures en criteria op basis waarvan de beslissingen zijn genomen, op voorhand gekend zijn en beschikbaar te worden gesteld voor het publiek.<sup>3283</sup> Volgens de auteurs van het handboek dient elke beslissing door de regulerende autoriteit neergeschreven te worden in een voor het publiek beschikbaar document. Het document dient daarbij de volgende gegevens te bevatten:

- Een duidelijke weergave van de beslissing;
- Een beschrijving en analyse van alle elementen dewelke aan de basis lagen van de beslissing;
- Een samenvatting van alle opinies van de partijen;
- De volledige bespreking van de onderliggende motivering van de beslissing.<sup>3284</sup>

**1028.** Het derde niveau heeft betrekking op hoe nu juist deze bovenstaande standaarden **operationeel** gemaakt kunnen worden. De standaarden omvatten een checklist van specifieke institutionele en juridische acties die nodig zijn om de principes in de praktijk te implementeren om zo tot een optimale

---

onafhankelijke regulator te bespreken waarbij een checklist wordt ontwikkeld die ervoor moeten zorgen dat de regulator in de praktijk als een daadwerkelijke *onafhankelijke* regulator kan opereren.

<sup>3281</sup> A.C. BRONW, J. STERN, B. TENENBAUM en D. GENCER, *Handbook for Evaluating Infrastructure - Regulatory Systems*, The World Bank, Washington, 2006, 55.

<sup>3282</sup> A.C. BRONW, J. STERN, B. TENENBAUM en D. GENCER, *Handbook for Evaluating Infrastructure - Regulatory Systems*, The World Bank, Washington, 2006, 55-56.

<sup>3283</sup> A.C. BRONW, J. STERN, B. TENENBAUM en D. GENCER, *Handbook for Evaluating Infrastructure - Regulatory Systems*, The World Bank, Washington, 2006, 56.

<sup>3284</sup> A.C. BRONW, J. STERN, B. TENENBAUM en D. GENCER, *Handbook for Evaluating Infrastructure - Regulatory Systems*, The World Bank, Washington, 2006, 60.



onafhankelijk functionerende regulator te komen (*best practices*).<sup>3285</sup> Ook transparantie is één van de 15 standaarden. Opnieuw herhalen de auteurs dat *alle* documenten in het bezit van de regulator – en in het bijzonder deze relevant voor het nemen van beslissingen – geacht moeten worden beschikbaar te zijn voor het publiek, tenzij de regulator anders beslist zoals bijvoorbeeld bij commercieel gevoelige informatie.<sup>3286</sup> Vervolgens gaat men verder in op deze uitzonderingsgrond. Zo stellen de auteurs dat *geen enkel document als vertrouwelijk* moet worden behandeld *tenzij* de regulator vindt dat dit document volgens de wet of volgens uitdrukkelijk bindend beleid met *legitiem vertrouwen* dient te worden behandeld. Ook de Interpretatieve Nota van de Europese Commissie met betrekking tot het derde pakket liberaliseringsrichtlijnen gaat uit van deze zienswijze en stelt dat “the decisions must be made available to the public while preserving the confidentiality of commercially sensitive information. It is up to the NRA to decide, case by case, what information is commercially sensitive”.<sup>3287</sup> Het gaat daarbij dan bijvoorbeeld om persoonlijke gegevens, bedrijfsgeheimen, ontwerpbeslissingen of documenten die verband houden met hangende rechtszaken. De auteurs beklemtonen echter dat de vertrouwelijkheid betrekking heeft op de wijze waarmee de regulator documenten behandelt en dat dit *niet* inhoudt dat een partij op basis van de vertrouwelijkheid kan weigeren documenten aan de regulator over te maken. Bovendien moet de regulator de *criteria* voor het al dan niet bestempelen van een document als vertrouwelijk op **voorhand** bekendmaken. Tenslotte beklemtoont men nogmaals dat de procedure voor het maken van beslissingen moet vastgelegd worden in duidelijk gedefinieerde regels die voor het publiek beschikbaar zijn.<sup>3288</sup> Deze praktische en operationele vereisten kaderen zich voornamelijk binnen **de openbaarheid van bestuur**. De verschillende wetgevende instrumenten worden hieronder dan ook besproken, in het licht van de bevoegdheden van de desbetreffende energieregulators. Deze – eerder beschrijvende – bespreking is nodig om nadien dieper in te kunnen gaan op de problematiek van de vertrouwelijke gegevens.

## 5. Openbaarheid van bestuur

### 5.1. Algemeen

**1029.** Hoewel er in België geen algemeen transparantiebeginsel bestaat, wordt dit principe toch min of meer veruitwendigd in het kader van de openbaarheid van bestuur. De openbaarheid van bestuur wil immers het overheidsoptreden transparanter maken. Taalkundig en juridisch is er m.i. echter een - zij het minimaal - verschil tussen beide begrippen waar te nemen. Transparantie slaat

<sup>3285</sup> A.C. BRONW, J. STERN, B. TENENBAUM en D. GENCER, *Handbook for Evaluating Infrastructure - Regulatory Systems*, The World Bank, Washington, 2006, 63.

<sup>3286</sup> A.C. BRONW, J. STERN, B. TENENBAUM en D. GENCER, *Handbook for Evaluating Infrastructure - Regulatory Systems*, The World Bank, Washington, 2006, 73.

<sup>3287</sup> Interpretatieve Nota, 19.

<sup>3288</sup> A.C. BRONW, J. STERN, B. TENENBAUM en D. GENCER, *Handbook for Evaluating Infrastructure - Regulatory Systems*, The World Bank, Washington, 2006, 73.

vaker op de *openheid* binnen een bepaald bestuur of juridisch orgaan. Openbaarheid heeft eerder betrekking op een effectieve rechtstoestand. Juridisch gezien dient bepaalde informatie of dienen bepaalde bestuurlijke documenten toegankelijk te worden gemaakt voor het publiek. Vaak gebruikt men de termen openheid, transparantie, openbaarheid, doorzichtigheid, ... echter door elkaar.

**1030.** Wanneer men spreekt over openbaarheid van bestuur dan maakt men traditioneel het onderscheid tussen de **passieve** en de **actieve** openbaarheidsregels. De passieve openbaarheid heeft betrekking op de informatie die de burger zelf moet opvragen bij de overheid.<sup>3289</sup> De actieve openbaarheid daarentegen houdt in dat het bestuur zelf bepaalde informatie op eigen initiatief aan de burger moet verstrekken.<sup>3290</sup> In België is de passieve openbaarheid van bestuur in eerste instantie terug te vinden in de Grondwet.<sup>3291</sup> Artikel 32 van de Grondwet stelt dat *ieder het recht heeft elk bestuursdocument te raadplegen en er een afschrift van te krijgen, behoudens in de gevallen en onder de voorwaarden bepaald door de wet, het decreet of de regel bedoeld in artikel 134*. Door het toevoegen van het tweede zinsdeel zijn er in België verschillende normen van kracht die de openbaarheid van bestuur regelen. Het gaat hier dan ook om een bevoegdheidsverdelende regel waardoor elke regelgever de bevoegdheid heeft om eigen regels inzake de openbaarheid van bestuur op te stellen.<sup>3292</sup>

**1031.** Voor het federale niveau vormt de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur het regelgevende kader.<sup>3293</sup> Op Vlaams niveau gaat het om het decreet van 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur,<sup>3294</sup> in Wallonië gaat het om het decreet van 30 maart 1995 betreffende de openbaarheid van bestuur<sup>3295</sup> en in Brussel gaat het om de ordonnantie van 30 maart 1995 betreffende de openbaarheid van bestuur.<sup>3296</sup>

## 5.2. De openbaarheid van bestuur op het federale niveau

**1032.** Op federaal niveau bepaalt de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur (WOB) dat de *actieve openbaarheid* een duidelijke en objectieve voorlichting van het publiek beoogt met betrekking tot het optreden van de federale administratieve overheden. Hiertoe publiceert elke federale

<sup>3289</sup> F. SCHRAM, *De federale openbaarheidswetgeving. Een introductie*, Brussel, Politeia, 2010, 2.

<sup>3290</sup> R. THIJS, *Openbaarheid van bestuur. De werking van het Vlaams Openbaarheidsdecreet in de bestuurspraktijk*, Gent, Larcier, 2011, 9.

<sup>3291</sup> F. SCHRAM, *De federale openbaarheidswetgeving. Een introductie*, Brussel, Politeia, 2010, 26.

<sup>3292</sup> F. SCHRAM, *De federale openbaarheidswetgeving. Een introductie*, Brussel, Politeia, 2010, 32.

<sup>3293</sup> Wet 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur, *BS* 30 juni 1994, 17.662 (hierna afgekort: Wet Openbaarheid Bestuur).

<sup>3294</sup> Decr.VI. 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur, *BS* 1 juli 2004 (hierna afgekort: Vlaams DOB).

<sup>3295</sup> Decr.W. 30 maart 1995 betreffende de openbaarheid van bestuur, *BS* 28 juni 1995, 18.372 (hierna afgekort: Waals DOB).

<sup>3296</sup> Ord.Br. 30 maart 1995 betreffende de openbaarheid van bestuur, *BS* 23 juni 1995, 18.049 (hierna afgekort: Ordonnantie Openbaarheid Bestuur).

administratieve overheid een document met de beschrijving van haar bevoegdheden en haar interne organisatie en vermeldt elke briefwisseling uitgaande van een federale administratieve overheid de naam, de hoedanigheid, het adres en het telefoonnummer van degene die meer inlichtingen kan verstrekken over het dossier. Bovendien vermeldt elk document waarmee een beslissing of een administratieve handeling met individuele strekking uitgaande van een federale administratieve overheid ter kennis wordt gebracht van een bestuurde, de eventuele beroepsmogelijkheden, de instanties bij wie het beroep moet worden ingesteld en de geldende vormen en termijnen. Bij ontstentenis neemt de verjaringstermijn voor het indienen van het beroep geen aanvang.<sup>3297</sup> De passieve openbaarheid omhelst het raadplegen van een bestuursdocument van een federale administratieve overheid en het ontvangen van een afschrift van het document. Het recht bestaat erin dat eenieder, volgens de voorwaarden bepaald in deze wet, elk bestuursdocument ter plaatse kan inzien, dienomtrent uitleg kan krijgen en mededeling in afschrift ervan kan ontvangen. De passieve openbaarheid omhelst met andere woorden informatie die de burger *zelf* moet aanvragen. Voor documenten van persoonlijke aard is vereist dat de verzoeker van een belang doet blijken.<sup>3298</sup>

**1033.** Of de federale WOB al dan niet op de federale energieregulator CREG van toepassing is, wordt bepaald in artikel 1 van de wet. Dit artikel bepaalt dat de wet van toepassing is op (a) federale administratieve overheden en (b) administratieve overheden andere dan de federale administratieve overheden doch slechts in de mate dat deze wet op gronden die tot de federale bevoegdheid behoren, de openbaarheid van bestuursdocumenten verbiedt of beperkt. Men verwijst hierbij naar artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State voor wat de invulling van het begrip administratieve overheid betreft.<sup>3299</sup> Artikel 14, § 1, eerste lid, 1<sup>o</sup> RvS-wet bepaalt dat de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad bij wijze van arresten uitspraak doet over de beroepen tot nietigverklaring (wegens overtreding van hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, overschrijding of afwending van macht) ingesteld tegen de akten en reglementen van de onderscheiden administratieve overheden. Het artikel omvat als dusdanig geen definitie van het begrip administratieve overheid, noch criteria om dit begrip af te bakenen. Bijgevolg werd hoofdzakelijk aan de Raad van State overgelaten om een invulling te geven aan het begrip.<sup>3300</sup>

Aanvankelijk vielen de federale overheid, de gemeenschappen, de gewesten, de territoriaal gedecentraliseerde besturen (provincies en gemeenten) en de functioneel gedecentraliseerde instellingen onder het begrip administratieve

---

<sup>3297</sup> Artikel 2 Wet Openbaarheid Bestuur.

<sup>3298</sup> Artikel 4 Wet Openbaarheid Bestuur.

<sup>3299</sup> Gecoördineerde wetten op de Raad van State 12 januari 1973, BS 21 maart 1973, 3461.

<sup>3300</sup> S. DE SOMER, "Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van a never ending story", RW 2011-2012, 1614; F. SCHRAM, *De federale openbaarheidswetgeving. Een introductie*, Brussel, Politeia, 2010, 54.

overheid. Deze besturen vervullen een opdracht van algemeen belang of zijn belast met een openbare dienst. Bovendien zijn zij door de overheid, op basis van de Grondwet of een wetkrachtige norm opgericht of zijn zij erkend door de overheid en wordt hun werking door die overheid bepaald en gecontroleerd.<sup>3301</sup> Vandaag de dag is de overheidsorganisatie echter niet meer zo eenduidig. Allerlei instellingen en organisaties zijn opgericht, waarvan het niet altijd meteen duidelijk is of zij onder het begrip administratieve overheid vallen of niet. Sinds geruime tijd staat het echter vast dat de CREG een administratieve overheid is,<sup>3302</sup> waardoor de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur integraal op de CREG van toepassing is.

In de parlementaire voorbereiding bij de wet van 8 januari 2012 werd trouwens uitdrukkelijk bevestigd dat de WOB op de CREG van toepassing is:

“In haar hoedanigheid van administratieve federale overheid, moet de CREG eveneens de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur (B.S. 30 juni 1994) naleven. Overeenkomstig deze wet, is zij gehouden tot actieve en passieve openbaarheid van haar administratieve documenten alsook tot de sancties voorzien door deze wet bij ontstentenis van naleving van haar bepalingen”.<sup>3303</sup>

De WOB bepaalt in artikel 13 dat deze wet geen afbreuk doet aan de wetsbepalingen die in een ruimere openbaarheid van bestuur voorzien. Wanneer de Elektriciteits- en Gaswet in een ruimere openbaarheid voorzien, moet aangenomen worden dat zij voorrang hebben op de WOB, als *lex specialis*. De bepalingen van de WOB zijn niettemin van toepassing voor wat betreft de toegang tot de documenten van de CREG die deze laatste niet verplicht is te publiceren op grond van de Elektriciteits- en Gaswet.

**1034.** Tot slot moet nog op artikel 6, § 1 van de WOB gewezen worden, dat bepaalt dat een federale of niet-federale administratieve overheid de vraag om inzage, uitleg of mededeling in afschrift van een bestuursdocument afwijst, wanneer zij heeft vastgesteld dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van een van de volgende bepalingen: 1° de veiligheid van de bevolking; 2° de fundamentele rechten en vrijheden van de bestuurden; 3° de federale internationale betrekkingen van België; 4° de openbare orde, de veiligheid of de verdediging van het land; 5° de opsporing of vervolging van strafbare feiten; 6 een federaal economisch of financieel belang, de munt of het

<sup>3301</sup> V. VERDEYEN, “Administratieve overheden; een organieke nuancering van de functionele benadering”, *CDPK* 2006, 326 en 328.

<sup>3302</sup> Zie o.a. GwH 18 november 2010, nr. 130/2010; P. MARTINET en C. VANDERVEEREN, “Waken en waarborgen – de rol van de CREG in het mededingingstoezicht” in K. DEKETELAERE, *Jaarboek Energierecht 2004*, 150; B. DELVAUX, “De specieke beroepsprocedure tegen de beslissingen van de CREG” in T. VANDEN BORRE (ed.), *De vrijmaking van de elektriciteits- en de gasmarkt: de federale wetgeving in een stroomversnelling?*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (211) 215; CREG, BESLISSING (B)121115-CDC-1202 over “de aanvraag tot goedkeuring van het Standaard LNG-contract, het Toegangsreglement voor LNG en het LNG-programma van de N.V. Fluxys LNG”, 15 november 2012 en <http://www.creg.info/pdf/Beslissingen/B1202NL.pdf>. Hoewel de CREG sinds enkele jaren onttrokken is aan de rechtsmacht van de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, staat vast dat zij als administratieve overheden kunnen worden gekwalificeerd.

<sup>3303</sup> MvT bij het wetsontwerp tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2011-12, nr. 1725/1, 68.

openbaar krediet; 7° het uit de aard van de zaak vertrouwelijk karakter van de ondernemings- en fabricagegegevens die aan de overheid zijn meegedeeld; 8° de geheimhouding van de identiteit van de persoon die het document of de inlichting vertrouwelijk aan de administratieve overheid heeft meegedeeld ter aangifte van een strafbaar of strafbaar geacht feit. Bij deze bepalingen speelt, in het kader van het toezicht uitgeoefend door de energieregulator, voornamelijk punt 7 – dat bepaalt dat ondernemings- of fabricagegegevens met een vertrouwelijk karakter niet openbaar gemaakt mogen worden wanneer deze openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van dit belang – een rol.<sup>3304</sup>

**1035.** Wat de openbaarheid van beslissingen betreft vindt men in Hoofdstuk VI *quater* van de Elektriciteitswet artikel 29 *septies* terug,<sup>3305</sup> dat bepaalt dat de definitieve versies van de beslissingen van het directiecomité van de CREG openbaar zijn en gepubliceerd worden op de website van de commissie ([www.creg.be](http://www.creg.be)). De vertrouwelijkheid van commercieel gevoelige informatie en/of persoonsgegevens wordt daarbij gevrijwaard. Dit is in feite de hoofdbepaling op basis waarvan de details verder worden uitgelegd in het huishoudelijk reglement van de CREG.<sup>3306</sup> Hier wordt later nog uitvoerig op ingegaan.

Verder in het kader van deze openbaarheid bevat de Elektriciteitswet nog een eerder algemene bepaling die stelt dat de CREG “de akten met een individuele of collectieve draagwijdte die worden aangenomen in uitvoering van haar opdrachten alsook iedere voorbereidende akte, expertiseverslag, opmerking van de geconsulteerde partijen die ermee samenhangen, [moet publiceren] op de website [...], met inachtneming van de vertrouwelijkheid van de commercieel gevoelige gegevens en/of gegevens van persoonlijke aard”.<sup>3307</sup>

Artikel 12 *ter*, lid 3 van de Elektriciteitswet en artikel 15/5 *quater*, lid 3 van de Gaswet verwijzen bovendien uitdrukkelijk naar de transparantieplicht van de energieregulator:

“Krachtens haar transparantie- en motiveringsplicht publiceert de commissie op haar website de handelingen met individuele of collectieve draagwijdte die werden aangenomen in uitvoering van haar opdrachten krachtens artikelen 12 tot 12 *quinquies* [15/5 *bis* tot 15/5 *quinquies*], alsook iedere gerelateerde voorbereidende handeling, expertiseverslag, commentaar van de geraadpleegde partijen. Bij het verzekeren van deze openbaarheid vrijwaart zij de vertrouwelijkheid van de commerciële gevoelige informatie en/of informatie met een persoonlijk karakter. De commissie stelt hiertoe, na overleg met de betrokken aardgasbedrijven, richtsnoeren op die de informatie identificeren die binnen het toepassingsgebied van de vertrouwelijkheid vallen”.

---

<sup>3304</sup> Hoe de energieregulator op federaal niveau met deze vertrouwelijkheid omgaat wordt in titel 6 besproken.

<sup>3305</sup> Evenals in artikel 15/24 van de Gaswet.

<sup>3306</sup> Zie ook CREG, Mededeling van de CREG inzake de communicatie van beslissingen, voorstellen, adviezen en studies, 2005, <http://www.creg.be/pdf/Diversen/Div-Communicatie.pdf> (laatst geraadpleegd 26 juli 2013).

<sup>3307</sup> Artikel 23, § 2 *bis*, lid 2 van de Elektriciteitswet en artikel 15/14, § 4, lid 3 van de Gaswet.

Het gaat hierbij om een transparantieplicht bij het aannemen van zowel de tariefmethodologie als het goedkeuren van de tariefvoorstellen. Ook hier speelt evenwel het belang van de vertrouwelijke informatie.<sup>3308</sup>

### 5.3. De openbaarheid van bestuur in Vlaanderen

**1036.** Op Vlaams niveau regelt het decreet van 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur de algemene openbaarheid in de Vlaamse bestuurlijke rechtsorde.<sup>3309</sup> Het decreet werkt echter niet met de notie 'administratieve overheid', maar gaat daarentegen uit van het begrip 'bestuursinstantie' om het personele toepassingsgebied van de openbaarheid af te bakenen. De Vlaamse regelgever stelde immers dat het begrip "administratieve overheid" problematisch in gebruik is aangezien "de interpretatie van dit begrip een zeer grillige evolutie kent in de rechtspraak en dat het overlaten aan de rechtspraak van de invulling van dit begrip heeft geleid tot onverwachte en nefaste gevolgen".<sup>3310</sup> In het decreet werd het daarom noodzakelijk geacht om uit te gaan van een begrip dat zo precies mogelijk wordt omschreven zodat de decreetgever zelf de controle behoudt over het toepassingsgebied van het decreet en niet de hoogste rechtscolleges. Om deze reden werd de voorkeur gegeven aan een nieuw begrip, met name "bestuursinstantie".<sup>3311</sup> Onder bestuursinstantie dient volgens artikel 3 van het decreet te worden verstaan:

"1° bestuursinstantie

- a) een rechtspersoon die is opgericht bij of krachtens de Grondwet, een wet, decreet of ordonnantie ;
- b) een natuurlijke persoon, een groepering van natuurlijke personen, een rechtspersoon of groepering van rechtspersonen die in hun werking bepaald en gecontroleerd worden door a) ;
- c) een natuurlijke persoon, een groepering van natuurlijke personen, een rechtspersoon of groepering van rechtspersonen, voorzover zij door een bestuursinstantie in de zin van a) zijn belast met de uitoefening van een taak van algemeen belang of voorzover zij een taak van algemeen belang behartigen en beslissingen nemen die derden binden".

Ondanks dit drievoudig criterium heeft de Vlaamse decreetgever ter bevordering van de rechtszekerheid in artikel 4 van het decreet nog een lijst opgenomen van instanties die in ieder geval aan het decreet onderworpen zijn:

"Dit decreet is van toepassing op de volgende instanties: 1° het Vlaams Parlement en de eraan verbonden instellingen; 2° de diensten, instellingen en rechtspersonen die afhangen van de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaamse Gewest; 3° de gemeenten en de districten; 4° de provincies; 5° de andere gemeentelijke en provinciale instellingen, met inbegrip van de verenigingen zonder winstoogmerk waarin één of meer gemeenten of de provincies minstens de helft van de stemmen in één van de beheersorganen heeft of de helft van de financiering voor haar rekening neemt; 6° de verenigingen van provincies en gemeenten, bedoeld in de wet van 22 december 1986 betreffende de intercommunales, en de samenwerkingsvormen zoals geregeld in het decreet van 6 juli

<sup>3308</sup> Deze bepaling komt verder nog aan bod.

<sup>3309</sup> Decr.VI. 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur, *BS* 1 juli 2004 (hierna afgekort: Vlaams DOB).

<sup>3310</sup> MvT bij het ontwerp van decreet betreffende de openbaarheid van bestuur, *Parl.St. VI.Parl.* 2002-2003, nr. 1732/1, 3. Zie ook <http://openbaarheid.vlaanderen.be/nlapps/docs/default.asp?id=24#6>.

<sup>3311</sup> MvT bij het ontwerp van decreet betreffende de openbaarheid van bestuur, *Parl.St. VI.Parl.* 2002-2003, nr. 1732/1, 3. Zie ook <http://openbaarheid.vlaanderen.be/nlapps/docs/default.asp?id=24#6>.

2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking; 7° de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, hierna O.C.M.W.'s te noemen, en de verenigingen, bedoeld in hoofdstuk 12 van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende O.C.M.W.'s; 8° de polders, bedoeld in de wet van 3 juni 1957 betreffende de polders, en de watering, bedoeld in de wet van 5 juli 1956 betreffende de watering; 9° de kerkfabrieken en de instellingen die belast zijn met het beheer van de temporalieën van de erkende erediensten; 10° alle andere instanties binnen het Vlaamse Gewest en de Vlaamse Gemeenschap”.

De VREG, als extern verzelfstandigd agentschap (EVA) in publieke rechtsvorm,<sup>3312</sup> viel onder het toepassingsgebied van het Vlaams DOB. Hoewel de VREG in 2016 is omgevormd tot een “autonome dienst met rechtspersoonlijkheid”, valt ook deze vorm nog steeds onder artikel 3, eerste lid, 1°, a. Bovendien kan de VREG ook geplaatst worden onder artikel 4, 1° het Vlaams Parlement en de eraan verbonden instellingen.

**1037.** Volgens het decreet moeten de personeelsleden van instanties, verplicht, ieder natuurlijk persoon, rechtspersoon of groepering die informatie zoekt waarover de instanties beschikken, hierbij behulpzaam zijn. Bovendien is de instantie verplicht om aan ieder natuurlijk persoon, rechtspersoon of groepering die erom verzoekt, de gewenste *bestuursdocumenten*<sup>3313</sup> openbaar te maken door er inzage in te verlenen, er uitleg over te verschaffen of er een afschrift van te overhandigen.<sup>3314</sup> Deze verplichtingen hebben betrekking op de *passieve* openbaarheid. Het decreet vermeldt evenwel ook uitzonderingen op deze openbaarheid. Zo stelt het decreet in artikel 11, 2° dat de instanties een aanvraag mogen afwijzen indien deze kennelijk onredelijk blijft of op een te algemene wijze geformuleerd blijft, na een verzoek van de instantie tot herformulering van de eerste aanvraag of indien deze betrekking heeft op bestuursdocumenten die niet af of onvolledig zijn. Voorts bepaalt artikel 14 van het decreet dat de bestuursinstanties een aanvraag tot openbaarmaking afwijzen indien ze van oordeel zijn dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van verschillende opgesomde belangen, waaronder het **vertrouwelijk karakter van commerciële en industriële informatie**, wanneer deze informatie beschermd wordt om een gelegitimeerd economisch belang te vrijwaren, tenzij degene van wie de informatie afkomstig is met de openbaarheid instemt.<sup>3315</sup> Hoe de VREG met deze vertrouwelijke gegevens omgaat wordt tevens verder besproken.

---

<sup>3312</sup> Decr. VI. 30 april 2004 tot oprichting van het publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt, BS 27 mei 2004.

<sup>3313</sup> Het begrip bestuursdocument is bijzonder ruim. Het houdt in dat *alle informatie, in welke vorm dan ook, waarover de overheid beschikt, in beginsel openbaar moet worden gemaakt* (art. 3, 4° van het Vlaams DOB). Het gaat om schriftelijke stukken en geluids- en beeldopnamen, met inbegrip van gegevens vervaardigd in de geautomatiseerde informatieverwerking. Dit kunnen zijn: verslagen, studies, sommige notulen en processen-verbaal, statistieken, administratieve richtlijnen, omzendbrieven, contracten en vergunningen, registers van openbaar onderzoek, enz. Het betreft met andere woorden alle gematerialiseerde informatie. Zie VREG, “Mededeling van de VREG met betrekking tot het beleid inzake (actieve en passieve) openbaarheid en het kwalificeren als, en omgaan met, vertrouwelijke gegevens”, 18 mei 2010, MEDE-2010-1, 3.

<sup>3314</sup> Artikel 7 van het Vlaams DOB.

<sup>3315</sup> Artikel 14, 3° van het Vlaams DOB.

**1038.** Wat de actieve openbaarheid betreft, bepaalt artikel 28, § 1 van het decreet dat de instanties vermeld in artikel 4, § 1, 2° tot 8° de verplichting hebben de bevolking of de betrokken doelgroepen systematisch, correct, evenwichtig, tijdig en op verstaanbare wijze voor te lichten over haar beleid, regelgeving en dienstverlening en over de rechten die de bevolking verkrijgt uit hoofde van dit decreet. Het is hierbij interessant dat men vermeldt dat het moet gaan om voor het publiek verstaanbare informatie. Dit sluit aan bij de conclusie van advocaat-generaal COLOMER die stelt dat transparantie doelt op een inhoud die helder en duidelijk is, die zonder twijfel of dubbelzinnigheid kan worden begrepen. Het begrip transparantie heeft dus een ruime strekking: de informatie dient niet louter ter beschikking te worden gesteld van het publiek, maar dient bovendien in een begrijpelijke taal toegankelijk te worden gemaakt.

**1039.** Ten slotte stelt artikel 31, § 3 van het Vlaams DOB nog dat de raad van bestuur van elk extern verzelfstandigd agentschap een communicatieambtenaar dient aan te stellen. De communicatieambtenaren hebben volgens het decreet tot taak erop toe te zien dat alle voor de burgers bestemde bestuursdocumenten in correcte en verstaanbare taal zijn opgesteld. Aangezien de VREG in het verleden als EVA werd ingericht is er (nog steeds) een communicatieambtenaar bij de regulator aanwezig.

**1040.** Het Energiedecreet zelf bevat weinig concrete transparantiebepalingen. Artikel 3.1.1, § 5, laatste lid bepaalt wel dat de VREG haar taken en bevoegdheden op onpartijdige en transparante wijze uitoefent. De regulator heeft hierbij als missie de regulering van, de controle op en de bevordering van de **transparantie** van de elektriciteits- en gasmarkt in het Vlaamse Gewest.<sup>3316</sup> Verder bepaalt het Energiedecreet dat de VREG op zijn **website** de toepasselijke tariefmethodologie, het geheel van de stukken met betrekking tot het overleg met de distributienetbeheerders, het gemotiveerd consultatieverslag, en alle documenten die nuttig worden geacht voor de motivering van de beslissing van de VREG over de tariefmethodologie, **publiceert** en dit met inachtneming van de vertrouwelijkheid van informatie met een persoonlijk karakter of commercieel gevoelige informatie met betrekking tot de distributienetbeheerders, leveranciers of de netgebruikers.<sup>3317</sup> De VREG publiceert ook de tarieven en hun motivering binnen drie werkdagen na hun goedkeuring op zijn website. Tot slot bepaalt artikel 3.1.11, § 4 nog dat het huishoudelijk reglement van de VREG wordt gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad.

#### 5.4. De openbaarheid van bestuur in Brussel

---

<sup>3316</sup> Artikel 3.1.2. van het Energiedecreet.

<sup>3317</sup> Art. 4.1.31, § 4 van het Energiedecreet.



**1041.** Brugel valt als Brusselse energieregulator en als administratieve overheid onder artikel 2 van de ordonnantie van 30 maart 1995 betreffende de openbaarheid van bestuur, dat bepaalt dat de regels van toepassing zijn op “de administratieve overheden welke afhangen van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, hierna ‘gewestelijke administratieve overheden’ te noemen”. Ook hier, voor de toepassing van het begrip administratieve overheid, verwijst de ordonnantie naar artikel 14 van de Rvs-wet.<sup>3318</sup>

**1042.** Wat de actieve openbaarheid betreft bepaalt de ordonnantie dat iedere gewestelijke administratieve overheid een document uitgeeft met de beschrijving van haar bevoegdheden en haar werkwijze, en stelt het ter beschikking van eenieder die erom vraagt.<sup>3319</sup> Elke briefwisseling vermeldt de naam, de voornaam, de hoedanigheid, het administratief adres en het telefoonnummer van degene die meer inlichtingen over het dossier kan verstrekken.<sup>3320</sup> Elk document dat een beslissing of een bestuurshandeling met individuele strekking ter kennis brengt aan een bestuurde, vermeldt de eventuele beroepsmogelijkheden, de instanties bij wie het beroep moet worden ingesteld en de vormen en termijnen die moeten worden geëerbiedigd.<sup>3321</sup>

**1043.** Bij de passieve openbaarheid bepaalt artikel 8 van de ordonnantie dat eenieder elk bestuursdocument ter plaatse kan inzien, dienomtrent uitleg kan krijgen en een mededeling in afschrift ervan kan ontvangen. Opnieuw zijn er ook uitzonderingen bepaald. Zo wijst de administratieve overheid de vraag om inzage, uitleg, of mededeling in afschrift van een bestuursdocument o.a. af, wanneer zij heeft vastgesteld dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van het uit de aard van de zaak vertrouwelijke karakter van de ondernemings- en fabricagegegevens die aan de overheid zijn meegedeeld.<sup>3322</sup>

**1044.** Art. 30*bis*, § 3 van de Elektriciteitsordonnantie bepaalt, net zoals bij de VREG, dat Brugel zijn bevoegdheden op een onpartijdige en transparante wijze uitoefent. Brugel publiceert daartoe ook het jaarverslag op haar website.<sup>3323</sup> Brugel publiceert ook de toepasselijke tariefmethodologie, de relevante stukken met betrekking tot het overleg met de distributienetbeheerder, het advies van de Raad en alle documenten die zij nuttig acht voor de motivering van haar beslissing betreffende de tariefmethodologie op haar website, met inachtneming van de vertrouwelijkheid van commercieel gevoelige gegevens betreffende de leveranciers of de netgebruikers, persoonsgegevens en/of gegevens waarvan de vertrouwelijkheid wordt beschermd krachtens bijzondere wetgevingen.<sup>3324</sup>

---

<sup>3318</sup> Artikel 3 van de Ordonnantie Openbaarheid Bestuur.

<sup>3319</sup> Artikel 4 van de Ordonnantie Openbaarheid Bestuur.

<sup>3320</sup> Artikel 5 van de Ordonnantie Openbaarheid Bestuur.

<sup>3321</sup> Artikel 6 van de Ordonnantie Openbaarheid Bestuur.

<sup>3322</sup> Artikel 10 van de Ordonnantie Openbaarheid Bestuur.

<sup>3323</sup> Art. 30*bis*, § 2, lid 2, 9° van de Elektriciteitsordonnantie.

<sup>3324</sup> Art. 9*quater*, § 5 van de Elektriciteitsordonnantie.

## 5.5. De openbaarheid van bestuur in Wallonië

**1045.** Het Waals DOB is eveneens van toepassing op de gewestelijke administratieve overheden, waarbij opnieuw het begrip uit artikel 14 van de Rvs-wet wordt gehanteerd.<sup>3325</sup> In het kader van de actieve openbaarheid moet elke gewestelijke administratieve overheid een document met de beschrijving van haar bevoegdheden en haar interne organisatie publiceren, waarbij dit document ter beschikking wordt gesteld van eenieder die erom vraagt; vermeldt elke briefwisseling de naam, de hoedanigheid, het adres en het telefoonnummer van degene die meer inlichtingen kan verstrekken over het dossier; en vermeldt elk document waarmee een beslissing of een administratieve handeling met individuele strekking ter kennis wordt gebracht van een bestuurde, de eventuele beroepsmogelijkheden.<sup>3326</sup>

**1046.** Met betrekking tot de passieve openbaarheid bepaalt artikel 4 van het Waals DOB dat het recht op het raadplegen van een bestuursdocument en op het ontvangen van een afschrift van het document erin bestaat dat eenieder elk bestuursdocument ter plaatse kan inzien, dienomtrent uitleg kan krijgen en een mededeling in afschrift ervan kan ontvangen. In het Waals DOB zijn er evenwel minder belangen opgenomen die de openbaarmaking van bepaalde gegevens kunnen verhinderen. Zo stelt artikel 6 dat de gewestelijke administratieve overheid de vraag om inzage, uitleg of mededeling in afschrift van een bestuursdocument afwijst wanneer de openbaarmaking van het bestuursdocument afbreuk doet 1° aan de persoonlijke levenssfeer, behalve de bij de wet voorziene uitzonderingen; 2° aan een bij wet of decreet ingestelde geheimhoudingsverplichting; 3° aan het geheim van de beraadslagingen van de Regering en van de verantwoordelijke overheden die afhangen van de Regering of waarbij een gewestelijke overheid betrokken is. Er is met andere woorden geen sprake van een specifieke bepaling inzake de bescherming van commerciële en industriële informatie of ondernemings- en fabricagegegevens met een vertrouwelijke karakter.

**1047.** Dergelijke specifieke bepaling is evenwel terug te vinden in het Waals Elektriciteitsdecreet. Artikel 50 bepaalt immers dat de handelingen met individuele of collectieve strekking aangenomen ter uitvoering van de opdrachten alsook elke voorbereidende handeling, verslag van deskundigen, bijhorende opmerkingen van de geraadpleegde partijen moeten worden bekend gemaakt op de website van de CWaPE, met inachtneming van de vertrouwelijkheid van de commercieel gevoelige informatie en/of van de persoonsgegevens. Verder bepaalt artikel 43*bis* van het Waals Elektriciteitsdecreet dat het technisch reglement, opgesteld door de CWaPE binnen de tien werkdagen na de goedkeuring op de internetsite van de CWaPE

---

<sup>3325</sup> Artikel 1 Waals DOB.

<sup>3326</sup> Artikel 3 Waals DOB.

wordt gepubliceerd. Artikel 43, § 3 bepaalt dan weer dat de CWaPE, op uiterlijk 30 juni, aan de regering en het Waals Parlement een verslag meedeelt over de uitvoering van haar opdrachten en de ontwikkeling van de gewestelijke elektriciteitsmarkt. Het verslag wordt ook op de website van de CWaPE bekendgemaakt.

## **6. Specifieke transparantiebepalingen**<sup>3327</sup>

### 6.1. CREG

#### 6.1.1. *Jaarverslag en huishoudelijk reglement*

**1048.** Artikel 23, § 3 van de Elektriciteitswet stelt dat de Commissie elk jaar een jaarverslag opstelt dat zij vóór 1 mei van het jaar volgend op het betrokken boekjaar aan de Kamer van volksvertegenwoordigers verzendt. Dit verslag wordt op de website van de Commissie gepubliceerd. De CREG maakt ook, vóór 1 mei van het jaar volgend op het betrokken boekjaar, aan het ACER en aan de Europese Commissie een jaarverslag over met betrekking tot haar activiteiten en de uitvoering van haar opdrachten.<sup>3328</sup>

**1049.** Het directiecomité van de CREG stelt een huishoudelijk reglement op dat ter informatie aan de Kamer van volksvertegenwoordigers moet worden overgezonden (artikel 24, § 1 van de Elektriciteitswet). Het huishoudelijk reglement van de CREG wordt eveneens gepubliceerd op de website. Het vorige huishoudelijk reglement van 29 november 2012<sup>3329</sup> werd op 4 december 2015<sup>3330</sup> gevoelig uitgebreid en omvat maar liefst 50 artikelen, ten aanzien van de vroegere 11 artikelen. De verschillende relevante bepalingen van dit nieuwe huishoudelijk reglement komen uitvoerig aan bod bij de bespreking van de behandeling van vertrouwelijke gegevens door de CREG, bij de bespreking van de regels inzake de motivering en bij de bespreking van de regels met betrekking tot de consultaties of raadplegingen.

**1050.** Verder stelt artikel 23, § 2, 7° van de Elektriciteitswet dat de CREG op haar website de normen en vereisten inzake de kwaliteit van de dienstverlening en levering in overleg met de netbeheerder bepaalt en publiceert. De CREG stelt bovendien minstens eenmaal per jaar aanbevelingen op, over de verenigbaarheid van de leveringsprijzen met de door de Elektriciteitswet en haar uitvoeringsbesluiten vastgestelde openbare dienstverplichtingen. De CREG publiceert deze en zendt ze in voorkomend geval over aan de Raad voor de Mededinging (artikel 23, § 2, 33° van de Elektriciteitswet). Op voorstel van de

---

<sup>3327</sup> Aangezien de regels *in globo* voor de vier energieregulators vrij gelijkaardig zijn en het louter weergeven van verschillende wetsartikelen weinig inhoudelijk tot dit onderzoek bijdraagt, wordt ervoor geopteerd om de bepalingen uit het Waals Elektriciteitsdecreet en de Elektriciteitsordonnantie hier niet op te sommen.

<sup>3328</sup> Artikel 23, § 3 *bis* van de Elektriciteitswet.

<sup>3329</sup> CREG, Huishoudelijk reglement van 29 november 2012, <http://www.creg.info/pdf/Diversen/Z1213NL.pdf>.

<sup>3330</sup> CREG, Huishoudelijk reglement van 4 december 2015, <http://www.creg.info/pdf/Diversen/Z1472NL.pdf>.

netbeheerder, keurt de Commissie de methoden goed die gebruikt zijn om de toegang tot de grensoverschrijdende infrastructures mogelijk te maken, met inbegrip van de procedures voor de toewijzing van capaciteit en congestiebeheer. Deze methoden zijn transparant en niet-discriminerend, waardoor de regulator de goedgekeurde methoden eveneens dient te publiceren op haar website (artikel 23, § 2, 35° van de Elektriciteitswet). Wanneer men echter op de website van de CREG deze documenten tracht terug te vinden dan moet worden vastgesteld dat dit geen evidente zaak is. Het zoekstelsel op de website is weinig functioneel, waardoor niet altijd de correcte of gewenste zoekresultaten gegenereerd worden.<sup>3331</sup> Zo kan er enkel worden gezocht op het nummer van de publicatie, de titel, de aard van de publicatie en de datum en niet op de mogelijke inhoud (via zoektermen) van de publicatie. Het verdient dan ook de aanbeveling dat de CREG in de toekomst zou werken met een meer overzichtelijke database waar systematisch alle documenten worden weergegeven en waarbij eenvoudiger een selectie kan worden gemaakt.<sup>3332</sup> Op basis van de huidige zoekfunctie was het immers niet mogelijk om een document terug te vinden inzake de kwaliteit van de dienstverlening of inzake de verenigbaarheid van de leveringsprijzen (indien men enkel over die informatie beschikt en dus niet over een nummer of datum).

#### 6.1.2. Overig transparantiebepalingen

**1051.** De Elektriciteitswet (en gelijklopend eveneens de Aardgaswet) bevat talrijke transparantieverplichtingen ten aanzien van de CREG (en gedeeltelijk ook t.a.v. de CWaPE). Gezien deze talrijkheid zal er niet dieper worden ingegaan op elk van deze bepalingen. Voor de volledigheid worden ze onderstaand wel vermeld.

#### Groenestroomcertificaten – Artikel 7 van de Elektriciteitswet

- In functie van onder meer de voorwaarden van beste technische praktijken, van verkoopprijs van elektriciteit en van financieringskost stelt de commissie jaarlijks een verslag op, voor toekomstige projecten, over de doeltreffendheid inzake kosten van de minimumprijs van de bovenvermelde aankoopverplichting door de netbeheerder van de groenestroomcertificaten die door de federale en gewestelijke overheden worden toegekend. Dit **verslag** wordt aan de **minister overgezonden** en op de internetsite van de commissie **gepubliceerd** (art. 7, § 1*bis*)

#### Beheer van het transmissienet – Artikel 10 Elektriciteitswet

- de CREG brengt de minister op de hoogte van de opening van een certificeringsprocedure voor de transmissienetbeheerder (art. 10 § 2*ter*, lid 2);
- nadat ze het uitdrukkelijk of stilzwijgend advies van de Europese Commissie heeft ontvangen, neemt de CREG haar definitieve beslissing van certificering en deelt deze aan de minister mee. De beslissing van de CREG en het advies van de Europese Commissie worden samen in het **Belgisch Staatsblad gepubliceerd** (art. 10, § 2*ter*, lid 7);
- de definitieve beslissing van de CREG en het advies van de Europese Commissie inzake de aanvraag tot certificering van de transmissienetbeheerder wordt **gepubliceerd** (art. 10 § 2*quater*, laatste lid);

<sup>3331</sup> CREG, <http://www.creg.be/nl/outputdb.asp>, laatst geconsulteerd op 10 juli 2016.

<sup>3332</sup> Zoals bijvoorbeeld bij de VREG of bij de CWaPE.

### Beheer van het transmissienet - Artikel 12 Elektriciteitswet

- na gestructureerd, gedocumenteerd en **transparant** overleg met de netbeheerder, werkt de CREG de tariefmethodologie uit (art. 12, § 2);
- **mededeling** aan de Kamer van Volksvertegenwoordigers met betrekking tot het ontwerp van tariefmethodologie (art. 12, § 3, lid 1) en de **publicatie** op de **website** van de toepasselijke tariefmethodologie voor het transmissienet (art. 12, § 3, lid 2);
- **mededeling** aan de netbeheerder van de tariefmethodologie van toepassing op tariefvoorstel voor het transmissienet [...] wijzigingen aan de tariefmethodologie zijn slechts van toepassing vanaf de volgende tariefperiode, behoudens uitdrukkelijk transparant en niet-discriminerend akkoord tussen de commissie en de netbeheerder (art. 12, § 4);
- de CREG **publiceert** binnen de drie werkdagen na hun goedkeuring en bewaart op haar **website** de tarieven en hun motivering, met inachtneming van de vertrouwelijkheid van commercieel gevoelige informatie betreffende leveranciers of netgebruikers, van persoonsgegevens en/of van gegevens waarvan de vertrouwelijkheid is beschermd krachtens bijzondere wetgeving (art. 12, § 13);

### Beheer van het distributienet (oud – wel nog van toepassing op de CWaPE) - Artikel 12bis Elektriciteitswet

- na gestructureerd, gedocumenteerd en **transparant** overleg met de distributienetbeheerders, werkt de [CWAPE] de tariefmethodologie uit die deze netbeheerders moeten gebruiken voor het opstellen van hun tariefvoorstellen (art. 12bis, § 2);
- **publicatie** op de website van de tariefvoorstellen voor het distributienet (art. 12bis, § 8, lid 1, 10°);
- de CWaPE **publiceert** en bewaart de tarieven en hun motivering binnen drie werkdagen na hun goedkeuring op haar website, met inachtneming van de vertrouwelijkheid van commercieel gevoelige informatie betreffende leveranciers of netgebruikers, van persoonsgegevens en/of van gegevens waarvan de vertrouwelijkheid is beschermd krachtens specifieke regelgeving (art. 12bis, § 13);

#### 6.2. VREG

**1052.** Het Energiedecreet bevat slechts twee bepalingen die betrekking hebben op de transparantie bij de VREG. Artikel 3.1.1., § 5, laatste lid stelt, algemeen, dat de VREG haar taken en bevoegdheden op een onpartijdige en transparante wijze uitoefent. Artikel 3.1.11 bepaalt dat de raad van bestuur van de VREG een huishoudelijk reglement opstelt, dat nadien gepubliceerd dient te worden in het Belgisch Staatsblad. Op 3 mei 2012 is het huishoudelijk reglement van de VREG effectief bekendgemaakt.<sup>3333</sup> Het valt op dat, in tegenstelling tot het huishoudelijk reglement van de CREG, het reglement van de VREG geen bepalingen bevat die betrekking hebben op de transparantie. Artikel 3.1.13, §9 van het Energiedecreet bepaalt dat de VREG jaarlijks een jaarrapport over de uitvoering van het ondernemingsplan opstelt, dat zij vóór 31 januari van het jaar volgend op het betrokken boekjaar aan het Vlaams Parlement verzendt. Dit verslag wordt op de internetsite van de VREG gepubliceerd. Ter informatie wordt een afschrift van dit verslag eveneens naar de Vlaamse Regering gestuurd. Art. 4.1.31, § 1 bepaalt dat na gestructureerd, gedocumenteerd en transparant overleg met de distributienetbeheerders, de VREG het ontwerp van tariefmethodologie uitwerkt die deze distributienetbeheerders moeten gebruiken voor het opstellen van hun tariefvoorstellen. Paragraaf 4 stelt dat de VREG op

<sup>3333</sup> Huishoudelijk reglement van de Raad van Bestuur van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt van 28 maart 2012, *BS* 3 mei 2012.

zijn website de toepasselijke tariefmethodologie, het geheel van de stukken met betrekking tot het overleg met de distributienetbeheerders, het gemotiveerd consultatieverslag, en alle documenten die nuttig worden geacht voor de motivering van de beslissing van de VREG over de tariefmethodologie, met inachtneming van de vertrouwelijkheid van informatie met een persoonlijk karakter of commercieel gevoelige informatie met betrekking tot de distributienetbeheerders, leveranciers of de netgebruikers, publiceert.

## 7. Omgaan met vertrouwelijke gegevens

**1053.** Geheimhoudingsplichten beperken de transparantie maar beogen ook de informatie-uitwisseling tussen de marktpartijen en de regulator te beschermen en bevorderen. Wanneer de marktpartijen garanties krijgen dat hun informatie vertrouwelijk blijft, zullen zij immers sneller geneigd zijn om deze informatie in alle volledigheid mee te delen aan de regulator. Bovendien zorgt een beschermde informatie-uitwisseling ook voor meer vertrouwen en rust op de markt.

**1054.** De geheimhoudingsplicht begrenst echter ook de mogelijkheden van de energieregulator om volledig transparant te zijn en om volledige verantwoording af te leggen. Er is dan ook een dilemma aanwezig tussen transparantie en verantwoording enerzijds en geheimhouding van de vertrouwelijke gegevens anderzijds. Het gaat hierbij om een afweging tussen de effectiviteit en transparantie van het toezicht en bepaalde rechts- en privacywaarborgen.<sup>3334</sup>

### 1.1. Beroepsgeheim

**1055.** Een **grens** aan de openbaarheids- en transparantiemogelijkheden wordt gevormd door geheimhoudings- en vertrouwelijkheidsplichten. Bij vertrouwelijke informatie gaat het erom dat deze niet openbaar mag worden gemaakt en nooit het onderwerp van publicatie kan vormen. Wanneer dergelijke vertrouwelijke informatie immers openbaar zou worden gemaakt, dan leidt dit tot onrust op de markt en kan er zelfs schade ontstaan. In de regelgeving hierboven besproken kwam het reeds aan bod dat van de principiële openbaarheid afgeweken kan worden indien bijvoorbeeld bepaalde andere belangen primeren, waaronder o.a. de bedrijfs-, ondernemings- of fabricagegegevens. Bij openbaarheid is er dan ook vaak sprake van een belangenafweging. Of voor deze belangenafweging ruimte is, zal afhangen van de geheimhoudingsplicht en de publicatiebevoegdheden of publicatieplicht.<sup>3335</sup> Zo kan er ook, zij het in uitzonderlijke omstandigheden of beperkte gevallen, van deze geheimhouding

---

<sup>3334</sup> M. AELEN, *Beginnelsen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 455.

<sup>3335</sup> M. AELEN, *Beginnelsen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 359.

worden afgeweken. Inzake het energietoezicht is dit bijvoorbeeld het geval bij de gegevensuitwisseling tussen de verschillende regulatoren zelf.

**1056.** Hetgeen eveneens nauw verband houdt met deze vertrouwelijkheid van gegevens is het **beroepsgeheim** waaraan de personeelsleden en de bestuurders of directeurs van de energieregulator gebonden zijn. Zo zijn de leden van de organen en de personeelsleden van de CREG, alsook de controleurs en de experts die de CREG verbinden, gebonden door dit beroepsgeheim.<sup>3336</sup> Dit houdt in dat zij de vertrouwelijke gegevens en/of de gegevens met een persoonlijk karakter die hun ter kennis zijn gekomen op grond van hun functie bij de CREG, aan niemand mogen bekendmaken, behalve wanneer zij worden opgeroepen om in rechte te getuigen en onverminderd de uitwisseling van informatie met de reguleringsinstanties voor elektriciteit en voor gas van de gewesten en van andere lidstaten van de Europese Unie en met de Belgische Mededingingsautoriteit en met de FSMA, betreffende informatie-uitwisseling in het kader van de REMIT-verordening.<sup>3337</sup>

**1057.** Ook het bestuur en het personeel van de VREG zijn gebonden door het beroepsgeheim.<sup>3338</sup> Zij mogen de vertrouwelijke gegevens die hun ter kennis komen op grond van hun functie bij de VREG aan niemand bekendmaken, behalve wanneer zij worden opgeroepen om in rechte te getuigen of in het kader van de uitwisseling van gegevens met de regulatoren en instanties die werkzaam zijn binnen de Vlaamse, Belgische en Europese elektriciteits- en aardgasmarkt, voor zover die gegevensuitwisseling *nadrukkelijk bepaald of toegestaan is in verordeningen of richtlijnen die de instellingen van de Europese Unie hebben vastgesteld*, of als met die instanties een overeenkomst is gesloten, als vermeld in artikel 3.1.4, § 2, 8<sup>o</sup>.<sup>3339</sup>

**1058.** Bij Brugel bepaalt artikel 35 van de Elektriciteitsordonnantie dat de ambtenaren van het BIM, de bestuurders van Brugel en het personeel van Brugel de vertrouwelijke gegevens, de gegevens die het mogelijk maken de identiteit te kennen van de afnemers en de commercieel gevoelige gegevens waarvan ze kennis hebben in het kader van hun functie niet mogen vrijgeven, behalve in de gevallen waar ze opgeroepen worden om **in rechte** te getuigen en de uitwisseling van informatie met de Belgische en Europese autoriteiten waarin uitdrukkelijk voorzien wordt in wettelijke of verordenende bepalingen. Brugel kan ook aan de andere Belgische reguleringsinstanties en aan het BIM de vertrouwelijke of commercieel gevoelige gegevens meedelen die zij nodig

---

<sup>3336</sup> Artikel 26, § 2 van de Elektriciteitswet.

<sup>3337</sup> In het kader van de informatie overgedragen in uitvoering van de Verordening (EU) nr. 1227/2011. De vertrouwelijke informatie die wordt ontvangen, uitgewisseld of doorgegeven krachtens de Verordening (EU) nr. 1227/2011 mag niet worden verspreid, met uitzondering van de gevallen die door artikel 16 en 17 van dezelfde Verordening zijn toegestaan

<sup>3338</sup> Art. 3.1.12 van het Energiedecreet.

<sup>3339</sup> Artikel 3.1.4, § 2, 8<sup>o</sup>: "het sluiten van samenwerkingsovereenkomsten en het tot stand brengen van duurzame samenwerkingsverbanden, de zogenaamde partnerschapsovereenkomsten met de regulatoren en instanties die werkzaam zijn binnen de Vlaamse, Belgische en Europese elektriciteits- en aardgasmarkt".

hebben om hun bevoegdheid uit te oefenen. De plaats van het BIM in deze lijst kan ook hier opnieuw in vraag gesteld worden.

**1059.** Ten aanzien van de Waalse energieregulator, CWaPE, bepaalt het Waals Elektriciteitsdecreet eerst en vooral dat het de voorzitter en de directeurs, onder wie de vice-voorzitter, verboden is, tijdens de duur van hun functie of na de stopzetting ervan, om eender welke vertrouwelijke informatie aan derden te onthullen, alsook elk zakengeheim betreffende de CWaPE en haar activiteiten waarvan zij wegens hun functie kennis zouden krijgen.<sup>3340</sup> Na afloop van hun mandaten, bezorgen de voorzitter en de directeurs, onder wie de vice-voorzitter, elk materieel, gegeven of informatie terug, ongeacht of het gaat om een schriftelijke, verbale of elektronische drager die door de CWaPE en in verband ermee te hunner beschikking is gesteld. Ze behouden geen afschriften of uittreksels van het (de) bovengenoemde materieel, gegevens of informatie”.<sup>3341</sup> Enkel bij de Waalse regulator wordt de vertrouwelijkheid van informatie op dergelijke verregaande wijze gewaarborgd. Zoals reeds gesteld, vergroot deze bepaling de legitimiteit van de regulator aangezien het maatschappelijk vertrouwen ook gelinkt is aan hun geheimhouding en correcte houding ten aanzien van alle marktspelers, ook na de uitoefening van hun mandaat (*supra* nr. 528).

Verder wordt daar nog uitdrukkelijk aan toegevoegd dat de leden en de personeelsleden van de CWaPE gebonden zijn door het beroepsgeheim, waarbij zij de vertrouwelijke gegevens die hun ter kennis zijn gekomen op grond van hun functie bij de CWaPE, aan niemand bekendmaken, behalve wanneer zij worden opgeroepen om **in rechte** te getuigen en onverminderd de gevallen waarin de CWaPE krachtens een bepaling naar Europees of nationaal of gewestelijk recht informatie moet meedelen.<sup>3342</sup> Bij de CWaPE wordt niet uitdrukkelijk (wel impliciet via voorgaande zin) vermeld dat de regulator gegevens kan meedelen aan de andere Belgische regulatoren. In het huishoudelijk reglement werd wel het volgende opgenomen:

“Échange d'informations Art. 12. §2. Les règlements établis par la CWaPE, les propositions, avis, décisions, lignes directrices, recommandations, recherches et études, **font l'objet d'échanges**, sauf exception dûment motivée, **avec les autres régulateurs**”.<sup>3343</sup>

**1060.** Bij elk van de vier energieregulatoren wordt trouwens uitdrukkelijk bepaald dat de bestuurders en personeelsleden gestraft kunnen met de straffen bepaald door artikel 458 van het Strafwetboek, wanneer zij de regels inzake het

<sup>3340</sup> Artikel 45ter, § 3 van het Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>3341</sup> Artikel 45ter, § 4 van het Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>3342</sup> Artikel 47bis van het Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>3343</sup> CWaPE, Reglement d'ordre interieur, <https://wallex.wallonie.be/index.php?doc=13637>.



beroepsgeheim en de vertrouwelijkheid overtreden.<sup>3344</sup> Artikel 458 van het Strafwetboek bepaalt dat:

"Geneesheren, heekkundigen, officieren van gezondheid, apothekers, vroedvrouwen en alle andere personen die uit hoofde van hun staat of beroep kennis dragen van geheimen die hun zijn toevertrouwd, en deze bekendmaken buiten het geval dat zij geroepen worden om in recht of voor een parlementaire onderzoekscommissie getuigenis af te leggen en **buiten het geval dat de wet hen verplicht** die geheimen bekend te maken, worden gestraft met gevangenisstraf van acht dagen tot zes maanden en met geldboete van honderd euro tot vijfhonderd euro".

## 1.2. Vertrouwelijke gegevens en de EU liberaliseringsrichtlijnen

**1061.** Het belang van het respecteren van vertrouwelijke gegevens bij de energieregulators wordt ook benadrukt in de Europese richtlijnen.<sup>3345</sup> Ook de Interpretatieve Nota verwijst herhaaldelijk naar de vertrouwelijkheid van informatie. Zo verduidelijkt de Nota dat de "eventuele nauwe samenwerking met andere bevoegde nationale instanties", zoals vermeld in artikel 35(4)(b) van de richtlijn 2009/72/EG en artikel 39(4)(b) van de richtlijn 2009/73/EG, in de praktijk ook inhoudt dat er tussen deze instanties (waaronder ook regionale regulators) afspraken kunnen of zelfs moeten gemaakt worden inzake het uitwisselen van vertrouwelijke informatie, met daarbij zelfs de verplichting om de andere instanties te consulteren of om advies te vragen. De Europese richtlijnen zijn op dit vlak correct omgezet, zoals blijkt uit bovenstaande bepalingen. Bovendien plegen de vier Belgische energieregulators ook overleg met elkaar, via het Forum van Belgische Energieregulators (FORBEG).

Artikel 38(1) en artikel 42(1) van de richtlijnen stellen dat de regulerende instanties onderling nauw samenwerken en elkaar raadplegen, en elkaar en het Agentschap daarbij voorzien van **alle informatie** die zij nodig hebben voor de uitvoering van hun taken overeenkomstig deze richtlijn. De ontvangende instantie zorgt ervoor dat ten aanzien van de ontvangen informatie dezelfde graad van **vertrouwelijkheid** geldt als van de verzendende instantie wordt verlangd.

Artikel 38(2) en artikel 42(2) van de richtlijnen beklemtonen dat de regulerende instanties ten minste op regionaal niveau samen moeten werken.<sup>3346</sup> Dit houdt ook in dat deze taken zo mogelijk moeten worden uitgevoerd in nauwe samenwerking met andere betrokken nationale instanties en onverminderd hun

<sup>3344</sup> Artikel 26, § 2, lid 3 van de Elektriciteitswet; artikel 13.2.2 van het Energiedecreet; artikel 47bis, lid 2 van het Waals Elektriciteitsdecreet; artikel 31, § 4 en artikel 35, § 2, lid 2 van de Elektriciteitsordonnantie.

<sup>3345</sup> Artikelen 37(16) van de richtlijn 2009/72/EG en 41(16) van de richtlijn 2009/73/EG: "De besluiten zijn voor het publiek beschikbaar, waarbij de vertrouwelijkheid van commercieel gevoelige informatie behouden blijft".

<sup>3346</sup> Artikel 38(2) en artikel (42)(2): "De regulerende instanties werken ten minste samen op regionaal niveau om: a) de invoering van operationele regelingen te bevorderen, teneinde een optimaal beheer van het net mogelijk te maken, gemeenschappelijke elektriciteitsbeurzen en toewijzing van grensoverschrijdende capaciteit te stimuleren, en een adequaat niveau van interconnectiecapaciteit, mede door nieuwe interconnectie, binnen de regio en tussen de regio's mogelijk te maken om de ontwikkeling van daadwerkelijke mededinging mogelijk te maken en de leverings- en voorzieningszekerheid te verbeteren zonder tussen leveranciers uit verschillende lidstaten te discrimineren; b) de ontwikkeling van alle netwerkcodes voor de relevante transmissiesysteembeheerders en andere marktdeelnemers te coördineren, en c) de ontwikkeling van de regels inzake congestiebeheer te coördineren".

eigen specifieke bevoegdheden. Denk hierbij bijvoorbeeld aan mededingingsinstanties. De Interpretatieve Nota voegt hieraan toe dat de regulator daarbij vertrouwelijke informatie moet kunnen overmaken aan andere instanties, zowel op nationaal als op Europees niveau.<sup>3347</sup>

**1062.** Zoals reeds in het eerste hoofdstuk werd uiteengezet, maken de richtlijnen en de Interpretatieve Nota een onderscheid tussen de kerntaken en de monitoringstaken van de energieregulator (*supra* nr. 98). De lidstaten kunnen daarbij bepalen dat deze monitoringstaken door andere instanties dan de regulerende instantie worden uitgevoerd. De artikelen 37(2) en 41(2) bepalen dat in dat geval de uit dit toezicht verkregen informatie zo spoedig mogelijk aan de regulerende instantie ter beschikking wordt gesteld. Het gaat hierbij om *alle* informatie, immers ook de confidentiële of commercieel gevoelige informatie moet aan de nationale regulerende instantie worden meegedeeld. Dit houdt in dat niet enkel een uiteindelijk rapport of resultaat moet worden overgemaakt, maar dat wel degelijk dat alle vertrouwelijke informatie die werd verzameld als deel van deze monitoring aan de regulator moet worden overgemaakt. Dus niet enkel de uiteindelijke resultaten, maar ook de onderliggende data en andere informatie. De lidstaten moeten erop toezien dat de regulator toegang heeft tot al deze data die uit de monitoring voortvloeien.<sup>3348</sup>

Tot slot nog een laatste bepaling. De artikelen 37(16) en 41(16) van de richtlijnen bepalen dat de door de regulerende instantie genomen besluiten volledig worden gemotiveerd en verantwoord, teneinde door de rechter getoetst te kunnen worden. De besluiten zijn voor het publiek beschikbaar, waarbij de vertrouwelijkheid van commercieel gevoelige informatie behouden blijft. De Interpretatieve Nota voegt daar aan toe dat "it is up to the NRA to decide, case by case, what information is commercially sensitive". In het licht van deze bevoegdheid hebben sommige energieregulators eigen richtlijnen opgesteld aan de hand waarvan zij zullen beoordelen welke informatie nu juist als vertrouwelijke informatie gekwalificeerd moet worden.

### 1.3. Richtsnoeren van de CREG over de informatie die als vertrouwelijk te beschouwen is omwille van het commercieel gevoelige karakter of persoonlijke karakter ervan<sup>3349</sup>

#### 1.3.1. *Inleidend*

**1063.** Vooraleer in te gaan op de richtsnoeren die de CREG heeft opgesteld ter verduidelijking van wat nu juist verstaan moet worden onder vertrouwelijke

---

<sup>3347</sup> Interpretatieve Nota, 8.

<sup>3348</sup> Interpretatieve Nota, 15.

<sup>3349</sup> CREG, "Richtsnoeren van de CREG over de informatie die als vertrouwelijk te beschouwen is omwille van het commercieel gevoelige karakter of persoonlijke karakter ervan", <http://www.creg.info/pdf/Richtlijnen/R1404NL.pdf>.

informatie, wordt eerst nog kort even stilgestaan bij artikel 12ter, lid 3 van de Elektriciteitswet:

"Krachtens haar transparantie- en motiveringsplicht publiceert de commissie op haar website de handelingen met individuele of collectieve draagwijdte die werden aangenomen in uitvoering van haar opdrachten krachtens artikelen 12 tot 12<sup>quinquies</sup>, alsook iedere gerelateerde voorbereidende handeling, expertiseverslag, commentaar van de geraadpleegde partijen. Bij het verzekeren van deze openbaarheid vrijwaart zij de vertrouwelijkheid van de commerciële gevoelige informatie en/of informatie met een persoonlijk karakter. De commissie stelt hiertoe, na overleg met de betrokken elektriciteitsbedrijven, richtsnoeren op die de informatie identificeren die binnen het toepassingsgebied van de vertrouwelijkheid vallen.

De commissie hecht aan haar definitieve handeling een commentaar dat de beslissing om de commentaren van de geconsulteerde partijen al dan niet in aanmerking te nemen rechtvaardigt".

Met betrekking tot deze 'vertrouwelijkheid van bepaalde gegevens' moet nog worden opgemerkt dat in het voorontwerp van de uiteindelijke wet van 8 januari 2012 een andere versie van deze bepaling was opgenomen. Artikel 18 van het voorontwerp bepaalde immers dat:

"Krachtens haar transparantie- en motiveringsplicht publiceert de commissie op haar website de handelingen met individuele of collectieve draagwijdte die werden aangenomen in uitvoering van haar opdrachten krachtens de artikelen 12 tot 12<sup>quater</sup> alsook iedere gerelateerde voorbereidende handeling, expertiseverslag, commentaar van de geraadpleegde partijen. Zij verzekert deze openbaarheid waarbij zij, **met akkoord van de betrokken elektriciteitsbedrijven**, de vertrouwelijkheid van de commercieel gevoelige informatie en/of informatie met een persoonlijk karakter vrijwaart. De commissie hecht aan haar definitieve handeling een commentaar dat de beslissing om de commentaren van de geconsulteerde partijen al dan niet in aanmerking te nemen rechtvaardigt".<sup>3350</sup>

Volgens de minister zou bovendien, wanneer de CREG toch eenzijdig zou overgaan tot publicatie van de gegevens, het besluit vernietigd kunnen worden door het Hof van beroep te Brussel.<sup>3351</sup> De woorden "met akkoord van de betrokken elektriciteitsbedrijven" zijn in de huidige versie van de wet echter verdwenen gelet op de kritiek van de Raad van State. De bepaling was immers in strijd met de onafhankelijkheidsvereisten uit de Europese richtlijnen. De Raad van State wees in zijn advies namelijk op het feit dat de richtlijn niet vereist dat de regulerende instantie het akkoord moet verkrijgen van de betrokken elektriciteitsbedrijven. Door de openbaarmaking van de beslissingen van de CREG **afhankelijk** te maken van het **akkoord** van die bedrijven, werd aan die bedrijven in feite een soort **vetorecht** gegeven. Dat strookte volgens de Raad niet met de rol die de richtlijn aan de regulerende instantie toebedeelt.<sup>3352</sup> Het is

<sup>3350</sup> Wetsontwerp tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 1725/001, 169.

<sup>3351</sup> Adv.RvS. nr. 49 570/3 van 31 mei 2011 bij het wetsontwerp tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, nr. 1725/001, 287.

<sup>3352</sup> Adv.RvS. nr. 49 570/3 van 31 mei 2011 bij het wetsontwerp tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, nr. 1725/001, 287.

met andere woorden "up to the NRI to decide".<sup>3353</sup> De regulator kan met andere woorden gerust overleggen met de betrokken ondernemingen, maar bij gebrek aan akkoord, moet de regulator uiteindelijk zelf kunnen beslissen over de al dan niet vertrouwelijke aard van de gegevens. Volgens de Raad van State moest de bepaling dan ook in die zin worden aangevuld dat de rechter het laatste woord zou moeten hebben: "Het verdient aanbeveling om het ontworpen artikel 12ter van de Elektriciteitswet aan te vullen met een regeling die het mogelijk maakt dat de **CREG**, bij uitblijven van een akkoord [in het kader van het overleg]<sup>3354</sup> met alle betrokken elektriciteitsbedrijven, op een bepaald ogenblik **beslist** welke onderdelen van de motivering zij openbaar zal maken, waarbij dan voorzien wordt in een **wachttijd** voor de uitvoering van die beslissing. Van die wachttijd kunnen de betrokken bedrijven gebruik maken om een **beroep** in te stellen als bedoeld bij artikel 29bis van de Elektriciteitswet".<sup>3355</sup>

Deze opmerking van de Raad werd echter niet gevolgd. De huidige regeling bepaalt immers dat de commissie, **na overleg met de betrokken elektriciteitsbedrijven**, richtsnoeren opstelt die de informatie identificeren die binnen het toepassingsgebied van de vertrouwelijkheid vallen, zonder daarbij uitdrukkelijk te verwijzen naar een mogelijk facultatief akkoord, een wachttijd of het Hof van beroep te Brussel.

**1064.** Het is nu aan de CREG zelf om richtsnoeren te bepalen, na overleg met de betrokken elektriciteitsbedrijven, waarbij de CREG aan haar definitieve handeling een commentaar hecht dat de beslissing om de commentaren van de geconsulteerde partijen al dan niet in aanmerking te nemen rechtvaardigt. Gelet op het feit dat de richtsnoeren zelf geen bindende kracht of a fortiori reglementair karakter hebben, maar enkel een indicatieve waarde zijn zij voor de rechter *in principe* niet aanvechtbaar. Het juridisch effect dat uitgaat van de richtsnoeren houdt echter wel in zij bindend zijn voor de overheid zelf (hoewel zij niet bindend zijn ten aanzien van de burgers). De overheid mag er dus niet zomaar, zonder motivering, van afwijken en moet het gelijkheidsbeginsel respecteren. Zo stelt ook het Hof van Justitie herhaaldelijk dat hoewel de regels opgesteld door de Europese Commissie niet gekwalificeerd kunnen worden als een rechtsregel, de Commissie toch niet zonder meer kan afwijken van die eigen regels.<sup>3356</sup> De CREG verwijst in de richtsnoeren naar het Gerecht van eerste

<sup>3353</sup> Interpretatieve Nota, 19.

<sup>3354</sup> Een akkoord is volgens de Raad dus wel degelijk mogelijk, zolang dit niet resulteert in een veto-recht.

<sup>3355</sup> Adv.RvS. nr. 49 570/3 van 31 mei 2011 bij het wetsontwerp tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, nr. 1725/001, 288.

<sup>3356</sup> HvJ 11 september 2008, nr. C-75/05 P en C-80/05 P, ECLI:EU:C:2008:482, overw. 60: "Opgemerkt moet echter worden dat de Commissie, door dergelijke gedragsregels vast te stellen en via de publicatie ervan te doen weten dat zij die voortaan zal toepassen op de desbetreffende gevallen, de uitoefening van haar beoordelingsbevoegdheid beperkt. Zij kan niet van die regels afwijken zonder dat hiaraan in voorkomend geval een sanctie wordt verbonden wegens schending van algemene rechtsbeginselen als het gelijkheids- of het vertrouwensbeginsel"; HvJ 2 december 2010, nr. C-464/09, ECLI:EU:C:2010:733, overw. 46 en 47 (richtsnoeren voor staatssteun in de landbouwsector): "Zoals blijkt uit vaste rechtspraak, beschikt de Commissie bij de toepassing van artikel 87, lid 3, EG immers over een ruime beoordelingsvrijheid, waarvan het gebruik een complexe afweging van economische en sociale gegevens impliceert die in een communautair kader dient plaats te vinden [...]. Door gedragsregels vast te stellen en via de publicatie ervan te

aanleg van de Europese Unie, dat heeft geoordeeld dat bij een conflict over het vertrouwelijke karakter van informatie die de overheid openbaar wil maken, deze laatste een bepaalde procedure moet toepassen die als doel heeft het wettige belang van de betrokken ondernemingen te waarborgen. De CREG stelde daarbij dat deze procedure zal worden opgenomen in het toekomstig huishoudelijk reglement van de CREG, dat in het najaar van 2015 in werking treedt.<sup>3357</sup> Het huidige huishoudelijk reglement van 4 december 2015 bevat inderdaad een mogelijkheid tot het instellen van een kortgedingprocedure (*infra* nr. 1074).

### 1.3.2. Daadwerkelijke richtsnoeren

**1065.** De CREG had reeds eerder, op 28 augustus 2014, richtsnoeren inzake **tarieven** over "de informatie die als vertrouwelijk te beschouwen is omwille van het commercieel gevoelige karakter of persoonlijke karakter ervan" opgesteld.<sup>3358</sup> De CREG stelde echter vast dat zij bij de uitoefening van al haar opdrachten, en niet enkel op tarifair vlak, de vertrouwelijkheid van informatie met een persoonlijk karakter en commercieel gevoelige informatie diende te respecteren. De richtsnoeren inzake informatie die als vertrouwelijk te beschouwen is van 27 augustus 2015 vervangen dan ook de vorige richtsnoeren inzake de tarieven.

**1066.** Naar aanleiding van het aannemen van deze richtsnoeren heeft de CREG op haar website een openbare raadpleging georganiseerd over het ontwerp van de richtsnoeren. Elia voerde daarbij aan dat de wet spreekt over "een overleg" en niet over een "raadpleging". De CREG verwijst daarbij naar de Franstalige versie van de Elektriciteitswet die bepaalt dat "la commission établit à cette fin, **après consultation** des entreprises d'électricité concernées, des lignes directrices identifiant les informations tombant dans le champ de la confidentialité".<sup>3359</sup> De CREG argumenteert dat in het kader van een openbare raadpleging het geheel van ondernemingen van de elektriciteits- of gasector

---

doen weten dat zij die zal toepassen op de desbetreffende gevallen, beperkt de Commissie de uitoefening van haar beoordelingsbevoegdheid. Zij kan niet van die regels afwijken zonder dat hieraan in voorkomend geval een sanctie wordt verbonden wegens schending van algemene rechtsbeginselen als het gelijkheids- of het vertrouwensbeginsel. Volgens die rechtspraak is de Commissie op het specifieke gebied van staatssteun bijgevolg gebonden aan de kaderregelingen en mededelingen die zij vaststelt, voor zover deze niet van de verdragsregels afwijken"; In diezelfde bewoordingen: HvJ 8 maart 2016, nr. C-431/14 P, ECLI:EU:C:2016:145, overw. 186 en 187; zie ook HvJ 11 juli 2013, nr. C-439/11 P, ECLI:EU:C:2013:513, overw. 60 (richtsnoeren voor de berekening van geldboeten): "Aldus vormen maatregelen die erop gericht zijn externe gevolgen te sorteren, zoals richtsnoeren met betrekking tot marktdeelnemers, ook al kunnen zij niet worden gekwalificeerd als rechtsregel die de administratie hoe dan ook dient na te leven, gedragsregels voor de te volgen praktijk waarvan de administratie in een concreet geval niet mag afwijken zonder opgaaf van redenen die verenigbaar zijn met het beginsel van gelijke behandeling. Door dergelijke gedragsregels vast te stellen en via de publicatie ervan te doen weten dat zij die voortaan zal toepassen op de desbetreffende gevallen, beperkt de betrokken instelling immers de uitoefening van haar beoordelingsbevoegdheid, en zij kan niet van die regels afwijken zonder dat hieraan in voorkomend geval een sanctie wordt verbonden wegens schending van algemene rechtsbeginselen zoals het gelijkheids- of het vertrouwensbeginsel. Het is dus niet uitgesloten dat dergelijke gedragsregels met een algemene strekking onder bepaalde voorwaarden en naargelang van de inhoud ervan rechtsgevolgen kunnen sorteren".

<sup>3357</sup> CREG, "Richtsnoeren van de CREG over de informatie die als vertrouwelijk te beschouwen is omwille van het commercieel gevoelige karakter of persoonlijke karakter ervan", <http://www.creg.info/pdf/Richtlijnen/R1404NL.pdf>.

<sup>3358</sup> CREG, "Richtsnoeren inzake tarieven over de informatie die als vertrouwelijk te beschouwen is omwille van het commercieel gevoelige karakter of persoonlijke karakter ervan", <http://www.creg.info/pdf/Richtlijnen/R1336NL.pdf>.

<sup>3359</sup> Artikel 12ter van de (Franstalige versie van de) Elektriciteitswet.

hun advies kunnen geven, terwijl bij een overleg slechts een bepaald aantal actoren aan bod komen. Deze opmerking van de CREG is terecht en kan dan ook gevolgd worden, gelet op het feit dat de vertrouwelijkheid van gegevens meerdere actoren aangaat. Overlegt men enkel met de producenten, leveranciers of netbeheerders dan krijgen verschillende organisaties of individuen geen kans om hun standpunt mee te delen (terwijl zij evengoed interesse kunnen hebben in bepaalde informatie van producenten of leveranciers). Gelet op het belang van transparantie biedt een openbare consultatie dan ook goede waarborgen. De regulator benadrukt in het document ook dat de vertrouwelijkheidsplicht van de netbeheerders geen afbreuk doet aan hun verplichting om de informatie, ook al is die vertrouwelijk, over te maken aan de CREG. De CREG moet er immers voor zorgen dat ze de vertrouwelijkheidsplicht van de netbeheerders niet schendt.

**1067.** Nog in een reactie op een standpunt van Elia laat de CREG weten dat het niet de bedoeling van deze richtsnoeren is om een lijst op te maken van informatie waarvan de vertrouwelijkheid wordt beschermd door bijzondere wetgevingen. Daarbij moet volgens de CREG worden benadrukt dat informatie niet commercieel gevoelig wordt louter omdat ze door bijzondere wetgeving wordt beschermd. De regulator voegt er echter wel aan toe dat indien blijkt dat de publicatie van bepaalde informatie in strijd zou kunnen zijn met degelijke wetgeving, deze voorrang zal hebben op de richtsnoeren en de informatie niet openbaar zal worden gemaakt.<sup>3360</sup>

**1068.** Inzake persoonsgegevens baseert de CREG zich op de definitie van het begrip uit de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer.<sup>3361</sup> Artikel 1, § 1 bepaalt dat onder persoonsgegevens wordt verstaan: "iedere informatie betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon verstaan, hierna "betrokkene" genoemd; als identificeerbaar [...] beschouwd [wordt] een persoon die direct of indirect kan worden geïdentificeerd, met name aan de hand van een identificatienummer of van één of meer specifieke elementen die kenmerkend zijn voor zijn of haar fysieke, fysiologische, psychische, economische, culturele of sociale identiteit". De CREG verwijst daarbij ook naar de parlementaire voorbereiding bij de wet die stelt dat "informatie betreffende een persoon wordt dus als persoonsgegevens beschouwd zolang iemand nog in staat is om, met welk redelijkerwijs inzetbaar middel ook, te achterhalen op welk individu de informatie betrekking heeft. Ook gecodeerde informatie waarbij door de verantwoordelijke voor de verwerking zelf niet kan nagegaan worden op welk individu de informatie betrekking heeft, vermits hij niet in het bezit is gesteld van de daarvoor noodzakelijke sleutels, wordt derhalve als « persoonsgegevens» beschouwd indien de identificatie nog

<sup>3360</sup> CREG, "Richtsnoeren van de CREG over de informatie die als vertrouwelijk te beschouwen is omwille van het commercieel gevoelige karakter of persoonlijke karakter ervan", <http://www.creg.info/pdf/Richtlijnen/R1404NL.pdf>, 17.

<sup>3361</sup> Wet 8 december 1992 bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, BS 18 maart 1993, 5801 (hierna afgekort: Privacywet).

door iemand anders kan verricht worden. Bij anonimisering verliest informatie over natuurlijke personen dus slechts het karakter van persoonsgegevens, indien de anonimisering absoluut is en er met geen enkel redelijkerwijs inzetbaar middel nog een terugweg uit de anonimiteit mogelijk is".<sup>3362</sup> Deze gegevens omvatten volgens de CREG onder andere, voor zover ze betrekking hebben op een **natuurlijke persoon**: de namen en voorna(a)m(en) van een consument, het rijksregisternummer, de EAN-code, het leveringsadres of postadres, het e-mailadres en telefoonnummer, de verbruiksgegevens (voor zover deze kunnen worden gekoppeld aan een bepaalde consument) en het bankrekeningnummer.<sup>3363</sup>

**1069.** Wanneer de CREG de publicatie van documenten of gegevens beoogt, wordt het vertrouwelijk karakter daarvan *in concreto* door de regulator beoordeeld op basis van de volgende criteria:

- de documenten of gegevens zijn in die zin geheim dat ze **niet algemeen bekend** zijn bij of gemakkelijk toegankelijk zijn voor de ondernemingen die in de gas- of elektriciteitssector actief zijn;
- de documenten of gegevens hebben **duidelijk een commerciële waarde** omdat ze geheim zijn; en
- de documenten of gegevens waren het voorwerp, vanwege de onderneming die er op rechtmatige wijze de controle over heeft, van **redelijke maatregelen**, rekening houdend met de omstandigheden, met de bedoeling ze geheim te houden.

De CREG baseerde zich hiervoor op artikel 39.2 van het Akkoord over de handelsgerelateerde Aspecten van Intellectuele Eigendomsrechten, als bijlage bij het TRIPs-akkoord.<sup>3364</sup>

**1070.** De CREG beschouwt volgende gegevens *in principe* als commercieel gevoelige en bijgevolg vertrouwelijke informatie:

- de fabricagegeheimen en -procedés;
- de informatie die duidelijk deel uitmaakt van een technische of commerciële knowhow eigen aan een bepaalde onderneming;
- de financiële gegevens die nog niet door de onderneming gepubliceerd zijn;
- de commerciële strategie van ondernemingen, waaronder gegevens over fusies en overnames en de details van investeringsprojecten;
- de (pre)contractuele en commerciële relaties met andere ondernemingen;
- de klantenbestanden.

De CREG beschouwt *in principe* eveneens als commercieel gevoelige en vertrouwelijke informatie, behalve wanneer ze betrekking heeft op de gereuleerde activiteit van netbeheerder of andere monopolistische infrastructuur:

---

<sup>3362</sup> Wetsontwerp tot omzetting van de Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrij verkeer van die gegevens, *Parl.St.* Kamer 1997-1998, nr. 1566/1, 12.

<sup>3363</sup> CREG, "Richtsnoeren van de CREG over de informatie die als vertrouwelijk te beschouwen is omwille van het commercieel gevoelige karakter of persoonlijke karakter ervan", <http://www.creg.info/pdf/Richtlijnen/R1404NL.pdf>, 32.

<sup>3364</sup> Akkoord van Marrakech van 15 april 1994 tot instelling van de Wereldhandelsorganisatie, Annex 1 C, artikel 39.2: "Natural and legal persons shall have the possibility of preventing information lawfully within their control from being disclosed to, acquired by, or used by others without their consent in a manner contrary to honest commercial practices so long as such information: (a) is secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, generally known among or readily accessible to persons within the circles that normally deal with the kind of information in question; (b) has commercial value because it is secret; and (c) has been subject to reasonable steps under the circumstances, by the person lawfully in control of the information, to keep it secret".

- de methoden van kostenberekening en de kostenstructuur van ondernemingen;
- de looptijd van niet-standaardcontracten van ondernemingen en de voorwaarden van verlenging;

De CREG beschouwt daarentegen a priori als **niet-vertrouwelijk**:

- het globaal verkoopcijfer van ondernemingen (gezien de verplichting tot openbaarmaking van de jaarrekening);
- het bedrag van de winst, of het verlies, van ondernemingen (gezien de verplichting tot openbaarmaking van de jaarrekening);
- de geproduceerde, verkochte of vervoerde hoeveelheden;
- de marktaandelen door de CREG berekend op basis van gegevens bedoeld in de voorafgaande streepjes;
- de contractuele voorwaarden van leveringsondernemingen van aardgas en van leveranciers van elektriciteit, met uitzondering van informatie met betrekking tot de individuele situatie van de medecontractanten;
- de contractuele voorwaarden binnen de welke de netbeheerders of beheerders van andere monopolistische infrastructuur hun gereguleerde activiteiten of hun openbare dienstverplichtingen uitvoeren, met uitzondering van de informatie met betrekking tot de individuele situatie van de medecontractanten;
- de gegevens waarvan de openbaarmaking aan de betrokken persoon wordt opgelegd door een geldende norm of een sectoraal akkoord;
- de gegevens die gekend zijn (of kunnen zijn) door het publiek, omdat er elders publiciteit aan is gegeven;
- de gegevens die door de CREG worden « gecreëerd », via berekening, samenvoeging, vergelijking of andere aggregatiemethoden, vertrekkende van eventueel commercieel gevoelige gegevens die haar door operatoren zijn toevertrouwd, voor zover ze niet toelaten om de gegevens waarmee ze werden gecreëerd opnieuw samen te stellen, noch deze toe te kennen aan een of meerdere operatoren.

