



Datum van  
inontvangstneming

:

20/03/2024

**Zaak C-66/24**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

30 januari 2024

**Verwijzende rechter:**

Consiglio di Stato (Italië)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

30 januari 2024

**Verzoekende partij:**

Higreen Power Srl

**Verwerende partijen:**

Gestore dei Servizi Energetici S.p.A. - GSE

Presidenza del Consiglio dei ministri

Consiglio dei Ministri

Ministero dell'Economia e delle Finanze

Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica

Ministero delle Imprese e del Made in Italy

Autorità di Regolazione per Energia Reti en Ambiente (ARERA)

---

[OMISSIS]

**ITALIANSE REPUBLIEK**

**De Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië),**

**Afdeling rechtspraak (Tweede kamer),**

geeft de navolgende



## BESCHIKKING

inzake het beroep nr. [OMISSIS] 3710 van 2023, ingesteld door

Higreen Power Srl [OMISSIS];

### *tegen*

Gestore dei Servizi Energetici S.p.A. (hierna: „GSE”) [OMISSIS];

Presidenza del Consiglio dei Ministri (voorzitterschap van de raad van ministers), Consiglio dei Ministri (raad van ministers), Ministero dell’economia e delle finanze (ministerie van Economie en Financiën), Ministero dell’ambiente e della sicurezza energetica (ministerie van Milieu en Energievoorzieningszekerheid) [voorheen Ministero della transizione ecologica (ministerie van Ecologische Transitie)], Ministero delle imprese e del “made in Italy” (ministerie van Bedrijfsleven en „Made in Italy”) [voorheen Ministero dello sviluppo economico (ministerie van Economische ontwikkeling)], Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente – ARERA (toezichthoudende autoriteit voor energie, netwerken en milieu – ARERA) [OMISSIS];

### *tot vernietiging*

van uitspraak nr. 3010/2023 van de Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Latium, Italië), Derde kamer [OMISSIS];

[OMISSIS] (nationale procedure)

- 1 Verzoekster is eigenaar van een nieuwe fotonvoltaïsche installatie met een vermogen van 999,78 kW, die op 25 maart 2022 in bedrijf is genomen.
- 2 Bij besluit van 7 juni 2022 (hierna: „toekenningsbesluit”) is bepaald dat de vennootschap in aanmerking komt voor de stimuleringsstarieven die zijn vastgesteld in het besluit van de Ministro dello sviluppo economico (minister van Economische Ontwikkeling) van 4 juli 2019, en [daartoe] heeft zij op 16 juni 2022 met GSE een overeenkomst gesloten voor de toekenning van deze tarieven.
- 3 Met het beroep in eerste aanleg dat zij heeft ingesteld bij de Tribunale amministrativo regionale del Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg Latium, Italië; hierna: „TAR”) heeft verzoekster het besluit en de overeenkomst betwist voor zover daarin is bepaald dat „*indien de waarde van de stimulans, die wordt berekend als het verschil tussen het toegekende tarief en de uurprijs per tijdvak en zone, negatief is, GSE de verantwoordelijke partij verzoekt dit verschil te restitueren*”, waarbij zij heeft aangevoerd dat een dergelijk mechanisme geen billijke vergoeding van de kosten waarborgt, de Europese mededingingsbeginselen schendt doordat in wezen een opbrengst wordt opgelegd, in strijd is met de doelstelling stabiele, billijke, gunstige en transparante voorwaarden te waarborgen voor ondernemingen die investeren in hernieuwbare

energie, en inbreuk maakt op het eigendomsrecht en het gewettigd vertrouwen in het behoud van „eigendom” in de zin van artikel 