**1071.** In alle gevallen waarin documenten of gegevens commercieel gevoelig lijken, wordt de vertrouwelijkheid ervan door de CREG **afgewogen**. De procedure die hierbij gevolgd wordt ligt vervat in het huishoudelijk reglement van de CREG van 4 december 2015.<sup>3365</sup> Op 10 februari 2015 had het directiecomité van de CREG een openbare raadpleging gehouden over een ontwerp van wijziging van het huishoudelijk reglement van 29 november 2012 (dat uiteindelijk resulteerde in het nieuwe huishoudelijke reglement van 4 december). Daarbij kwam eveneens de te volgen procedure aan bod die de CREG volgt bij de afweging van het al dan niet vertrouwelijk karakter van bepaalde gegevens. In artikel 47 van het raadplegingsdocument van 10 februari 2015 werd bepaald dat de andere akten van het directiecomité dan beslissingen (zoals onder meer adviezen, voorstellen, richtsnoeren, aanbevelingen, verslagen, rapporten en studies) en de eventuele opmerkingen van de respondenten die daarmee samenhangen indien een raadpleging plaatsvond, niet zouden worden bekendgemaakt op de website van de commissie, behoudens indien het directiecomité anders beslist. FEBEG stelde daarbij meer dan terecht dat, in het kader van transparantie en openbaarheid van bestuur, het principe zou moeten zijn dat alle akten, evenals alle akkoorden die worden gesloten met de netbeheerders, wel bekend worden gemaakt op de website van de CREG. Het artikel zou volgens FEBEG eventueel het recht kunnen

<sup>3365</sup> CREG, Huishoudelijk Reglement van het Directiecomité van de CREG (Z)151204-CDC-1472 opgesteld met toepassing van de artikelen 24, § 1, en 23, § 2bis, van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en artikel 15/14, § 4, tweede en derde lid, van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, 4 december 2015, <http://www.creg.info/pdf/Diversen/Z1472NL.pdf>.



voorbekhouden aan het directiecomité om anders te beslissen mits dit dan wordt gemotiveerd. Het directiecomité van de CREG ging hiermee akkoord, waardoor artikel 46 van het huishoudelijk reglement werd aangepast en vandaag bepaalt dat:

“Het directiecomité staat in voor de publicatie op de website van de commissie van zijn **huishoudelijk reglement** alsook van **beslissingen** die het aanneemt en van eventuele **voorbereidende akten, expertiseverslagen** en **opmerkingen** van de respondenten die met de beslissingen samenhangen. Het directiecomité publiceert in dit kader het aantal ontvangen antwoorden en de niet-vertrouwelijke antwoorden met vermelding van de naam van de respondent (behoudens van natuurlijke personen of van zij met een geldige reden om hun identiteit niet onthuld te zien). **De andere akten van het directiecomité dan beslissingen, zoals onder meer adviezen, voorstellen, richtsnoeren, aanbevelingen, verslagen, rapporten en studies, worden tevens bekend gemaakt op de website van de commissie.** § 2. Beslissingen van het directiecomité over de vertrouwelijkheid van informatie bedoeld in artikel 47, § 5, eerste lid, worden echter niet gepubliceerd”.

**1072.** Artikel 47, § 1 van het huishoudelijk reglement bepaalt dat het directiecomité in het kader van elke publicatie erop toeziet dat geen vertrouwelijke informatie wordt verspreid. Het directiecomité ondervraagt, indien het dit nodig acht, daartoe de persoon op wie de informatie die het beoogt te publiceren, betrekking heeft. In geval de betrokken persoon van mening is dat de informatie die het directiecomité wenst te publiceren vertrouwelijke informatie bevat, dient hij in een **schriftelijke verklaring** nauwkeurig en ondubbelzinnig aan te geven welke informatie als vertrouwelijke informatie te beschouwen is. Tevens dienen in deze verklaring de redenen voor de vertrouwelijkheid alsook het **mogelijke nadeel of de mogelijke schade** die de betrokken persoon meent te kunnen lijden indien toch tot publicatie van de vertrouwelijke informatie zou worden overgegaan, te worden opgegeven. Indien de betrokken persoon (andere dan een natuurlijke persoon) een geldige reden meent te hebben om zijn naam niet onthuld te zien, motiveert hij dit eveneens in deze verklaring. Het directiecomité kan de betrokken persoon om uitleg en **een niet-vertrouwelijke versie**<sup>3366</sup> van de informatie vragen.<sup>3367</sup> FEBEG maakte hierbij de opmerkingen dat de zinsnede “indien het dat nodig acht” geschrapt moest worden. De federatie was van oordeel dat het niet aan de CREG is om eenzijdig te beslissen wel of niet contact op te nemen met de respondent wanneer die de vertrouwelijkheid van bepaalde gegevens inroept. Ook diende volgens FEBEG de verplichting geschrapt te worden dat de respondent mogelijke schade moest opgeven. Het directiecomité is van mening dat het, indien het zeker is dat de door een derde overgemaakte informatie niet-vertrouwelijk is, bv. omdat deze publiek beschikbaar is, niet steeds gehouden kan zijn te polsen bij deze persoon naar het mogelijk vertrouwelijk karakter. Dit is wat bedoeld wordt met de woorden “indien het dit nodig acht” in artikel 47, § 2, eerste lid. Wanneer de respondent de vertrouwelijkheid van bepaalde gegevens inroept, zal het directiecomité steeds in **overleg** treden met de

<sup>3366</sup> Cf. een gecensureerde versie, met weglating van de vertrouwelijke gegevens.

<sup>3367</sup> Artikel 47, § 2 van het huishoudelijk reglement van de CREG.

betrokkene vooraleer tot publicatie over te gaan. Het begrip schade werd verruimd naar "het mogelijke nadeel of de mogelijke schade".

**1073.** In artikel 47, § 3 verwijst het directiecomité naar de richtsnoeren die het zelf heeft opgesteld.<sup>3368</sup> Indien het directiecomité, na overleg met de betrokken persoon, niet overtuigd is van de door de betrokken persoon ingeroepen vertrouwelijkheid, dan zal het de redenen daartoe uiteenzetten in een **aangetekend** schrijven (of per drager) met ontvangstbewijs gericht aan de betrokken persoon en zal het een termijn van minimum drie werkdagen en maximaal vijf werkdagen (afhankelijk van onder meer de complexiteit van het dossier, de aard en de hoeveelheid van de gegevens, enz.) toekennen aan de betrokken persoon om de vertrouwelijkheid alsnog te rechtvaardigen. De betrokken persoon richt dergelijke rechtvaardiging per schrijven (aangetekend of per drager) met ontvangstbewijs aan het directiecomité. Dankzij de opmerking van FEBEG werd een minimale termijn van drie werkdagen voor de respondent ingevoerd.<sup>3369</sup> De vraag rijst evenwel of termijnen van drie tot maximaal vijf werkdagen wel gekwalificeerd kunnen worden als een redelijke termijn. Met het oog op de billijkheid lijken deze termijnen nog steeds veel **te kort**. Zo wordt bij de VREG uitgegaan van een termijn van minstens tien werkdagen.<sup>3370</sup>

**1074.** Na het verstrijken van de korte termijn, neemt het directiecomité zijn definitieve beslissing met betrekking tot het al dan niet openbaar maken van de informatie en betekent deze aan de betrokken persoon. Het directiecomité zal slechts overgaan tot publicatie van de informatie waarover betwisting bestaat na verloop van een termijn van **dertig kalenderdagen** te rekenen vanaf de betekening aan de betrokken persoon van de definitieve beslissing van het directiecomité om te publiceren.<sup>3371</sup> Dit biedt de betrokken persoon de tijd om desgewenst een vordering in **kortgeding** in te stellen tegen deze beslissing van het directiecomité. Dit kan bij de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg.

---

<sup>3368</sup> § 3. Het directiecomité evalueert het effectief vertrouwelijk karakter van de informatie, in voorkomend geval op basis van zijn richtsnoeren over de informatie die als vertrouwelijk te beschouwen is omwille van het commercieel gevoelige karakter of persoonlijke karakter ervan, bekend gemaakt op de website van de commissie.

<sup>3369</sup> CREG, Huishoudelijk Reglement van het Directiecomité van de CREG (Z)151204-CDC-1472 opgesteld met toepassing van de artikelen 24, § 1, en 23, § 2bis, van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en artikel 15/14, § 4, tweede en derde lid, van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen, 4 december 2015, <http://www.creg.info/pdf/Diversen/Z1472NL.pdf>, 44.

<sup>3370</sup> VREG, "Mededeling van de VREG met betrekking tot het beleid inzake (actieve en passieve) openbaarheid en het kwalificeren als, en omgaan met, vertrouwelijke gegevens", 18 mei 2010, MEDE-2010-1, 13: "Besluit de VREG dat het vertrouwelijke karakter niet erkend kan worden, dan wordt de betrokkene hiervan schriftelijk op de hoogte gebracht, en wordt hem de mogelijkheid geboden om zich binnen een door de VREG bepaalde termijn van minstens 10 werkdagen, op gemotiveerde wijze te verzetten tegen een openbaarmaking".

<sup>3371</sup> VREG, "Mededeling van de VREG met betrekking tot het beleid inzake (actieve en passieve) openbaarheid en het kwalificeren als, en omgaan met, vertrouwelijke gegevens", 18 mei 2010, MEDE-2010-1, 13: "Indien de VREG, na kennisname van de argumenten van de verstrekker, nog steeds oordeelt dat tot openbaarmaking moet worden overgegaan, wordt een termijn van 15 kalenderdagen gerespecteerd alvorens tot openbaarmaking wordt overgegaan, teneinde de verstrekker in de mogelijkheid te stellen een beroep in te stellen. Door het instellen van een beroep wordt de bekendmaking opgeschort voor de duur van de procedure".

1.4. Mededeling van de VREG met betrekking tot het beleid inzake (actieve en passieve) openbaarheid en het kwalificeren als, en omgaan met, vertrouwelijke gegevens<sup>3372</sup>

**1075.** Aangezien noch het Energiedecreet, noch het Energiebesluit noch het huishoudelijk reglement specifieke bepalingen omvatten die betrekking hebben op de vertrouwelijkheid van gegevens bij het nemen van beslissingen, heeft de VREG in 2010 een document opgesteld waarin zij meer toelichting geeft bij deze openbaarheid en het omgaan met vertrouwelijke gegevens. Twee belangrijke elementen die uit de mededeling gehaald kunnen worden zijn de bovengrenzen van de openbaarheid en het verschil tussen vertrouwelijke en niet-vertrouwelijke gegevens.

1.4.1. *Boven- en ondergrenzen*

1.4.1.1. Bovengrens aan de actieve openbaarheid

**1076.** De VREG voert volgens de mededeling een zo open mogelijke communicatie. Bij dit open communicatiebeleid moet de VREG echter rekening houden met normatief gestelde grenzen. Dit is wat de regulator "de bovengrens" noemt. Zo moet naast de beperkingen die het Vlaams DOB oplegt, ook de privacywetgeving gerespecteerd worden, evenals het beroepsgeheim dat de personeelsleden van de VREG hebben. Ten slotte stellen ook bepaalde grondrechten grenzen aan de openbaarheid.<sup>3373</sup> Net zoals de CREG in het kader van de definiëring van persoonsgegevens verwijst naar de Privacywet, verwees ook de VREG reeds in 2010 naar de wet tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer (Privacywet). Bijgevolg houdt ook de VREG zich aan de daarin vervatte definitie van **persoonsgegevens** en plaatst daaronder o.a. de naam van een persoon, het adres, een telefoonnummer (zelfs een telefoonnummer op het werk), een code, een bankrekeningnummer, een e-mailadres,... Zo stelt de VREG dat in het kader van klachtenbehandeling persoonsgegevens worden ontvangen: namen en adressen van de indiener van de klacht. De verwerking van deze gegevens blijft daarbij beperkt tot het noteren van de naam van de klachtindiener in een klachtenregister. Daarnaast worden de klantgegevens (naam en meestal ook adres) in het kader van de oplossing van het geschil meegedeeld aan de betrokken marktactor(en): leverancier of netbeheerder. Omdat er dus sprake is van een verwerking van persoonsgegevens wordt een duidelijke privacyclausule opgenomen in het klachtenformulier.<sup>3374</sup>

---

<sup>3372</sup> VREG, "Mededeling van de VREG met betrekking tot het beleid inzake (actieve en passieve) openbaarheid en het kwalificeren als, en omgaan met, vertrouwelijke gegevens", 18 mei 2010, MEDE-2010-1, 3.

<sup>3373</sup> Artikel 22 van de Grondwet en artikel 8 van het EVRM.

<sup>3374</sup> Artikel 1, § 2 van de Privacywet: onder "verwerking" wordt verstaan: "elke bewerking of elk geheel van bewerkingen met betrekking tot persoonsgegevens, al dan niet uitgevoerd met behulp van geautomatiseerde procédés, zoals het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiden of op enigerlei andere wijze ter beschikking stellen, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwissen of vernietigen van persoonsgegevens".

**1077.** Op de bescherming van de persoonsgegevens door de VREG wordt ook toezicht gehouden door de **Vlaamse Toezichtcommissie** voor het elektronische bestuurlijke gegevensverkeer. Dit toezicht kwam bijvoorbeeld aan bod in het kader van de gegevensuitwisseling tussen de VREG, het VEA en de netbeheerders bij het overhevelen van de dossiers inzake de groenestroom- en warmtekrachtinstallaties (expertisedossiers) en de zonnepanelen (PV-dossiers). In het kader van de opstart van de nieuwe databank VREG-VEA en de gegevensuitwisseling met netbeheerders, moest een eenmalige migratie gebeuren van de gegevens van de bestaande certificatedatabank (CMO3) van de VREG naar de nieuwe systemen van VREG, VEA en de netbeheerders. De Toezichtcommissie onderzocht deze migratiestromen van informatie en toetste daarbij bv. aan het finaliteits-, proportionaliteits-, en transparantiebeginsel. Het betrof immers een latere verwerking van gegevens die informatie bevatten omtrent een geïdentificeerde natuurlijke persoon. Deze gegevens kunnen dus als persoonsgegevens in de zin van artikel 1, §1, WVP, gekwalificeerd worden, waarbij het gaat om de identificatiegegevens en contactgegevens van eigenaars van zonnepaneleninstallaties, samen hun rekeningnummer en gegevens over de installatie. De VTC machtigde daarbij de Vlaamse Regulator Elektriciteit & Gas (VREG) voor het meedelen van persoonsgegevens van eigenaars van zonnepaneleninstallaties aan de werkmaatschappijen van netbeheerders Infrac en Eandis in het kader van de eenmalige migratie van de bestaande databank van VREG (CMO) naar de nieuwe gemeenschappelijke databank VREG-VEA.<sup>3375</sup>

#### 1.4.1.2. Bovengrens aan de passieve (en actieve) openbaarheid

**1078.** Verder zijn de uitzonderingen uit het Vlaams DOB eveneens van toepassing op de VREG (zowel in het kader van de **passieve** als de **actieve** openbaarheid). Volgens de VREG zijn er in het Vlaams DOB vijf verschillende beperkingen terug te vinden op de openbaarheid, die voor haar werking relevant zijn. Het gaat om de (1) *geheimhoudingsverplichting*, (2) *bescherming van de persoonlijke levenssfeer*, (3) *bescherming van de beraadslagingen*, (4) *bescherming van vrijwillig overgemaakte vertrouwelijke gegevens* en (5) *de bescherming van commerciële en industriële informatie*. Al deze beperkingen op de openbaarheid zijn terug te vinden in de artikelen 13 en 14 van het Vlaams DOB.<sup>3376</sup> De geheimhoudingsverplichting en de bescherming van vrijwillig

<sup>3375</sup> Vlaamse Toezichtcommissie voor het elektronische bestuurlijke gegevensverkeer, Beraadslaging VTC nr. 20/2015 deel A van 17 juni 2015, [http://vtc.corve.be/docs/beraadslagingen/VTC\\_beraadslaging\\_2015\\_20\\_deelA.pdf](http://vtc.corve.be/docs/beraadslagingen/VTC_beraadslaging_2015_20_deelA.pdf).

<sup>3376</sup> Art. 13 - De [...] genoemde instanties wijzen een aanvraag tot openbaarmaking af [...] 1° als de openbaarmaking afbreuk doet aan een geheimhoudingsverplichting [...] 2° als de openbaarmaking afbreuk doet aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, tenzij de betrokken persoon met de openbaarmaking instemt; 3° als de openbaarmaking afbreuk doet aan het geheim van de beraadslagingen van de Vlaamse regering en van de verantwoordelijke overheden die ervan afhangen, aan het geheim van de beraadslagingen van de organen van het Vlaams Parlement evenals aan het bij wet of decreet bepaalde geheim van de beraadslagingen van de organen van de instanties, genoemd in artikel 4, § 1, 3° tot 10°; 4° als het om bestuursdocumenten gaat die uitsluitend ten behoeve van de strafvordering of de vordering van een administratieve sanctie werden opgesteld; 5° als het om bestuursdocumenten gaat die uitsluitend ten behoeve van de mogelijke toepassing van tuchtmaatregelen worden opgesteld, zolang de mogelijkheid om een tuchtmaatregel te nemen blijft bestaan; 6° als het om bestuursdocumenten gaat die informatie bevatten die door een derde werd verstrekt zonder dat hij daartoe verplicht werd en die hij uitdrukkelijk als vertrouwelijk heeft bestempeld, tenzij die persoon met

overgemaakte vertrouwelijke gegevens betreffen absolute uitzonderingsgronden, in die zin dat de VREG geen belangenafweging dient te maken. De bescherming van de commerciële en industriële informatie daarentegen is slechts een relatieve uitzonderingsgrond.

#### 1.4.1.3. Ondergrens aan de actieve openbaarheid

**1079.** Onder het begrip 'ondergrens' moeten volgens de VREG de minimale eisen van actieve openbaarheid begrepen worden. Het Vlaams DOB legt op het gebied van minimale actieve openbaarheid onder meer als eis op het voeren van een **voorlichtingsbeleid** (art. 28 Vlaams DOB).<sup>3377</sup> Dit zorgt ervoor dat de VREG de verplichting heeft de bevolking of de betrokken doelgroepen systematisch, correct, evenwichtig, tijdig en op verstaanbare wijze voor te lichten over haar beleid, regelgeving en dienstverlening en over de rechten die de bevolking verkrijgt krachtens het decreet. De VREG geeft uiting aan dit voorlichtingsbeleid door middel van communicatie via de website, nieuwsbrieven, persmededelingen, de voorstelling van het jaarverslag, informatiesessies, consumentenchecks (V-test, groencheck,...), etc. Ook de aanstelling van een communicatieambtenaar (in het vroegere kader als EVA) en het vermelden van de gegevens van een dossierbeheerder op elke uitgaande brief, volgen uit het Vlaams DOB.

#### 1.4.1.4. Ondergrens aan de passieve openbaarheid

**1080.** In sommige gevallen kan het gebeuren dat vertrouwelijke gegevens aan bepaalde instanties moeten worden meegedeeld, met name wanneer daartoe een uitdrukkelijke wettelijk basis is. Zo bepaalt art. 327 WIB 1992 dat de fiscus alle inlichtingen kan verkrijgen met het oog op de vestiging of de invordering van de belastingen.<sup>3378</sup>

### 1.4.2. *Vertrouwelijke gegevens*

**1081.** De VREG heeft bekendgemaakt wat volgens haar dient te worden verstaan onder vertrouwelijke en niet-vertrouwelijke gegevens. De VREG merkt

---

de openbaarmaking instemt. Art. 14 - De in artikel 4 genoemde instanties wijzen een aanvraag tot openbaarmaking af [...] indien ze van oordeel zijn dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van één van de volgende belangen: 1° een economisch, financieel of commercieel belang van een in artikel 4, § 1, genoemde instantie; 2° het vertrouwelijk karakter van de internationale betrekkingen van het Vlaamse Gewest of de Vlaamse Gemeenschap en van de betrekkingen van het Vlaamse Gewest of de Vlaamse Gemeenschap met de supranationale instellingen, met de federale overheid en met andere gemeenschappen en gewesten; 3° het vertrouwelijk karakter van commerciële en industriële informatie, wanneer deze informatie beschermd wordt om een gelegitimeerd economisch belang te vrijwaren, tenzij degene van wie de informatie afkomstig is met de openbaarheid instemt; 4° de rechtspleging in een burgerlijk of administratief rechtsgeding en de mogelijkheid een eerlijk proces te verkrijgen; 5° de vertrouwelijkheid van het handelen van een instantie voorzover die vertrouwelijkheid noodzakelijk is voor de uitoefening van de administratieve handhaving, de uitvoering van een interne audit of de politieke besluitvorming; 6° de openbare orde en de veiligheid.

<sup>3377</sup> Art. 28, § 1 van het Vlaams DOB: "Elke in artikel 4, § 1, 2° tot 8°, genoemde instantie heeft de verplichting de bevolking of de betrokken doelgroepen systematisch, correct, evenwichtig, tijdig en op verstaanbare wijze voor te lichten over haar beleid, regelgeving en dienstverlening en over de rechten die de bevolking verkrijgt uit hoofde van dit decreet".

<sup>3378</sup> Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, BS 30 juli 1992, 17.120.

wel op dat het gaat om een niet-limitatieve lijst. Onder "**vertrouwelijke gegevens**" verstaat de VREG:

- (1) Gegevens onder de *geheimhoudingsverplichting*: de persoonlijke en commerciële gegevens van de klanten van de netbeheerder (op basis van artikel 4.1.10 van het Energiedecreet).<sup>3379</sup>
- (2) Bescherming van de *persoonlijke levenssfeer*:
  - de persoonlijke gegevens van natuurlijke personen waaraan de VREG groenestroomcertificaten en warmtekrachtcertificaten toekent (de gegevens worden opgeslagen in een databank en verwerkt, cf. Privacywet)
  - persoonlijke gegevens van natuurlijke personen die een klacht indienen
  - persoonlijke gegevens van natuurlijke personen die klant zijn van een leverancier of aangesloten zijn op het net van een netbeheerder.
- (3) *Commerciële en industriële informatie* (na belangenafweging):
  - de klantgegevens van rechtspersonen die klant zijn van een leverancier of aangesloten zijn op het net van een netbeheerder.
  - de switchgegevens van een leverancier, voor zover daaruit afgeleid kan worden hoeveel klanten een bepaalde leverancier per maand verwierf of verloor (daarom worden deze gegevens enkel geglobaliseerd gepubliceerd)
  - het aantal klanten per product van een leverancier
  - eenheidsprijzen opgegeven in offertes en bestelbons (in het kader van overheidsopdrachten)
  - detailkosten van de aansluiting
  - se gegevens van een leverancier betreffende de sociale openbaardienstverplichtingen (dit i.t.t. dezelfde gegevens van een netbeheerder); deze gegevens worden alleen geaggregeerd (som van alle leveranciers) gepubliceerd.
  - Businessplan en financieel plan van een leverancier
  - Cash flow-statement
  - Sourcinggegevens
  - Capaciteit van een leverancier om aan de behoeften van de klanten te voldoen - hoe voorschotten berekenen, hoe klachtensysteem opzetten, ...

De VREG beschouwt informatie waarbij de betrokkene zijn instemming tot openbaarmaking gaf, en de informatie die op een andere wijze al openbaar werd gemaakt als **niet vertrouwelijke informatie**. Ook informatie die publiek beschikbaar is (zoals de prijzen en voorwaarden van de leveranciers waarover de VREG beschikt en de gepubliceerde jaarrekening van een netbeheerder of leverancier), is niet vertrouwelijke informatie.

#### 1.4.3. *Niet-verplicht en verplicht over te maken gegevens*

**1082.** Bij de procedure die de VREG volgt voor het beoordelen van bepaalde gegevens als al dan niet vertrouwelijk maakt de regulator een onderscheid tussen niet-verplicht en verplicht over te maken gegevens. Bij verplicht over te maken gegevens is er nood aan een uitdrukkelijke **rechtsbasis** voor deze verplichting. Indien de VREG bij haar vraag naar de overmaking van gegevens geen rechtsbasis opgeeft, geldt het vermoeden dat de over te maken informatie

---

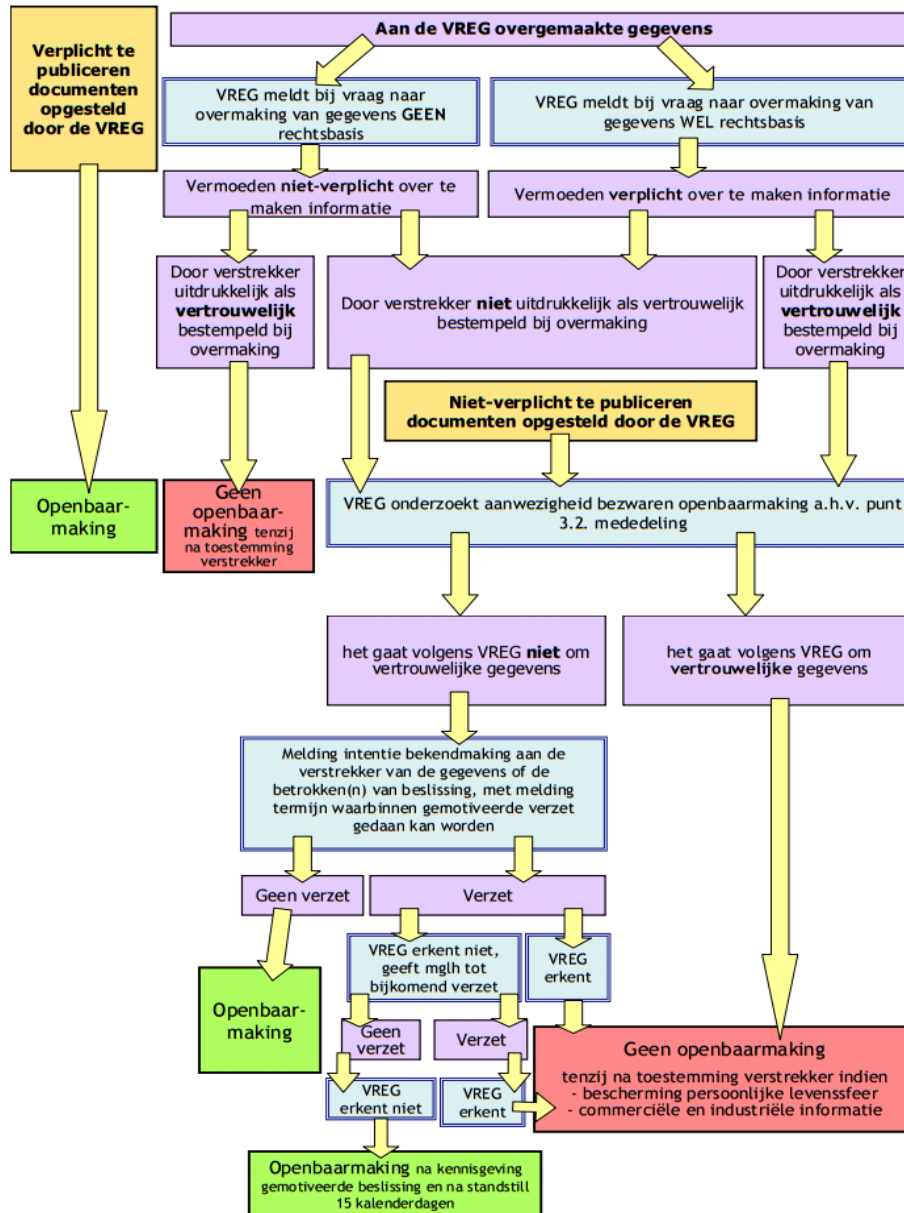
<sup>3379</sup> Art. 4.1.10 van het Energiedecreet: "De netbeheerder en zijn werkmaatschappij eerbiedigen de vertrouwelijkheid van alle persoonlijke en commerciële gegevens die ze bij de uitoefening van hun taken verwerven. De netbeheerder en zijn werkmaatschappij nemen de nodige maatregelen om de toegang tot die gegevens en de verwerking van die gegevens te beperken tot de leden van het orgaan dat belast is met de dagelijkse leiding van de netbeheerder of zijn werkmaatschappij, en de personeelsleden die die gegevens nodig hebben voor de uitoefening van hun taken. De netbeheerder en zijn werkmaatschappij voorkomen ook dat informatie over hun eigen activiteiten die commercieel voordeel kan opleveren, op discriminerende wijze wordt vrijgegeven".

niet-verplicht over te maken informatie is. De procedure die de VREG volgt is dan ook afhankelijk van het feit of de regulator te maken heeft met verplicht of niet verplicht over te maken gegevens. De procedure is beduidend strikter bij niet-verplicht over te maken gegevens: namelijk indien de verstrekker de gegevens uitdrukkelijk als vertrouwelijk bestempelt dan volgt er automatisch geen openbaarmaking (tenzij men toch expliciet toestemming zou geven). In alle andere gevallen zal de VREG onderzoeken of er bezwaren aanwezig zijn tegen de openbaarmaking. Wanneer het daarbij volgens de VREG niet gaat om vertrouwelijke gegevens dan kan de verstrekker al dan niet verzet aantekenen (binnen minstens 10 werkdagen). Wanneer de VREG na dit verzet nog steeds oordeelt dat er tot openbaarmaking moet worden overgegaan, dan beschikt de verstrekker over de mogelijkheid om (binnen de 15 kalenderdagen) bij de VREG in beroep (schorsend) te gaan. Hoewel de procedure dit niet uitdrukkelijk vermeldt moet aangenomen worden dat men ook naar de gewone rechter (in kortgeding) kan stappen tegen deze openbaarmaking.

De VREG volgt onderstaande procedure<sup>3380</sup>:

---

<sup>3380</sup> VREG, "Mededeling van de VREG met betrekking tot het beleid inzake (actieve en passieve) openbaarheid en het kwalificeren als, en omgaan met, vertrouwelijke gegevens", 18 mei 2010, MEDE-2010-1, 16.



1.5. CWaPE: charter inzake persoonlijke gegevens

1083. De CWaPE heeft een "Charte relative au respect de la vie privée dans le cadre du traitement automatisé de données à caractère personnel par la



Commission wallonne pour l'Énergie".<sup>3381</sup> Het Charter heeft voornamelijk betrekking op persoonlijke gegevens in het kader van bemiddelingsprocedures en in het kader van de groene certificaten. Het Charter bevat echter geen daadwerkelijke praktische richtlijnen die de Waalse energieregulator zal hanteren, maar verwijst eenvoudigweg naar de wet van 8 december 1992 (Privacywet).<sup>3382</sup>

**1084.** Het strekt tot aanbeveling dat de CWaPE eveneens richtlijnen opstelt inzake het beschermen van commercieel gevoelige gegevens. Voor wat betreft de persoonsgegevens is er immers reeds bescherming via de Privacywet. Voor wat betreft de commercieel gevoelige gegevens is er echter minder duidelijkheid. Momenteel is de regel zo bij de CWaPE dat wanneer de raad van bestuur een document goedkeurt dat commercieel gevoelige informatie bevat, dit gepubliceerd wordt in een publieke versie zonder deze commercieel gevoelige informatie. Andere documenten, die commercieel gevoelige informatie bevatten, worden niet op de website gepubliceerd. Gelet op het feit dat de kwalificatie tot het al dan niet bestempelen van informatie als vertrouwelijk, vaak gepaard gaat met een **belangenafweging** door de energieregulator, bieden dergelijke richtlijnen meer **duidelijkheid** en **zekerheid** voor de marktpartijen. Het is immers de raad van bestuur van de CWaPE zelf die beslist of bepaalde gegevens een al dan niet vertrouwelijk karakter hebben. Als een document een vertrouwelijk karakter heeft (bij voorbeeld commercieel gevoelige informatie), beslist dus de raad van bestuur of het document gepubliceerd wordt (publieke versie zonder commercieel gevoelige informatie) of niet. Dat de regulator zelf kan beslissen blijkt inderdaad duidelijk uit de Interpretatieve Nota ("it is up to the NRA to decide"). Maar uit de Interpretatieve Nota vloeit ook voort dat de regulator zijn **procedure- en werkingsregels dient aan te nemen en bekend te maken**.<sup>3383</sup> Ook het *Handbook* van de World Bank stelt dat de energieregulator de **criteria** voor het al dan niet bestempelen van een document als vertrouwelijk op **voorhand moet** bekendmaken. Daarenboven moeten er bepaalde rechtswaarborgen worden ingesteld die garanderen dat wanneer er een conflict is over het vertrouwelijke karakter van informatie die het bestuur openbaar wil maken, er een bepaalde procedure is die als doel heeft het wettige belang van de betrokken ondernemingen te waarborgen. Momenteel is het dan ook niet duidelijk of een beslissing van de raad van bestuur van de CWaPE tot het publiek maken van bepaalde commercieel gevoelige informatie aangevochten kan worden.

---

<sup>3381</sup> CWaPE, "Charte relative au respect de la vie privée dans le cadre du traitement automatisé de données à caractère personnel par la Commission wallonne pour l'Énergie" <http://www.cwape.be/?dir=0.2&docid=436>, 3 p, laatst geconsulteerd op 28 juni 2016.

<sup>3382</sup> CWaPE, <http://www.cwape.be/?dir=0.2&docid=436>, laatst geconsulteerd op 28 juni 2016 : "Conformément à la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, vous avez le droit d'accéder aux données vous concernant et de rectifier celles-ci. Pour exercer ces droits, vous pouvez envoyer une lettre à l'adresse mentionnée ci-dessous ou un courriel à l'adresse [privacy@cwape.be](mailto:privacy@cwape.be) en y annexant une photocopie du verso de votre carte d'identité".

<sup>3383</sup> Interpretatieve Nota, 5.

## 1.6. Brugel

**1085.** Uit contact met de Brusselse energieregulator blijkt dat Brugel geen dergelijke richtlijnen heeft opgesteld en in de praktijk zijn aanpak afstemt op de richtsnoeren van de CREG. Dezelfde aanbevelingen ten aanzien van de CWaPE gelden dan ook ten volle voor Brugel.

## 1.7. Concluderend

**1086.** Transparantie en openbaarheid van gegevens vormen de regel bij het toezicht op de elektriciteits- en gasmarkt. Wanneer de openbaarmaking of publicatie geen nadelen of geen schadelijke gevolgen met zich mee zal brengen door de instelling zelf of voor derden, dan mogen er ook geen bezwaren bestaan tegen de openbaarmaking. Zowel de VREG, als de CREG hebben een document opgesteld waaruit duidelijk blijkt welke procedure de energieregulator volgt bij het beoordelen van het al dan niet vertrouwelijk karakter van bepaalde persoonlijke of commerciële gegevens. Daarin dringt ook de Privacywet duidelijk door aangezien persoonsgegevens steeds als **strikt** vertrouwelijk dienen te worden behandeld. Zowel de CWaPE als Brugel hebben (nog) geen dergelijke richtlijnen opgesteld.

**1087.** Door op voorhand duidelijk aan te geven welke gegevens de energieregulator hoogst waarschijnlijk als vertrouwelijk zal bestempelen creëert de regulator vertrouwen, waardoor marktspelers minder geremd zullen zijn om bepaalde inlichtingen en stukken omtrent hun bedrijfsvoering te verstrekken. Dit vertrouwen is van essentieel belang voor een effectief toezicht. Binnen de energiesector is er immers sprake van **informatieasymmetrie**, waarbij de marktpartijen steeds over meer informatie beschikken dan de energieregulator. Hieruit vloeit een bepaalde mate van afhankelijkheid voort. De regulator is immers afhankelijk van informatie die de onder toezicht staande partij in bezit heeft.<sup>3384</sup> Deze informatie is nagenoeg steeds van vertrouwelijke aard, aangezien de overige informatie vaak publiek beschikbaar is (bijvoorbeeld via de jaarverslagen van de netbeheerders). Wanneer het vertrouwen van de marktpartijen in de regulator ontbreekt dan kan dit tot gevolg hebben dat de marktspelers terughoudend zullen worden in het verstrekken van informatie aan de energieregulator uit angst dat deze informatie (zoals persoonsgegevens, concurrentiegevoelige gegevens, investeringsgegevens, fabricagegegevens, bedrijfsinformatie,...) openbaar gemaakt zal worden, waardoor de concurrentiepositie van de bedrijven wordt aangetast.

**1088.** Zoals bleek is het echter nagenoeg altijd de energieregulator die, op eenzijdige wijze, bepaalt welke informatie vertrouwelijk is en welke niet. Hoewel

---

<sup>3384</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 407 en 414.

de procedures van de CREG en de VREG ruimte laten voor inspraak en overleg bij deze beoordeling, ligt de uiteindelijke beslissingsmacht bij de energieregulator zelf. Dit maakt deze richtlijnen des te belangrijker. Het is immers nu wel duidelijk op basis van welke **criteria** (zeker bij de CREG<sup>3385</sup>) de belangenafweging plaatsvindt. Bovendien, door de rol van de **rechter** te versterken en hem in allerlaatste instantie in kortgeding te laten oordelen over de mogelijkheid tot het al dan niet openbaar maken van bepaalde gegevens, garandeert men nog een bijkomend onafhankelijk oordeel ten aanzien van de beslissing van de regulator. Door het uitwerken van dergelijke richtlijnen en procedures, gecombineerd met een mogelijke rechterlijke controle, leggen de energieregulators meer **verantwoording** af waardoor het toezicht ook transparanter en effectiever wordt. Het moet dan ook sterk aanbevolen worden dat bij de CWaPE en Brugel deze documenten worden opgesteld.

## 2. Transparantie bij de FERC

**1089.** In de Verenigde Staten trekt men bij de FERC de transparantie (en de daarmee samenhangende verantwoordingsplicht) op verregaande mate door, en dit eerst en vooral via het zogenaamde *docket systeem*.<sup>3386</sup> Dit *docket-systeem* houdt in dat nagenoeg alle handelingen van de FERC, ook de mondelinge gesprekken, neergeschreven moeten worden en publiek bekend gemaakt moeten worden. Ook documenten die de FERC van andere partijen verkrijgt zijn publiek toegankelijk. Al deze documenten vallen te raadplegen op de website van de FERC, via de **e-library**.<sup>3387</sup> De e-library is "a records information system that contains:

1. Electronic versions of documents **issued** by FERC from 1989-Present;
2. Documents **received** and issued by FERC:
  - a. A description/index of documents from 1981-Present;
  - b. Microfilm and aperture cards of documents for 1981-1995;
  - c. Scanned images of paper documents from 1995-Present; and
  - d. Native files electronically submitted from November 2000-Present".

Zo worden bijvoorbeeld ook de resultaten van "public scoping hearings"<sup>3388</sup> (openbare raadpleging) gepubliceerd.<sup>3389</sup> In dit kader bevat de website van de

<sup>3385</sup> De documenten of gegevens zijn in die zin geheim dat ze niet algemeen bekend zijn bij of gemakkelijk toegankelijk zijn voor de ondernemingen die in de gas- of elektriciteitssector actief zijn; - de documenten of gegevens hebben duidelijk een commerciële waarde omdat ze geheim zijn; en - de documenten of gegevens waren het voorwerp, vanwege de onderneming die er op rechtmatige wijze de controle over heeft, van redelijke maatregelen, rekening houdend met de omstandigheden, met de bedoeling ze geheim te houden.

<sup>3386</sup> FERC, [http://elibrary.ferc.gov/idmws/docket\\_search.asp](http://elibrary.ferc.gov/idmws/docket_search.asp), laatst geconsulteerd op 10 juli 2016.

<sup>3387</sup> J. MCGREW, *Basic Practice Series: FERC Federal Energy Regulatory Commission*, Chicago, ABA Publishing, 2009, 2 en 8.

<sup>3388</sup> <http://ct.gov/ceq/cwp/view.asp?a=987&Q=249028&ceqNav=%7C>: "When the state agency proposing a project (the "sponsoring agency") holds a public scoping meeting, it will choose a meeting format that is suited to the type of project and the size of the anticipated audience. The meeting can be very formal, with presentations by the sponsoring agency followed by comments from the public in the manner of a public hearing. Sometimes, an agency will schedule a more informal session, where citizens can view maps and displays on their own and communicate one-on-one with agency staff. If the sponsoring agency expects a low turnout, it might even hold the meeting around a table, as if it were a committee meeting".

<sup>3389</sup> FERC, <https://www.ferc.gov/industries/gas/enviro/guidelines/stakeholder-brochure.pdf>, laatst geconsulteerd op 7 juli 2016.

FERC ook een **eComment** gedeelte waarbij iedereen opmerkingen kan geven over verschillende energieprojecten, zelfs zonder formele registratie of zonder apart een document te moeten uploaden. De commentaar die kan worden gegeven is enigszins beperkt (tot 6000 karakters). Wanneer een individuele burger zich bovendien inschrijft op een "docket" (dus gelinkt aan een bepaalde zaak) via de **eRegistration** op de **Esubscribe** pagina van de FERC dan krijgt men een notificatie via email wanneer een nieuw document uit deze zaak wordt toegevoegd aan de eLibrary. Ook wanneer men daadwerkelijk partij wenst te worden in een juridisch geschil, gebeurt dit online via de eFile-optie.

Bovendien kan iedereen ("members of the public"), in het kader van de openbaarheid van bestuur, ook **niet-publieke** of vertrouwelijk informatie verkrijgen door daartoe bij de FERC een verzoek in te dienen op basis van de *Freedom of Information Act* (FOIA).<sup>3390</sup> Er zijn daarbij evenwel negen vrijstellingen (exemptions)<sup>3391</sup> en drie uitsluitingen (exclusions)<sup>3392</sup> van toepassing. Ook beschermt de FERC daarbij informatie met betrekking tot de "Critical Energy Infrastructure Information".<sup>3393</sup>

### C. PROCEDURELE VERANTWOORDINGSPLICHT

**1090.** De energieregulator legt op verschillende manieren verantwoording af, waarbij zijn transparant handelen ook duidelijk de parlementaire controle en de rechterlijke toetsing faciliteert. Doordat de regulator nagenoeg over elk aspect van zijn handelen wel op één of andere manier verantwoording aflegt, wordt ook de legitimiteit van de regulator versterkt. Een laatste manier ter versterking van deze legitimiteit wordt gevormd door de procedurele verantwoordingsplicht. Bij de procedurele verantwoordingsplicht wordt ervan uitgegaan dat "overheidshandelen legitiem is wanneer tijdens het besluitvormingsproces bepaalde procedurele waarborgen in acht worden genomen".<sup>3394</sup> In onderstaande alinea's zal worden ingegaan op deze verschillende waarborgen die bijdragen tot het democratisch bestuur en de legitimiteit van de regulator. Zo komen onder andere de vereisten van een zorgvuldige en redelijke regulator aan bod, wordt ingegaan op de "volledige" motiveringsplicht die verwacht wordt

<sup>3390</sup> 5 USC, Sectie 552.

<sup>3391</sup> FERC, <http://www.ferc.gov/legal/ceii-foia/foia/basics.asp>, laatst geconsulteerd op 7 juli 2016: "Classified national defense and foreign relations information; Internal agency rules and practices; Information that is prohibited from disclosure by another federal law; Trade secrets and other confidential business information; Inter-agency or intra-agency communications that are protected by legal privileges; Information involving matters of personal privacy; Certain types of information compiled for law enforcement purposes; Information relating to the supervision of financial institutions; and Geological information on wells".

<sup>3392</sup> FERC, <http://www.ferc.gov/legal/ceii-foia/foia/basics.asp>, laatst geconsulteerd op 7 juli 2016: "Exclusions: The three exclusions pertain to especially sensitive law enforcement and national security matters. Even if the information may be withheld under FOIA, the Commission still may disclose it as a matter of administrative discretion under some circumstances. However, the Commission is not legally obligated to do so".

<sup>3393</sup> FERC, <http://www.ferc.gov/legal/ceii-foia/ceii.asp>, laatst geconsulteerd op 7 juli 2016: "CEII is specific engineering, vulnerability, or detailed design information about proposed or existing critical infrastructure (physical or virtual) that: 1. Relates details about the production, generation, transmission, or distribution of energy; 2. Could be useful to a person planning an attack on critical infrastructure; 3. Is exempt from mandatory disclosure under the Freedom of Information Act; and 4. Gives strategic information beyond the location of the critical infrastructure".

<sup>3394</sup> C. DEGREEF en S. DE SOMER, "Accountability van de federale en de Vlaamse Energieregulator of toezicht op de toezichthouders na het derde energiepakket", *MER* 2013, afl. 2, (77) 80.

van de energieregulatoren en wordt een blik geworpen op de consultatie- en overlegmogelijkheden ten aanzien van de marktspelers.

## 1. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

### 1.1. Algemeen

**1091.** Algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn algemene rechtsbeginselen die aanwijzingen geven over de wijze waarop bestuursbeslissingen moeten worden genomen en ter kennis worden gebracht.<sup>3395</sup> Er bestaat in de rechtsleer evenwel geen overeenstemming met betrekking tot een precieze opsomming van de verschillende beginselen. Bovendien zijn overlappingen vaak onvermijdelijk.<sup>3396</sup> Toch bestaat er weinig discussie over het feit dat het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, de motiveringsplicht, het gelijkheidsbeginsel en de hoorplicht steeds onder de beginselen van behoorlijk bestuur mogen worden gerekend.<sup>3397</sup> De algemene beginselen van behoorlijk bestuur (ABBB) zorgen er voornamelijk voor dat de beslissingen die door het bestuur – en zeker in het kader van een discretionaire bevoegdheid – worden genomen, rationeel, legitiem en inhoudelijk kwalitatief zijn. De beslissingen die worden genomen moeten redelijk zijn (afgewogen en verantwoord) en mogen bijgevolg niet willekeurig zijn.<sup>3398</sup> Deze rationaliteit heeft betrekking op het feit dat beslissingen niet zuiver op willekeurige basis kunnen worden genomen. Bestuursbeslissingen moeten, na verzameling van de feiten en de afweging van de belangen, in verhouding staan tot een bepaald doel en in dit licht ook verantwoord kunnen worden.<sup>3399</sup> In het vorige hoofdstuk werd reeds gewezen op de ABBB als element van de rechterlijke toetsing. De ABBB vervullen dan ook een **jurisdictionele waarborgfunctie** (in het kader van de procedurele verantwoordingsplicht).<sup>3400</sup> De ABBB geven een toetsingskader aan de rechter aan de hand waarvan hij kan nagaan of er al dan niet sprake is van overheidswillekeur.

**1092.** Aangezien de ABBB echter ook gericht zijn op het verkrijgen van rationele, legitieme en inhoudelijke kwalitatieve beslissingen, gaat van de beginselen ook een **preventieve werking** uit. Wanneer met name de besturen de ABBB als leidraad hanteren dan kunnen zij hiermee eventueel rechterlijke toetsing vermijden. De ABBB vormen zo een impliciete "code of conduct": zij geven richting aan het bestuur opdat hun beslissingen niet willekeurig zouden

---

<sup>3395</sup> J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap. Beginselen van de openbare dienst*, Brugge, Vanden Broele, 2002, 10.

<sup>3396</sup> M. BOES, "Het redelijkheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (175) 177.

<sup>3397</sup> Voor een overzicht zie P. POPELIER, "Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen", in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (3) 8.

<sup>3398</sup> P. POPELIER, "Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen", in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (3) 21.

<sup>3399</sup> P. POPELIER, "Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen", in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (3) 10.

<sup>3400</sup> P. POPELIER, "Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen", in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (3) 21.

worden geformuleerd. De ABBB dienen met andere woorden niet alleen de rechtsbescherming, maar dienen ook de democratische kwaliteit en **legitimiteit** van het bestuur.<sup>3401</sup>

**1093.** Dat de ABBB in wezen ongeschreven zijn, neemt niet weg dat zij ook veruitwendigd kunnen worden in de regelgeving, zoals bijvoorbeeld in de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering.<sup>3402</sup> Maar ook bijvoorbeeld in de Elektriciteitswet wordt o.a. verwezen naar het redelijkheids- en het motiveringsbeginsel.<sup>3403</sup> Deze wettelijke verankeringen van de behoorlijkheidsbeginselen verhinderen niet dat zij in wezen als beginselen blijven fungeren. Zo geven de ABBB nog steeds een invulling of richting aan de wettelijke bepalingen.

## 1.2. Omvang van de rechterlijke toetsing

**1094.** In vorig hoofdstuk kwam reeds beperkt aan bod of de rechter een volle dan wel een marginale toetsing of controle kan uitoefenen op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Bij deze toetsing met **volle rechtsmacht** kan het Hof van beroep met betrekking tot tariefbeslissingen - naar het inzicht van dit onderzoek - eerst en vooral ten volle toetsen aan de feiten (in overeenstemming met de *Tetra Laval* standaard, *supra* nr. 963). De rechter moet bovendien ook ten volle kunnen toetsen aan het recht, waaronder door de rechtspraak van de hoogste rechtscolleges ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur worden geplaast. Aangezien deze beginselen evenwel in hoofdzaak gericht zijn op een behoorlijke uitoefening van de discretionaire bevoegdheden van de overheid, en de toetsing door de rechter aan deze beginselen steeds een bepaalde afweging inhoudt, brengt dit de rechter evenwel zeer dicht bij de **grens** tussen de gewenste legaliteitscontrole en de eerder ongewenste opportuniteitscontrole.<sup>3404</sup> Aangezien het enerzijds vanuit het oogpunt van de scheiding der machten en de "beginselen die de verhoudingen regelen tussen de administratie en de rechtscolleges" niet wenselijk is dat de rechter aan de opportuniteit toetst, maar anderzijds vanuit het oogpunt van minder democratisch gelegitimeerde beslissingen van de energieregulator toch wenselijk is dat de rechter op doordringende wijze kan toetsen, rijst de vraag

<sup>3401</sup> P. POPELIER, "Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen", in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (3) 23.

<sup>3402</sup> Wet 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, *BS* 12 september 1991, 19.976.

<sup>3403</sup> Zie o.a. artikel 7*sexies*, § 2 van de Elektriciteitswet: "De commissie brengt uiterlijk dertig werkdagen na ontvangst van het rapport bedoeld in § 1, een advies uit dat uitdrukkelijk en op gemotiveerde wijze aangeeft of de prijs van de door de netbeheerder voorgestelde combinatie van offertes voor de levering van strategische reserves al dan niet manifest onredelijk is" en artikel 12*quinquies*, § 1, lid 2: "Op basis van het verslag van de netbeheerder, stelt de commissie, met toepassing van artikel 4 van het koninklijk besluit van 11 oktober 2002 met betrekking tot de openbare dienstverplichtingen in de elektriciteitsmarkt, een verslag op dat uitdrukkelijk en op gemotiveerde wijze aangeeft of de prijzen die worden aangeboden voor de ondersteunende diensten al dan niet manifest onredelijk zijn. Het gemotiveerde verslag wordt meegedeeld aan de netbeheerder binnen 60 werkdagen volgend op de ontvangst van het verslag bedoeld in het eerste lid".

<sup>3404</sup> P. POPELIER, "Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen", in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (3) 26.

hoe deze **grens** tussen de legaliteit en de opportuniteit het best door de rechter bewaakt kan worden...

**1095.** DE STAERCKE stelt dat om hierop een antwoord te kunnen geven, een onderscheid gemaakt moet worden tussen de procedurele en de inhoudelijke algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zo moet een onderscheid gemaakt worden enerzijds het redelijkheidsbeginsel (geconcretiseerd door de inhoudelijke ABBB) en het zorgvuldigheidsbeginsel (geconcretiseerd door de procedurele ABBB).<sup>3405</sup> In beginsel geldt volgens de auteur het zorgvuldigheidsbeginsel, waaraan de rechter **vol** kan toetsen. Bij discretionaire bevoegdheden geldt echter het redelijkheidsbeginsel, waarbij de rechter slechts **marginaal** kan toetsen.<sup>3406</sup> Ook in Nederland maakt men het onderscheid tussen formele en materiële beginselen. Formele beginselen zijn o.a. het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel,... en materiële beginselen zijn o.a. het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel,...<sup>3407</sup> LAVRIJSSEN *et al.* stellen dat de rechter bij het economisch toezicht **vol** aan alle ABBB moet kunnen toetsen.<sup>3408</sup>

**1096.** Het is in de praktijk niet evident om een nauwkeurig en afgebakend onderscheid te maken tussen de inhoudelijke en de procedurele beginselen. Bovendien overlappen verschillende beginselen en kan bij vele beginselen zowel een inhoudelijk als een procedureel aspect worden vastgesteld.<sup>3409</sup> *Hoe moet de rechter, in het kader van het toezicht op de energieregulator, dan wel aan deze algemene beginselen van behoorlijk bestuur toetsen?*

**1097.** De conclusie van de advocaat-generaal TIZZANO bij het arrest Tetra-Laval werd reeds vermeld (*supra* nr. 963). Daarbij geeft hij bijkomende toelichting over hoe de gemeenschapsrechters enerzijds de feiten op diepgaande wijze kunnen toetsen en anderzijds toch de discretionaire ruimte van de Commissie kunnen respecteren. Bij de complexe economische beoordelingen door de Commissie is de controle van de rechters noodzakelijkerwijs beperkter, aangezien zij de ruime discretionaire bevoegdheid die inherent is aan dit type beoordelingen moeten in acht nemen en hun standpunt niet in de plaats kunnen

---

<sup>3405</sup> J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap. Beginselen van de openbare dienst*, Brugge, Vanden Broele, 2002, 19.

<sup>3406</sup> J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap. Beginselen van de openbare dienst*, Brugge, Vanden Broele, 2002, 12-13 en 15; J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Antwerpen, Kluwer, 2004, 17-18.

<sup>3407</sup> H. PENNARTS, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Apeldoorn, Maklu, 2008, 5-7.

<sup>3408</sup> S. LAVRIJSSEN, J. EIJKENS en F. CAPKURT, "Rechterlijke toetsing van energieregulering door het CBB en het recht op effectieve rechtsbescherming?", *SEW* 2016, afl. 4, (142) 146 en 148; zie ook S. LAVRIJSSEN, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 314: "Het CBB toetst wel indringend of de DTe de algemene beginselen van behoorlijk bestuur heeft gerespecteerd".

<sup>3409</sup> P. POPELIER, "Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen", in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (3) 25.

stellen van dat van het orgaan waaraan deze beoordelingen institutioneel zijn opgedragen.<sup>3410</sup>

**1098.** Bij discretionaire bevoegdheden kan slechts wanneer de motieven op zich zowel feitelijk als juridisch correct zijn, worden nagegaan of ze in redelijkheid aangevoerd kunnen worden. Deze redelijkheidstoetsing is de toetsing naar het al dan niet bestaan van een wanverhouding tussen de motieven en de **inhoud** van een beslissing.<sup>3411</sup> Een toetsing aan het redelijkheidsbeginsel houdt immers onvermijdelijk ook een toetsing van de opportuniteit in, zij het dan, maar ook juist daarom, zeer terughoudend.<sup>3412</sup> Wanneer bijgevolg een wetsbepaling verwijst naar bv. het redelijkheidsbeginsel (zie de Elektriciteitswet) dan houdt dit een belangenafweging in die bij de regulator ook een economische en technische analyse inhoudt. Dit zorgt ervoor dat de rechter zich terughoudend moet opstellen en deze redelijkheid slechts marginaal kan toetsen (*supra* nr. 947). Ook LAROUCHE en TATON stellen in hun rechtsvergelijkend onderzoek over juridische controle op beslissingen van onafhankelijke regulatoren dat "although there are some differences between the standards of review of the various appellate courts, one can state a broad tendency towards a distinction between a full review of errors of law, a broad review of errors of fact and a **marginal review** of the exercise of **discretion** by the NRA. Such approach deserves support, since the NRAs are specialist authorities and most review courts are not equipped to reconstruct the exercise of regulatory powers in an efficient way".<sup>3413</sup>

**1099.** Er moet evenwel nog worden opgemerkt dat er vaak sprake zal zijn van overlapping. Zo kan bv. wanneer sprake is van een gebrek aan behoorlijke feitvergaring, ook sprake zijn van een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel.<sup>3414</sup> Zo kan eveneens wanneer de vaststelling van de feiten niet correct is verlopen en hun beoordeling gebrekkig was, sprake zijn van een schending van het motiveringsbeginsel.<sup>3415</sup> Het is daarbij voornamelijk **aan de rechter** om de grens te bewaken tussen een toegelaten volle toets aan de feiten, en een ongewenste inhoudelijke vervanging van de feiten door zijn eigen beoordeling.

**1100.** De toetsing aan rechtsbeginselen houdt steeds een bepaalde **afweging** in. Het is precies die afweging die de rechter zo dicht bij de grens tussen

<sup>3410</sup> Concl. Adv.Gen. TIZZANO, overw. 86, bij HvJ 15 februari 2005, nr. C-12/03, ECLI:EU:C:2005:87.

<sup>3411</sup> D. MAREEN, "Het motiveringsbeginsel", in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (131) 156.

<sup>3412</sup> M. BOES, "Het redelijkheidsbeginsel", in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (175) 178.

<sup>3413</sup> P. LAROUCHE en X. TATON, "Enforcement and juridical review of decisions of national regulatory authorities", CERRE Study, 21 April 2011, 137 [http://www.cerre.eu/sites/cerre/files/110421\\_CERRE\\_Study\\_EnforcementAndJudicialReview\\_0.pdf](http://www.cerre.eu/sites/cerre/files/110421_CERRE_Study_EnforcementAndJudicialReview_0.pdf).

<sup>3414</sup> K. LEUS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel", in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (101) 114.

<sup>3415</sup> S. LAVRIJSSSEN, J. EJKENS en M. RIJKERS, "The role of the highest administrative court and the protection of the interests of the energy consumers in the Netherlands", *TILEC Discussion Paper nr. 2014-032*, 2014, 46.



legaliteits- en opportuniteitscontrole brengt.<sup>3416</sup> BOES stelt dat "het redelijkheidsbeginsel en de scheiding der machten vaak in een adem worden vernoemd. De verklaring is dat de toetsing aan de redelijkheid onvermijdelijk ook een toetsing van de opportuniteit inhoudt, zij het dan, maar ook juist daarom, zeer terughoudend".<sup>3417</sup> Ook THEUNIS merkt op dat bij een toetsing van het evenredigheidsbeginsel, de rechter de boete wel mag kwijtschelden of verminderen, alleen mag hij dat niet doen "op grond van een subjectieve appreciatie van wat hij redelijk acht, om loutere redenen van opportuniteit en tegen wettelijke regels in", maar enkel omdat de straf onevenredig is – dus omdat hij de straf onevenredig vindt – en binnen de grenzen waaraan ook de administratie was gebonden.<sup>3418</sup> Ook de evenredigheidstoets bevindt zich dus op de grens tussen beide vormen van controle.<sup>3419</sup> Ook VANDAELE stelt dat het "moeilijk vol te houden [is] dat de toetsing van het evenredigheidsbeginsel niets te maken heeft met de toetsing van de opportuniteit".<sup>3420</sup>

**1101.** Om dan op de vraag - *hoe moet de rechter dan wel aan deze algemene beginselen van behoorlijk bestuur toetsen?* - te antwoorden. Gelet op het feit dat de beslissingen van de energieregulatoren minder democratisch gelegitimeerd zijn, is het wenselijk dat de rechter op indringende of **volle wijze** kan toetsen aan sommige ABBB. Echter, omwille van het feit dat elke toetsing aan de algemene beginselen steeds een bepaalde **afweging** inhoudt met een dunne grens met een opportuniteitstoets en omwille van het feit dat de inhoudelijke discretionaire beoordelingen door de regulator gerespecteerd moeten worden, zal de toetsing in principe in de praktijk eerder **marginaal** dienen te verlopen.

**1102.** In onderstaande titels wordt kort ingegaan op verschillende ABBB die het meest frequent aan bod komen bij de energieregulatoren en hoe deze beginselen zich verhouden tot de rechterlijke toetsing: het motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en de hoorplicht.

### 1.3. Het motiveringsbeginsel

#### 1.3.1. *De materiële motiveringsplicht*

**1103.** De inhoudelijke of materiële motiveringsplicht houdt in dat de motieven waarop een bestuurshandeling rust, deugdelijk moeten zijn. De motivering is de

<sup>3416</sup> P. POPELIER, "Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen", in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (3) 26.

<sup>3417</sup> M. BOES, "Het redelijkheidsbeginsel", in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (175) 178.

<sup>3418</sup> J. THEUNIS, "De rechter geklemd tussen het beginsel van scheiding der machten en het vereiste van volle rechtsmacht?" in I. Cooreman (ed.), *De wettigheidstoets van art. 159 van de Grondwet*, Brugge, die Keure, 2010, 184.

<sup>3419</sup> M. BOES, "Rechter en bestuur. Redelijkheid, zorgvuldigheid en marginale toetsing", in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 9: "Het lijkt moeilijk vol te houden dat de rechter hier niet, onder dekking van de als rechtsbeginsel geformuleerde vereiste van redelijkheid, doordringt in het domein van het beleid".

<sup>3420</sup> A.S. VANDAELE, *De volle rechtsmacht bij de beoordeling van bestuurshandelingen*, Brugge, die Keure, 2014, 63.

weergave van de feitelijke en juridische redenen waarop een administratieve rechtshandeling is gesteund. De beslissing moet dus gedragen worden door motieven die in rechte en in feite aanvaardbaar zijn en die blijken hetzij uit de beslissing zelf, hetzij uit het administratief dossier.<sup>3421</sup> Bovendien moet de beslissing voldoende steun vinden in de motieven, waarbij in redelijkheid uit deze motieven de beslissing moet kunnen worden afgeleid.<sup>3422</sup> VAN MENSEL stelt daarbij dat de motieven *draagkrachtig* moeten zijn. Dit betekent dat ze begrijpelijk, rechtens en met het oog op de feiten en het door de overheid gevoerde beleid aanvaardbaar moeten zijn.<sup>3423</sup> Het begrijpelijk zijn van de motieven houdt in dat ze duidelijk en niet tegenstrijdig mogen zijn. Duidelijkheid houdt in dat de motivering niet dermate vaag mag zijn waardoor uit de motivering de beslissing niet redelijkerwijs kan worden afgeleid. Rechtens aanvaardbaar wil zeggen dat een correcte wettelijke grondslag aan de basis moet liggen.<sup>3424</sup> De feiten waarop het bestuur zijn beslissing steunt moeten met de werkelijkheid overeenstemmen. Het bestuur mag zich daarbij niet op onjuiste of onbestaande feiten baseren.<sup>3425</sup>

**1104.** Naast dit algemene motiveringsbeginsel biedt de wet van 29 juli 1991 een wettelijke grondslag aan de inhoudelijke motiveringsplicht.<sup>3426</sup> Artikel 3 van de wet bepaalt dat “de opgelegde motivering [...] in de akte de **juridische** en **feitelijke** overwegingen [moet] vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen. Zij moet afdoende zijn”. Het afdoende zijn van de motivering houdt ten eerste in dat de beslissing **pertinent** moet zijn, waarbij de motieven betrekking moeten hebben op de beslissing. Ten tweede houdt dit in dat de motieven ook begrijpelijk, feitelijk en juridisch correct moeten zijn. En ten slotte moet er ook voldaan zijn aan een evenredigheidseis: de omvang van de motivering moet **evenredig** zijn met het belang van de beslissing en met de omvang van de discretionaire bevoegdheid van het bestuur.<sup>3427</sup>

### 1.3.2. De formele motiveringsplicht

**1105.** De materiële motiveringsplicht houdt dus in dat de motieven minstens kenbaar, begrijpelijk en in feite en in rechte juist moeten zijn. De formele motiveringsplicht heeft betrekking op het feit dat zowel de feitelijke als de juridische motieven **in** de beslissing **zelf** moeten worden weergegeven. Artikel 1 van de wet uitdrukkelijke motivering bestuurshandelingen bepaalt dat een

<sup>3421</sup> J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap. Beginselen van de openbare dienst*, Brugge, Vanden Broele, 2002, 91.

<sup>3422</sup> J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap. Beginselen van de openbare dienst*, Brugge, Vanden Broele, 2002, 19.

<sup>3423</sup> A. VAN MENSEN, *Het beginsel van behoorlijk bestuur*, Gent, Mys & Breesch, 1997,

<sup>3424</sup> J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap. Beginselen van de openbare dienst*, Brugge, Vanden Broele, 2002, 21.

<sup>3425</sup> J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap. Beginselen van de openbare dienst*, Brugge, Vanden Broele, 2002, 21-22.

<sup>3426</sup> Wet 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, *BS* 12 september 1991, 19.976 (hierna afgekort: wet uitdrukkelijke motivering bestuurshandelingen).

<sup>3427</sup> I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Formele motivering van bestuurshandelingen*, Brugge, die Keure, 2013, 143 e.v.

bestuurshandeling een eenzijdige rechtshandeling met individuele strekking is, die uitgaat van een bestuur en die beoogt rechtsgevolgen te hebben voor één of meer bestuurden of voor een ander bestuur. Artikel 2 van de wet bepaalt vervolgens dat de bestuurshandelingen van de besturen **uitdrukkelijk gemotiveerd** moeten worden. Deze uitdrukkelijke motivering is de kern van de formele motiveringsplicht en houdt dus in dat de feitelijke en juridische gronden waarop de beslissing is gesteund in de beslissing zelf moeten worden veruitwendigd. Toegepast op de energieregulatoren wil dit zeggen dat ook zij individuele beslissingen uitdrukkelijk moeten motiveren. Deze wet geldt namelijk niet uitsluitend voor de besturen van het federale niveau, maar geldt ook voor de besturen die opereren op het deelstatelijke niveau. Onder "besturen" verstaat de wet de administratieve overheden als bedoeld in artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Vooralnog zijn alle energieregulatoren in België administratieve overheden. Enkel bij de VREG is het onduidelijk of de regulator, bij een verschuiving in de schoot van het Vlaams Parlement, nog wel gekwalificeerd kan worden als administratieve overheid (wel nog als bestuursinstantie, aangezien dit begrip ruimer is).<sup>3428</sup> Deze onduidelijkheid mag er uiteraard niet in resulteren dat de VREG niet meer onder het toepassingsgebied van de wet zou vallen en bijgevolg niet meer uitdrukkelijk de individuele beslissingen zou moeten motiveren...<sup>3429</sup>

### 1.3.3. Toegepast op de CREG en de VREG

**1106.** Vooreerst moet nog op artikel 6 van de wet uitdrukkelijke motivering bestuurshandelingen worden gewezen, dat bepaalt dat de wet slechts van toepassing is op de bijzondere regelingen waarbij de uitdrukkelijke motivering van bepaalde bestuurshandelingen is voorgeschreven, in zoverre deze regelingen minder strenge verplichtingen opleggen dan die bepaald in de wet. Met andere woorden: de wet uitdrukkelijke motivering bestuurshandelingen is slechts van toepassing op bijzondere regelingen in zoverre deze regelingen minder streng zijn. Daarenboven – aangezien de wet niet uitsluitend geldt voor de besturen van het federale niveau – is het mogelijk dat de deelstaten de motiveringsplicht aanvullen of versterken. Dus ook een strengere regeling op deelstatelijk niveau primeert op de wet uitdrukkelijke motivering bestuurshandelingen. Naast de materiële motiveringsplicht als algemeen

---

<sup>3428</sup> De VREG blijft evenwel een rechtspersoon met een publieke rechtsvorm. DEGREEF en DE SOMER verduidelijken dat het hierbij gaat om "om rechtspersonen die zijn opgericht bij wetgevende akte en wier statuut *ad hoc* werd vormgegeven, op maat van de publieke taak die zij uitoefenen, zodat een entiteit *sui generis* ontstaat, die niet is vormgegeven conform (de dwingende regels van) het private vennootschaps-, verenigings- of stichtingsrecht". De CREG en de VREG, beide opgericht bij wetskrachtige norm, zijn publiekrechtelijk vormgegeven rechtspersonen. Zie C. DEGREEF en S. DE SOMER, "Accountability van de federale en de Vlaamse Energieregulator of toezicht op de toezichthouders na het derde energiepakket", *MER* 2013, 82. Zie ook het arrest van het Hof van Cassatie van 6 september 2002: "[...] zijn administratieve overheden mits hun werking door de overheid wordt bepaald en gecontroleerd en zij beslissingen kunnen nemen die derden binden; wanneer die instellingen een deel van het openbaar gezag uitoefenen kunnen hun handelingen door de Raad van State worden nietig verklaard; het enkele feit dat een instelling geen organiek verband heeft met de overheid sluit de bevoegdheid van de Raad van State niet uit" (Cass. 6 september 2002, A.R. C.01.0382.N).

<sup>3429</sup> Zover zal het evenwel niet komen gelet op de bijzondere motiveringsverplichtingen die in de specifieke wetgeving gesteld worden aan de regulatoren, zie punten 1.3.3. en 1.3.4.

beginsel van behoorlijk bestuur en de formele motiveringsplicht, bestaan er met betrekking tot de energieregulatoren bijgevolg verschillende andere, bijzondere bepalingen inzake formele motivering. Een aanzienlijk deel van deze verplichtingen vloeien rechtstreeks voort uit de Europese richtlijnen.

### 1.3.3.1. CREG

**1107.** Er werd reeds in vorig hoofdstuk gewezen op artikel 23, § 2*bis* van de Elektriciteitswet dat bepaalt dat de CREG een **volledige motivering en verantwoording** geeft voor haar administratieve beslissingen om de juridictionele toetsing ervan mogelijk te maken.<sup>3430</sup> Ook in het kader van haar raadgevende taak formuleert de CREG gemotiveerde adviezen en voorstellen.<sup>3431</sup>

**1108.** In het recente huishoudelijk reglement van 4 december 2015 stelt de CREG dat het meer in overeenstemming is met de artikelen 23, § 2*bis* van de Elektriciteitswet en 15/14, § 4, tweede en derde lid van de Gaswet om de motiveringsplicht uit te breiden tot alle juridisch aanvechtbare beslissingen, individuele en reglementaire.<sup>3432</sup> Art. 32 van het huishoudelijk reglement bepaalt nu dat: "§ 1. Het directiecomité motiveert elke beslissing die het neemt. § 2. De vereiste motivering houdt in dat de beslissing de juridische en feitelijke overwegingen vermeldt die de beslissing rechtvaardigen. Zij moet afdoende zijn". Deze wijziging kwam er omwille van een arrest van het Hof van beroep te Brussel ter zake (zie verder) en omwille van het feit dat artikel 37(16) van de richtlijn 2009/72/EG bepaalt dat de door de regulerende instantie genomen besluiten volledig worden gemotiveerd en verantwoord, teneinde door de rechter te kunnen worden getoetst.<sup>3433</sup> Dit houdt dus in dat elke beslissing die door de rechter kan worden getoetst volledig gemotiveerd moet worden, dus ook de reglementaire handelingen van de regulator. De bepalingen van de Europese

<sup>3430</sup> Artikel 15/14, § 4 van de Gaswet. De parlementaire voorbereiding stelt dat "Deze bepaling dient overigens te worden begrepen in het licht van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen", zie wetsonderwerp tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, 1725/001, 311.

<sup>3431</sup> Artikel 23, § 2, lid 2, 1° van de Elektriciteitswet en artikel 15/14, § 2, lid 2, 1° van de Gaswet.

<sup>3432</sup> Alle beslissingen van het directiecomité bedoeld in artikel 2 van het huishoudelijk reglement, dat bepaalt dat: "Onder "beslissing" of "beslissingen" wordt in hoofdstukken 3 tot 5 (met uitzondering van de artikelen 39, 6°, en 43) en in artikel 23, § 1, begrepen de beslissing of beslissingen van het directiecomité bedoeld in de artikelen 29*bis* en 29ter van de elektriciteitswet en de artikelen 15/20 en 15/20*bis* van de gaswet, met uitzondering van de beslissingen van het directiecomité inzake overheidsopdrachten". Artikelen 29*bis* van de Elektriciteitswet bepaalt op zijn beurt o.a. dat: "§ 1 Elke persoon die een belang aantoonst kan bij het hof van beroep te Brussel, zetelend zoals in kort geding, een beroep instellen tegen alle beslissingen van de commissie, waaronder die welke hierna worden opgesomd: 1° de beslissingen genomen met toepassing van artikel 23, § 2, tweede lid, 8°, betreffende de controle op de naleving door de netbeheerder van de bepalingen van artikel 9 en de uitvoeringsbesluiten ervan; 2° de beslissingen genomen met toepassing van artikel 23, § 2, tweede lid, 9°, betreffende de controle op de toepassing van het technisch reglement bedoeld in artikel 11 en de uitvoeringsbesluiten ervan, met uitzondering van de beslissingen bedoeld in artikel 29ter; 3° de beslissingen genomen met toepassing van artikel 23, § 2, tweede lid, 10°, betreffende de controle op de uitvoering door de netbeheerder van het ontwikkelingsplan bedoeld in artikel 13 en de uitvoeringsbesluiten ervan; 4° de beslissingen genomen met toepassing van artikel 23, § 2, tweede lid, 11°, betreffende de controle op en de evaluatie van de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen bedoeld in artikel 21, eerste lid, 1° en de uitvoeringsbesluiten ervan en, desgevallend, betreffende de toepassing van de afwijkingen die zijn toegestaan krachtens artikel 21, eerste lid, 2°, en de uitvoeringsbesluiten ervan; [...] 9° de beslissingen genomen met toepassing van artikel 31 om een administratieve boete op te leggen. [...]".

<sup>3433</sup> Artikel 41(16) van de richtlijn 2009/73/EG.

richtlijnen gaan dus verder dan de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen die enkel betrekking heeft op eenzijdige rechtshandelingen met individuele strekking. De wet van 8 januari 2012, ter omzettingen van de richtlijn, paste artikel 12<sup>ter</sup> van de Elektriciteitswet dan ook aan tot:

“De commissie motiveert en rechtvaardigt volledig en op omstandige wijze haar tariefbeslissingen, zowel op het vlak van de tariefmethodologieën als op het vlak van de tariefvoorstellen, teneinde de jurisdictionele controle ervan mogelijk te maken. Indien een beslissing op economische of technische overwegingen steunt, maakt de motivering melding van alle elementen die de beslissing rechtvaardigen. Indien deze beslissingen op een vergelijking steunen, omvat de motivering alle gegevens die in aanmerking werden genomen om deze vergelijking te maken [...]. De commissie hecht aan haar definitieve handeling een commentaar dat de beslissing om de commentaren van de geconsulteerde partijen al dan niet in aanmerking te nemen rechtvaardigt.”

**1109.** De CREG hecht dus aan haar definitieve handeling – als zijnde de tariefbeslissingen, zowel op het vlak van de tariefmethodologieën als op het vlak van de tariefvoorstellen – een commentaar dat de beslissing om de opmerkingen van de geraadpleegde partijen al dan niet in aanmerking te nemen, rechtvaardigt. Artikel 23, § 2<sup>bis</sup> bepaalt verder dat de regels die van toepassing zijn op deze motiveringen en rechtvaardigingen nader worden omschreven in het huishoudelijk reglement van het directiecomité. Daarbij moet evenwel in de motivering het geheel van de elementen worden opgenomen waarop de beslissing gesteund is, moeten de elektriciteits- of gasondernemingen de mogelijkheid hebben om, vooraleer een beslissing die hen betreft wordt genomen, hun opmerkingen te laten gelden, en moet het gevolg dat aan deze opmerkingen wordt gegeven gerechtvaardigd worden in de eindbeslissing. Inzake tarieven dienen bijgevolg de opmerkingen in een document als bijlage bij de eindbeslissing te worden behandeld (“hecht aan” art. 12<sup>ter</sup>), terwijl dit in andere gevallen (art. 23, § 2<sup>bis</sup>) dient te gebeuren in de eindbeslissing, waarbij deze volgens de CREG ofwel in de eigenlijke beslissing dan wel in een bijgevoegd document kunnen worden behandeld.<sup>3434</sup> De wet spreekt echter duidelijk over “in de eindbeslissing” hetgeen ervoor zorgt dat een bijgevoegd document niet in overeenstemming is met artikel 23, § 2<sup>bis</sup>. Wat is anders het nut van de toevoeging “hecht aan” in het artikel 12<sup>ter</sup>?

Art. 32 van het huishoudelijk reglement bepaalt verder: “§ 3. de motivering behandelt ook, in de beslissing zelf of in een bijgevoegd document, de eventuele opmerkingen van de geraadpleegde personen overeenkomstig hoofdstuk 4”. De verwijzing naar hoofdstuk 4 betreft de behandeling van de eventuele opmerkingen van de geraadpleegde personen. FEBEG had hierbij voorgesteld om de volgende precisering toe te voegen: “rekening houdende met het vertrouwelijk karakter van de commercieel gevoelige inlichtingen en/of gegevens van persoonlijke aard”. Dergelijke toevoeging is evenwel niet nodig en

---

<sup>3434</sup> CREG, Huishoudelijk reglement van 4 december 2015, <http://www.creg.info/pdf/Diversen/Z1472NL.pdf>, 16.

zelfs ongewenst. De motieven van de CREG moeten zich nu eenmaal kunnen steunen op vertrouwelijke commercieel gevoelige informatie en/of gegevens van persoonlijke aard.<sup>3435</sup> Deze vertrouwelijkheid speelt bovendien enkel bij de publicatie, dus in een **later** stadium. Dus pas wanneer de beslissing wordt bekendgemaakt, is de CREG gehouden de vertrouwelijkheid van commercieel gevoelige informatie en/of persoonsgegevens te vrijwaren. Het is ook om die reden dat de CREG de bepalingen inzake vertrouwelijkheid in een apart hoofdstuk van het huishoudelijk reglement heeft opgenomen.<sup>3436</sup>

**1110.** Verder voorzien de Elektriciteits- en Gaswet ook nog in een aantal bijzondere motiveringsverplichtingen:<sup>3437</sup>

Artikel 7sexies, § 2 (met betrekking tot een strategische reserve) stelt bijvoorbeeld dat de CREG uiterlijk dertig werkdagen na ontvangst van het rapport bedoeld in § 1, een advies uitbrengt dat uitdrukkelijk en op **gemotiveerde** wijze aangeeft of de prijs van de door de netbeheerder voorgestelde combinatie van offertes voor de levering van strategische reserves al dan niet manifest onredelijk is. Artikel 10, § 2<sup>quater</sup>, laatste lid van de Elektriciteitswet, bepaalt bijvoorbeeld dat in het kader van de certificering van de transmissienetbeheerder dat de definitieve beslissing van de CREG en het advies van de Europese Commissie samen worden gepubliceerd. Wanneer de definitieve beslissing van het advies van de Europese Commissie verschilt, geeft en publiceert de CREG, samen met de beslissing, de **motivering** van deze beslissing.<sup>3438</sup> Artikel 12, § 3 stelt dat de CREG haar ontwerp van tariefmethodologie, het geheel van de stukken met betrekking tot het overleg met de netbeheerder alsook alle documenten die zij noodzakelijk acht voor de **motivering** van haar beslissing met betrekking tot de tariefmethodologie meedeelt aan de Kamer van volksvertegenwoordigers. Richtsnoer 9 bepaalt dat de normale vergoeding van in de gereguleerde activa geïnvesteerde kapitalen de netbeheerder in staat moet stellen om de noodzakelijke investeringen voor de uitoefening van zijn opdrachten te verwezenlijken. In geval van onderscheid in behandeling van de kapitalen of van de duur van de afschrijvingen tussen de netbeheerders, wordt het onderscheid naar behoren **gemotiveerd** door de CREG.<sup>3439</sup> Richtsnoer 16 uit de Elektriciteitswet stelt dat de CREG iedere beslissing die gebruik maakt van vergelijkende technieken kwalitatieve parameters integreert en gebaseerd is op homogene, transparante, betrouwbare gegevens en gegevens die gepubliceerd zijn of integraal mededeelbaar zijn in de **motivering** van de beslissing van de commissie.<sup>3440</sup> Verder onderzoekt de CREG het tariefvoorstel en beslist de commissie over de goedkeuring van deze en deelt haar **gemotiveerde beslissing** mee aan de netbeheerder met inachtneming van de invoerings- en goedkeuringsprocedure voor de tarieven.<sup>3441</sup> Art. 12, § 8, lid 1, 4<sup>o</sup>, lid 2 van de Elektriciteitswet bepaalt nog dat de commissie binnen een redelijke termijn na ontvangst van het tariefvoorstel of, in voorkomend geval, binnen een redelijke termijn na ontvangst van de antwoorden en de bijkomende inlichtingen van de netbeheerder, de netbeheerder op de hoogte van haar beslissing tot goedkeuring van zijn voorstel of van haar ontwerp van beslissing tot weigering van het betrokken tariefvoorstel, vergezeld van het betrokken budget. In haar ontwerp van beslissing tot weigering van het tariefvoorstel, vergezeld van het budget, geeft de commissie op **gemotiveerde wijze** aan welke punten de netbeheerder moet aanpassen om een beslissing tot goedkeuring van de commissie te verkrijgen.<sup>3442</sup> Art. 26, § 1 bepaalt verder nog, in eerder algemene bewoordingen dat de CREG kan vorderen om haar alle nodige informatie te verstrekken, voor zover zij

<sup>3435</sup> De rechter moet immers ten volle kunnen toetsen of de beslissing afdoende gemotiveerd is.

<sup>3436</sup> CREG, Huishoudelijk reglement van 4 december 2015, <http://www.creg.info/pdf/Diversen/Z1472NL.pdf>, 16.

<sup>3437</sup> Waarvan er hier enkele op louter exemplatieve wijze worden weergegeven.

<sup>3438</sup> In gelijkaardige bewoordingen: artikel 8, § 4<sup>quater</sup>, laatste lid van de Gaswet; zie ook nog de artikelen 10, § 2<sup>ter</sup>, leden 4 en 7 van de Elektriciteitswet en 8, § 4<sup>ter</sup>, leden 4 en 7 van de Gaswet.

<sup>3439</sup> Artikel 12, § 5, 9<sup>o</sup> van de Elektriciteitswet en artikel 15/5<sup>bis</sup>, § 5, 9<sup>o</sup> van de Gaswet.

<sup>3440</sup> Artikel 12, § 5, 16<sup>o</sup> van de Elektriciteitswet en artikel 15/5<sup>bis</sup>, § 5, 16<sup>o</sup> van de Gaswet.

<sup>3441</sup> Artikel 12, § 7 van de Elektriciteitswet en artikel 15/5<sup>bis</sup>, § 7 van de Gaswet.

<sup>3442</sup> Artikel 15/5<sup>bis</sup>, § 8, lid 1, 4<sup>o</sup>, lid 2 van de Gaswet.

haar verzoek motiveert.<sup>3443</sup> Tenslotte, wordt nog bepaald dat de Geschillenkamer beslist met een gemotiveerde administratieve beslissing over de aangelegenheden die bij haar aanhangig worden gemaakt.<sup>3444</sup>

### 1.3.3.2. VREG

**1111.** Art. 4.1.30, § 1 van het Energiedecreet bepaalt dat de VREG een tariefmethodologie opstelt. De VREG motiveert daarbij volledig en op omstandige wijze zijn tariefbeslissingen, zowel op het vlak van de tariefmethodologieën als op het vlak van de tarieven. Indien een beslissing op economische of technische overwegingen steunt, maakt de motivering melding van alle elementen die de beslissing rechtvaardigen. Indien deze beslissingen op een vergelijking steunen, omvat de motivering alle gegevens die in aanmerking werden genomen om deze vergelijking te maken (§ 3). De VREG publiceert nadien op zijn website ook de toepasselijke tariefmethodologie zelf, het geheel van de stukken met betrekking tot het overleg met de distributienetbeheerders, het gemotiveerd consultatieverslag, en alle documenten die nuttig worden geacht voor de motivering van de beslissing van de VREG over de tariefmethodologie.<sup>3445</sup> Nadien onderzoekt de VREG de tariefvoorstellen en beslist de regulator over de goedkeuring ervan en deelt zijn gemotiveerde beslissing mee aan de distributienetbeheerder.<sup>3446</sup> Ook de tarieven en hun motivering worden na hun goedkeuring op de website gepubliceerd.<sup>3447</sup>

**1112.** In tegenstelling tot bij de CREG (art. 23, § 2*bis* van de Elektriciteitswet) voorziet het Energiedecreet echter niet in een algemene motiveringsplicht. Enkel voor wat de tarieven betreft wordt uitdrukkelijk vermeld dat de VREG zowel de individuele als de reglementaire beslissingen **volledig** en op **omstandige wijze** dient te motiveren. Zowel het huishoudelijk reglement als bovenvermelde mededeling bevatten geen bijkomende toelichting inzake de motivering van beslissingen door de regulator. Het Energiedecreet bepaalt enkel nog dat de VREG geschillen met een gemotiveerde, bindende beslissing binnen twee maanden na ontvangst van de klacht beslecht.<sup>3448</sup>

**1113.** Tot slot kan nog een korte opmerking worden gemaakt. Aangezien het momenteel onduidelijk is of de VREG nog bestempeld kan worden als een administratieve overheid, is het betwistbaar dat de wet van 29 juli 1991 nog van toepassing is op de VREG. Het verdient dan ook de aanbeveling om een algemene bepaling, gelijkaardig aan art. 23, § 2*bis* van de Elektriciteitswet, in

---

<sup>3443</sup> Artikel 15/16, § 1 van de Gaswet.

<sup>3444</sup> Geen equivalente bepaling in de Gaswet.

<sup>3445</sup> Art. 4.1.31, § 4 van het Energiedecreet.

<sup>3446</sup> Art. 4.1.33, § 2 van het Energiedecreet.

<sup>3447</sup> Art. 4.1.33., § 5 van het Energiedecreet.

<sup>3448</sup> Art. 3.1.4/3 van het Energiedecreet.

het Energiedecreet op te nemen. Dit om te vermijden dat er, weliswaar onbedoeld, een beperkte lacune zou kunnen ontstaan.<sup>3449</sup>

#### 1.3.4. *Rechterlijke toetsing*

**1114.** De motiveringsplicht ten aanzien van de energieregulatoren is strenger dan die vervat in de wet van 29 juli 1991. Ten eerste moeten de energieregulatoren er immers voor zorgen dat de feitelijke en juridische gronden waarop de beslissing is gesteund in de individuele beslissingen zelf moeten worden veruitwendigd, maar moeten ze dit ook doen voor reglementaire beslissingen. Bovendien wordt van hen een **volledige** motivering verwacht (i.p.v. een afdoende). Met name dient in de motivering het geheel van de elementen worden opgenomen waarop de beslissing gesteund is en moeten de regulatoren de gevolgen die zij al dan niet geven aan opmerkingen rechtvaardigen in hun eindbeslissing. Iedere beslissing in het kader van de tariefmethodologie die gebruik maakt van vergelijkende technieken, moet bovendien kwalitatieve parameters integreren en moet gebaseerd zijn op homogene, transparante, betrouwbare gegevens en gegevens die gepubliceerd zijn of integraal mededeelbaar zijn in de motivering van de beslissing van de commissie. Om te spreken van een “volledige motivering” zal het dus aangewezen zijn dat ook de volledige vergelijking ter motivering wordt opgenomen. Aangezien de wet uitdrukkelijke motivering bestuurshandelingen slechts van toepassing is op bijzondere regelingen in zoverre deze regelingen minder streng zijn, is de vraag of de wet nog wel van toepassing is.

**1115.** In het arrest van 6 februari 2013 stelt het Hof van beroep te Brussel (*supra* nr. 942) dat de uitdrukkelijke motiveringsplicht waaraan de CREG krachtens de wet van 29 juli 1991 onderworpen is bij het nemen van beslissingen, moet worden uitgelegd in het licht van het desbetreffende voorschrift van de Richtlijn 2009/72/EG. Uit artikel 37(16) vloeit voort dat de redengeving voor de beslissingen die de regulerende instantie neemt volkomen dient te zijn in alle onderdelen ervan en dat de beslissing geheel moet kunnen worden verantwoord.<sup>3450</sup> Het Hof legt de klemtoon nadien op het feit dat de volledige motivering voornamelijk gelinkt is met de omvang van de rechterlijke toetsing. Het Hof vervolgt namelijk dat de verplichting door de Europese regelgever wordt geplaatst in het perspectief van de rechterlijke toetsing, hetgeen impliceert dat de motivering van de beslissing tenminste toereikend dient te zijn opdat de rechterlijke instantie op grond van de elementen die in de beslissing zijn aangegeven de haar toevertrouwde rechtsmacht behoorlijk zou

---

<sup>3449</sup> Zo moeten bijvoorbeeld beslissingen tot het opleggen van een administratieve geldboete onder de wet van 29 juli 1991 afdoende en uitdrukkelijk gemotiveerd worden. Wanneer de wet evenwel niet meer van toepassing zou zijn, mag dit er niet in resulteren dat de VREG een beslissing tot het opleggen van een administratieve geldboetes niet meer uitdrukkelijk zou moeten motiveren. Dit geldt bv. ook voor de beslissingen genomen met betrekking tot het toezicht en de controle op de naleving van de technische reglementen. Dergelijke lacune zou bijgevolg onwenselijk zijn, zowel ten aanzien van de regulator, als ten aanzien van de marktpartijen, als ten aanzien van de rechter.

<sup>3450</sup> Brussel 6 februari 2013, *MER* 2013, afl. 4, 254, overw. 63 noot T. CHELLINGSWORTH en C. DELAGAYE.



kunnen uitoefenen. Artikel 29*bis* van de Elektriciteitswet kent het Hof namelijk volle rechtsmacht toe, hetgeen betekent dat het Hof bij de beoordeling alle voor de zaak relevante feiten en rechtsregels in aanmerking neemt. Hof stelt dat "binnen de grenzen van het door de eiseressen ingestelde verhaal, en onverminderd het gegeven dat de Elektriciteitswet tot de openbare orde behoort, dat het toetst of de voorschriften die het beslissingstraject aangaan en in zake motivering zijn in acht genomen, of de feiten juist zijn vastgesteld, of er al dan niet reden bestaat om aan te nemen dat de CREG die feiten kennelijk onjuist heeft beoordeeld dan wel of de grenzen van zijn bevoegdheid zijn overschreden. Het toezicht omtrent de feiten betreft niet enkel hun materiële juistheid, maar ook hun betrouwbaarheid en onderlinge samenhang. Het strekt er verder toe na te gaan of de door de CREG aangegeven feiten het relevante kader vormen en of ze de conclusies die zij er heeft uit getrokken kunnen schragen".<sup>3451</sup>

Het Hof van beroep te Brussel verwijst hier duidelijk naar de Tetra-Laval standaard bij de toetsing aan de feiten en maakt daarbij uitdrukkelijk de link tussen de **volledige motivering** van de beslissing en de **volledige toetsing** aan deze feiten. Dit wil dus zeggen dat de energieregulators op ondubbelzinnige en nadrukkelijke wijze in hun motivering te kennen moeten geven welke correcte, relevante en betrouwbare feiten zij in acht hebben genomen, op welke manier deze feiten volgens de regulator samenhangen, hoe de regulator deze feiten heeft beoordeeld, welke grenzen hij daarbij in acht moest nemen en of de feiten de conclusies die hij er uit heeft getrokken konden schragen.

**1116.** In het arrest van 6 februari 2013 besloot het Hof van beroep te Brussel dat de beslissing van de CREG op de drie door eiseressen betwiste tariefonderdelen **geen enkele motivering** vermeldt. De gegevens die door Elia zijn aangegeven in haar tariefvoorstel ondervangen volgens het Hof die lacune niet aangezien dit voorstel geen deel uitmaakt van de bestreden beslissing. De vaststelling dat die tariefonderdelen overeenstemmen met hetgeen op dat punt met de voorlopige methodes werd beslist kan evenmin als motivering worden beschouwd, aangezien die bepalingen volgens het hof evenmin waren gemotiveerd.<sup>3452</sup>

Het feit dat de drie niet-gemotiveerde tariefonderdelen overeenstemmen met hetgeen in het voorlopige methodenbesluit werd beslist volstond met andere woorden niet als motivering indien dit voorlopige methodenbesluit ook **zelf** niet gemotiveerd was. Dus in het kader van de volledige motiveringsplicht, dient de regulator enerzijds de motivering volledig op te nemen in het uiteindelijke

---

<sup>3451</sup> Brussel 6 februari 2013, *MER* 2013, afl. 4, 254, overw. 64 noot T. CHELLINGSWORTH en C. DELAGAYE.

<sup>3452</sup> Brussel 6 februari 2013, *MER* 2013, afl. 4, 254, overw. 66 noot T. CHELLINGSWORTH en C. DELAGAYE.

besluit (hetgeen hier volgens het hof niet het geval was)<sup>3453</sup>, of kan de regulator anderzijds verwijzen naar het voorlopige methodenbesluit, op voorwaarde dat dit voorlopige besluit ook volledig gemotiveerd is (hetgeen hier ook volgens het hof niet het geval was)<sup>3454</sup>. De regulator kan zich ook niet steunen op gegevens vermeld in het tariefvoorstel, maar moet zelf die gegevens opnemen in de beslissing. Dit vloeit ook voort uit de Tetra-Laval standaard: alle gegevens en feiten waarop de beslissing wordt gesteund moeten worden opgenomen om rechterlijke toetsing mogelijk te maken.

Het geniet de voorkeur om ook het voorlopige besluit afdoende te motiveren aangezien deze werkwijze er reeds in de voorbereidende fase voor zorgt dat er meer transparantie en duidelijkheid is ten aanzien van de netbeheerders. Sowieso dient de definitieve beslissing van de regulator tot vaststelling van een berekeningsmethode voor transmissie- of distributienettarieven "*volledig gemotiveerd*" te worden. Zo niet, zal niet alleen die beslissing zelf, maar ook de daarop gebaseerde individuele tariefbeslissingen.<sup>3455</sup>

**1117.** De motivering door de energieregulators wordt dus niet zozeer bepaald door de wet van 29 juli 1991, hoewel de motivering eveneens afdoende moet zijn (pertinent, feitelijke en juridisch juist en evenredig), maar vooral door de Elektriciteitswet (in navolging van de richtlijnen). Het gaat ook duidelijk om een formele motiveringsplicht aangezien ook de Elektriciteits- en Gaswet duidelijk vereisen dat de motivering moet worden opgenomen in de beslissing of als aangehecht document en niet kan worden afgeleid uit het volledige dossier.

**1118.** CHELLINGSWORTH en DELAGAYE stellen in dit verband dat:

"Dit [cf. de volledige motivering] mag op het eerste gezicht verregaand lijken. Vanuit staatsrechtelijk oogpunt is het o.i. echter logisch. Een energieregulator is een gespecialiseerde administratie die onafhankelijk is en ook moet zijn, niet alleen van de energiesector maar ook van de overheid. De specialisatie en onafhankelijkheid van een regulator vormen zijn verdienste en sterkte. Die onafhankelijkheid is echter tevens een zwakte, in zoverre een **niet-democratisch gelegitimeerde**, noch **verantwoordingsplichtige** instantie over belangrijke beleidsbevoegdheden beschikt, waarvan de uitoefening verregaande gevolgen heeft voor alle actoren op de energiemarkten. De versterkte motiveringsplicht uit artikel 37, zestiende lid DER lijkt geen "legistiek ongeluk" te zijn, maar wel een bewuste keuze van de Europese wetgever. Het is een van de "checks and balances" die een tegenwicht vormen voor de verregaande bevoegdheden van de onafhankelijke regulator".

Zoals in de vorige hoofdstukken reeds uitvoerig werd benadrukt, zijn de energieregulators, wanneer zij rechtstreeks onder toezicht staan van het parlement, wel degelijk democratisch gelegitimeerde entiteiten. De stelling van de auteurs dat een energieregulator een "niet-democratisch gelegitimeerde,

<sup>3453</sup> "de beslissing van de CREG op de drie door eiseressen betwiste tariefonderdelen geen enkele motivering vermeldt"

<sup>3454</sup> "De vaststelling dat die tariefonderdelen overeenstemmen met hetgeen op dat punt met de voorlopige methodes werd beslist kan evenmin als motivering worden beschouwd, aangezien die bepalingen evenmin waren gemotiveerd".

<sup>3455</sup> T. CHELLINGSWORTH en C. DELAGAYE, "Het arrest over de Elia-tarieven 2012-2015: een vernietigende handleiding voor toekomstige tariefregulering" (noot onder Brussel 6 februari 2013), *MER* 2013, afl. 4, 266.

noch verantwoordingsplichtige instantie" is, is ook *de jure* niet correct aangezien de regulatoren op verschillende wijze verantwoording afleggen: zowel democratisch (via het parlement), juridisch (via de rechter), als publiek (via stakeholderoverleg). De auteurs geven dit zelf ook aan: "het is een van de "checks and balances" die een tegenwicht vormen voor de verregaande bevoegdheden van de onafhankelijke regulator". Indien er tegenwichten aanwezig zijn, kan er toch geen sprake zijn van een niet-verantwoordingsplichtige instantie? Ook staatsrechtelijk kunnen dergelijke bevoegdheden aan energieregulatoren worden toegekend. De onafhankelijkheid is eerder een sterkte, die echter niet dermate sterk mag worden waardoor de regulator in een vacuüm opereert. De onafhankelijkheid moet dan ook gebalanceerd worden via verantwoordingsplichten. De volledige motivering faciliteert daarbij de juridische verantwoordingsplicht, via de volle toets uitgeoefend door de rechtscolleges.

**1119.** Aangezien de bepalingen uit de Elektriciteits- en Gaswet niet steeds routinematig tot één enkele correcte tariefstructuur leiden, is het essentieel dat de regulator "een coherente en draagkrachtige en door verifieerbare feiten gedragen motivering" kan voorleggen.<sup>3456</sup> Op die manier kan de rechter nagaan of de energieregulator binnen de grenzen van zijn beleidsbevoegdheid is gebleven. Volgens CHELLINGSWORTH en DELAGAYE zal de regulator "duidelijk en gestaafd moeten uitleggen welke kost in welk tarief verrekend wordt en waarom en hoe een bepaalde kost over welbepaalde categorieën netgebruikers verdeeld wordt. Een onduidelijke toelichting over welke kosten een tarief vergoedt of, sterker, tegenstrijdige uitleg hierover van de CREG en de netbeheerder, komen de overlevingskansen van een tariefbeslissing niet ten goede".

Zoals ook LAVRIJSEN *et al.*<sup>3457</sup> stellen beklemtonen ook CHELLINGSWORTH en DELAGAYE terecht dat de expliciete motivering en de kwaliteit van de technische (en juridische) verantwoording door de regulator voor de tariefberekening bepalend is voor de overlevingskansen van haar beslissingen. Dit bleek ook duidelijk uit de arresten van 10 november 2008, 24 november 2008 en 25 maart 2015.<sup>3458</sup>

#### 1.4. Het zorgvuldigheids- en het redelijkheidsbeginsel

**1120.** Er bestaat een link tussen het materiële motiveringsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel. Volgens BOES is er eigenlijk nauwelijks een verschil tussen

<sup>3456</sup> Brussel 25 maart 2015, 2013/AR/1274, onuitg.

<sup>3457</sup> S. LAVRIJSEN, J. EIJKENS en F. CAPKURT, "Rechterlijke toetsing van energieregulering door het CbB en het recht op effectieve rechtsbescherming?", *SEW* 2016, afl. 4, (142) 148: "Het Hof gaat namelijk verder door zich ook te buigen over de feitenkwalificatie, waarbij het Hof de feiten zorgvuldig controleert op consistentie, betrouwbaarheid en volledigheid. Dit betekent ook dat het bestuursorgaan dat handelt op grond van discretionaire bevoegdheden zich niet zonder meer kan verschuilen achter zijn discretionaire bevoegdheden. Dit brengt met zich dat de partij die handelt op basis van discretionaire bevoegdheden haar argumenten meer expliciet dient te motiveren, hetgeen leidt tot meer procedurele transparantie, zodat de rechter de argumenten van partijen vollediger kan toetsen".

<sup>3458</sup> Brussel 10 november 2008, 2007/AR/214, onuitg.; Brussel 24 november 2008, 2007/AR/214, onuitg.; Brussel 25 maart 2015, 2013/AR/1274, onuitg.

beide beginselen.<sup>3459</sup> Het redelijkheidsbeginsel vormt daarbij een aspect van het motiveringsbeginsel. Een afdoende motivering houdt namelijk o.a. in dat de motivering duidelijk, concreet, nauwkeurig, niet tegenstrijdig, draagkrachtig, waarheidsgetrouw, juist, pertinent en volledig moet zijn.<sup>3460</sup> BOES stelt dat als aan al deze eisen is voldaan, dan de ultieme toets volgt waarbij de vraag wordt gesteld of de beslissing "niet kennelijk onredelijk" is.<sup>3461</sup> Bij discretionaire bevoegdheden kan slechts wanneer de motieven zowel feitelijk als juridisch juist zijn, worden nagegaan of ze in redelijkheid aangevoerd kunnen worden.<sup>3462</sup> Het redelijkheidsbeginsel is dus het laatste aspect van het motiveringsbeginsel. Ook de Raad van State beklemt toont dit:

"Het past om **eerst** de onderdelen met betrekking tot de formele **motivering** en met betrekking tot de materiële **motivering** en de zorgvuldige **feitenvinding** te beoordelen, om dan pas de redelijkheid van de bestreden beslissing te beoordelen. De vraag of het redelijkheidsbeginsel is geschonden, is immers pas aan de orde wanneer vaststaat dat de bestreden beslissing op zorgvuldige wijze tot stand gekomen is en op deugdelijke **motieven** steunt – hetgeen de verzoekende partij nu niet betwist met de door haar aangevoerde schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motivering".<sup>3463</sup>

De redelijkheidstoets toetst daarbij of er al dan niet sprake is van een wanverhouding tussen de motieven en de inhoud van een beslissing. De toetsing aan de redelijkheid houdt onvermijdelijk ook een toetsing van de opportuniteit in.<sup>3464</sup> Dit zorgt ervoor dat deze toets met **terughoudendheid** moet worden uitgevoerd. In Nederland is er binnen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet echt sprake van een redelijkheidsbeginsel,<sup>3465</sup> wel van een evenredigheidsbeginsel.<sup>3466</sup> De rechter mag hierbij volgens PENNARTS **slechts toetsen** of het resultaat van de belangenafweging door het bestuur een juridisch correct resultaat heeft opgeleverd, niet of het resultaat het beste resultaat is. De functie van de rechter is een controlerende functie, waarbij de vraag gesteld moet worden of het bestuursorgaan mocht beslissen zoals het gedaan heeft gezien de ruimte die de bevoegdheid aan het bestuur geeft.<sup>3467</sup> AELEN benoemt wel "de redelijk handelend (markt)toezichthouder" als een beginsel van behoorlijk toezicht. Dit heeft volgens de auteurs echter eerder betrekking op de privaatrechtelijke aansprakelijkheidsnorm die aanleiding zou

<sup>3459</sup> M. BOES, "Het redelijkheidsbeginsel", in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (175) 179.

<sup>3460</sup> D. MAREEN, "Het motiveringsbeginsel", in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (131) 142.

<sup>3461</sup> M. BOES, "Het redelijkheidsbeginsel", in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (175) 179.

<sup>3462</sup> D. MAREEN, "Het motiveringsbeginsel", in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (131) 156.

<sup>3463</sup> RvS 8 mei 2014, nr. 227.331.

<sup>3464</sup> M. BOES, "Het redelijkheidsbeginsel", in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (175) 178.

<sup>3465</sup> ADDINK verwijst wel naar een redelijkheidsbeginsel, dat onder meer de verplichting omvat om een beleid te voeren dat voldoet aan eisen van redelijkheid en billijkheid. Zie G. ADDINK, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer, Kluwer, 1999, 97.

<sup>3466</sup> J. IN 'T VELD, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1985, XXX; H. PENNARTS, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Apeldoorn, Maklu, 2008, 137-139.

<sup>3467</sup> H. PENNARTS, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Apeldoorn, Maklu, 2008, 139.

kunnen geven tot het betalen van een schadevergoeding, en dus op het zorgvuldigheidsbeginsel.<sup>3468</sup>

**1121.** Het zorgvuldigheidsbeginsel heeft betrekking op het respecteren van deze algemene zorgvuldigheidsnorm. Het gedrag van de overheid zal moeten worden vergeleken met dat van enig andere normaal voorzichtige en redelijk handelende overheid. Daarbij moet het begrip "normaal, voorzichtig en redelijk handelend" op zich naar *redelijkheid* worden ingevuld, wat wil zeggen dat onder omstandigheden ook een "normaal, voorzichtig en redelijk handelend" persoon of bestuur zich kan vergissen en niemand onfeilbaar is.<sup>3469</sup> Dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur nauw met elkaar verweven zijn, blijkt uit de link tussen het zorgvuldigheidsbeginsel en de andere ABBB. Zo stelt OPDEBEEK dat de schending van elk beginsel van behoorlijk bestuur dat een bepaalde gedragsnorm oplegt, terug kan worden gebracht tot een schending van de zorgvuldigheidsnorm zodat deze beginselen in wezen herleid kunnen worden tot de algemene zorgvuldigheidsplicht.<sup>3470</sup> In die zin vormen, ten aanzien van het bestuur, de ABBB jurisprudentiële concretisering van de vage zorgvuldigheidsnorm (art. 1382 BW). Het zorgvuldigheidsbeginsel behoudt evenwel zijn zelfstandig karakter omwille van de veelomvattende toepasbaarheid.<sup>3471</sup> In Nederland geeft men een iets andere invulling aan het zorgvuldigheidsbeginsel. Het formeel zorgvuldigheidsbeginsel omvat drie aspecten: de deugdelijkheid en omvang van het voorafgaand feitenonderzoek,<sup>3472</sup> het horen van de betrokkenen,<sup>3473</sup> het omgaan met adviezen.<sup>3474</sup> Het materieel zorgvuldigheidsbeginsel houdt in dat overheidsmaatregelen zo min mogelijk schade mogen veroorzaken.<sup>3475</sup>

**1122.** Er wordt op een aantal plaatsen in de Elektriciteitswet verwezen naar het **redelijkheidsbeginsel**:

---

<sup>3468</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2014, 181 en 189.

<sup>3469</sup> K. LEUS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (101) 105-106.

<sup>3470</sup> I. OPDEBEEK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, die Keure, 1992, 31-32.

<sup>3471</sup> K. LEUS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (101) 107-108 en 114: "[...] het zorgvuldigheidsbeginsel [is] noodzakelijk juist omdat het veelomvattend is, omdat het wordt ingevuld aan de hand van het criterium van de normaal voorzichtige en redelijk handelende overheid, in dezelfde feitelijke omstandigheden geplaatst, en betrekking heeft op om het even welke (overheids)activiteit. Het past zich zoals gezegd aan aan de wijzigingen van het menselijk gedrag en aan de maatschappij (en het rechtsbewustzijn) waarin het leeft en is dus bij uitstek evolutief".

<sup>3472</sup> H. PENNARTS, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Apeldoorn, Maklu, 2008, 29: "Het bestuur kan slechts een rechtens correct besluit nemen indien het op de hoogte is van alle voor het te nemen besluit relevante feiten en omstandigheden. Het zorgvuldigheidsbeginsel eist dat het bestuur het nemen van het besluit zorgvuldig voorbereid door er zorg voor te dragen dat de relevante feiten en omstandigheden bij het bestuursorgaan bekend (kunnen) zijn".

<sup>3473</sup> Waar de hoorplicht in België een apart ABBB vormt. Over het belang van het horen en stakeholderconsultatie zie ook S. LAVRIJSEN, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 278: "Bij de beoordeling of een besluit goed is voorbereid, zou het CBB ook moeten beoordelen of de belanghebbenden adequate mogelijkheden hebben gehad de aard van hun belang uiteen te zetten. Dit stelt de rechter in staat een oordeel te vormen over de vraag of de toezichthouder een gedegen onderzoek heeft gedaan naar de diversiteit van de relevante belangen en of de verschillende belangen op een evenwichtige wijze zijn afgewogen".

<sup>3474</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2014, 176.

<sup>3475</sup> H. PENNARTS, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Apeldoorn, Maklu, 2008, 145: "Schade ten gevolge van een overigens rechtmatig besluit die redelijkerwijs niet of niet geheel ten laste van betrokkene behoort te blijven moet door de overheid vergoed worden: de zogenaamde nadeelcompensatie". Er is dus sprake van materiële onzorgvuldigheid wanneer de overheid zwaardere lasten op iemand legt dan in dat strikt geval noodzakelijk.

"Er wordt rekening gehouden met de bestaande objectieve verschillen tussen transmissienetbeheerders die niet kunnen worden weggewerkt op initiatief van de netbeheerder. Iedere beslissing die gebruik maakt van vergelijkende technieken integreert kwalitatieve parameters en is gebaseerd op homogene, transparante, betrouwbare gegevens en gegevens die gepubliceerd zijn of integraal mededeelbaar zijn in de motivering van de beslissing van de commissie. Het **redelijk karakter van de kosten** wordt beoordeeld door vergelijking met de overeenstemmende kosten van bedrijven die een vergelijkbare activiteit hebben onder vergelijkbare omstandigheden en rekening houdend met de reglementaire of gereguleerde specificiteit die bestaan onder andere in de uitgevoerde internationale vergelijkingen."<sup>3476</sup>

"Op basis van het verslag van de netbeheerder, stelt de commissie, [...] een verslag op dat uitdrukkelijk en op gemotiveerde wijze aangeeft of de prijzen die worden aangeboden voor de ondersteunende diensten al dan niet **manifest onredelijk** zijn."<sup>3477</sup>

De rechter met volle rechtsmacht kan op ruime wijze toetsen aan het recht en de feiten. De rechter mag daarbij evenwel niet raken aan de opportuniteit van de beslissing, aangezien hij daarmee de discretionaire bevoegdheden van de regulator zou kunnen aantasten of uithollen. Dat het evenwel **niet evident** is om deze opportuniteitsgrens te bewaken bij een ruime toetsing aan de feiten gecombineerd met een toetsing aan het redelijkheidsbeginsel, blijkt nadrukkelijk uit twee arresten van het Hof van beroep te Brussel.

**1123.** Het arrest van 14 september 2010 (*supra* nr. 939)<sup>3478</sup> heeft betrekking op de door de CREG uitgeoefende *ex-ante* controle van een gebudgetteerde uitgave en de *ex-post* controle van dezelfde gedane uitgaven.<sup>3479</sup>

"Uit de voorliggende dorssierstukken blijkt volgens het Hof dat "eiseres een tariefvoorstel met budget heeft ingediend waarbij een bedrag van [...] euro werd gebudgetteerd voor de onkostenpost 'vergoeding raad van Bestuur. Deze budgetpost heeft tot geen enkele kritiek of bemerking vanwege de Creg aanleiding gegeven tijdens de procedure [...]. Hierover kan dus alleen maar worden aangenomen dat de Creg geen onredelijkheid in die geplande uitgave heeft vastgesteld".<sup>3480</sup>

<sup>3476</sup> Artikel 12, § 5, 16° van de Elektriciteitswet.

<sup>3477</sup> Art. 12<sup>quinquies</sup>, § 1 van de Elektriciteitswet.

<sup>3478</sup> Brussel 14 september 2010, *MER* 2011, afl. 3, 200.

<sup>3479</sup> Brussel 14 september 2010, *MER* 2011, afl. 3, 200: "Artikel 23 van het Tarievenbesluit (oud), dat een onderdeel vormt van de maatregelen bedoeld voor de kostenbeheersing, stelt het *ex ante* mechanisme in volgens hetwelk de CREG kan voorkomen dat onredelijke kosten zouden verrekend worden in de tarieven. Zulks wordt bewerkstelligd via de toetsing van de 'redelijkheid' van de kosten die worden begroot en op basis waarvan de tarieven worden vastgesteld. Dezelfde bepaling schrijft voor dat de redelijkheid van de kosten onder meer dient te worden getoetst op grond van vergelijkende gegevens, met name de overeenstemmende kosten van gelijkaardige ondernemingen".

<sup>3480</sup> Brussel 14 september 2010, *MER* 2011, afl. 3, 200. Die vaststelling ligt volgens het Hof in lijn met het eerder standpunt dat de CREG op 19 april 2005 heeft meegedeeld in een schrijven aan eiseres, waarbij ze meedeelde dat bij de benchmarking de prestaties van eiseres niet konden afgemeten worden aan deze van andere distributienetbeheerder. De reden hiervoor is dat de distributienetbeheerder op de nationale luchthaven gebonden is door specifieke kwaliteitsvereisten die de luchthavenexploitant heeft geformuleerd voor de uitbating van de luchthaveninstallaties: "De Creg besloot die brief als volgt: *Op basis van de haar thans bekende feiten, is de Creg van mening dat geen andere distributiebeheerder onderworpen is aan dergelijke, bijkomende en specifieke verplichtingen, opgelegd door één van haar gebruikers/afnemers en dit dan nog via een dergelijke uitgebouwde regelgeving, en die het algemeen belang als één van haar doelstellingen heeft. Daarom heeft het Directiecomité van de Creg in zijn vergadering van 7 april 2005 beslist haar beslissing (B) 041220-CDC-211/2 van 20 december 2004 in die zin te herroepen dat zij zich niet langer voorneemt om de redelijkheid van de kosten van DNB BA te zullen vergelijken met de overeenstemmende kosten van de overige Belgische distributienetbeheerders omdat deze laatste, gezien het hiervoor geschetste eigen en voornamelijk unieke karakter van DNB BA, niet als 'gelijkaardige ondernemingen' kunnen beschouwd worden in de zin van artikel 23 van het koninklijk besluit van 11 juli 2002*".

De CREG wijst op haar **discretionaire bevoegdheden** en stelt dat zij over de mogelijkheid beschikt om in vergelijking met de uitgaven van andere distributienetbeheerders uitgaven te verminderen, ook al werden die opgenomen in het budget. Geen enkel voorschrift zou, volgens de CREG, haar verbieden om *ex-post* gedane uitgaven te verwerpen die ze *ex-ante* budgettair had goedgekeurd.

Het Hof stelt dat het geen twijfel lijdt dat de CREG bij het onderzoek dat aan de vaststelling van een bonus of malus voorafgaat, gedane uitgaven kan verwerpen en bijgevolg correcties kan aanbrengen in de exploitatierekening. De norm die daarbij behoort te worden toegepast is die van de redelijkheid. Verder is de CREG volgens het Hof "bij de uitoefening van die bevoegdheid onderworpen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zoals elke andere administratieve overheid". Volgens het Hof is het met het **redelijkheidbeginsel** in de regel niet verenigbaar dat een uitgave die naar aard en omvang beantwoordt aan een *ex ante* goedgekeurde begrotingspost, *ex post* alsnog wordt verworpen:

"Er anders over oordelen zou betekenen dat een distributienetbeheerder nooit over de zekerheid zou beschikken dat een uitgave die hij onder dekking van een bekomen goedkeuring doet ook volledig in het resultaat van de toepassing van door de Creg vastgestelde tarieven zal worden verrekend. Zulks zou met het **redelijkheids- en het vertrouwensbeginsel niet te verenigen** vallen".

"Valt uit het bedoelde voorschrift af te leiden dat de regulator een netbeheerder kan verplichten om voorwaarden, tarieven of methoden te wijzigen ter wille van de evenredigheid, dan hoeft dit geenszins te betekenen dat hij zulks retroactief zou kunnen bewerkstelligen".

"Het Hof stelt verder dat "betreffende de uitgave de Creg tijdens de controle van de exploitatierekening niet heeft vastgesteld dat ze geen effectieve prestaties dekt of dat deze niet in verhouding kunnen staan tot de omvang van de uitgave. Integendeel stelt de beslissing enkel vast dat de vergoedingsregeling die werd toegepast niet enkel presentiegelden dekt, maar ook een forfaitaire component omvat, hetgeen niet het geval is voor de andere distributienetbeheerders. Navolgend wordt de uitgave beperkt tot de gemiddelde presentievergoeding die de bestuurders van de andere distributienetbeheerders ontvangen, per gehouden vergadering".

Het Hof vervolgt dat de eiseres met reden aanvoert dat de CREG bij een beslissing van 19 april 2005 nochtans heeft gesteld dat zij de andere DNB's niet als 'gelijkaardige ondernemingen' beschouwde wegens de specificiteit van eiseres. Zou de CREG van oordeel geweest zijn dat die beslissing haar niet verbindt, dan stond het haar, aldus het hof, om aan te geven welke wijzigingen in de toestand van eiseres een gewijzigd inzicht kunnen verantwoorden. Bij **ontstentenis** van **redengeving** die aangeeft waarom de andere DNB's niettemin in een benchmarking van de geïncrimineerde uitgave worden betrokken, konden zij niet als een 'gelijkaardige onderneming' in aanmerking worden genomen om de redelijkheid van de uitgave te toetsen.

Het Hof voert ook nog aan dat de eiseres er terecht op wijst dat de benchmarking enkel oog heeft voor de toepassing van een

standaardpresentiegeld, maar niet voor de inhoud van de vergoede functies, noch voor de effectieve werklast of verantwoordelijkheid die ermee is gemeed, en zodoende evenmin voor de totale last van een uitgavenpost in functie van het geheel van de onderneming. Ook in dit opzicht blijkt **niet dat vergeleken werd wat vergelijkbaar** is.

De rechter komt in dit arrest met andere woorden tot de conclusie - na een volle toetsing aan de feiten - dat de CREG niet consistent is geweest in de beoordeling van de feiten en de regulator onvoldoende overtuigend heeft aangetoond dat hij goede gronden had om tot de getrokken conclusie te komen. De CREG kon niet zomaar, zonder afdoende motivering, terugkomen op een eerder ingenomen standpunt. De motivering van de regulator was dus niet afdoende ("ontstentenis van redengeving"), waarna het Hof besluit dat de regulator niet vergeleek wat vergelijkbaar was en bijgevolg niet alle relevante gegevens in acht heeft genomen, en dat met het redelijkheidsbeginsel in regel niet verenigbaar is dat een uitgave die naar aard en omvang beantwoordt aan een *ex-ante* goedgekeurde begrotingspost, *ex-post* alsnog wordt verworpen. In dit arrest motiveert de rechter op correcte wijze zijn beslissing. Zoals BOES stelt vormt het redelijkheidsbeginsel immers een aspect van het motiveringsbeginsel. Wanneer de motivering niet afdoende is, is de kans immers ook groot dat de beslissing de ultieme toets waarbij de vraag wordt gesteld of de beslissing "niet kennelijk onredelijk" is, niet doorstaat.

**1124.** Dat de beoordeling van de zorgvuldigheid en de redelijkheid nauw verweven is en op gespannen voet kan komen te staan met de volle toetsing van de feiten blijkt duidelijker uit het arrest van 11 mei 2009 (*supra* nr. 937). Het arrest is gericht tegen een beslissing van de CREG inzake een tariefvoorstel.<sup>3481</sup> De eisende partij betoogt dat "de CREG van haar het onmogelijke vergt, terwijl ze krachtens de verplichting tot kostenbeheersing neergelegd in het Tarievenbesluit enkel tot het 'mogelijke' is gehouden, en dat het 'onmogelijke' opleggen berust op een manifeste beoordelingsfout, onredelijk en ook onzorgvuldig is.[...]. Met de grief voert verzoekster schending aan van artikel 15/5 Gaswet, artikel 25 van het Tarievenbesluit, het gelijkheidsbeginsel, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel."

De CREG voert aan dat de bestreden administratieve beslissing de essentie van haar reguleringsbevoegdheid betreft en dat ze als regulator hierbij over zeer ruime discretionaire bevoegdheid beschikt. De CREG leidt daaruit af dat het hof de beslissing slechts marginaal kan toetsen en zich terughoudend moet opstellen: zodoende zou het hof enkel juridische bepalingen behoren te interpreteren, maar geen eigen beoordeling van de feiten kunnen verstrekken

---

<sup>3481</sup> Brussel 11 mei 2009, 2008/AR/143, onuitg.



waarbij de beoordeling die de regulator hiervan gaf, terzijde wordt geschoven. Het onderzoek door het hof dient volgens haar beperkt te blijven tot de afweging van de "kennelijke beoordelingsfout". Wat de grond van de grief betreft, voert de Creg aan dat:

"ze, na benchmarking, tot de bevinding is gekomen dat de door verzoekster begrote kost in beperkte mate onredelijk was en hem zodoende in die mate heeft verworpen. Die verwerping is volgens haar **niet kennelijk onredelijk** om drie redenen: 75% van de DNB's hebben een betere prijs bekomen, de prijs ligt 20% hoger dan die van de best presterende DNB en niettemin heeft de Creg de prijs voor bijna 90% goedgekeurd. Verder wijst ze er op dat verzoekster een 'monopolist' is en dat de prijs niet resulteert uit een 'normale aanbesteding' om twee redenen: de prijs komt niet ten laste van de aanbesteder maar wordt doorgerekend aan derden en deze laatsten hebben niet de mogelijkheid om van netbeheerder te veranderen of de hen aangerekende prijs te weigeren. Ook merkt ze op dat, zoals alle DNB's, verzoekster structureel verbonden is met de producenten en dat als gevolg hiervan de omstandigheden er niet naar zijn om voordelige prijzen te bekomen: een hoge prijs wordt verrekend aan de eindgebruiker enerzijds en de gemeenten die samenwerken in het verband van verzoekster delen in de gemaakte winst via hun belang in de producent. Betreffende deze grief werpt de Creg ook nog tegen dat alle haar toegezonden informatie werd onderzocht en dat ook een vergelijking werd gemaakt met vergelijkbare kosten van andere netbeheerders. Verder doet de Creg gelden dat ze zich wel degelijk heeft verzekerd dat verzoekster effectief een gunstiger prijs had kunnen bekomen, zodat ze geenszins het onmogelijke heeft geleverd."<sup>3482</sup>

Het Hof van beroep stelt dat de kosten van de diensten en subdiensten in artikel 20, alleen in de tarieven bedoeld in artikel 15/5 §2 van de Gaswet doorgerekend kunnen worden voor zover de CREG ze **niet als onredelijk** heeft verworpen. Over de **redelijkheidstoets** schrijft hetzelfde artikel voor: "De commissie beoordeelt de redelijkheid van deze kosten door ze onder meer te vergelijken met de overeenstemmende kosten van gelijkaardige ondernemingen. Zij deelt de normen en criteria die in rekening genomen werden voor deze evaluatie mee aan de betrokken aardgasdistributienetbeheerder". Zoals eerder vermeld gaat het Hof in op de toetsing met volle rechtsmacht:

"[...] neemt het hof aan dat de Creg als regulator met het oog op de vrijmaking van de elektriciteits- en gasmarkt kan bogen op een ruime vrije beoordelingsmarge. Bij de uitoefening van de volle rechtsmacht ten aanzien van de materiële redengeving van de bestreden beslissing van de Creg heeft het hof alle relevante feiten en rechtsregels in aanmerking te nemen. *In concreto* toetst het hof dan binnen de grenzen van het door verzoekster ingestelde verhaal, en onverminderd het gegeven dat de regelgeving inzake de vrijmaking van de elektriciteitsmarkt tot de openbare orde behoort, of de voorschriften inzake rechtspleging en motivering zijn in acht genomen, of de feiten juist zijn vastgesteld, of er al dan niet reden bestaat om aan te nemen dat de Creg die feiten kennelijk onjuist heeft beoordeeld dan wel of er misbruik van bevoegdheid voorhanden

<sup>3482</sup> De belangrijkste feiten worden in het arrest als volgt weergegeven: "In haar beslissing van 22 november 2007 overwoog het directiecomité van de Creg dat een belangrijk aantal aardgasdistributeurs een eenheidsprijs voor de aankoop van aardgas hebben bedongen die beneden de 25 euro/MWh ligt en in het licht van de redelijkheidstoets uit artikel 25 van het Tarievenbesluit stelt ze: 'het is niet redelijk dat INFRAx en PBE samen er niet zouden in slagen om een vergelijkbare prijs te bekomen op de markt'. In de bestreden beslissing van 19 december 2007 overweegt het directiecomité dat ze op basis van de haar verstrekte informatie genoodzaakt is om het redelijk karakter van de eenheidskost vermeld in het aangepast voorstel te onderzoeken met behulp van een benchmarking analyse. Op basis van deze analyse stelt het directiecomité vast dat 12 van de 16 DNB's, die elk een verschillende ondernemingsgrootte hebben en zich over gans België bevinden, een eenheidsprijs hebben opgegeven die minder bedraagt dan of gelijk is aan 25 €/MWh. De beste prijzen liggen tussen 23 € en 24 €, de gemiddelde bedraagt 25,73 MWh en de gewogen gemiddelde bedraagt 25,02 MWh. Het directiecomité overweegt ook dat het merendeel van die prijzen resulteren uit procedures van openbare aanbesteding en dat ze de door de DNB's op de markt verkregen prijzen reflecteren. Verder stelt ze dat de verkregen prijs afhangt van een groot aantal factoren die ze nader opsomt. Het directiecomité besluit dat 25 €/MWh een representatieve marktprijs is", zie Brussel 11 mei 2009, 2008/AR/143, onuitg., overw. 19.

is [...]. Het toezicht van het hof omtrent de feiten betreft niet enkel hun materiële juistheid, maar ook hun betrouwbaarheid en onderlinge samenhang. Het strekt er verder toe na te gaan of de door de Creg aangegeven feiten het relevante kader vormen en of ze de conclusies die zij er heeft uit getrokken kunnen schragen [...].”

Het Hof stelt dat uit de bestreden beslissingen blijkt dat de CREG aangeeft dat ze de door verzoekster gebudgetteerde prijs heeft getoetst aan die van de andere DNB's en dat ze ook aangeeft welke toetsingsgronden ze heeft gebruikt. In het voorliggende geval is volgens het Hof dan ook **formeel** voldaan aan de voorwaarden. Het Hof vervolgt dat nadien ter beoordeling staat of de elementen die de benchmarking opleverde, de CREG redelijkerwijs tot het besluit konden brengen dat ze een maximale prijs kon vaststellen en dat ze het excedent van de betrokken begrotingskost boven dat plafond effectief als onredelijk diende te verwerpen:

“43. In het algemeen overweegt het hof dat de Creg in haar benchmarking analyse wel gelijkaardige ondernemingen heeft betrokken die geografisch zijn verspreid over het hele Belgische grondgebied, maar dat uit de gegevens waarop het acht kan slaan **niet** blijkt dat die analyse overeenstemmende gegevens heeft opgeleverd inzake **volumes** waarvoor de andere DNB's prijzen hebben kunnen bedingen en inzake de tijdstippen waarop hiertoe werd gecontracteerd. In een marktomgeving die daarenboven wat de aanbodzijde betreft maar door schaarse leveranciers wordt bemand, lijkt beide factoren nochtans een overwegend belang toe te komen bij de afweging van een vergelijking. Het gegeven vermeld in de beslissing betreffende het verschil tussen de gemiddelde prijs en het gewogen gemiddelde -waarbij het volume in aanmerking wordt genomen- dat lager ligt, bevestigt overigens dat het afgenomen volume van belang is ten aanzien van een bepaalde prijs”.

“45. Verder blijkt uit de beslissing niet dat de prijs die verzoekster tijdens het exploitatiejaar 2008 diende te betalen, terdege de marktprijs overtrof die tijdens het jaar 2007 door leveranciers werd geboden voor een volume gas dat overeenstemt met datgene dat gevraagd werd bij de aanbesteding waarvoor verzoekster participeerde”.

“46. Aan te merken valt dat de bewijslast in dit opzicht niet op verzoekster rust, maar op de Creg die oordeelt dat een prijs volgens volume niet de marktprijs reflecteert en als regulator over de middelen beschikt om zulks cijfermatig te staven. **De stelling van de Creg in verband met de marktprijs blijkt in elk geval niet uit het door haar verstrekte overzicht**”.

“47. De Creg reikt geen gegevens aan die er op wijzen dat mocht verzoekster effectief een tentatieve aanbesteding hebben gedaan vanaf april 2007”.

“50. De Creg heeft evenmin onderzocht of andere leveranciers zich mogelijk hebben onthouden om een offerte in te dienen omdat langs de aanbodzijde de markt niet behoorlijk werkt en welke de weerslag hiervan kon zijn op de door verzoekster bekomen offerte”.

“52. Uit de overgelegde dossierstukken blijkt **niet dat de Creg** voor de geïncrimineerde begrotingspost **naar rede** in het algemeen een plafondprijs van 25 euro/MWh, die zelfs lager ligt dan het gemiddelde van hetgeen de DNB's konden bekomen, **als maatstaf** kon **nemen** om een 'marktprijs' te bepalen”.

“53. **Zodoende heeft de Creg bij de beslissing** over de door verzoekster begrote uitgaven wegens sociale leveringen en eigen gebruik **een manifeste beoordelingsfout gemaakt** door een **begrotingspost als onredelijk te verwerpen** in de mate hij die plafondprijs overschrijdt. De beslissingen schenden de door verzoekster aangewezen voorschriften en dienen te worden vernietigd”.

**1125.** De rechter stelt bij zijn volle toets aan de feiten dat de regulator eigenlijk niet alle relevante factoren zorgvuldig heeft vergaard en naar behoren in aanmerking heeft genomen (cf. "volume", "de CREG reikt geen gegevens aan", "de CREG heeft evenmin onderzocht"). Het Hof lijkt dan ook te overwegen dat de regulator de zaak niet grondig en nauwgezet genoeg heeft onderzocht. Hof wijst ook uitdrukkelijk op het feit dat het toezicht van het hof omtrent de feiten niet enkel hun materiële juistheid betreft, maar ook hun betrouwbaarheid en onderlinge samenhang. Het strekt er toe na te gaan of de door de CREG aangegeven feiten het relevante kader vormen en of ze de conclusies die zij er heeft uit getrokken kunnen schragen. Het Hof toetst in dit arrest in beperkte mate aan het redelijkheidsbeginsel. Het zorgvuldigheidsbeginsel vormt eerder de kern van de uitspraak: "de stelling van de CREG in verband met de marktprijs blijkt in elk geval niet uit het door haar verstrekte overzicht", waardoor "de CREG een manifeste beoordelingsfout heeft gemaakt door een begrotingspost als onredelijk te verwerpen". Uit de rechtspraak van de Raad van State kan inderdaad worden afgeleid dat er sprake is van een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel omwille van een gebrek aan zorgvuldige voorbereiding van de beslissing, bijvoorbeeld wegens een gebrek aan behoorlijke feitenverzameling of voorlichting.<sup>3483</sup> Het zorgvuldigheidsbeginsel verplicht de overheid dan ook om zorgvuldig te werk te gaan bij de voorbereiding van een beslissing en ervoor te zorgen dat de juridische en feitelijke aspecten van het dossier deugdelijk geïnventariseerd en gecontroleerd worden, zodat de overheid met kennis van zaken kan beslissen.<sup>3484</sup> Onvolkomenheden bij de voorbereiding van de beslissing zullen dan ook al snel kunnen leiden tot nog andere tekortkomingen. Denk daarbij maar aan het gebrek aan een zorgvuldige belangenafweging, een gebrek aan gelijke behandeling, een gebrekkigheid van de motieven die aan het besluit ten grondslag liggen,<sup>3485</sup> In een arrest van 8 november 2002 bevestigde het Hof van Cassatie impliciet dat – hoewel er geen algemeen rechtsbeginsel genaamd het "consistentiebeginsel" bestaat – het zorgvuldigheidsbeginsel ten aanzien van het bestuur wel degelijk samenhang, coherentie en consistentie van het beleid vereist.<sup>3486</sup>

**1126.** Ook in Nederland vloeit uit het formele zorgvuldigheidsbeginsel een onderzoeksplicht ten aanzien van de toezichthouder voort. Hoe ver deze onderzoeksplicht echter reikt kan moeilijk in algemene termen worden geformuleerd aangezien dit sterk afhankelijk is van de omstandigheden geval per geval. AELEN stelt dat de toezichthouder daarbij rekening moet houden met

<sup>3483</sup> K. LEUS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (101) 114.

<sup>3484</sup> Zie bv. RvS 1 februari 2013, nr. 222.344, overw. 22.

<sup>3485</sup> K. LEUS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (101) 117-118.

<sup>3486</sup> Cass. 8 november 2002, AR C.00.0124.N: "Overwegende dat het arrest voor het overige de beslissing dat er geen ommekeer is geweest in de houding van verweerder en dat er wel degelijk samenhang was tussen zijn achtereenvolgende beslissingen, niet alleen laat steunen op de vaststellingen vermeld in het onderdeel, maar tevens op het geheel van feiten en omstandigheden vermeld op de bladzijden 33, 34 en 35 van het arrest. Dat het onderdeel in zoverre het de schending aanvoert van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek, berust op een onvolledige lezing van het arrest, mitsdien feitelijke grondslag mist."

het feit dat de rechter het feitenonderzoek van de toezichthouder nauwkeurig nagaat. De auteur stelt dat de toets aan het zorgvuldigheidsbeginsel daarmee een indringende toets is.<sup>3487</sup>

**1127.** In beide rechtsstelsels is het dus mogelijk én nodig dat de rechter controleert of de regulator of toezichthouder alle relevante feiten heeft nagegaan en of er een zorgvuldige voorbereiding is gebeurd. Het zorgvuldigheidsbeginsel in België heeft echter een veel ruimere draagwijdte dan het formele zorgvuldigheidsbeginsel in Nederland. Volgens BOES komt de zorgvuldigheidstoets namelijk zeer dicht in de buurt van de marginale toetsing:

“Men kan echter het zorgvuldigheidsbeginsel ook vanuit een andere optiek benaderen, en wel vanuit deze van het rechterlijk toezicht op bestuurshandelingen waar een zekere mate van discretionaire bevoegdheid voorhanden is. Het zorgvuldigheidsbeginsel doet zich dan voor als het middel bij uitstek om rechterlijk toezicht enerzijds en het behoorlijk functioneren van het bestuur - waarvoor discretionaire bevoegdheid een noodzakelijke voorwaarde kan zijn - anderzijds, te verzoenen. Het zorgvuldigheidsbeginsel komt dan zeer dicht te staan bij het verschijnsel van de marginale toetsing. [...]. Bij wijze van voorlopig besluit kan gesteld worden dat het zorgvuldigheidsbeginsel in de administratieve rechtspraak bruikbaar is om bestuurshandelingen waar discretionaire bevoegdheid aanwezig is, op hun redelijkheid te toetsen [...].”<sup>3488</sup>

DE STAERCKE stelt dan ook dat er geen enkel verschil is tussen dit beginsel – de “materiële” zorgvuldigheidsplicht – en het door marginale toetsing gekenmerkte redelijkheidsbeginsel.<sup>3489</sup> De vraag of het bestuur binnen de grenzen van het redelijke gebleven is, valt samen met de vraag of de overheid de betrokken belangen behoorlijk heeft afgewogen. In België omvat de toetsing aan het zorgvuldigheidsbeginsel dus zeker en vast een inhoudelijke toetsing, die enige terughoudendheid vereist. In Nederland krijgt het beginsel een formelere invulling, waarbij de rechter alleen nagaat of alle relevante feiten zijn onderzocht (besluitvormingsproces) en waarbij de toetsing niet grenst aan een opportunitetsoordeel (*inhoud* van de beslissing). Vandaar dat in Nederland gerust vol getoetst kan worden aan het zorgvuldigheidsbeginsel, omdat het een andere invulling geniet dan in België.

**1128.** De toetsing aan het zorgvuldigheidsbeginsel in het bovenstaande arrest is evenwel vrij oppervlakkig en komt nagenoeg niet tot uiting, ware het niet dat het Hof spreekt over een “manifeste beoordelingsfout”. Het Hof wijst nauwelijks op het feit dat de regulator zich, naar redelijkheid, niet als een “normaal, voorzichtig en redelijk handelend” bestuur zou hebben gedragen. Uit slechts zeer weinig overwegingen van het Hof kan worden afgeleid dat het een eerder terughoudende toetsing (“kennelijk onredelijk”) doorvoert van de ABBB aan de

---

<sup>3487</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 177.

<sup>3488</sup> M. BOES, *Preventieve rechtsbescherming bij bestuurlijke besluitvorming*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 1975, 282.

<sup>3489</sup> J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap. Beginselen van de openbare dienst*, Brugge, Vanden Broele, 2002, 32.

toch wel sterk *inhoudelijke beoordeling* door de regulator. Deze uitspraak bevindt zich dan ook op de grens van een uitspraak waarbij de rechter de feitenbeoordeling van de regulator vervangt door zijn eigen beoordeling indien hij denkt dat het oordeel van de regulator niet juist is.<sup>3490</sup> De rechter bij het Hof van beroep te Brussel kan inderdaad ver gaan in zijn feitenoetsing (verder dan de materiële juistheid). Het Hof mag ook toetsen aan de betrouwbaarheid en onderlinge samenhang van de feiten en of de aangegeven feiten het relevante kader vormen om *redelijkerwijs* tot de beslissing te kunnen komen. Hij moet hierbij evenwel ook ruimte laten aan de regulator. De rechter spreekt dan wel van een "manifeste beoordelingsfout" en stelt dat de CREG "voor de geïncrimineerde begrotingspost niet **naar rede** in het algemeen een plafondprijs van 25 euro/MWh als maatstaf kon nemen, maar stelt tegelijk eigenlijk ook dat (enkel) "de prijs volgens volume de marktprijs reflecteert". De vraag is of dit niet een eigen beoordeling van de rechter uitmaakt en of dit nog wel voldoende ruimte laat aan de regulator om te beslissen... Dit arrest toont maar al te goed aan hoe moeilijk het is om een volle toets aan de feiten te koppelen aan een terughoudendere toets aan de ABBB die betrekking hebben op de daadwerkelijke discretionaire beoordelingsruimte van de energieregulator. Het zal er voor de regulator voornamelijk op neerkomen om zijn beslissingen zo grondig mogelijk te **motiveren**.

#### 1.5. Het evenredigheidsbeginsel

**1129.** Het evenredigheidsbeginsel vereist dat het bestuur een beslissing neemt die proportioneel is.<sup>3491</sup> Zo moet bij het opleggen van een administratieve sanctie er o.a. een evenredige band bestaan tussen de feiten en de opgelegde sanctie.<sup>3492</sup> Het evenredigheidsbeginsel is een concretisering of toepassing van het **redelijkheidsbeginsel**.<sup>3493</sup> Het bestuur kan immers geen sanctie opleggen waarvan het in redelijkheid ondenkbaar is dat enige overheid ze voor die feiten

<sup>3490</sup> Waar de Raad van State ook op wijst (RvS 1 februari 2013, nr. 222.344, overw. 23): De Raad van State is niet bevoegd zijn beoordeling wat betreft de MER-screening in de plaats te stellen van die van de dienst m.e.r. In de uitoefening van de hem opgedragen wettigheidscontrole is hij enkel bevoegd na te gaan of de dienst m.e.r. op grond van de juiste feitelijke gegevens in redelijkheid heeft kunnen beslissen, te dezen dat "het voorgenomen plan geen aanleiding geeft tot aanzienlijke milieugevolgen en dat de opmaak van een plan MER niet nodig is". De eigen beoordeling in de plaats stellen neigt naar een Appeal on the Merits (UK) of een *de novo*-rechtspraak uit de VS, zie S. LAVRIJSSEN, J. EIJKENS en F. CAPKURT, "Rechterlijke toetsing van energieregulering door het CBB en het recht op effectieve rechtsbescherming?", SEW 2016, afl. 4, (142) 146: "Binnen de Merits-standaard vindt een volledige heroverweging plaats. De rechter kan dan alle aspecten van het besluit onderwerpen aan een volle toets, en dus ook nagaan of de toezichhoudende autoriteit zijn discretionaire bevoegdheden op de juiste wijze heeft uitgeoefend. Dit betekent dat de rechter de feitenbeoordeling van de toezichhoudende autoriteit mag vervangen door zijn eigen beoordeling als hij denkt dat het oordeel van de autoriteit niet juist is." Zie ook P. CANE, "Judicial Review and Merits Review: Comparing Administrative Adjudication by Courts and Tribunals" in S. ROSE-ACKERMAN en P. LINDSETH (eds.), *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar, 2010, (426) 428: "The concept of merits review can be said to have three elements, which might loosely be called the substantive, the procedural and the remedial. The substantive element is encapsulated in the principle that the task of a merits reviewer is to ensure that the 'correct or preferable' decision is made. The procedural element is colloquially captured in the idea that the merits reviewer 'stands in the shoes of the primary decision-maker'. The remedial element relates to the powers of the merits reviewer when it reviews a decision".

<sup>3491</sup> L. TODTS, "Het evenredigheidsbeginsel bij administratieve sancties en politimaatregelen: de ene evenredigheid is de andere niet?", *T.Gem.* 2015, afl. 4, (263) 263.

<sup>3492</sup> L. TODTS, "Het evenredigheidsbeginsel bij administratieve sancties en politimaatregelen: de ene evenredigheid is de andere niet?", *T.Gem.* 2015, afl. 4, (263) 265.

<sup>3493</sup> C. DEGREEF en S. DE SOMER, "Accountability van de federale en de Vlaamse Energieregulator of toezicht op de toezichhouders na het derde energiepakket", *MER* 2013, (77) 93; J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap. Beginselen van de openbare dienst*, Brugge, Vanden Broele, 2002, 28.

zou opleggen.<sup>3494</sup> Het beginsel bevindt zich dus eveneens op de grens tussen de legaliteits- en de opportuniteitscontrole. Hoewel het redelijkheidsbeginsel eerder marginaal getoetst moet worden,<sup>3495</sup> ligt dit bij de evenredigheid van administratieve geldboetes iets anders. Zoals uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof blijkt mag in het kader van administratieve geldboetes met een strafrechtelijk karakter, niets van wat onder de beoordelingsbevoegdheid van het bestuur valt, buiten de controle van de rechtbank liggen.

**1130.** Indien het principe van de scheiding der machten wordt beschouwd als systeem van *checks and balances*, dan moet – onder bepaalde omstandigheden – het mogelijk zijn dat een rechter bepaalde beslissingen van een overheid hervormt, bijvoorbeeld inzake administratieve geldboetes met een strafrechtelijk karakter (o.a. in het kader van art. 6 EVRM). De rechter kan bij de administratieve geldboetes **in feite** en **in rechte** toetsen, waarbij onder deze laatste legaliteitstoets ook een **evenredigheids-** of proportionaliteitstoets geplaatst wordt. Deze laatste toets bevindt zich eveneens op de grens van een “verhulde of genuanceerde opportuniteitstoets”. Welke sanctie evenredig of proportioneel is met de feiten houdt immers een bepaalde *appreciatie* en belangenafweging in.<sup>3496</sup> In principe is dus een eerder terughoudende of marginale toetsing vereist. THEUNIS stelt dat wanneer een rechter aan het proportionaliteitsbeginsel toetst, dit een **wettigheidstoets** uitmaakt:

“Bovendien moet de rechter ook de evenredigheid van de maatregel kunnen beoordelen. Een rechterlijke instantie met volle rechtsmacht moet in staat zijn om de proportionaliteit tussen de sanctie en de fout te beoordelen. De rechter moet met andere woorden de maatregel kunnen afkeuren (en eventueel aftoppen indien hij over een hervormingsbevoegdheid beschikt) in zoverre die onevenredig is en **binnen de grenzen** die voor **het bestuur** zelf gelden (anders is het de wet die moet worden betreden, in zoverre zij onevenredige sancties zou opleggen). Daarmee begeeft de rechter zich **niet** op het terrein van de **opportuniteit**. Het evenredigheidsbeginsel maakt immers deel uit van de **algemene beginselen van behoorlijk bestuur** die de administratie dient te eerbiedigen wanneer hij een maatregel oplegt en maakt dus ook deel uit van de “wetten” waaraan de rechter die maatregel mag en moet toetsen”.<sup>3497</sup>

THEUNIS merkt evenwel ook op dat volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie bij het evenredigheidsbeginsel, de rechter de boete wel mag kwijtschelden of verminderen, alleen mag hij dat niet doen “op grond van een subjectieve appreciatie van wat hij redelijk acht, om loutere redenen van opportuniteit en tegen wettelijke regels in”, maar enkel omdat de straf

<sup>3494</sup> J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap. Beginselen van de openbare dienst*, Brugge, Vanden Broele, 2002, 29.

<sup>3495</sup> Hoewel de twaalfde kamer van de Raad van State heeft beklemtoond dat dit niet wil zeggen dat een beslissing nog een “beetje onredelijk” mag zijn, zie RvS 10 juli 2012, nr. 220.242.

<sup>3496</sup> S. BOULLART, “De ene volle rechtsmacht is de andere niet: over volle en minder volle rechtsmacht”, *CDPK* 2007, afl. 3, (245) 272: “[...] de toepassing van het evenredigheids-, dan wel redelijkheidsbeginsel [...] biedt een voordeel omdat in naam van een wettigheidstoets de grenzen van de opportuniteit van de betrokken bestuursbeslissing worden aangeraakt”; C. DEGREEF en S. DE SOMER, “Accountability van de federale en de Vlaamse Energieregulator of toezicht op de toezichthouders na het derde energiepakket”, *MER* 2013, 93: “ook bij de vraag welke sanctie evenredig is met de feiten speelt deels de eigen appreciatie van de rechter”; P. POPELIER, “Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen”, in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (3) 26.

<sup>3497</sup> J. THEUNIS, “De rechter geklemd tussen het beginsel van scheiding der machten en het vereiste van volle rechtsmacht?” in I. Cooreman (ed.), *De wettigheidstoets van art. 159 van de Grondwet*, Brugge, die Keure, 2010, 225.

onevenredig is – dus omdat hij de straf onevenredig vindt – en binnen de grenzen waaraan ook de administratie was gebonden.<sup>3498</sup> De evenredigheidstoets bevindt zich dus wel degelijk op de grens tussen beide vormen van controle.<sup>3499</sup> Ook VANDAELE stelt dat het “moeilijk vol te houden [is] dat de toetsing van het evenredigheidsbeginsel niets te maken heeft met de toetsing van de opportuniteit”.<sup>3500</sup>

**1131.** THEUNIS stelt terecht dat moet worden vastgesteld dat een hervormingsbevoegdheid op zichzelf beschouwd niet op gespannen voet staat met het klassieke wettigheidstoezicht: immers niet de hervormingsbevoegdheid maar de mogelijkheid om alle feiten en alle juridische kwesties te beoordelen maakt immers de essentie uit van het begrip volle rechtsmacht in de rechtspraak van het EHRM. Bovendien moet de rechter ook de evenredigheid van de maatregel kunnen beoordelen. Een rechterlijke instantie met volle rechtsmacht moet in staat zijn om de proportionaliteit tussen de sanctie en de fout te beoordelen, althans in zoverre het bestuur zelf de evenredigheid van de maatregel kon beoordelen. De auteur vervolgt dat de rechter “met andere woorden de maatregel [moet] kunnen afkeuren (en eventueel aftoppen indien hij over een hervormingsbevoegdheid beschikt) in zoverre die onevenredig is en binnen de grenzen die voor het bestuur zelf gelden (anders is het de wet die moet worden bestreden, in zoverre zij onevenredige sancties zou opleggen). Daarmee begeeft de rechter zich niet op het terrein van de opportuniteit. Het evenredigheidsbeginsel maakt immers deel uit van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur die de administratie dient te eerbiedigen wanneer hij een maatregel oplegt en maakt dus ook deel uit van de “wetten” waaraan de rechter die maatregel mag en moet toetsen”.<sup>3501</sup>

**1132.** Wanneer de energieregulator niet over discretionaire bevoegdheden beschikt bij het opleggen van administratieve geldboeten,<sup>3502</sup> en daarbij dus

<sup>3498</sup> J. THEUNIS, “De rechter geklemd tussen het beginsel van scheiding der machten en het vereiste van volle rechtsmacht?” in I. Cooreman (ed.), *De wettigheidstoets van art. 159 van de Grondwet*, Brugge, die Keure, 2010, 184.

<sup>3499</sup> M. BOES, “Rechter en bestuur. Redelijkheid, zorgvuldigheid en marginale toetsing”, in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 9; J. THEUNIS, “De rechter geklemd tussen het beginsel van scheiding der machten en het vereiste van volle rechtsmacht?” in I. Cooreman (ed.), *De wettigheidstoets van art. 159 van de Grondwet*, Brugge, die Keure, 2010, 184.

<sup>3500</sup> A.S. VANDAELE, *De volle rechtsmacht bij de beoordeling van bestuurshandelingen*, Brugge, die Keure, 2014, 63.

<sup>3501</sup> J. THEUNIS, “De rechter geklemd tussen het beginsel van scheiding der machten en het vereiste van volle rechtsmacht?” in I. Cooreman (ed.), *De wettigheidstoets van art. 159 van de Grondwet*, Brugge, die Keure, 2010, 225.

<sup>3502</sup> Bv. in het kader van de groenestroomcertificaten, zoals door de Raad van State herhaaldelijk gesteld in zijn arresten (zie vorig hoofdstuk). Zie ook art. 13.3.5. van het Energiedecreet: § 1. De VREG legt aan een certificaatplichtige de volgende administratieve boete op : 1° een boete van : a) 125 euro per groenestroomcertificaat dat de certificaatplichtige tot en met 31 maart 2012 te weinig heeft ingediend bij de VREG in het kader van de certificatenverplichting, vermeld in artikel 7.1.10; b) 118 euro per groenestroomcertificaat dat de certificaatplichtige op 31 maart 2013 te weinig heeft ingediend bij de VREG in het kader van de certificatenverplichting, vermeld in artikel 7.1.10; c) 100 euro per groenestroomcertificaat dat de certificaatplichtige na 31 maart 2013 te weinig heeft ingediend bij de VREG in het kader van de certificatenverplichting, vermeld in artikel 7.1.10; 2° een boete van : a) 41 euro per warmtekrachtcertificaat dat de certificaatplichtige tot en met 31 maart 2015 te weinig heeft ingediend bij de VREG in het kader van de certificatenverplichting, vermeld in artikel 7.1.11; b) 38 euro per warmtekrachtcertificaat dat de certificaatplichtige na 31 maart 2015 te weinig heeft ingediend bij de VREG in het kader van de certificatenverplichting, vermeld in artikel 7.1.11. 3° een boete van 125 euro per groenewarmtecertificaat dat de certificaatplichtige te weinig heeft ingediend bij de VREG in het kader van de certificatenverplichting, vermeld in artikel 7.2.3. [...] § 2. De betrokkene kan, indien hij het oneens is met de berekening van de administratieve boete, op straffe van verval binnen de dertig kalenderdagen na de kennisgeving, vermeld in artikel 13.3.1, § 3, de VREG per aangetekende brief op de hoogte brengen van de materiële vergissingen of rekenfouten die bij de berekening gemaakt zouden zijn. Dit bezwaar schorst de

geen appreciatiebevoegdheid aan de regulator is gegeven, dan zal de rechterlijke controle op een dergelijke beslissing noodzakelijkerwijs beperkt zijn tot het nagaan of aan de wettelijke voorwaarden voor het opleggen ervan al dan niet is voldaan, zonder de boeten op enigerlei wijze te kunnen moduleren (*supra* nr. 924).<sup>3503</sup> Wanneer de regulator slechts beschikt over gebonden bevoegdheden bij het opleggen van een administratieve boete, dan is er bijgevolg geen sprake van een evenredigheidstoets (want de administratie kan ook de evenredigheid niet beoordelen).<sup>3504</sup>

**1133.** Wanneer de energieregulator over discretionaire bevoegdheid beschikt tot het opleggen van een administratieve geldboete mét een **strafrechtelijk** karakter, dan kan de rechter vol toetsen aan het evenredigheidsbeginsel én kan hij de beslissing **hervormen** (*supra* nr. 923). Het Hof van beroep te Brussel hanteert vandaag reeds deze toetsingsstandaard, zoals voornamelijk blijkt uit de rechtspraak tegen het BIPT. Zo herleidt het Hof van beroep te Brussel in het arrest van 14 september 2011 de administratieve geldboete van 800.000 euro - die door het BIPT werd opgelegd aan Belgacom - tot 500.000 euro.<sup>3505</sup> Belgacom voerde o.a. aan dat de boete niet in **verhouding** was met de ernst van de beweerde inbreuken. Het BIPT stelde dat de opgelegde boete in het bestreden besluit proportioneel en opportuun is en rekening houdt met volgende elementen: (1) de betrokken markt, (2) de ernst van de overtreding, (3) verzwarende en verzachtende omstandigheden, (4) de noodzaak een boete een **afschrikkend karakter** te geven, (5) effect van het wegvallen van een grief. Het BIPT stelt dat de opgelegde boete bovendien ver verwijderd is van de maximale boete. Het Hof van beroep stelde uiteindelijk:

“De vermelde boetes die kunnen worden opgelegd betreffen maximumboetes. De wet noch het BIPT geeft richtsnoeren of criteria aan op basis waarvan de hoogte van de boete kan bepaald worden. [...]” Het hof van beroep te Brussel is ingevolge artikel 2 van de wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector bevoegd om met **volle rechtsmacht** beroepen ingesteld tegen de besluiten van het BIPT te beoordelen. Wegens het toezicht met volle rechtsmacht op de wettigheid van de beslissing en dus de opgelegde boete, staat het aan het hof om in voorkomend geval **met inachtneming van dezelfde regels als deze die gelden voor het BIPT, het bedrag van de boete aan te passen.**

---

termijn bedoeld in artikel 13.3.1, § 4, tot de beslissing van de VREG over het bezwaar, bedoeld in het volgend lid. De VREG kan haar beslissing herroepen of het bedrag van de administratieve geldboete aanpassen als blijkt dat er materiële vergissingen of rekenfouten gemaakt zouden zijn. Zoniet wijst zij het bezwaar van betrokkene af”.

<sup>3503</sup> GwH 28 september 2005, nr. 150/2005, overw. B.9.4.

<sup>3504</sup> J. THEUNIS, “De rechter geklemd tussen het beginsel van scheiding der machten en het vereiste van volle rechtsmacht?” in I. Cooreman (ed.), *De wettigheidstoets van art. 159 van de Grondwet*, Brugge, die Keure, 2010, 189.

<sup>3505</sup> De bepaling tot het opleggen van de geldboete is op gelijkaardige wijze geformuleerd als bij de energieregulatoren, met name een percentage van de omzet (zie hoofdstuk 4). Bij het BIPT wordt dit geformuleerd in huidig artikel 21, § 5, 2° van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (*BS* 24 januari 2003): “de betaling binnen de termijn bepaald door de Raad van een administratieve boete die aan de Schatkist toekomt ten bedrage van maximaal 5.000 euro voor natuurlijke personen en van maximaal 5 % van de omzet van de overtreder gedurende het jongste volledige boekjaar in de sector voor elektronische communicatie of voor postdiensten in België of, indien de overtreder geen activiteiten ontwikkelt waarmee een omzet wordt behaald, ten bedrage van maximaal 1.000.000 euro voor rechtspersonen”.



De Raad van het BIPT heeft een **motiveringsplicht** bij het opleggen van een boete en het bepalen van de hoogte ervan. Deze motiveringsplicht houdt in dat uit de beslissing en de context van het dossier waarin de beslissing werd genomen duidelijk en ondubbelzinnig moet blijken volgens welke redenering ze tot stand is gekomen. [...]. Uit voorgaande blijkt dat de beslissing tot het opleggen van één boete voor drie inbreuken niet onwettig is.

De Raad van het BIPT oordeelde dat het opleggen van een maximale boete [...] niet proportioneel en opportuun is. De Raad neemt bijgevolg een beperkte boete als uitgangspunt waarbij het BIPT veeleer een signaal wil geven naar de toekomst toe dat inbreuken aanleiding zullen geven tot sancties zoals voorzien door de wet.

Voor wat betreft de **ernst van de inbreuken bevestigt het hof het standpunt** van het **BIPT**. [...].

Het hof stelt vast dat hoewel de informatievertrekking van Belgacom niet rigoureuze de wettelijke richtlijnen [...] volgt zodat de doeltreffendheid ervan wordt aangetast, de voorliggende bewijsstukken evenwel **niet** toelaten een **opzettelijke** desinformatie van de abonnee in hoofde van Belgacom vast te stellen. Er zijn ook geen afdoende gegevens voorhanden om van herhaling te spreken. [...]. Om deze redenen beslist het hof in uitvoering van haar volheid van rechtsmacht de boete opgelegd door de Raad van het BIPT ten bedrage van 800.000 EUR te verminderen tot 500.000 EUR".<sup>3506</sup>

Het Hof herhaalde deze rechtspraak in een recenter arrest van 17 april 2013 dat de boete van 250.000 euro, opgelegd door het BIPT, verminderd moet worden tot 200.000 euro:

"Het hof van beroep te Brussel is ingevolge artikel 2 van de wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector bevoegd om met **volle rechtsmacht** beroepen ingesteld tegen de besluiten van het BIPT te beoordelen. Wegens het toezicht met volle rechtsmacht op de wettigheid van de beslissing en dus de opgelegde boete, staat het aan het hof om in voorkomend geval **met inachtneming van dezelfde regels als deze die gelden voor het BIPT**, het **bedrag van de boete aan te passen**. Door de inbreuk heeft TELENET de doeltreffendheid van de wettelijke voorziene informatieverstreking ten behoeve van de abonnees aangetast. De nuttige mogelijkheid voor de abonnees om hun gratis opzegrecht uit te oefenen werd hierdoor beperkt. Hierdoor werden de abonnees ernstig in hun belangen geschaad. Het BIPT diende het **gebrek aan opzettelijke inbreuk** in hoofde van TELENET **in aanmerking** te nemen. In de gegeven omstandigheden is het gepast de opgelegde boete te herleiden tot 200.000 EUR".<sup>3507</sup>

**1134.** Deze uitgebreidere toetsingsbevoegdheden zijn verenigbaar met het principe van de scheiding der machten. Zo stelt THEUNIS dat "wanneer de wetgevende macht een natuurlijke bevoegdheid van de rechterlijke macht – het gaat immers om sterk strafrechtelijk gekleurde sancties – doorschuift naar de uitvoerende macht, dan is een verschuiving in de omvang van het rechterlijk wettigheidstoezicht op de uitoefening van die "strafrechtelijke" bevoegdheid van de uitvoerende macht uiteindelijk niets meer dan een instrument om het verstoorde evenwicht tussen de machten te herstellen".<sup>3508</sup>

<sup>3506</sup> Brussel 14 september 2011, 2010/AR/2356, onuitg., wel online beschikbaar op de website van het BIPT: <http://www.bipt.be/public/files/nl/20636/arr%C3%AAt%20du%2014%20septembre%202011%20161.PDF>.

<sup>3507</sup> Brussel 17 april 2013, 2012/AR/273, onuitg., wel online beschikbaar op de website van het BIPT: <http://www.bipt.be/public/files/nl/20950/17%20avril%202013%20art%20108%20Telenet.pdf>.

<sup>3508</sup> J. THEUNIS, "De rechter geklemd tussen het beginsel van scheiding der machten en het vereiste van volle rechtsmacht?" in I. Cooreman (ed.), *De wettigheidstoets van art. 159 van de Grondwet*, Brugge, die Keure, 2010, 227.

**1135.** Het College van Beroep voor het bedrijfsleven in Nederland past bij het toetsen van de **hoogte** van de boetes niet alleen de wetmatigheid en de gegrondheid toe, maar ook de doelmatigheid (of opportuniteit) van het besluit.<sup>3509</sup> De rechter kan dus zelf de hoogte van de boete aanpassen indien hij dit nodig acht, door bijvoorbeeld rekening te houden met de draagdracht of de verminderde mate van verwijtbaarheid. Zo stelt het College, evenwel in het kader van een uitspraak betreffende de Mededingingswet, in een uitspraak van 10 april 2014:

“Het College stelt voorop dat ACM, gelet op de aard van het te nemen besluit, in het concrete geval - naast artikel 57, tweede lid, Mw - ook het in artikel 3:4 Awb neergelegde **evenredigheidsbeginsel** in acht dient te nemen. Dit betekent dat ACM bij het vaststellen van de boete rekenschap dient te geven of de uit de Boeterichtsnoeren voortvloeiende boete, **gelet op alle omstandigheden** van het geval, **evenredig** is aan het **beoogde doel**. Tot die omstandigheden behoren in ieder geval de **aard en ernst van de overtreding**, de **mate** waarin deze aan de overtreder kan worden **verweten** en de **omstandigheden** waaronder deze is gepleegd. **Artikel 6 EVRM dat op de onderhavige boete van toepassing is, brengt met zich dat de rechter zonder terughoudendheid toetst of het besluit met betrekking tot de boete voldoet aan deze eisen en leidt tot een evenredige sanctie.** Deze toetsing omvat tevens de **beoordeling** of sprake is van een **verminderde mate van verwijtbaarheid**, die overigens ook voortvloeit uit artikel 5:46, tweede lid, Awb, welke bepaling op grond van het overgangsrecht bij de Vierde tranche Awb op dit geschil niet van toepassing is. Met betrekking tot de stelling dat de beperkte economische impact van de overtreding moet leiden tot matiging van de boete overweegt het College allereerst dat dit aspect tot uitdrukking komt in de in de boetegrondslag betrokken omzet, welke omzet door [naam 1] niet is betwist. Voor zover [naam 1] wil betogen dat de beperkte economische betekenis moet leiden tot een verminderde ernst van de overtreding en daarmee tot een lagere rekenfactor, **ziet het College daartoe geen aanleiding** en onderschrijft de overwegingen van ACM en de rechtbank. Van een verminderde mate van verwijtbaarheid van [naam 1] is naar het oordeel van het College geen sprake. [...]. ACM heeft op grond van het boeterapport en de daaraan ten grondslag liggende stukken naar het oordeel van het College terecht geconcludeerd dat het initiatief voor en de uitvoering van de mededingingsbeperkende afspraken volledig bij de betrokken ondernemingen lag. [...].

Op grond van het vorenstaande **komt het College tot de conclusie dat het hoger beroep van ACM gegrond** is. Aangezien dit leidt tot de conclusie dat de rechtbank onjuist heeft geoordeeld over de hoogte van de boete, dient de uitspraak in zoverre te worden vernietigd. De rechtbank heeft aan haar oordeel mede ten grondslag gelegd dat ACM de boete ten onrechte met 15% heeft verhoogd, omdat [naam 1] als ringleader binnen het kartel is opgetreden. Dit oordeel van de rechtbank is in hoger beroep niet is bestreden en wordt door het College overgenomen. Het hoger beroep van [naam 1] is gegrond, voor zover dit betrekking heeft op het oordeel van de rechtbank dat artikel 101 VWEU in het onderhavige geval van toepassing is, en is voor het overige ongerond. Dit oordeel geeft geen aanleiding tot verlaging van de boete. **Het College zal het boetebedrag opnieuw vaststellen. Uitgaande van de door ACM vastgestelde boetegrondslag en een rekenfactor van 2 belooft het boetebedrag afgerond € 432.939,--.**<sup>3510</sup>

## 1.6. De hoorplicht

### 1.6.1. *Algemeen*

<sup>3509</sup> S. LAVRIJSEN, J. EIJKENS en F. CAPKURT, “Rechterlijke toetsing van energieregulering door het CBB en het recht op effectieve rechtsbescherming?”, *SEW* 2016, afl. 4, (142) 146.

<sup>3510</sup> CBB 10 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:118.

**1136.** In bepaalde gevallen is de overheid verplicht om een individuele burger vooraf te horen bij het nemen van een eenzijdige bestuurshandeling. De hoorplicht wordt, als ABBB, omschreven als dat "het bestuur tegen niemand een ernstige maatregel kan treffen die gegrond is op zijn persoonlijk gedrag en die van aard is om zijn belangen ernstig aan te tasten, zonder dat hem vooraf de gelegenheid wordt geboden zijn standpunt op een nuttige wijze te doen kennen".<sup>3511</sup> De hoorplicht dient een tweevoudig doel. Ten eerste gaat men de belangen van de bestuurde vrijwaren door deze in de mogelijkheid te stellen om zijn opmerkingen te doen gelden. De hoorplicht verzacht op die manier het eenzijdige karakter van het optreden van het bestuur.<sup>3512</sup> Ten tweede heeft het beginsel ook tot doel om de belangen van het bestuur te gaan vrijwaren. Er wordt immers vermeden dat het bestuur een onzorgvuldige beslissing neemt omdat het niet over een volledige kennis van zaken zou beschikken. Net zoals bij de andere beginselen kan de hoorplicht dus ook gelinkt worden aan andere ABBB, zoals bv. aan het zorgvuldigheidsbeginsel. Zo stelt OPDEBEEK dat "het zorgvuldigheidsbeginsel bij de feitenvinding [...] immers [inhoudt] dat het bestuur slechts na een behoorlijk onderzoek van de zaak en met kennis van alle relevante gegevens een beslissing mag nemen".<sup>3513</sup> Dit verklaart waarom in Nederland het horen een onderdeel uitmaakt van het formele zorgvuldigheidsbeginsel.

**1137.** Net zoals alle andere ABBB, vindt het beginsel van de hoorplicht pas toepassing bij ontstentenis van een uitdrukkelijke norm. De hoorplicht, als ABBB, geldt dus niet zodra er een formele regeling bestaat inzake het horen van individuen.<sup>3514</sup> Dat de hoorplicht als ABBB een ongeschreven beginsel is, verhindert evenwel niet dat de verplichting om vooraf de bestuurde te horen uiteraard ook kan voortvloeien uit een **norm** (normatieve hoorplicht).<sup>3515</sup> Wanneer er bijgevolg sprake is van een uitdrukkelijke norm, hoeft men geen beroep te doen op het ongeschreven beginsel – hoewel het beginsel een aanvullende rol kan spelen.<sup>3516</sup>

#### 1.6.2. *De normatieve hoorplicht bij de energieregulatoren*

**1138.** Wanneer een maatregel wordt genomen op basis van een gebonden bevoegdheid en deze dus automatisch voortvloeit uit de toepassing van de wetgeving – en daarbij dus geen verband vertoont met het persoonlijk gedrag

---

<sup>3511</sup> I. OPDEBEEK, "De hoorplicht" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (235) 235; zie o.a. RvS 29 juni 2009, nr. 194.826; RvS 3 mei 2013, nr. 223.380; RvS 25 oktober 2013, nr. 225.262.

<sup>3512</sup> C. DEGREEF en S. DE SOMER, "Accountability van de federale en de Vlaamse Energieregulator of toezicht op de toezichthouders na het derde energiepakket", *MER* 2013, afl. 2, (77) 88.

<sup>3513</sup> I. OPDEBEEK, "De hoorplicht" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (235) 242.

<sup>3514</sup> I. OPDEBEEK, "De hoorplicht" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (235) 240.

<sup>3515</sup> C. DEGREEF en S. DE SOMER, "Accountability van de federale en de Vlaamse Energieregulator of toezicht op de toezichthouders na het derde energiepakket", *MER* 2013, afl. 2, (77) 88.

<sup>3516</sup> I. OPDEBEEK, "De hoorplicht" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (235) 239 en 240.

van de betrokkene – dan moet niet gehoord worden.<sup>3517</sup> Wanneer bijvoorbeeld de VREG, in het kader van artikel art. 13.3.5. van het Energiedecreet een boete oplegt (“de VREG legt aan een certificaatplichtige de volgende administratieve boete op [...]”) dan is de regulator in principe niet verplicht om de betrokkene te horen.

**1139.** Wanneer de energieregulator wel over discretionaire bevoegdheid beschikt, dan is het horen van de betrokkene wel vereist. Zo bepaalt artikel 13.3.1, § 2 van het Energiedecreet dat “de VREG de persoon die in gebreke werd gesteld en werd gehoord of daartoe naar behoren werd opgeroepen, een van de administratieve geldboetes, vermeld in artikel 13.3.2. tot en met 13.3.4, kan opleggen”. Artikel 13.3.2 verwijst duidelijk naar de discretionaire bevoegdheid van de regulator. Bij de artikelen 13.3.2. en 13.3.3. is er eerder sprake van een gebonden bevoegdheid (“de VREG **legt**”), hoewel de regulator toch ook over een vork beschikt inzake de omvang van de boete. Ook hierbij moet de betrokkene worden gehoord.<sup>3518</sup> De normatieve hoorplicht is *in casu* dus iets uitgebreider. Verder bepaalt het Energiedecreet nog dat de partijen die een klacht hebben tegen een netbeheerder of een beheerder van een gesloten distributienet, het geschil schriftelijk ter beslechting kunnen voorleggen aan de VREG. De beslissing wordt genomen na de betrokken partijen te hebben gehoord. De VREG kan daarbij overgaan of doen overgaan tot alle nuttige onderzoeken en kan, indien nodig, **deskundigen** aanwijzen en **getuigen** horen.<sup>3519</sup> De VREG moet ook de netbeheerder horen bij beslissingen inzake de wijziging van de aanwijzing of de beëindiging van de aanwijzing als netbeheerder.<sup>3520</sup>

**1140.** Net zoals bij de motiveringsplicht bevatten ook de Elektriciteits- en Gaswet een algemene bepaling die voorziet dat energiebedrijven de mogelijkheid moeten hebben om hun opmerkingen te laten gelden vooraleer een beslissing die hen betreft wordt genomen.<sup>3521</sup> Elke natuurlijke of rechtspersoon

---

<sup>3517</sup> I. OPDEBEEK, “De hoorplicht” in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (235) 246.

<sup>3518</sup> Afdeling II. Algemene administratieve geldboete: art. 13.3.2: Tenzij dit decreet in een specifieke administratieve sanctie voorziet, kan de VREG een administratieve geldboete opleggen die per kalenderdag niet minder dan 250 euro mag bedragen, noch meer dan 250.000 euro mag bedragen, noch in totaal hoger zijn dan 2.000.000 euro of 3 % van de omzet die de betrokken overtreder heeft gerealiseerd op de Vlaamse energiemarkt tijdens het laatste afgelopen boekjaar, als dit laatste bedrag lager is. Afdeling III. Administratieve geldboete bij niet-naleving van de sociale openbare dienstverplichtingen: art. 13.3.3: De VREG legt de netbeheerder voor een overtreding van de openbare dienstverplichtingen, opgelegd op basis van artikelen 4.1.22, 2° tot en met 4°, en 4.3.2, 4°, een administratieve geldboete op die niet minder dan 1000 euro bedraagt en niet meer bedraagt dan 1 % van de omzet die de betrokken overtreder heeft gerealiseerd op de Vlaamse energiemarkt tijdens het afgelopen jaar. Art. 13.3.4: De VREG legt de netbeheerder bij het niet-naleven van de termijnen voor het heraansluiten van de elektriciteits- of aardgastoevoer en het herinschakelen van de stroombegrenzer in de budgetmeter een administratieve geldboete op van 1000 euro per kalenderdag die de termijn, vermeld in artikel 6.1.2, § 3, overschrijdt, tenzij de netbeheerder kan aantonen dat de oorzaak van het overschrijden van de termijn niet aan hem te wijten is”.

<sup>3519</sup> Art. 3.1.4/3 van het Energiedecreet.

<sup>3520</sup> Art. 4.1.4, § 4 van het Energiedecreet.

<sup>3521</sup> Artikel 23, § 2*bis* van de Elektriciteitswet: “De commissie geeft een volledige motivering en verantwoording voor haar beslissingen om de juridictionele toetsing ervan mogelijk te maken. De regels die van toepassing zijn op deze motiveringen en rechtvaardigingen worden nader omschreven in het huishoudelijk reglement van het directiecomité, onder meer rekening houdend met de volgende principes: – [...] – de elektriciteitsondernemingen hebben de

aan wie de CREG een administratieve geldboete kan opleggen (discretionaire ruimte) moet worden gehoord. Ook bij het opleggen van een dwangsom moet de betrokkene worden gehoord, in aanwezigheid van zijn **raadsman**.<sup>3522</sup> Wanneer aan de energieleverancier een administratieve geldboete<sup>3523</sup> wordt opgelegd, dient ook hij – tijdens een hoorzitting – te worden gehoord (art. 20<sup>ter</sup> van de Elektriciteitswet; art. 15/10<sup>ter</sup> van de Gaswet). Verder moet de CREG ook volgende betrokkenen horen:

- Artikel 12, § 8, 5<sup>o</sup>, lid 3 van de Elektriciteitswet: “Op zijn verzoek wordt de netbeheerder, binnen een redelijke termijn na ontvangst van het ontwerp van beslissing tot weigering van het tariefvoorstel, vergezeld van het budget, gehoord door de commissie”.<sup>3524</sup>
- Art. 29, § 3 Elektriciteitswet: de betrokken partijen, de deskundigen en de getuigen in het kader van geschillen tussen de netbeheerder en de netgebruikers.

**1141.** Bij Brugel bevat de Elektriciteitsordonnantie eveneens verwijzingen naar een normatieve hoorplicht:

- Artikel 9<sup>sexies</sup>, § 3, 5<sup>o</sup> van de Elektriciteitsordonnantie: “Op zijn verzoek wordt de distributienetbeheerder, binnen een redelijke termijn na ontvangst van het ontwerp van beslissing tot weigering van het tariefvoorstel, vergezeld van het budget, gehoord door Brugel”.
- Artikel 32 van de Elektriciteitsordonnantie: Als deze persoon in gebreke blijft na het verstrijken van de termijn, kan Brugel hem een administratieve boete opleggen [...]. Het voorafgaand verhoor vindt plaats ten vroegste op de twintigste dag na de verzending van het aangetekend schrijven [...]. Brugel stelt een proces-verbaal op van het **verhoor**, en verzoekt de betrokken persoon deze te tekenen, desgevallend nadat deze er zijn opmerkingen aan heeft toegevoegd. Het voorafgaand verhoor vindt plaats ten vroegste op de twintigste dag na de verzending van het aangetekend schrijven vermeld in vorig lid. De betrokken persoon mag zich laten bijstaan door een **advocaat** of door deskundigen naar keuze”.
- Artikel 30<sup>novies</sup> van de Elektriciteitsordonnantie: “Elke belanghebbende maakt een geschil aanhangig bij de Geschillendienst nadat deze eerst zonder resultaat stappen heeft ondernomen hetzij bij de betroffene gesprekspartner, hetzij bij de dienst klachtenbehandeling van de leveranciers en de netbeheerders. De Dienst nodigt de partijen die dit wensen uit om te **verschijnen** in persoon, vergezeld door hun **raadsman** of vertegenwoordigd door hem”.

Bij de behandeling van geschillen wordt er niet uitdrukkelijk vermeld dat de Geschillendienst elke partij of deskundigen of getuigen kan horen. De bevoegdheden van de Geschillendienst in dit kader worden dan ook best hiertoe uitgebreid. De aanwijzing van de netbeheerder gebeurt in Brussel door de regering en niet door Brugel, waardoor het de regering is die de beheerder moet horen of met de netbeheerder moet overleggen.<sup>3525</sup>

---

mogelijkheid om, vooraleer een beslissing die hen betreft wordt genomen, hun opmerkingen te laten gelden [...].” Zie ook art. 15/14, § 4 van de Gaswet.

<sup>3522</sup> Artikel 31 van de Elektriciteitswet en artikel 20/2 van de Gaswet: “Indien deze persoon bij het verstrijken van de termijn in gebreke blijft, kan de commissie, op voorwaarde dat de persoon werd gehoord of naar behoren werd opgeroepen in aanwezigheid van zijn raadsman, een administratieve geldboete opleggen. De geldboete mag, per kalenderdag, niet lager zijn dan duizend tweehonderd veertig euro, noch hoger zijn dan honderd duizend euro, noch, in totaal, hoger zijn dan twee miljoen euro of 3 procent van de omzet die de betrokken persoon heeft gerealiseerd op de Belgische elektriciteitsmarkt tijdens het laatste afgesloten boekjaar, indien dit laatste bedrag hoger is. Bovendien, indien deze persoon bij het verstrijken van de termijn, bepaald door de commissie, in gebreke blijft al de bepalingen na te leven op de toepassing waarvan de commissie toeziet krachtens artikel 23, § 2, tweede lid, 4<sup>o</sup>, kan de commissie, op voorwaarde dat de persoon werd gehoord of naar behoren werd opgeroepen in aanwezigheid van zijn raadsman, een dwangsom opleggen. De dwangsom mag, per kalenderdag, niet minder bedragen dan 250 euro, noch meer bedragen dan 50.000 euro, noch in het totaal 2.500.000 euro overschrijden”.

<sup>3523</sup> Met toepassing van artikel 20<sup>bis</sup>, §§ 4 en 5.

<sup>3524</sup> Art. 15/5<sup>bis</sup>, § 8, 5<sup>o</sup>, lid 3 van de Gaswet.

<sup>3525</sup> Artikel 3 en artikel 6 van de Elektriciteitsordonnantie.

**1142.** Het Waals Elektriciteitsdecreet bepaalt dat de CWaPE:

- Artikel 49*bis* van het Waals Elektriciteitsdecreet: "Vooraleer een beslissing te nemen, nodigt de Geschillenkamer de partijen uit om te **verschijnen**. De partijen die het wensen kunnen zich door een **raadsman** laten bijstaan."De Geschillenkamer kan elk nuttig onderzoek uitvoeren of laten uitvoeren en, indien nodig, deskundigen aanduiden en getuigen **horen**.
- Artikel 53*bis* van het Waals Elektriciteitsdecreet: "De CWaPE brengt de betrokken persoon op de hoogte bij aangetekende brief en nodigt hem uit om een memorie met zijn verweermiddelen over te maken [...]. Het **verhoor** vindt ten vroegste vijftientig werkdagen na de verzending van de aangetekende brief [...].De betrokken persoon kan zich door een advocaat of deskundigen van zijn keuze laten bijstaan" (administratieve geldboete).
- Artikel 12*bis*, § 8, 5° van de Elektriciteitswet (Waalse tekst): "Op zijn verzoek wordt de distributienetbeheerder, binnen een redelijke termijn na ontvangst van het ontwerp van beslissing tot weigering van het tariefvoorstel, vergezeld van het budget, gehoord door de CWaPE".

Algemeen kan nog worden aanbevolen, dat waar dit nog niet het geval is, in de regelgeving nog kan worden toegevoegd dat wanneer een partij wordt gehoord hij vergezeld mag worden door een **raadsman** of **advocaat**. Dit kan bv. worden toegevoegd in het kader van de geschillenbeslechting of het opleggen van een administratieve geldboete bij de VREG. Ook bij de CREG en het functioneren van de Geschillenkamer kan dit worden toegevoegd.

## **2. Participatie**

### **2.1. Algemeen**

**1143.** De hoorplicht is enkel van toepassing ten aanzien van een individu, tegen wie een individuele beslissing wordt genomen. Wanneer er sprake is van meerdere belanghebbenden, dan verliest het standpunt van de individuele burger aan belang en dient het collectieve belang van alle betrokkenen te worden verdedigd. OPDEBEEK spreekt in dit geval van een **collectief recht op inspraak**.<sup>3526</sup> Deze vormen van inspraak zijn ingeschreven in een norm. Soms spreekt men ook over **raadplegingen, consultaties, overleg** of onderhandelingen.

**1144.** De manier waarop de burger vandaag het begrip "democratie" interpreteert, is anders dan bij het opstellen van de Grondwet. De passieve representatiedemocratie waarbij de burger zich enkel via verkiezingen op geregelde tijdstippen kon uitdrukken, is voorbij.<sup>3527</sup> De electorale component van de democratie moet dan ook meer en meer ruimte maken voor de deliberatieve component.<sup>3528</sup> De burger wenst daarbij meer inzage, inspraak, overleg en participatie. De burger wenst ook zelf meer invloed uit te oefenen op het bestuurlijk optreden dat hem aanbelangt en verwacht ook dat het bestuur hieromtrent verantwoording aflegt.<sup>3529</sup> Bij de ideeën van de deliberatieve

<sup>3526</sup> I. OPDEBEEK, "De hoorplicht" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (235) 238.

<sup>3527</sup> F. SCHRAM, *Burger en bestuur. Een introductie tot een complexe verhouding*, Brussel, Politeia, 2014, 259.

<sup>3528</sup> E. LANCKSWEERDT, *Handboek burgerparticipatie*, Brugge, die Keure, 2009, 457.

<sup>3529</sup> F. SCHRAM, *Burger en bestuur. Een introductie tot een complexe verhouding*, Brussel, Politeia, 2014, 259.

democratie staat dit debat en de dialoog centraal.<sup>3530</sup> Het bestuur tracht zich aan deze nieuwe situatie aan te passen door te voorzien in verschillende vormen van inspraak, zoals raadplegingen, consultaties, etc.

**1145.** LANCKSWEERDT stelt in zijn doctoraat dat het begrip “participatie” moeilijk in een strakke definitie af te bakenen valt door het feit dat het gaat om een containerbegrip waaronder een zeer gediversifieerd palet van praktijken schuilgaat. Hij stelt dat participatie duidt op het geheel van instrumenten en methoden die maatschappelijke actoren de mogelijkheid bieden het beleid van de overheid te beïnvloeden. De auteur komt evenwel tot volgende definitie: “participatie is het op een vrijwillige wijze beïnvloeden van de besluitvorming van de overheid door particuliere actoren, op een door de overheid georganiseerde wijze”.<sup>3531</sup> Vrijwilligheid houdt in dat niemand verplicht kan worden om te participeren aan de besluitvorming van de overheid. Beïnvloeding is meer dan het louter verkrijgen van informatie, maar ook minder dan het beschikken over een daadwerkelijke eigen beslissingsbevoegdheid. Participatie omvat ook niet het overleg tussen overheidsinstanties. Bij particuliere actoren kan het gaan om individuele burgers, maar ook om belangengroepen, organisaties en verenigingen, etc. Wanneer participatie via organisaties plaatsvindt, is zij representatief.<sup>3532</sup>

**1146.** Wanneer een energieregulator er bijgevolg voor opteert om zijn stakeholders te laten participeren, dan creëert hij hiermee een middel om hen te laten tussenkomen in het beslissingsproces. De regulator zal daarbij ook verantwoording afleggen aan dit forum. Er is dus sprake van **verantwoording** door middel van participatie, en dus niet van loutere transparantie.<sup>3533</sup>

## 2.2. Participatie en democratische legitimiteit

**1147.** In een representatieve democratie bestaat er steeds een spanningsveld tussen de burgers en de verkozen representanten. Het bestuur moet er dan ook voor zorgen dat de burgers niet in onvrede leven met het gevoerde beleid, wil het zijn legitieme basis niet verliezen. Dit geldt des te meer voor bestuursinstanties, zoals energieregulators, die beslissingen nemen die toch belangrijke maatschappelijke en economische gevolgen met zich mee kunnen brengen. Opdat de energieregulator zijn legitieme basis niet zou verliezen, moeten de burgers en marktpartijen hun standpunten kunnen meedelen bij verschillende initiatieven en realisaties die uitgaan van de regulator. Participatie zorgt bijgevolg voor een bijkomende legitimering van het bestuur.

---

<sup>3530</sup> E. LANCKSWEERDT, *Handboek burgerparticipatie*, Brugge, die Keure, 2009, 457.

<sup>3531</sup> E. LANCKSWEERDT, *Handboek burgerparticipatie*, Brugge, die Keure, 2009, 40.

<sup>3532</sup> E. LANCKSWEERDT, *Handboek burgerparticipatie*, Brugge, die Keure, 2009, 41-48.

<sup>3533</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 376.

**1148.** De democratische legitimiteit van de overheid gaat traditioneel uit van de volksvertegenwoordiging. De verkozen representanten worden geacht het volk te representeren en namens de bevolking te handelen. Uitvoerende organen, zoals de regering, ontleen hun legitimiteit aan het feit dat zij uitvoeren en toepassen wat de volksvertegenwoordiging besliste en de verantwoording die zij afleggen. De uitvoerende organen beschikken vandaag evenwel over ruime discretionaire bevoegdheden. Hoewel deze uitvoerende entiteiten, waaronder bv. de energieregulators, wel in bepaalde mate onder rechtstreeks toezicht van het parlement kunnen staan, zijn zij niet rechtstreeks verkozen. Bij vele beslissingen is de "volkswil" dan ook naar de achtergrond verdwenen, waardoor een bijkomende legitimering nodig is onder de vorm van participatie.<sup>3534</sup> LANCKSWEERDT concludeert dan ook dat de democratische legitimering door middel van participatie *anders* is dan de klassieke democratische legitimering, maar dat beiden elkaar aanvullen.<sup>3535</sup> Zo stelt de auteur terecht dat de legitimiteit die ontleend is aan de volksvertegenwoordiging vooral een kwantitatieve legitimiteit is, terwijl participatie (onder bepaalde voorwaarden) een meer kwalitatieve of meer inhoudelijke legitimiteit kan opleveren.<sup>3536</sup>

**1149.** Betrokkenheid<sup>3537</sup> van diverse marktpartijen bij het nemen van beslissingen door de energieregulator is bijgevolg ten eerste noodzakelijk omwille van het feit dat het bijdraagt tot de democratisering van het beleid, waardoor de werking van het bestuur op een nuttige wijze wordt aangevuld en waardoor het beleid of de beslissingen zelf **democratischer** wordt (inputlegitimiteit). Ook LAVRIJSEN stelt dat "de naleving van het participatiebeginsel voornamelijk van belang is, indien het stelsel van de representatieve democratie onvoldoende invloed van de stakeholders op de rechtsvorming verzekert, bijvoorbeeld omdat regelgevende bevoegdheden of ruime discretionaire bevoegdheden aan nationale onafhankelijke toezichthouders worden gedelegeerd. In dergelijke omstandigheden is rechtstreekse stakeholderparticipatie in het administratieve besluitvormingsproces noodzakelijk voor de compensatie van de beperkte legitimerende werking van het beginsel van de representatieve democratie en voor de realisatie van de fundamentele waarde van het democratiebeginsel".<sup>3538</sup> Ook ZIJLSTRA stelt dat het democratisch verlies dat optreedt door representatieve in plaats van rechtstreekse democratie zoveel mogelijk moet worden gecompenseerd door

---

<sup>3534</sup> E. LANCKSWEERDT, *Handboek burgerparticipatie*, Brugge, die Keure, 2009, 446.

<sup>3535</sup> E. LANCKSWEERDT, *Handboek burgerparticipatie*, Brugge, die Keure, 2009, 446-447.

<sup>3536</sup> E. LANCKSWEERDT, *Handboek burgerparticipatie*, Brugge, die Keure, 2009, 73.

<sup>3537</sup> Betrokkenheid "slaat in algemene zin op het geïnteresseerd zijn voor of het begaan zijn met iets. Betrokkenheid kan zich manifesteren onder de vorm van beleidsbeïnvloeding (o.a. door deelname aan participatieprocessen), maar zij kan ook op andere manieren tot uiting komen, bv. door zich zorgvuldig te informeren over het beleid", zie E. LANCKSWEERDT, *Handboek burgerparticipatie*, Brugge, die Keure, 2009, 42.

<sup>3538</sup> S. LAVRIJSEN, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 57.



andere vormen van zeggenschap, waarbij de belanghebbenden inspraak moeten hebben bij de beslissingen die hen raken.<sup>3539</sup>

**1150.** Ten tweede heeft betrokkenheid ook een preventieve werking wanneer de betrokkenen hun standpunten en verwachtingen kunnen meedelen alvorens beslissingen worden genomen, waardoor de kans kleiner is dat er nadien procedures bij de rechtscollèges worden opgestart (betere **preventieve rechtsbescherming**).<sup>3540</sup> Ten derde neemt ook de acceptatiegraad van het optreden van de regulator toe.

**1151.** En tot slot zorgt betrokkenheid er ook voor dat de kwaliteit (outputlegitimiteit) van de beslissingen zelf zal toenemen wanneer de regulator met volledige kennis van zaken kan beslissen.<sup>3541</sup> Het bestuur wordt immers geconfronteerd met verschillende ideeën en standpunten, waardoor ook het zelfbestuur van de burgers toeneemt en de legitimiteit van bestuursbeslissingen vergroot.<sup>3542</sup> Ook BLACK stelt dat "participation is normatively justified in a democratic society; it can have instrumental value for the regulator, legitimising decisions and increasing trust, and substantive value, **improving** the decision or outcome".<sup>3543</sup> Betrokkenheid impliceert dus een democratische en gelegitimeerde beslissing die gedragen wordt door de betrokkenen of belanghebbenden. BLACK voegt er evenwel aan toe dat "of course, it can also delay policy development, reveal and exacerbate conflict, and be merely window dressing, having no impact on the substantive decision. Nevertheless, the mantra of the need to have public participation in decision-making is greater with respect to regulatory policies [...] than it is in almost any other area".<sup>3544</sup>

### 2.3. Raadplegen en consulteren bij de energieregulators

**1152.** Participatie binnen de energiemarkt gebeurt hoofdzakelijk door middel van consultaties of raadplegingen. **Raadplegen** of **consulteren** is volgens LANCKSWEERDT een vorm van participatie waarbij de overheid de agenda bepaalt en meningen, ervaringen en dergelijke meer van de betrokkenen inventariseert, zonder zich evenwel in enige mate te binden aan de resultaten die de consultatie oplevert.<sup>3545</sup> De Vlaamse energieregulator definieert **consultatie** als "het proces dat de VREG voert om relevante input van belanghebbenden te krijgen bij het

<sup>3539</sup> S. ZIJLSTRA, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat: een onderzoek naar democratische rechtsstatelijke en positiefrechtelijke aspecten van het gebruik van zelfstandige bestuursorganen*, 's-Gravenhage, VUGA, 1997, 45.

<sup>3540</sup> E. LANCKSWEERDT, *Handboek burgerparticipatie*, Brugge, die Keure, 2009, 71.

<sup>3541</sup> F. SCHRAM, *Burger en bestuur. Een introductie tot een complexe verhouding*, Brussel, Politeia, 2014, 261-262; E. LANCKSWEERDT, *Handboek burgerparticipatie*, Brugge, die Keure, 2009, 71. S. OVERTON, "The Participation Interest", *The Georgetown Law Journal* 2011-2012, (1259) 1274: "Participation exposes decisionmakers to a variety of ideas and viewpoints, ensuring fully informed decisions".

<sup>3542</sup> S. OVERTON, "The Participation Interest", *The Georgetown Law Journal* 2011-2012, (1259) 1273.

<sup>3543</sup> J. BLACK, "The role of risk in regulatory processes", in R. BALDWIN, M. CAVE en M. LODGE, *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2010, (302) 334-335.

<sup>3544</sup> J. BLACK, "The role of risk in regulatory processes", in R. BALDWIN, M. CAVE en M. LODGE, *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2010, (302) 335.

<sup>3545</sup> E. LANCKSWEERDT, *Handboek burgerparticipatie*, Brugge, die Keure, 2009, 77.

uitwerken en verbeteren van beslissingen en andere documenten die hij opstelt in het kader van zijn regulatoire taken.”<sup>3546</sup>

**1153.** De CREG verstaat onder een “effectieve openbare raadpleging” – in het kader van de raadplegingen georganiseerd door de netbeheerders – “een raadpleging op de website van de organisator ervan, waarbij alle partijen die geregistreerd zijn op deze website onverwijld per nieuwsbrief of emailbericht geïnformeerd worden van het lanceren van de raadpleging, die gemakkelijk toegankelijk is vanuit de startpagina van deze website, die voldoende gedocumenteerd is en die een redelijke antwoordtermijn laat”. De CREG zelf organiseert ook niet-openbare raadplegingen indien “de beslissing van het directiecomité slechts rechtsgevolgen zal hebben voor één persoon of een beperkt aantal identificeerbare personen door de raadpleging te beperken tot de betrokken personen.”<sup>3547</sup>

**1154.** Er bestaat in het Belgische bestuursrecht evenwel geen verplichting tot consultatie, tenzij de regelgeving dit uitdrukkelijk oplegt. Zo stelt artikel 4.2.1, § 1 van het Energiedecreet dat de VREG, na **voorafgaandelijk stakeholdersoverleg**, een ontwerp van technisch reglement opstelt voor het beheer van het elektriciteitsdistributienet, het aardgasdistributienet en het plaatselijk vervoernet van elektriciteit. Dit ontwerp van reglement wordt vervolgens ter **consultatie** aan de **marktpartijen** voorgelegd. Ook bepaalt 4.1.31, § 2 van het Energiedecreet dat de VREG een openbare raadpleging organiseert over het ontwerp van tariefmethodologie. Tijdens die raadpleging krijgen alle belanghebbenden gedurende minstens vijfenveertig kalenderdagen de tijd om hun opmerkingen aan de VREG te bezorgen. Na afloop van die periode publiceert de VREG daarover binnen vijfenveertig kalenderdagen een gemotiveerd consultatieverslag. Bij de CREG bepaalt artikel 23, § 2bis van de Elektriciteitswet dat de regels die van toepassing zijn op de motiveringen en rechtvaardigingen van de beslissingen van de CREG nader worden omschreven in het huishoudelijk reglement van het directiecomité, waarbij ook rekening wordt gehouden met de opmerkingen van de **geconsulteerde** partijen. Ook artikel 12ter vermeldt de “geraadpleegde partijen”.

**1155.** Bij het toezicht uitgeoefend door de energieregulator wordt frequent gebruik gemaakt van deze consultaties of raadplegingen. Dit is ook nodig aangezien het de legitimiteit van de besluitvorming en de rechtsbescherming alleen maar ten goede komt bv. wanneer de energieconsument of zelfs de energieprosumant beter bij de beslissingen betrokken wordt.<sup>3548</sup> De rol van de

---

<sup>3546</sup> VREG, “Mededeling van de VREG van 16 juni 2014 betreffende Interne richtlijnen rond publieke consultaties in het kader van onze taken en bevoegdheden als regulator van de Vlaamse elektriciteits-en gasmarkt”, MEDE-2014-4, <http://www.vreg.be/sites/default/files/document/consultation/mede-2014-04.pdf>, 3.

<sup>3547</sup> CREG, Huishoudelijk reglement van 4 december 2015, <http://www.creg.info/pdf/Diversen/Z1472NL.pdf>, 60.

<sup>3548</sup> S. LAVRIJSSEN, “Waarborgen voor de energieconsument in de energietransitie. Rede, uitgesproken door prof. dr. Saskia Lavrijsen”, Tilburg University, 2016, <http://energeia.nl/nieuws/834937-1606/inaugurele-rede/BINARY/inaugurele+rede>, 53.

consument binnen de energiemarkt mag dan ook niet onderschat worden. Zo is het noodzakelijk dat consumenten van leverancier veranderen en voldoende gebruik maken van de marktwerking.<sup>3549</sup> Daarenboven zal de rol van **prosumenten** in de toekomst alleen maar toenemen, waarbij het uiteraard van cruciaal belang is dat ook zij inspraak krijgen in o.a. de tarieven ("prosumentarief") die op hen van toepassing kunnen zijn.<sup>3550</sup>

**1156.** Zowel de VREG als de CREG hebben een document opgesteld waarin zij richtlijnen geven die betrekking hebben op de procedures die zij hanteren bij het organiseren van hun consultaties of raadplegingen.<sup>3551</sup> Dit brengt ons bij een laatste aspect van de procedurele verantwoordingsplicht, die nauw verband houdt met een **procedurele** (democratische) **legitimiteit**. Deze vorm van legitimiteit hangt immers dan af van de correcte werkwijzen en procedures die gevolgd worden. Deliberatieve democratie komt daarbij eveneens tot uiting: legitimiteit wordt verbonden aan kwaliteit, aan inhoudelijk deugdelijke deliberaties.

### 2.3.1. Welke beslissingen voorleggen?

**1157.** Welke beslissingen moeten de regulatoren nu ter consultatie of raadpleging voorleggen? Eerst en vooral is het daarbij belangrijk om op te merken dat wanneer de participatie gericht is op het beïnvloeden van het beleid, dit vanzelfsprekend slechts zinvol is wanneer het bestuur over een beleidsmarge beschikt.<sup>3552</sup> Consultatieprocedures zijn bovendien voornamelijk geschikt met betrekking tot beslissingen die belangrijke juridische en economische keuzes impliceren, zoals beslissingen waarbij diverse belangen van verschillende marktpartijen betrokken zijn en beslissingen die een belangrijke invloed op de markt hebben.<sup>3553</sup>

**1158.** Bij de VREG worden steeds de ontwerpen van documenten waarin de VREG een beslissing neemt met een algemene draagwijdte (dus geen individuele beslissingen) geconsulteerd. Het gaat hierbij o.a. om het ontwerp van het

<sup>3549</sup> T. VANDEN BORRE, "De zoektocht naar de heilige graal in de energieretailmarkt" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX, *Jaarboek Energierecht 2014*, Antwerpen, Intersentia, 2015, (139) 142.

<sup>3550</sup> VREG, *Prosumenten zijn consumenten die zelf (een deel van) hun energie opwekken*; <http://www.vreg.be/nl/prosumentarief-1>: "De prosumenten droegen tot voor kort niet bij aan het gebruik van het elektriciteitsdistributienet van de netbeheerder (behalve in het geval van netto stroomafname), terwijl ze het net wel in twee richtingen gebruiken (afname en injectie). De netkosten werden vooral gedragen door netgebruikers zonder een decentrale productie-installatie. Deze ongelijkheid wordt via het prosumentarief rechtgetrokken zodat de netkosten verdeeld worden over iedereen die van het elektriciteitsdistributienet gebruik maakt". Zie ook [http://www.vreg.be/sites/default/files/document/veelgestelde\\_vragen\\_prosumentarief.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/document/veelgestelde_vragen_prosumentarief.pdf): "Dit betekent dat er in 72% van de gevallen elektriciteit wordt opgewekt die niet op hetzelfde moment wordt verbruikt. Deze elektriciteit wordt op het distributienet geïnjecteerd en er op een later moment weer van afgenomen", beiden laatst geconsulteerd op 29 juni 2016.

<sup>3551</sup> VREG, "Mededeling van de VREG van 16 juni 2014 betreffende Interne richtlijnen rond publieke consultaties in het kader van onze taken en bevoegdheden als regulator van de Vlaamse elektriciteits- en gasmarkt", MEDE-2014-4, <http://www.vreg.be/sites/default/files/document/consultation/mede-2014-04.pdf> en CREG, Huishoudelijk reglement van 4 december 2015, <http://www.creg.info/pdf/Diversen/Z1472NL.pdf>.

<sup>3552</sup> E. LANCKSWEERDT, *Handboek burgerparticipatie*, Brugge, die Keure, 2009, 51.

<sup>3553</sup> S. LAVRIJSSEN, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 181.

technisch reglement (en de wijzigingen hiervan) en het ontwerp van de tariefmethodologie. In 2015 hield de VREG bijvoorbeeld ook een consultatie over de werking van hun eigen servicecheck.<sup>3554</sup> In datzelfde jaar hield de regulator ook een consultatie omtrent de kwaliteitsfactor - voorstel voor het in rekening brengen van de kwaliteit van de dienstverlening van de distributienetbeheerders in hun distributienettarieven.<sup>3555</sup> Ook ontwerpen van documenten waarin de VREG beschrijft hoe hij een bepaald aspect van de energieregelgeving toepast of interpreteert (de zogenaamde "mededelingen van de VREG") worden ter consultatie voorgelegd. De VREG voegt hier nog aan toe dat hij steeds kan beslissen om ook andere documenten ter consultatie voor te leggen aan de belanghebbenden.<sup>3556</sup>

**1159.** Bij de CREG wordt bepaald dat het directiecomité alvorens het een beslissing neemt, een openbare raadpleging organiseert. Het huishoudelijk reglement van de CREG voorziet evenwel in een aantal uitzonderingen.<sup>3557</sup> Deze uitzonderingen zijn gerechtvaardigd, ofwel omdat bij wet een specifieke procedure van inspraak voorhanden is, de wettelijke termijnen een voorafgaande raadpleging materieel onmogelijk maken, de beslissing geen inhoudelijke aspecten betreft, de uitoefening van een gebonden bevoegdheid betreft, de raadpleging zelf betreft of de vertrouwelijkheid van informatie zou

<sup>3554</sup> VREG, CONS-2015-05, <http://www.vreg.be/sites/default/files/document/cons-2015-05.pdf> en VREG, Consultatieverslag van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt van 14 april 2016 met betrekking tot de toekomst van de Servicecheck, RAPP-2016-02, <http://www.vreg.be/sites/default/files/document/rapp-2016-02.pdf>.

<sup>3555</sup> VREG, Consultatie van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt van 8 april 2015 met betrekking tot het in rekening brengen van de kwaliteit van de dienstverlening van de distributienetbeheerders in een volgende tariefmethodologie, CONS-2015-02, [http://www.vreg.be/sites/default/files/consultatietekst\\_kwaliteit\\_dienstverlening\\_0.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/consultatietekst_kwaliteit_dienstverlening_0.pdf).

<sup>3556</sup> VREG, "Mededeling van de VREG van 16 juni 2014 betreffende Interne richtlijnen rond publieke consultaties in het kader van onze taken en bevoegdheden als regulator van de Vlaamse elektriciteits- en gasmarkt", MEDE-2014-4, <http://www.vreg.be/sites/default/files/document/consultation/mede-2014-04.pdf>, 4.

<sup>3557</sup> Het directiecomité van de CREG zal geen raadpleging, noch een openbare, noch een niet-openbare, organiseren (artikel 39 van het Huishoudelijk reglement): "1° in het kader van de vaststellingen van de commissie met toepassing van de artikelen 20bis, § 4, van de elektriciteitswet en 15/10bis, § 4, van de gaswet [cf. indexeringsformules energiecomponent], alsook van de beslissingen van de commissie met toepassing van de artikelen 20bis, § 5, van de elektriciteitswet en 15/10bis, § 5, van de gaswet [cf. stijging variabele energieprij]; 2° in het kader van de onderzoeken die de leden van het directiecomité en de leden van het personeel van de commissie kunnen voeren en de daden die zij kunnen stellen in hun hoedanigheid van officieren van de gerechtelijke politie, met toepassing van de artikelen 30bis, § 3, 31/1 en 31/2 van de elektriciteitswet en de artikelen 18, § 3, 20/3 en 20/4 van de gaswet; 3° in het kader van de beslissingen tot oplegging van een administratieve geldboete of een dwangsom met toepassing van de artikelen 20bis, §§ 4 en 5, 20ter, 20quater en 31 van de elektriciteitswet en de artikelen 15/10bis, §§ 4 en 5, 15/10ter en 20/2 van de gaswet; 4° wanneer de voorgenomen beslissing tot goedkeuring geen inhoudelijke wijzigingen betreft, zoals de rechtzetting van materiële vergissingen en/of het doorvoeren van louter redactionele verbeteringen; 5° telkens wanneer het directiecomité met de voorgenomen beslissing een gebonden bevoegdheid uitoefent, dit is wanneer het niet over reële beoordelingsbevoegdheid beschikt; 6° in het kader van beslissingen inzake de raadpleging bedoeld in artikel 23, § 1; 7° in het kader van beslissingen over de vertrouwelijkheid van informatie bedoeld in artikel 47, § 5, eerste lid, onverminderd de bepalingen van artikel 47, §§ 2 tot 4"; Het directiecomité zal ook geen openbare raadpleging organiseren (artikel 40 van het huishoudelijk reglement): "1° indien het dossier en/of het ontwerp van beslissing in die mate vertrouwelijke informatie bevat dat een openbare raadpleging over de resterende elementen onmogelijk of nutteloos voorkomt; 2° onverminderd punt 3°, wanneer de netbeheerder of één van de beheerders of een persoon die daartoe rechtmatig (mede) door de netbeheerder of één van de beheerders wordt belast, reeds een effectieve openbare raadpleging organiseerde over het voorwerp van de beslissing van het directiecomité. In dat geval zorgt het directiecomité ervoor dat het geheel van documenten en informatie betreffende de raadpleging, de antwoorden alsmede een verslag waarin geantwoord wordt op de ontvangen opmerkingen, aan hem worden overgemaakt; 3° onverminderd artikel 33, § 4, in het kader van tarifaire beslissingen bedoeld in de artikelen 12, § 7, van de elektriciteitswet en 15/5bis, § 7, van de gaswet indien de netbeheerder en de beheerders reeds een effectieve openbare raadpleging organiseerden op basis van een tarieflijst en een niet-vertrouwelijke samenvatting van hun tariefvoorstellen. In dat geval zorgt het directiecomité ervoor dat het geheel van documenten en informatie betreffende de raadpleging, de antwoorden alsmede een verslag waarin geantwoord wordt op de ontvangen opmerkingen, aan hem worden overgemaakt. In de gevallen bedoeld in 1° en 2° kan het directiecomité nog wel beslissen tot een niet-openbare raadpleging, in het bijzonder van diegene van wie het voorstel ter goedkeuring door het directiecomité uitgaat [...]"

schenden. Zo is het evident dat de CREG geen openbare raadpleging zal organiseren wanneer zij een administratieve geldboete of dwangsom oplegt in een individuele beslissing. Het directiecomité kan er wel voor opteren om bij voorstellen, adviezen, aanbevelingen, studies, onderzoeken, rapporten, verslagen en richtsnoeren toch een raadpleging (openbaar en/of niet openbaar) te organiseren.

**1160.** De consultaties of raadplegingen worden georganiseerd in een fase waarin de **voorstellen** al in zekere mate geconcretiseerd zijn, maar waarin het nog mogelijk is om wijzigingen aan de vooropgestelde beslissing of het document aan te brengen (hoewel het niet noodzakelijk ontwerpbeslissingen hoeven te zijn). LANCKSWEERDT stelt dat het hier eigenlijk gaat om **inspraak**. Inspraak situeert zich namelijk op het ogenblik dat er al **voorstellen** op tafel liggen. De betrokken maatschappelijke spelers krijgen dan de gelegenheid om hierover hun zienswijze te kennen te geven. Participatie daarentegen kan zich ook voordoen op het moment dat de voorstellen nog moeten worden tot stand gebracht. Daarnaast kan participatie ook betrekking hebben op de evaluatie van reeds genomen beslissingen, of meer algemeen, het gevoerde beleid. Bij inspraak is er minder ruimte voor dialoog, zij is in principe **eenzijdig**. Participatie is vaker meerzijdig en is dus ook een ruimer begrip. Inspraak is volgens de auteur "slechts een welbepaalde (en beperkte) vorm van participatie".<sup>3558</sup> **Raadplegen** of **consulteren** is een vorm van participatie waarbij de overheid de agenda bepaalt en meningen, ervaringen en dergelijke meer van de betrokkenen inventariseert, zonder zich evenwel in enige mate te binden aan de resultaten die de consultatie oplevert. Onder raadplegen of consulteren plaatst de auteur ook de **inspraak**, een hoorzitting, een enquête,...<sup>3559</sup> Het gaat hier dus om een bijzondere vorm van participatie, waarbij de overheid de agenda bepaalt en meningen, ervaringen en dergelijke meer van de betrokkenen inventariseert met betrekking tot voorstellen die reeds op tafel liggen, zonder zich evenwel in enige mate te binden aan de resultaten die de consultatie oplevert.

**1161.** Dit houdt ook verband met een arrest van het Grondwettelijk Hof van 7 augustus 2013. Daarin kwam aan bod of de raadplegingen inhouden dat de ontwerpbeslissing moet worden voorgelegd:

"Uit het voorgaande volgt dat artikel 37, lid 16, van de richtlijn 2009/72/EG aan de regulerende instanties, zoals de CREG, de verplichting oplegt om hun beslissingen te motiveren en te verantwoorden. Die bepaling kan in verband worden gebracht met de verplichtingen waarin is voorzien bij de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen. De mogelijkheid die de bestreden bepaling aan de elektriciteitsbedrijven geeft om, vooraleer een beslissing die hen betreft wordt genomen, **hun opmerkingen te laten gelden, impliceert geenszins dat de CREG ertoe gehouden is haar ontwerpbeslissingen aan hen**

<sup>3558</sup> E. LANCKSWEERDT, *Handboek burgerparticipatie*, Brugge, die Keure, 2009, 57.

<sup>3559</sup> E. LANCKSWEERDT, *Handboek burgerparticipatie*, Brugge, die Keure, 2009, 77.

**mede te delen**, maar past in het kader van het perspectief dat wordt geschetst in artikel 37, lid 2, tweede alinea, van de richtlijn 2009/72/EG, dat bepaalt : "Bij de uitvoering van haar taken als bedoeld in lid 1, raadpleegt de regulerende instantie de transmissiesysteembeheerders en werkt zij eventueel nauw samen met andere betrokken nationale instanties, zonder daarbij afbreuk te doen aan hun onafhankelijkheid, [...]".<sup>3560</sup>

Het Grondwettelijk Hof sluit zich daarmee aan bij het advies van de Raad van State dat stelde dat de onafhankelijkheid van de regulator eraan in de weg staat dat de marktpartijen over een veto-recht zouden beschikken. Het Grondwettelijk Hof stelt immers dat dergelijke bepalingen (cf. inzake overleg en raadplegingen) voortkomen uit de zorg om het mogelijk te maken dat de beslissingen worden genomen na een **overleg** dat **niet ten doel heeft afbreuk te doen aan de onafhankelijkheid** van diegene die de beslissingsbevoegdheid uitoefent, maar dat het mogelijk kan maken dat **passende** beslissingen worden genomen.<sup>3561</sup>

### 2.3.2. Modaliteiten

#### 2.3.2.1. Bekendmaking van de consultatie of raadpleging

**1162.** Bij de VREG wordt het consultatiedocument, met indicatie van de consultatieverantwoordelijke en de consultatietermijn, gepubliceerd op de consultatiewebpagina en vermeld in de nieuwsbrief. Als de VREG het nodig acht kan hij het openstellen van de consultatie en het consultatiedocument in het bijzonder specifiek onder de aandacht brengen van belanghebbenden, via post, e-mail of andere kanalen. Ook bij de CREG vindt een openbare raadpleging plaats door het lanceren van de raadpleging op de website van de CREG.<sup>3562</sup> Alle partijen die geregistreerd zijn op de website van de CREG worden ook van de lancering op de hoogte gebracht door middel van een nieuwsbrief of emailbericht. Febeg merkte daarbij op dat een publicatie op de website van de CREG niet steeds samenvalt met het versturen van de melding per mail. Ingevolge de opmerking van Febeg wordt nu toegevoegd dat deze nieuwsbrief of e-mail moet worden verzonden uiterlijk op de dag van de publicatie van de raadpleging op de website van de CREG.<sup>3563</sup>

#### 2.3.2.2. Consultatietermijn

**1163.** Bij de VREG wordt in de mededeling enkel bepaald dat de consultatietermijn in de regel **twee maanden** bedraagt. De energieregulator stelt evenwel dat zij steeds kunnen beslissen tot een kortere of langere

<sup>3560</sup> GwH 7 augustus 2013, nr. 117/2013, B. 15.4.

<sup>3561</sup> GwH 7 augustus 2013, nr. 117/2013, B. 15.4.

<sup>3562</sup> In geval van een niet-openbare raadpleging, wordt de doelgroep van de raadpleging door het directiecomité gecontacteerd door middel van een aangetekend schrijven (of per drager) met ontvangstbewijs gericht aan de maatschappelijke zetel of aan het laatste contactadres meegedeeld aan het directiecomité, zie CREG, Huishoudelijk reglement van 4 december 2015, <http://www.creg.info/pdf/Diversen/Z1472NL.pdf>, 26.

<sup>3563</sup> CREG, Huishoudelijk reglement van 4 december 2015, <http://www.creg.info/pdf/Diversen/Z1472NL.pdf>, 18-19.

consultatietermijn mits motivatie van deze keuze in het consultatiedocument. Zo zou de VREG kunnen beslissen om een kortere consultatietermijn aan te houden in geval van een aanpassing van een mededeling aan gewijzigde regelgeving, die beperkt in omvang en impact is. Consultaties worden doorgaans niet gehouden tijdens de schoolvakantie of de consultatietermijn wordt extra verlengd voor zover ze doorloopt in een schoolvakantie. De consultatietermijn vangt aan op het ogenblik dat het consultatiedocument vermeld wordt in een nieuwsbrief. Zo bedraagt de consultatietermijn bij de consultatie inzake de herziening van de tariefstructuur van 20 juni 2016 maar liefst meer dan drie maanden (van 20 juni tot en met 30 september 2016). Dit gelet op de vakantieperiode. Het document stelt bovendien duidelijk "wij moeten uw reactie ontvangen vóór 30 september 2016 24.00 uur".<sup>3564</sup>

**1164.** Op de website van de CREG zal telkens de eerste en de laatste dag van de raadplegingsperiode worden vermeld, waarbij deze loopt van middernacht tot middernacht.<sup>3565</sup> Dit houdt in dat de lancering van de raadpleging op de website van de CREG zal gebeuren ten laatste de dag dat de raadpleging start. Bijvoorbeeld, in geval van een raadpleging voor een periode van vier weken van 16 maart 2015 (middernacht) tot en met 13 april 2015 (middernacht), zal de lancering van de raadpleging op de website van de CREG moeten gebeuren uiterlijk op 16 maart 2015. Het vastleggen van de minimum- en maximumduur van de consultatietermijn gaf evenwel aanleiding tot wat discussie. Zo bedroeg de raadplegingsperiode aanvankelijk minimum vijf kalenderdagen en maximum dertig kalenderdagen, waarbij de termijn van vijf kalenderdagen zelfs nog kon verkort worden in geval van hoogdringendheid.<sup>3566</sup> Deze termijnen werden door de marktpartijen terecht als veel te kort beschouwd. De CREG stelde daarop voor om de minimumtermijn vast te leggen op veertien dagen en de maximumtermijn op zestig kalenderdagen. De marktpartijen merkten evenwel opnieuw terecht op dat veertien dagen nog steeds een bijzonder korte termijn uitmaakt. Febeliec merkte o.a. op dat deze periode echt "een absolute minimumperiode is aangezien kortere periodes niet toelaten aan representatieve organisaties om hun achterban correct te informeren en te bevragen".<sup>3567</sup> Febeg stelde dat een periode van ten minste 30 dagen in acht genomen zou moeten worden. De opmerkingen van de marktpartijen zijn terecht in die zin dat de participatie van de marktpartijen niet mag worden uitgehold door een *de facto* te korte termijn. Wanneer men daadwerkelijk belang wil hechten aan de feedback van de stakeholders, dan moet men hen ook voldoende tijd gunnen om

<sup>3564</sup> VREG, Consultatiedocument van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt van 20 juni 2016 met betrekking tot de herziening van de tariefstructuur van de periodieke distributietarieven CONS-2016-05, [http://www.vreg.be/sites/default/files/document/consultatie\\_over\\_de\\_herziening\\_van\\_de\\_tariefstructuur\\_van\\_de\\_periodieke\\_distributietarieven.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/document/consultatie_over_de_herziening_van_de_tariefstructuur_van_de_periodieke_distributietarieven.pdf), laatst geconsulteerd op 2 juli 2016.

<sup>3565</sup> Artikel 37, § 2 van het Huishoudelijk reglement van de CREG. Dit wil bijvoorbeeld zeggen dat een raadplegingsperiode van zes weken startend op bv. 20 maart 2015 inhoudt dat opmerkingen kunnen worden overgemaakt vanaf 20 maart 2015 middernacht tot en met 4 mei 2015 middernacht (de laatste dag van week 6 is vrijdag 1 mei 2015 – een wettelijke feestdag – waardoor de raadplegingsperiode wordt verlengd tot de eerstvolgende werkdag, nl. maandag 4 mei 2015).

<sup>3566</sup> Artikel 8 van het huishoudelijk reglement van 29 november 2012.

<sup>3567</sup> CREG, Huishoudelijk reglement van 4 december 2015, <http://www.creg.info/pdf/Diversen/Z1472NL.pdf>, 27.

deze feedback grondig te formuleren. Een te korte termijn kan er bijvoorbeeld voor zorgen dat kleinere organisaties, met minder middelen en personeel, onvoldoende snel hun opmerkingen kunnen formuleren. Vaak zijn dit non-profit organisaties, milieuorganisaties, consumentenorganisaties, etc. Dit zorgt er uiteindelijk voor dat een te korte termijn kan leiden tot een scheve of onevenwichtige participatie. Om dit te vermijden volgde de CREG dan ook het advies en de opmerkingen van de marktpartijen en trok de regulator de minimumtermijn op tot drie weken. De CREG stelde daarbij dat een afweging gemaakt moest worden tussen een redelijke termijn voor de marktpartijen om opmerkingen te formuleren en de vereiste voor de regulatoren om hun toevertrouwde taken op een efficiënte en snelle wijze uit te voeren.

**1165.** In Nederland werkt de ACM meestal via de uniforme openbare voorbereidingsprocedure vastgelegd in de Algemene Wet Bestuursrecht.<sup>3568</sup> De belanghebbenden hebben daarbij zes weken de tijd om hun "zienswijze" over het ontwerp van besluit te formuleren.<sup>3569</sup> De ACM publiceert vervolgens het definitieve besluit, waarbij rekening is gehouden met de ontvangen zienswijzen. Betrokken partijen hebben 6 weken de tijd om met een zienswijze te reageren op het ontwerpbesluit.<sup>3570</sup> ACM kiest meestal voor de uniforme procedure. Alleen als het erop lijkt dat alle partijen het eens zijn met het voorstel, kiest de ACM voor de verkorte procedure. De verkorte procedure is als volgt. De regulator geeft partijen 4 weken de gelegenheid om een zienswijze te geven op het voorstel. Vervolgens beoordeelt de ACM het voorstel en de zienswijzen. Daarna publiceert de regulator direct het definitieve besluit waarmee de codes worden gewijzigd. Als partijen het niet eens zijn met het besluit van de ACM, kunnen zij bezwaar maken. De ACM bekijkt de zaak dan opnieuw en neemt een beslissing op bezwaar.<sup>3571</sup> Uit contact met de ACM blijkt dat deze termijnen in geen enkel geval kunnen worden verkort ("de ACM is niet bekend met een verkorte procedure bij urgentie").

**1166.** Bij de VREG is het niet geheel duidelijk in welke omstandigheden de termijn van de consultatieperiode korter (dus korter dan twee maanden) of langer kan zijn. Enkel een aanpassing van een mededeling of een vakantieperiode worden vermeld. Ook bij de CREG bepaalt artikel 37, § 1 dat de periode korter kan zijn bij "specifieke omstandigheden" (dus korter dan drie weken). Het directiecomité stelde hierover het volgende:

---

<sup>3568</sup> Artikel 3:10 Awb en volgende.

<sup>3569</sup> Artikel 3:1, 1 Awb: "De termijn voor het naar voren brengen van zienswijzen en het uitbrengen van adviezen als bedoeld in afdeling 3.3, bedraagt zes weken, tenzij bij wettelijk voorschrift een langere termijn is bepaald. De termijn vangt aan met ingang van de dag waarop het ontwerp ter inzage is gelegd".

<sup>3570</sup> Zowel voor zogenaamde "energie codes" (tarievencodes of tariefstructuren (in België eerder de tariefmethodologie), technische code (in België het technisch reglement) als informatiecode) als voor de "methodebesluiten" (in België eerder de tariefvoorstellen) wordt gebruikelijk zes weken in acht genomen; zie de website van de Autoriteit Consument en Markt voor meer toelichting: <https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/energie/ontwerpmethodebesluiten-2017/>

<sup>3571</sup> ACM, <https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/energie/codes-energie/codes-energie-wijzigen/>, laatst geconsulteerd op 10 juli 2016.



“Het directiecomité wenst echter wel te benadrukken dat in de praktijk wel degelijk tijdsdruk kan bestaan, vooreerst om reden van een wettelijke termijn voor beslissing, omdat dringend maatregelen moeten worden genomen in het algemeen belang of om afspraken ingevolge grensoverschrijdende samenwerking tussen regulatoren van de Europese Unie (die dus niet louter van de wil van het directiecomité afhangen) te honoreren. De tijdsdruk kan verder te wijten zijn aan de (net)beheerders, met name wanneer een voorstel door de (net)beheerder ter goedkeuring wordt voorgelegd, waarover geen of geen effectieve openbare raadpleging door de (net)beheerder plaatsvond, en waar het directiecomité zich genoodzaakt ziet een beslissing te nemen op (zeer) korte termijn. Het spreekt voor zich dat ook de (net)beheerder tijdig zijn voorstel ter goedkeuring dient in te dienen zodat voldoende tijd blijft voor het beslissingsproces met inbegrip van een openbare raadpleging door de CREG”.

**1167.** De maximumperiode die de CREG hanteert is zes weken. Dit wil zeggen dat het de CREG vrij staat om te beslissen, binnen een vork tussen drie en zes weken, hoe lang de periode precies zal duren. Bij het vaststellen van de raadplegingsperiode tussen drie en zes weken zal het directiecomité onder meer rekening houden met de complexiteit van de problematiek, het belang ervan, de urgentiegraad, eventuele deadlines in het dossier en vakantieperiodes.<sup>3572</sup> In de praktijk verschilt de periode dus zaak per zaak. Bij de ACM is het systeem duidelijker: er zijn geen minimumtermijnen, ofwel bestrijkt de periode zes weken ofwel vier weken. Dit systeem is eenvoudiger en heeft als voordeel dat er weinig discussie kan bestaan omtrent mogelijke uitzonderingen. Het systeem bij de twee Belgische energieregulatoren heeft dan weer als voordeel dat de regulator op **efficiëntere** wijze kan optreden en de termijn kan aanpassen naar gelang de concrete omstandigheden.

**1168.** Een tussenoptie is evenwel het meest wenselijk. Zowel bij de VREG als bij de CREG zou steeds in alle gevallen enkel sprake mogen zijn van een maximumperiode (altijd 2 maanden of zes weken). Enkel in uitzonderlijke omstandigheden kan deze maximumtermijn verkort worden. Het strekt daarbij uitdrukkelijk tot de aanbeveling dat beide regulatoren op limitatieve wijze aangeven **in welke concrete omstandigheden** deze termijn kan verkort worden en wat daarbij **de kortste termijn** is die gehanteerd kan worden (bv. niet korter dan 2 weken). Dit creëert meer duidelijkheid en rechtszekerheid ten aanzien van de marktspelers. Door toch in de mogelijkheid te voorzien om de termijn te verkorten, wordt vermeden dat de energieregulator – wegens te langdurige en uitgebreide consultatieprocedures – niet tijdig in staat is om uitvoering te geven aan verplichtingen die uit de wetgeving voortvloeien. Dat een periode verlengd wordt omwille van bijvoorbeeld een technisch probleem, vakantieperiodes, na een informatiesessie<sup>3573</sup> etc. vormt uiteraard geen probleem.

**1169.** Tot slot kan nog worden opgemerkt dat de VREG sinds 2015 in het jaarlijks ondernemingsplan een indicatieve kalender opneemt van de

<sup>3572</sup> “Het directiecomité zal vanzelfsprekend ook rekening houden met onder meer wettelijke feestdagen. Indien de laatste dag van de raadplegingsperiode niet op een werkdag valt, wordt deze bovendien verlengd tot de eerstvolgende werkdag om rekening te houden met zaterdagen, zondagen, wettelijke feestdagen en sluitingsdagen van de CREG”.

<sup>3573</sup> Zie verder, onder de titel “extra informatie”.

consultaties die dat jaar georganiseerd worden.<sup>3574</sup> Deze **consultatiekalender** is terug te vinden op de consultatiewebpagina en wordt ook bekendgemaakt via de nieuwsbrief (minstens per kwartaal). Ook dit instrument vergroot de transparantie en zorgt ervoor dat de consultaties duidelijk op voorhand kenbaar worden gemaakt. Dit zorgt ervoor dat de marktspelers hier ook kunnen op anticiperen door ook in hun agenda tijd vrij te maken voor een aankomende consultatie (waardoor zo hopelijk een groter aantal respondenten kan reageren, zoals bv. ook de non-profit en consumentenorganisaties).

#### 2.3.2.3. Overmaken van de opmerkingen

**1170.** Bij de VREG maken de belanghebbenden hun opmerkingen bij het consultatiedocument schriftelijk over aan de consultatieverantwoordelijke voor het einde van de consultatietermijn. Opmerkingen worden bij voorkeur per e-mail overgemaakt in een bestandsvorm die het mogelijk maakt om de gemaakte opmerkingen " te kopiëren en te plakken" in het consultatieverslag. Ook bij de CREG moeten de opmerkingen schriftelijk worden meegedeeld. Dit in principe per e-mail aan het opgegeven e-mailadres of per brief aan het opgegeven lid van het directiecomité, tenzij anders aangegeven in het raadplegingsdocument.<sup>3575</sup>

**1171.** Bij de CREG bepaalt artikel 35, § 2 van het huishoudelijk reglement dat de CREG de modaliteiten van de raadpleging kan bepalen, zoals beperkingen inzake de lengte/het formaat van de opmerkingen. Dit houdt in dat de CREG kan vragen dat opmerkingen worden gegeven op een beperkt aantal pagina's of met inachtnaam van een beperkt aantal karakters, bijvoorbeeld bij een korte raadplegingstermijn. Dergelijke inperking van het aantal pagina's of karakters als algemene uitzonderingsgrond is niet wenselijk. Een beperking zou verplicht gekoppeld moeten worden aan de beperkte en limitatieve gevallen waarin de raadplegingstermijn verkort werd.

#### 2.3.2.4. Extra informatie

**1172.** Het directiecomité van de CREG stelt bijkomende informatie ter beschikking van de geraadpleegde personen indien het dit nodig acht.<sup>3576</sup> Het kan daarbij bijvoorbeeld gaan om een toelichtende brief van de transmissienetbeheerder. Het directiecomité van de CREG kan naast de effectieve raadpleging ook gebruik maken van "velerlei initiatieven" om het onderwerp van de raadpleging op informele wijze toe te lichten en te bespreken met betrokken personen. Zo kan het directiecomité het nuttig achten een **informatiesessie** en besprekingen te houden om toelichting te geven bij het

---

<sup>3574</sup> "In deze consultatiekalender wordt het onderwerp van de consultatie opgenomen, met een korte beschrijving ervan en ook de vermoedelijke consultatietermijn. Doorheen het jaar wordt de consultatiekalender geactualiseerd in functie van nieuwe ontwikkelingen of de evolutie in bestaande dossiers".

<sup>3575</sup> CREG, Huishoudelijk reglement van 4 december 2015, <http://www.creg.info/pdf/Diversen/Z1472NL.pdf>, 26.

<sup>3576</sup> CREG, Huishoudelijk reglement van 4 december 2015, <http://www.creg.info/pdf/Diversen/Z1472NL.pdf>, 25.

dossier. Het directiecomité kan ook beslissen om nadien (na **afloop** van de raadpleging) een informatiesessie te houden, waardoor de raadpleging ook **verlengd** wordt.<sup>3577</sup> De mondelinge opmerkingen gegeven tijdens deze sessies worden door de CREG evenwel niet in aanmerking genomen (zie verder). Het is ook zo dat de CREG kan beslissen om **verdere raadplegingsrondes** te houden.<sup>3578</sup> Met verdere raadplegingsrondes wordt bedoeld, een tweede (of zelfs derde) (openbare) raadpleging, bv. omdat de eerste raadpleging belangrijke problemen aan het licht bracht, of omdat de ontwerpbeslissing/het voorstel/het voorgenomen standpunt ten gevolge van de eerste raadpleging substantieel werd gewijzigd.<sup>3579</sup>

**1173.** Ook de VREG kan beslissen om het consultatiedocument toe te lichten aan alle belanghebbenden via een **informatievergadering** aan het begin van een consultatietermijn. Op deze informatievergadering geeft de regulator duiding bij het consultatiedocument en reageert hij op de eerste opmerkingen zodat eventuele onduidelijkheden en misverstanden uit de wereld geholpen kunnen worden en er, aldus de VREG, tijdens de formele consultatieprocedure minder "onterechte" opmerkingen ontvangen worden waar schriftelijk op moet worden gereageerd.<sup>3580</sup> De belanghebbenden kunnen ook opmerkingen formuleren en toelichten tijdens deze specifiek georganiseerde informatievergaderingen. De VREG stelt dat hij daarbij kan vragen om de gemaakte opmerkingen ook **schriftelijk** over te maken of kan beslissen om het verslag van die vergadering publiek te maken en dit in de verdere procedure te behandelen op dezelfde wijze als de schriftelijke reacties die werden ontvangen. Indien mogelijk en wenselijk, kan de regulator daarna ook een nieuwe consultatie organiseren over een document, bijvoorbeeld wanneer uit de eerdere consultatie blijkt dat het ontwerpdocument ernstig moet worden bijgewerkt.<sup>3581</sup>

**1174.** De Nederlandse ACM maakt frequent gebruik van het instrument van de "**hoorzitting**". In deze hoorzittingen kunnen de belanghebbenden hun zienswijze naar voren brengen over het document dat ter consultatie voorligt. De hoorzitting vindt eveneens plaats binnen de uniforme openbare voorbereidingsprocedure. Deze zienswijzeprocedure is bedoeld om belanghebbenden de gelegenheid te bieden hun zienswijze over het ontwerpbesluit naar voren te brengen. De hoorzitting biedt de gelegenheid om dit **mondeling** te doen.<sup>3582</sup> Het betreft openbare zittingen. Van de zitting wordt een **verslag** gemaakt, dat betrokkenen zal worden toegezonden. In

<sup>3577</sup> Artikel 33, § 3 van het huishoudelijk reglement.

<sup>3578</sup> Artikel 35, § 3, van het huishoudelijk reglement.

<sup>3579</sup> CREG, Huishoudelijk reglement van 4 december 2015, <http://www.creg.info/pdf/Diversen/Z1472NL.pdf>, 21.

<sup>3580</sup> VREG, "Mededeling van de VREG van 16 juni 2014 betreffende Interne richtlijnen rond publieke consultaties in het kader van onze taken en bevoegdheden als regulator van de Vlaamse elektriciteits- en gasmarkt", MEDE-2014-4, <http://www.vreg.be/sites/default/files/document/consultation/mede-2014-04.pdf>, 4-5.

<sup>3581</sup> VREG, "Mededeling van de VREG van 16 juni 2014 betreffende Interne richtlijnen rond publieke consultaties in het kader van onze taken en bevoegdheden als regulator van de Vlaamse elektriciteits- en gasmarkt", MEDE-2014-4, <http://www.vreg.be/sites/default/files/document/consultation/mede-2014-04.pdf>, 6.

<sup>3582</sup> Artikel 3:15 Awb: "Belanghebbenden kunnen bij het bestuursorgaan naar keuze schriftelijk of mondeling hun zienswijze over het ontwerp naar voren brengen".

tegenstelling tot bij de CREG en VREG is er dus steeds de mogelijkheid voor de belanghebbenden om mondeling hun opmerkingen te geven. Het moet dan ook worden aangemoedigd om bij alle Belgische energieregulators steeds dergelijke voorafgaandelijke (of tijdens het lopen van de consultatie of raadpleging) informatievergadering te organiseren, waarbij ook de **mondelijke** opmerkingen in acht moeten worden genomen.<sup>3583</sup> De redenering van de CREG om dit niet te doen is onvoldoende onderbouwd.<sup>3584</sup> Wanneer namelijk de opmerkingen worden opgenomen in een pv of in een verslag van de vergadering die plaatsvindt tijdens de duur van de raadpleging, dan kunnen zij zeker en vast door de CREG in overweging genomen worden (en is er geen sprake van een uitholling van de motiveringsplicht) én voldoen zij aan de modaliteiten (namelijk schriftelijk weergegeven en binnen de periode). Neemt men deze mondelinge opmerkingen immers niet in acht, dan riskeert men dat de hoorzittingen of informatievergaderingen een dode letter worden of dat marktspelers niet de moeite nemen om aanwezig te zijn omdat hun opmerkingen toch nog schriftelijk herhaald moeten worden.

### 2.3.3. *Inclusiviteit en representativiteit?*

#### 2.3.3.1. Algemeen

**1175.** Een van de belangrijkste knelpunten bij de democratische legitimiteit en de inputlegitimiteit die voortvloeit uit de participatie is dit van het relatief klein gedeelte van de bevolking dat bereid is om mee te participeren. LANCKSWERDT bestempelt dit als de zogenaamde participatie-elite. Hij stelt dat louter kwantitatief gezien de participatieve legitimiteit in het algemeen onderdoet voor de democratische legitimiteit via verkiezingen of volksvertegenwoordiging. Bij participatie is het immers steeds een beperktere – en in de energiesector vaak dezelfde – groep participanten die de beslissingen van de regulator beïnvloeden. De participanten representeren daarbij bovendien meestal zichzelf en hun eigen bepaalde belangen of organisaties.<sup>3585</sup>

**1176.** Inputlegitimiteit (*supra* nr. 233) is het resultaat van inspraak. Het omvat twee dimensies, waarvan de eerste inclusiviteit is. Dit begrip houdt in dat bij de

<sup>3583</sup> Zoals Elia ook opmerkte: "Met betrekking tot de mondelinge opmerkingen, vraagt Elia zich af of PV's van vergaderingen waarin deze opmerkingen werden genoteerd als aanvaardbaar kunnen worden beschouwd", zie CREG, Huishoudelijk reglement van 4 december 2015, <http://www.creg.info/pdf/Diversen/Z1472NL.pdf>, 20.

<sup>3584</sup> De CREG repliceerde daarop: "Wat betreft vervolgens de vraag van Elia of, met betrekking tot mondelinge opmerkingen, PV's van vergaderingen waarin deze opmerkingen werden genoteerd als aanvaardbaar kunnen worden beschouwd, is de regeling in het raadplegingsdocument als volgt. Mondelinge opmerkingen worden niet aanvaard. Verder wordt [...] bepaald dat de opmerkingen geformuleerd tijdens informatiesessies en besprekingen geen opmerkingen ingevolge de raadpleging vormen in de zin van artikel 38. Hiermee wordt bedoeld dat het directiecomité geen rekening houdt met opmerkingen gemaakt tijdens deze besprekingen (of deze nu mondeling gebeuren of in een PV) omwille van de volgende reden. Gelet op de motiveringsplicht, bedoeld in artikel 32, § 3, en de nood aan administratieve beheersbaarheid van het raadplegingsproces, dienen opmerkingen aan het directiecomité te worden bezorgd volgens de opgegeven modaliteiten in het raadplegingsdocument en/of op de website van de CREG. Dit wil zeggen dat de opmerkingen in elk geval dienen te worden bezorgd in de opgegeven vorm voor indiening van opmerkingen (cf. art. 35, § 2, derde lid) en binnen de voorziene raadplegingsperiode (cf. artikel 37)" zie CREG, Huishoudelijk reglement van 4 december 2015, <http://www.creg.info/pdf/Diversen/Z1472NL.pdf>, 21.

<sup>3585</sup> E. LANCKSWERDT, *Handboek burgerparticipatie*, Brugge, die Keure, 2009, 445.

consultaties of raadplegingen **alle relevante actoren** worden betrokken. Iedereen die door een beslissing getroffen kan worden, moet zijn voorkeur of opmerkingen kunnen uiten.<sup>3586</sup> Inclusiviteit verhoogt dus de legitimiteit van de beslissingen. Inputlegitimiteit omvat ook een tweede dimensie, namelijk de representativiteit. Dit wil zeggen het geïnformeerd en consistent vertalen van de voorkeuren van de belanghebbenden. Wanneer met name participatie via organisaties plaatsvindt, is zij representatief.<sup>3587</sup> Vermeden moet worden dat de vertegenwoordiger niet op een juiste manier de opmerkingen van de vertegenwoordigde vertaalt en weergeeft.

**1177.** Het fenomeen van de participatie-elite en het fenomeen van de representatieve participatie brengt ons ook bij een frequent voorkomend probleem inzake **scheve of onevenwichtige participatie**.<sup>3588</sup> Dit laatste houdt in dat de ene groep beter vertegenwoordigd wordt dan de andere, waarbij het in de praktijk vaak gaat over consumenten of non-profit organisaties (zoals milieu-organisaties of organisaties voor duurzame energie). Individuele burgers zijn waarschijnlijk minder geneigd (of minder bekend) om zich in te laten met de beslissingen van de energieregulators, waardoor het des te belangrijker is dat zij via overkoepelende organisaties ook worden vertegenwoordigd. Denk daarbij maar aan consumentenorganisaties zoals Test-Aankoop, maar ook representatieve vakorganisaties (ACV, ACLVB, ABVV), tot zelfs de mutualiteiten.<sup>3589</sup>

Het blijkt maar al te vaak uit verschillende consultatieverslagen dat er sprake is van een onevenwichtige participatie. Zo blijkt bijvoorbeeld uit het consultatieverslag van de VREG van 14 april 2016 met betrekking tot de toekomst van de Servicecheck, dat de VREG moet vaststellen dat het "vooral jammer is dat organisaties die consumenten vertegenwoordigen niet deelnamen aan deze consultatie. We denken dan ook dat de antwoorden in de consultatie geen perfect overzicht bieden van de sector".<sup>3590</sup> Gelet op het feit dat de Servicecheck net gericht is op deze consumenten valt deze ondervertegenwoordiging van dergelijke organisaties te betreuren. De consultatie werd wel ingevuld door 25 particulieren, wat positief is, hoewel dit aandeel nog steeds laag ligt. Andere participanten waren o.a. EDF Luminus, Essent, Eni, Electrabel, Ecopower, de Ombudsdienst Energie, OCTA+, Infrac, de Vlaamse Ombudsdienst, ...

---

<sup>3586</sup> F. SCHRAM, *Burger en bestuur. Een introductie tot een complexe verhouding*, Brussel, Politeia, 2014, 180.

<sup>3587</sup> E. LANCKSWERDT, *Handboek burgerparticipatie*, Brugge, die Keure, 2009, 41-48.

<sup>3588</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 376-377.

<sup>3589</sup> Zij zetelen bijvoorbeeld allen in de Raad voor Verbruik ([http://economie.fgov.be/nl/binaries/Samenstelling\\_Raad\\_Verbruik\\_tcm325-225389.pdf](http://economie.fgov.be/nl/binaries/Samenstelling_Raad_Verbruik_tcm325-225389.pdf)), de centrale adviesstructuur (onder de FOB economie) voor alle problemen inzake consumptie en bescherming van de consument.

<sup>3590</sup> VREG, RAPP-2016-02, Consultatieverslag van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt van 14 april 2016 met betrekking tot de toekomst van de Servicecheck, <http://www.vreg.be/sites/default/files/document/rapp-2016-02.pdf>.

Een onevenwichtige participatie kan ervoor zorgen dat er ten aanzien van de regulator een schijn van partijdigheid ontstaat of zelfs *regulatory capture*. *Regulatory capture* doet zich voor wanneer een regulerende autoriteit (bijvoorbeeld een energieregulator) beslissingen neemt die niet noodzakelijk het algemeen belang vooropstellen maar die bepaalde commercieel dominante belangengroepen bevoordeelt.<sup>3591</sup> Op die manier trachten de belangengroepen diverse voordelen te verkrijgen van de energieregulatoren. Vaak gaat het daarbij om de industrie.<sup>3592</sup> Consumenten beschikken vaak over onvoldoende financiering of interesse om zich te verenigen om voor hun belangen op te komen.<sup>3593</sup> Bovendien vertegenwoordigen consumenten vaak verschillende ideeën, standpunten en belangen, terwijl de industrie vaker met één stem spreekt.<sup>3594</sup> Bovendien is *regulatory capture* vandaag meer en meer een onbewust proces en eerder het resultaat van intensief contact of een jarenlange nauwe samenwerking met bepaalde marktspelers. De regulator kan zich daarbij onbewust vereenzelvigen met bepaalde marktpartijen.<sup>3595</sup>

**1178.** Drie opmerkingen kunnen daarbij gemaakt worden om *regulatory capture* te vermijden. Ten eerste dat de regulatoren in de regel alle partijen **gelijk** behandelen. De Vlaamse energieregulator benadrukt dat hij alle deelnemers aan de consultatie op dezelfde wijze zal behandelen. Zo stelt de VREG dat extra verduidelijkingen bij een consultatiedocument, gevraagd door één partij, ter beschikking zullen worden gesteld aan alle belanghebbenden, bijvoorbeeld via de consultatiewebpagina.<sup>3596</sup> Ook de CREG benadrukt, in een reactie ten aanzien van een standpunt van Elia, dat “het directiecomité dan ook elk betrokken elektriciteitsbedrijf op voet van gelijkheid wenst te behandelen bij het organiseren van raadplegingen voorafgaand aan het nemen van beslissingen [...]”.<sup>3597</sup> Dit houdt evenwel niet in dat het bestuur onder alle omstandigheden aan de belangen van alle marktpartijen steeds hetzelfde gewicht moet toekennen. Het bestuur oordeelt immers in een concrete situatie, waardoor het steeds rekening moet houden met de omstandigheden *in casu*, waaronder ook het doel van de beslissing en de mate waarin bepaalde belangen door een beslissing worden geraakt. Het bestuur moet met andere woorden een evenwichtsoefening maken, o.a. aan de hand van het proportionaliteitsbeginsel en moet daarbij de betrokken belangen tegen elkaar afwegen.<sup>3598</sup>

---

<sup>3591</sup> B. DEFLOOR en F. NAERT, “How Independent are Belgian Regulators?”, *CRNI* 2009, nr. 4, (355) 360.

<sup>3592</sup> G. STIGLER, “The Theory of Economic Regulation”, *The Bell Journal of Economics and Management Science* 1971, Vol.2, 5.

<sup>3593</sup> S. OVERTON, “The Participation Interest”, *The Georgetown Law Journal* 2011-2012, (1259-1310) 1288.

<sup>3594</sup> PELTZMAN spreekt over “diffused interests”, zie S. PELTZMAN, “Toward a more general theory of regulation”, *Journal of Law and Economics* 1976, afl. 2, (211) 212.

<sup>3595</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 119-120.

<sup>3596</sup> VREG, “Mededeling van de VREG van 16 juni 2014 betreffende Interne richtlijnen rond publieke consultaties in het kader van onze taken en bevoegdheden als regulator van de Vlaamse elektriciteits- en gasmarkt”, MEDE-2014-4, <http://www.vreg.be/sites/default/files/document/consultation/mede-2014-04.pdf>, 4.

<sup>3597</sup> CREG, Huishoudelijk reglement van 4 december 2015, <http://www.creg.info/pdf/Diversen/Z1472NL.pdf>, 18-19.

<sup>3598</sup> S. LAVRIJSSEN, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 36.

Ten tweede is het belangrijk dat het consultatie- of raadplegingsproces zo transparant mogelijk verloopt. De Belgische regulatoren zouden daarbij, naar het voorbeeld van de ACM in Nederland,<sup>3599</sup> alle mogelijke opmerkingen en reacties die zij tijdens hun consultaties verwerven integraal online kunnen publiceren. Zo kan elke geïnteresseerde effectief nagaan op welke manier de energieregulator de opmerkingen heeft verwerkt in zijn uiteindelijke consultatieverslag. Dit past ook in de geest van de Europese liberaliseringsrichtlijnen die vereisen dat de regulator zijn beslissingen volledig motiveert en transparant handelt.

Ten derde moet worden opgemerkt dat consumenten zich vaak niet aangesproken zullen voelen of vaak niet de kennis zullen hebben om te antwoorden op een consultatiedocument of vraag. Om voldoende participatie te verzekeren is het belangrijk dat de documenten ook op een voor de consument begrijpelijke manier worden geformuleerd. Dit geldt zeker op het distributieniveau en wordt des te belangrijker door de toenemende rol van de prosumenten. Zo lanceerde de VREG recent volgende consultatievraag voor gezinnen:

“De VREG wenst in het bijzonder een standpunt te ontvangen van de stakeholders met betrekking tot het volgende: Specifiek voor gezinnen: 1) Vermogensschijven: voor de bepaling van de distributienetkosten worden de kosten ingedeeld op basis van de verschillende vermogensschijven. Kunnen de betrokken stakeholders het voorstel onderschrijven zoals de plaatsing van de vermogensschijven (bijv. op 3 kVA, op 6 kVA) alsook de hoeveelheid aan vermogensschijven? 2) Prosumenten met een terugdraaiende teller: een prosumententarief voor netgebaseerde netkosten zal verdwijnen. Een vaste term zal echter blijven bestaan voor de kosten met betrekking tot openbare dienstverplichtingen, toeslagen en transmissie. a. Wat is de mening van de stakeholders uit de klantengroep prosumenten met een terugdraaiende teller over de invoering van een vaste term voor de niet-netgebonden netkosten op basis van de vastgelegde vermogensschijven? b. In plaats van het omvormervermogen wordt de aansluitingscapaciteit gebruikt. Wat is uw mening hierover?”<sup>3600</sup>

Wanneer een consument deze vragen leest dan is de kans groot dat het antwoord “geen mening” volgt. De vragen zijn namelijk op dermate gespecialiseerde manier geformuleerd dat men het risico loopt dat de individuele consument het al snel zal opgeven. Wil de consument weten waarover het gaat, dan moet hij bovendien al snel vijftig pagina’s doorworstelen. Uit een andere consultatie uit 2015 bleek dat consumenten deze moeilijkheidsgraad ook duidelijk zelf aanvoelen. Zo bleek uit verschillende reacties:

“Jammer genoeg begrijp ik niet wat er in deze nieuwsbrief staat. Waarover gaat dit, wat wordt er van ons verwacht? Of wat verandert er voor ons?”

<sup>3599</sup> ACM, Zienswijzen belanghebbenden op de ontwerpmethodebesluiten 2017-2021, [https://www.acm.nl/nl/publicaties/zoeken-in-publicaties/?zf\[\]=et%3Apub&zf\[\]=kw%3A158&zf\[\]=qu%3A; ACM, Zienswijze GTS op ontwerpmethodebesluit GTS 2017-2021, https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15882/Zienswijze-GTS-op-ontwerpmethodebesluit-GTS-2017-2021/](https://www.acm.nl/nl/publicaties/zoeken-in-publicaties/?zf[]=et%3Apub&zf[]=kw%3A158&zf[]=qu%3A;ACM,Zienswijze GTS op ontwerpmethodebesluit GTS 2017-2021, https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15882/Zienswijze-GTS-op-ontwerpmethodebesluit-GTS-2017-2021/), beiden laatst geconsulteerd op 10 juli 2016.

<sup>3600</sup> VREG, CONS-2016-05, Consultatiedocument van de Vlaamse Regulator van de Electriciteits- en Gasmarkt van 20 juni 2016 met betrekking tot de herziening van de tariefstructuur van de periodieke distributienettarieven, [http://www.vreg.be/sites/default/files/document/consultatie\\_over\\_de\\_herziening\\_van\\_de\\_tariefstructuur\\_van\\_de\\_periodieke\\_distributienettarieven.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/document/consultatie_over_de_herziening_van_de_tariefstructuur_van_de_periodieke_distributienettarieven.pdf), laatst geconsulteerd op 10 juli 2016.

"Ik heb hogere studies gedaan, maar van de e-mail die ik vandaag van VREG.be heb ontvangen, begrijp ik maar relatief weinig. Heeft u ook al eens nagegaan hoe er met veel moeilijke woorden een uitleg wordt gegeven, die moeilijk verstaanbaar is. Ik kan me voorstellen, dat mensen met een lagere opleiding er (ook) snel de brui aan geven om te begrijpen waar het eigenlijk om gaat en wat er van de lezer wordt verwacht. Misschien kan er aan de zinsvorm en woordkeuze wat gedaan worden, zodat er in mensentaal duidelijk gemaakt wordt wat de VREG ("uw gids in energie") wil meedelen."

"N.a.v. uw bericht ivm. slimme meters vraag ik me af of het niet eerst in kortere bewoording kan worden uitgelegd dan de bijgevoegde 32 blz. Als je iets te vertellen hebt doe het dan eerst in korte, efficiënte en verstaanbare bewoordingen en stuur nadien 32 blz voor zij die toch een bijbel willen. Doe gewoon en wees transparant".<sup>3601</sup>

**1179.** Het strekt dan ook tot de aanbeveling om, wil men de individuele consumenten bereiken, de consultatievraag eenvoudiger te formuleren. Ook moet men voorzien in een beknopte en duidelijke uitleg over het onderwerp dat ter sprake komt, specifiek gericht op de consumenten. Aangezien de materie echter dermate technisch en complex is, moeten de consumentenkrachten ook gebundeld worden. Daarbij moeten consumentenorganisaties (maar uiteraard ook non-profit organisaties etc.) aangemoedigd en geactiveerd worden om te reageren op deze publieke consultaties. Om er bovendien voor te zorgen dat de belangen van de minst-participerenden voldoende worden vertegenwoordigd moet ook uitdrukkelijk worden vastgelegd dat bij herhaaldelijke overlegmomenten, beleidsplatformen of klankbordgroepen (zie verder) deze entiteiten op voldoende wijze aanwezig moeten zijn, waardoor een evenwichtige mate van (consumenten)vertegenwoordiging wordt gegarandeerd.

#### 2.3.3.2. Belanghebbenden, betrokkenen, personen, doelgroep,...

**1180.** Bij de VREG spreekt de mededeling over "belanghebbenden", waaronder de VREG verstaat dat "alle geïnteresseerde partijen kunnen deelnemen aan een consultatie".<sup>3602</sup> Ook individuele consumenten vallen hieronder en worden bijgevolg gestimuleerd om op de consultaties te antwoorden. Het document van de CREG spreekt over "personen", waaronder zowel natuurlijke als rechtspersonen vallen en waarbij artikel 34, § 1 van het huishoudelijk reglement bepaalt dat "elke betrokken persoon kan deelnemen aan een openbare raadpleging". Het directiecomité van de CREG interpreteert het begrip "persoon" zeer ruim en stelt dat het de juridische hoedanigheid niet zal aanwenden om desgevallend opmerkingen te weigeren. De CREG verduidelijkt dat enkel wanneer diegene die reageert op de raadpleging generlei "betrokken" is bij het dossier dat ter raadpleging wordt voorgelegd, het directiecomité niet verplicht is

<sup>3601</sup> VREG, Consultatieverslag van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt van 16 juni 2015 Verslag van de consultatie van de wijzigingen aan de mededeling MEDE-2012-4 met betrekking tot de testen (proefproject) die uitgevoerd worden met slimme meters, met een focus op data veiligheid & privacy, [http://www.vreg.be/sites/default/files/document/consultatieverslag\\_mede\\_2012-4\\_privacy\\_proefproject\\_slimme\\_meters.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/document/consultatieverslag_mede_2012-4_privacy_proefproject_slimme_meters.pdf), laatst geconsulteerd op 7 juli 2016.

<sup>3602</sup> VREG, "Mededeling van de VREG van 16 juni 2014 betreffende Interne richtlijnen rond publieke consultaties in het kader van onze taken en bevoegdheden als regulator van de Vlaamse elektriciteits- en gasmarkt", MEDE-2014-4, <http://www.vreg.be/sites/default/files/document/consultation/mede-2014-04.pdf>, 5.



om de opmerkingen te aanvaarden.<sup>3603</sup> De CREG verwijst daarbij naar artikel 23, § 2bis van de Elektriciteitswet bepaalt: “de elektriciteitsondernemingen hebben de mogelijkheid om, vooraleer een beslissing **die hen betreft** wordt genomen, hun opmerkingen te laten gelden”. Deze omschrijving lijkt beperkter dan die van de VREG.

**1181.** Ook bij de ACM moet men “belanghebbende” zijn. Wat dit juist inhoudt, valt terug te vinden in de Algemene Wet Bestuursrecht: onder belanghebbende wordt verstaan degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken.<sup>3604</sup> Deze definitie sluit dicht aan bij deze die de CREG hanteert (“een beslissing die hen betreft of degene die betrokken is bij het dossier” en “degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit betrokken is”). De Algemene Wet Bestuursrecht is voornamelijk gericht op de rechtsbescherming en heeft niet echt als doel het verzekeren van een effectieve en legitieme afweging van de belangen van alle marktpartijen. Zo vallen individuele consumenten niet onder de definitie van belanghebbende.<sup>3605</sup> Artikel 3:15 van de Algemene Wet Bestuursrecht bepaalt evenwel dat door het bestuursorgaan kan worden bepaald dat ook aan **anderen** de gelegenheid moet worden geboden hun zienswijze naar voren te brengen. Dus wanneer de ACM de uniforme openbare voorbereidingsprocedure volgt, kan de autoriteit bepalen dat andere (zoals bv. individuele consumenten) hun zienswijze kunnen geven. Consumentenbelangen kunnen ook worden behartigd door vertegenwoordigende consumentenorganisaties, indien zij een rechtspersoon zijn en blijkens hun doelstellingen en feitelijke werkzaamheden het consumentenbelang in het bijzonder behartigen en dit belang rechtstreeks wordt geraakt.<sup>3606</sup>

**1182.** Zowel bij de VREG als bij de CREG wordt bepaald dat zij ten indicatieve titel een doelgroep kunnen opnemen in hun consultatiedocument. De VREG stelt daarover dat in principe alle geïnteresseerde partijen kunnen deelnemen aan een consultatie. Om de belanghebbenden evenwel te helpen bij het beoordelen of het aangewezen is dat een bepaald consultatiedocument door hen bekeken en/of beoordeeld wordt, zal de VREG in het consultatiedocument aangeven welke belanghebbenden wellicht/specifiek tot de doelgroep van de consultatie horen.<sup>3607</sup> Ook bij de CREG wordt bepaald dat in geval van openbare

<sup>3603</sup> Artikel 38, § 3 van het huishoudelijk reglement.

<sup>3604</sup> Artikel 1:2 Algemene Wet Bestuursrecht.

<sup>3605</sup> S. LAVRIJSSSEN, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 155.

<sup>3606</sup> Artikel 1:3, derde lid Algemene Wet Bestuursrecht: “Ten aanzien van rechtspersonen worden als hun belangen mede beschouwd de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen”. Zie ook S. LAVRIJSSSEN, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 207.

<sup>3607</sup> VREG, CONS-2016-04, Consultatiedocument van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt van 4 mei 2016 met betrekking tot het ontwerp van tariefmethodologie voor de reguleringsperiode 2017-2020, [http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/consultatiedocument\\_tariefmethodologie\\_2017-2020\\_cons-2016-04.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/consultatiedocument_tariefmethodologie_2017-2020_cons-2016-04.pdf):

“Deze consultatie is gericht aan de elektriciteits- en aardgasdistributienetgebruikers, de elektriciteits- en aardgasdistributienetbeheerders en andere belanghebbenden”; VREG, CONS-2016-05, Consultatiedocument van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt van 20 juni 2016 met betrekking tot de herziening van de tariefstructuur van de periodieke distributienettarieven,

raadplegingen elke betrokken persoon kan deelnemen. Het betreft personen die op **enige manier betrokken** zijn bij de akte die het directiecomité neemt. De mogelijkheid wordt evenwel voor het directiecomité voorzien om, in geval van een openbare raadpleging, op de website van de CREG en/of in het publieke raadplegingsdocument, ten indicatieve titel, de categorieën personen aan te geven onder wiens aandacht het directiecomité het onderwerp van de openbare raadpleging in het bijzonder wenst te brengen. Op die manier kan het directiecomité, desgewenst, de raadpleging maximaal richten tot diegenen die het directiecomité rechtstreeks betrokken acht bij het onderwerp van de raadpleging.<sup>3608</sup>

#### 2.3.4. *Beoordeling van de gemaakte opmerkingen*

**1183.** Het consulteren of het raadplegen van belanghebbenden heeft voornamelijk als doel het verkrijgen van input. Hoewel deze transparantie bijdraagt tot de legitimiteit van de regulator, vormt het consulteren of het raadplegen niet de daadwerkelijke **verantwoording** door de energieregulator. Inspraak via consultaties of raadplegingen is immers steeds eenzijdig, terwijl verantwoording net een dialoog vereist. Deze verantwoording komt pas **nadien**, namelijk wat de regulator concreet met de gegeven opmerkingen doet en hoe hij dit nadien ook communiceert. De energieregulator moet dus te kennen geven waarom hij bepaalde opmerkingen, meningen en standpunten al dan niet in acht neemt. Het doel van deze verantwoording is dubbel: beslissingen nemen met volledig kennis ter zake, gebaseerd op een effectieve en legitieme belangenafweging en daarbij tegelijk, in het kader van de preventieve rechtsbescherming, de kans verkleinen dat er nadien procedures bij de rechtscolleges worden opgestart.

##### 2.3.4.1. Welke opmerkingen worden (niet) aanvaard?

**1184.** Het directiecomité van de CREG aanvaardt zowel vertrouwelijke, als niet-vertrouwelijke opmerkingen.<sup>3609</sup> In artikel 38 van het huishoudelijk reglement van de CREG worden de soorten opmerkingen opgesomd die het directiecomité nooit zal aanvaarden (§ 2), dan wel niet verplicht is te aanvaarden (§ 3).<sup>3610</sup> Het directiecomité aanvaardt geen: anonieme opmerkingen; opmerkingen die hem toekomen na het verstrijken van de raadplegingsperiode; opmerkingen die niet voldoen aan de vorm voor indiening van opmerkingen (waaronder mondelinge opmerkingen, zie hiervoor); opmerkingen die kennelijk te vaaggeformuleerd zijn en opmerkingen die niet binnen het kader van de raadpleging vallen. Het

---

[http://www.vreg.be/sites/default/files/document/consultatie\\_over\\_de\\_herziening\\_van\\_de\\_tariefstructuur\\_van\\_de\\_periodieke\\_distributietarieven.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/document/consultatie_over_de_herziening_van_de_tariefstructuur_van_de_periodieke_distributietarieven.pdf): "Doelgroep is elke partij die Vlaamse periodieke distributietarieven voor elektriciteit betaalt, krijgt of int, en ruimer, elke belanghebbende".

<sup>3608</sup> CREG, Huishoudelijk reglement van 4 december 2015, <http://www.creg.info/pdf/Diversen/Z1472NL.pdf>, 23-24.

<sup>3609</sup> Artikel 38, § 1 van het huishoudelijk reglement.

<sup>3610</sup> CREG, Huishoudelijk reglement van 4 december 2015, <http://www.creg.info/pdf/Diversen/Z1472NL.pdf>, 33: "Het directiecomité zal niet antwoorden op opmerkingen die dermate vaag geformuleerd zijn dat redelijkerwijze niet duidelijk is wat wordt bedoeld".

directiecomité is niet verplicht om volgende opmerkingen te aanvaarden: opmerkingen tijdens een openbare raadpleging die niet afkomstig zijn van een betrokken persoon<sup>3611</sup>; opmerkingen die, in geval modaliteiten worden vastgesteld, niet voldoen aan de opgegeven maximale lengte/het opgegeven formaat (bv. aantal pagina's of karakters); opmerkingen die niet voldoen aan de overige modaliteiten (andere dan vorm, termijn, lengte of formaat) van de raadpleging, bepaald in het raadplegingsdocument en/of op de website van de commissie.<sup>3612</sup>

**1185.** Bij de ACM kunnen zowel mondelinge als schriftelijke zienswijzen worden ingediend.<sup>3613</sup> <sup>3614</sup> De ACM toetst of de ontvangen zienswijzen ontvankelijk zijn. Dat betekent dat de zienswijze aan bepaalde voorwaarden moet voldoen. Een zienswijze moet bijvoorbeeld binnen 6 weken zijn ontvangen, en de indiener moet een belanghebbende zijn. Bij de VREG maken belanghebbenden hun opmerkingen bij het consultatiedocument schriftelijk over aan de consultatieverantwoordelijke. Opmerkingen worden bij voorkeur per e-mail overgemaakt in een "bestandsvorm die het mogelijk maakt om de gemaakte opmerkingen 'te kopiëren en te plakken' in het consultatieverslag". De opmerkingen van de belanghebbenden kunnen ook worden geformuleerd en toegelicht tijdens daartoe specifiek georganiseerde vergaderingen. De VREG kan daarbij vragen om de gemaakte opmerkingen ook schriftelijk over te maken of beslissen om het verslag van die vergadering publiek te maken en in de verdere procedure te behandelen op dezelfde wijze als de schriftelijke reacties die werden ontvangen.<sup>3615</sup> Hoewel dit niet uitdrukkelijk wordt bepaald, moet worden aangenomen dat ook bij de VREG de opmerkingen tijdig moeten worden ingediend.

#### 2.3.4.2. Behandeling van de opmerkingen

**1186.** Bij de CREG wordt in het document dat toelichting geeft bij het huishoudelijk reglement enkel bepaald dat het directiecomité, op grond van de wet verplicht is het gevolg dat het geeft aan de ontvangen opmerkingen te **rechtvaardigen** in de eindbeslissing (of voor tariefbeslissingen in een commentaar bij de eindbeslissing).<sup>3616</sup> De CREG publiceert nadien dus **niet** de ontvangen opmerkingen (integraal, wel met in acht name van de vertrouwelijke

<sup>3611</sup> CREG, Huishoudelijk reglement van 4 december 2015, <http://www.creg.info/pdf/Diversen/Z1472NL.pdf>, 33: "Het directiecomité voorziet de mogelijkheid om opmerkingen van personen die op geen enkele manier betrokken zijn bij de beslissing te verwerpen".

<sup>3612</sup> Het niet in overweging nemen van opmerkingen louter omwille van een onverenigbaarheid met bepaalde modaliteiten is evenwel moeilijk aanvaardbaar, zie ook de commentaar hiervoor.

<sup>3613</sup> Artikel 3:15, 1 Awb: Belanghebbenden kunnen bij het bestuursorgaan naar keuze schriftelijk of mondeling hun zienswijze over het ontwerp naar voren brengen. Artikel 3:17: "Van hetgeen overeenkomstig artikel 3:15 mondeling naar voren is gebracht, wordt een verslag gemaakt". Bij de ACM: het verslag van de hoorzittingen.

<sup>3614</sup> ACM, Verslag van 22 juni 2016 betreffende de hoorzitting over ontwerpmethodebesluit regionale netbeheerders gas 2017 - 2021, <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15957/Verslag-hoorzitting-over-ontwerpmethodebesluit-regionale-netbeheerders-gas-2017---2021/>.

<sup>3615</sup> VREG, "Mededeling van de VREG van 16 juni 2014 betreffende Interne richtlijnen rond publieke consultaties in het kader van onze taken en bevoegdheden als regulator van de Vlaamse elektriciteits- en gasmarkt", MEDE-2014-4, <http://www.vreg.be/sites/default/files/document/consultation/mede-2014-04.pdf>, 5.

<sup>3616</sup> CREG, Huishoudelijk reglement van 4 december 2015, <http://www.creg.info/pdf/Diversen/Z1472NL.pdf>, 31.

gegevens) en publiceert ook **geen** apart consultatieverslag waarin de regulator aangeeft op welke manier zij de opmerkingen, standpunten en meningen in overweging heeft genomen. De wijze waarop de regulator gevolg geeft aan de opmerkingen, blijkt (enkel) uit de eindbeslissing.

**1187.** De VREG stelt dat ze "alle tijdens het consultatieproces overgemaakte opmerkingen op hun merites zullen beoordelen". Dit doet de regulator in een consultatieverslag. Het consultatieverslag bevat (1) een overzicht van het aantal partijen dat reacties overmaakte, met aanduiding van de naam van de betrokken partijen (uiteraard niet van individuele consumenten, gelet op de privacybescherming), (2) een (eventueel thematisch, geaggregeerd) overzicht van de gemaakte opmerkingen bij het consultatiedocument, met aanduiding van de naam van de partij(en) die deze opmerking(en) heeft (hebben) gemaakt, voor zover het niet om een opmerking gaat die commerciële of anderszins gevoelige informatie bevat en niet als vertrouwelijk werd aangemerkt door de betrokkene, (3) de reactie van de VREG op de gemaakte opmerkingen, waarbij in deze reactie vermeld wordt of de VREG al dan niet of gedeeltelijk akkoord gaat met de opmerking of zienswijze en op welke manier hij hiermee rekening heeft gehouden bij de opmaak van het definitieve document, (4) indien vertrouwelijke opmerkingen zijn ontvangen tijdens de consultatie, wordt toegelicht op welke manier de regulator daarmee is omgegaan (zonder vermelding van de naam van de betrokken partij of enige andere indicatie waaruit de bron van de opmerking afgeleid zou kunnen worden).<sup>3617</sup> De VREG tracht dit verslag te publiceren binnen zes weken na afloop van de consultatieperiode. Het consultatieverslag wordt gepubliceerd op de consultatiewebpagina en dit wordt bekend gemaakt via de nieuwsbrief. Daarbij wordt ook het definitieve document (mededeling, voorstel van technisch reglement, advies,...) bekend gemaakt. De VREG kan bovendien beslissen om de overgemaakte reacties, voor zover ze niet vertrouwelijk zijn, integraal te publiceren.

**1188.** De ACM publiceert de overgemaakte zienswijzen integraal op haar website en publiceert ook een verslag over de hoorzitting die heeft plaatsgevonden.<sup>3618</sup> Op de website van de ACM valt te lezen dat de ACM daarna een formeel besluit neemt, dat gebaseerd is op het ontwerpbesluit en op de zienswijzen van belanghebbenden

---

<sup>3617</sup> VREG, "Mededeling van de VREG van 16 juni 2014 betreffende Interne richtlijnen rond publieke consultaties in het kader van onze taken en bevoegdheden als regulator van de Vlaamse elektriciteits- en gasmarkt", MEDE-2014-4, <http://www.vreg.be/sites/default/files/document/consultation/mede-2014-04.pdf>, 5-6.

<sup>3618</sup> Zie bv. <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15882/Zienswijze-GTS-op-ontwerpmethodebesluit-GTS-2017-2021/> (84 pagina's); <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15883/Zienswijze-Liander-op-ontwerpmethodebesluiten--RNBs-elektriciteit-en-gas-2017-2021/> 8 pagina's; <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15894/Zienswijze-TenneT-op-ontwerpmethodebesluit-TenneT-Transport-en-Systeemtaken-2017-2021/> 41 pagina's. en de verschillende hoorzittingen hierbij [https://www.acm.nl/nl/publicaties/zoeken-in-publicaties/?zff\[\]=kw%3A159&zff\[\]=qu%3A](https://www.acm.nl/nl/publicaties/zoeken-in-publicaties/?zff[]=kw%3A159&zff[]=qu%3A) = wat wij individueel overleg met de netbeheerder noemen. WEL EEN VERSLAG HIERVAN!! <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15992/Verslag-hoorzitting-over-ontwerpmethodebesluit-TenneT-2017-2021/>

**1189.** Zoals uit dit volledige hoofdstuk blijkt, is het cruciaal dat de energieregulator open en transparant is bij zijn handelen en functioneren. Transparantie alleen is echter niet voldoende, de regulator moet ook verantwoording afleggen. Het afleggen van verantwoording wordt daarbij gestimuleerd indien de regulator steeds alle opmerkingen integraal (weliswaar met het in acht nemen van vertrouwelijke gegevens) zou publiceren én een consultatieverslag zou opmaken. Enkel op die manier kunnen de betrokkenen daadwerkelijk inzicht en genoegdoening krijgen met betrekking tot de manier waarop de verschillende belangen door de regulator werden afgewogen.

#### 2.3.4.3. Eventuele verdere raadpleging en feedbackvergadering

**1190.** In het kader van het afleggen van verantwoording moet eveneens de aandacht worden gevestigd op de mogelijkheid tot het organiseren van een feedbackvergadering. Zo stelt de mededeling van de VREG dat de regulator kan beslissen tot het organiseren van een feedbackvergadering, waarin hij een toelichting geeft bij zijn reactie op de gemaakte opmerkingen, zoals opgenomen in het consultatieverslag. Deze vergadering vindt plaats na de publicatie van het consultatieverslag en het definitieve document.<sup>3619</sup>

Uit het document dat toelichting geeft bij het nieuwe huishoudelijk reglement van de CREG blijkt dat Elia zich de vraag stelde of er in het kader van een openbare raadpleging er nadien nog andere initiatieven kunnen worden genomen, zoals een toelichting van het standpunt van de CREG en welke status deze besprekingen dan hebben. De CREG verwees daarbij naar artikel 35, § 3 van het huishoudelijk reglement dat bepaalt dat het directiecomité de mogelijkheid heeft om, indien het dit nodig acht en indien daarvoor tijd is, **verdere raadplegingsrondes** te organiseren. De CREG merkte daarbij echter terecht op dat de vraag of na afloop van een openbare raadpleging er nog andere initiatieven kunnen worden genomen zoals de toelichting van het standpunt en wat de status ervan is, inderdaad niet expliciet wordt beantwoord. Om tegemoet te komen aan die vraag van Elia heeft het directiecomité aan artikel 33, § 3, toegevoegd dat dergelijke initiatieven door het directiecomité kunnen worden genomen en de initiële raadpleging in een dergelijk geval zal worden verlengd.

**1191.** Energieregulatoren moeten op effectieve en substantiële wijze aantonen dat zij voldoende ingaan op de ideeën en de opmerkingen van de marktpartijen. Feedbackvergaderingen kunnen ervoor zorgen dat er bij de marktpartijen ook achteraf, na het nemen van een definitieve beslissing, voldoende duidelijkheid

---

<sup>3619</sup> VREG, "Mededeling van de VREG van 16 juni 2014 betreffende Interne richtlijnen rond publieke consultaties in het kader van onze taken en bevoegdheden als regulator van de Vlaamse elektriciteits- en gasmarkt", MEDE-2014-4, <http://www.vreg.be/sites/default/files/document/consultation/mede-2014-04.pdf>, 6.

en rechtszekerheid aanwezig is over het *waarom* van deze beslissing. Marktpartijen kunnen dergelijke vergaderingen aangrijpen om toelichting te vragen bij de uiteindelijke keuze en motivering door de regulator. Op die manier worden de verschillende marktpartijen ook beter over elkaars (vaak verschillende) standpunten op de hoogte gebracht en wordt het voor hen duidelijker tot welke effectieve en legitieme belangenafweging de regulator (al dan niet) is overgegaan en waarom niet is geopteerd voor andere reguleringsalternatieven. De toelichting of feedback die zij gezamenlijk ontvangen kan er dan ook misschien voor zorgen dat juridische geschillen voor de rechtscolleges vermeden worden. De vergadering zou kort na de publicatie van de definitieve beslissing georganiseerd moeten worden.

#### 2.4. Marktmonitor

**1192.** Om de inspraak van consumenten – in het kader van de inputlegitimititeit van de energieregulator – te vergroten, maakt de Vlaamse energieregulator VREG gebruik van een marktmonitor. De rode draad uit de marktmonitor wordt gevormd door de resultaten van de enquête die de regulator jaarlijks uitvoert bij gezinnen en bedrijven. Deze enquête peilt naar het gedrag van de energiekanten en stelt de vraag waarom ze zich zo gedragen. Zo heeft de VREG in 2015 ter uitvoering van deze marktmonitor een enquête afgenomen bij 1000 gezinnen (en 1000 bedrijven) waaruit blijkt dat 63% van de gezinnen ooit al van elektriciteitsleverancier veranderde.<sup>3620</sup> Gemiddeld wisselden de gezinnen 1,8 keer van leverancier sinds de opening van de energiemarkt, beduidend meer dan in 2014 (1,5 keer).<sup>3621</sup> Zo stelt de VREG dat de groep van actieve consumenten dus toeneemt. In de marktmonitor heeft de VREG bijvoorbeeld ook alle energiecontracten op de markt gerangschikt van goedkoop naar duur. De enquêteresultaten worden ook aangevuld en afgezet tegen de marktgegevens die de VREG zelf verzamelt en analyseert. Uit het Marktrapport van de VREG uit 2015 blijkt dat in dat jaar 513.525 gezinnen en bedrijven van elektriciteitsleverancier veranderden en 363.509 van aardgasleverancier. Dat zijn er veel meer dan in 2014 (393.702 en 279.220). Vooral kmo's waren bijzonder actief: in 2015 veranderde bijna 1 op 4 kmo's van elektriciteitsleverancier en bijna 1 op 3 van aardgasleverancier.<sup>3622</sup> Alle vier de energieregulators in België werken bovendien ook samen aan een jaarlijks rapport betreffende de marktgegevens.<sup>3623</sup>

#### 2.5. Overleg met of advisering door de stakeholders

---

<sup>3620</sup> VREG, Marktmonitor 2015, <http://www.vreg.be/sites/default/files/document/rapp-2015-09.pdf>, 83 p.

<sup>3621</sup> VREG, Marktmonitor 2014, <http://www.vreg.be/sites/default/files/rapporten/rapp-2014-10.pdf>, 84 p.

<sup>3622</sup> VREG, Marktrapport 2015, <http://www.vreg.be/sites/default/files/document/rapp-2016-03.pdf>, 67 p.

<sup>3623</sup> VREG, <http://www.vreg.be/nl/energiemarkt-belgie>, zie bv. De ontwikkeling van de elektriciteits- en aardgasmarkten in België Jaar 2014 Persbericht, VREG, [http://www.vreg.be/sites/default/files/press-release/pers-2015-03\\_0.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/press-release/pers-2015-03_0.pdf) ; CREG, <http://www.creg.info/pdf/Presse/2015/Press20150619nl.pdf> ; CWaPE, <http://www.cwape.be/?dir=4&news=458>; Brugel, <http://www.brugel.be/Files/media/SIGI/5614fd44d2b85.pdf>.

**1193.** Een publieke consultatie neemt niet weg dat de regulator ook vooraf marktpartijen consulteert of overleg heeft met bepaalde belanghebbenden. Wanneer de energieregulator vooraf overlegt met specifieke marktpartijen dan ontstaat een dialoog waarbij deze stakeholders de regulator kunnen adviseren. Adviseren vindt namelijk plaats wanneer het bestuur de agenda bepaalt, en waarbij de betrokkenen de gelegenheid krijgen om hun mening te geven over problemen en oplossingen. Hun input speelt een belangrijke rol in het beleid of het nemen van beslissingen, en het bestuur is daarbij bereid om (in ruime mate) rekening te houden met het advies, maar er kan ook (op gemotiveerde wijze) van afgeweken worden.<sup>3624</sup>

**1194.** Zo overlegt de CREG bijvoorbeeld met de transmissienetbeheerder met betrekking tot de tariefmethodologie (art. 12, § 2 van de Elektriciteitswet).<sup>3625</sup> Het overleg met de netbeheerder maakt het voorwerp uit van een akkoord tussen de commissie en deze beheerder. Bij gebrek aan een akkoord volgen verdere overlegvergaderingen. Na de vergadering stelt de commissie een ontwerp van proces-verbaal op van de vergadering waarin de argumenten worden opgenomen die naar voren werden geschoven door de verschillende partijen en de vastgestelde punten waarover overeenstemming en waarover geen overeenstemming bestond die zij ter goedkeuring verzendt naar de netbeheerder binnen een redelijke termijn na de vergadering. Nadien verstuurt de netbeheerder naar de commissie zijn formeel advies over de tariefmethodologie dat het resultaat is van dit overleg.<sup>3626</sup> De commissie publiceert aansluitend de toepasselijke tariefmethodologie op haar website.

**1195.** Ook bij de VREG is er overleg met de netbeheerder, bv. in het kader van het indicatief investeringsplan dat jaarlijks ter goedkeuring aan de VREG wordt voorgelegd.<sup>3627</sup> Net als bij de CREG is er uiteraard ook overleg tussen de VREG

---

<sup>3624</sup> E. LANCKSWERDT, *Handboek burgerparticipatie*, Brugge, die Keure, 2009, 77.

<sup>3625</sup> Art. 15/5bis, § 2: "Na gestructureerd, gedocumenteerd en transparant overleg met de netbeheerder, werkt de commissie de tariefmethodologie uit die deze netbeheerder moet gebruiken voor het opstellen van diens tariefvoorstel. [...]."

<sup>3626</sup> Artikel 12, § 2 van de Elektriciteitswet en artikel 15/5bis, § 2 van de Gaswet: "Het overleg met de netbeheerder maakt het voorwerp uit van een akkoord tussen de commissie en deze beheerder. Bij gebrek aan een akkoord wordt het overleg ten minste gehouden als volgt: 1° de commissie stuurt de oproeping voor in § 2, eerste lid, bedoelde overlegvergaderingen naar de netbeheerder samen met de documentatie betreffende de agendapunten van deze vergaderingen, binnen een redelijk termijn voorafgaand aan de vergaderingen in kwestie. De oproeping vermeldt de plaats, de datum en het uur van de vergadering, alsook de punten van de dagorde; 2° na de vergadering stelt de commissie een ontwerp van proces verbaal op van de vergadering waarin de argumenten worden opgenomen die naar voren werden geschoven door de verschillende partijen en de vastgestelde punten waarover overeenstemming en waarover geen overeenstemming bestond die zij ter goedkeuring verzendt naar de netbeheerder binnen een redelijke termijn na de vergadering; 3° binnen een redelijke termijn na de ontvangst van het door de partijen goedgekeurde proces-verbaal van de commissie, verstuurt de netbeheerder naar de commissie zijn formeel advies over de tariefmethodologie dat het resultaat is van dit overleg, waarbij desgevallend de eventuele resterende punten waarover geen overeenstemming werd bereikt worden benadrukt. In afwijking van de voorgaande bepalingen, kan de tariefmethodologie worden opgesteld door de commissie volgens een vastgestelde procedure van gemeenschappelijk akkoord met de netbeheerder op basis van een uitdrukkelijk transparant en niet-discriminerend akkoord".

<sup>3627</sup> Art. 4.1.19, § 2: "Als de VREG, na overleg met de netbeheerder, vaststelt dat de investeringen voorzien in het investeringsplan de netbeheerder niet in de mogelijkheid stellen om op een adequate en doeltreffende manier aan de capaciteitsbehoeften te voldoen of, voor wat de aardgasdistributienetbeheerders betreft, onvoldoende zijn om de verplichtingen vermeld in artikel 4.1.16 na te komen, kan de VREG de netbeheerder verplichten om het plan binnen een redelijke termijn aan te passen".

en de distributienetbeheerders (idem bij de CWaPE en Brugel) in verband met het ontwerp van de tariefmethodologie.<sup>3628</sup>

**1196.** Naast de publieke consultaties of raadplegingen, die eerder op eenzijdige wijze plaatsvinden, en het (vaak één-op-één) overleg, zijn er ook nog andere vormen van participatie mogelijk. In het vijfde hoofdstuk werd reeds gewezen op de aanwezigheid van een Adviesraad Gas en Elektriciteit bij de CREG en een Algemene Raad bij de CWaPE (*supra* nrs. 621 e.v.). De Adviesraad Gas en Elektriciteit heeft als taken: (1) op eigen initiatief of op verzoek van de minister aanbevelingen, studies en adviezen aangaande gas en elektriciteit uit te werken; (2) op iedere suggestie voor advies die aan hem wordt voorgelegd door de CREG te antwoorden; (3) een discussieforum te zijn over de doelstellingen en strategieën van het energiebeleid, meer bepaald over gas en elektriciteit.<sup>3629</sup> De Adviesraad Gas en Elektriciteit is samengesteld uit vertegenwoordigers van de federale regering, van werknemers-, werkgevers-, en middenstandsorganisaties, van milieuverenigingen, van producenten, van de netbeheerder, distributienetbeheerders, tussenpersonen, leveranciers en verbruikers. De gewestregeringen worden uitgenodigd om vertegenwoordigers af te vaardigen.<sup>3630</sup> De daadwerkelijke samenstelling (42 leden) is terug te vinden op de website van de CREG.<sup>3631</sup> Deze samenstelling omvat ook instanties die tijdens de consultaties eerder ondervertegenwoordigd zijn (zoals de kleine gebruikers, milieu-organisaties, KMO's,...).

De opdrachten van de Algemene Raad bestaan uit: "1° op eigen initiatief of op verzoek van de Minister, oriëntaties bepalen voor de toepassing van dit decreet en van de desbetreffende uitvoeringsbesluiten; 2° [...] een advies uitbrengen over elk vraagstuk dat hem door de CWaPE wordt voorgelegd; 3° een discussieforum vormen voor de doelstellingen en de strategieën van het Waals energiebeleid".<sup>3632</sup> De Raad is samengesteld uit vierentwintig leden aangewezen door de regering.<sup>3633</sup> De voorzitter of de directeur van de CWaPE wonen de vergaderingen van de Raad bij met raadgevende stem.<sup>3634</sup>

---

<sup>3628</sup> Art. 4.1.31 van het Energiedecreet: "De overlegprocedure, vermeld in het eerste lid, komt tot stand met akkoord van en in samenspraak met de distributienetbeheerders. Bij gebrek aan een akkoord tussen de VREG en de distributienetbeheerders over de overlegprocedure, wordt het overleg ten minste gehouden als volgt: 1° de VREG stuurt de oproeping voor de overlegvergadering naar de distributienetbeheerders. De VREG maakt die oproeping minstens acht kalenderdagen vóór de vergadering in kwestie op zijn website bekend alsook de documentatie met betrekking tot de agendapunten van die overlegvergadering. De oproeping vermeldt de plaats, de datum en het uur van de overlegvergadering, alsook de agendapunten; 2° na de overlegvergadering stelt de VREG een ontwerp van proces-verbaal op van de overlegvergadering waarin de argumenten van de verschillende partijen worden opgenomen, alsook de vastgestelde punten waarover wel of geen overeenstemming bestaat. De VREG zendt dat verslag ter goedkeuring over aan de aanwezige partijen binnen acht kalenderdagen na de overlegvergadering. § 2. De VREG organiseert een openbare raadpleging over het ontwerp van tariefmethodologie. Tijdens die raadpleging krijgen alle belanghebbenden gedurende minstens vijfenveertig kalenderdagen de tijd om hun opmerkingen aan de VREG te bezorgen. Na afloop van die periode publiceert de VREG daarover binnen vijfenveertig kalenderdagen een gemotiveerd consultatieverslag. § 3. Na het volgen van de procedure, vermeld in paragraaf 1 en 2, stelt de VREG de tariefmethodologie vast [...]"

<sup>3629</sup> Artikel 29sexies, § 3 van de Elektriciteitswet.

<sup>3630</sup> Artikel 29sexies, § 2 van de Elektriciteitswet.

<sup>3631</sup> CREG, <http://www.creg.be/arcg/nl/composcg.html>, laatst geconsulteerd op 5 juli 2016.

<sup>3632</sup> Artikel 51 Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>3633</sup> Artikel 51, § 2 Waals Elektriciteitsdecreet: "1° drie vertegenwoordigers van de gewestelijke openbare overheden; 2° vier vertegenwoordigers van de "Conseil économique et social de la Région wallonne" (Sociaal-economische raad van het Waalse Gewest); 3° twee vertegenwoordigers van de residentiële verbruikers; 4° drie vertegenwoordigers van de steden



**1197.** Zoals reeds in hoofdstuk drie en vijf werd beklemtoond, houdt de onafhankelijkheid van de energieregulatoren niet in dat zij opereren in een juridisch en maatschappelijk vacuüm (*supra* nrs. 200 en 626). De energieregulatoren bevinden zich immers op het kruispunt van de diverse economische belangen van de verschillende stakeholders in onze maatschappij. Zij moeten in alle onafhankelijkheid beslissingen kunnen nemen maar moeten dit ook aftoetsten met de stakeholders en de betrokkenen. Daarvoor moet echter geen aparte instantie **bij de energieregulator** én de **minister** worden ingericht. Een discussieforum kan ook door de regulatoren **zelf** worden georganiseerd, waarbij zij bijvoorbeeld op periodieke basis (bv. twee maal tot vier maal per jaar) een soort algemene consultatievergadering houden waarbij de verschillende marktspelers (producenten, leveranciers, netbeheerders, milieu-, consumenten-, werkgevers- en werknemersorganisaties, politieke vertegenwoordigers,...) worden uitgenodigd.<sup>3635</sup>

De Adviesraad en de Algemene Raad zouden dan ook beter worden **omgevormd** tot een overleg dat plaatsvindt in de schoot van de energieregulator, georganiseerd en gefaciliteerd door de regulator zelf. Bij de Adviesraad speelt de CREG immers nagenoeg geen rol en ook bij de Algemene Raad is de regulator slechts door één persoon vertegenwoordigd en dit met raadgevende stem. Dergelijke raden zorgen voor inspraak, hetgeen **eenzijdig** is. Bij daadwerkelijk participatie is er ruimte voor dialoog tussen de energieregulator en de verschillende marktpartijen, hetgeen **meerzijdig** is.

Dergelijke overlegstructuur creëert een informele en interactieve vorm van participatie. Er is daarbij ook eerder sprake van een politieke participatie, waarbij de belanghebbenden het overkoepelend algemeen of publiek belang zoeken, wat niet noodzakelijk wil zeggen dat ze een abstractie maken van het eigen belang. Dit overleg vindt vaak op constructieve en eerder informele wijze plaatst, met veel ruimte voor debat. De energieregulator zou hierbij eigenlijk voornamelijk moeten fungeren als **procesbegeleider**, waarbij hij de dialoog moet mogelijk maken en het kader voor deze dialoog moet creëren. De uitwisseling van belangen, opinies en ervaringen is cruciaal. Politieke participatie is volgens LANCKSWERDT ook proactief en creatief, waarbij maatschappelijke

---

en gemeenten en twee vertegenwoordigers van de O.C.M.W.'s respectievelijk voorgedragen door de Vereniging van de steden, gemeenten en provincies van Wallonië en door de Federatie van de O.C.M.W.'s; 5° vier vertegenwoordigers van de producenten, onder wie een vertegenwoordiger van de gecentraliseerde producenten, een vertegenwoordiger van de producenten van hernieuwbare energie, een vertegenwoordiger van de producenten van energie uit kwaliteitswarmtekrachtkoppeling en een vertegenwoordiger van de zelfproducenten; 6° drie vertegenwoordigers van de beheerders van de plaatselijke transmissie- en distributienetten; 7° twee vertegenwoordigers van de gas- en elektriciteitsleveranciers; 8° een vertegenwoordiger van de milieuverenigingen".

<sup>3634</sup> Artikel 51, § 4 Waals Elektriciteitsdecreet.

<sup>3635</sup> Zie hierbij ook de voorstellen van de VREG: VREG, Memorandum van de VREG voor de Vlaamse regering 2014-2019, <http://www.vreg.be/sites/default/files/adviezen/adv-2013-10.pdf>, 35: "Eerder dan te opteren voor een overlegorgaan naar analogie met de 'Algemene Raad' op federaal niveau zien we meer efficiëntie in een verdere ontwikkeling van de samenwerking met onze belanghebbenden via overleg over ons jaarlijks actieplan, communicatie over onze werkzaamheden via het jaarverslag, het voeren van specifieke overlegvergaderingen per proces of activiteit, het vergroten van de transparantie, efficiëntie en effectiviteit van de publieke consultaties in het kader van onze regulatorische bevoegdheden en taken en door het voeren van een doelgroepcommunicatie".

actoren meehelpen aan de constructie van een beleid of van bepaalde beslissingen.<sup>3636</sup>

**1198.** De VREG organiseert in dit kader sinds kort een beleidsplatform, waarbij meer dan veertig verschillende partijen rond de tafel zitten. De VREG geeft hierbij een toelichting aan de belanghebbenden bij de stand van zaken van een aantal lopende regulatoire initiatieven en lichten daarbij bondig de belangrijkste inhoudelijke elementen of discussiepunten toe. De regulator heeft daarbij ook aangegeven welke stappen de VREG nog zal zetten in deze verschillende dossiers en meer specifiek wanneer en op welke manier de belanghebbenden input kunnen geven bij de lopende initiatieven (via een openbare consultatie, via deelname aan een overlegvergadering, ...). De eerste vergadering vond plaats op 23 mei 2016 en was grotendeels **eenzijdig** aangezien het voornamelijk de VREG zelf was die toelichting gaf. Uit een evaluatie achteraf bleek dat de grote meerderheid van de aanwezigen het beleidsplatform een goed en interessant initiatief vindt, maar dat er toch meer ruimte moet zijn voor **dialogo**.<sup>3637</sup> Onder andere volgende feedback werd gegeven:

"De nieuwe opzet leidt niet echt tot **discussie** over de onderwerpen, maar geeft enkel het voorstel van de VREG aan. Vandaar misschien beter de **frequentie** verhogen teneinde ook meer **in-depth discussie** toe te laten over sommige onderwerpen met **interactie tussen de stakeholders**".

"Het aantal te organiseren sessies lijkt mij sterk afhankelijk van het aantal lopende dossiers, waarbij ik denk dat drie sessies meestal zullen volstaan, maar het natuurlijk niet uitgesloten is dat er in een "druk jaar" misschien eerder vier of vijf sessies worden gehouden".

"Voor de eerste "sessie" van 23 mei waren er wel wat te veel agendapunten, waardoor de **ruimte voor debat/suggesties wat te beperkt** was en waardoor de aandacht en tijdsbesteding voor de laatste punten verzwakte. Hoewel dat een "normaal" verschijnsel is, is het toch beter dit niet te ondersteunen door bijvoorbeeld belangrijke zaken eerst te zetten en minder belangrijke als laatste. Een mix over de hele sessie is beter, met toch ook een rustpunt tussenin. Ook al wordt er niet expliciet om gevraagd (of bij navraag naar een eventuele noodzaak voor pauze dit niet expliciet wordt bevestigd), blijkt er in de praktijk toch nood aan een plas- of verfrissingsmoment".

"De agenda was bijzonder druk: met 10 topics voor 2,5 uur is er **te weinig tijd om een goede discussie** te voeren. Het zou ook handig zijn indien de gebruikte slides snel beschikbaar zijn via de website. Dit maakt het makkelijker om de feedback van het beleidsplatform te verdelen binnen de eigen organisatie".

"Te veel onderwerpen op de agenda waardoor de **ruimte voor debat te beperkt was**, wat de indruk gaf dat inspraak niet echt wenselijk was. Ik ben ervan overtuigd dat dat niet de bedoeling was. Het zou interessanter te zijn om op goed op voorhand vastgelegde data (vb 4 tot 6 dagen in het jaar), op een beperkt aantal onderwerpen dieper in te gaan, eventueel met reeds op voorhand gevraagde input van deelnemers. Door te werken met formele verslagen en opvolging, wordt de **input** tijdens de meeting ook meegenomen in de ontwikkeling van de regelgeving. Een interessant voorbeeld

<sup>3636</sup> E. LANCKSWERDT, *Handboek burgerparticipatie*, Brugge, die Keure, 2009, 78-79.

<sup>3637</sup> <https://infogr.am/7141ac1c-211e-4cc8-a5d2-6ed077fc3baa>, laatst geconsulteerd op 6 juli 2016.

hiervan zijn de **klankbordgroepen van ACM** of de werking van de usergroup van Elia".<sup>3638</sup>

Bij het beleidsplatform gaat het duidelijk om politieke participatie,<sup>3639</sup> waarbij de houding van de maatschappelijke actoren constructief is (of dat zou toch moeten zijn). Zij doen een inbreng met het oog op de creatie van het beleid en mogelijke beslissingen. Deze constructieve houding zorgt ervoor dat de politieke participatie zich volgens LANCKSWERDT in een "harmoniemodel" bevindt. Daarbij zijn er niet echt uitgesproken belangentegenstellingen tussen de participanten onderling of tussen de participanten en de overheid. Als die tegenstellingen er dan toch zijn – zoals in de energiesector vaak voorkomt – dan worden de participanten door het overleg toch gestimuleerd om tot een harmonisatie van die belangen te komen. Uiteraard kunnen de meningen en belangen verschillen, doch wordt gepoogd deze op een coöperatieve en constructieve wijze op te lossen.<sup>3640</sup> Dit vormt dan ook meteen het grootste voordeel aan dergelijk beleidsplatform: de onderlinge **interactie tussen de stakeholders** zelf én de interactie tussen alle stakeholders en de regulator. Bij consultaties en raadplegingen wordt er immers weinig tot geen dialoog gecreëerd, tenzij op informatie- of feedbackvergaderingen. Ook bij één-op-één overleg is er enkel overleg en dialoog tussen specifieke partijen.

**1199.** Ook de CWaPE heeft twee verschillende **overlegstructuren** opgericht (de reflectiegroep "Groupe de réflexion sur le développement de Réseaux électriques durables et intelligents (REDI)" en het overlegforum "Forum Régional sur la Flexibilité").<sup>3641</sup> Het Reflex Forum houdt bv. in dat er plenaire vergaderingen worden georganiseerd, samen met werkgroepen ("Gflex").

**1200.** De **klankbordgroepen** georganiseerd door de ACM vormen een andere vorm van overleg. Zo is er bijvoorbeeld een klankbordgroep voor de nieuwe methodebesluiten.<sup>3642</sup> De ACM plaatst daarbij zelf de onderwerpen op de agenda, maar laat nadien – bij volgende klankbordgroepen – ook de marktpartijen mogelijke onderwerpen toevoegen. De ACM vraagt bijvoorbeeld uitdrukkelijk aan de netbeheerders en representatieve organisaties om onderwerpen die invloed hebben op de methodebesluiten tijdig en schriftelijk door te geven en om deze ook op de klankbordvergadering te presenteren. Diverse netbeheerders en representatieve organisaties geven dus zelf presentaties over onderwerpen waarvan zij vinden dat deze op de agenda zouden moeten komen. Dit zijn onderwerpen die bv. mogelijk leiden tot een wijziging van de methode. De ACM maakt steeds een hoofdpuntenverslag op van

<sup>3638</sup> <https://infogr.am/7141ac1c-211e-4cc8-a5d2-6ed077fc3baa>, laatst geconsulteerd op 6 juli 2016.

<sup>3639</sup> Hoewel het overleg volgens LANCKSWERDT strikt gezien weliswaar niet gekwalificeerd kan worden als participatie aangezien niet alleen particuliere actoren mee aan tafel kunnen zitten, maar ook overheidsinstanties.

<sup>3640</sup> E. LANCKSWERDT, *Handboek burgerparticipatie*, Brugge, die Keure, 2009, 79-80.

<sup>3641</sup> CWaPE, <http://www.cwape.be/?dir=4.7> en <http://www.cwape.be/?dir=4.8>, laatst geconsulteerd op 6 juli 2016.

<sup>3642</sup> ACM, Klankbordgroepen Methodebesluiten 2017, <https://www.acm.nl/nl/onderwerpen/energie/ontwerpmethodebesluiten-2017/klankbordgroepen-methodebesluiten-2017/>, laatst geconsulteerd op 6 juli 2016.

elke klankbordvergadering en publiceert ook de getoonde presentaties online (net zoals de VREG trouwens).<sup>3643</sup> Het doel van de klankbordgroepen is de dialoog tussen de verschillende aanwezigen. Met betrekking tot de klankbordgroep voor de nieuwe methodebesluiten vond nagenoeg (behalve tijdens de zomermaanden juli en augustus) elke maand een vergadering plaats. De verschillende vertegenwoordigers waren o.a. Energie Nederland, GTS, LTO, Netbeheer Nederland, TenneT, VGN, VEMW,... Consumenten, kleine ondernemers en milieuorganisaties lijken echter niet vertegenwoordigd.

## 2.6. Conclusie

**1201.** De verschillende vormen van participatie zorgen ervoor dat de democratische en de inputlegitimiteit van de energieregulator erop vooruit gaat. Consultaties en raadplegingen zorgen ervoor dat de diverse belanghebbenden hun meningen, standpunten en opmerkingen aan de regulator kunnen overmaken opdat die met volledige kennis ter zake zijn beslissingen kan nemen. Deze consultaties en raadplegingen zijn echter eerder eenzijdig. Gelet op de noodzaak aan verantwoordingsplicht bij de energieregulatoren – als tegengewicht voor hun onafhankelijkheid, maar ook in het kader van een effectief en legitiem toezicht – is het belangrijk dat de energieregulator ook op voorhand, bij de aanvang van de consultatie een informatievergadering organiseert, met ruimte voor dialoog en waarbij mondelinge opmerkingen ook aanvaard worden. De regulator dient nadien ook verantwoording af te leggen: zo moet worden aanbevolen dat de regulator alle opmerkingen online publiceert, samen met een consultatieverslag, dat de regulator eveneens kan toelichten op een feedbackvergadering. Enkel op die manier zijn de verschillende marktpartijen voldoende geïnformeerd over de belangenafweging die de regulator heeft verricht. Door de marktpartijen zoveel mogelijk te betrekken bij het beslissingsproces en uitleg te geven over de genomen beslissing is bovendien de kans kleiner dat er nadien procedures bij de rechtscolleges worden opgestart (betere preventieve rechtsbescherming).

**1202.** Het is essentieel om de diverse marktpartijen ook te betrekken bij het toekomstige energiebeleid en de effecten daarvan op de werking van de energieregulatoren. Initiatieven zoals een beleidsforum, klankbordgroepen, reflectiegroepen zorgen eveneens voor meer kwalitatieve of meer inhoudelijke legitimiteit. Bovendien worden dergelijke instrumenten nadrukkelijk gekenmerkt door meerzijdige dialoog, zowel tussen de verschillende marktpartijen als tussen de marktpartijen en de regulator zelf. Een Algemene Raad of een Adviesraad formuleert dan wel adviezen en zorgt voor dialoog tussen de marktpartijen, maar betreft onvoldoende de regulator zelf. Dergelijke instanties worden dan

---

<sup>3643</sup> Een overzicht van alle documenten over de klankbordgroep Methodebesluiten elektriciteit en gas vanaf 2017 kan hier worden teruggevonden: [https://www.acm.nl/nl/publicaties/zoeken-in-publicaties/?zff\[\]=et%3Apub&zff\[\]=th%3A2&zff\[\]=kw%3A87&zff\[\]=kw%3A71&zff\[\]=kw%3A97&zff\[\]=kw%3A75&zff\[\]=qu%3Aklankbordgroep%20Methodebesluiten%20elektriciteit%20en%20gas%20vanaf%202017](https://www.acm.nl/nl/publicaties/zoeken-in-publicaties/?zff[]=et%3Apub&zff[]=th%3A2&zff[]=kw%3A87&zff[]=kw%3A71&zff[]=kw%3A97&zff[]=kw%3A75&zff[]=qu%3Aklankbordgroep%20Methodebesluiten%20elektriciteit%20en%20gas%20vanaf%202017).

ook beter omgevormd tot een van bovenstaande suggesties. Op die manier wordt de bal namelijk in het kamp van de regulator gelegd en fungeert de regulator ook daadwerkelijk als **procesbegeleider**, waarbij hij de dialoog moet mogelijk maken en het kader voor deze dialoog moet creëren.

**1203.** Zowel de VREG, CWaPE als Brugel worden aangeraden om hun werkingsregels m.b.t. de consultaties en raadplegingen (maar ook met betrekking tot de vertrouwelijke informatie als de motivering) in hun **huishoudelijk reglement** op te nemen. Dit zorgt ervoor dat de regels zelf ook voldoende transparant en kenbaar zijn. Deze huishoudelijke reglementen zouden nadien namelijk in het Belgisch Staatsblad gepubliceerd moeten worden (dit is reeds zo bij de VREG).

**1204.** Daarnaast moet nog worden opgemerkt dat over het algemeen blijkt dat consumenten(organisaties), non-profitorganisaties (zowel milieuorganisaties of organisaties voor duurzame energie), maar ook kleine ondernemers, vaak ondervetegenwoordigd zijn, zowel bij de consultaties als bij het overleg. De netbeheerders, producenten en grootverbruikers hebben vaak meer financiële middelen en slagkracht om hun belangen te vertegenwoordigen.<sup>3644</sup> Aangezien onevenwichtige participaties ervoor kunnen zorgen dat de regulator zich teveel richt op één spectrum van de belangen, is het noodzakelijk dat de kleinere spelers een tegengewicht kunnen bieden. In dit onderzoek wordt de voorkeur gegeven aan het opstellen van eigen (werkings)regels door de regulator. Om inbreng van de consument te verzekeren is het dan ook niet steeds noodzakelijk dat de wetgever optreedt om bepaalde instellingen of organisaties te verplichten om op te treden. Het vereiste om te consulteren of te overleggen kan wel degelijk voortvloeien uit wet- of regelgeving, maar er kan ook vorm aan worden gegeven door de interne regels van het bestuur of de praktijk van het bestuur.<sup>3645</sup> Om inbreng van de kleinere marktspelers te verzekeren is het van belang dat de regulator zelf een kader hieromtrent creëert. Het is immers de taak van de energieregulator om **alle** daadwerkelijke belangen tegen elkaar af te wegen en op die manier met volledige kennis te beslissen. Dit zorgt ervoor dat het initiatief ter zake voornamelijk bij de energieregulator ligt (hoewel er uiteraard ook goodwill en interesse van de kleinere marktspelers aanwezig moet zijn). Zo kan de regulator, bv. in het kader van een beleidsplatform, een **vrijwillig akkoord** afsluiten met bepaalde organisaties om hun vertegenwoordiging extra te waarborgen. Bovendien kan in het huishoudelijk reglement ook een artikel worden opgenomen waarin wordt vermeld welke doelgroepen ten eerste worden aangemoedigd om op de consultaties te antwoorden of aan een beleidsplatform of reflectievergaderingen deel te nemen.

---

<sup>3644</sup> S. LAVRIJSSEN, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 449.

<sup>3645</sup> N. PLEMING, "Consultation", *Judicial Review* 2010, afl. 2, (125) 125.

**1205.** Tot slot moet nog worden opgemerkt dat ook de inbreng van individuele consumenten kan worden vergroot, door bv. de consultaties of raadplegingen steeds te voorzien van een (eenvoudig geredigeerde) samenvatting en door ook het taalgebruik toegankelijker te maken. Zo kan getracht worden om de concrete vraagstelling ten aanzien van de consument eenvoudiger te formuleren. Bovendien kan de regulator ook verschillende opties of scenario's met de mogelijk uitkomst of gevolgen voorstellen, waardoor het voor de consument misschien eenvoudiger is om enkel tussen deze opties een keuze te moeten maken.

**DEEL III**





## CONCLUSIES

&

## AANBEVELINGEN

### A. INLEIDING

**1206.** In dit laatste deel worden de voornaamste conclusies en aanbevelingen van dit onderzoek samengevat. Er wordt hiermee een gebundeld antwoord gegeven op de in het onderzoeksopzet geformuleerde onderzoeksvraag. De centrale onderzoeksvraag werd als volgt geformuleerd: "Hoe kan men het EU-recht verzoenen met de nationale rechtsorde en tegelijk de (democratische) legitimiteit van de energieregulatoren versterken?" De hypothese werd geponeerd dat *het ontbreken van politieke controle, in de vorm van administratief toezicht (en in het verlengde daarvan de ministeriële verantwoordelijkheid), geen beletsel vormt voor het inbedden van een onafhankelijke, legitieme en verantwoordelijke energieregulator in de Belgische rechtsorde. Het ontbreken van politiek toezicht kan gecompenseerd worden door diverse andere vormen van toezicht en controle. Democratische legitimering hangt bovendien niet enkel af van de inbreng van of controle door vertegenwoordigende organen. Ook rechtstreekse input van de stakeholders en de burgers zorgen voor een democratische inbreng.* Daarenboven werd de hypothese ingenomen dat *politieke controle op individuele beslissingen van energieregulatoren niet noodzakelijk is aangezien deze regulatoren slechts beperkte discretionaire bevoegdheden hebben om beleidsmatige aspecten in hun individuele beslissingen te betrekken en er bovendien steeds – soms zelf vrij verregaande – rechterlijke controle is op deze beslissingen. Bovendien zijn de energieregulatoren verplicht om te opereren binnen een erg gedetailleerd en omvangrijk wetgevend kader, waarin er eveneens richtsnoeren zijn opgenomen waar zij zich dienen aan te houden.*

**1207.** In volgende alinea's wordt stapsgewijs weergegeven hoe de onderzoeksvraag is uitgewerkt. Ook de aanbevelingen die doorheen dit onderzoek zijn geformuleerd worden hier gebundeld weergegeven. Om tot deze conclusies en aanbevelingen te komen, wordt eerst beknopt nog eens het spanningsveld tussen het EU-recht en het Belgische recht toegelicht.

### B. HET SPANNINGSVELD TUSSEN HET EU-RECHT, DE NATIONALE RECHTSORDE EN DE INSTITUTIONELE AUTONOMIE

**1208.** Energieregulators werden in de Europese Unie ingericht om toezicht te houden op de vrijmaking van de energiemarkt, om zo een Europese interne energiemarkt te creëren. Het Europese streven naar een interne energiemarkt speelt dan ook een determinerende rol in de ontwikkeling en de invulling van het concept van "de energieregulator" zoals dit vandaag gekend is.

**1209.** De nationale regulerende instanties of energieregulators worden doorheen de verschillende golven van Europese richtlijnen gekenmerkt door een vanuit juridisch oogpunt eerder controversiële evolutie. Van (1) in het eerste liberaliseringspakket een *in se* niet verplichte regelgevende instantie, (2) tot in het tweede liberaliseringspakket, een verplicht opgerichte regelgevende instantie, onafhankelijk van de markspelers (3) tot in het derde liberaliseringspakket, een nationale regulerende instantie, gekenmerkt door transparantie, deskundigheid en onafhankelijkheid ten aanzien van zowel de markspelers als de politiek. We kunnen besluiten dat een nationale regulerende instantie in de EU gedefinieerd kan worden als een specifieke transparante en onafhankelijke entiteit, die bevoegd is inzake het toezicht op en het onderzoek van de energiemarkt. Zij zorgt voor non-discriminatie, daadwerkelijke concurrentie en een efficiënte werking van de gas- en elektriciteitsmarkt. De instantie is eveneens bevoegd om bepaalde regels of besluiten uit te vaardigen ter uitwerking of interpretatie van het wetgevend kader, waarbij zij eveneens de naleving van deze regels en het wetgevend kader bevordert. De energieregulator legt daarbij verantwoording af en is onderworpen aan rechterlijke controle en parlementair toezicht.

**1210.** Waarom een *juridisch controversiële* evolutie? In België, net zoals in de meeste West-Europese EU-lidstaten, wordt het rechtsstelsel gekenmerkt door een in regel vrij strikte scheiding der machten tussen de wetgevende, de uitvoerende en de rechterlijke macht. De inrichting van een onafhankelijke energieregulator met uitgebreide bevoegdheden, die zich op het eerste gezicht leken te situeren binnen elk van de drie takken van de trias politica, was voor vele lidstaten geen evidente zaak. Aangezien de energieregulators vandaag een steeds crucialere rol opnemen, neemt ook het belang van hun onpartijdigheid en onafhankelijkheid verder toe, wat uiteindelijk leidt tot een aantal specifieke vereisten op het vlak van het juridisch statuut van de nationale regelgevende instanties. De instanties krijgen dus méér bevoegdheden en méér autonomie. In bepaalde rechtsleer wordt deze onafhankelijkheid en autonomie als problematisch ervaren.<sup>3646</sup> In België zijn de energieregulators *in de regel* immers ingericht als een specifieke vorm van bestuur – een administratieve overheid – en staan ze in principe in een delegatiesysteem en een hiërarchische

---

<sup>3646</sup> Zie o.a. C. DEGREEF en S. DE SOMER, "Accountability van de federale en Vlaamse Energieregulator of toezicht op de toezichthouders na het derde energiepakket", *MER* 2013, 77-99; S. DE SOMER, "De invloed van het EU-recht op het Belgische bestuurlijke organisatierecht: de (politieke) onafhankelijkheid van nationale toezichthouders" in B. DELVAUX, B. VANHEUSDEN en K. WAUTERS, *Invloed van het EU-recht op het Belgisch bestuursrecht*, Brugge, dieKeure, 2014, 101-149.

structuur die normaal gezien altijd gepaard gaat met ofwel hiërarchisch ofwel administratief toezicht.

**1211.** Er lijkt hierdoor, inzake de juridische positie van de energieregulatoren, een tegenstelling aanwezig te zijn tussen het EU-recht en de Belgische rechtsorde. De verregaande onafhankelijkheidsvereisten die vervat liggen in de Europese regelgeving lijken immers te conflicteren met de scheiding der machten en artikel 33 van de Grondwet. Bovendien maken de Europese onafhankelijkheidsvereisten bepaalde nationale bestuursrechtelijke regels moeilijk toepasbaar. Zo is het hiërarchisch of administratief toezicht onvereenigbaar met de Europese onafhankelijkheidsvereisten.<sup>3647</sup> Dit zorgt er ook voor dat de ministeriële verantwoordelijkheid onder druk komt te staan.

**1212.** Om tot het uiteindelijke doel van dit onderzoek te komen, zijnde een legitieme inbedding van de energieregulatoren in het Belgische rechtstelsel, moeten beide rechtsordes met elkaar verzoend worden. De verhouding tussen de Grondwet en de internationale normen geeft evenwel vaak aanleiding tot juridische discussie. Dat deze discussie ook vandaag nog actueel is, blijkt uit dit onderzoek omtrent het juridisch statuut van de energieregulatoren. De positie die deze onafhankelijke energieregulatoren in het Belgisch constitutioneel recht innemen, vloeit immers voort uit een Europese verplichting. Zowel het Europees Hof van Justitie als de Belgische Raad van State erkennen daarbij de voorrang van Europese richtlijnen op de Grondwet (*supra* nrs. 45, 49-52). Het Grondwettelijk Hof erkent eveneens het belang van het EU-recht, maar benadrukt dat de wetgever geen afbreuk mag doen aan de waarborgen waarin de Grondwet voorziet. Artikel 34 van de Grondwet staat volgens het Hof in geen geval toe dat op discriminerende wijze afbreuk wordt gedaan aan de politieke en constitutionele basisstructuren of aan de kernwaarden van de bescherming die de Grondwet verleent.

**1213.** De soms ingrijpende wijze waarop het EU-recht zich inmengt met de (ook fundamentele) nationale rechtsregels doet verschillende auteurs terecht vaststellen dat de institutionele autonomie van de lidstaten wordt beperkt (*supra* nrs. 58 en 59).<sup>3648</sup> Zo is de ruime autonomie van de energieregulatoren niet

---

<sup>3647</sup> Artikel 35 van de richtlijn 2009/72/EG: "De lidstaten moeten de onafhankelijkheid van de regulerende instantie waarborgen en ervoor zorgen dat zij haar bevoegdheid op onpartijdige en transparante wijze uitoefent. De lidstaten waken erover dat de regulerende instantie, juridisch gescheiden en functioneel onafhankelijk is van enige andere publieke of particuliere entiteit en zorgt ervoor dat haar personeel en de personen die belast zijn met haar beheer onafhankelijk zijn van marktbelangen, en bij het verrichten van de reguleringsstaken geen directe instructies verlangen of ontvangen van regeringen of andere publieke of particuliere entiteiten. De nationale regulerende instanties moeten dus onafhankelijk functioneren van zowel (1) de marktspelers, als (2) van de regering en (3) enige andere publieke of particuliere entiteit".

<sup>3648</sup> J. JANS, R. DE LANGE, S. PRECHAL EN R. WIDDERSHOVEN, *Europeanisation of Public Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2007, 18; S. DE SOMER, "De oprichting van verzelfstandigde besturen vanuit Europees rechtsvergelijkend perspectief: internationale impuls, nationale beheersingsdrang en de verzoening van deze trends", *RW* 2015, afl. 14, 526. Zie ook S. DE SOMER, "Grondwettelijk Hof draagt opnieuw bij tot rechtsvorming inzake bestuurlijke verzelfstandiging in arrest FOSO: still too little, but never too late" (noot onder GwH 21 november 2013, nr. 158/2013), *CDPK* 2014, (79) 90; S. LAVRIJSSEN en A. OTTOW, "The Legality of Independent Regulatory Authorities" in L. BESSELINK, F. PENNINGNS en S. PRECHAL (eds.), *The eclips of the legality principle in the European Union*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, (73) 95-96.

verenigbaar met het hiërarchisch of administratief toezicht en komt ook de ministeriële verantwoordelijkheid onder druk te staan. Ook de toekenning van ruime bevoegdheden staat soms op gespannen voet met het legaliteitsbeginsel. Daarenboven lijkt het EU-recht ook een strengere nationale rechterlijke controle te vereisen op de beslissingen van de energieregulator. Op het eerste gezicht blijken de Europese liberaliseringsrichtlijnen inderdaad het principe van de nationale institutionele autonomie in te beperken. Dit onderzoek gaat na of het mogelijk is om beide rechtsordes met elkaar te verzoenen en tegelijk de (democratische) legitimiteit van de energieregulator te versterken. Kan daarbij een evenwicht worden gevonden tussen het respecteren van zowel de nationale als de Europese rechtsorde?

### C. LEGITIMITEIT EN DEMOCRATISCH DEFICIT

**1214.** Om beide rechtsordes met elkaar te verzoenen en tegelijk de (democratische) legitimiteit van de regulator te versterken moet uiteraard het begrip legitimiteit worden toegelicht. Een onafhankelijke energieregulator moet namelijk een *legitieme* energieregulator zijn: gerechtvaardigd, wettelijk, politiek erkend en maatschappelijk geaccepteerd.

**1215.** Wanneer overheidsbeslissingen worden overgelaten aan niet rechtstreeks verkozen bestuurders, dienen deze laatsten in beginsel te worden aangewezen door een algemeen vertegenwoordigend orgaan, zijnde het parlement. Bovendien dienen zij door dat orgaan te worden gecontroleerd.<sup>3649</sup> In België en in Nederland is de parlementaire invloed evenwel indirect. Het is immers doorgaans de verantwoordelijke minister die invloed uitoefent op de samenstelling van en de taakuitoefening door nationale regulatoren. Vervolgens kan het parlement de minister aanspreken via de ministeriële verantwoordelijkheid. Juist die ministeriële verantwoordelijkheid ligt echter gevoelig wanneer het gaat om *politiek onafhankelijke* energieregulatoren. In België beschikt in hoofdzaak het parlement over *democratische legitimiteit*, aangezien het rechtstreeks verkozen is.<sup>3650</sup> De administratie wordt niet verkozen. Evenmin worden ook de leden van de energieregulatoren rechtstreeks verkozen. Gezien vanuit het democratiebeginsel zijn energieregulatoren en marktautoriteiten bijgevolg zwak gelegitimeerd om algemene normatieve kaders te bepalen.<sup>3651</sup> Toezichthouders in Nederland (zbo's) zijn uitdrukkelijk en doelbewust op een afstand geplaatst van de minister en ook in België is hiërarchisch of administratief toezicht niet verenigbaar met de onafhankelijkheid van de energieregulatoren.<sup>3652</sup> Parlementaire verantwoordelijkheid van de

<sup>3649</sup> L. VERHEY en N. VERHEIJ, "De macht van de marktmeesters" in A. VAN ROSSUM, L. VERHEY en N. VERHEIJ (eds.), *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2005), Deventer, Kluwer, 2005, (139) 177.

<sup>3650</sup> T. DE PELSMACKER, G. GOEDERTIER, J. GOOSSENS, Y. HAECK en J. VANDE LANOTTE, *Handboek Belgisch Publiekrecht. Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 213.

<sup>3651</sup> L. VERHEY en N. VERHEIJ, "De macht van de marktmeesters" in A. VAN ROSSUM, L. VERHEY en N. VERHEIJ (eds.), *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2005), Deventer, Kluwer, 2005, (139) 323.

<sup>3652</sup> Dit vloeit rechtstreeks voort uit de Europese richtlijnen en wordt ook verduidelijkt in de Interpretatieve Nota van de Europese Commissie. Dit volgt ook uit het arrest van het Grondwettelijk Hof van 18 november 2010, nr. 130/2010.

minister bevoegd voor energie is daardoor ook moeilijk uitvoerbaar. De onafhankelijkheid van de toezichthouders en energieregulatoren, gecombineerd met hun beperkte politieke verantwoordelijkheid, leidt er volgens sommigen toe dat hun democratische legitimiteit onder druk komt te staan.<sup>3653</sup> Hierbij wordt aangehaald dat daardoor de rol van verkozen representanten minder relevant wordt terwijl de rol van gespecialiseerde technische experts uitbreidt.<sup>3654</sup> Daarbij wordt volgens sommigen het belang van de democratische participatie ondermijnd, waardoor er een "netto-verlies" is aan democratische legitimiteit.<sup>3655</sup> Wat zij daarbij uit het oog verliezen is dat de democratische legitimiteit uit meer bestaat dan enkel de electorale component.

**1216.** In dit onderzoek wordt betoogd dat dit zogenaamde verlies aan democratische legitimiteit (door het ontbreken van administratief toezicht) gecompenseerd kan worden. Het maatschappelijk vertrouwen en de inbreng van de stakeholders (maatschappelijke en inputlegitimiteit), samen met de efficiëntie van de besluitvorming en de expertise van energieregulatoren (outputlegitimiteit), en de procedurele waarborgen zoals de motivering en de openbaarheid (procedurele legitimiteit) representeren evengoed de democratische legitimiteit van de energieregulatoren. Het gaat daarbij evenwel niet om een electorale component, maar wel om een *deliberatieve* component van de democratische legitimiteit. De democratische legitimiteit van een energieregulator hangt dus niet alleen af van het democratische gehalte in de zin van verantwoording. Democratie omvat meer dan de loutere volksvertegenwoordiging. Deze verschillende vormen van legitimiteit vormen de kern van dit onderzoek: zij vormen immers de verbinding tussen de onafhankelijkheid en de verantwoordingsplicht van de energieregulator. Zij vormen het verschil tussen een "onafhankelijke en totalitaire energieregulator" en een "onafhankelijke en ingebedde energieregulator".

#### **D. JURIDISCHE KENMERKEN**

**1217.** Het toezicht uitgeoefend door de energieregulatoren moet voldoen aan een aantal voorwaarden, beginselen, principes of juridische kenmerken wil het

---

<sup>3653</sup> Zie o.a. S. ZIJLSTRA, "Zbo's, marktautoriteiten en regelgevende bevoegdheden", *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2005, afl. 1, (2) 6; S. ZIJLSTRA, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat: een onderzoek naar democratisch-rechtsstatelijke en positiefrechtelijke aspecten van het gebruik van zelfstandige bestuursorganen*, 's-Gravenhage, VUGA, 1997, 99 e.v.; S. DE SOMER, "International and European impulse with regard to the creation of autonomous public bodies: an emerging trend", *UCL Journal of Law and Jurisprudence* 2014, (58) 67; C. DEGREEF en S. DE SOMER, "Accountability van de federale en de Vlaamse Energieregulator of toezicht op de toezichthouders na het derde energiepakket", *MER* 2013, afl. 2, (77) 96; Y. PAPADOPOULOS, "Cooperative forms of governance: Problems of democratic accountability in complex environments", *European Journal of Political Research* 2003, (473) 473; Y. PAPADOPOULOS, "Problems of Democratic Accountability in Network and Multilevel Governance", *European Law Journal* 2007, (469) 471; G. MAJONE, "The regulatory state and its legitimacy problems", *Western European Politics* 1999, 1-24; M. THATCHER, "Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation", *Western European Politics* 2011, (125) 125.

<sup>3654</sup> Y. PAPADOPOULOS, "Cooperative forms of governance: Problems of democratic accountability in complex environments", *European Journal of Political Research* 2003, (473) 479.

<sup>3655</sup> M. MAGGETTI, "Legitimacy and Accountability of Independent Regulatory Agencies: A Critical Review", *Living Reviews in Democracy* 2010, afl. 2, <http://democracy.livingreviews.org/index.php/lrd/article/viewFile/lrd-2010-4/29>, 3; G. MAJONE, "The Regulatory State and Its Legitimacy Problems", *West European Politics* 1999, (1) 13; C. SCOTT, "Accountability in the Regulatory State", *Journal of Law and Society* 2000, (38) 50.

als legitiem aanschouwd worden. Deze juridische kenmerken vormen het uitgangspunt van dit onderzoek. Ze helpen om op een duidelijke, afgebakende en gestructureerde manier bloot te leggen waar eventuele legitimiteitsproblemen aanwezig kunnen zijn. Om uiteindelijk beide rechtsordes met elkaar te verzoenen en tegelijk de (democratische) legitimiteit van de regulator te versterken moeten deze problemen worden aangepakt.

**1218.** De vraag wat nu juist als *goed toezicht* gekwalificeerd kan worden werd door verschillende auteurs reeds benaderd vanuit een oogpunt van *good (market) governance* (*supra* nrs. 250-257). Legitiem toezicht houdt in dat er een draagvlak is voor het toezicht in de maatschappij. Legitiem toezicht gaat dan ook verder dan het toezicht dat enkel op democratische wijze (door volksvertegenwoordiging) als legitiem wordt aanschouwd. Om tot een legitieme regulator te komen is er immers meer nodig dan enkel politieke controle. Welke juridische kenmerken zijn nu essentieel voor het kwalificeren van het markttoezicht op de energiemarkt, uitgeoefend door de energieregulator, als legitiem?

**1219.** In hoofdzaak kunnen de principes, beginselen en kenmerken uit verschillende (academische) bijdragen herleid worden tot vier algemene juridische kenmerken, waarvoor ook een grondslag kan worden gevonden in de toepasselijke Belgische of Europese wetgeving. Het gaat om grondwettigheid (of constitutionaliteit), onafhankelijkheid, verantwoording en transparantie. Elk juridisch kenmerk werd in een afzonderlijk hoofdstuk behandeld. In elk van deze hoofdstukken werd ook expliciet of impliciet geraakt aan de achterliggende (*good governance*) beginselen. Zo omvat de (procedurele) verantwoordingsplicht bijvoorbeeld ook eisen inzake de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel, de hoorplicht,...), maar ook eisen inzake consultatie en participatie. Transparantie raakt bijvoorbeeld ook aan de voorspelbaarheid, consistentie, coherentie, de reflectiviteit en de openbaarheid. Verantwoordingsplicht in het kader van de rechterlijke toetsing, maar ook de onafhankelijkheid raakt bv. ook aan de effectiviteit en de efficiëntie van het toezicht.

## **E. CONSTITUTIONALITEIT**

**1220.** Een eerste juridisch kenmerk dat aan bod is gekomen is de grondwettigheid of constitutionaliteit. Daarbij zijn twee fundamentele spanningsvelden tussen het EU-recht en de nationale grondwettelijke regels aan bod gekomen. Zo werd de vraag opgeworpen of de Europese liberaliseringsrichtlijnen niet ingaan tegen het principe van de scheiding der machten en het legaliteitsbeginsel. Het derde pakket Europese richtlijnen vereist namelijk dat ruime bevoegdheden worden toegekend aan de energieregulators.

Wanneer deze Europese regels zouden ingaan tegen onze nationale constitutionele regels dan geeft dit uiteraard ook een legitimiteitsprobleem: een energieregulator moet immers gerechtvaardigd, politiek erkend, maatschappelijk geaccepteerd en vooral ook wettelijk ingebed zijn.

**1221.** In het onderzoeksoptzet werd reeds gewezen op het feit dat energieregulators, als zijnde instanties die onafhankelijk van de traditionele overheidsorganen een regulerende rol opnemen, vragen doen rijzen met betrekking tot artikel 33 van de Grondwet. De notie van een energieregulator, die onafhankelijk van al deze staatsorganen optreedt en bepaalde taken en functies van algemeen belang op zich neemt en daarbij deelneemt aan elk van de drie overheidsfuncties, kan op gespannen voet komen te staan met de zinsnede "op de wijze bij de Grondwet bepaald". Artikel 33 GW, lid 2 houdt immers geen rekening met decentralisatie en al helemaal niet met specifieke onafhankelijke administratieve overheden.<sup>3656</sup>

**1222.** Het legaliteitsbeginsel speelt hierbij een belangrijke rol: het houdt immers een verbod van delegatie van regelgevende bevoegdheden in. Uit artikel 33, tweede lid GW, gelezen in samenhang met artikel 37 GW, is afgeleid dat de delegatie van toegewezen regelgevende bevoegdheden (in beginsel) ontoelaatbaar is.<sup>3657</sup> Het toekennen van regelgevende bevoegdheden aan openbare instellingen (of zelfs private instellingen) is in principe niet mogelijk aangezien dit soort van delegatie niet in overeenstemming is met de eenheid van de verordenende macht.<sup>3658</sup> Dit beginsel ligt vervat in artikel 37 GW (daar waar artikel 9 BWHI nog voorziet dat de gemeenschappen en de gewesten gedecentraliseerde diensten kunnen oprichten). De wetgever mag in beginsel geen verordeningbevoegdheid rechtstreeks aan een minister of een zelfstandig regelgevend orgaan toekennen, aangezien artikel 108 GW de verordeningbevoegdheid enkel aan de Koning toekent.<sup>3659</sup> Daarenboven wordt de delegatie van regelgevende bevoegdheden aan autonome of onafhankelijke overheidsinstellingen in beginsel eveneens ongeoorloofd geacht gezien het verlies aan parlementaire controle via de ministeriële verantwoordelijkheid (*supra* nr. 286).<sup>3660</sup>

<sup>3656</sup> H. DUMONT, "La Constitution et le contrôle parlementaire des délégations de pouvoirs aux autorités administratives. Pour un renouveau du régime parlementaire belge à l'heure de la gouvernance" in A. ALEN, A. RAINIER en M. BOSSUYT (eds.), *De Grondwet : verleden, heden en toekomst*, Brussel, Bruylant, 2006, (59) 63.

<sup>3657</sup> M. VANDAMME, *Elementen van legisprudentie. Bedenkingen bij het moderne wetgevingsbedrijf*, Brussel, Larcier, 2010, 140.

<sup>3658</sup> K. MUYLLE, "Het Grondwettelijk delegatieverbod en het Unierecht: welke democratisch verkozen beraadslagende vergadering?" in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *De Europese dimensie in het Belgisch publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2012, (317) 324-325.

<sup>3659</sup> K. MUYLLE, "Het Grondwettelijk delegatieverbod en het Unierecht: welke democratisch verkozen beraadslagende vergadering?" in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *De Europese dimensie in het Belgisch publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2012, (317) 319.

<sup>3660</sup> A. ALEN en W. DEVROE, *Preadvies: Verzelfstandiging van bestuurszaken in België*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, 72 en 123-124: "verzelfstandiging [houdt] het zeer reële risico [in] dat een bevoegde minister zich zou kunnen 'verschillen' achter de beslissingen van een min of meer autonome [instantie]" en "indien de wetgever, meestal op initiatief van de uitvoerende macht, of de uitvoerende macht zelf, een ruime autonomie meent te moeten toekennen aan extern verzelfstandigde lichamen, dan zal de uitvoerende macht in bepaalde gevallen politiek verantwoordelijk zijn voor beslissingen die zij zelf niet heeft kunnen nemen"; P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE, "Decentralisering en

**1223.** Dit strikt verbod blijkt echter moeilijk houdbaar, waardoor onder bepaalde voorwaarden, sommige vormen van delegatie toch worden aanvaard.<sup>3661</sup> Zowel in België, Nederland als de VS houdt het legaliteitsbeginsel geen strikt delegatieverbod in. Het houdt wel in dat de wetgever (enkel) de essentiële bestanddelen moet regelen en dat er een duidelijke wettelijke grondslag aanwezig moet zijn (*supra* nr. 323, 324 en 328). Delegatie van regelgevende bevoegdheden is noodzakelijk indien men wil komen tot een kwaliteitsvol wetgevend proces dat de inbreng vereist van verscheidene regelgevers die elk optreden op het voor hen gepaste niveau.<sup>3662</sup> Indien men afwijkt van het principiële delegatieverbod dan gebeurt dit dus omwille van praktische redenen.<sup>3663</sup> De Raad van State, afdeling wetgeving, wees er in het verleden echter op dat het toekennen van verordenende bevoegdheid aan openbare instellingen of organen ervan, moeilijk in overeenstemming te brengen valt met de algemene principes van het Belgisch publiek recht, aangezien erdoor wordt geraakt aan het beginsel van de eenheid van de verordenende macht en terzake iedere rechtstreekse parlementaire controle ontbreekt.<sup>3664</sup> Als er in het verleden al uitzonderingen op het delegatieverbod van verordenende bevoegdheid aan openbare instellingen toelaatbaar werden geacht, "betreft het doorgaans delegaties met een beperkte draagwijdte en van een zodanig technische aard, dat ervan mocht worden uitgegaan dat die instellingen, die de betrokken reglementering dienden toe te passen, ook het best geplaatst waren om deze met kennis van zaken uit te werken en de aldus gedelegeerde bevoegdheid uit te oefenen".<sup>3665</sup>

---

privatisering van wetgeving" in J. DE MOT (ed.), *Liber amicorum Boudewijn Bouckaert Vrank en Vrij*, Brugge, die Keure, 2012, (261) 268.

<sup>3661</sup> M. VANDAMME, *Elementen van legisprudentie. Bedenkingen bij het moderne wetgevingsbedrijf*, Brussel, Larcier, 2010, 140.

<sup>3662</sup> M. VANDAMME, *Elementen van legisprudentie. Bedenkingen bij het moderne wetgevingsbedrijf*, Brussel, Larcier, 2010, 145.

<sup>3663</sup> H. DUMONT, "La Constitution et le contrôle parlementaire des délégations de pouvoirs aux autorités administratives. Pour un renouveau du régime parlementaire belge à l'heure de la gouvernance" in A. ALEN, A. RAINER en M. BOSSUYT (eds.), *De Grondwet : verleden, heden en toekomst*, Brussel, Bruylant, 2006, (59) 64.

<sup>3664</sup> Adv.RvS nr. 46.476/1 van 7 mei 2009 bij het koninklijk besluit tot wijziging van het koninklijk besluit van 15 februari 2005 betreffende de uitoefening van het beroep van erkend boekhouder en erkend boekhouder-fiscalist in het kader van een rechtspersoon, *BS* 21 december 2009, 80.053; Adv.RvS nr. 40.698/1 van 6 juli 2006 over een voorontwerp van wet tot wijziging van de procedure tot vaststelling van de maximale referentievoet voor verzekeringsverrichtingen van lange duur, *Parl.St.* Kamer 2006-2007, nr. 51-2844/1, 13: "De bevoegdheid die aan de CBFA wordt verleend om de betrokken rentevoeten vast te stellen, is van verordenende aard. Zoals de Raad van State, afdeling wetgeving, in het verleden meermaals heeft opgemerkt, is het verlenen van verordenende bevoegdheid aan een openbare instelling in beginsel niet inpasbaar in ons grondwettelijk bestel, waarin de verordenende macht in beginsel toekomt aan de Koning [...]. De verordeningsbevoegdheid die het ontwerp aan de CBFA verleent, kan niettemin worden gebillijkt. In de eerste plaats heeft die bevoegdheid betrekking op een specifieke en technische aangelegenheid die goed aansluit op de taken die de CBFA, in haar hoedanigheid van toezichthouder in de financiële en verzekeringssector, uitoefent en op de deskundigheden waarover zij beschikt. In de tweede plaats is de aan de CBFA opgedragen bevoegdheid precies afgebakend [...]. Tot slot is de ontworpen regeling op zo een wijze uitgewerkt dat aan de politiek verantwoordelijke instanties de mogelijkheid wordt verleend om zo nodig zelf op te treden om de aan de CBFA gedelegeerde bevoegdheid in haar plaats uit te oefenen".

<sup>3665</sup> Adv.RvS nr. 46.476/1 van 7 mei 2009, *BS* 21 december 2009, 80.054; Adv.RvS nr. 44.704/3 van 24 juni 2008 over een ontwerp van B.VI.Reg. betreffende de voorwaarden en procedure voor het verkrijgen van een vergunning voor het aanbieden van een radio- en televisieomroepnetwerk en de bijhorende zendvergunning, zoals geciteerd in P. POPELIER en J. VAN NIEUWENHOVE, "Decentralisering en privatisering van wetgeving" in J. DE MOT (ed.), *Liber amicorum Boudewijn Bouckaert Vrank en Vrij*, Brugge, die Keure, 2012, (261) 277.



De adviespraktijk van de Raad van State is doorgaans streng wat betreft de mogelijke delegatie van verordenende bevoegdheden aan instellingen die geen politieke verantwoordelijkheid dragen.<sup>3666</sup> Zo stelde de Raad in een advies uit 2002 (met betrekking tot het BIPT) dat het al dan niet voldoende zijn van de controle beoordeeld moest worden *in verhouding tot de omvang van de (discretionaire) bevoegdheden* die toevertrouwd werden aan de administratieve overheid.<sup>3667</sup> Wanneer het erom ging op individuele gevallen een nauwkeurige regelgeving toe te passen, die slechts weinig discretionaire bevoegdheid overliet aan de instelling, kon de controlebevoegdheid van de uitvoerende macht worden beperkt. Wanneer daarentegen de uitoefening van de bevoegdheden die aan die instelling werden toevertrouwd, opportuniteitskeuzes inhielden, moest die overheid, die niet politiek verantwoordelijk was, onderworpen worden aan strengere controle vanwege de regering.

**1224.** Wat het principe van de scheiding der machten betreft is nagegaan of de ruime bevoegdheden van de energieregulatoren zich bevinden binnen elk van de drie takken van de trias politica. Zo is er immers (voornamelijk in de VS, maar ook hier) de kritiek aanwezig dat regulatoren een “headless fourth branch” vormen: regulatoren zouden wettelijke, uitvoerende en rechterlijke bevoegdheden bezitten. Zowel in België, Nederland als de VS krijgt de scheiding der machten vandaag een eerder hedendaagse invulling waarbij voornamelijk een samenwerking der machten, maar vooral een *checks and balances* benadering centraal komen te staan. De machtenscheiding is daarbij vooral functioneel.<sup>3668</sup> Uit dit onderzoek is gebleken dat de bevoegdheden van de energieregulatoren allen een normaal attribuut vormen van uitvoerende bevoegdheden. Zo bezitten de energieregulatoren onderzoeksbevoegdheden (*supra* nr. 389), adviserings- en studiebevoegdheden (*supra* nr. 396) en nemen zij bindende individuele besluiten (*supra* nr. 397). Hoewel er in het verleden omvangrijke discussies waren over de aard van administratieve geldboetes, wordt nu aangenomen dat deze vorm van rechtshandhaving, door middel van het opleggen van een bestuurlijke sanctie, een vorm van bestuurlijk optreden is en beschouwd mag worden als een normaal attribuut van de uitvoerende functie. Ook de bevoegdheden inzake geschillenbeslechting (met name inzake klachtenbehandeling en bemiddeling) zijn taken die door een administratieve overheid kunnen worden uitgeoefend. Wanneer er een Geschilleninstantie bij de energieregulator aanwezig is, dan hoeft deze geschillenbeslechting niet *per se* te worden uitgeoefend door magistraten. Het is belangrijker om te waarborgen dat

---

<sup>3666</sup> Zie o.a. Adv.RvS nr. 38.394 van 12 mei 2005 bij wetsontwerp houdende diverse bepalingen betreffende het sociaal overleg, *Parl.St.* Kamer 2004-2005, nr. 51-1767/003, 11-12; Adv.RvS nr. 39.272/3 van 29 november 2005 bij wetsontwerp tot wijziging van de wet van 24 januari 1977 betreffende de bescherming van de gezondheid van de gebruikers op het vlak van de voedingsmiddelen en andere produkten, *Parl.St.* 2005-2006, nr. 51-2491/001, 9-10; Adv.RvS nr. 46.476/1 van 7 mei 2009, *BS* 21 december 2009, 80.054; H. DUMONT, “La Constitution et le contrôle parlementaire des délégations de pouvoirs aux autorités administratives. Pour un renouveau du régime parlementaire belge à l’heure de la gouvernance” in A. ALEN, A. RAINER en M. BOSSUYT (eds.), *De Grondwet : verleden, heden en toekomst*, Brussel, Bruylant, 2006, (59) 63.

<sup>3667</sup> Eigen cursivering; Adv.RvS nr. 33.255/4 van 5 juni 2002 bij wetsontwerp met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector, *Parl.St.* Kamer 2001-2002, nr. 1937/001, 65.

<sup>3668</sup> Hoewel er in de VS ook een ruime strekking aanhanger is van de unitaire benadering (*supra* nr. 352).

er een interne functiescheiding bij de regulator aanwezig is. Hierdoor wordt uitdrukkelijk en specifiek vermeden dat dezelfde personeelsleden het onderzoek voeren en nadien dit onderzoek ook beoordelen en het geschil beslechten. Deze functiescheiding (of *Chinese Wall*) is een praktisch gevolg van de scheiding der machten, maar garandeert ook een gelijke en non-discriminatoire behandeling.

**1225.** Of er al dan niet sprake is van teveel machtsconcentratie in één hand is moeilijk te beoordelen zonder er een subjectieve interpretatie bij te betrekken. Vanaf wanneer spreekt men immers over teveel machtsconcentratie? In dit onderzoek is evenwel geargumenteed dat de bevoegdheden van de energieregulatoren betrekking hebben op een dusdanige *technische en specifieke materie*, waardoor zij niet beschikken over *te ruime en algemene bevoegdheden*. De bevoegdheden van energieregulatoren blijven beperkt tot het reguleren van bepaalde aspecten van één specifieke sector, binnen een strak afgelijnd wettelijk kader dat bovendien in de regel weinig ruimte laat voor discretionaire uitoefening van hun bevoegdheden. Daarenboven zorgt de toebedeling van een arsenaal uitvoerende bevoegdheden aan een gespecialiseerde instantie als een energieregulator als het ware voor een "extra" scheiding der machten, in die zin dat de bevoegdheden m.b.t. tot energie zich nu minder concentreren bij de klassieke organen (het parlement, de regering). De macht wordt met andere woorden nog eens extra gescheiden of verdeeld.

**1226.** Tot slot moet nog eens worden gewezen op de *checks and balances* benadering. De scheiding der machten staat er immers niet aan in de weg dat een ruim arsenaal aan uitvoerende bevoegdheden worden toegekend aan een energieregulator, toch vereist het principe ook controle. De klassieke *checks and balances* zijn evenwel moeilijk toepasbaar, aangezien de Belgische Grondwet uit de negentiende eeuw ook niet vertrouwd was met deze specifieke gedecentraliseerde instanties. Het feit dat energieregulatoren (1) over ruime uitvoerende bevoegdheden beschikken, (2) onafhankelijk zijn en (3) een belangrijke maatschappelijk opdracht vervullen (namelijk het toezicht op de energiesector, een gewichtige economische sector), zorgt ervoor dat hun werking ontegensprekelijk aan controle en toezicht onderworpen moet worden. Het gaat daarbij om diverse vormen van controle, zowel *ex-ante* als *ex-post*. Men denkt hierbij aan verruimde transparantieplichtingen (zoals consultaties, hoorzittingen, bemiddeling, publicatieplichtingen, openbaarheids- en motiveringsplichtingen, etc.) maar ook rechterlijke controle en parlementair toezicht.

**1227.** Dit brengt ons bij het arrest nr. 130/2010 van het Grondwettelijk Hof. Daarin stelde het Hof uitdrukkelijk dat de CREG een administratieve overheid is, die beschikt over een ruime autonomie die niet verenigbaar is met een hiërarchisch of administratief toezicht, waarbij zij werd opgericht om bepaalde taken uit te voeren, die de wetgever wenste te onttrekken aan het gezag van de

federale regering.<sup>3669</sup> Het Grondwettelijk Hof voegt hier uitdrukkelijk aan toe dat de ontstentenis van een hiërarchisch of administratief toezicht niet strijdig is met de Grondwet. Artikel 37 GW staat er niet aan in de weg dat de wetgever specifieke uitvoerende bevoegdheden in een welbepaalde technische aangelegenheid toevertrouwt aan een autonome administratieve overheid, die voor het overige onderworpen blijft aan zowel de rechterlijke toetsing als de parlementaire controle.<sup>3670</sup> Het Hof verwijst daarbij naar overweging 34 van de richtlijn 2009/72/EG waarin staat dat de onafhankelijkheid van de energieregulator rechterlijke toetsing en parlementair toezicht overeenkomstig het constitutionele recht van de lidstaten niet uitsluit.

**1228.** Deze rechtspraak van het Grondwettelijk Hof kreeg navolging in het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State met betrekking tot de wijzigingen in het statuut van het BIPT.<sup>3671</sup> De Raad stelt dat geconcludeerd lijkt te kunnen worden dat de Grondwet niet in de weg staat aan het schrappen van het toezicht.<sup>3672</sup> De Raad van State plaatst hier evenwel twee kanttekeningen bij (*supra* nr. 301). Zo is het volgens de Raad niet duidelijk of de argumenten van het arrest ontleend aan het EU-recht, ten overvloede worden gegeven dan wel of ze echte voorwaarden zijn voor de grondwettelijkheid van de ontstentenis van een hiërarchische bevoegdheid ten aanzien van het toezicht op onafhankelijke administratieve overheden. Vervolgens rijst volgens de afdeling wetgeving van de Raad van State de vraag of de lezing van arrest nr. 130/2010 geldt voor alle handelingen van onafhankelijke administratieve overheden — de verordenende en de individuele handelingen —, dan wel of ze enkel geldt voor de individuele handelingen.<sup>3673</sup> Zo vestigt de Raad van State de aandacht op het beginsel van de eenheid van verordenende macht. De Raad stelt dat indien ervan uitgegaan zou worden dat het arrest geldt voor alle verordenende handelingen, daaruit afgeleid zou moeten worden dat de wetgever in welbepaalde technische aangelegenheden en op voorwaarde dat een parlementaire en een rechterlijke controle zouden worden georganiseerd, verordeningsbevoegdheden kan toekennen aan onafhankelijke administratieve overheden, waarbij de betreffende verordenende handelingen niet vooraf ter goedkeuring moeten worden voorgelegd aan een politiek verantwoordelijke overheid. Het

<sup>3669</sup> Overw. B.4.

<sup>3670</sup> Overw. B.5. Dergelijke overwegingen werden nog uitdrukkelijk herhaald in de arresten GwH 21 november 2013, nr. 158/2013 (overweging B.14.4), GwH 10 juli 2014, nr. 104/2014, GwH 20 februari 2014, nr. 30/2014 (overweging B.7.3): "Daarenboven staan de artikelen 170, § 2, en 172, tweede lid, van de Grondwet evenmin eraan in de weg dat de decreetgever in een welbepaalde technische aangelegenheid specifieke uitvoerende bevoegdheden toevertrouwt aan een autonome administratieve overheid, die voor het overige onderworpen blijft aan zowel de rechterlijke toetsing als de parlementaire controle"

<sup>3671</sup> Adv.RvS nr. 50.003/4 bij wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake elektronische communicatie, *Parl.St.* Kamer 2011-2012, nr. 2143/1, 185.

<sup>3672</sup> Adv.RvS nr. 50.003/4 bij wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake elektronische communicatie, *Parl.St.* Kamer 2011-2012, nr. 2143/1, 185. Het toezicht dat was ingevoerd bij artikel 15 van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector: art. 15.§ 1. "De Ministerraad kan, op voorstel van de Minister, bij een met redenen omkleed besluit de uitvoering schorsen van sommige beslissingen" (BS 24 januari 2003). Dit artikel is ook opgegeven door de wet van 16 maart 2015 tot wijziging van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (BS 7 april 2015).

<sup>3673</sup> Adv.RvS nr. 50.003/4 bij voorontwerp van wet houdende diverse bepalingen inzake elektronische communicatie, *Parl.St.* Kamer 2011-2012, nr. 2143/1, 185.

Grondwettelijk Hof heeft zich inderdaad niet uitgesproken over de vraag of artikel 108 van de Grondwet, waarbij de Koning de bevoegdheid wordt toegekend "om de verordeningen te maken en de besluiten te nemen die voor de uitvoering van de wetten nodig zijn", al dan niet toestaat dat een ruime autonomie wordt toegekend aan onafhankelijke administratieve overheden.

**1229.** Dit brengt ons terug bij het legaliteitsbeginsel. Op 20 februari en 10 juli 2014 heeft het Grondwettelijk Hof zich in gelijkaardige bewoordingen uitgesproken.<sup>3674</sup> Het ging in deze arresten niet meer om een louter individuele beslissing, maar wel over een bevoegdheid met een meer algemene draagwijdte (aangezien deze bevoegdheid aan de basis ligt tot het bepalen van een tarief/belasting). Het Grondwettelijk Hof stelde hierbij dat de artikelen 170 en 172 van de Grondwet niet zover gaan dat ze de decreetgever ertoe zouden verplichten elk aspect van een belasting of van een vrijstelling zelf te regelen. Een aan een andere overheid verleende bevoegdheid is niet in strijd met het wettigheidsbeginsel voor zover de machtiging voldoende nauwkeurig is omschreven en betrekking heeft op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de essentiële elementen voorafgaandelijk door de decreetgever zijn vastgesteld. Het Hof verduidelijkt daarbij dat tot de essentiële elementen van de belasting behoren de aanwijzing van de belastingplichtigen, de belastbare materie, de heffingsgrondslag, de aanslagvoet en de eventuele belastingvrijstellingen.<sup>3675</sup> De CWaPE is volgens het Hof de meest geschikte instantie om de totale elektriciteitsproductie in te schatten omdat zij die gegevens verzamelt. Het is dus volgens het Hof "verantwoord dat de decreetgever die taak heeft gedelegeerd aan de CWaPE, een gespecialiseerde autonome instelling van openbaar nut die over de daartoe noodzakelijke expertise beschikt".<sup>3676</sup>

**1230.** Hoewel uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof zou kunnen worden afgeleid dat een delegatie van regelgevende bevoegdheden (zoals de tariefbevoegdheid of de bevoegdheid tot het opstellen van een technisch reglement) aan onafhankelijke energieregulators de grondwettigheidstest zou doorstaan, geniet het toch de voorkeur om deze delegatie van regelgevende bevoegdheden aan administratieve overheden in een apart artikel te laten opnemen in de Grondwet. Verschillende auteurs stellen dit reeds langer (*supra* nr. 306), waarbij POPELIER en VAN NIEUWENHOVE zelfs een concreet voorstel daartoe formuleerden (*supra* nr. 308). Dit nieuw grondwetsartikel zou rechtszekerheid bieden en zou een einde kunnen maken aan de jarenlange casuïstische aanpak. Bovendien geeft een dergelijke bepaling, wanneer zij zouden blijven functioneren binnen de uitvoerende macht, bij uitstek een sterke constitutionele legitimatie aan de energieregulators. Op die manier kunnen ook

---

<sup>3674</sup> GwH 20 februari 2014, nr. 30/2014; GwH 10 juli 2014, nr. 104/2014.

<sup>3675</sup> Overw. B.6. GwH 20 februari 2014, nr. 30/2014.

<sup>3676</sup> Overw. B.7.2.

de onafhankelijke instanties, "op de wijze bij de Grondwet bepaald", zowel individuele als verordenende handelingen stellen. Zij het uiteraard onder specifieke legitimiteitsvoorwaarden: jurisdictionele en parlementaire controle, aangevuld met andere vormen van legitimiteit (input, output, procedureel, verticaal toezicht etc.). In Nederland ligt dergelijke mogelijkheid tot het toekennen van regelgevende bevoegdheden reeds lang (1992) vervat in de "Aanwijzingen voor de regelgeving", waarbij de aanwijzingen 124a en volgende specifiek betrekking hebben op deze zbo's.<sup>3677</sup> Aanwijzing 124c bepaalt o.a. dat regelgevende bevoegdheden kunnen worden toegekend voor zover het organisatorische of technische onderwerpen betreft. In de VS zijn de uitzonderingen op de "non-delegation-doctrine" (via het "intelligible principle", *supra* nr. 328), net zoals in België, ontstaan onder invloed van de rechtspraak.

**1231.** Er kan geconcludeerd worden dat er geen sprake is van een schending van het principe van de scheiding der machten. Dit houdt ook in dat er – voor wat betreft het principe van de scheiding der machten – geen spanningsveld aanwezig is tussen het EU-recht en de nationale Grondwet. De verschillende uitvoerende bevoegdheden van de energieregulatoren liggen in lijn met het principe van de scheiding der machten. Uiteraard moeten ook de energieregulatoren verantwoording blijven afleggen in het kader van de *checks and balances* benadering. Wat het legaliteitsbeginsel betreft, blijkt uit de rechtspraak en adviesverlening van het Grondwettelijk Hof en de Raad van State dat de wetgever, deze specifieke uitvoerende bevoegdheden in een welbepaalde technische aangelegenheid mag toevertrouwen aan een autonome administratieve overheid, die voor het overige onderworpen blijft aan zowel de rechterlijke toetsing als de parlementaire controle. Ook hier speelt verantwoording dus een belangrijke rol. Indien het arrest van het Grondwettelijk Hof geldt voor alle verordenende handelingen, dan zou dit impliceren dat de wetgever in welbepaalde technische aangelegenheden en op voorwaarde dat een parlementaire en een rechterlijke controle zouden worden georganiseerd, ook verordeningsbevoegdheden kan toekennen aan onafhankelijke administratieve overheden, waarbij de betreffende verordenende handelingen niet vooraf ter goedkeuring moeten worden voorgelegd aan een politiek verantwoordelijke overheid (bv. inzake de tariefbevoegdheid en het technisch reglement). Volledige duidelijkheid of de verordenende bevoegdheden van de energieregulatoren in overeenstemming zijn met de Grondwet is er dan ook niet. De hypothese die in het onderzoeksopzet werd aangenomen ("*een delegatie van specifieke uitvoerende bevoegdheden aan een autonome energieregulator is wel degelijk in overeenstemming met art. 37 van de Grondwet*") geldt dus niet volledig. Om het spanningsveld tussen het EU-recht en de nationale constitutionele rechtsorde inzake het legaliteitsbeginsel weg te werken, zou een nieuwe grondwetsbepaling zoals voorgesteld door POPELIER en VAN

---

<sup>3677</sup> Circulaire van de Minister-President van 18 november 1992, Aanwijzingen voor de regelgeving, *Stcrt.* 1992, 230. Zie eveneens hoger, bij het onderdeel betreffende het primaat van de wetgever.

NIEUWENHOVE een oplossing bieden (*supra* nrs. 309 en 310). Wat het legaliteitsbeginsel betreft, is er vandaag dus zeker een invloed vanuit het EU-recht. Te meer omdat de rechtspraak van het Hof van Justitie ook vereist dat de bevoegdheden van de energieregulatoren niet op een te restrictieve manier mogen worden uitgelegd, waardoor er ook (beperkte) discretionaire ruimte aanwezig is voor de energieregulatoren bij het uitoefenen van deze regelgevende bevoegdheden. De delegatie van regelgevende bevoegdheden met discretionaire beoordelingsruimte zorgt er volgens sommigen voor dat er, zowel in België als in Nederland, sprake is van een Europeesrechtelijke invulling van het legaliteitsbeginsel.<sup>3678</sup> Deze opvatting is zeker terecht, hoewel ook erkend moet worden dat het delegeren van regelgevende bevoegdheden aan gedecentraliseerde of zelfs private entiteiten niet enkel en alleen onder invloed van het EU-recht plaatsvindt.

**1232.** Op Vlaams niveau is recent een voorstel van decreet gelanceerd dat ervoor zal zorgen dat de VREG naar het Vlaams Parlement verhuist. Wanneer een energieregulator wordt ondergebracht bij het parlement dan moet worden vastgesteld dat – aangezien energieregulatoren beschikken over “specifieke uitvoerende bevoegdheden” – zij functioneel misschien beter binnen de uitvoerende macht passen. Bovendien geniet het eveneens vanuit het oogpunt van de scheiding der machten en de *checks and balances* eerder de voorkeur om de regulatoren binnen de uitvoerende macht te laten. Op die manier concentreert zich namelijk niet alle macht binnen één instantie (nl. het parlement), maar oefent de wetgevende macht controle uit op de uitvoerende macht. Het deel uitmaken van de wetgevende macht mag immers niet resulteren in een oppervlakkig toezicht uitgeoefend door het parlement op zijn “eigen instelling”. Hoewel de energieregulatoren qua bevoegdheden misschien beter binnen de uitvoerende macht vallen, kunnen hun bevoegdheden zich evenwel ook situeren binnen de wetgevende macht. Wat deze bevoegdheden betreft, hebben de entiteiten die vandaag onder de wetgevende macht vallen, zoals de Vlaamse Ombudsdienst, het Vredesinstituut en het Kinderrechtencommissariaat (Vlaanderen) en het Comité P en de Privacycommissie (Federaal) voornamelijk volgende bevoegdheden: het formuleren van adviezen en aanbevelingen, het uitvoeren van onderzoeken, het behandelen van klachten, het bemiddelen,... Deze bevoegdheden zijn de regulatoren niet onbekend. Bovendien circuleren er ook berichten om de

---

<sup>3678</sup> S. LAVRIJSEN en A. OTTOW, “The Legality of Independent Regulatory Authorities” in L. BESSELINK, F. PENNINGNS en S. PRECHAL (eds.), *The eclips of the legality principle in the European Union*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, (73) 96: “One could argue that all of these trends give shape to a European interpretation of the principle of legality, which is a national constitutional principle common to the constitutional traditions of the Member States, and therefore part of European law as a general principle of law. According to this European interpretation of the principle of legality, the legality of administrative authorities will not be assured by a limited and restricted interpretation of the NRA’s powers. Instead, a mix of European and national checks and balances, including a legal base, administrative procedures, European coordination, and cooperation procedures and judicial review by national courts, will contribute to the legality of NRA’s”.

Privacycommissie in de toekomst geldboetes te laten opleggen.<sup>3679</sup> Dus wat deze bevoegdheden betreft lijkt een verhuis naar de wetgevende macht niet onmogelijk of onlogisch.<sup>3680</sup> Er zijn evenwel betere argumenten die een verhuis naar het parlement verantwoorden. Dit zal onder andere blijken uit de conclusies met betrekking tot het volgend juridisch kenmerk, de onafhankelijkheid.

## F. ONAFHANKELIJKHEID

**1233.** Het spanningsveld tussen het EU-recht en de Belgische nationale rechtsorde wordt in essentie gevormd door het spanningsveld tussen de onafhankelijkheid van de energieregulator enerzijds en de verantwoordingsplicht anderzijds. Om beide rechtsordes met elkaar te verzoenen is het bijgevolg belangrijk om na te gaan op welke manier de onafhankelijkheid van de energieregulator verzoend kan worden met de verantwoordingsplicht. In het onderzoeksopzet werd bovendien geponeerd dat de verregaande onafhankelijkheid van de energieregulatoren een spanningsveld creëert ten aanzien van de legitimiteit van de energieregulator. Een politiek onafhankelijke regulator zou immers niet (democratisch) gelegitimeerd zijn. De stelling die daarbij werd ingenomen is dat *de politieke onafhankelijkheid van energieregulatoren noodzakelijk is, omdat dit – naast de vereiste marktonafhankelijkheid – ervoor zorgt dat de regulatoren volledige onpartijdigheid kunnen garanderen bij het nemen van hun beslissingen en dit ten aanzien van alle spelers binnen een uitermate complexe energiemarkt. Bovendien worden hun beslissingen gekenmerkt door een hogere mate van techniciteit en expertise.* Deze stelling wordt in dit onderzoek bevestigd. De onafhankelijkheid van de energieregulator houdt inderdaad nauw verband met de legitimiteit. Een energieregulator die onafhankelijk opereert van alle marktpelers, waaronder ook politieke spelers, creëert immers een legitiem *level playing field*, dat ervoor zorgt dat alle spelers gelijk en zonder discriminatie worden behandeld. De onafhankelijkheid van de instantie, het personeel en de personen belast met het beheer van de regulator dient er dus voor te zorgen dat de beslissingen genomen door de regulator niet aangetast worden door bepaalde politieke of economische belangen.<sup>3681</sup> Alle aanwezige belangen moeten op een eerlijke, onpartijdige en non-discriminatoire manier tegen elkaar worden afgewogen. Een van de marktpartijen onafhankelijke regulator fungeert daarbij als onafhankelijk en onpartijdig forum. Ook de *time consistency* die een regulator waarborgt (tijdsconsistentie en langdurige stabiliteit), is belangrijk

---

<sup>3679</sup> D. SOENENS, "Privacycommissie gaat boetes uitdelen", *De Morgen* 4 april 2015, <http://www.demorgen.be/binnenland/privacycommissie-gaat-boetes-uitdelen-bc40ae97/>: "Ze krijgt in de toekomst de rol van regulator, zoals er ook een in de energie- en de telecomsector bestaat. Mét de mogelijkheid boetes uit te delen aan wie zich niet aan de regels houdt. Over hoe groot de boetes zullen zijn, is nog niets beslist. Willem Debeuckelaere, voorzitter van de Privacycommissie, denkt dat die kunnen gaan van 250 euro tot 20.000 euro, zoals bij de energie- of telecomregulator". De Nederlandse tegenhanger kan dit reeds, maar is wel een zbo, zie Website Autoriteit Persoonsgegevens: <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/cbp-krijgt-boetebevoegdheid-en-wordt-autoriteit-persoonsgegevens>.

<sup>3680</sup> De juridische kwalificatie van de tariefmethodologie en het technisch reglement zijn daarbij evenwel niet geheel duidelijk aangezien het gaat om reglementen, die eigenlijk uitvoerende regelgevende instrumenten zijn.

<sup>3681</sup> Interpretatieve Nota, 5.

omwille van onpartijdigheidsredenen. Door een onafhankelijke regulator krijgen marktspelers namelijk zekerheid op lange termijn dat de principes, beginselen en doelstellingen van het regulerend kader op een onpartijdige manier zullen worden toegepast.<sup>3682</sup> Een politiek *afhankelijke* regulator is in dit opzicht net niet (democratisch) gelegitimeerd. Dit zorgt ervoor dat de onafhankelijkheid bij de energieregulator wordt gekenmerkt door een paradox. De politieke onafhankelijkheid van de regulator versterkt enerzijds de legitimiteit van de regulator, door te voorzien in een onafhankelijke en onpartijdige behartiging van de verschillende belangen (waaronder ook het algemeen belang), maar de politieke onafhankelijkheid wordt anderzijds ook gebruikt om te argumenteren dat er net een gebrek is aan legitimiteit, door een gebrek aan politiek toezicht.

**1234.** De onafhankelijkheid bij energieregulators is onmiskenbaar een complex begrip. In dit onderzoek werd daarom een onderscheid gemaakt tussen de formele (*de jure*) en de feitelijke (*de facto*) onafhankelijkheid van de energieregulators (*supra* nr. 451).<sup>3683</sup> In dit onderzoek werd eveneens een opdeling gemaakt tussen de verschillende elementen van de onafhankelijkheid van de energieregulators: functionele of operationele onafhankelijkheid, institutionele onafhankelijkheid, personele onafhankelijkheid en financiële onafhankelijkheid.<sup>3684</sup> Dit werk heeft aangetoond dat bij elk van deze elementen van de onafhankelijkheid – en dit zowel *de jure* als *de facto* – de banden tussen de minister en de energieregulators nog steeds onvoldoende zijn doorgeknipt en er bepaalde zaken nog voor verbetering vatbaar zijn. Verschillende jaren na het aannemen van het derde pakket liberaliseringsrichtlijnen zijn er dan ook nog steeds richtlijnstrijdigheden aanwezig. Onderstaande aanbevelingen zouden in acht genomen moeten worden om deze strijdigheden weg te werken.

**1235.** Wat de **institutionele onafhankelijkheid** betreft, beschikken alle Belgische energieregulators over rechtspersoonlijkheid. In Nederland beschikt de ACM niet over rechtspersoonlijkheid. *De jure* omvat de rechtspersoonlijkheid evenwel een extra onafhankelijkheidswaarborg. Nog wat de ACM betreft, blijkt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie dat de samenvoeging tot een superregulator richtlijnconform is. Wat de fysieke locatie betreft, geniet het eveneens de voorkeur dat de energieregulator over een eigen aparte locatie beschikt.

---

<sup>3682</sup> S. LAVRIJSEN en A. OTTOW, "The legality of independent regulatory authorities" in L. BESSELINK, F. PENNINGNS en S. PRECHAL (eds.), *The eclips of the legality principle in the European Union*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, (73) 80.

<sup>3683</sup> F. GILARDI, *Delegation in the regulatory state: independent regulatory agencies in Western Europe*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008; M. MAGGETTI, *Regulation in practice. The de facto independence of regulatory agencies*, Colchester, ECPR Press 2012, 35-39.

<sup>3684</sup> R. SMITS, "Central Bank Independence and Accountability in the Light of EMU" in M. GIOVANOLI (ed.), *International Monetary Law. Issues for the New Millennium*, New York, Oxford University Press, 2000, 245-266; Zie ook: B. VAN DER MEULEN en A. OTTOW, "Toezicht op markten", VAR-reeks 130, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers 2004, 52; M. SCHOLTEN, "Independent, hence unaccountable? The Need for a Broader Debate on Accountability of the Executive", *Review of European Administrative Law* 2011, (5) 6 en 10.



**1236.** De **personele onafhankelijkheid** houdt verband met de mate waarin personen die werkzaam zijn bij de energieregulator, bindingen hebben met anderen en al dan niet beschermd zijn tegen externe druk of beïnvloeding.<sup>3685</sup> Het beschikken over eigen personeel is daartoe een eerste vereiste. Sinds recent beschikken alle regulatoren in België over eigen personeel, hoewel de situatie bij Brugel waarbij personeel van het BIM werd gedetacheerd geruime tijd een richtlijnstrijdigheid uitmaakte (*supra* nrs. 490-495). Bij de ACM ontbreekt eigen personeel, gelet op het ontbreken van rechtspersoonlijkheid. Ook deze situatie zou bijgevolg door het toekennen van rechtspersoonlijkheid geoptimaliseerd kunnen worden.

**1237.** Ten tweede moeten bij de personele onafhankelijkheid belangenconflicten (of belangenverstrengeling in Nederland) en de onverenigbaarheden (of incompatibiliteiten) vermeden worden. Wat de onverenigbaarheden betreft, legt de tekst van de richtlijnen geen expliciet verbod op voor de personeelsleden of de personen verantwoordelijk voor hun beheer om naast hun functie bij de regulator er nog andere professionele activiteiten op na te houden. De Interpretatieve Nota bepaalt echter dat "in practice, the requirement of having to be independent from any private or public entity may make it impossible for NRA's staff or management to work part-time for the regulator and part-time in the private or public sector. E.g. an academic could, at first sight, be qualified to act as an independent non-permanent staff or management or board member; however, if the academic also regularly undertakes studies for the energy sector, this could question whether the required independence from any market interest is met". Dit impliceert volgens de rechtsleer dat er een verbod is op alle professionele activiteiten die van die aard zijn om de onafhankelijkheid van de persoon in kwestie op enigerlei wijze, direct of indirect, potentieel te beïnvloeden.<sup>3686</sup> Nog te vaak blijkt uit de praktijk dat er zowel tijdens het benoemingsproces, als ook tijdens de uitoefening van het mandaat nadien, onvoldoende rekening wordt gehouden met belangenconflicten of onverenigbaarheden (*supra* nrs. 533-536). Uit de praktijk blijkt dat het daarbij belangrijk is dat de onverenigbaarheden ook steeds het lidmaatschap van het kabinet van een lid van de Federale Regering of van een gemeenschaps- of gewestregering moeten vermelden, net als een functie in een departement of een ander agentschap van de federale of gewestelijke overheid (*supra* nr. 520 en 523). Ook leden van de gemeente- of provincieraad, en leden van een distributie-intercommunale zouden systematisch in deze lijsten aanwezig moeten zijn (*supra* nr. 523 en 527). Zo is ook de functie als bestuurder of directeur bij een energieregulator onmiddellijk aansluitend op een (afgelopen) mandaat als regeringscommissaris (al dan niet bij diezelfde regulator) duidelijk onverenigbaar met de geest van de Europese

<sup>3685</sup> B. VAN DER MEULEN en A. OTTOW, "Toezicht op markten", VAR-reeks 130, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers 2004, 55.

<sup>3686</sup> T. VANDEN BORRE, "De omzetting van de bepalingen inzake de onafhankelijke regulator - Op weg naar Luxemburg?" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX, *Jaarboek Energierecht 2010*, Antwerpen, Intersentia, (79) 99.

liberaliseringsrichtlijnen. Indien een bestuurder of directeur zich in dergelijke situatie bevindt, moet het conflicterende mandaat worden neergelegd. Bovendien is het ook aangewezen dat een bepaling aanwezig is waardoor het verboden is om voor een bepaalde termijn een activiteit of functie uit te oefenen, al dan niet bezoldigd, bij marktspelers na het beëindigen van een functie bij de regulator.<sup>3687</sup> Ook een geheimhoudingsbepaling valt aan te bevelen (*supra* nr. 528). Dergelijke discussies omtrent onverenigbaarheden voor, tijdens en na het uitoefenen van een functie bij een regulator worden in de Engelstalige rechtsleer bestempeld als discussies inzake “revolving doors”. Bij *revolving doors* gaat het erom dat er afwisselend functies worden uitgeoefend bij de overheid, de regulator en de marktspelers. Daarbij moet erkend worden dat “revolving doors” ervoor kunnen zorgen dat de nodige expertise uitgewisseld kan worden.<sup>3688</sup> *Revolving doors* mogen echter de onafhankelijkheid van de regulator niet in gevaar brengen. Daarbij valt op te merken dat het in de praktijk evenwel niet evident is om kandidaten te vinden die geheel onafhankelijk zijn van én de marktspelers én de politiek, zeker indien men posities in het verleden in acht neemt. Kandidaten voor dergelijke *onafhankelijke* functies bevinden zich immers sowieso binnen een zeer beperkte “pool”, in een (relatief) kleine markt als de energiesector in België. Het is bijgevolg niet mogelijk om te verwachten dat personen in dergelijke (hooggeplaatste) posities een volledig “onbeschreven blad” zijn: men moet de deskundigheid en de ervaring uiteraard ergens vandaan halen. Vaak is het immers zo dat gekwalificeerde personen een betrekking hadden bij een energieproducent, leverancier, netbeheerder of overheid. Gelet op de onafhankelijkheid dient dit in te houden dat deze vroegere banden, met een vorige werkgever, voor de toekomst volledig doorgeknipt moeten worden. Men mag dus niet *de facto* (nog) onder invloed staan van vorige werkgevers. Hierbij gaat het uiteraard om een intentie die nagenoeg onmogelijk op voorhand getoetst kan worden. Daarom is het cruciaal dat leden van een energieregulator geen cumulatieve, met elkaar onverenigbare functies uitoefenen. Uiteraard moeten er voldoende waarborgen aanwezig zijn waaruit blijkt dat deze banden uit het verleden effectief zijn doorgeknipt. Intenties zijn echter moeilijk te bewijzen. Vandaar dat een grondig, openbaar en transparant selectie- en benoemingsproces gebaseerd op objectieve criteria essentieel is. Bij de benoeming van bestuurders of de aanstelling van het personeel moet het duidelijk zijn dat de loyaliteit van deze personen enkel en alleen bij de energieregulator ligt. Een schijn van afhankelijkheid en partijdigheid moet absoluut vermeden worden. De benoemingsprocedure speelt hierbij een doorslaggevende rol.

---

<sup>3687</sup> Bij de VREG “iedere functie of activiteit, al dan niet bezoldigd, ten dienste van een neteigenaar, een netbeheerder, een producent die geen zelfopwekker is, een aardgasinvoerder, de beheerder van het transmissienet, de beheerder van het vervoersnet, een werkmaatschappij, een leverancier, een bevrachter of een evenwichtsverantwoordelijke”; Bij Brugel “een activiteit of een mandaat uit te oefenen, al dan niet bezoldigd, ten voordele van een producent, een netbeheerder, een leverancier of een tussenpersoon”.

<sup>3688</sup> Waarbij eerst een tewerkstelling bij de energieregulator, gevolgd door een tewerkstelling bij een marktspeler evenwel iets frequenter is dan de omgekeerde beweging.

**1238.** De benoemingsprocedure moet eerst en vooral op een transparante en gedetailleerde manier worden uitgewerkt in de wetgeving. Daarbij is het noodzakelijk dat de benoemingen niet op het politieke niveau ("achterkamerpolitiek") plaatsvinden, maar wel in de eerste plaats via onafhankelijke overheidsselectiebureaus, zoals SELOR en Jobpunt Vlaanderen.<sup>3689</sup> Er moeten daarbij voldoende waarborgen – zoals objectieve selectiecriteria, uitdrukkelijke motiveringen, transparantiewaarborgen – aanwezig zijn waardoor het selectieproces, uitgevoerd door een privaat selectiebureau, SELOR of Jobpunt Vlaanderen, leidt tot een objectieve selectie van de kandidaten (*supra* nr. 552). Het is ook aangewezen dat de gehele benoemingsprocedure uitdrukkelijk wordt ingeschreven in de wet, het decreet of de ordonnantie. Zo ligt de bal in het kamp van de wetgever en is er meer democratische controle op de benoemingsvereisten. Hierbij wordt bijvoorbeeld vermeden dat de minister plots de benoemingsvoorwaarden – *custom made* – aanpast (de diplomaverreisten etc.).<sup>3690</sup> Deze benoemingsvoorwaarden moeten duidelijke(re) regels omvatten inzake cumulatie, overgangstermijnen tussen verschillende posities, onverenigbaarheden, belangenconflicten enz.<sup>3691</sup>

**1239.** Er moet ook werk gemaakt worden van een sterk rotatieschema waardoor niet elke directeur of bestuurder op hetzelfde moment (bv. bij het wijzigen van regering) vervangen kan worden.

**1240.** Politieke benoemingen door de regering maken (flagrante) schendingen uit van de onafhankelijkheidsvereisten uit het derde pakket liberaliseringsrichtlijnen en moeten dringend door een strengere procedure aangepakt worden. Een meer onafhankelijke benoemingsprocedure wordt eveneens gewaarborgd door de inspraak van het parlement te vergroten (*supra* nr. 556).<sup>3692</sup> Cruciaal daarbij is dat een parlementaire commissie een hoorzitting met de kandidaten organiseert (zoals in de VS, *supra* nr. 557 e.v.). De rol van het parlement bestaat erin om kritisch te zijn en om, via een transparant debat, ervoor te zorgen dat de personen die voorgedragen worden wel degelijk over de juiste individuele competenties beschikken. Het debat in het parlement moet er dan ook voor zorgen dat de eventuele *package deals* van de regering blootgelegd kunnen worden en de prioriteit terug verlegd wordt naar het inhoudelijke. Dat de regering de leden van de raad van bestuur of het

---

<sup>3689</sup> F. NAERT, "De CREG vervelt van waakhond naar schoothond", [http://users.ugent.be/~fnaert/Site/Site\\_Frank\\_Naert/Artikelen/2013/1/10\\_De\\_CREG\\_vervelt\\_van\\_waakhond\\_naar\\_schoothond.xml](http://users.ugent.be/~fnaert/Site/Site_Frank_Naert/Artikelen/2013/1/10_De_CREG_vervelt_van_waakhond_naar_schoothond.xml), laatst geconsulteerd op 15 februari 2016.

<sup>3690</sup> Zoals bijvoorbeeld bij meneer Buysse.

<sup>3691</sup> Zie ook de opmerkingen van het Rekenhof hieromtrent: Rekenhof, "Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 35, 36 en 37.

<sup>3692</sup> Rekenhof, "Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 36.

Directiecomité aanstelt zonder parlementaire inbreng, strookt immers niet meer met de geest van het derde energiepakket.

**1241.** Daarenboven dient te worden opgemerkt dat men bij de CREG en CWaPE beter met een raad van bestuur zou werken. De raad van bestuur fungeert dan als een soort (politieke) buffer, waardoor de directeurs zich op een meer efficiënte en effectievere wijze kunnen richten op hun daadwerkelijke kerntaak (voor onbepaalde duur, hetgeen hun onafhankelijkheid vergroot). Uit de bundeling van uitvoerende en beheerstaken in het Directiecomité volgt immers een (te) grote machtsconcentratie. Het Rekenhof formuleert dit ook in een aanbeveling aan de wetgever: de wetgever dient binnen de krijtlijnen van de Europese regelgeving, een structuur in te voeren waar een *bestuursorgaan* (cf. raad van bestuur) toezicht houdt op een uitvoerende directie.<sup>3693</sup> Essentieel daarbij is evenwel – net doordat de raad van bestuur een soort van politieke buffer is – de kerntaken inzake tarieven en technisch reglement beter niet bij de raad van bestuur liggen, maar wel bij de directeurs (zie verder inzake operationele onafhankelijkheid).

**1242.** Regels met betrekking tot tucht en ontslagbescherming vallen eveneens onder de personele onafhankelijkheid. Ontslagbescherming zorgt er immers voor dat bestuurders en directeurs tijdens hun loopbaan minder druk zullen ervaren en hun taken op een onafhankelijke wijze zullen kunnen uitoefenen zonder vrees voor ontslag zonder gegronde reden. Inzake deze ontslagmogelijkheden moet ten eerste worden vastgesteld dat indien de regering beslist over de benoemingen van de bestuurders of directeurs (mét tussenkomst en toezicht door het parlement via een parlementaire hoorzitting en goedkeuring), de regering ook moet kunnen ontslaan. Wanneer de benoeming enkel via het parlement verloopt (cf. VREG in de toekomst) dan ligt de bevoegdheid uitsluitend bij het parlement. In beide gevallen dient echter een bijkomende, toezichthoudende waarborg te worden ingesteld waardoor de mogelijkheid tot een politiek ontslag zoveel mogelijk wordt uitgesloten. De tussenkomst van een onpartijdige en onafhankelijke Tuchtraad samengesteld door magistraten, benoemd door het parlement, biedt deze waarborg. De Tuchtraad brengt namelijk, na een hoorzitting, een bindend advies uit voor de minister/regering of het parlement. Daarbij kan een lid slechts ontslagen worden, en zijn ontslagvergoeding slechts ongedaan gemaakt worden, als de Tuchtraad met een dergelijke beslissing heeft ingestemd. De minister/regering of het parlement kan dus niet strenger zijn dan de Tuchtraad. De regering of het parlement zou de betrokkene met andere woorden niet uit zijn mandaat kunnen ontzetten of hem zijn ontslagvergoeding kunnen afnemen indien de Tuchtraad daarmee niet heeft ingestemd (*supra* nr. 597). De Tuchtraad zou logischerwijze ook inzake tucht

---

<sup>3693</sup> Rekenhof, "Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)", Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 67.

beslissingen nemen. Het geniet dus de voorkeur om bij de CREG de Tuchtraad operationeel te maken,<sup>3694</sup> en bij de drie overige regulatoren (VREG, CWaPE en Brugel) een gelijkaardige onafhankelijke Tuchtraad in te stellen. Stelt men dergelijke Tuchtraad in dan dienen de ontslagmogelijkheden minder stringent te worden geformuleerd aangezien de aanwezigheid van onafhankelijke magistraten een voldoende waarborg zouden moeten bieden tegen een louter politiek ontslag. Indien niet geopteerd wordt om een onafhankelijke Tuchtraad in te stellen dan moeten de ontslagmogelijkheden beperkt worden tot (1) mogelijke schendingen van de onafhankelijkheidsvereisten, (2) ernstig wangedrag zoals fraude, omkoping,... en (3) ernstige schendingen van specifiek opgesomde wettelijke of reglementaire bepalingen. Immers, hoe moeilijker het is om de leden van het Directiecomité te ontslaan, hoe onafhankelijker de energieregulator kan opereren.<sup>3695</sup> En uiteraard hoe kleiner de kans op een louter politiek ontslag. Voor alle regulatoren, zowel de Belgische als de Nederlandse, geldt dus dat er werk moet worden gemaakt van een duidelijke(re) wettelijke ingeschreven procedure bij de tucht- en ontslagregeling. Een strikte procedure die wettelijk vastligt en gevolgd moet worden, waarbij de bevoegdheden van de minister (en de mogelijke Tuchtraad) duidelijk afgelijnd zijn, biedt de beste garanties tegen een louter politiek ontslag.

**1243.** Wat de **operationele onafhankelijkheid** betreft (*supra* nr. 599 e.v.), is uit dit onderzoek gebleken dat de regulatoren in hun werking vandaag nog weinig gestuurd worden. Zo is de beheersovereenkomst bij de VREG verdwenen. De deelname van twee regeringscommissarissen aan de vergaderingen van de raad van bestuur van Brugel als waarnemer en met consultatieve stem in het Directiecomité bij de CWaPE vormt evenwel nog een inbreuk op de Europese onafhankelijkheidsvereisten. Een regeringscommissaris oefent immers klassiek het administratief toezicht uit bij dienstgewijze gedecentraliseerde besturen. Er werd in dit onderzoek meermaals verwezen naar het arrest nr. 130/2010 van het Grondwettelijk Hof waaruit duidelijk blijkt dat energieregulatoren administratieve overheden zijn die beschikken over een ruime autonomie, die niet verenigbaar is met een hiërarchisch of administratief toezicht.<sup>3696</sup> Ook de Raad van State en het Rekenhof sluiten zich hierbij aan (*supra* nr. 618). De functie van de regeringscommissarissen bij de energieregulatoren moet dan ook in zijn geheel worden opgeheven.

---

<sup>3694</sup> In het Belgisch Staatsblad werd (eindelijk) een oproep tot kandidatenstelling voor de Tuchtraad gedaan, zie Commissie Voor De Regulering Van De Elektriciteit En Het Gas (CREG) [C – 2016/18306] Oproep tot kandidaten voor de mandaten van lid van de Tuchtraad CREG, *BS* 20 september 2016, 63.787: "Kandidaturen De kandidaturen, met cv, dienen binnen de dertig dagen na bekendmaking van dit bericht te worden ingediend bij ter post aangetekende brief gericht aan de Voorzitter van de Kamer van volksvertegenwoordigers, Paleis der Natie, 1008 Brussel. Bij de kandidaturen dienen de stukken te worden gevoegd waaruit de hoedanigheid van magistraat blijkt. De kandidaten dienen te preciseren of zij zich kandidaat stellen voor een mandaat van effectief en/of plaatsvervangend lid. Zij dienen tevens te preciseren of zij zich kandidaat stellen voor een mandaat van voorzitter. De kandidaten voor het mandaat van voorzitter dienen het bewijs te leveren dat zij over de kennis van de andere landstaal beschikken. Meer inlichtingen kunnen worden verkregen bij het Secretariaatgeneraal van de Kamer van volksvertegenwoordigers, tel.: 02-549 84 21, e-mail: secretariaat.generaal@dekamer.be".

<sup>3695</sup> B. DEFLOOR en F. NAERT, "How Independent are Belgian Regulators?", *CRNI* 2009, nr. 4, (355) 360.

<sup>3696</sup> GwH 18 november 2010, nr. 130/2010, overweging B.4.

**1244.** Inzake de besluitvorming moet worden vastgesteld dat de energieregulators ter zake een aanzienlijke autonomie genieten. Wat de tariefbevoegdheid betreft, is het duidelijk dat het gaat om een exclusieve bevoegdheid van de regulator. Het wordt evenwel aanbevolen dat de energieregulator over de bevoegdheid moet beschikken om te allen tijde wijzigingen inzake de tarieven vast te stellen, en desgevallend ook voorlopige regelingen moet kunnen treffen.<sup>3697</sup> De Belgische Staat werd hierover zelfs in gebreke gesteld door de Europese Commissie.<sup>3698</sup>

**1245.** Wat de richtsnoeren betreft, sluit artikel 35(4)(b)(ii) van de richtlijn 2009/72/EG de toepassing van algemene beleidsrichtsnoeren gegeven door de overheid niet uit, echter enkel voor zover die richtsnoeren geen verband houden met de in artikel 37 genoemde reguleringstaken.<sup>3699</sup> Wanneer deze bepaling zeer strikt wordt gelezen dan zou dit betekenen dat met betrekking tot de tariefbevoegdheid geen enkel richtsnoer mag worden opgesteld (dit werd ook door de CREG zelf aangevoerd, *supra* nr. 648). De Interpretatieve Nota preciseert echter dat: "The Electricity and Gas Directives do not deprive the government of the possibility of establishing and issuing its national energy policy. This means that, depending on the national constitution, it could be the government's competency to determine the policy framework within which the NRA must operate, e.g. concerning security of supply, renewables or energy efficiency targets. However, general energy policy guidelines issued by the government must not encroach on the NRA's independence and autonomy. [...]".<sup>3700</sup> In de Interpretatieve Nota geeft de Europese Commissie volgend voorbeeld van een verboden directe instructie: "although a Member State could e.g. issue a general policy guideline with regard to attracting investments in renewables, the Commission's services would consider a rule setting the profit margin in the cost-plus tariff as a prohibited direct instruction to the NRA".<sup>3701</sup> Samengevat lijkt uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof te kunnen worden afgeleid dat het Hof aanvaardt (op basis van de Interpretatieve Nota)<sup>3702</sup> dat de overheid, op tariefvlak, beschikt over een beperkte mogelijkheid om op te treden door middel van algemene beleidsrichtsnoeren, wanneer die enkel betrekking hebben op energiebeleidsdoelstellingen en haar belangen zoals de betaalbaarheid, de betrouwbaarheid, de duurzaamheid van de energiemarkt. De nationale overheid mag daarbij evenwel niet raken aan reguleringsbeslissingen en de concrete tariefbevoegdheid, waardoor aangenomen moet worden dat de richtsnoeren geen concrete voorschriften mogen zijn, algemeen moeten zijn en

---

<sup>3697</sup> Adv.RvS. nr. 49 570/3 van 31 mei 2011 bij het wetsonderwerp tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, 1725/001, 285.

<sup>3698</sup> Europese Commissie, 2014/2189 C(2014) 7337 final, onuitgegeven.

<sup>3699</sup> In gelijke bewoordingen artikel 39(4)(b)(ii) van de richtlijn 2009/73/EG.

<sup>3700</sup> Interpretatieve Nota, 7.

<sup>3701</sup> Interpretatieve Nota, 14.

<sup>3702</sup> Men zou kunnen zeggen *contra legem*, aangezien de bewoordingen uit de richtlijn duidelijk lijken, hoewel dit in de praktijk blijkbaar toch niet het geval is.

betrekking moeten hebben op het beleid en niet van technische aard mogen zijn. De overheid mag wel nog steeds een nationaal energiebeleid voeren en mag regels uitvaardigen inzake de bevoorradingszekerheid, hernieuwbare energie en energie-efficiëntie. Dit algemeen energiebeleid kan (onrechtstreeks) een invloed hebben op de tarieven of de tariefbevoegdheid van de regulator. Essentieel is echter dat het gaat om algemene richtsnoeren (waarbij het dus ook kan gaan om algemene richtsnoeren die verband houden met de tarieven). Richtsnoeren mogen echter geen concrete voorschriften omvatten. Wanneer de beleidsregels of richtsnoeren dermate specifiek en technisch geformuleerd zijn, zijn deze dus niet in overeenstemming met de onafhankelijkheid van de energieregulators (*supra* nr. 450). Ze mogen geen betrekking hebben op specifieke elementen van de tariefmethodologie en ze mogen enkel en alleen op een onrechtstreekse wijze de beslissingen van de regulator beleidsmatig vermogen te sturen. Terughoudendheid is bijgevolg bijzonder noodzakelijk.<sup>3703</sup> Richtsnoeren zoals: "de eventuele criteria voor de verwerping van bepaalde kosten zijn niet-discriminerend en transparant; de tarieven zijn niet-discriminerend en proportioneel. Zij respecteren een transparante toewijzing van de kosten; en de structuur van de tarieven bevordert het rationeel gebruik van energie en infrastructuur" zijn toegelaten. Andere richtsnoeren zoals deze uit artikel 12, § 5, 8<sup>o</sup><sup>3704</sup> worden o.a. door de Europese Commissie bekritiseerd wegens het beperken van de autonomie van de regulator.<sup>3705</sup> Algemene richtsnoeren kunnen gezien worden als een indirecte instructie ("moet vertaald worden door de regulator"). Dit zorgt ervoor dat er bij de energieregulators ook geen sprake is van een volledige onafhankelijkheid, in tegenstelling tot bij de gegevensbeschermingsautoriteiten, waarbij elke mogelijke instructie (direct of indirect) uitgesloten is.

**1246.** Tot slot nog twee laatste aanbevelingen met betrekking tot de operationele onafhankelijkheid. Ten eerste stelt artikel 13 van het Waals Elektriciteitsdecreet dat de CWaPE een technisch reglement opstelt, dat wordt goedgekeurd door de regering (*supra* nr. 668). Deze goedkeuring maakt een vorm van administratief toezicht uit en moet dan ook geschrappt worden. Ten tweede wordt bij de VREG, door het voorstel van decreet van 6 juni 2016, de lijst met niet-delegeerbare taken uitgebreid. De raad van bestuur beschikt in dit geval over de volheid van bevoegdheid. Het voorstel stelt dat de "strategisch

<sup>3703</sup> T. VANDEN BORRE, "De omzetting van de bepalingen inzake de onafhankelijke regulator - Op weg naar Luxemburg?" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX, *Jaarboek Energierecht 2010*, Antwerpen, Intersentia, (79) 125; A. OTTOW, "Onafhankelijkheid van toezichhouders" (noot onder HvJ 9 maart 2010, nr. C-518/07), *Tijdschrift voor Toezicht 2010*, afl. 3, (78) 86: "Ministers dienen met hun betrokkenheid bij onafhankelijke toezichhouders in elk geval op hun hoede te zijn".

<sup>3704</sup> 8<sup>o</sup> de verschillende tarieven zijn uniform op het grondgebied dat door het net van de netbeheerder bediend wordt.

<sup>3705</sup> Europese Commissie, 2014/2189 C(2014) 7337 final, onuitgegeven, zoals vermeld in D. VERHOEVEN, "Recente ontwikkelingen in het federale energierecht: *Europe strikes back*" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2014*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 61. Op 25 februari 2016 werd er een "Reasoned opinion" aangenomen inzake "Incorrect transposition of Directives 2009/72/EC and 2009/73/EC in the Belgian legal order", zie [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-16-319\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-319_en.htm): "Belgium did not correctly transpose some of the rules on ownership unbundling, making it nearly impossible for other undertakings than the national gas and electricity incumbent system operators to develop and manage interconnectors to other EU Member States. Belgium also did not correctly transpose certain rules on the powers of the national regulator and consumer provisions".

belangrijke beslissingen als het opstellen van de tariefmethodologie, de tariefstructuur en het technisch reglement” worden toegevoegd aan de lijst van niet-delegeerbare bevoegdheden van de raad van bestuur.<sup>3706</sup> Deze lijst van niet-delegeerbare bevoegdheden zou volgens het voorstel niet verhinderen dat de algemeen directeur en zijn directieteam een voorbereidende rol kunnen spelen in de opmaak van deze strategisch belangrijke beslissingen. De eindbeslissing ligt evenwel “in ieder geval” bij de raad van bestuur. De uitbreiding van deze lijst met de strategisch belangrijke beslissingen is geen positieve evolutie gelet op het feit dat het parlement via deze uitbreiding een politieke invloed zou kunnen trachten uit te oefenen op de tariefbevoegdheid van de regulator, zeker indien de benoemingen van de raad via de fracties zouden plaatsvinden (zie hierover *supra* nr. 899).<sup>3707</sup> Ook in de media en tijdens de parlementaire debatten kwam dit recent aan bod.<sup>3708</sup> Het moet dan ook sterk worden aanbevolen dat de lijst met niet-delegeerbare taken niet wordt uitgebreid, waardoor de tariefbevoegdheid en de bevoegdheid inzake het technisch reglement bij het directieteam blijft. De bevoegdheden van de raad van bestuur moeten zich voornamelijk situeren op het beheersniveau, waarbij de raad bijvoorbeeld instaat voor het opstellen van het ontwerp van begroting en van de rekeningen, het vaststellen van het jaarlijks ondernemingsplan, evenals een operationeel plan op middellange en lange termijn en de interne audit. Het directieteam staat dan weer in voor de uitvoerende taken, zoals het opstellen van de methodologie en het technisch reglement. Zoals reeds werd gesteld kan de benoeming van de raad van bestuur niet op voordracht van de fracties gebeuren.<sup>3709</sup> De raad van bestuur moet net fungeren als een politieke

---

<sup>3706</sup> Art. 3.1.8. De raad van bestuur beschikt over de volheid van bestuursbevoegdheid en beslist in alle aangelegenheden waarvoor de VREG krachtens dit decreet bevoegd is. Tot de bevoegdheden van de raad van bestuur, waarvoor geen delegatie mogelijk is, behoren, naast de bevoegdheden in andere decreten, in elk geval: 1° het goedkeuren van het ontwerp van begroting en van de rekeningen; 2° het vaststellen en goedkeuren van een jaarrapport over de uitvoering van het ondernemingsplan; 3° het beslissen over de deelname van de VREG aan de oprichting van of de deelname in andere publiek- of privaatrechtelijke rechtspersonen, het bestuur of de leiding en de financiering van die rechtspersonen; 4° het sluiten van samenwerkingsovereenkomsten en het tot stand brengen van duurzame samenwerkingsverbanden met andere regulatoren en instanties die werkzaam zijn binnen de Vlaamse, Waalse, Brussels Hoofdstedelijke, Belgische en Europese elektriciteits- en aardgasmarkt; 5° het vaststellen en bepalen van de tariefmethodologie overeenkomstig de bepaling zoals opgenomen in afdeling XII van het Energiedecreet; 6° het vaststellen en bepalen van de tariefstructuur; 7° het goedkeuren van de technische reglementen.

<sup>3707</sup> Voorstel van decreet van het Vlaamse Gewest houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de oprichting en de organisatie van de regulator betreft, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16 nr. 812/1, 5.

<sup>3708</sup> X, “En toen zei De Wever: ‘Hier stopt het’”, *De Standaard*, 1 oktober 2016: “Niet onbelangrijk is dat de Vlaamse regering volop bezig is met een hervorming van de Vreg, die een inkrimping van de directie en een verschuiving van de beslissingsmacht inhoudt. De raad van bestuur krijgt meer macht, en wordt politiek ingevuld”; Woordelijk Verslag Plenaire Vergadering van 16 november 2016, *Parl.St.* VI.Parl. 2016-2017, plenaire vergadering nr. 9, 52: “U zegt dat u de concentratie van de macht hebt opengebroken, ik denk dat u ze juist hebt gesloten. De samenstelling van de raad van bestuur gebeurt door de politieke fracties. U kunt de zaken draaien en keren zoveel u wilt, dat zijn politieke aanstellingen. Er zijn onverenigbaarheden, dat is allemaal verklaard en daar is ook geen discussie over, maar uiteindelijk zijn het wel de politieke fracties die een vertegenwoordiger aanduiden in die raad van bestuur. Daarnaast verhoogt u het aantal nog eens van vier naar zeven. Onder die zeven mensen kan de VREG werken, en hangt het af van de interpretatie van die werking hoe breed deze bepaalde debatten wil voeren”; Verslag van 10 november 2016 namens de Commissie voor Leefmilieu, Natuur, Ruimtelijke Ordening, Energie en Dierenwelzijn uitgebracht door Johan Danen over het voorstel van decreet van Willem-Frederik Schiltz, Andries Gryffroy, Robrecht Bothuyne, Jos Lantmeeters, Valerie Taeldeman en Wilfried Vandaele houdende wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat de oprichting en de organisatie van de regulator betreft, *Parl.St.* VI.Parl. 2016-2017, nr. 812/7, 6: “Hij (*cf. Johan Danen*) begrijpt dat er geen zaligmakend systeem is, ook de CREG-werking is niet ideaal, maar hij pleit voor meer vertrouwen in de directeurs van de VREG. Kortom, hij maakt zich grote zorgen over de voorgestelde werkwijze en ziet geen garanties op een onafhankelijke werking”.

<sup>3709</sup> Zie ook de berichtgeving in de media: X, “Vlaams Parlement trekt energiewaakhond naar zich toe”, *De Morgen*, 28 mei 2016: “De verdeling van de zitjes gebeurt op basis van het systeem D'Hondt, waarbij de fracties hun kandidaten voorstellen, waarna de bestuurders de voorzitter kiezen”. En “N-VA verdenkt energiewaakhond VREG van



buffer, waardoor juist het directiecomité beschermd wordt en in alle onafhankelijkheid (voor onbepaalde duur) en zonder politieke druk, de kerntaken – zoals het uitwerken van de methodologie – kan uitoefenen. De raad van bestuur mag geen verlengstuk worden van de politiek. Een benoeming door de fracties zorgt er net voor dat elke partij zijn “eigen kandidaat” voordraagt waardoor er *de facto* sprake is van een politieke benoeming, hetgeen duidelijk in strijd is met de Europese onafhankelijkheidsvereisten. De procedure moet dan ook dringend aangepast worden. Zo geniet het de voorkeur om gebruik te maken van onafhankelijke selectiebureaus, waarbij het screeningsproces gebaseerd is op objectieve criteria. Nadien worden de beste kandidaten bij voorkeur onderworpen aan een hoorzitting in de parlementaire commissie. Deze procedure verschilt echter duidelijk van een voordracht via de fracties.

**1247.** Inzake de **financiële onafhankelijkheid** moet eerst en vooral worden vastgesteld dat het financiële kader een heel belangrijke rol speelt bij het handhaven van de onafhankelijkheid van de energieregulatoren. De omvang van het budget en de mate waarin men als regulator de vrijheid heeft om zijn eigen budget in te vullen, vormen – indien uiteraard toereikend – onafhankelijkheidswaarborgen. Het is in dit opzicht vreemd dat de Europese richtlijnen een dotatie via het budget van de regering nog steeds toelaten, aangezien dit budget toch in een zekere mate gebruikt kan worden om de regulator te sturen. Het geniet de voorkeur om te werken met een systeem zoals bij de FERC, waarbij de energieregulator volledig wordt gefinancierd via een heffing ten laste van de marktpartijen, waarbij de energieregulator zelf instaat voor de inning en het beheer van zijn eigen werkingsmiddelen (*supra* nr. 726). Deze vergoedingen en heffingen worden elk jaar door de energieregulator berekend om exact het bedrag te representeren dat de regulator dat jaar als budget zal nodig hebben.<sup>3710</sup> Dit voorstel van begroting, opgesteld door de energieregulator, moet jaarlijks door het parlement worden goedgekeurd en moet gebudgetteerd worden op een afzonderlijk begrotingsprogramma. In de parlementaire commissie kan een debat op het budget worden georganiseerd. Deze aanbeveling zou ervoor zorgen dat de energieregulator een totale impact heeft van “nul” op het algemene budget van de overheid. Bovendien beschikt de energieregulator zo over maximale begrotingsautonomie, terwijl het parlement toch het toezicht behoudt (in lijn met de Europese richtlijnen).

**1248.** Een te terughoudende opstelling van de regering om de energieregulator een voldoende ruim budget toe te kennen moet kritisch en streng geëvalueerd worden. Het budget vormt immers de ruggengraat van de regulator (en van de

---

machtsspelletje”, Het Laatste Nieuws, 1 oktober 2016: “Maar volgens N-VA voelt de VREG de noodzaak om op haar autonomie te staan. Binnen de Vlaamse regering zijn er immers plannen om de macht van het directiecomité van de VREG serieus in te perken. De energiewaakhond zou meer door de raad van bestuur worden aangestuurd, waar zowel N-VA, CD&V, Open Vld als sp.a een mannetje zou hebben. De VREG zou ook onder het toezicht van het Vlaams Parlement komen.”

<sup>3710</sup> 42 U.S. § 7178.

democratie): is er onvoldoende budget dan kan de regulator zijn taak eveneens onvoldoende uitvoeren. Het belang van voldoende financiële onafhankelijkheid gaat evenwel niet zo ver dat de energieregulator steeds moet ontsnappen aan algemene overheidsbesparingen. Zo blijkt uit de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie (*supra* nrs. 702-704) dat de telecomrichtlijnen "niet principieel uitsluiten dat een NRI wordt onderworpen aan nationale bepalingen op het gebied van de overheidsfinanciën en, inzonderheid, aan bepalingen voor de beheersing en de rationalisering van de uitgaven van overheidsdiensten".<sup>3711</sup> Dergelijke inperkingsmaatregelen kunnen enkel beschouwd worden als een aantasting van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de NRI's indien kan worden geconstateerd dat zij de betrokken NRI's beletten de taken op bevredigende wijze uit te oefenen.

**1249.** Afrondend kan geconcludeerd worden dat de energieregulatoren in België in hoofdzaak voldoen aan de meeste Europese vereisten inzake onafhankelijkheid. Toch zijn nog (talrijke) punten voor verbetering vatbaar. Uit praktijkvoorbeelden blijkt dat de banden tussen de minister en de energieregulator nog steeds onvoldoende zijn doorgeknipt. Politieke inmenging is niet geheel uitgesloten. Het is dan ook aan de regeringen en wetgevers om ervoor te zorgen dat deze aanbevelingen worden doorgevoerd, zeker in het licht van de Europese ingebrekestelling van 16 oktober 2014.

## **G. POLITIEKE VERANTWOORDINGSPLICHT**

**1250.** Het spanningsveld tussen het EU-recht en de Belgische nationale rechtsorde wordt in essentie gevormd door het spanningsveld tussen de onafhankelijkheid van de energieregulator enerzijds en de verantwoordingsplicht anderzijds. Om beide rechtsordes met elkaar te verzoenen is het belangrijk om na te gaan in welke mate men de verantwoording kan organiseren zodat deze te verzoenen valt met de noodzakelijke onafhankelijkheid van de energieregulator. Dit is niet eenvoudig aangezien de politieke onafhankelijkheid ook wordt gebruikt om te argumenteren dat er net een gebrek is aan legitimiteit.

**1251.** Het zal dan ook niet verbazen dat het leerstuk inzake de politieke accountability of verantwoordingsplicht van de energieregulatoren gecompliceerd en gecontesteerd is. Dit voorlaatste hoofdstuk toont aan dat rollen veranderen, lijnen vervagen en traditionele figuren onder druk komen te staan. Energieregulatoren zijn entiteiten die ontstaan zijn vanuit een Europese impuls tot liberalisering van de markt. Hun oprichting en bestaan werd ons "vanuit Europa opgelegd" en hun moeilijke inbedding in ons nationaal rechtssysteem zorgt ervoor dat deze "nationale rechtsorde moest zwichten onder Europese druk", waarop de "Europese rechtsorde eigenlijk meer rekening zou moeten houden met de nationale grondwettelijk waarden en figuren". Dit

---

<sup>3711</sup> HvJ 28 juli 2016, nr. C-240/15, ECLI:EU:C:2016:608, overw. 36.

zijn vaak de kritieken die aan dit leerstuk ten gronde liggen. In een breder kader lijken deze bezwaren deel uit te maken van een ruimere commentaar inzake het democratisch deficit van de EU zelf.<sup>3712</sup> Deze kritiek inzake de energieregulatoren heeft evenwel de neiging zich teveel te richten op het verleden. Energieregulatoren zijn in het verleden inderdaad opgericht door een Europese impuls. De energieregulatoren vandaag zijn echter essentiële actoren ter regulering van een nationaal marktmonopolie. Politiek onafhankelijke regulatoren zijn noodzakelijk aangezien de overheid een deelname heeft in dit marktmonopolie. Deze marktwaakhonden oefenen reeds meer dan vijftien jaar hun bevoegdheden uit op nationaal niveau. Ze zijn onuitwisbare instellingen die binnen ons nationaal rechtssysteem een juridisch correcte en goed fungerende plaats moeten innemen. Dat de energieregulatoren eerder moeilijk in te bedden zijn in ons nationaal rechtssysteem is correct. Maar moeilijk gaat ook. De gemakkelijkste conclusie ("vroeger was het beter") is immers niet de conclusie die een geliberaliseerde markt vereist.

**1252.** Een van de twistpunten inzake de politieke verantwoording is de noodzaak om al dan niet vast te houden aan het administratief toezicht. Is opportunitiestoezicht op de individuele beslissingen van de energieregulatoren nog gewenst? Het Grondwettelijk Hof stelt dat artikel 37 van de Grondwet er niet aan in de weg staat dat de wetgever specifieke uitvoerende bevoegdheden in een welbepaalde technische aangelegenheid toevertrouwt aan een autonome administratieve overheid, die voor het overige onderworpen blijft aan zowel de rechterlijke toetsing als de parlementaire controle.<sup>3713</sup> Een hiërarchisch of een administratief toezicht op een administratieve overheid belast met specifieke uitvoerende bevoegdheden in een welbepaalde technische aangelegenheid is dus niet vereist door de Grondwet, waardoor geconcludeerd moet worden dat de Grondwet niet in de weg staat aan het schrappen van het toezicht.<sup>3714</sup> Voor zover er dus rechterlijke toetsing én parlementair toezicht aanwezig is, wordt een individuele opportunitiestoetsing dus niet vereist door de Grondwet.

**1253.** Verantwoordingsplicht is een begrip waarbij echter steeds bepaalde spanningen aanwezig zullen zijn. Een van die spanningen heeft betrekking op de vraag "wanneer 'voldoende controle' ook daadwerkelijk voldoende is?". Er kunnen immers zowel problemen rijzen wanneer de verantwoording gebeurt via

---

<sup>3712</sup> Waar hier overigens niet verder wordt op ingegaan.

<sup>3713</sup> Overw. B.5. Dergelijke overwegingen werden nog uitdrukkelijk herhaald in de arresten GwH 21 november 2013, nr. 158/2013 (overweging B.14.4), GwH 10 juli 2014, nr. 104/2014, GwH 20 februari 2014, nr. 30/2014 (overweging B.7.3): "Daarenboven staan de artikelen 170, § 2, en 172, tweede lid, van de Grondwet evenmin eraan in de weg dat de decreetgever in een welbepaalde technische aangelegenheid specifieke uitvoerende bevoegdheden toevertrouwt aan een autonome administratieve overheid, die voor het overige onderworpen blijft aan zowel de rechterlijke toetsing als de parlementaire controle"

<sup>3714</sup> Adv.RvS nr. bij wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake elektronische communicatie, *Parl.St.* Kamer 2011-2012, nr. 2143/1, 185. Het toezicht dat was ingevoerd bij artikel 15 van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector: art. 15. § 1. "De Ministerraad kan, op voorstel van de Minister, bij een met redenen omkleed besluit de uitvoering schorsen van sommige beslissingen" (*BS* 24 januari 2003). Dit artikel is ook opgegeven door de wet van 16 maart 2015 tot wijziging van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (*BS* 7 april 2015).

“too many hands” als via “no hands”. Bij het toezicht op de energieregulatoren ontbreekt het administratief toezicht en wordt de ministeriële verantwoordelijkheid uitgehold. Het toezicht op de energieregulatoren – als administratieve overheden – is inderdaad geëvolueerd van een systeem dat gekenmerkt werd door het traditionele administratieve toezicht en de ministeriële verantwoordelijkheid, naar een complex systeem waarbij de verantwoording plaatsvindt op een brede manier. Deze brede verantwoording moet daarbij alle aspecten van de werking van de energieregulator dekken, maar moet ook efficiënt zijn. Dit houdt in dat er geen tot weinig overlappings aanwezig mogen zijn tussen de verschillende controlemechanismen.

**1254.** Wanneer de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof wordt uitgediept dan rijst de vraag op welke manier de rechterlijke toetsing en de parlementaire controle moeten worden ingevuld opdat zij zouden resulteren in een brede en efficiënte verantwoording, die daarenboven de democratische legitimiteit van de regulator versterkt?

**1255.** Verdedigers van het traditionele grondwettelijke systeem houden onherroepelijk vast aan het administratief toezicht en de daaraan verbonden ministeriële verantwoordelijkheid. Er is kritiek dat er onvoldoende (politiek) toezicht is op de regulatoren (“no hands”). De bezwaren die hierbij worden geuit houden voornamelijk verband met de noodzaak aan een opportuniteitscontrole op de individuele beslissingen van de regulator en de mogelijkheid tot het sanctioneren van politiek ongewenste beslissingen. De onafhankelijkheid van de energieregulatoren zou dit administratief toezicht onterecht buitenspel plaatsen. Beide begrippen – de onafhankelijkheid en de verantwoordingsplicht – zouden dan ook onverzoenbaar blijken. De noodzaak aan politieke verantwoordingsplicht bij individuele beslissingen gaat echter uit van een verkeerde premisse inzake de verantwoordingsplicht. Men gaat er namelijk (verkeerdelijk) van uit dat er pas sprake is van verantwoording wanneer er sanctionering plaatsvindt. Verantwoordingsplicht heeft in essentie echter betrekking op het informeren en het debatteren (“to explain and justify its actions”). Sancties zijn geen constitutief element bij het afleggen van verantwoording.<sup>3715</sup> Wanneer het afleggen van verantwoording kan worden bereikt door transparantie en procedurele vereisten (naast rechterlijke en parlementaire controle) dan kunnen de twee concepten (onafhankelijkheid en verantwoordingsplicht) makkelijker met elkaar verzoend worden. Enkel de politieke *sanctionerings*mechanismen vormen immers een inbreuk op de onafhankelijkheid van de regulatoren. Niet het geven van informatie of het houden van een wederzijds debat.

---

<sup>3715</sup> Ze kunnen eventueel wel een gevolg zijn.

**1256.** Aangezien administratief toezicht niet vereist is, rijst de vraag hoe dit zich met de ministeriële verantwoordelijkheid verhoudt? Het Grondwettelijk Hof houdt in het arrest nr. 130/2010 immers vast aan de ministeriële verantwoordelijkheid. De ministeriële verantwoordelijkheid is een juridisch principe dat in 1993 uitdrukkelijk in artikel 101 van de Grondwet werd ingeschreven. Voorheen dienden de artikelen 88 en 106 van de Grondwet als grondslag voor de politieke verantwoordelijkheid. Deze bepalingen waren echter dergelijk vaag geformuleerd waardoor het principe inhoudelijk grotendeels ingevuld werd door het gewoonterecht.<sup>3716</sup> De ministeriële verantwoordelijkheid is ook een politiek principe en een evolutief begrip. Het is een instrument dat garant moet staan voor de democratische doorwerking.<sup>3717</sup> Doordat de minister verantwoording aflegt aan het parlement over het functioneren van zijn of haar ondergeschikten, worden ook deze ondergeschikte besturen, zij het onrechtstreeks, democratisch gelegitimeerd.<sup>3718</sup> Verwijtbaarheid is daarbij geen wezenlijk element van de ministeriële verantwoordelijkheid.<sup>3719</sup> Het is immers nagenoeg onmogelijk om telkens *in concreto* na te gaan of er al dan niet sprake is van enige verwijtbaarheid of schuld.

**1257.** In een advies uit 2002 stelde de Raad van State nog dat in zoverre de prerogatieven van administratieve overheden werden opgedragen aan instellingen die niet rechtstreeks door de uitvoerende macht bestuurd werden, de uitvoerende macht op deze instellingen voldoende controle moest kunnen uitoefenen om voor de wetgevende kamers de politieke verantwoordelijkheid ervoor te kunnen dragen. De Raad van State leidde daaruit af dat er diende te worden voorzien in mechanismen waardoor de politieke verantwoordelijkheid van de uitvoerende macht kon worden gehandhaafd.<sup>3720</sup> In een ander advies uit 2005 stelde de Raad dat "[...] de ontstentenis van toereikende controle door de uitvoerende macht op een openbare instelling met rechtspersoonlijkheid in het licht van de grondwettelijke beginselen, moeilijkheden [kan] doen rijzen, doordat het wezen van het parlementair stelsel erin bestaat dat de gekozenen via de ministeriële verantwoordelijkheid waarin artikel 101 van de Grondwet voorziet, een indirecte controle kunnen uitoefenen op de werking van alle administratieve organen die in de invloedssfeer van de uitvoerende macht zijn geplaatst".<sup>3721</sup> De uitvoerende macht moet dus gecontroleerd worden door de uitvoerende macht en net dit is problematisch bij de regulatoren.

<sup>3716</sup> J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving: vijftig jaar adviezen aan wetgevende vergaderingen, in het licht van de rechtspraak van het Arbitragehof*, Antwerpen, Maklu, 1999, 336.

<sup>3717</sup> Y. SACREAS, "De politieke ministeriële verantwoordelijkheid", *TBP* 2001, (620) 629.

<sup>3718</sup> Y. SACREAS, "De politieke ministeriële verantwoordelijkheid", *TBP* 2001, (620) 629.

<sup>3719</sup> K. RIMANQUE, "Ministeriële verantwoordelijkheid en parlementair onderzoek" in Interuniversitair Centrum voor Staatsrecht (ed.), *De ministeriële verantwoordelijkheid*, Antwerpen, Kluwer, 1991, (43) 50.

<sup>3720</sup> Adv. RvS nr. 33.255/4 van 5 juni 2002 wetsontwerp met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector, *Parl. St.* Kamer 2001-2002, nr. 1937/001, 60.

<sup>3721</sup> Adv. Rvs nr. 38.782/2 van 11 augustus 2005 over een voorontwerp van wet betreffende de analyse van de dreiging, *Parl. St.* Kamer 2005-2006, nr. 2032/1, 58: "Teneinde te waarborgen dat de grondwettelijke beginselen waaraan hiervoor herinnerd is, nageleefd worden, en gelet op het feit dat de leiding van CODA en het dagelijks beheer ervan niet rechtstreeks aan een minister worden toevertrouwd maar aan een directeur en een adjunct-directeur, die geen verantwoording verschuldigd zijn aan het Parlement, dienen in het voorontwerp zelf de essentiële gegevens te worden aangegeven van de controle die door de Minister van Justitie en de Minister van Binnenlandse Zaken op CODA zal

**1258.** De toerekening aan de minister is echter niet volledig onbegrensd. De grondslag van de ministeriële verantwoordelijkheid houdt immers verband met het adagium "geen verantwoordelijkheid zonder bevoegdheid". Dit houdt in dat er enkel sprake is van een toerekening aan de minister indien de minister ook daadwerkelijk de bevoegdheid had om het handelen van de ambtenaar of de dienst te beïnvloeden. De minister is dus ook verantwoordelijk voor wat hij had kunnen doen. Dit houdt in dat dergelijke controle slechts mogelijk is indien de minister juridisch bevoegd is om het optreden, van bijvoorbeeld de energieregulator, te beïnvloeden.<sup>3722</sup> Beschikt de minister immers niet over dergelijke bevoegdheden dan heeft het geen zin om de minister ter verantwoording te roepen, aangezien de minister ook een herhaling naar de toekomst toe niet zou kunnen vermijden.<sup>3723</sup>

**1259.** In België beschikt de minister (of de regering) over zeer beperkte controlemechanismen. Hoofdzakelijk hebben deze (momenteel) nog betrekking op de benoeming en het ontslag van de directeurs of bestuurders van de regulatoren en op de (overige betwistbare) richtsnoeren inzake de tarieven. Bij de Waalse en Brusselse regulatoren zijn nog regeringscommissarissen aanwezig.

**1260.** Er kan geen verantwoordelijkheid bestaan zonder bevoegdheid. De minister kan slechts verantwoordelijk zijn indien hij *in abstracto* en *de iure* in de mogelijkheid was om het gedrag van de actor te beïnvloeden. De beïnvloedingsmogelijkheden van de minister vormen immers mogelijkheidsvoorwaarden voor de controle van het parlement op de minister inzake de werking van de regulatoren. Aangezien de minister in België *de jure* slechts over zeer beperkte toezichts- en beïnvloedingsmogelijkheden beschikt wordt het instrument van de ministeriële verantwoordelijkheid – in het licht van het adagium "geen verantwoordelijkheid, zonder bevoegdheid" – een praktisch onhaalbaar of onuitvoerbaar instrument. Op die manier kan de minister moeilijk ter verantwoording worden geroepen.

**1261.** In de VS poogt de President (net als bij ons de minister) om meer greep te krijgen op de IRA's. Het unitaire systeem zorgt ervoor dat de President de mogelijkheid krijgt om achter de schermen de uitoefening van de bevoegdheid door de agencies te beïnvloeden ver weg van het publieke oog,<sup>3724</sup> waardoor het

---

worden uitgeoefend. Zo niet, dat wil zeggen wanneer aan de Koning de zorg wordt overgelaten om de reikwijdte van die controle te bepalen, zou het voorontwerp de mogelijkheid openlaten dat belangrijke aspecten van de wijze waarop CODA de gekregen taak zal uitvoeren, onttrokken zouden worden aan een toereikende vorm van ministeriële controle, hetgeen, als uitvloeisel hiervan, onvermijdelijk gevolgen zou hebben voor de rechtstreekse controle die de Kamer van volksvertegenwoordigers uitoefent in een dermate gevoelig domein van het ministeriële optreden. Het voorontwerp dient in het licht van deze opmerking te worden aangevuld".

<sup>3722</sup> Y. SACREAS, "De politieke ministeriële verantwoordelijkheid", *TBP* 2001, (624) 630.

<sup>3723</sup> Y. SACREAS, "De politieke ministeriële verantwoordelijkheid", *TBP* 2001, (624) 630; zie ook A. HERINGA en L. VERHEY, "Independent Agencies and Political Control" in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), *Agencies in European and Comparative Law*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (155) 162.

<sup>3724</sup> H. KITROSSER, "The Accountable Executive", *Minnesota Law Review* 2009, (1741) 1760: "Indeed, one can reasonably conclude that unitary presidential control undermines accountability by compromising transparency and

principe van accountability net wordt beknot.<sup>3725</sup> Wanneer men, als aanhangers van de unitaire theorie, alle macht tot het afleggen van verantwoording in de handen van één persoon legt, dan beschikt de President over heel ruime én ongecontroleerde bevoegdheden. De enige vorm van controle op de President is immers de *political accountability*. Het is dan ook beter om in verschillende controlemechanismen te voorzien.

**1262.** Door het ongewenste risico op politieke inmenging,<sup>3726</sup> en de daaruit min of meer voortvloeiende uitholling van de ministeriële verantwoordelijkheid komt ook, onbedoeld, de *parlementaire controle* in het gevaar. Beiden zijn immers gelinkt aan elkaar en functioneren als het ware als communicerende vaten.<sup>3727</sup> Door de ministeriële verantwoordelijkheid in te perken, wordt ook de invloed van het parlement beknot.<sup>3728</sup> Op die manier biedt de politieke verantwoordelijkheid van de minister ten aanzien van het parlement dan ook geen enkele waarborg meer om de democratische legitimiteit van de energieregulators te garanderen. Om tegemoet te komen aan de eis inzake democratische legitimiteit moet de energieregulator – anders dan nu het geval is – rechtstreeks verantwoording afleggen aan het vertegenwoordigend politieke orgaan, het parlement.<sup>3729</sup>

**1263.** Democratie houdt immers in dat geen bestuur mag worden uitgeoefend zonder dat daarvan verantwoording moet kunnen worden afgelegd aan een vertegenwoordigend orgaan. Ongecontroleerd bestuur verhoudt zich inderdaad niet met de democratie. Dat het de minister is die verantwoordelijk is tegenover het parlement is echter niet een absolute grondregel als de verantwoordingsplicht zelf, maar een keuze.<sup>3730</sup> Hoewel de Grondwet inderdaad de minister als verantwoordelijke heeft aangewezen, lijkt het eveneens mogelijk dat *in casu* de energieregulator rechtstreeks verantwoording zou afleggen aan

---

procedural regularity” en 1764-1765: “[...] a unitarian system enhances the ability of the President or his proxies to influence agency actions away from the public eye”.

<sup>3725</sup> P. SHANE, “Political Accountability in a System of Checks and Balances: The Case of Presidential Review of Rulemaking”, *Arkansas Law Review* 1995, (161) 173.

<sup>3726</sup> Zie bijvoorbeeld: X, “Europese Commissie bezorgd over energiecumulus PS’er Fauconnier”, *De Tijd*, 11 december 2007,

[http://www.tijd.be/nieuws/archief/Europese\\_Commissie\\_bezorgd\\_over\\_Belgische\\_energiecumulus\\_PS\\_er\\_Fauconnier.6025604-1615.art](http://www.tijd.be/nieuws/archief/Europese_Commissie_bezorgd_over_Belgische_energiecumulus_PS_er_Fauconnier.6025604-1615.art); *Vr. en Antw. Kamer*, 18 december 2007, nr. 52/54, 1-2 (Vr. 1 B. VALKENIERS); X, “Benoeming directeur FOD energie ligt onder vuur”, *De Morgen*, 25 juni 2008, <http://www.demorgen.be/binnenland/benoeming-directeur-fod-energie-ligt-onder-vuur-b85541fb/>; *Vr. en Antw. Kamer*, 5 maart 2009, nr. 52/57, 81 (Vr. 63 K. JADIN); *Vr. en Antw. Senaat*, 29 december 2009, nr. 4-6402 (Vr. A. DESTEXHE); Rekenhof, “Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (CREG)”, Verslag goedgekeurd in de algemene vergadering van het Rekenhof van 12 november 2015, <https://www.ccrek.be/NL/Publicaties/Fiche.html?id=4ae11507-8b1e-4aa3-a228-6de443b9934d>, 6, 40 en 64; Vraag om uitleg van de heer M. Bouchez tot minister Furlan over de onafhankelijkheid van mevrouw Christel Evrard, *Hand. Wl.Parl.* 2014-2015, 21 april 2015, nr. C.R.A.C. N° 121, 42.

<sup>3727</sup> H. KUMMELING en A. DUIJKERSLOOT, “Agencies and the Netherlands” in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), *Agencies in European and Comparative Law*, Antwerpen, Intersentia, (79) 83.

<sup>3728</sup> S. DE SOMER, *The creation of autonomous public bodies from a European comparative legal perspective: international impulse, national restraint and how to reconcile these trends*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten UAntwerpen, 2015, 180.

<sup>3729</sup> M. AELEN en G. BIEZEVELD, “Onrustige onafhankelijkheid”, *Tijdschrift voor Toezicht* 2013, afl. 4, (52) 61; A. HERINGA en L. VERHEY, “Independent Agencies and Political Control” in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), *Agencies in European and Comparative Law*, Antwerpen, Intersentia, 2003, (155) 164.

<sup>3730</sup> J. VAN ANGEREN, “Mag de ministeriële verantwoordelijkheid voor het bestuur worden beperkt?”, *RM Themis* 1996, afl. 10, (367) 373.

het parlement. In Nederland kwam dit reeds een aantal keer aan bod in het kader van een grondwetswijziging.<sup>3731</sup>

**1264.** De onafhankelijkheidsvereisten uit het EU-recht zorgen ervoor dat politiek toezicht niet (meer) verenigbaar is met de onafhankelijke positie van de energieregulators. Dit geeft echter als ongewenst effect dat in vele Europese landen, waarbij de constitutionele en bestuursrechtelijke regels uitgaan van ministeriële verantwoordelijkheid, ook de parlementaire controle wordt verzwakt. Dit ongewenst effect vloeit voort uit een vrij letterlijke overname van het Amerikaanse concept van de *independent agencies* in de Europese rechtsorde, zonder daarbij in acht te nemen dat beide rechtsstelsels op een andere manier politieke controle organiseren. De Amerikaanse *agencies* zijn ten eerste niet politiek onafhankelijk, maar worden net uitdrukkelijk benoemd door de Republikeinse of Democratische partij. De benaming "independent" slaat op de onafhankelijkheid inzake ontslagbescherming ten aanzien van de president. In Europese rechtssystemen wordt de onafhankelijke status van een regulator niet bepaald door de ontslagmogelijkheden. Dit onderscheid vloeit voort uit het feit dat, in tegenstelling tot de VS, de meeste Europese landen een parlementair stelsel kennen.<sup>3732</sup> In bijvoorbeeld België en Nederland legt de minister verantwoording af voor het parlement, voor alle instanties die zich onder hem bevinden. Regulators worden als onafhankelijk beschouwd indien zij op afstand staan van de minister, waarbij het politieke toezicht en de ministeriële verantwoordelijkheid worden ingeperkt. In de VS bestaat het systeem van de ministeriële verantwoordelijkheid niet. De politieke controle op IRA's gebeurt dan ook niet via de minister of *the executive* maar wel via het parlement. Het Congres heeft in de VS verschillende mogelijkheden om IRA's te controleren. Zo heeft het Congres de mogelijkheid om de bevoegdheden van de IRA's die opgenomen waren in de wetgeving, terug in te perken. De verschillende controlemogelijkheden uitgeoefend door het Congres werden hierna besproken (*supra* nrs. 854 e.v.). In veel Europese rechtsstelsels, waaronder België en Nederland, ligt de nadruk evenwel op controle uitgeoefend door de uitvoerende macht en niet, of toch slechts onrechtstreeks, door het parlement.

**1265.** De "copy paste" van het Amerikaanse model van de IRA's<sup>3733</sup> (*supra* nrs. 822-823) lijkt dan ook te wringen met de nationale rechtsstelsels van verschillende Europese landen, waaronder België en Nederland. En dit al zeker wat het systeem van de ministeriële verantwoordelijkheid betreft. Bijgevolg moet de vraag gesteld worden of de Europese Unie ook niet naar de Amerikaanse controlemiddelen had moeten kijken alvorens onafhankelijke

---

<sup>3731</sup> J. VAN ANGEREN, "Mag de ministeriële verantwoordelijkheid voor het bestuur worden beperkt?", *RM Themis* 1996, afl. 10, (367) 373.

<sup>3732</sup> A. HERINGA en L. VERHEY, "Independent Agencies and Political Control" in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), "Agencies in European and Comparative Law, Antwerpen, Intersentia, 2003, (155) 156.

<sup>3733</sup> A. HERINGA en L. VERHEY, "Independent Agencies and Political Control" in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), "Agencies in European and Comparative Law, Antwerpen, Intersentia, 2003, (155) 164.



regulatoren in de nationale rechtssystemen in te planten.<sup>3734</sup> In de VS versterken de *agencies* immers de parlementaire controle, terwijl in de EU onafhankelijke regulatoren deze lijken te verzwakken.

**1266.** België is een parlementaire democratie, waarin het parlement rechtstreeks verkozen wordt door de burger. Bijgevolg bezit ook enkel het parlement *democratische legitimiteit*.<sup>3735</sup> In een democratie is de macht slechts legitiem wanneer ze gepaard gaat met verantwoording.<sup>3736</sup> Aangezien onrechtstreekse verantwoording via de ministeriële verantwoordelijkheid uitgehold wordt, is rechtstreekse parlementaire controle dan ook meer effectief met betrekking tot de activiteiten van onafhankelijke regulatoren.<sup>3737</sup> Een sterkere rol voor het parlement is bovendien noodzakelijk om de kritiek inzake het democratisch deficit bij de energieregulatoren te weerleggen.<sup>3738</sup> Door parlementaire controle wordt namelijk een rechtstreekse democratische legitimiteit gegarandeerd.<sup>3739</sup> Parlementair toezicht is de enige vorm van politieke controle die nog toelaatbaar is in het licht van de Europese onafhankelijkheidsvereisten. De onafhankelijkheid van de regulator wordt hierdoor zelfs vergroot aangezien hij niet meer afhangt van (de beïnvloeding door) één enkele minister,<sup>3740</sup> maar wel van een open en transparant parlement met talrijke leden waar per definitie ook de oppositie deel van uitmaakt. Rechtstreekse parlementaire controle is dan ook meer effectief met betrekking tot de activiteiten van onafhankelijke regulatoren.<sup>3741</sup>

**1267.** Hoe moet de parlementaire controle nu worden ingevuld? Onderstaande tabel geeft weer welke controlevormen mogelijk zijn. Het parlement kan daarbij zowel *ex-ante*, *ex-nunc* als *ex-post* een rol spelen.

<sup>3734</sup> A. HERINGA en L. VERHEY, "Independent Agencies and Political Control" in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), "Agencies in European and Comparative Law, Antwerpen, Intersentia, 2003, (155) 164 en 167.

<sup>3735</sup> T. DE PELSMACKER, G. GOEDERTIER, J. GOOSSENS, Y. HAECK en J. VANDE LANOTTE, *Handboek Belgisch Publiekrecht. Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 213.

<sup>3736</sup> J. VELAERS, "Over de politieke verantwoordelijkheid van ministers" in M. ADAMS, R. BARBAIX en H. BRAECKMANS (eds.), *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, (361) 369.

<sup>3737</sup> A. HERINGA en L. VERHEY, "Independent Agencies and Political Control" in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), "Agencies in European and Comparative Law, Antwerpen, Intersentia, 2003, (155) 164 en 167.

<sup>3738</sup> M. AELEN en G. BIEZEVELD, "Onrustige onafhankelijkheid", *Tijdschrift voor Toezicht* 2013, afl. 4, (52) 61.

<sup>3739</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 449.

<sup>3740</sup> De (mogelijkheid tot) politieke beïnvloeding of sturing vloeit voort uit het stelselmatige contact tussen de regulator, het kabinet van de minister en de minister (bv. door het instellen van maandelijks contactmomenten tussen de minister en de gedelegeerd bestuurder van de VREG). Zie hierover ook *Vr. en Antw. VI.Parl. 2013-2014*, nr. 49/19, 2039 (Antw. op vraag nr. 276 van P. REEKMANS): Wat uw vraag betreft naar overleg met de VREG: "Eerst en vooral wijs ik er op dat mijn kabinet maandelijks overlegt met de Vlaamse energie-entiteiten en dat de VREG ook vertegenwoordigd is in de (deel)beleidsraad Energie van het beleidsdomein Leefmilieu, Natuur en Energie. Er is dus regelmatig overleg".

<sup>3741</sup> A. HERINGA en L. VERHEY, "Independent Agencies and Political Control" in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), "Agencies in European and Comparative Law, Antwerpen, Intersentia, 2003, (155) 164 en 167.

	Wat?	CREG	VREG (na 2016)	CWaPE	Brugel
<i>Ex-ante</i> toezicht	Een parlementaire hoorzitting bij de benoeming. <sup>3742</sup>	Niet aanwezig. Benoeming alleen door regering.	Niet aanwezig. Benoeming via fracties parlement.	Niet aanwezig. Benoeming alleen door regering.	Niet aanwezig. Benoeming alleen door regering.
	Het voorleggen van een ontwerp van begroting, vergezeld van een beleidsnota, voor het volgende kalenderjaar. Voorstelling, vragenronde, verslag en stemming in de commissie en goedkeuring door de plenaire vergadering. <sup>3743</sup>	Aanwezig.	Aanwezig, met gedachtenwisseling. (maar nog steeds dotatie via het fonds en de regering)	Niet aanwezig. (dotatie regering)	Aanwezig, maar geen vragenronde.
	Een parlementaire hoorzitting omtrent een meerjarig strategisch beleidsplan.	Niet aanwezig	Niet specifiek bepaald, wel via jaarlijks ondernemingsplan	Niet aanwezig.	Niet aanwezig.
	Een parlementaire hoorzitting omtrent het jaarlijkse (ontwerp) ondernemingsplan (met prestatiedoelstellingen). <sup>3744</sup>	Niet aanwezig.	Aanwezig (samen met bespreking begroting)	Niet aanwezig.	Niet aanwezig.
<i>Ex-nunc</i> toezicht	Hoorzittingen (over actuele thema's) op initiatief van de regulator of het parlement.	Aanwezig.	Aanwezig.	Aanwezig. Twee maal per jaar een hoorzitting in het parlement (art. 47ter, § 4)	Niet aanwezig.
	Het voorleggen van de definitieve tariefmethodologie en het definitieve technisch reglement (en bij eventuele wijzigingen).	Niet aanwezig Voorleggen van het ontwerp van methodologie. Technisch regl. wordt opgesteld door regering.	Aanwezig. Inlichten parlement definitieve methodologie, goedkeuring technisch reglement door rvb.	Niet aanwezig. Voorleggen van het ontwerp van methodologie. Technisch reglement goedgekeurd door regering.	Niet aanwezig. Methodologie wordt niet voorgelegd. Technisch regl. wordt opgesteld door regering.
	Het voorleggen van het huishoudelijk reglement	Aanwezig	Niet aanwezig.	Niet aanwezig.	Niet aanwezig.

<sup>3742</sup> Zoals in lijn met de Interpretatieve Nota, 20: "Similarly, the accountability of the NRA board could be enhanced by organising a parliamentary hearing prior to the appointment of the board members".

<sup>3743</sup> Zoals in lijn met de Interpretatieve Nota, 20: "Especially when discussing the NRA budget, national parliaments may ask to organise a hearing with the NRA".

<sup>3744</sup> Zoals in lijn met de Interpretatieve Nota, 20: "The accountability of the NRA can also be enhanced if Member States require the NRA, while submitting its draft budget for approval by the national parliament, to present a draft work programme as well".

	aan het parlement (of bij wijzigingen aan het reglement).		Enkel publicatie in het BS.	(voorlegging aan regering)	Enkel publicatie website.
<i>Ex-post</i> toezicht	Het voorleggen van de jaarrekening en het jaarverslag aan het parlement (met uitgebreide analyse van de eigen prestatie-doelstellingen én uitgebreid verslag over de evolutie in de gas- en elektriciteitsmarkt), met vragenronde.	Aanwezig, zonder toelichting in parlement.	Aanwezig, zonder toelichting in parlement.	Aanwezig, voorstelling jaarverslag in parlement.	Niet aanwezig. Enkel een jaarverslag van de geschillendienst (niet ter attentie van parlement)
	Controle van de jaarrekening door het Rekenhof en bijhorende audit.	Aanwezig.	Aanwezig.	Aanwezig.	Niet aanwezig.
	Controle van de jaarrekening door de bedrijfsrevisor.	Aanwezig.	Aanwezig.	Niet aanwezig.	Aanwezig (*kan een bedrijfsrevisor toevoegen)
	Het verkiezen en benoemen van de leden van de Tuchtraad.	Aanwezig	Niet aanwezig.	Niet aanwezig.	Niet aanwezig.
	Het instellen van een verzoek tot onderzoek bij de Tuchtraad.	Niet een lid van de parl. commissie; wel op verzoek van de minister.	Niet aanwezig.	Niet aanwezig.	Niet aanwezig.

**1268.** Uit de tabel blijkt dat voornamelijk bij de CWaPE en Brugel de parlementaire controle nog moet versterkt worden. Ook bij de CREG en VREG kan de parlementaire controle nog beter uitgewerkt worden.

**1269.** Wanneer men deze tabel bovendien voor ogen neemt, dan verbaast het allicht niet dat er op Vlaams niveau is beslist om de energieregulator, niet alleen qua toezicht, maar ook institutioneel volledig onder te brengen bij het Vlaams Parlement. Hoewel energieregulators beschikken over "specifieke uitvoerende bevoegdheden" – en zij functioneel misschien beter binnen de uitvoerende macht passen is deze keuze toch begrijpelijk en aanvaardbaar. Wanneer zowel het parlement de bestuurders benoemt<sup>3745</sup> en ontslaat, als het toezicht uitoefent dan zijn er nog weinig banden met de uitvoerende macht aanwezig. Bovendien kan men moeilijk omheen de grondwettelijke regel van de ministeriële verantwoordelijkheid. Wanneer men ervoor opteert om ambtenaren of administratieve overheden (zoals de CREG, CWaPE,...) rechtstreeks

<sup>3745</sup> Waarbij deze benoemingsprocedure evenwel dringend aangepast moet worden om politieke benoemingen te vermijden.

verantwoording te laten afleggen aan het parlement, zonder tussenkomst van de minister, dan moet de Grondwet worden aangepast. In Nederland heeft men enkele niet-succesvolle pogingen in die richting ondernomen (*supra* nr. 821). Indien men met andere woorden het spanningsveld tussen het EU-recht en de Belgische nationale rechtsorde wil wegwerken en een evenwicht wil vinden tussen de politieke onafhankelijkheid van de energieregulator en de verantwoordingsplicht, dan is volgens dit onderzoek een volledige institutionele verhuis naar het parlement juridisch de meest geschikte optie. Deze verhuis werkt bovendien ook het zogenaamde *democratisch deficit* ten aanzien van de energieregulatoren weg.

## H. JURIDISCHE EN PROCEDURELE VERANTWOORDINGSPLICHT

**1270.** Een van de twistpunten inzake verantwoording is de noodzaak om al dan niet vast te houden aan het administratief toezicht. Kritische stemmen voeren aan dat een opportuniteitstoezicht op de individuele beslissingen van de energieregulatoren onontbeerlijk is. Nochtans stelde het Grondwettelijk Hof in het arrest nr. 130/2010 dat artikel 37 van de Grondwet geen administratief toezicht vereist, indien er parlementaire controle en rechterlijke toetsing aanwezig is. Dit brengt ons bij het volgende aspect inzake verantwoording, namelijk de rechterlijke toetsing. Deze verantwoording wordt in essentie gevormd door het informeren, het debat en de controle. Nadien kan deze verantwoording tot gevolg hebben dat de beslissing wordt gesanctioneerd. Dit toezicht uitgeoefend door de rechter op individuele beslissingen van de regulator vormt een sterke waarborg. Een waarborg die volgens dit onderzoek – gecombineerd met parlementaire controle en procedurele verantwoordingsplicht – voldoende garanties biedt aan de individuele rechtszoekende. Dit standpunt wordt daarenboven uitgedragen door verschillende auteurs uit diverse Europese landen, waaronder SPYRELLI, HANCHER en LAROUCHE, LAVRIJSSEN en OTTOW en POPEPLIER.<sup>3746</sup> Zij stellen dat *ex-post* jurisdictionele controle alleen of gecombineerd met (beperkte) parlementaire controle, voldoende waarborgen bieden inzake controle op individuele beslissingen van regulatoren. Bovendien kan het toezicht op de individuele beslissingen *ex-ante* worden verhoogd door diverse legitimiteitstoetsen toe te passen (meer inputlegitimiteit, transparantie, procedurele waarborgen etc.). Daarenboven geniet de rechter ook een ideale positie inzake het toezicht op de beslissingen van de energieregulatoren. Hij bekleedt namelijk een bijzondere onafhankelijke positie. Dit zorgt ervoor dat rechters een essentiële rol vervullen bij het toezicht op de regulatoren. Het ontbreken van het administratief toezicht verschuift de klemtoon van het

---

<sup>3746</sup> S. LAVRIJSSEN en A. OTTOW, "The Legality of Independent Regulatory Authorities" in L. BESSELINK, F. PENNINGNS en S. PRECHAL (eds.), *The eclips of the legality principle in the European Union*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, 94-95; C. SPYRELLI, "Regulating the regulators? An assessment of institutional structures and procedural rules of national regulatory authorities", *International Journal of Communications Law and Policy* 2003, afl. 8, 42; L. HANCHER en P. LAROUCHE, "The coming of age of EU regulation of network industries and services of general economic interest" in P. CRAIG en G. DE BURCA (eds.), *The evolution of EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 775: "If accountability means that the NRA must feel that it has to answer for its actions, then NRAs are accountable; of course, they are accountable to so many principles that the incentives on NRAs might be distorted".

politieke toezicht naar de rechterlijke controle. Die verschuiving zorgt er dan ook voor dat het gerechtvaardigd is dat de rechter een indringendere toets kan doorvoeren, die sterker is dan een louter of extreem marginale toetsing. De kritiek dat de regulator in individuele gevallen over een beperktere democratische legitimiteit beschikt, rechtvaardigt immers dat de rechter steeds de feitenkwalificatie grondig moet onderzoeken (ongeacht of er nadien een vernietiging volgt of niet). Dit geeft rechtszekerheid aan de rechtsonderhorigen,<sup>3747</sup> maar ook aan de regulator. De regulator weet zo dat hij een correcte feitenkwalificatie heeft doorgevoerd en een redelijke beslissing heeft genomen of weet dat, indien hij in de toekomst met het arrest rekening houdt, zijn beslissing niet meer vernietigd zal worden (of dat de kans daartoe toch beduidend kleiner is).

**1271.** De vraag die in dit onderzoek aan bod kwam is hoe ver deze rechterlijke toetsing zich precies uitstrekt. Hetgeen uit de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie kan worden afgeleid, is dat wanneer de energieregulator over een discretionaire bevoegdheid beschikt, de nationale rechter in principe deze keuzevrijheid moet respecteren. De rechter is bevoegd om bij de toetsing van de materiële rechtmatigheid van beslissingen na te gaan of de feiten juist zijn en of er geen sprake is van een kennelijke beoordelingsfout. Daarbij moet hij niet enkel de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen, alsook de betrouwbaarheid en samenhang daarvan controleren, maar ook nagaan of deze elementen alle relevante feiten omvatten die bij de beoordeling van een complexe toestand in aanmerking dienen te worden genomen, en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen.

Doordat het Hof van beroep de feiten op een omstandigere wijze (in lijn met de *Tetra-Laval* en *Alsrosa* rechtspraak) controleert dan bijvoorbeeld de Raad van State, beslissingen kan vernietigen en ook administratieve sancties met een strafrechtelijk karakter kan hervormen, is er sprake van een toetsing met volle rechtsmacht. De rechter moet evenwel de discretionaire beoordeling van de regulator respecteren in die zin dat hij de beoordelingstechniek van de marginale toetsing moet hanteren om na te gaan of de beslissing al dan niet onredelijk is. De toetsing die het Hof van beroep te Brussel dient te hanteren omvat dus elementen van de volle rechtsmacht, maar mét een terughoudende beoordelingstechniek gelinkt aan de marginale toetsing. Uiteraard moet de rechter daarbij op volledige wijze nagaan of het recht correct is geïnterpreteerd en of de correcte rechtsregels werden toegepast. Bovendien moet hij ook zorgvuldig en intensief de feitenvaststelling en de feitenkwalificatie controleren.<sup>3748</sup> De feitenkwalificatie wordt namelijk ook gecontroleerd op

---

<sup>3747</sup> Zeker wanneer een besluit van de regulator niet wordt vernietigd is het uiterst belangrijk dat de rechtsonderhorigen voldoende inzicht krijgen over het waarom een beslissing in stand gehouden wordt.

<sup>3748</sup> S. LAVRIJSEN, J. EJKENS en F. CAPKURT, "Rechterlijke toetsing van energieregulering door het CbB en het recht op effectieve rechtsbescherming?", *SEW* 2016, afl. 4, (142) 161.

juistheid, betrouwbaarheid, consistentie en relevantie (*volle toetsingsaspect*).<sup>3749</sup> De feiten mogen daarbij evenwel niet door de rechter geïnterpreteerd worden in die mate dat ze de rechter *noodzakelijk tot eenzelfde oordeel* zouden moeten doen beslissen. Hetgeen wel relevant is, is of de rechter kan oordelen dat de regulator, op basis van de hem voorliggende feiten, in *redelijkheid tot dit besluit* is kunnen komen.<sup>3750</sup> Dus binnen de redelijke grenzen van zijn discretionaire bevoegdheid (*marginale toetsingsaspect*).<sup>3751</sup> Dit vloeit duidelijk voort uit de rechtspraak van het Hof van Justitie: de rechter moet nagaan of de beoordeling van de feiten niet kennelijk onjuist is en of er geen kennelijke beoordelingsfout is gemaakt (*supra*, nr. 963-965). De beoordeling kan dus niet zo ver gaan dat de rechter inhoudelijk zijn standpunt in de plaats stelt van dat van de regulator. De belangrijkste vraag daarbij is of de energieregulator een redelijke beslissing heeft genomen en daarbij met andere woorden op een redelijke wijze binnen zijn discretionaire marge heeft gehandeld. Door deze toetsingsstandaard te hanteren wordt de discretionaire ruimte van de regulator ook een *accountability* instrument. Zoals de Raad van State stelde in het arrest van 20 juli 2012 houdt een marginale toetsing immers niet in dat een beslissing nog een beetje onredelijk mag zijn, maar duidt dit voornamelijk op het tot uiting brengen van het feit dat de rechter niet de plaats inneemt van de overheid die hij controleert; dat hij zich niet een eigen oordeel mag vormen over wat volgens zijn inschatting de “meest” of “gepast” redelijke beslissing is in een gegeven geval en waarna hij het bestuur tot de orde zou roepen indien het niet exact diezelfde redelijkheid heeft ingezien en toegepast.

**1272.** De toetsing door het Hof van beroep wordt dus enigszins verzacht door het gebruik van de beoordelingstechniek van de marginale toetsing bij discretionaire bevoegdheden van de regulator. Deze verzachting is een logisch gevolg van het feit dat het Hof van beroep – dat gewoonlijk bevoegd is inzake subjectief contentieux – zich nu ook over objectief contentieux moet buigen. In Nederland is het CBB een bestuurlijk rechtscollege, dat zich over objectief contentieux uitsprekt en gewoonlijk de (extreem) marginale toetsing hanteert. Wanneer de toetsing aan de feiten, in het kader van *Tetra Laval*, uitgebreider zou plaatsvinden, dan hanteren LAVRIJSEN *et al.* de term “uitgebreide rechtmatigheidstoets of uitgebreide marginale toets”. Doordat in beide landen

---

<sup>3749</sup> De nationale rechter moet daarbij nagaan of de feiten waarop de beoordelingen zijn gebaseerd, juist en de daaruit getrokken conclusies correct zijn, of de energieregulator de zaak grondig en nauwgezet heeft onderzocht, en met name of zij alle relevante factoren zorgvuldig heeft vergaard en naar behoren in aanmerking heeft genomen, en of de verschillende stappen van de argumentatie van de regulator voldoen aan criteria van logica, samenhang en deugdelijkheid.

<sup>3750</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 385.

<sup>3751</sup> Zie als goed voorbeeld, Brussel 25 maart 2015, overw. 111: “Ook de motieven als grondslag van de tarieven voor ondersteunende diensten, die de CREG binnen de marge van zijn beleidsbevoegdheid in aanmerking mag nemen, moeten als draagkrachtig en coherent beschouwd worden, in functie van de beginselen van kostenreflectiviteit en niet-discriminatie. Daarmee is niet gezegd dat een andere verdeling van de tarieven niet eveneens met de laatst vermelde beginselen in overeenstemming kan zijn. Het gebrek van de stelling van eiseressen bestaat er evenwel in dat zij de tarieven die in de bestreden beslissing opgelegd worden, per se als strijdig met deze beginselen beschouwt, hetgeen niet aangenomen kan worden”.

een ander 'soort' rechter bevoegd is, is er bij het ene stelsel dus een roep naar verzachting en in het andere stelsel een roep naar uitbreiding van bevoegdheid.

**1273.** Aanvankelijk stelde het Hof van beroep te Brussel zich vrij terughoudend op en verwees het daarbij nadrukkelijk naar de discretionaire bevoegdheden van de CREG, het principe van de scheiding der machten en de marginale toetsing. Het Hof stelde echter ook reeds van bij het begin vast dat uit de Elektriciteits- en Gaswet kon worden afgeleid dat het in het kader van zijn volle rechtsmacht (niet alleen bij administratieve geldboetes met een repressief karakter) beschikt over een algemene hervormingsbevoegdheid. De interpretatie van het begrip volle rechtsmacht volgens het Hof is ook steeds omschreven geweest als een toetsing in feite en in rechte, waarbij het Hof de beslissing kan vernietigen en hervormen, maar waarbij het niet de opportuniteit van de genomen beslissing kan controleren gelet op de discretionaire bevoegdheden van de CREG. Een hervorming van een beslissing is dus mogelijk, maar "ce pouvoir de réformation et de substitution doit être exercé à la lumière des critères rappelés ci-dessus: la cour ne peut pas contrôler la simple opportunité des décisions prises discrétionnairement par la CREG et le contrôle qu'elle exerce est limité en pratique par le caractère hautement technique de certaines décisions".<sup>3752</sup> De rechter mag dus niet op de stoel van het bestuur gaan zitten. Het Hof heeft vandaag dan ook nagenoeg geen enkele inhoudelijke of discretionaire beslissing van de regulator echt hervormd.<sup>3753</sup> Dit omdat het Hof stelselmatig – en terecht – *expliciet* weigert om zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van die van de CREG. *Impliciet* durft het Hof evenwel soms te ver gaan bij zijn inhoudelijke beoordeling (*supra* nrs. 942 en 943). Uit de rechtspraak van het Hof blijkt daarenboven dat de omvang en de kwaliteit van de juridische technische verantwoording door de regulator in een bepaalde beslissing zeer bepalend is voor de overlevingskansen van deze beslissingen, waarbij enkel een zeer omstandige motivering en verantwoording het Hof lijkt te doen besluiten dat de regulator binnen haar discretionaire beoordelingsmarge was gebleven.<sup>3754</sup>

**1274.** Bij de reglementaire bevoegdheden beschikt de energieregulator over ruimere discretionaire bevoegdheden en een bepaalde beleidsmarge. Dit zorgt ervoor dat het principe van de scheiding der machten en de beginselen die de verhoudingen regelen tussen het bestuur en de rechtscolleges moeten verhinderen dat de rechter op de stoel van het bestuur gaat zitten en mee het beleid gaat bepalen. Bij reglementaire bevoegdheden (zoals het opstellen van de tariefmethodologie en de goedkeuring van de tariefvoorstellen) moet de rechter zich terughoudender opstellen dan bij de toetsing van een administratieve geldboete. Een opportuniteitsoordeel en een hervormingsbevoegdheid zijn uitgesloten. In het arrest nr. 117/2013 stelde het Grondwettelijk Hof ook

<sup>3752</sup> Brussel 27 oktober 2006, *RABG* 2007, afl. 5, 296.

<sup>3753</sup> Enkel het arrest waarbij het Hof stelt dat de CREG geen nieuwe beslissing kan nemen gaat hier tegen in.

<sup>3754</sup> T. CHELLINGSWORTH en C. DELAGAYE, "Het arrest over de Elia-tarieven 2012-2015: een vernietigende handleiding voor toekomstige tariefregulering" (noot onder Brussel 6 februari 2013), *MER* 2013, afl. 4, (254) 270.

duidelijk dat “de bevoegdheid met volle rechtsmacht waarover het Hof van Beroep te Brussel beschikt om uitspraak te doen over de beroepen waarin de bestreden bepalingen voorzien, maakt het dat Hof van Beroep niet mogelijk zich te begeven op het terrein van de opportuniteit, wat onverenigbaar zou zijn met de beginselen die de verhoudingen regelen tussen het bestuur en de rechtscolleges. Zij maakt het dat Hof daarentegen mogelijk de beslissingen van de CREG te vernietigen en te herzien, uitspraak te doen over de grond van het geschil door de externe en interne wettigheid van die beslissingen na te gaan en door te onderzoeken of die in feite gegrond zijn, uitgaan van correcte juridische kwalificaties en niet kennelijk onevenredig zijn in het licht van de aan de CREG voorgelegde elementen. De uitoefening van een dergelijke controle tast het beginsel van de scheiding der machten niet aan”.<sup>3755</sup>

**1275.** De volle rechtsmacht van de rechter houdt dus in dat de rechter ten volle mag toetsen aan het recht en de feiten.<sup>3756</sup> Dit ligt iets anders voor wat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur betreft. Aangezien deze beginselen in hoofdzaak gericht zijn op een behoorlijke uitoefening van de discretionaire bevoegdheden van de overheid, en de toetsing door de rechter aan deze beginselen steeds een bepaalde afweging inhoudt, brengt dit de rechter evenwel zeer dicht bij de grens tussen de gewenste legaliteitscontrole en de eerder ongewenste opportuniteitscontrole.<sup>3757</sup> Gelet op het feit dat de beslissingen van de energieregulatoren minder democratisch gelegitimeerd zijn, is het wenselijk dat de rechter op indringende of volle wijze kan toetsen aan sommige ABBB. Echter, omwille van het feit dat elke toetsing aan de algemene beginselen steeds een bepaalde afweging inhoudt met een dunne grens met een opportuniteitstoets en omwille van het feit dat de inhoudelijke discretionaire beoordelingen door de regulator gerespecteerd moeten worden, zal de toetsing in principe in de praktijk eerder marginaal dienen te verlopen. Wat het motiveringsbeginsel betreft, vereisen de Europese richtlijnen dat de besluiten van de energieregulatoren volledig gemotiveerd en verantwoord moeten worden, teneinde door de rechter te kunnen worden getoetst. De volledige motivering faciliteert daarbij de juridische verantwoordingsplicht via de volle toets uitgeoefend door de rechtscolleges. Het Hof van beroep te Brussel verwijst bijvoorbeeld naar de *Tetra-Laval* standaard bij de toetsing aan de feiten en maakt daarbij uitdrukkelijk de link tussen de volledige motivering van de beslissing en de volledige toetsing aan deze feiten. Dit wil zeggen dat de energieregulatoren op ondubbelzinnige en nadrukkelijke wijze in hun motivering te kennen moeten geven welke correcte, relevante en betrouwbare feiten zij in acht hebben genomen, op welke manier deze feiten volgens de regulator samenhangen, hoe de regulator deze feiten heeft beoordeeld, welke grenzen hij

---

<sup>3755</sup> GwH augustus 2013, nr. 117/2013, overweging B.36.4.

<sup>3756</sup> Met uitzondering voor de *beoordeling* van de feiten (de beoordeling van de feiten door de regulator vereist de beoordelingstechniek van de marginale toetsing).

<sup>3757</sup> P. POPELIER, “Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen”, in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (3) 26.



daarbij in acht moest nemen en of de feiten de conclusies die hij er uit heeft getrokken konden schragen.

**1276.** Energieregulatoren leggen ook nog op andere manieren verantwoording af, waarbij zijn transparant handelen ook de parlementaire controle en de rechterlijke toetsing faciliteert. Een manier ter versterking van de legitimiteit van de regulatoren wordt ook gevormd door de **procedurele verantwoordingsplicht**. Bij de procedurele verantwoordingsplicht wordt ervan uitgegaan dat "overheidshandelen legitiem is wanneer tijdens het besluitvormingsproces bepaalde procedurele waarborgen in acht worden genomen".<sup>3758</sup> Daaronder worden voornamelijk de algemene beginselen van behoorlijk bestuur geplaatst.

**1277.** In België omvat de toetsing aan het zorgvuldigheidsbeginsel een inhoudelijke toetsing, die enige terughoudendheid vereist. Het zorgvuldigheidsbeginsel is ook nauw verbonden met het redelijkheidsbeginsel.<sup>3759</sup> De vraag of het bestuur binnen de grenzen van het redelijke gebleven is, valt immers zo goed als samen met de vraag of de overheid de betrokken belangen behoorlijk heeft afgewogen. Beide beginselen vereisen een eerder marginale toetsing. In Nederland krijgt het zorgvuldigheidsbeginsel een formelere invulling, waarbij de rechter alleen nagaat of alle relevante feiten zijn onderzocht (*besluitvormingsproces*) en waarbij de toetsing niet grenst aan een opportuniteitsoordeel (*inhoud* van de beslissing). Vandaar dat in Nederland vol getoetst kan worden aan het zorgvuldigheidsbeginsel, omdat het een andere invulling geniet dan in België.

**1278.** De rechter kan bij de administratieve geldboeten in feite en in rechte toetsen, waarbij onder deze laatste legaliteitstoets ook een evenredigheids- of proportionaliteitstoets geplaatst wordt. Welke sanctie evenredig of proportioneel is met de feiten houdt immers een bepaalde *appreciatie* en belangenafweging in.<sup>3760</sup> In principe is dus een eerder terughoudende of marginale toetsing vereist.

<sup>3758</sup> C. DEGREEF en S. DE SOMER, "Accountability van de federale en de Vlaamse Energieregulator of toezicht op de toezichthouders na het derde energiepakket", *MER* 2013, afl. 2, (77) 80.

<sup>3759</sup> Volgens BOES komt de zorgvuldigheidstoets namelijk zeer dicht in de buurt van de marginale toetsing: "Men kan echter het zorgvuldigheidsbeginsel ook vanuit een andere optiek benaderen, en wel vanuit deze van het rechterlijk toezicht op bestuurshandelingen waar een zekere mate van discretionaire bevoegdheid voorhanden is. Het zorgvuldigheidsbeginsel doet zich dan voor als het middel bij uitstek om rechterlijk toezicht enerzijds en het behoorlijk functioneren van het bestuur - waarvoor discretionaire bevoegdheid een noodzakelijke voorwaarde kan zijn - anderzijds, te verzoenen. Het zorgvuldigheidsbeginsel komt dan zeer dicht te staan bij het verschijnsel van de marginale toetsing. [...] Bij wijze van voorlopig besluit kan gesteld worden dat het zorgvuldigheidsbeginsel in de administratieve rechtspraak bruikbaar is om bestuurshandelingen waar discretionaire bevoegdheid aanwezig is, op hun redelijkheid te toetsen [...]", zie M. BOES, *Preventieve rechtsbescherming bij bestuurlijke besluitvorming*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 1975, 282. Ook DE STAERCKE stelt dan ook dat er geen enkel verschil is tussen dit beginsel - de "materieële" zorgvuldigheidsplicht - en het door marginale toetsing gekenmerkte redelijkheidsbeginsel, zie J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap. Beginselen van de openbare dienst*, Brugge, Vanden Broele, 2002, 32.

<sup>3760</sup> S. BOULLART, "De ene volle rechtsmacht is de andere niet: over volle en minder volle rechtsmacht", *CDPK* 2007, afl. 3, (245) 272: "[...] de toepassing van het evenredigheids-, dan wel redelijkheidsbeginsel [...] biedt een voordeel omdat in naam van een wettigheidstoets de grenzen van de opportuniteit van de betrokken bestuursbeslissing worden aangeraakt"; C. DEGREEF en S. DE SOMER, "Accountability van de federale en de Vlaamse Energieregulator of toezicht op de toezichthouders na het derde energiepakket", *MER* 2013, 93: "ook bij de vraag welke sanctie evenredig is met de feiten speelt deels de eigen appreciatie van de rechter"; P. POPELIER, "Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en

Een rechterlijke instantie met volle rechtsmacht moet echter in staat zijn om de proportionaliteit tussen de sanctie en de fout te beoordelen, althans in zoverre het bestuur zelf de evenredigheid van de maatregel kon beoordelen. Wat de administratieve geldboetes betreft, heeft de volle rechtsmacht van de rechter in België tot gevolg dat hij de boete kan hervormen wanneer deze boete een repressief karakter heeft, en dit binnen de wettelijk gestelde grenzen.<sup>3761</sup> Deze uitgebreidere toetsingsbevoegdheden zijn verenigbaar met het principe van de scheiding der machten. Zo stelt THEUNIS dat "wanneer de wetgevende macht een natuurlijke bevoegdheid van de rechterlijke macht – het gaat immers om sterk strafrechtelijk gekleurde sancties – doorschuift naar de uitvoerende macht, dan is een verschuiving in de omvang van het rechterlijk wettigheidstoezicht op de uitoefening van die "strafrechtelijke" bevoegdheid van de uitvoerende macht uiteindelijk niets meer dan een instrument om het verstoorde evenwicht tussen de machten te herstellen".<sup>3762</sup> Wanneer – en dit is bij de boetes opgelegd door energieregulators niet het geval – er een equivalente strafsancie bestaat, zou de rechter ook verzachtende omstandigheden kunnen aannemen en onder het minimumbedrag gaan. Bij niet-strafrechtelijke boetes of boetes opgelegd in het kader van een gebonden bevoegdheid, volstaat een vernietigingstoezicht. In Nederland wordt echter aangenomen dat de rechter op basis van loutere doelmatigheid of opportuniteit de boete kan vervangen door zijn eigen besluit om wat voor reden dan ook.<sup>3763</sup> Gelet op de rechtspraak van de hoogste rechtscolleges in België – en daarbij zeker het Hof van Cassatie – is dit hier eerder ondenkbaar. Het is m.i. ook voldoende dat de rechter over dezelfde beoordelingsbevoegdheid beschikt als het bestuur; hij moet daarbij niet aan de opportuniteit kunnen raken.

---

plaats in de hiërarchie van de normen", in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (3) 26.

<sup>3761</sup> Het Hof van beroep oefent deze toets trouwens uit.

<sup>3762</sup> J. THEUNIS, "De rechter geklemd tussen het beginsel van scheiding der machten en het vereiste van volle rechtsmacht?" in I. Cooreman (ed.), *De wettigheidstoets van art. 159 van de Grondwet*, Brugge, die Keure, 2010, 227.

<sup>3763</sup> Zie bv. CBB 10 april 2014 (ECLI:NL:CBB:2014:118), overw. 4.9.3: "Het College stelt voorop dat ACM, gelet op de aard van het te nemen besluit, in het concrete geval - naast artikel 57, tweede lid, Mw - ook het in artikel 3:4 Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel in acht dient te nemen. Dit betekent dat ACM bij het vaststellen van de boete rekenschap dient te geven of de uit de Boeterichtsnoeren voortvloeiende boete, gelet op alle omstandigheden van het geval, evenredig is aan het beoogde doel. Tot die omstandigheden behoren in ieder geval de aard en ernst van de overtreding, de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten en de omstandigheden waaronder deze is gepleegd. Ook de draagkracht van de overtreder kan een in aanmerking te nemen omstandigheid zijn. Wanneer het uit de Boeterichtsnoeren voortvloeiende boetebedrag niet evenredig is, is matiging van dit bedrag passend en geboden. Artikel 6 EVRM dat op de onderhavige boete van toepassing is, brengt met zich dat de rechter zonder terughoudendheid toetst of het besluit met betrekking tot de boete voldoet aan deze eisen en leidt tot een evenredige sanctie. Deze toetsing omvat tevens de beoordeling of sprake is van een verminderde mate van verwijtbaarheid [...]." en CBB 4 april 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW2271, overw. 7.4.2: "Gelet op de aard van het besluit van 26 juni 2008 dient appellant in het concrete geval ook het in artikel 3:4, tweede lid, Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel in acht te nemen. Dit betekent dat appellant zich er bij het vaststellen van de boete rekenschap van dient te geven of de uit de Boetecode voortvloeiende boete, gelet op alle omstandigheden van het geval, evenredig is aan het beoogde doel. Tot die omstandigheden behoren in ieder geval de aard en de ernst van de overtreding, de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten en de omstandigheden waaronder deze is gepleegd. Wanneer het uit de beleidsregels voortvloeiende boetebedrag niet evenredig is, is matiging van dit bedrag passend en geboden. Artikel 6 EVRM, dat op de onderhavige boetes van toepassing is, brengt met zich dat de rechter zonder terughoudendheid toetst of het besluit met betrekking tot de boete voldoet aan deze eisen en leidt tot een evenredige sanctie".

**1279.** De hoorplicht, als ABBB, verhindert niet dat de verplichting om vooraf de bestuurde te horen ook kan voortvloeien uit een norm.<sup>3764</sup> Het gaat dan om een normatieve hoorplicht. Wanneer door de energieregulator een maatregel wordt genomen op basis van een gebonden bevoegdheid en deze dus automatisch voortvloeit uit de toepassing van de wetgeving – en daarbij dus geen verband vertoont met het persoonlijk gedrag van de betrokkene – dan moet niet gehoord worden.<sup>3765</sup> Wanneer de energieregulator wel over discretionaire bevoegdheid beschikt, dan is het horen van de betrokkene wel vereist. De regelgeving in België bevat verschillende verwijzingen naar de hoorplicht waaraan de energieregulatoren moeten voldoen.

## **I. TRANSPARANTIE EN PARTICIPATIE**

**1280.** Het laatste kenmerk dat in dit onderzoek naar voren werd geschoven is transparantie. Ter beantwoording van de centrale onderzoeksvraag werd reeds gewezen op het belang van parlementaire controle en rechterlijk toezicht. Om beide rechtsordes met elkaar te verzoenen – en bijgevolg de onafhankelijkheid met de verantwoordingsplicht te verzoenen – spelen ook begrippen als transparantie, procedurele verantwoording en participatie een grote rol. Bij de procedurele verantwoordingsplicht kwamen reeds de algemene beginselen van behoorlijk bestuur aan bod. Onder deze procedurele verantwoordingsplicht vallen volgens dit onderzoek evenwel ook de regels en procedures die de regulator in acht neemt tijdens de overleg- en participatiemomenten die hij organiseert. Deze rechtstreekse input van de stakeholders en de burgers zorgt bovendien voor een democratische inbreng, waardoor de democratische legitimiteit van de regulator versterkt wordt. Transparantie is een eerder algemeen begrip en heeft bij de energieregulatoren voornamelijk betrekking op de openbaarheid van bestuur en het omgaan met vertrouwelijke gegevens.

**1281.** In het kader van het bestuur is transparantie gericht op de visibiliteit, de publieke beschikbaarheid en de toegankelijkheid van documenten die verband houden met het optreden van de overheid.<sup>3766</sup> Transparantie verschilt van verantwoordingsplicht aangezien verantwoording wordt gekenmerkt door wederkerigheid. De actor informeert daarbij niet alleen, maar er ontstaat ook een wederzijds debat waarbij de regulator zich ook laat controleren door een forum.<sup>3767</sup> De essentie van transparantie ligt echter vervat in het eenzijdig geven van informatie. Vanuit dit perspectief vormt transparantie evenwel een

---

<sup>3764</sup> C. DEGREEF en S. DE SOMER, "Accountability van de federale en de Vlaamse Energieregulator of toezicht op de toezichthouders na het derde energiepakket", *MER* 2013, afl. 2, (77) 88.

<sup>3765</sup> I. OPDEBEEK, "De hoorplicht" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (235) 246.

<sup>3766</sup> M. LODGE en L. STIRTON, "Accountability in the regulatory state" in R. BALDWIN, M. CAVE en M. LODGE (eds), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2010, (349) 352.

<sup>3767</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 364.

belangrijke schakel in het afleggen van verantwoording.<sup>3768</sup> Transparantie wordt daarbij gezien als een belangrijke voorwaarde voor het afleggen van verantwoording.<sup>3769</sup> Volgens de Interpretatieve Nota van de Europese Commissie omvat transparantie een driedelige verbintenis omvat. Ten eerste wil transparantie volgens de Commissie zeggen dat de nationale regulerende autoriteiten hun procedure/werkingsregels dienen aan te nemen en bekend te maken. Een tweede aspect van transparantie is het feit dat de regulatoren alle belanghebbenden (*stakeholders*) dienen te consulteren alvorens de autoriteit belangrijke beslissingen neemt. Ten derde stelt de Commissie dat de beslissingen van de nationale regulerende instanties beschikbaar voor het publiek moeten worden gemaakt.

**1282.** Transparantie en openbaarheid van gegevens vormen de regel bij het toezicht op de elektriciteits- en gasmarkt. Wanneer de openbaarmaking of publicatie geen nadelen of geen schadelijke gevolgen met zich mee zal brengen door de instelling zelf of voor derden, dan mogen er ook geen bezwaren bestaan tegen de openbaarmaking. Zowel de VREG, als de CREG hebben een document opgesteld waaruit duidelijk blijkt welke procedure de energieregulator volgt bij het beoordelen van het al dan niet vertrouwelijk karakter van bepaalde persoonlijke of commerciële gegevens. Daarin dringt ook de Privacywet duidelijk door aangezien persoonsgegevens steeds als strikt vertrouwelijk dienen te worden behandeld. Zowel de CWaPE als Brugel hebben (nog) geen dergelijke richtlijnen opgesteld. Door op voorhand duidelijk aan te geven welke gegevens de energieregulator hoogst waarschijnlijk als vertrouwelijk zal bestempelen creëert de regulator immers vertrouwen, waardoor marktspelers minder geremd zullen zijn om bepaalde inlichtingen en stukken omtrent hun bedrijfsvoering te verstrekken. Dit vertrouwen is van essentieel belang voor een effectief toezicht. Binnen de energiesector is er immers sprake van informatieasymmetrie, waarbij de marktpartijen steeds over meer informatie beschikken dan de energieregulator. Hieruit vloeit een bepaalde mate van afhankelijkheid voort. De regulator is immers afhankelijk van informatie die de onder toezicht staande partij in bezit heeft.<sup>3770</sup> Deze informatie is nagenoeg steeds van vertrouwelijke aard, aangezien de overige informatie vaak publiek beschikbaar is (bijvoorbeeld via de jaarverslagen van de netbeheerders). Wanneer het vertrouwen van de marktpartijen in de regulator ontbreekt dan kan dit tot gevolg hebben dat de

---

<sup>3768</sup> M. BOVENS, "Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework", *European Law Journal* 2007, (447) 451: "Transparency, which is often used as a synonym for accountability, is not enough to constitute accountability as defined here. Open government and freedom of information are very important prerequisites for accountability in the context of European governance, because they may provide accountability forums with the necessary information. However, transparency as such is not enough to qualify as a genuine form of accountability, because transparency does not necessarily involve scrutiny by a specific forum".

<sup>3769</sup> M. AELLEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2014, 450-451: "Van verantwoording is sprake als het publiek een bepaalde vorm van (directe) inspraak krijgt in het beleid van de toezichthouder. Hoewel het moet worden toegejuicht dat toezichthouders transparant zijn over hun handelen, kan niet in alle gevallen van verantwoording worden gesproken".

<sup>3770</sup> M. AELLEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 407 en 414.

marktspelers terughoudend worden in het verstrekken van informatie aan de energieregulator uit angst dat deze informatie (zoals persoonsgegevens, concurrentiegevoelige gegevens, investeringsgegevens, fabricagegegevens, bedrijfsinformatie,...) openbaar gemaakt zal worden, waardoor de concurrentiepositie van de bedrijven wordt aangetast. Een energieregulator zonder voldoende informatie kan zijn taak op onvoldoende wijze uitoefenen, hetgeen vermeden moet worden.

**1283.** Zoals bleek is het nagenoeg altijd de energieregulator die, op eenzijdige wijze, bepaalt welke informatie vertrouwelijk is en welke niet. Hoewel de procedures van de CREG en de VREG ruimte laten voor inspraak en overleg bij deze beoordeling, ligt de uiteindelijke beslissingsmacht bij de energieregulator zelf. Dit maakt deze richtlijnen des te belangrijker. Het is immers nu wel duidelijk op basis van welke criteria (zeker bij de CREG<sup>3771</sup>) de belangenafweging plaatsvindt. Bovendien, door de rol van de rechter te bestendigen en hem in allerlaatste instantie in kortgeding te laten oordelen over de mogelijkheid tot het al dan niet openbaar maken van bepaalde gegevens, garandeert men een bijkomend onafhankelijk oordeel ten aanzien van de beslissing van de regulator. Door het uitwerken van dergelijke richtlijnen en procedures, gecombineerd met een mogelijke rechterlijke controle, leggen de energieregulators meer verantwoording af waardoor het toezicht ook transparanter en effectiever wordt. Het moet dan ook sterk aanbevolen worden dat bij de CWaPE en Brugel deze documenten worden opgesteld. In het kader van de transparantie vereist de Interpretatieve Nota immers ook dat de regulators hun eigen werkings- en procedurele regels kenbaar maken.

**1284.** De Interpretatieve Nota vereist ook dat belanghebbenden worden geconsulteerd. Deze consultatie is een vorm van participatie,<sup>3772</sup> waarbij LANCKSWEERDT participatie definieert als "het op een vrijwillige wijze beïnvloeden van de besluitvorming van de overheid door particuliere actoren, op een door de overheid georganiseerde wijze".<sup>3773</sup> Wanneer een energieregulator er bijgevolg voor opteert om zijn stakeholders te laten participeren, dan creëert hij hiermee een middel om hen te laten tussenkomen in het beslissingsproces. De regulator zal daarbij ook verantwoording afleggen aan dit forum. Er is dus sprake van verantwoording door middel van participatie, en dus niet van loutere transparantie.<sup>3774</sup> Participatie houdt ook nauw verband met democratische

---

<sup>3771</sup> De documenten of gegevens zijn in die zin geheim dat ze niet algemeen bekend zijn bij of gemakkelijk toegankelijk zijn voor de ondernemingen die in de gas- of elektriciteitssector actief zijn; - de documenten of gegevens hebben duidelijk een commerciële waarde omdat ze geheim zijn; en - de documenten of gegevens waren het voorwerp, vanwege de onderneming die er op rechtmatige wijze de controle over heeft, van redelijke maatregelen, rekening houdend met de omstandigheden, met de bedoeling ze geheim te houden.

<sup>3772</sup> Raadplegen of consulteren is volgens LANCKSWEERDT een vorm van participatie waarbij de overheid de agenda bepaalt en meningen, ervaringen en dergelijke meer van de betrokkenen inventariseert, zonder zich evenwel in enige mate te binden aan de resultaten die de consultatie oplevert, zie E. LANCKSWEERDT, *Handboek burgerparticipatie*, Brugge, die Keure, 2009, 77.

<sup>3773</sup> E. LANCKSWEERDT, *Handboek burgerparticipatie*, Brugge, die Keure, 2009, 40.

<sup>3774</sup> M. AELEN, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 376.

legitimiteit. Hoewel democratische legitimering door middel van participatie anders is dan de klassieke democratische legitimering, vullen beiden elkaar toch aan.<sup>3775</sup> LANCKSWERDT stelt dat de legitimiteit die ontleend is aan de volksvertegenwoordiging vooral een kwantitatieve legitimiteit is, terwijl participatie (onder bepaalde voorwaarden) een meer kwalitatieve of meer inhoudelijke legitimiteit kan opleveren.<sup>3776</sup>

**1285.** Betrokkenheid<sup>3777</sup> van diverse marktpartijen bij het nemen van beslissingen door de energieregulator is ten eerste noodzakelijk omwille van het feit dat het bijdraagt tot de democratisering van het beleid, waardoor de werking van het bestuur op een nuttige wijze wordt aangevuld en waardoor het beleid of de beslissingen zelf democratischer wordt (inputlegitimiteit). Ten tweede heeft betrokkenheid ook een preventieve werking wanneer de betrokkenen hun standpunten en verwachtingen kunnen meedelen alvorens beslissingen worden genomen, waardoor de kans kleiner is dat er nadien procedures bij de rechtscollages worden opgestart (betere preventieve rechtsbescherming).<sup>3778</sup> Ten derde neemt ook de acceptatiegraad van het optreden van de regulator toe. En tot slot zorgt betrokkenheid er ook voor dat de kwaliteit (outputlegitimiteit) van de beslissingen zelf zal toenemen wanneer de regulator met volledige kennis van zaken kan beslissen.<sup>3779</sup> Het bestuur wordt immers geconfronteerd met verschillende ideeën en standpunten, waardoor ook het zelfbestuur van de burgers toeneemt en de legitimiteit van bestuursbeslissingen vergroot.<sup>3780</sup>

**1286.** De verschillende besproken vormen van participatie (consultaties, overleg, klankbordgroepen, beleidsplatform,...) zorgen er met andere woorden voor dat de democratische en de inputlegitimiteit van de energieregulator erop vooruit gaat. Consultaties en raadplegingen leiden ertoe dat de diverse belanghebbenden hun meningen, standpunten en opmerkingen aan de regulator kunnen overmaken opdat die met volledige kennis ter zake zijn beslissingen kan nemen. Deze consultaties en raadplegingen zijn echter eerder eenzijdig. Gelet op de noodzaak aan verantwoordingsplicht bij de energieregulators – als tegengewicht voor hun onafhankelijkheid, maar ook in het kader van een effectief en legitiem toezicht – is het belangrijk dat de energieregulator ook op voorhand, bij de aanvang van de consultatie een informatievergadering organiseert, met ruimte voor dialoog en waarbij mondelinge opmerkingen ook

---

<sup>3775</sup> E. LANCKSWERDT, *Handboek burgerparticipatie*, Brugge, die Keure, 2009, 446-447.

<sup>3776</sup> E. LANCKSWERDT, *Handboek burgerparticipatie*, Brugge, die Keure, 2009, 73.

<sup>3777</sup> Betrokkenheid "slaat in algemene zin op het geïnteresseerd zijn voor of het begaan zijn met iets. Betrokkenheid kan zich manifesteren onder de vorm van beleidsbeïnvloeding (o.a. door deelname aan participatieprocessen), maar zij kan ook op andere manieren tot uiting komen, bv. door zich zorgvuldig te informeren over het beleid", zie E. LANCKSWERDT, *Handboek burgerparticipatie*, Brugge, die Keure, 2009, 42.

<sup>3778</sup> E. LANCKSWERDT, *Handboek burgerparticipatie*, Brugge, die Keure, 2009, 71.

<sup>3779</sup> F. SCHRAM, *Burger en bestuur. Een introductie tot een complexe verhouding*, Brussel, Politeia, 2014, 261-262; E. LANCKSWERDT, *Handboek burgerparticipatie*, Brugge, die Keure, 2009, 71. S. OVERTON, "The Participation Interest", *The Georgetown Law Journal* 2011-2012, (1259) 1274: "Participation exposes decisionmakers to a variety of ideas and viewpoints, ensuring fully informed decisions".

<sup>3780</sup> S. OVERTON, "The Participation Interest", *The Georgetown Law Journal* 2011-2012, (1259) 1273.

aanvaard worden. De regulator dient nadien ook verantwoording af te leggen: zo moet worden aanbevolen dat de regulator alle opmerkingen online publiceert, samen met een consultatieverslag, dat de regulator eveneens kan toelichten op een feedbackvergadering. Enkel op die manier zijn de verschillende marktpartijen voldoende geïnformeerd over de belangenafweging die de regulator heeft verricht. Door de marktpartijen zoveel mogelijk te betrekken bij het beslissingsproces en uitleg te geven over de genomen beslissing is bovendien de kans kleiner dat er nadien procedures bij de rechtscollèges worden opgestart (betere preventieve rechtsbescherming).

**1287.** Het is essentieel om de diverse marktpartijen ook te betrekken bij het toekomstige energiebeleid en de effecten daarvan op de werking van de energieregulators. Initiatieven zoals een beleidsforum, klankbordgroepen, reflectiegroepen zorgen eveneens voor meer kwalitatieve of meer inhoudelijke legitimiteit. Bovendien worden dergelijke instrumenten nadrukkelijk gekenmerkt door meerzijdige dialoog, zowel tussen de verschillende marktpartijen als tussen de marktpartijen en de regulator zelf. Een Algemene Raad of een Adviesraad formuleert dan wel adviezen en zorgt voor dialoog tussen de marktpartijen, maar betreft onvoldoende de regulator zelf. Dergelijke instanties worden dan ook beter omgevormd tot een overleg dat plaatsvindt in de schoot van de energieregulator, georganiseerd en gefaciliteerd door de regulator zelf. Op die manier wordt de bal namelijk in het kamp van de regulator gelegd en fungeert de regulator ook daadwerkelijk als procesbegeleider, waarbij hij de dialoog moet mogelijk maken en het kader voor deze dialoog moet creëren.

**1288.** Het wordt zowel aan de VREG, CWaPE als Brugel aanbevolen om hun werkingsregels m.b.t. de consultaties en raadplegingen (maar ook met betrekking tot de vertrouwelijke informatie als de motivering) in hun huishoudelijk reglement op te nemen. Dit zorgt ervoor dat de regels zelf ook voldoende transparant en kenbaar zijn. Deze huishoudelijke reglementen zouden nadien steeds in het Belgisch Staatsblad gepubliceerd moeten worden (dit is reeds zo bij de VREG).

**1289.** Bovendien moet het ook aanbevolen worden dat de wetgever aan de energieregulators de ruimte laat om zelf hun procedureregels vast te leggen in het kader van het overleg met betrekking tot de tarieven. Ook de Raad van State stelde vast dat de gedetailleerde regeling van dit overleg het optreden van de regulator teveel beperkt. Het garanderen van de onafhankelijkheid van de energieregulator impliceert dat de wetgever zich ervan onthoudt om te interfereren in de werkwijze van de regulator en dat hij het zoveel mogelijk aan

de regulator overlaat om, in overleg met de betrokken partijen, de procedure zelf vast te stellen.<sup>3781</sup>

**1290.** Daarnaast moet nog worden opgemerkt dat over het algemeen blijkt dat consumenten(organisaties), non-profitorganisaties (zowel milieuorganisaties of organisaties voor duurzame energie), maar ook kleine ondernemers, vaak ondervertegenwoordigd zijn, zowel bij de consultaties als bij het overleg. De netbeheerders, producenten en grootverbruikers hebben vaak meer financiële middelen en slagkracht om hun belangen te vertegenwoordigen.<sup>3782</sup> Aangezien onevenwichtige participaties ervoor kunnen zorgen dat de regulator zich teveel richt op één spectrum van de belangen, is het noodzakelijk dat de kleinere spelers een tegengewicht kunnen bieden. In dit onderzoek wordt de voorkeur gegeven aan het opstellen van eigen (werkings)regels door de regulator. Om inbreng van de consument te verzekeren is het dan ook niet steeds noodzakelijk dat de wetgever optreedt om bepaalde instellingen of organisaties te verplichten om op te treden. De vereiste om te consulteren of te overleggen kan wel degelijk voortvloeien uit wet- of regelgeving, maar er kan ook vorm aan worden gegeven door de interne regels van het bestuur of de praktijk van het bestuur.<sup>3783</sup> Om inbreng van de kleinere marktspelers te verzekeren is het van belang dat de regulator zelf een kader hieromtrent creëert. Het is immers de taak van de energieregulator om alle daadwerkelijke belangen tegen elkaar af te wegen en op die manier met volledige kennis te beslissen. Dit zorgt ervoor dat het initiatief ter zake voornamelijk bij de energieregulator ligt (hoewel er uiteraard ook goodwill en interesse van de kleinere marktspelers aanwezig moet zijn). Zo kan de regulator, bv. in het kader van een beleidsplatform, een vrijwillig akkoord afsluiten met bepaalde organisaties om hun vertegenwoordiging extra te waarborgen. Bovendien kan in het huishoudelijk reglement ook een artikel worden opgenomen waarin wordt vermeld welke doelgroepen ten eerste worden aangemoedigd om op de consultaties te antwoorden of aan een beleidsplatform of reflectievergaderingen deel te nemen.

**1291.** Tot slot moet nog worden opgemerkt dat ook de inbreng van individuele consumenten kan worden vergroot, door bv. de consultaties of raadplegingen steeds te voorzien van een (eenvoudig geredigeerde) samenvatting en door ook het taalgebruik toegankelijker te maken. Zo kan getracht worden om de concrete vraagstelling ten aanzien van de consument eenvoudiger te formuleren. Bovendien kan de regulator ook verschillende opties of scenario's met de mogelijke uitkomst of gevolgen voorstellen, waardoor het voor de

---

<sup>3781</sup> Adv.RvS. nr. 49 570/3 van 31 mei 2011 bij het wetsonderwerp tot wijziging van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, *Parl.St.* Kamer 2010-2011, 1725/001, 284.

<sup>3782</sup> S. LAVRIJSEN, *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 449.

<sup>3783</sup> N. PLEMING, "Consultation", *Judicial Review* 2010, afl. 2, (125) 125.



consument misschien eenvoudiger is om enkel tussen deze opties een keuze te moeten maken.

## **J. BESLUIT**

**1292.** De democratische en legitieme inbedding van onafhankelijke markttoezichthouders in een democratische rechtsstaat krijgt veel aandacht. Hoewel hun bestaan ons vanuit Europa werd opgelegd, vervullen energieregulatoren vandaag voornamelijk op nationaal niveau een belangrijk rol. Onafhankelijke "waakhonden" vormen immers een essentiële schakel bij het afwegen van alle relevante belangen die er op de energiemarkt aanwezig zijn. Hun aanwezigheid creëert een *level-playing-field* en garandeert een onpartijdige en non-discriminatoire behandeling van alle marktpartijen. Het is dan ook cruciaal dat deze onafhankelijke regulatoren juridisch op een correcte en legitieme manier worden ingebed in ons nationaal rechtssysteem. Wanneer hun plaats binnen de democratische rechtsstaat en de *trias politica* duidelijk vastligt, zal de kritiek ten aanzien van de energieregulator als entiteit wegebben. Helemaal vrij van kritiek zal de regulator evenwel nooit kunnen opereren, aangezien hij zich net begeeft binnen een spanningsveld van verschillende belangen en meningen. Kritiek (maar ook dialoog) is inherent verbonden aan markttoezicht. Het is van belang dat de regulator zich hier tegen wapent, zodat hij niet onderworpen wordt aan *capture*. De onafhankelijkheid van de regulator is een eerste vereiste om zijn taak correct en goed uit te oefenen. Deze onafhankelijkheid roept ook vragen op en zorgt voor een spanningsveld tussen het EU-recht en de nationale rechtsorde. Dit onderzoek heeft trachten aan te tonen dat beide rechtsorden nader tot elkaar kunnen worden gebracht door de concepten van de legitimiteit en verantwoording ruimer te bekijken. Daarbij mag de nadruk niet alleen worden gelegd op de democratische legitimiteit en de democratische verantwoording als electorale component. Het maatschappelijk vertrouwen en de inbreng van de stakeholders (maatschappelijke en inputlegitimiteit), samen met de efficiëntie van de besluitvorming en de expertise van energieregulatoren (outputlegitimiteit), en de procedurele waarborgen zoals de motivering en de openbaarheid (procedurele legitimiteit) representeren evengoed de democratische legitimiteit van de energieregulatoren. Het gaat daarbij evenwel niet om een electorale component, maar wel om een *deliberatieve* component van de democratische legitimiteit. Democratie omvat immers meer dan de loutere volksvertegenwoordiging.

**1293.** De vereiste politieke onafhankelijkheid zorgt er evenwel voor dat administratief toezicht niet verenigbaar is met de autonome positie die de regulatoren innemen. Dit heeft onrechtstreeks en ongewild ook tot gevolg dat de ministeriële verantwoordelijkheid wordt uitgehold en de parlementaire controle wordt verzwakt. Om dit dilemma op te lossen (of misschien eerder te vermijden) en om de democratische legitimiteit van de energieregulatoren tegelijk te

versterken brengt men de energieregulatoren dan ook best onder bij het parlement zelf.

**1294.** Deze verhuis mag echter niet resulteren in een "opslorping" van de regulator door het parlement. Er moeten voldoende waarborgen aanwezig zijn die garanderen dat de energieregulator ook onder het parlement zijn opdrachten onafhankelijk kan blijven vervullen.<sup>3784</sup> De energieregulator mag geen instrument worden dat dient ter controle van de regering.<sup>3785</sup> Daartegenover staat eveneens dat het onderbrengen van de regulator bij het parlement er ook niet in mag resulteren dat er geen controle meer wordt uitgeoefend door het parlement op de regulator. De legimiteit van de regulator wordt pas echt versterkt wanneer zijn onafhankelijkheid ook de verantwoording als tegengewicht heeft. Deze verantwoording gaat verder dan alleen de verantwoording via het toezicht uitgeoefend door het parlement. Ook de uitgebreide rechterlijke controle op de (invididuele) beslissingen van de energieregulator speelt een cruciale rol. Daarnaast moet ook de rechtstreekse input van de stakeholders en de burgers zorgen voor een democratische inbreng of verantwoording. Het verdient ten aanzien van de energieregulatoren evenwel sterk de aanbeveling om dit aspect inzake verantwoording nog sterker uit te werken, door o.a. de consumenten meer bij de besluitvorming te betrekken.

**1295.** Concluderend kan gesteld worden dat de politieke onafhankelijkheid van de energieregulatoren en het ontbreken van politiek administratief toezicht volgens dit onderzoek gecompenseerd kan worden door verschillende andere vormen van toezicht en controle.

---

<sup>3784</sup> Zie de kritiek in verband met de benoemingsprocedure via de fracties en de lijst met niet-delegeerbare taken.

<sup>3785</sup> W-F. SCHILTZ: "Niemand trekt in twijfel dat de regulator onafhankelijk moet zijn. Bovendien is dat een vereiste die Europa ons oplegt. De regulator is geen nieuw systeem of orgaan. Er bestaan al veel en goed werkende regulatoren die nagenoeg allemaal onder het parlement ressorteren, en dat is ook evident. Het parlement heeft de taak om de regering te controleren. Daarbij vormen de regulator en zijn rapporten een uitstekend instrument. Ik juich de plannen dus toe om de regulator onder te brengen bij dit huis", zie Vr. en Antw. *VI. Parl.* 2014-2015, 10 juni 2015, (vraag nr. 396 A. GRYFFROY en nr. 397 R. BOTHUYNE).

## BIBLIOGRAFIE

### 1. Rechtspraak

#### 1.1. Europees

##### 1.1.1. *Het Hof van Justitie en het Gerecht van de Europese Unie*

- HvJ 15 juli 1964, nr. C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66.  
HvJ 17 december 1970, nr. C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114.  
HvJ 11 april 1978, nr. C-100/77, ECLI:EU:C:1978:78.  
HvJ 6 mei 1980, nr. C-102/79, ECLI:EU:C:1980:120.  
HvJ 7 december 2000, nr. C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669.  
HvJ 15 februari 2005, nr. C-12/03, ECLI:EU:C:2005:87.  
HvJ 13 september 2007, nr. C-260/04, ECLI:EU:C:2007:508.  
HvJ 22 november 2007, C-525/04, ECLI:EU:C:2007:698.  
HvJ 10 juli 2008, C-413/06, ECLI:EU:C:2008:392.  
HvJ 11 september 2008, nr. C-75/05 P en C-80/05 P, ECLI:EU:C:2008:482.  
HvJ 13 november 2008, nr. C-227/07, ECLI:EU:C:2008:620.  
HvJ 29 oktober 2009, nr. C-474/08, ECLI:EU:C:2009:681.  
HvJ 3 december 2009, nr. C-424/07, ECLI:EU:C:2009:749.  
HvJ 9 maart 2010, nr. C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125.  
HvJ 29 juni 2010, nr. C-441/07, ECLI:EU:C:2010:377.  
HvJ 9 september 2010, nr. C-64/08, ECLI:EU:C:2010:506.  
HvJ 2 december 2010, nr. C-464/09, ECLI:EU:C:2010:733.  
HvJ 16 oktober 2012, nr. C-614/10, ECLI:EU:C:2012:631.  
HvJ 11 juli 2013, nr. C-439/11 P, ECLI:EU:C:2013:513.  
HvJ 8 april 2014, nr. C-288/12, ECLI:EU:C:2014:237.  
HvJ 6 oktober 2015, nr. C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650.  
HvJ 8 maart 2016, nr. C-431/14 P, ECLI:EU:C:2016:145.  
HvJ 7 april 2016, nr. C-184/14 en C-193/14, ECLI:EU:C:2016:209.  
HvJ 2 juni 2016, nr. C-27/15, ECLI:EU:C:2016:404.  
HvJ 28 juli 2016, nr. C-240/15, ECLI:EU:C:2016:608.  
HvJ 19 oktober 2016, nr. C-424/15, ECLI:EU:C:2016:780.  
Ger.EU. 6 juli 2010, T-342/07, EU:T:2010:280.  
Ger.EU. 8 mei 2012, T-158/10, ECLI:EU:T:2012:218.  
Ger.EU 29 januari 2014, T-528/09, ECLI:EU:T:2014:35.  
Ger.EU. 13 mei 2015, nr. T-162/10, ECLI:EU:C:2010:377.  
Concl.adv.gen. KOKOTT, bij HvJ 29 juni 2010, nr. C-441/07, ECLI:EU:C:2010:377 en ECLI:EU:C:2009:555.

Concl. Adv.Gen. COLOMER, bij HvJ 14 april 2005, nr. C-110/03, ECLI:EU:C:2005:223 en ECLI:EU:C:2004:815.

Concl. Adv.Gen. TIZZANO, bij HvJ 15 februari 2005, nr. C-12/03, ECLI:EU:C:2005:87 en ECLI:EU:C:2004:318.

Concl. Adv.Gen. CAMPOS SANCHEZ-BORDONA, bij HvJ 28 juli 2016, nr. C-240/15, ECLI:EU:C:2016:308 en ECLI:EU:C:2016:608.

Concl. Adv.Gen. BOT, bij HvJ 19 oktober 2016, nr. C-424/15, ECLI:EU:C:2016:503 en ECLI:EU:C:2016:780.

#### 1.1.2. *Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*

EHRM 7 november 2000, nr. 35605, *Kingsley/Verenigd Koninkrijk*.

EHRM 21 mei 2003, nr. 34619/97, *Janosevic/Zweden*.

EHRM 4 maart 2004, nr. 47650/99, *Silvester's Horeca Service/België*.

EHRM 21 juli 2011, nr. 32181/04 en 35122/05, *Sigma Radio and Television Ltd/Cyprus*.

EHRM 17 april 2012, nr. 21539/07, *Steininger t. Oostenrijk*.

#### 1.2. België

##### 1.2.1. *Hof van Cassatie*

Cass. 27 mei 1971, *Arr.Cass.* 1971, 959.

Cass. 13 september 1984, *Arr.Cass.* 1984-85, 81.

Cass. 25 mei 1999, AR P.99.0517.N.

Cass. 26 juni 2000, AR F.99.0142.F.

Cass. 24 januari 2002, AR C.00.0234.N en C.00.0442.N.

Cass. 6 mei 2002, AR S.01.0052.N.

Cass. 8 november 2002, AR C.00.0124.N.

Cass. 4 maart 2004, AR C.03.0449.N.

Cass. 10 mei 2004, AR S.02.0076.F.

Cass. 15 juni 2004, AR P.04.0237.N.

Cass. 9 november 2004, AR P.04.0849.N.

Cass. 16 november 2004, AR P.04.0644.N.

Cass. 21 januari 2005, AR C.02.0572.N.

Cass. 16 februari 2007, AR F.05.0015.N.

Cass. 16 februari 2007, AR C.04.0390.N.

Cass. 3 januari 2008, AR C.06.0322.N.

Cass. 4 november 2008, AR P.08.0081.N.

Cass. 15 oktober 2009, AR C.09.0019.N.

Cass. 11 maart 2010, AR C.09.0096.N.

Cass. 11 maart 2011, AR F.10.0020.N.  
Cass. 8 april 2011, AR F.10.0033.N.  
Cass. 17 mei 2013, AR F.11.0155.N.  
Cass. 24 januari 2014, AR C.10.0537.F.  
Cass. 12 december 2014, AR F.13.0133.N.  
Cass. 19 mei 2016, AR C.13.0256.N.

1.2.2. *Grondwettelijk Hof*

GwH 24 mei 1988, nr. 54/1988.  
GwH 18 november 1992, nr. 77/92.  
GwH 12 juli 1995, nr. 57/95.  
GwH 14 juli 1997, nr. 40/97.  
GwH 10 maart 1998, nr. 24/98.  
GwH 24 februari 1999, nr. 22/99.  
GwH 7 december 1999, nr. 128/99/.  
GwH 3 maart 2004, nr. 31/2004.  
GwH 16 juni 2004, nr. 105/2004.  
GwH 28 september 2005, nr. 150/2005.  
GwH 17 januari 2007, nr. 14/2007.  
GwH 20 juni 2007, nr. 86/2007.  
GwH 6 november 2008, nr. 157/2008.  
GwH 11 maart 2009, nr. 42/2009.  
GwH 18 november 2010, nr. 130/2010.  
GwH 16 december 2010, nr. 148/2010.  
GwH 30 maart 2011, nr. 44/2011.  
GwH 31 mei 2011, nr. 97/2011.  
GwH 8 maart 2012, nr. 37/2012.  
GwH 30 oktober 2012, nr. 134/2012.  
GwH 9 juli 2013, nr. 98/2013.  
GwH 7 augustus 2013, nr. 117/2013.  
GwH 10 oktober 2013, nr. 135/2013.  
GwH 13 november 2013, nr. 154/2013.  
GwH 21 november 2013, nr. 158/2013.  
GwH 16 januari 2014, nr. 5/2014.  
GwH 20 februari 2014, nr. 30/2014.  
GwH 10 juli 2014, nr. 104/2014.  
GwH 22 oktober 2015, nr. 147/2015.  
GwH 21 januari 2016, nr. 8/2016.

Gwh 18 februari 2016, nr. 25/2016.

1.2.3. *Raad van State*

RvS 5 november 1996, nr. 62.992.

RvS 29 juni 2006, nr. 160.761.

RvS 11 oktober 2007, nr. 175.620.

RvS 19 december 2007, nr. 178.023.

RvS 23 september 2008, nr. 186.443.

RvS 4 december 2008, nr. 188.456.

RvS 30 januari 2009, nr. 189.959.

RvS 17 februari 2009, nr. 190.605

RvS 17 februari 2009, nr. 190.606.

RvS 12 maart 2009, nr. 191.343.

RvS 13 mei 2009, nr. 193.267.

RvS 29 juni 2009, nr. 194.826.

RvS 2 juli 2009, nr. 195.047.

RvS 9 november 2009, nr. 197.672.

RvS 25 januari 2010, nr. 200.009.

Rvs 1 februari 2010, nr. 200.287.

RvS 1 februari 2010, nr. 200.294.

RvS 21 maart 2011, nr. 212.154.

RvS 7 april 2011, nr. 212.557.

RvS 25 mei 2010, nr. 204.252.

RvS 10 juli 2012, nr. 220.242.

RvS 1 februari 2013, nr. 222.344.

RvS 3 mei 2013, nr. 223.380.

RvS 28 juni 2013, nr. 224.180.

RvS 25 oktober 2013, nr. 225.262.

RvS 8 mei 2014, nr. 227.331.

RvS 15 mei 2014, nr. 227.421.

RvS 26 mei 2015, nr. 231.325.

RvS 26 mei 2015, nr. 231.326.

RvS 26 mei 2015, nr. 231.327.

RvS 24 maart 2015, nr. 230.608.

RvS 30 april 2015, nr. 231.090.

RvS 21 mei 2015, nr. 231.280.

RvS 3 maart 2016, nr. 234.002.

RvS 3 maart 2016, nr. 234.003.

#### 1.2.4. *Hof van beroep te Brussel*

Brussel 18 juni 2004, 2003/AR/2249, [www.bipt.be](http://www.bipt.be).  
Brussel 25 mei 2005, *RABG* 2007, afl. 5, 303-311, noot S. BOULLART.  
Brussel 27 oktober 2006, *RABG* 2007, afl. 5, 291, noot T. VANDEN BORRE.  
Brussel 27 februari 2007, *RABG* 2007, afl. 16, 1066.  
Brussel 5 maart 2007, 2006/AR/574, onuitg.  
Brussel 5 maart 2007, 2006/AR/575, onuitg.  
Brussel 5 maart 2007, 2006/AR/576, onuitg.  
Brussel 10 november 2008, 2007/AR/214, onuitg.  
Brussel 24 november 2008, 2007/AR/214, onuitg.  
Brussel 8 juni 2009, 2008/AR/3190, onuitg.  
Brussel 8 juni 2009, 2008/AR/3214, onuitg.  
Brussel 9 oktober 2009, 2009/RG/153, onuitg.  
Brussel 11 mei 2009, 2008/AR/143, onuitg.  
Brussel 10 juni 2010, *MER* 2010, afl. 4, 251.  
Brussel 14 september 2010, *MER* 2011, afl. 3, 200.  
Brussel 14 september 2011, 2010/AR/2356, [www.bipt.be](http://www.bipt.be).  
Brussel 17 april 2013, 2012/AR/273 [www.bipt.be](http://www.bipt.be).  
Brussel 18 december 2012, 2011/AR/976, onuitg.  
Brussel 6 februari 2013, *MER* 2013, afl. 4, 254, noot T. CHELLINGSWORTH en C. DELAGAYE  
Brussel 25 maart 2015, 2013/AR/1274, onuitg.  
Brussel 30 juni 2015, 2014/AR/750, onuitg.

#### 1.3. Nederland

CBb 29 juni 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM9470.  
CBb 4 april 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW2271.  
CBb 10 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:118.

#### 1.4. Verenigde Staten

*Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 2 L. Ed. 60 (1803).  
*Kilbourn v. Thompson*, 103 U.S. 168 (1880).  
*State v. Chicago, Milwaukee & St. Paul Railway Co.*, 38 Minn. 281 (1890).  
*Chicago, M. & St. P. Ry. Co. v. Minnesota*, 134 U.S. 418 (1890).  
*Interstate Commerce Commission v. Goodrich Transit Co.*, 224 U. S. 194, 224 U. S. 214 (1912).

*Myers v. United States*, 272 U.S. 52, 71 L. Ed. 160 (1926).  
*McGrain v. Daugherty*, 273 US 135 (1927).  
*J. W. Hampton, Jr. & Co. v. United States*, 1928. 276 U.S. 394 (1928).  
*Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602, 79 L. Ed. 1611 (1935).  
*Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952).  
*Watkins v. US*, 354 US 178 (1957).  
*Wiener v. United States*, 357 U.S. 349 (1958).  
*Barenblatt v. US*, 360 US 109 (1959).  
*United States v. Robel*, 389 U. S. 258, 389 U. S. 274 (1967).  
*United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974).  
*Eastland v. United States Servicemen's Fund*, 421 U.S. 491 (1975).  
*Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976).  
*Motor Vehicle Mfrs. Association v. State Farm Mut. Auto Ins.*, 463 U.S. 29, 43, 103 S.Ct. 2856, 2866, 77 L.Ed.2d 443 (1983).  
*Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, 462 US 919 (1983).  
*Chevron U.S.A. v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837 (1984).  
*International Union v. Donovan*, 746 F.2d 855 (1984).  
*Bowsher v. Synar*, 478 U.S. 714 (1986).  
*Commodity Futures Trading Commission v. Schor*, 478 U.S. 833, 856-57 (1986).  
*Chabal v. Reagan*, 841 F.2d 1216, 1219, 1222-23 (1988).  
*Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (1988).  
*Mistretta v. United States* 488 U.S. 361 (1989).  
*Lincoln v. Vigil*, 508 U.S. 182, 113 S. Ct. 2024, 124 L. Ed. 2d 101 (1993).  
*American Rivers v. FERC*, 201 F.3d at 1194 (1999).  
*Whitman v. American Trucking Associations (2001)*, 531 U.S. 457 (2001).  
*California Trout, et al. v. FERC*, 313 F.3d 1131, 1134 (2002).  
*City of Fremont v. FERC*, 336 F.3d 910, 914 (2003)  
*Bear Lake Watch v. FERC*, 324 F.3d at 1073 (2003).  
*California ex rel. Lockyer v. FERC*, 383 F.3d 1006 (2004).  
*California Department of Water Resources v. FERC*, 489 F.3d 1029, 1035 (2007).  
*Morgan Stanley Capital Group Inc. v. Public Utility District No. 1 of Snohomish County*, 471 F. 3d 1053 (2008).  
*Free Enterprise Fund v. Public Co. Accounting Oversight Board*, 537 F. 3d 667 (2010).  
*County of Butte California v. FERC*, 9th Cir. 2011, No. 10-70140 (2011).  
*Montana Consumer Counsel v. FERC*, 659 F.3d 910, 915 (2011).  
*West Deptford Energy, Llc, v. FERC*, No. 12-1340 (2014).  
*South Carolina Public Service Authority v. FERC*, No. 12-1232 (2014).  
*St. Paul Park Refining Co. Llc, Petitioner v. FERC*, No. 13-1302 (2015).



*Idaho Power Co. v. FERC*, No. 13-72220 (2015).

*FERC v. Electric Power Supply Association et al.*, 577 US (2016).

## 2. Rechtsleer

### 2.1. Boeken

ABERBACH, J., *Keeping A Watchful Eye: The Politics Of Congressional Oversight*, Washington D.C., Brookings Institution, 1990, 288 p.

AELLEN, M., *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 515 p.

ALEN, A. en DEVROE, W., *Preadvies: Verzelfstandiging van bestuurszaken in België*, Deventer, Tjeenk Willink, 1999, 172 p.

ALEN, A. en MUYLLE, K., *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2014, 376 p.

ALEN, A. en MUYLLE, K., *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 1055 p.

BATSELE, D., MORTIER, T. en SCARCEZ, M., *Algemeen administratief recht*, Brussel, Bruylant, 2012, 1031 p.

BATSELE, D., MORTIER, T. en SCARCEZ, M., *Initiation au droit constitutionnel*, Brussel, Bruylant, 2014, 669 p.

BEETHAM, D. en LORD, C., *Legitimacy and the European Union*, Londen, Longman, 1998, 144 p.

BELLEKOM, T., HERINGA, A., VAN DER VELDE, J. en VERHEY, L., *Compendium van het staatsrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 427 p.

BERNSTEIN, M., *Regulating Business by Independent Commission*, Princeton New Jersey, Princeton University Press, 1955, 306 p.

BLOCK, G. en JOHNSTON, A., *EU Energy Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 425 p.

BOES, M., *Preventieve rechtsbescherming bij bestuurlijke besluitvorming*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 1975, 368 p.

BOKHORST, M., *Bronnen van legitimiteit. Over de zoektocht van de wetgever naar zeggenschap en gezag*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 475 p.

BREGER, M. en EDLES, G., *Independent Agencies in the United States. Law, structure and politics*, New York, Oxford University Press, 2015, 562 p.

BURKENS, M., KUMMELING, H., VERMEULEN, B. en WIDDERSHOVEN, R., *Beginselen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Amsterdam, Kluwer, 2012, 418 p.

BUSUIOC, M., *The accountability of European agencies: legal provisions and ongoing practices*, Delft, Eburon, 2010, 262 p.

- CARPENTER, D., *The forging of bureaucratic autonomy: reputations, networks, and policy innovation in executive agencies, 1862-1928*, Princeton, Princeton University Press, 2001, 504 p.
- CLEMENT, J. en VAN DE PUTTE, M., *De Vierde Macht: de gespannen driehoeksverhouding tussen media, gerecht en politiek*, Groot-Bijgaarden, Globe, 1996, 150 p.
- COREMANS, H. en VANDAMME, M., *Beginselen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving*, Brugge, die Keure, 2001, 200 p.
- DAMEN, L., ALBERS, C., NICOLAÏ, P., DE GRAAF, K., JANS, J., KLAP, A., KLINGENBERG, A., MARSEILLE, A., OLIVIER, B., TOLSMA, H. EN VERMEER, R., *Bestuursrecht. Deel 1. Systeem, Bevoegdheid, Bevoegdheidsuitoefening, Handhaving*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2013, 826 p.
- DAVIES, A., *Accountability. A Public Law Analysis of Government by Contract*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 248 p.
- DE JONGE, E., *Amerikaans Staatsrecht. Beschouwingen over de rule of Law, staatsinstellingen en politiek in de Verenigde Staten van Noord-Amerika*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers (WLP), 2012, 308 p.
- DE PELSMAKER, T., GOEDERTIER, G., GOOSSENS, J., HAECK, Y. en VANDE LANOTTE, J., *Handboek Belgisch Publiekrecht. Deel I. Inleiding tot het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 791 p.
- DE SOMER, S. *The creation of autonomous public bodies from a European comparative legal perspective: international impulse, national restraint and how to reconcile these trends*, onuitg. Doctoraatsthesis Universiteit Antwerpen, 2015, 532 p.
- DE STAERCKE, J., *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap. Beginselen van de openbare dienst*, Brugge, Vanden Broele, 2002, 140 p.
- DE STAERCKE, J., *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Mechelen, Kluwer, 2004, 43 p.
- DEKETELAERE, K., DE COCK, K., DERIDDER, L. en VERHOOSEL, G., *Handboek energierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 312 p.
- DELPEREE, F., *De scheiding der machten: twee eeuwen na Montesquieu*, Brussel, Koning Boudewijnstichting, 1998, 187 p.
- DELVAUX, B., *EU Law and the Development of a Sustainable, Competitive and Secure Energy Policy. Opportunities and Shortcomings*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 457 p.
- DERIDDER, L., *De verdeling van elektriciteit en aardgas in België. Een nieuw wetgevend kader - een nieuwe rol voor de overheid?*, onuitg. doctoraatsthesis Rechten KU Leuven, 2002, 496 p.
- DERIDDER, L., *Handboek gas- en elektriciteitsliberalisering*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 631 p.
- DERIDDER, L., VAN HAEGENDOREN G. en SEUTIN, B., *De bevoegdheidsverdeling in het federale België. Deel 7. Het energiebeleid*, Brugge, die Keure, 2000, 82 p.
- DRAGSTRA, L., EFTHYMIU, N., HINS, A., DE LANGE, R., BELINFANTE, A. en DE REEDE, J., *Beginselen van het Nederlandse Staatsrecht*, Deventer, Kluwer, 2015, 422 p.

- DUJARDIN, J. en VANDE LANOTTE, J., *Basisbegrippen publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2004, 439 p.
- DUJARDIN, J., VANDE LANOTTE, J., GOOSSENS J. en GOEDERTIER, G., *Inleiding tot het publiekrecht. Basisbegrippen Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 461 p.
- DURVIAUX, A. en FISSE, D., *Droit administratif. Tome 1 – L'action publique*, Brussel, Larcier, 2011, 455 p.
- ELZINGA, D., DE LANGE, R. en HOOGERS, H., *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer, Kluwer, 2014, 1159 p.
- GERBRANDY, A., *Convergentie in het mededingingsrecht. De invloed van het EG-recht op materiële toepassing, toegang, bewijs en toetsing bij de Nederlandse mededingingsbestuursrechter, gezien in het licht van effectieve rechtsbescherming*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2009, 575 p.
- GILARDI, F., *Delegation in the Regulatory State. Independent Regulatory Agencies in Western Europe*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008, 186 p.
- GORLE, F., BOURGEOIS, G., BOCKEN, H., DE BONDT, W., LEMMENS, K. en REYNTJENS, F., *Rechtsvergelijking*, Mechelen, Kluwer, 2007, 359 p.
- HERINGA, A., *Boom Basics Staatsrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2014, 192 p.
- HERINGA, A., VAN DER VELDE, J., VERHEY, L. en VAN DER WOUDE, W., *Staatsrecht*, Deventer, Kluwer, 2012, 436 p.
- KORTMANN, C., *Constitutioneel recht*, Deventer, Kluwer, 2008, 593 p.
- LANCKSWEEERDT, E., *Handboek burgerparticipatie*, Brugge, die Keure, 2009, 654 p.
- LAUVAUX, P., *Les grandes démocraties contemporaines*, Parijs, PUF, 1990, 713 p.
- LAVRIJSSSEN, S., *Onafhankelijke mededingingstoezichthouders, regulerende bevoegdheden en de waarborgen voor good governance*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2006, 577 p.
- LORCH, R. *Democratic Process and Administrative Law*, Detroit, Wayne State University Press, 1980, 278 p.
- LUBBERDINK, H., *De betekenis van de ministeriële verantwoordelijkheid voor de organisatie van het openbaar bestuur*, Deventer, Kluwer, 1982, 196 p.
- LUST, S., *Rechtsbescherming tegen de (administratieve) overheid. Een inleiding*, Brugge, die Keure, 2014, 184 p.
- MACKENZIE, G., *Innocent Until Nominated: The Breakdown of the Presidential Appointments Process*, Washington D.C., Brookings Institution Press, 2001, 279 p.
- MAGGETTI, M., *Regulation in Practice. The de facto independence of regulatory agencies*, Colchester, ECPR Press, 2012, 264 p.
- MAST, A. en DUJARDIN, J., *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, Leuven, Story-Scientia, 1981, 591 p.

- MAST, A., DUJARDIN, J., VAN DAMME, M. en VANDE LANOTTE, J., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 1375 p.
- MAST, A., DUJARDIN, J., VAN DAMME, M. en VANDE LANOTTE, J., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1459 p.
- MCGREW, J., *Basic Practice Series: FERC Federal Energy Regulatory Commission*, Chicago, ABA Publishing, 2009, 294 p.
- MORAN, M. *The British Regulatory State: High Modernism and Hyper-Innovation*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 252 p.
- MORRIS, R., *Seven Who Shaped Our Destiny: The Founding Fathers as Revolutionaries*, New York, Harper & Row, 1973, 334 p.
- MULGAN, R., *Holding power to account: accountability in modern democracies*, Hampshire – New York, Palgrave Macmillan, 2003, 253 p.
- OLSON, M., *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, 186 p.
- OPDEBEEK, I. en COOLSAET, A., *Formele motivering van bestuurshandelingen*, Brugge, die Keure, 2013, 569 p.
- OPDEBEEK, I., *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, die Keure, 1992, 482 p.
- OTTOW, A., *Market and Competition Authorities. Good Agency Principles*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 280 p.
- OTTOW, A., *Telecommunicatietoezicht. De invloed van het Europese en Nederlandse bestuurs(proces)recht*, Den Haag, SDU Uitgeverij, 2006, 428 p.
- PENNARTS, H., *Beginnelsen van behoorlijk bestuur*, Apeldoorn, Maklu, 2008, 162 p.
- PEREZ-ARRIAGA, I-J., *Regulation of the Power Sector*, Londen, Springer, 2013, 728 p.
- PINTENS, W. *Inleiding tot de rechtsvergelijking*, Leuven, Universitaire Pers, 1998, 265 p.
- PEPÉLIÉRIÉ, P., *Democratisch regelgeven*, Antwerpen, Intersentia, 2001, 362 p.
- RAES, K. en VANDENDRIESSCHE, D., *Van rechtswege(n). Politieke en rechtsfilosofische stromingen door de eeuwen*, Gent, Academia Press, 2008, 149 p.
- S. VOGEL, *A political economy reader: markets as institutions*, New York, Routledge, 2008, 569 p.
- SCHARPF, F., *Governing in Europe: Effective and Democratic?*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 243 p.
- SCHILLEMANS, T., *Verantwoording in de schaduw van de nacht. Horizontale verantwoording bij zelfstandige uitvoeringsorganisaties*, onuitg. doctoraatsthesis Universiteit Utrecht, 2007, 344 p.
- SCHOLLEN, P., *De greep van de wetgever op de rechter*, Brugge, die Keure, 2011, 299 p.

- SCHOLTEN, M., *The Political Accountability of EU Agencies: Learning from the US Experience*, Maastricht, Universitaire Pers Maastricht, 2014, 401 p.
- SCHOLTEN, M., *The Political Accountability of EU and US Independent Regulatory Agencies*, Nijhoff, Brill, 2014, 365 p.
- SCHOLTES, E., *Transparantie, icoon van een dolende overheid*, Den Haag, Boom Lemma, 2012, 345 p.
- SCHRAM, F., *Burger en Bestuur. Een introductie tot een complexe verhouding*, Brussel, Politeia, 2014, 664 p.
- SCHRAM, F., *De federale openbaarheidswetgeving. Een introductie*, Brussel, Politeia, 2010, 184 p.
- STEVENS, D., *Toezicht in de elektronische communicatiesector. Constitutionele en institutionele aspecten van de wijzigende rol van de overheid*, Gent, Larcier, 2010, 581 p.
- STROINK, F., *Het leerstuk der deconcentratie*, 's-Gravenhage, VUGA, 1978, 242 p.
- TALUS, K., *EU Energy Law and Policy*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 317 p.
- THEUNIS, J., *De exceptie van onwettigheid: onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat in Administratieve Rechtsbibliotheek*, Brugge, die Keure, 2011, 777 p.
- THEUNIS, J., *De exceptie van onwettigheid: onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, Brugge, die Keure, 2011, 777 p.
- THIJS, R., *Openbaarheid van bestuur. De werking van het Vlaams Openbaarheidsdecreet in de bestuurspraktijk*, Gent, Larcier, 2011, 271 p.
- TRIBE, L., *American Constitutional Law*, New York, Foundation Press, 2000, 1470 p.
- UYTTENDAELE, M., *Trente leçons de droit constitutionnel*, ULB, Bruylant, 2014, 1057 p.
- VALCKE, P., *Digitale Diversiteit – Convergentie van Media-, Telecommunicatie- en Mededingingsrecht*, Brussel, Larcier, 2004, 828 p.
- VAN BAREN, E., *Macht, Media en Montesquieu. Over nieuwe vormen van publieke macht en machtsevenwicht*, Leiden, Leiden University Press, 2009, 332 p.
- VAN DER MEULEN, B. en OTTOW, A., "Toezicht op markten. Preadvies", VAR-reeks 130, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers 2004, 242 p.
- VAN DER MEULEN, B. en OTTOW, A., "Toezicht op markten. Verslag", VAR-reeks 131, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2004, 89 p.
- VAN LAER, C. *Het nut van comparative begrippen. Een studie omtrent de toepassing van begrippen in de rechtsvergelijking*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 228 p.
- VANDAELE, A-S., *De volle rechtsmacht bij de beoordeling van bestuurshandelingen*, Brugge, die Keure, 2014, 104 p.
- VANDAMME, M. *Elementen van legisprudentie. Bedenkingen bij het moderne wetgevingsbedrijf*, Brussel, Larcier, 2010, 242 p.

VANDE LANOTTE, J. en GOEDERTIER, G., *Handboek van het Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2007, 142.

VANDE LANOTTE, J. en GOEDERTIER, G., *Inleiding tot het publiekrecht. Deel II. Overzicht Publiekrecht*, Brugge, dieKeure, 2007, 1576 p.

VELAERS, J., *De Grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving: vijftig jaar adviezen aan wetgevende vergaderingen, in het licht van de rechtspraak van het Arbitragehof*, Antwerpen, Maklu, 1999, 1034 p.

VERMEULE, A., *Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory Of Legal Interpretation*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2006, 333 p.

VIENNE, A., *Le quatrième pouvoir: la presse - son évolution, son influence*, Bruxelles, L'Eglantine, 1930, 167 p.

ZIJLSTRA, S., *Bestuurlijk Organisatierecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2009, 358 p.

ZIJLSTRA, S., *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat: een onderzoek naar democratische rechtsstatelijke en positiefrechtelijke aspecten van het gebruik van zelfstandige bestuursorganen*, 's-Gravenhage, VUGA, 1997, 513 p.

ZWEIGERT, K. en KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law*, New York, Oxford University Press, 1998, 744 p.

## 2.2. Bijdragen in verzamelwerken

ACKERMAN, S., "Policymaking accountability: parliamentary versus presidential systems" in D. LEVI-FAUR, *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, 171-184.

MITNICK, B., "Capturing 'capture': definition and mechanisms" in D. LEVI-FAUR, *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, 34-49.

ALEN, A., "De trias politica in grondwettelijk perspectief" in A. ALEN en L. WINTGENS (eds.), *De Trias Politica ruimer bekeken...*, Brussel, Larcier, 2000, 25-49.

ALLENDESALAZAR, R., "Does Merger to Monopoly Become Efficient When it Refers to Sector Regulators and the Competition Authority?" in P. LOWE en M. MARQUIS (eds.), *European Competition Law Annual 2012. Competition, Regulation and Public Policies*, Oxford, Hart Publishing, 2014, 103-112.

ANDERSEN, R., "La Cour d'appel de Bruxelles, Cour du contentieux économique" in D. DEOM, P. NIHOUL en D. RENDERS, *Liber Amicorum Paul Martens: l'humanisme dans la résolution des conflits : utopie ou réalité?*, Brussel, Larcier, 715-732.

BESSELINK, L., "Aard en grondslag van de ministeriële verantwoordelijkheid" in Interuniversitair Centrum voor Staatsrecht (ed.), *De ministeriële verantwoordelijkheid*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 119-134.

BIRCHFIELD, V. en DUFFIELD, J., "The Recent Upheaval in EU Energy Policy" in V. BIRCHFIELD en J. DUFFIELD (eds.), *Toward a Common European Union Energy Policy. Problems, Progress, and Prospects*, New York, Palgrave MacMillan, 2011, 1-9.

BLACK, J., "The role of risk in regulatory processes", in R. BALDWIN, M. CAVE en M. LODGE, *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 302-348.

- BOES, M., "Het redelijkheidsbeginsel", in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 175-199.
- BOES, M., "Rechter en bestuur. Redelijkheid, zorgvuldigheid en marginale toetsing", in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story-Scientia, 1986, 1-10.
- BOUCQUEY, P. en DE BROUX, P-O., "Les recours juridictionnels contre les décisions des autorités de régulation" in H. DUMONT, P. JADOUL en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *La protection juridictionnels du citoyen face à l'administration*, Brussel, La Charte, 2007, 211-313.
- BOVENS, M. en SCHELTEMA, M., "Rechtsstatelijke redeneerpatronen" in W. DERKSEN, M. EKELENKAMP, F. HOEFNAGEL EN M. SCHELTEMA (eds.), *Over publieke en private verantwoordelijkheden*, WRR Voorstudies en Achtergronden, Den Haag, Sdu Uitgevers, 1999, 137-174.
- BOVENS, M. en SCHILLEMANS, T., "Publieke verantwoording. Begrippen, vormen en beoordelingskaders" in M. BOVENS en T. SCHILLEMANS (eds.), *Handboek publieke verantwoording*, Den Haag, Boom Lemma, 2009, 19-34.
- BOXUM, J., "Ministeriële verantwoordelijkheid en zelfstandige bestuursorganen" in D. ELZINGA (ed.), *Ministeriële verantwoordelijkheid in Nederland*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, 257-277.
- BRADLEY, A. en PINELLI, C., "Parliamentarism" in M. ROSENFELD en A. SAJO (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 650-669.
- CANE, P., "Judicial Review and Merits Review: Comparing Administrative Adjudication by Courts and Tribunals" in S. ROSE-ACKERMAN en P. LINDSETH (eds.), *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar, 2010, 426-448.
- CASALINI, B., "Popular Sovereignty, the Rule of Law, and the "Rule of Judges" in the United States" in P. COSTA en D. ZOLO (eds.), *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, Dordrecht, Springer, 2007, 201-236.
- CROLEY, S., "Beyond capture: towards a new theory of regulation" in D. LEVI-FAUR, *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, 50-69.
- D'HOOGHE, D. en DE KEYSER, P., "Het continuïteitsbeginsel en het veranderlijkheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK en M. VANDAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 363-396.
- DELPEREE, F., "Les développements récents de la responsabilité ministérielle en Belgique" in Interuniversitair Centrum voor Staatsrecht (ed.), *De ministeriële verantwoordelijkheid*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 11-16.
- DE RU, H., "Overheidsbemoeyenis met prijzen, een algemene inleiding", in H. DE RU (ed.), *Tarieven. Regelgeving en toezicht*, Den Haag, Sdu, 2003, 1-32.
- DE SCHEPPER, V., "De bevoegdheidsoverdrachten inzake leefmilieu en energie" in A. ALEN, B. DALLE, K. MUYLLE, W. PAS, J. VAN NIEUWENHOVE en W. VERRIJDT (eds.), *Het federale België na de Zesde Staatshervorming*, Brugge, die Keure, 2014, 503-519.
- DE SOMER, S., "De invloed van het EU-recht op het Belgische bestuurlijke organisatierecht: de (politieke) onafhankelijkheid van nationale toezichhouders" in B.

DELVAUX, B. VANHEUSDEN en K. WAUTERS, *Invloed van het EU-recht op het Belgisch bestuursrecht*, Brugge, dieKeure, 2014, 101-149.

DELVAUX, B. en VAN DRIESSCHE, L., "Belgisch kader van toepassing op de elektriciteits- en gasmarkt: EU's mini me?" in B. DELVAUX, B. VANHEUSDEN en K. WAUTERS, *Invloed van het EU-recht op het Belgisch bestuursrecht*, Brugge, dieKeure, 2014, 189-263.

DELVAUX, B., "De specifieke beroepsprocedure tegen de beslissingen van de CREG" in T. VANDEN BORRE (ed.), *De vrijmaking van de elektriciteits- en gasmarkt: de federale in een stroomversnelling*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 211-249.

DELVAUX, B., "De specifieke beroepsprocedure tegen de beslissingen van de CREG" in T. VANDEN BORRE (ed.), *De vrijmaking van de elektriciteits- en de gasmarkt: de federale wetgeving in een stroomversnelling?*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 211-249.

DERIDDER, L., "Gewestelijke energiewetgeving: de draad kwijt" in K. DEKETELAERE (ed.) *Jaarboek Energierecht 2002*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 89-155.

DEVROE, W., "Toezicht op de vrije mededinging in de Belgische energiemarkt" in K. DEKETELAERE (ed.), *Jaarboek Energierecht 2002*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 211-241.

DEWAELE, F. en NIJS, K., "Recente ontwikkelingen in het Vlaamse energierecht anno 2015: When the chickens come home to roost?" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 65-158.

DEWAELE, F., "Recente ontwikkelingen in het Vlaamse energierecht: omnia mutantur, nihil interit" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX, *Jaarboek energierecht 2014*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 205-241.

DOLLE, A., "De geschiedenis van de Nederlandse ministeriële verantwoordelijkheid op de hoofdlijnen" in D. ELZINGA (ed.), *Ministeriële verantwoordelijkheid in Nederland*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, 1-30.

DUMONT, H., "La Constitution et le contrôle parlementaire des délégations de pouvoirs aux autorités administratives. Pour un renouveau du régime parlementaire belge à l'heure de la gouvernance" in A. ALEN, A. RAINER en M. BOSSUYT (eds.), *De Grondwet: verleden, heden en toekomst*, Brussel, Bruylant, 2006, 59-70.

DUMONT, H., "La Constitution et le contrôle parlementaire des délégations de pouvoirs aux autorités administratives. Pour un renouveau du régime parlementaire belge à l'heure de la gouvernance" in A. ALEN, A. RAINER en M. BOSSUYT (eds.), *De Grondwet: verleden, heden en toekomst*, Brussel, Bruylant, 2006, 59-70.

EIKELAND, P., "EU Internal Energy Market Policy" in V.L. BIRCHFIELD en J.S. DUFFIELD (eds.), *Toward a Common European Union Energy Policy. Problems, Progress, and Prospects*, New York, Palgrave MacMillan, 2011, 13-40.

ELZINGA, D., "De doctrine van de politieke ministeriële verantwoordelijkheid. Over de verhouding tussen staatsrechtelijke normen en de politieke praktijk" in Interuniversitair Centrum voor Staatsrecht (ed.), *De ministeriële verantwoordelijkheid*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 29-42.

ELZINGA, D., "De politieke ministeriële verantwoordelijkheid" in D. ELZINGA (ed.), *Ministeriële verantwoordelijkheid in Nederland*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1994, 31-49.



EMMERECHTS, S., "De recente ontwikkelingen in het Europees energiebeleid en het Europees energierecht" in K. DEKETELAERE (ed.), *Jaarboek Energierecht 2004*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 1-38.

GEKIERE, J., "De recente voorstellen tot wijziging van de Europese regelgeving" in K. DEKETELAERE (ed.), *Jaarboek Energierecht 2002*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 1-36.

GERADIN, D., "The Development of European Regulatory Agencies: Lessons from the American Experience", in D. GERADIN, R. MUNOZ en N. PETIT (eds.), *Regulation through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, 215-245.

GILARDI, F. en MAGGETTI, M., "The independence of regulatory authorities" in D. LEVI-FAUR, *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, 201-214.

HAMMOND, E. GARRETT, E. en MAGILL, E., "Judicial Review of Statutory Issues under the Chevron Doctrine", in M. HERZ, R. MURPHY en K. WATTS (eds.), *A guide to Judicial and Political Review of Federal Agencies*, Chicago Illinois, American Bar Association, 2015, 65-100.

HANCHER, L. en LAROUCHE, P., "The coming of age of EU regulation of network industries and services of general economic interest" in P. CRAIG en G. DE BURCA (eds.), *The evolution of EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 743-781.

HERINGA, A. en VERHEY, L., "Independent Agencies and Political Control" in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), *Agencies in European and Comparative Law*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 155-169.

JANSEN, N., "Comparative Law and Comparative Knowledge" in M. REIMANN en R. ZIMMERMAN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 305-338.

KUMMELING, H. en DUIJKERSLOOT, T., "Agencies and the Netherlands" in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), *Agencies in European and Comparative Law*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 79-107.

LAVRIJSSSEN, S. en OTTOW, A., "The Legality of Independent Regulatory Authorities" in L. BESSELINK, F. PENNINGEN en S. PRECHAL (eds.), *The eclips of the legality principle in the European Union*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, 73-96.

LAVRIJSSSEN, S., "An Analysis of the Constitutional Position of the US Independent Agencies" in R. CARANTA, D. FAIRGRIEVE en M. ANDENAS (eds.), *Independent Administrative Authorities*, London, British Institute of International and Comparative Law 2004, 1-45.

LAW, M. en KIM, S., "The Rise of the American Regulatory State: A View from the Progressive Era" in D. LEVI-FAUR, *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2013, 113-128.

LEMMENS, P., "Enkele beschouwingen bij de zogenaamde "volle rechtsmacht" van de rechter bij de toetsing van administratieve sancties", in D. DHOOGHE, K. DE KETELAERE en A.M. DRAYE (eds.), *Liber Amicorum Marc Boes*, Brugge, die Keure, 2011, 393-410.

LEUS, K. en BAEYENS, A., "De hervorming van de Raad van State: over administratieve geldboeten en andere administratieve sancties, volle rechtsmacht en een eventuele hervormings- en substitutiebevoegdheid voor de Raad van State" in M. VAN DAMME (ed.), *De hervorming van de Raad van State*, Brugge, die Keure, 2014, 273-295.

LEUS, K., "Het zorgvuldigheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginnelsen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 101-129.

LODGE, M. en STIRTON, L., "Accountability in the regulatory state" in R. BALDWIN, M. CAVE en M. LODGE (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 349-370.

LODGE, M., "Accountability and transparency in regulation: critiques, doctrines and instruments" in J. JORDANA en D. LEVI-FAUR (eds.), *The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2004, 124-144.

LUST, A. en LUST, S., "Het grondrecht op een rechter met volle rechtsmacht" in X, *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 869-904.

MAGNETTE, P., "The Politics of Regulation in the European Union" in D. GERADIN, R. MUNOZ en N. PETIT (eds.), *Regulation through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, 3-22.

MAREEN, D., "Het motiveringsbeginsel", in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginnelsen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 131-173.

MARQUIS, M. en MILUTINOVIC, V., "Competition, Regulation and Public Policy: An Overview" in P. LOWE en M. MARQUIS (eds.), *European Competition Law Annual 2012. Competition, Regulation and Public Policies*, Oxford, Hart Publishing, 2014, xiii-xxx.

MUYLLE, K., "Het Grondwettelijk delegatieverbod en het Unierecht: welke democratisch verkozen beraadslagende vergadering?" in A. ALEN en J. THEUNIS (eds.), *De Europese dimensie in het Belgisch publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2012, 317-353.

NICOLAÏDES, P., "Regulation of Liberalised Markets: A New Role for the State?" in D. GERADIN, R. MUÑOZ en N. PETIT (eds.), *Regulation through Agencies in the EU. A New Paradigm of European Governance*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, 23-43.

NIHOUL, P., "Pouvoir réglementaire dérivé et dérivés du pouvoir réglementaire" in X (ed.), *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Brussel, Bruylant, 2007, 1123-1135.

OPDEBEEK, I., "De hoorplicht" in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginnelsen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 235-278.

PAREZ, P., "Impact van Remit Verordening 1227/2011 op de groothandelsmarkt voor energie" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2012*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 47-103.

PEPELIER, P. en VANDENBRUWAENE, W., "Leefmilieu, klimaat en energie" in J. VELAERS, J. VANPRAET, Y. PEETERS en W. VANDENBRUWAENE (eds.), *De zesde staats hervorming: instellingen, bevoegdheden en middelen*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 573-584.

PEPELIER, P. en VAN NIEUWENHOVE, J., "Decentralisering en privatisering van wetgeving" in J. DE MOT (ed.), *Liber amicorum Boudewijn Bouckaert Vrank en Vrij*, Brugge, die Keure, 2012, 261-286.

PEPELIER, P., "De verhouding tussen de Belgische Grondwet en het internationale recht", in X (ed.), *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Brussel, Bruylant, 2007, 1231-1254.

PEPELIER, P., "Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen", in I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 3-33.

RIMANQUE, K., "Ministeriële verantwoordelijkheid en parlementair onderzoek" in Interuniversitair Centrum voor Staatsrecht (ed.), *De ministeriële verantwoordelijkheid*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 43-51.

SCHIMMEL, M. en WIDDERSHOVEN, R., "Judicial Review after Tetra Laval: Some Observations from a European Administrative Law Point of View" in O. ESSENS, A. GERBRANDY en S. LAVRIJSEN (eds.), *National Courts and the Standard of Review in Competition Law and Economic Regulation*, Groningen, Europa Law Publishing, 2009, 51-78.

SCHOORS, T. en PACQUEE, D., "Het federale energierecht in 2009: overzicht van de belangrijkste ontwikkelingen" in K. DEKETELAERE EN B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2009*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 1-30.

SCHUURMANS, Y., "De toetsing van de feitenvaststelling in Europees perspectief" in T. BARKHUYSEN, W. DEN OUDEN en E. STEYGER (eds.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van het EG-recht*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2007, 115-142.

SELLERS, A., "Adjudication by federal agencies under the Administrative Procedure Act" in G. WARREN (ed.), *The Administrative Procedure Act and the Administrative Agencies*, New York, New York University School of Law, 1947, 524-534.

SENELLE, R., *Ministeriële verantwoordelijkheid en Ministeriële verantwoording in Administratief Lexicon*, Brugge, die Keure, 1984, 47-62.

SMITS, R., "Central Bank Independence and Accountability in the Light of EMU" in M. GIOVANOLI (ed.), *International Monetary Law. Issues for the New Millennium*, New York, Oxford University Press, 2000, 245-266.

STROM, K., "Parliamentary Democracy and Delegation" in K. STROM (ed.), *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, Oxford, Oxford University Press, 2004, 55-108.

TEN BERGE, J. en STROINK, F., "Politieke ministeriële verantwoordelijkheid voor ambtenaren en zelfstandige bestuursorganen" in Interuniversitair Centrum voor Staatsrecht (ed.), *De ministeriële verantwoordelijkheid*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 185-192.

THEUNIS, J., "De rechter geklemd tussen het beginsel van scheiding der machten en het vereiste van volle rechtsmacht?" in I. Cooreman (ed.), *De wettigheidstoets van art. 159 van de Grondwet*, Brugge, die Keure, 2010, 153-227.

VANDEN BORRE, T. en DELVAUX, B., "Recente ontwikkelingen in het federale energiebeleid en -recht: over de Elia-heffing, bijzondere ministerraden en de toekomst" in K. DEKETELAERE (ed.), *Jaarboek Energierecht 2004*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 39-90.

VANDEN BORRE, T., "De federale bijdrage in de vrijmaking van de elektriciteits- en gasmarkt" in K. DEKETELAERE (ed.), *Jaarboek Energierecht 2002*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 37-87.

VANDEN BORRE, T., "De omzetting van de bepalingen inzake de onafhankelijke energieregulator – Op weg naar Luxemburg?" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2010*, Intersentia, Antwerpen, 2011, 79-137.

VANDEN BORRE, T., "De zoektocht naar de heilige graal in de energieretailmarkt" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX, *Jaarboek Energierecht 2014*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 139-203.

VANDERVEEREN, C. en MARTINET, P., "Waken en waarborgen – de rol van de CREG in het mededingingstoezicht" in K. DEKETELAERE, *Jaarboek Energierecht 2004*, 145-167.

VAN MAARSEVEEN, H., "Ministeriële verantwoordelijkheid" in Interuniversitair Centrum voor Staatsrecht (ed.), *De ministeriële verantwoordelijkheid*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 149-159.

VELAERS, J., "Het recht op de wetgever: beschouwingen over de voorbehouden en de residuaire bevoegdheden" in X (ed.) *En hommage à Francis Delpérée: itinéraires d'un constitutionnaliste*, Brussel, Bruylant, 2007, 1631-1641.

VELAERS, J., "Over de politieke verantwoordelijkheid van ministers" in M. ADAMS, R. BARBAIX en H. BRAECKMANS (eds.), *Verantwoordelijkheid en recht*, Mechelen, Kluwer, 2008, 361-385.

VERHEVEN, I., "Naar een nieuwe invulling van het begrip "volle rechtsmacht"? Het contentieux van de economische regulatoren" in P. CABOOR, J. DEBIEVRE, G. LAENEN, K. MUYLLE, I. VERHEVEN en A. WIRTGEN (eds.), *Rechtsbescherming*, Brugge, die Keure, 2008, 3-50.

VERHEY, L. en VERHEIJ, N., "De macht van de marktmeesters" in A.A. VAN ROSSUM, L.F.M. VERHEY en N. VERHEIJ (eds.), *Toezicht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2005), Deventer, Kluwer, 2005, 139-331.

VERHOEVEN, D., "De positie van de transmissienetbeheerders in de derde Elektriciteits- en Gasrichtlijn en in hun omzetting in Belgisch recht" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2010*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 9-78.

VERHOEVEN, D. en LECOQUE, D., "Recente ontwikkelingen in het federaal energierecht" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2011*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 23-110.

VERHOEVEN, D., "Recente ontwikkelingen in het federaal energierecht – na de bevrozing komt de lente" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2012*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 105-174.

VERHOEVEN, D., "Recente ontwikkelingen in het federaal energierecht. Een mix van bevoorradings-, investerings- en rechtszekerheid" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX, *Jaarboek Energierecht 2013*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 43-89.

VERHOEVEN, D., "Recente ontwikkelingen in het federale energierecht: *Europe strikes back*" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2014*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 51-100.

VERHOEVEN, D., "Régulation des tarifs de transport et de distribution d'électricité et de gaz naturel: éléments juridiques d'un jeu de quilles politico-économique" in *Actualités du droit de l'énergie – La transposition du 'troisième paquet énergie' européen dans les lois 'électricité' et 'gaz'*, Brussel, Bruylant, 2013, 283-370.

VERMEIR, T., "Berg baart belegen borrelnootjes. De intern-Belgische bevoegdheidsverdeling inzake energie na de zesde staats hervorming" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2013*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 139-177.

VERMEIR, T., "De (ijdele) zoektocht naar rechtszekerheid voor hernieuwbare energie" in K. DEKETELAERE en B. DELVAUX (eds.), *Jaarboek Energierecht 2012*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 339-406.

VERMEIR, T., "Het Energiebeleid" in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *De bevoegdheden van de gewesten*, Brugge, die Keure, 2016, 247-280.

WOUTERS, K., "Op welk nieuws heeft het publiek recht? De relatie tussen de derde en de vierde macht" in S. LUST en P. LUYPAERS (eds.), *Recht & media in een democratische rechtsstaat. Wie bewaakt de waakhond?*, Brugge, die Keure, 2010, 1-11.

YEUNG, K., "The Regulatory State" in R. BALDWIN, M. CAVE en M. LODGE (eds.), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 64-83.

ZWART, T., "Independent Regulatory Agencies in the US" in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), *Agencies in European and Comparative Law*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 3-17.

ZWART, T., "Judicial review of Agency Action: The Scope of Review" in T. ZWART en L. VERHEY (eds.), *Agencies in European and Comparative Law*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 171-178.

### 2.3. Artikelen uit tijdschriften

AELLEN, A., "Beginselen van goed toezicht: het onafhankelijkheidsbeginsel", *Tijdschrift voor Toezicht* 2015, afl. 2, 15-21.

AELLEN, M. en BIEZEVELD, G., "Onrustige onafhankelijkheid", *Tijdschrift voor Toezicht* 2013, afl. 4, 52-63.

AELLEN, A., "Scheiding of 'samenwerking' der machten", *Jura Falc.* 1992-1993, 13-25.

AELLEN, A., "Séparation ou collaboration des pouvoirs", *AP* (Trimestriel) 1990, 221-236.

ALFERINK, T., "Chinese Walls: de stand van zaken", *Onderneming en Financiering (O&F)* 2004, nr. 63, 29-39.

ANKERSMIT, F., "Wat er mis is met de ministeriële verantwoordelijkheid", *R&R* 2006, afl. 2, 134-153.

BAEKELAND, C., "De bijzondere machtenattributie binnen een periode van lopende zaken: een loopje met de grondwettelijke bevoegdheidsverdeling?", *TvW* 2011, afl. 3, 198-234.

BARENDRECHT, J., "Onafhankelijkheid van toezicht is wel/niet essentieel", *Tijdschrift voor Toezicht* 2011, afl. 3, 67-68.

BARNETT, K., "Avoiding Independent Agency Armageddon", *Notre Dame Law Review* 2012, 1349-1404.

BECKERS, J., "Transparant toezicht", *Tijdschrift voor Toezicht* 2016, afl. 1, 3-6.

BEERMANN, J., "Congressional Administration", *San Diego Law Review* 2006, 61-158.

- BORTELS, H. en HEYVAERT, P., "Het legaliteitsbeginsel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: een variërende intensiteit van toetsing", *TBP* 2011, afl. 6, 334-364.
- BOS, P., "Van procestijgers en Chinese muren", *M&M* 2012, afl. 6, 203-205.
- BOULLART, S., "De ene volle rechtsmacht is de andere niet: over volle en minder volle rechtsmacht", *CDPK* 2007, afl. 3, 245-273.
- BOULLART, S., "De omvang van de beoordelingsbevoegdheid van de rechter met volle rechtsmacht" (noot onder Brussel 25 mei 2005), *RABG* 2007, afl. 5, 311-320.
- BOVENS, M., "Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework", *European Law Journal* 2007, 447-468.
- BOVENS, M., "Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework", *European Governance Papers* 2006, 1-37.
- BOVENS, M., SCHILLEMANS, T. en 'T HART, P., "Does Public Accountability work? An Assessment Tool", *Public Administration* 2008, 225-242.
- BREMER, E., "The Unwritten Administrative Constitution", *Florida Law Review* 2014, 1215-1274.
- BROEKSTEEG, J., "De regelgevende bevoegdheid van zelfstandige bestuursorganen, mede in het licht van het EU-recht", *RegelMaat* 2015, afl. 3, 170-181.
- BRUDNEY, J., "Isolated and Politicized: The NLRB's Uncertain Future", *Comparative Labor Law & Policy Journal* 2004-2005, 221- 260.
- BRUFF, H., "Presidential Management of Agency Rulemaking", *George Washington Law Review* 1989, 533-595.
- BRUNEKREEFT, G. en MEYER, M., "Ownership unbundling in network industries", *CRNI* 2011, afl. 4, 294-298.
- BUIJZE, A., "Waarom het transparantiebeginsel maar niet transparant wil worden", *NtER* 2011, afl. 7, 240-248.
- CALABRESI, S. en LAWSON, G., "The Unitary Executive, Jurisdiction Stripping, And The Hamdan Opinions: A Textualist Response To Justice Scalia", *Columbia Law Review* 2007, 1002-1048.
- CALABRESI, S. en RHODES, K., "The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary", *Harvard Law Review* 1992, 1153-1216.
- CALABRESI, S., "Some Normative Arguments for the Unitary Executive", *Arkansas Law Review* 1995, 23-104.
- CARLSON, J., BRADEN, J. en MARTIN, D., "Implications Of Executive Order 12,291 For Discretion In Environmental Regulation", *Boston College Environmental Affairs Law Review* 1985, 313-340.
- CHAMON, M., "EU risk regulators and EU procedural law", *European Journal of Risk Regulation* 2014, 324-337.

CHAMON, M., "The empowerment of agencies under the Meroni doctrine and article 114 TFEU: comment on United Kingdom v Parliament and council (short-selling) and the proposed single resolution mechanism", *European Law Review* 2014, 380-403.

CHAMON, M., "Verzelfstandiging in de nationale en Europese rechtsordes: nieuwe uitdaging van een meergelaagde administratie", *TBP* 2013, afl. 2-3, 114-129.

CHELLINGSWORTH, T. en DELAGAYE, C., "Het arrest over de Elia-tarieven 2012-2015: een vernietigende handleiding voor toekomstige tariefregulering" (noot onder Brussel 6 februari 2013), *MER* 2013, afl. 4, 254-270.

COEN, D. en THATCHER, M., "Network Governance and Multi-level Delegation: European Networks of Regulatory Agencies" *Journal Of Public Policy* 2008, 49-71.

COGLIANESE, C., "Presidential Control Of Administrative Agencies: A Debate Over Law Or Politics?", *Journal Of Constitutional Law* 2010, 637-650.

CUSHMAN, R., "Constitutional Status of the Independent Regulatory Commissions", *Cornell Law Review* 1939, 163-197.

CUSTOS, D., "The Rulemaking Power of Independent Regulatory Agencies", *The American Journal of Comparative Law* 2006, 615-640.

DATLA, K. en REVESZ, R., "Deconstructing independent agencies (and executive agencies)", *Cornell Law Review* 2012-2013, 769-843.

DAVIS, J., "Regulatory Reform and Congressional Control of Regulation", *New England Law Review* 1981-1982, 1199-1236.

DAVIS, K., "A New Approach to Delegation", *University of Chicago Law Review* 1969, 713-733.

DE BANDT, P. en DE BANDT, A., "Gouvernance des régulateurs", *Tijdschrift voor het recht van netwerkindustrieën* 2016, afl. 2, 130-141.

DE BREE, R., "ACM: evolutie uit zuinigheid? Enige beschouwingen bij de totstandkoming van de Autoriteit Consument en Markt", *M&M* 2012, afl. 4, 141-148.

DE DEYNE, L. en DE ROMPH, T., "Biomassa uit hout en/of houtafval is niet vergelijkbaar met andere vormen van biomassa" (noot onder GwH nr. 27/2014), *MER* 2014, afl. 4, 309-318.

DE DEYNE, L. en VANHEUSDEN, B., "Warmtenetten in België: juridische (on)zekerheid? Analyse van zaken-, energie- en contractenrechtelijke aspecten bij de aanleg en exploitatie van een warmtenet", *MER* 2015, afl. 2, 99-117.

DE DEYNE, L., "Het 'democratisch deficit' van onafhankelijke energieregulators en de rol van het parlement", *TBP* 2016, afl. 4, 261-278.

DE DEYNE, L., "Lijvig arrest van het Grondwettelijk Hof versterkt onafhankelijkheid van CREG slechts matig", *MER* 2014, afl. 1, 3-24.

DE DEYNE, L., "Onafhankelijkheid energieregulator vereist terughoudendheid bij opstellen richtsnoeren" (noot onder GwH 25 mei 2016, nr. 71/2016), *MER* 2016, afl. 4, 337-343.

DE DEYNE, L., "VREG naar Vlaams parlement: onvoldoende garanties voor onafhankelijkheid", *De Juristenkrant* 2016, nr. 338, 10.

DE GEYTER, L., "De controle van de civiele rechter op de opgelegde administratieve geldboete", *TBP* 2001, afl. 1, 4-12.

DE HEMPTINNE, M. en WYTINCK, P., "De bevoegdheidsverdeling na de Staatshervorming van 1980", *Jura Falc.* 1986-1987, afl. 4, 451-481.

DE JAEGERE, J., "Inclusiviteit als deliberatieve bouwsteen legitimiteit: een empirische analyse van het Belgische Grondwettelijk Hof", *TBP* 2015, afl. 4-5, 194-215.

DE MOOR-VAN VUGT, A., "Netwerken en de europeanisering van het toezicht", *SEW* 2011, afl. 3, 94-102.

DE RU, H., "Toezicht moet geen nieuwe staatsmacht worden. Commentaar op de pre-adviezen voor de VAR over: Toezicht op de markten", *M&M* 2003, afl. 5, 178-181.

DE SOMER, S., "De oprichting van verzelfstandigde besturen vanuit Europees rechtsvergelijkend perspectief: internationale impuls, nationale beheersingsdrang en de verzoening van deze trends", *RW* 2015, afl. 14, 523-535.

DE SOMER, S., "International and European impulse with regard to the creation of autonomous public bodies: an emerging trend", *UCL Journal of Law and Jurisprudence* 2014, 58-86.

S. DE SOMER, "Grondwettelijk Hof draagt opnieuw bij tot rechtsvorming inzake bestuurlijke verzelfstandiging in arrest FOSO: still too little, but never too late" (noot onder GwH 21 november 2013, nr. 158/2013), *CDPK* 2014, (79) 90.

DE SOMER, S., "Moet er nog verzelfstandiging zijn? Impulsen tot bestuurlijke verzelfstandiging in het internationaal recht van de mensenrechten en hun inbedding in het Belgisch bestuurlijk organisatierecht", *TBP* 2013, afl. 2-3, 130-149.

DE SOMER, S., "Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van a never ending story", *RW* 2011-2012, afl. 37, 1614-1639.

DE SOMER, S., "Internationale impuls en nationale beheersingsdrang inzake bestuurlijke verzelfstandiging: het Grondwettelijk Hof en de casus van de energieregulator", *TBP* 2012, afl. 4, 214-228.

DE SOMER, S., "The Europeanisation of the Law on National Independent Regulatory Authorities from a Vertical and Horizontal Perspective", *Review of European Administrative Law* 2012, afl. 5, 93-130.

DE SOMER, S., LAMBRECHT, S. en VERBEECK, V., "De toepasselijkheid van algemene publiekrechtelijke regelgeving en beginselen op autonome overheidsbedrijven, IVA's en EVA's", *TBP* 2011, afl. 1, 4-33.

DE VRIES, F. en AELEN, M. "Ontwikkelingen in de publieke verantwoording door financieeltoezichthouders", *Tijdschrift voor Toezicht* 2016, afl. 1, 7-28.

DEFLOOR, B. en NAERT, F., "How Independent are Belgian Regulators?", *CRNI* 2009, afl. 4, 355-384.

DEGREEF, C. en DE SOMER, S., "Accountability van de federale en Vlaamse Energieregulator of toezicht op de toezichthouders na het derde energiepakket", *MER* 2013, afl. 2, 77-99.



- DEGREEF, C. en DE SOMER, S., "Accountability van sectorregulators: een juridisch perspectief", *TvW* 2014, afl. 1, 13-21.
- DELVA, J., "De impact van het Europees verdragsrecht op de rechtspraak van het Arbitragehof - Een poging tot kritische doorlichting", *TBP* 1995, 637-646.
- DELVAUX, B. en GELDHOF, W., "Openbare gasdistributie op een gesloten distributienet – het land van Magritte?" (noot onder GwH 9 juli 2013, nr. 98/2013), *MER* 2014, afl. 2, 140-144.
- DELVAUX, B., "De toepassing van de nieuwe beroepsprocedure tegen de beslissing van de CREG, te vroeg om victorie te kraaien?" (noot onder Brussel 27 februari 2007), *RABG* 2007, afl. 16, 1080-1085.
- DESHAZO, J. en FREEMAN, J., "The Congressional Competition to Control Delegated Power", *Texas Law Review* 2003, 1443-1520.
- DEVINS, N., "Regulation Of Government Agencies Through Limitation Riders", *Duke Law Journal* 1987, 456-500.
- EBERLEIN, B. en GRANDE, E., "Beyond Delegation: Transnational Regulatory Regimes and the EU Regulatory State", *Journal of European Public Policy* 2005, afl. 1, 89-112.
- EIJLANDER, P., LOKIN, M. en VOERMANS, W., "Delegatie van regelgevende bevoegdheden: de Aanwijzingen voorbij", *RegelMaat* 2001, afl. 2, 65-73.
- FELD, A., "The Shrunken Power of the Purse", *Boston University Law Review* 2009, 487-498.
- FELLOWS, J., "Congressional oversight through legislative veto after *INS v. Chadha*", *Cornell Law Review* 1983-1984, 1244-1266.
- FISHER, L., "The Legislative Veto: Invalidated, It survives", *Law and Contemporary Problems* 1993, 273-292.
- FLAHERTY, M., "The Most Dangerous Branch", *Yale Law Review* 1996, 1725-1840.
- FLYNN, J., "A Quiet Revolution at the Labor Board: The Transformation of the NLRB 1935-2000", *Ohio State Law Journal* 2000, 1361-1456.
- FONTEIJN, C., "Onafhankelijkheid van toezicht is wel/niet essentieel", *Tijdschrift voor Toezicht* 2011, afl. 3, 64-66.
- FREEMAN, J. en SPENCE, D., "Old Statutes, New Problems", *University of Pennsylvania Law Review* 2014, 1-93.
- GERADIN, D., "The Development of European Regulatory Agencies: What the EU should learn from American experience", *Columbia Journal of European Law* 2004-2005, 1-52.
- GILARDI, F., "Policy credibility and delegation to independent regulatory agencies: a comparative empirical analysis", *Journal of European Public Policy* 2002, 873-893.
- GRAY, C., "Presidential Involvement in Informal Rulemaking", *Tulane Law Review* 1981-1982, 863-878.

- GROENLEER, M. en LAVRIJSSSEN, S., "De onafhankelijkheid van toezichthouders: De zaak Europese Commissie/Oostenrijk" (noot onder HvJ 16 oktober 2012, nr. C-614/10), *Jurisprudentie Bescherming Persoonsgegevens* (JBP) 2013, 29-33.
- HANCHER, L., LAROUCHE, P. en LAVRIJSSSEN, S., "Principles of Good Market Governance", *Tijdschrift voor Economie en Management* 2004, Vol. 2, 339-374.
- HERINGA, A., "Ministeriële verantwoordelijkheid en scheiding van machten", *NJB* 2000, (2129) 2130.
- HOOD, C., "Control over Bureaucracy: Cultural Theory and Institutional Variety", *Journal of Public Policy* 2009, 207-230.
- HUGHES, R., "Roadblocks to Judicial Review of Department of Energy and Federal Energy Regulatory Commission Administrative Actions", *Tulsa Law Review* 1986, afl. 4, 601-624.
- JACKSON, A., "The Interstate Commerce Commission", *The Law Student's Helper* 1909, 239-243.
- KAGAN, E., "Presidential Administration", *Harvard Law Review* 2001, 2245-2385.
- KATZEN, S., "OIRA at Thirty: Reflections and Recommendations", *Administrative Law Review* 2011, 103-112.
- KAVANAUGH, B., "Separation of Powers During the Forty-Fourth Presidency and Beyond", *Minnesota Law Review* 2009, 1454- 1486.
- KINTNER, E., SMITH, C. en GOLDSTON, D., "The Effect of the Federal Trade Commission Improvements Act of 1980 on the FTC's Rulemaking and Enforcement Authority", *Washington University Law Review* 1980, 847-860.
- KITROSSER, H., "The Accountable Executive", *Minnesota Law Review* 2009, 1741-1777.
- KLAP, A., "Prioriteringsbeleid in het kader van de bestuursrechtelijke handhaving: tussen praktische noodzaak en juridische bezwaren", *Jurisprudentie Bestuursrecht Plus* 2012, 326-341.
- KLOOSTERMAN, D. en WINTER, H., "In zelfstandigheid geregeld. Een onderzoek naar de omvang en de aard van de regelgevende bevoegdheden van zelfstandige bestuursorganen en de kwaliteit van regelgeving", *RegelMaat* 2003, afl. 4, 119-130.
- KOVACIC, W., "Rating the competition agencies: what constitutes good performance?", *George Mason Law Review* 2009, afl. 4 903-926.
- LAVRIJSSSEN, S. en BORDEI, I., "ACER: Demystifying the European energy supervisor from a consumer perspective", *Oil Gas and Energy Law Intelligence* 2012, 10, 1-26.
- LAVRIJSSSEN, S. en DE VISSER, M., "Independent administrative authorities and the standard of judicial review", *Utrecht Law Review* 2006, afl. 1, 111-135.
- LAVRIJSSSEN, S. en HANCHER, L., "Networks on Track: From European Regulatory Networks to European Regulatory 'Network Agencies'", *Legal Issues of Economic Integration* 2009, afl. 1, 23-55.
- LAVRIJSSSEN, S. en NAUTA, T., "De Europeanisering van het toezicht op de energiesector", *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* 2010, afl. 3/4, 136-145.

- LAVRIJSSEN, S. en OTTOW, A., "Independent Supervisory Authorities: A Fragile Concept", *Legal Issues of Economic Integration* 2012, afl. 4, 419-445.
- LAVRIJSSEN, S., "De rol van de Nederlandse administratieve rechter bij het toezicht op de mededinging", *SEW* 2004, afl. 1, 18-38.
- LAVRIJSSEN, S., "Onafhankelijkheid en regulerende bevoegdheden van markttoezichthouders in EU-perspectief", *RegelMaat* 2015, afl. 3, 182-200.
- LAVRIJSSEN, S., EIJKENS J. en CAPKURT, F., "Rechterlijke toetsing van energieregulering door het CBb en het recht op effectieve rechtsbescherming?", *SEW* 2016, afl. 4, 142-161.
- LIBERMAN, L., "Morrison v. Olson: A Formalist Perspective on Why the Court Was Wrong", *American University Law Review* 1989, 313-358.
- MAANDAG, P. en VAN LEEUWEN, E., "Het nieuwe gezicht van het toezicht: de Autoriteit Consument en Markt na de Stroomlijningswet", *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* 2015, afl. 1, 4-14.
- MAGGETTI, M., "Legitimacy and Accountability of Independent Regulatory Agencies: A Critical Review", *Living Reviews in Democracy* 2010, afl. 2, 1-9.
- MAJONE, G., "Controlling Regulatory Bureaucracies: Lessons from the American Experience", *European University Institute Working Papers* 1993, 14-22.
- MAJONE, G., "Nonmajoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance: A Political Transaction-Cost Approach", *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 2001, afl. 157, 57-78.
- MAJONE, G., "The Agency Model: The Growth of Regulation and Regulatory Institutions in the European Union", *European Institute of Public Administration (EIPASCOPE)* 1997, afl. 3, 1-6.
- MAJONE, G., "The regulatory state and its legitimacy problems", *Western European Politics* 1999, 1-24.
- MAJONE, G., "The Rise of the Regulatory State in Europe", *West European Politics* 1994, afl. 17, 77-101.
- MANHEIM, K. en IDES, A., "The Unitary Executive", *Los Angeles Lawyer* 2006, 24-34.
- MANNING, J., "Constitutional Structure and Judicial Deference to Agency Interpretations of Agency Rules", *Columbia Law Review* 1996, 613-696.
- MCCUBBINS, M. en SCHWARTZ, T., "Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols versus Fire Alarms", *American Journal of Political Science* 1984, 165-179.
- MCCUBBINS, M., "Abdication or Delegation? Congress, the Bureaucracy, and the Delegation Dilemma", *Regulation* 1999, 30-37.
- MCGREW, J., "Let's Streamline, Not Abolish FERC", *Public Utilities Fortnightly* 1992, 12-13.
- F. MEERSSCHAUT, "De ondraaglijke lichtheid van de Grondwet" (noot onder Cass. 9 november 2004), *TBP* 2005, afl. 1, 43.
- MILLER, G., "Independent Agencies", *The Supreme Court Review* 1986, 41-98.

- MING-ZHI GAO, A., "The Third European Energy Liberalisation Package: Does functional and legal unbundling in the gas storage sector go too far?", *CRNI* 2009, afl. 1, 17-44.
- MORAN, M., "Review article: Understanding the Regulatory State", *British Journal of Political Science* 2002, 391-413.
- MORRISON, A., "How independent are independent regulatory agencies?", *Duke Law Journal* 1998, 252-256.
- MUYLLE, K., "Legislatuurparlement of legislatuurregering, een hervorming naar bestaande voorbeelden?", *Jura Falc.*, 1992-1993, 127-156.
- NEUSTADT, R., "Taming the Paperwork Tiger – An Experiment in Regulatory Management", *Regulation* 1981, 28-32.
- OOMS, A., "De uitvoerende bevoegdheid van de Koning: van conforme proclamatie tot eerste staatsmacht. Een historische analyse van artikel 108 Grondwet", *CDPK* 2009, afl. 2, 195-216.
- OTTOW, A. en DE COCK BUNING, M., "Juridische ruggengraat toezicht mag niet ontbreken", *Tijdschrift voor Toezicht* 2013, afl. 4, 33-38.
- OTTOW, A. en LAVRIJSEN, S. "Het Europese recht als hoeder van de onafhankelijkheid van nationale toezichthouders", *Tijdschrift voor Toezicht* 2011, afl. 3, 34-50.
- OTTOW, A., "Europeanisering van het markttoezicht", *SEW* 2011, afl. 1, 3-17.
- OTTOW, A., "Onafhankelijkheid van toezichthouders" (noot onder HvJ 9 maart 2010, nr. C-518/07), *Tijdschrift voor Toezicht* 2010, afl. 3, 78-86.
- OVERTON, S., "The Participation Interest", *The Georgetown Law Journal* 2011-2012, 1259-1310.
- PAPADOPOULOS, Y., "Cooperative forms of governance: Problems of democratic accountability in complex environments", *European Journal of Political Research* 2003, 473-501.
- PAPADOPOULOS, Y., "Problems of Democratic Accountability in Network and Multilevel Governance", *European Law Journal* 2007, 469-486.
- PAS, W. en STEEN, B., "Met het nodige voorbehoud. Het grondwettelijk voorbehoud aan de formele en aan de federale wetgever – Deel 1", *TvW* 2004, afl. 10, 362-384.
- PEARSON, J., "The Legislative Veto: Is it Legislation?", *Washington and Lee Law Review* 1981, 172-182.
- PEETERS, Y., "De uitvoering, wijziging en beëindiging van samenwerkingsakkoorden als bindende, intrafederale verdragen", *TvW* 2015, afl. 3, 198-221.
- PEIFFER, Q., "La régionalisation des tarifs de distribution d'énergie", *TRNI* 2014, afl. 1, 403-417.
- PELTZMAN, S., "Toward a more general theory of regulation", *Journal of Law and Economics* 1976, afl. 2, 211-240.
- PELTZMAN, S., "Toward a more general theory of regulation", *Journal of Law and Economics* 1976, afl. 2, 211-241.

- PHILP, M., "Delimiting democratic accountability", *Political Studies* 2009, 28-53.
- PLEMING, N., "Consultation", *Judicial Review* 2010, afl. 2, 125-130.
- PLEMMING, N., "Consultation", *Judicial Review* 2010, afl. 2, 125-130.
- POPELIER, P., "De juridische implicaties van het EU-beleid inzake Betere Regelgeving: over legitimiteit en rechterlijk toezicht", *SEW* 2011, afl. 2, 51-59.
- POPELIER, P., "Governance and Better Regulation: Dealing with the Legitimacy Paradox", *European Public Law* 2011, afl. 3, 555-568.
- POPELIER, P., "Ongrondwettige verdragen: de rechtspraak van het Arbitragehof geplaatst in een monistisch tijdsperspectief", *RW* 1994-95, 1076-1080.
- POSNER, E. en VERMEULE, A., "Interring the Nondelegation Doctrine", *The University of Chicago Law Review* 2002, 1721-1762.
- PRAY, J., "Congressional Reporting Requirements: Testing the Limits of the Oversight Power", *University of Colorado Law Review* 2005, 297-326.
- PUT, J., "Administratieve boeten, verzachtende omstandigheden en volle rechtsmacht; contradicties in de rechtspraak van het Arbitragehof?", *TBP* 2002, 675-683.
- RALSTON, J., "The Interstate Commerce Commission", *The American Lawyer* 1904, 297-298.
- RASKIN, J., "A Complicated and Indirect Encroachment. Is the Federal Election Commission Unconstitutionally Composed?", *Administrative Law Review* 2000, 609-628.
- RENSON, A-S., "L'indépendance des autorités de régulation: la fin d'une controverse" (noot onder GwH 18 november 2010), *JT* 2011, 348-350.
- ROBERTS, J., "Are Congressional Committees Constitutional: Radical Textualism, Separation of Powers, and the Enactment Process", *Case Western Reserve Law Review* 2001, 489-572.
- RODGERS, L., "NES: A Mixed Bag Receives Mixed Reactions", *Public Utilities Fortnightly* 1991, 36-37.
- ROSENBERG, M., "Congress's Prerogative over Agencies and Agency Decisionmakers: The Rise and Demise of the Reagan Administration's Theory of the Unitary Executive", *George Washington Law Review* 1989, 627-703.
- RUBIN, E., "It's Time to Make the Administrative Procedure Act Administrative", *Cornell Law Review* 2003, afl. 1, 95-190.
- SACREAS, Y., "De politieke ministeriële verantwoordelijkheid", *TBP* 2001, 624-633.
- SARGENTICH, T., "The Emphasis on the Presidency in U.S. Public Law: An Essay Critiquing Presidential Administration", *Administrative Law Review* 2007, 1-36.
- SCHELTEMA, M., "Voldoet de ministeriële verantwoordelijkheid nog bij een professionele overheidsorganisaties?" *NJB* 2000, 1861-1867.
- SCHINKEL, M., "Gevraagd: autoriteit met rechtspersoonlijkheid", *M&M* 2013, afl. 1, 9-12.

SCHOENBROD, D., "The Delegation Doctrine: Could the Court Give It Substance?", *Michigan Law Review* 1985, 1223-1290.

SCHOLLEN, P., "Kan het Grondwettelijk Hof wetten toetsen aan Europese Richtlijnen?" (noot onder GwH 7 augustus 2013, nr. 117/2013), *CDPK* 2014, afl. 1, 98-104.

SCHOLTEN, M., "Independent, hence unaccountable? The Need for a Broader Debate on Accountability of the Executive", *Review of European Administrative Law* 2011, 5-44.

SCHOUTEN, L. en DE MOOR-VAN VUGT, A., "De onafhankelijkheid van de Autoriteit Consument en Markt", *SEW* 2015, afl. 2, 62-75.

SCHULTZ BRESSMAN, L. en VANDENBERGH, M., "Inside the Administrative State: A Critical Look at the Practice of Presidential Control", *Michigan Law Review* 2006, 47-100.

SCHULTZ, S., "Lincoln v. Vigil: An Exception of the Rule of Judicial Review", *Ohio Northern University Law Review* 1993, 353-366.

SCOTT, C., "Accountability in the Regulatory State", *Journal of Law and Society* 2000, afl. 1, 38-60.

SELIGMAN, J., "Key Implications of the Dodd-Frank Act for Independent Regulatory Agencies", *Washington University Law Review* 2011, 1-26.

SELIGMAN, J., "Self-Funding for the Securities and Exchange Commission", *Nova Law Review* 2004, 233-260.

SHANE, P., "Independent Policymaking and Presidential Power: A Constitutional Analysis", *George Washington Law Review* 1989, (596) 626.

SHANE, P., "Political Accountability in a System of Checks and Balances: The Case of Presidential Review of Rulemaking", *Arkansas Law Review* 1995, 161-214.

SHAPIRO, M., "The problem of independent agencies in the United States and the European Union", *Journal of European Public Policy* 1997, afl. 2, 276-291.

SHARPE, J., "Judging Congressional Oversight", *Administrative Law Review* 2013, 183-236.

SIX, F., "Vertrouwen in toezicht", *Tijdschrift voor Toezicht* 2010, afl. 4, 6-26.

SLAUTSKY, E., "Droit européen, Constitution et autorités administratives indépendantes : commentaire de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 18 novembre 2010, n° 130/2010 et de l'arrêt du Conseil d'État du 7 avril 2011, Ville de Wavre, n° 212.557", *AP (trim.)* 2012, afl. 1, 95-113.

SPANHOVE, J. en VERHOEST, K., "Analyse van government governance op verschillende niveaus: ontwikkeling van een normatief en analytisch raamwerk gebaseerd op principes, processen, instrumenten en cycli", *Vlaams tijdschrift voor overheidsmanagement* 2007, afl. 4, 56-71.

SPYRELLI, C., "Regulating the regulators? An assessment of institutional structures and procedural rules of national regulatory authorities", *International Journal of Communications Law and Policy* 2003, afl. 8, 2-65.

- STIGLER, G., "The Theory of Economic Regulation", *The Bell Journal of Economics and Management Science* 1971, Vol.2, 3-21.
- STITH, K., "Rewriting the Fiscal Constitution: The Case of Gramm-Rudman-Hollings." *California Law Review* 1988, 593-670.
- STRAUSS, P. en SUNSTEIN, C., "The Role of the President and OMB in Informal Rulemaking", *Administrative Law Review* 1986, 181-208.
- STRAUSS, P., "Formal and Functional Approaches to Separation-of-Powers Questions – A Foolish inconsistency?", *Cornell Law Review* 1987, 488-526.
- STRAUSS, P., "The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch", *Columbia Law Review* 1984, 573-669.
- SUNSTEIN C. en LESSIG, L., "The President and the Administration", *Columbia Law Review* 1994, 1-123.
- SUNSTEIN, C., "Law and Administration After Chevron", *Columbia Law Review* 1990, 2071-2120.
- TATON, X., "Les recours objectifs de pleine juridiction et les pouvoirs limités du juge judiciaire", *AM* 2005, afl. 8, 799-809.
- THATCHER, M., "Delegation to Independent Regulatory Agencies: Pressures, Functions and Contextual Mediation", *Western European Politics* 2011, afl. 1, 125-147.
- TODTS, L., "Het evenredigheidsbeginsel bij administratieve sancties en politie maatregelen: de ene evenredigheid is de andere niet?", *T.Gem.* 2015, afl. 4, 263-266.
- VAN ANGEREN, J., "Mag de ministeriële verantwoordelijkheid voor het bestuur worden beperkt?", *RM Themis* 1996, afl. 10, 367-375.
- VAN DE HEYNING, C., "Grondwettelijke conversaties: een meerwaarde voor de bescherming van fundamentele rechten? De interpretatie en toepassing van fundamentele rechten in een complexe context van gelaagde bescherming", *TBP* 2012, afl. 7, 395-419.
- VAN HUMBEECK, P., "Autonomie, onafhankelijkheid en accountability van sectorale regulatoren: economische invalshoek", *TvW* 2014, afl. 1, 2-12.
- VAN MONTFORT, C., "Ontwikkelingen in toezicht en verantwoording bij instellingen op afstand. Een terugblik en een blik in de toekomst", *Tijdschrift voor Toezicht* 2010, afl. 1, 6-20.
- VAN ORMAN, C., "The National Energy Strategy-An Illusive Quest For Energy Security", *Energy Law Journal* 1992, 251-264.
- VAN RAEPENBUSCH, S. en WATHELET, M., "De betrekkingen tussen de grondwettelijke hoven en de andere nationale rechterlijke instanties: rapport van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen", *TBP* 2003, afl. 1, 10-25.
- VAN VEEN, A., "Benoemingenbeleid en benoemingspraktijk bij markttoezichthouders: op naar meer onafhankelijkheid en diversiteit", *Tijdschrift voor Toezicht* 2015, afl. 2, 29-36.
- VANDEN BORRE, T., "Een dynamische energiemarkt voor kleinverbruikers in België en Nederland: dankzij of ondanks het vangnetmechanisme?", *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* 2014, 116-129.

VANDEN BORRE, T., "Geen volle rechtsmacht in beroepen inzake de discretionaire bevoegdheid van de CREG" (noot onder Brussel 27 oktober 2006), *RABG* 2007, afl. 5, 291-303.

VANDENBERGHE, W., "De controle van de Raad van State op het opleggen van administratieve geldboetes door de VREG" (noot onder RvS 9 november 2009, nr. 197.672), *MER* 2010, afl. 1, 13-17.

VANDENBRUWAENE, W., "Een accessoire gewestelijke tariefbevoegdheid?" (noot onder GwH nr.154/2013 ), *MER* 2015, afl. 1, 43-49.

VELU, J., "Toetsing van de grondwettigheid en toetsing van de verenigbaarheid met de verdragen", *RW* 1992-1993, 481-516.

VERDEYEN, V., "Administratieve overheden; een organieke nuanciering van de functionele benadering", *CDPK* 2006, afl. 2, 323-343.

VERHOEST, K. en ROMMEL, J., "Autonomie van sectorale regulatoren in Europees perspectief: een bestuurskundige invalshoek", *TvW* 2014, afl. 1, 22-34.

VERHOEST, K. en SPANHOVE, J., "Deugdelijk bestuur en government governance", *Vlaams tijdschrift voor overheidsmanagement* 2007, afl. 4, 2-6.

VOERMANS, W., "Toekomstperspectieven voor het primaat van de wetgever", *RegelMaat* 1998, afl. 1, 35-40.

WARP, G., "Independent regulatory commissions and the separation of powers doctrine", *Notre Dame Law Review* 1941, 183-193.

WETZEL, A., "Beyond the zone of twilight: How Congress and the Court can minimize the Dangers and Maximize the Benefits of Executive Orders", *Valparaiso University Law Review* 2007-2008, 385-430.

ZARING, D., "Against being against the revolving door", *University Of Illinois Law Review* 2013, 507-550.

ZIJLSTRA, Z., "Zbo's, marktautoriteiten en regelgevende bevoegdheden", *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2005, afl. 1, 2-6.

### 3. Rapporten, jaarverslagen, krantenartikelen

BRUGEL, Jaarverslag 2009, <http://www.brugel.be/Files/media/SIGI/528f1a7fd46be.pdf>.

BRUGEL, Jaarverslag 2013, <http://www.brugel.be/Files/media/SIGI/55f14ace39769.pdf>.

CREG STUDIE (F)120906-CDC-1168 van 6 september 2012 over de in Belgisch recht te nemen maatregelen ter uitvoering van verordening (EU) nr. 1227/2011 van 25 oktober 2011 betreffende de integriteit en transparantie van de groothandelsmarkt voor energie met toepassing van artikel 23, § 2, 2e lid, 2°, van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en artikel 15/14, § 2, 2e lid, 2°, van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen, <http://www.creg.info/pdf/Studies/F1168NL.pdf>.



CREG, "Richtsnoeren van de CREG over de informatie die als vertrouwelijk te beschouwen is omwille van het commercieel gevoelige karakter of persoonlijke karakter ervan", <http://www.creg.info/pdf/Richtlijnen/R1404NL.pdf>.

CREG, Beslissing (B)110519-CDC-1056 van 19 mei 2011 over "de vraag tot goedkeuring van de evaluatiemethode voor en de bepaling van het primair, secundair en tertiaire reservevermogen voor 2012", [www.creg.info/pdf/Beslissingen/B1056NL.pdf](http://www.creg.info/pdf/Beslissingen/B1056NL.pdf).

CREG, Beslissing (B)111222-CDC-1132 van 22 december 2011 over "het voorstel van de NV ELIA SYSTEM OPERATOR betreffende de werkingsregels van de markt voor de compensatie van de kwartieronevenwichten voor 2012", [www.creg.info/pdf/Beslissingen/B1132NL.pdf](http://www.creg.info/pdf/Beslissingen/B1132NL.pdf).

CREG, Beslissing (B)120112-CDC-1135 van 12 januari 2012 over "de wijziging van de algemene voorwaarden van de contracten van toegangsverantwoordelijke", [www.creg.info/pdf/Beslissingen/B1135NL.pdf](http://www.creg.info/pdf/Beslissingen/B1135NL.pdf).

CREG, BESLISSING (B)121115-CDC-1202 over "de aanvraag tot goedkeuring van het Standaard LNG-contract, het Toegangsreglement voor LNG en het LNG-programma van de N.V. Fluxys LNG", 15 november 2012 en <http://www.creg.info/pdf/Beslissingen/B1202NL.pdf>.

CREG, EINDBESLISSING (B)121206-CDC-1178 van 6 december 2012 over 'de aanvraag tot certificering van Elia System Operator N.V.' genomen met toepassing van artikelen 23, §2, 31°, en 10, §2ter, a), van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt <http://www.creg.info/pdf/Beslissingen/B1178NL.pdf>.

CREG, Huishoudelijk reglement van 29 november 2012, <http://www.creg.info/pdf/Diversen/Z1213NL.pdf>.

CREG, Huishoudelijk reglement van 4 december 2015, <http://www.creg.info/pdf/Diversen/Z1472NL.pdf>.

CREG, Huishoudelijk Reglement van het Directiecomite van de CREG (Z)151204-CDC-1472 opgesteld met toepassing van de artikelen 24, § 1, en 23, § 2bis, van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en artikel 15/14, § 4, tweede en derde lid, van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige produkten en andere door middel van leidingen, 4 december 2015, <http://www.creg.info/pdf/Diversen/Z1472NL.pdf>.

CREG, Jaarverslag 2012, <http://www.creg.info/pdf/Ra/creg-ra2012nl.pdf>.

CREG, Jaarverslag 2013, <http://www.creg.info/pdf/Ra/creg-ra2013nl.pdf>.

CREG, Jaarverslag 2013, <http://www.creg.info/pdf/Ra/creg-ra2013nl.pdf>.

CREG, Jaarverslag 2014, <http://www.creg-ar.be/nl/images/CREGAR2014nl.pdf>.

CREG, Jaarverslag 2014, <http://www.creg-ar.be/nl/images/CREGAR2014nl.pdf>.

CREG, Mededeling van de CREG inzake de communicatie van beslissingen, voorstellen, adviezen en studies, 2005, <http://www.creg.be/pdf/Diversen/Div-Communicatie.pdf>.

CREG, Richtlijnen (R)030618-CDC-219: Richtlijnen met betrekking tot de billijke winstmarge toepasselijk op de aardgasvervoersondernemingen en de aardgasdistributienetbeheerders actief op het Belgische grondgebied; Richtlijnen (B)030618-CDC-218: Richtlijnen met betrekking tot de billijke winstmarge toepasselijk op de transmissie- en de distributienetbeheerders van elektriciteit actief op het Belgische grondgebied; Richtlijnen 2004: Richtlijnen met betrekking tot het tariefbeleid en met betrekking tot de billijke winstmarge in het bijzonder ten aanzien van de beheerders van de distributienetten voor elektriciteit (september 2002).

CREG, Richtsnoeren inzake tarieven (R)140828-CDC-1336 over "de informatie die als vertrouwelijk te beschouwen is omwille van het commercieel gevoelige karakter of persoonlijke karakter ervan" <http://www.creg.info/pdf/Richtlijnen/R1336NL.pdf>.

CREG, Studie (F) 030424-CDC-177, *De evolutie van de elektriciteitsprijs voor de eindafnemers van 1999 tot 2002*, 24 april 2003.

CREG, Studie (F)050608-CDC-416 van 8 juni 2005 betreffende het wetsonderwerp tot organisatie van de mogelijkheden tot beroep tegen de beslissingen genomen door de commissie, voorzien door de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen en de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, <http://www.creg.info/pdf/Studies/F416NL.pdf>, 5.

CREG, STUDIE (F)050608-CDC-416 van 8 juni 2005 betreffende het wetsontwerp tot organisatie van de mogelijkheden tot beroep tegen beslissingen genomen door de commissie, voorzien door de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen en de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, <http://www.creg.info/pdf/Studies/F416NL.pdf>.

CREG, VOORSTEL (C)081009-CREG-797 van 9 oktober 2008 tot 'koninklijk besluit betreffende de gedragscode inzake de toegang tot het aardgasvervoersnet, de opslaginstallatie voor aardgas en de LNG-installatie en tot wijziging van het koninklijk besluit van 12 juni 2001 betreffende de algemene voorwaarden voor de levering van aardgas en de toekenningsvoorwaarden van de leveringsvergunningen voor aardgas' gedaan met toepassing van artikel 15/5undecies, §1, 15/4 juncto artikel 15/14, §2, tweede lid, 1°, en derde lid van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, <http://www.creg.info/pdf/Voorstellen/C797NL.pdf>.

CREG, Voorstel (C)081009-CREG-797 van koninklijk besluit betreffende de gedragscode inzake de toegang tot het aardgasvervoersnet, de opslaginstallatie voor aardgas en de LNG-installatie en tot wijziging van het koninklijk besluit van 12 juni 2001 betreffende de algemene voorwaarden voor de levering van aardgas en de toekenningsvoorwaarden van de leveringsvergunningen voor aardgas.

CREG, Voorstel (C)090305-CDC-844 tot wijziging van het voorstel (C)081009-CDC-797 van koninklijk besluit betreffende de gedragscode inzake de toegang tot het aardgasvervoersnet, de opslaginstallatie voor aardgas en de LNG-installatie en tot

wijziging van het koninklijk besluit van 12 juni 2001 betreffende de algemene voorwaarden voor de levering van aardgas en de toekenningsvoorwaarden van de leveringsvergunningen voor aardgas.

CREG, Voorstel (C)090716-CDC-882 van koninklijk besluit betreffende de gedragscode inzake de toegang tot het aardgasvervoersnet, de opslaginstallatie voor aardgas en de LNG-installatie en tot wijziging van het koninklijk besluit van 12 juni 2001 betreffende de algemene voorwaarden voor de levering van aardgas en de toekenningsvoorwaarden van de leveringsvergunningen voor aardgas.

CWaPE, "Charte relative au respect de la vie privée dans le cadre du traitement automatisé de données à caractère personnel par la Commission wallonne pour l'Energie" <http://www.cwape.be/?dir=0.2&docid=436>, 3 p, laatst geconsulteerd op 28 juni 2016.

CWaPE, Jaarverslag 2012, <http://www.CWaPE.be/?dir=0.2&docid=925>.

CWaPE, Jaarverslag 2014, <http://www.CWaPE.be/?dir=1&news=462>.

CWaPE, Reglement d'ordre interieur, <https://wallex.wallonie.be/index.php?doc=13637>.

F. ANSEEL, "Daar zijn de politieke benoemingen weer", [http://www.standaard.be/cnt/dmf20140921\\_01279914](http://www.standaard.be/cnt/dmf20140921_01279914), De Standaard, 22 september 2014,

K. DE LOOR (sp.a), "De politieke benoemingen zijn terug van weggeweest (met dank aan N-VA)", *Knack*, 22 mei 2015, <http://www.knack.be/nieuws/belgie/de-politieke-benoemingen-zijn-terug-van-weggeweest-met-dank-aan-n-va/article-normal-572743.html>.

L. HUYSMANS, "Energieprijzen bevrozen, is niet zonder gevaar", *Knack*, 17 februari 2012, <http://trends.knack.be/economie/energieprijzen-bevrozen-is-niet-zonder-gevaar/article-opinion-221645.html>).

P. SERTYN, "Afscheid in mineur", *De Standaard*, 13 juni 2015.

P. SERTYN, "De VREG stevent af op forse aanvaring met Vlaamse regering. Distributienettarief lijkt meer en meer op taks", *De Standaard*, 8 juni 2015.

P. SERTYN, "Onafhankelijke Creg loopt op laatste benen", *De Standaard*, 4 januari 2013.

P.DE LOBEL en Wim WINCKELMANS, "Energiebedrijven niet te spreken over deal met Electrabel", *De Standaard*, 2 december 2015, [http://www.standaard.be/cnt/dmf20151201\\_02000107](http://www.standaard.be/cnt/dmf20151201_02000107)

P.DE LOBEL en Wim WINCKELMANS, "Energiebedrijven snoeihard voor deal met Electrabel", *De Standaard*, 2 december 2015, [http://www.standaard.be/cnt/dmf20151201\\_01999989](http://www.standaard.be/cnt/dmf20151201_01999989);

R. VAN CAUWELAERT, " regering Di Rupo voert koehandel over politieke benoemingen", *Knack*, 19 februari 2012; <http://www.knack.be/nieuws/belgie/regering-di-rupo-voert-koehandel-over-politieke-benoemingen/article-normal-49470.html>.

S. DEMEULEMEESTER, "Politieke benoemingen: N-VA vervalt in oude Belgische achterkamerpolitiek", Knack, 7 mei 2015, <http://www.knack.be/nieuws/belgie/politieke-benoemingen-n-va-vervalt-in-oude-belgische-achterkamerpolitiek/article-normal-568569.html>.

VREG, "Mededeling van de Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt van 18 mei 2010 met betrekking tot het beleid van de VREG inzake (actieve en passieve) openbaarheid en het kwalificeren als, en omgaan met, vertrouwelijke gegevens", <http://www.vreg.be/sites/default/files/mededelingen/mede-2010-1.pdf>.

VREG, "Mededeling van de VREG van 16 juni 2014 betreffende Interne richtlijnen rond publieke consultaties in het kader van onze taken en bevoegdheden als regulator van de Vlaamse elektriciteits- en gasmarkt", MEDE-2014-4, <http://www.vreg.be/sites/default/files/document/consultation/mede-2014-04.pdf>.

VREG, Advies ADV-2008-4 van de Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt (VREG) van 29 april 2008 met betrekking tot het voorstel tot wijziging van de bijzondere wet tot hervorming van de instellingen op het vlak van de energiebevoegdheden, [www.vreg.be](http://www.vreg.be).

VREG, Beslissing BESL-2011-14 van de VREG van 25 oktober 2011 met betrekking tot de vaststelling van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit, *BS* 14 november 2011.

VREG, Beslissing BESL-2011-7 van de VREG van 26 april 2011 met betrekking tot de nadere regels bij het gebruik van garanties van oorsprong, [http://www.vreg.be/sites/default/files/document/decisions/besl-2011-7\\_1.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/document/decisions/besl-2011-7_1.pdf). Zoals gewijzigd bij beslissing van de VREG op 25 oktober 2011 en op 19 februari 2014.

VREG, Beslissing BESL-2014-21 van de VREG m.b.t. methode ter vaststelling van de distributienettarieven voor elektriciteit en aardgas voor de reguleringsperiode 2015-2016, te consulteren op <http://www.vreg.be/nl/document/besl-2014-21> en de tariefmethodologie 2015-2016, te consulteren op [http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/tariefmethodologie\\_reguleringsperiode\\_2015-2016.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/tariefmethodologie_reguleringsperiode_2015-2016.pdf).

VREG, Beslissing BESL-2014-24 van de VREG van 4 november 2014 met betrekking tot de rapporteringsmethode voor klachten en vragen bedoeld in artikel 5.6.1, 7° van het energiebesluit, [http://www.vreg.be/sites/default/files/document/decisions/besl-2014-24\\_0.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/document/decisions/besl-2014-24_0.pdf).

VREG, CONS-2015-02, Consultatie van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt van 8 april 2015 met betrekking tot het in rekening brengen van de kwaliteit van de dienstverlening van de distributienetbeheerders in een volgende tariefmethodologie, [http://www.vreg.be/sites/default/files/consultatietekst\\_kwaliteit\\_dienstverlening\\_0.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/consultatietekst_kwaliteit_dienstverlening_0.pdf).

VREG, CONS-2015-05, <http://www.vreg.be/sites/default/files/document/cons-2015-05.pdf>.

VREG, CONS-2016-04, Consultatiedocument van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt van 4 mei 2016 met betrekking tot het ontwerp van tariefmethodologie voor de reguleringsperiode 2017-2020, [http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/consultatiedocument\\_tariefmethodologie\\_2017-2020\\_cons-2016-04.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/consultatiedocument_tariefmethodologie_2017-2020_cons-2016-04.pdf).

VREG, CONS-2016-05, Consultatiedocument van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt van 20 juni 2016 met betrekking tot de herziening van de tariefstructuur van de periodieke distributienettarieven, [http://www.vreg.be/sites/default/files/document/consultatie\\_over\\_de\\_herziening\\_van\\_de\\_tariefstructuur\\_van\\_de\\_periodieke\\_distributienettarieven.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/document/consultatie_over_de_herziening_van_de_tariefstructuur_van_de_periodieke_distributienettarieven.pdf).

VREG, CONS-2016-05, Consultatiedocument van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt van 20 juni 2016 met betrekking tot de herziening van de tariefstructuur van de periodieke distributienettarieven, [http://www.vreg.be/sites/default/files/document/consultatie\\_over\\_de\\_herziening\\_van\\_de\\_tariefstructuur\\_van\\_de\\_periodieke\\_distributienettarieven.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/document/consultatie_over_de_herziening_van_de_tariefstructuur_van_de_periodieke_distributienettarieven.pdf).

VREG, CONS-2016-05, Consultatiedocument van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt van 20 juni 2016 met betrekking tot de herziening van de tariefstructuur van de periodieke distributienettarieven, [http://www.vreg.be/sites/default/files/document/consultatie\\_over\\_de\\_herziening\\_van\\_de\\_tariefstructuur\\_van\\_de\\_periodieke\\_distributienettarieven.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/document/consultatie_over_de_herziening_van_de_tariefstructuur_van_de_periodieke_distributienettarieven.pdf).

VREG, Consultatieverslag van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt van 16 juni 2015 Verslag van de consultatie van de wijzigingen aan de mededeling MEDE-2012-4 met betrekking tot de testen (proefproject) die uitgevoerd worden met slimme meters, met een focus op data veiligheid & privacy, [http://www.vreg.be/sites/default/files/document/consultatieverslag\\_mede\\_2012-4\\_privacy\\_proefproject\\_slimme\\_meters.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/document/consultatieverslag_mede_2012-4_privacy_proefproject_slimme_meters.pdf).

VREG, Jaarverslag 2002, <http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/documenten/Jaarverslagen/Jaarverslag%20VREG%202002.pdf>.

VREG, *Jaarverslag 2013*, [http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/jaarverslag\\_2013.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/jaarverslag_2013.pdf).

VREG, Marktmonitor 2014, <http://www.vreg.be/sites/default/files/rapporten/rapp-2014-10.pdf>.

VREG, Marktmonitor 2015, <http://www.vreg.be/sites/default/files/document/rapp-2015-09.pdf>.

VREG, Marktrapport 2015, <http://www.vreg.be/sites/default/files/document/rapp-2016-03.pdf>.

VREG, Memorandum van de VREG voor de Vlaamse Regering 2014-2019, <http://www.vreg.be/sites/default/files/adviezen/adv-2013-10.pdf>.

VREG, Ondernemingsplan 2009,  
<http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/documenten/ondernemingsplan/64235.pdf>.

VREG, Ondernemingsplan 2010,  
<http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/documenten/ondernemingsplan/99214.pdf>.

VREG, Ondernemingsplan 2012,  
[http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/vreg\\_ondernemingsplan\\_2012.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/vreg_ondernemingsplan_2012.pdf).

VREG, Ondernemingsplan 2012,  
[http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/vreg\\_ondernemingsplan\\_2012.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/vreg_ondernemingsplan_2012.pdf).

VREG, Ondernemingsplan 2013,  
[http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/ondernemingsplan\\_2013.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/ondernemingsplan_2013.pdf).

VREG, Ondernemingsplan 2014,  
<http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/ondernemingsplan.pdf>.

VREG, Ondernemingsplan 2015,  
[http://www.vreg.be/sites/default/files/ondernemingsplannen/ondernemingsplan\\_2015.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/ondernemingsplannen/ondernemingsplan_2015.pdf).

VREG, Ondernemingsplan 2016,  
[http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/ondernemingsplan\\_2016.pdf](http://www.vreg.be/sites/default/files/uploads/ondernemingsplan_2016.pdf).

VREG, RAPP-2016-02, Consultatieverslag van de Vlaamse Regulator van de Elektriciteits- en Gasmarkt van 14 april 2016 met betrekking tot de toekomst van de Servicecheck,  
<http://www.vreg.be/sites/default/files/document/rapp-2016-02.pdf>.

W. WINCKELMANS, H. TACK en P. SERTYN, "Doel 1 en 2 niet nodig om stroombevoorrading te verzekeren", *De Standaard*, 2 december 2015,  
[http://www.standaard.be/cnt/dmf20151202\\_02000690](http://www.standaard.be/cnt/dmf20151202_02000690).

X, "Commissie bezorgd over energiecumuls PS'er Fauconnier", *De Morgen*, 11 december 2007.

X, "Energiefactuur tot 174 euro duurder door oude certificaten groene stroom", *De Morgen*, 13 augustus 2015, <http://www.demorgen.be/economie/energiefactuur-tot-174-euro-duurder-door-oude-certificaten-groene-stroom-b2741341/>).

X, "Europese Commissie bezorgd over Belgische energiecumuls PS'er Fauconnier", *De Tijd*, 11 december 2007.

X, "Greenpeace naar Raad van State tegen akkoord Doel 1 en 2", *De Standaard*, 1 december 2015, [http://www.standaard.be/cnt/dmf20151201\\_01998748](http://www.standaard.be/cnt/dmf20151201_01998748).

X, "Vooral N-VA-politici in Vlaamse bestuursraden gedropt", *De Morgen*, 18 juni 2015,  
<http://www.demorgen.be/binnenland/vooral-n-va-politici-in-vlaamse-bestuursraden-gedropt-bb77be19/>;

S. DEMEULEMEESTER, "Politieke benoemingen: N-VA vervalt in oude Belgische achterkamerpolitiek", *Knack*, 7 mei 2015, <http://www.knack.be/nieuws/belgie/politieke->

[benoemingen-n-va-vervalt-in-oude-belgische-achterkamerpolitiek/article-normal-568569.html](http://benoemingen-n-va-vervalt-in-oude-belgische-achterkamerpolitiek/article-normal-568569.html);

X, "De Wever pro politieke benoemingen: "Overheidsbedrijven zijn eigendom van democratie"", *De Morgen*, 6 mei 2015, <http://www.demorgen.be/binnenland/de-wever-pro-politieke-benoemingen-overheidsbedrijven-zijn-eigendom-van-democratie-bf742867/>.

S. GROMMEN, "Nieuwe Raad van BIPT van start", *Knack*, 24 november 2009, <http://datanews.knack.be/ict/nieuws/nieuwe-raad-van-bipt-van-start/article-normal-305295.html>;

X, "Onafhankelijkheid CREG loopt op laatste benen", *De Standaard*, 4 januari 2013; X, "Benaming BIPT-voorzitter vernietigd", *Knack*, 23 januari 2013, <http://datanews.knack.be/ict/nieuws/benoeming-bipt-voorzitter-vernietigd/article-normal-288503.html>.

X, "Europese Commissie bezorgd over energiecumuls PS'er Fauconnier", *De Tijd*, 11 december 2007, [http://www.tijd.be/nieuws/archief/Europese Commissie bezorgd over Belgische energie cumuls PS er Fauconnier.6025604-1615.art](http://www.tijd.be/nieuws/archief/Europese%20Commissie%20bezorgd%20over%20Belgische%20energie%20cumuls%20PS%20er%20Fauconnier.6025604-1615.art).

X, "Benaming directeur FOD energie ligt onder vuur", *De Morgen*, 25 juni 2008, <http://www.demorgen.be/binnenland/benoeming-directeur-fod-energie-ligt-onder-vuur-b85541fb/>.

F. CHARDON, "CWaPE : l'inertie wallonne condamnée", *La Libre*, 9 november 2012, <http://www.lalibre.be/actu/belgique/CWaPE-l-inertie-wallonne-condamnee-51b8f3f6e4b0de6db9c8883b>.

X, "Nominations à la CWaPE : l'avis de l'Europe demandé", *L'Avenir*, 16 mei 2015, [http://www.lavenir.net/cnt/DMF20150515\\_00650532](http://www.lavenir.net/cnt/DMF20150515_00650532);

L. LAMBRECHT, "Recours contre la désignation de la belle-sœur de Mignette", *La Libre*, 15 mei 2015, <http://www.lalibre.be/economie/actualite/recours-contre-la-designation-de-la-belle-sur-de-magnette-5556140835704bb01c4e29d3>.

F. NAERT, "De CREG vervelt van waakhond naar schoothond", [http://users.ugent.be/~fnaert/Site/Site\\_Frank\\_Naert/Artikelen/2013/1/10\\_De\\_CREG\\_vervelt\\_van\\_waakhond\\_naar\\_schoothond.xml](http://users.ugent.be/~fnaert/Site/Site_Frank_Naert/Artikelen/2013/1/10_De_CREG_vervelt_van_waakhond_naar_schoothond.xml), laatst geconsulteerd op 15 februari 2016.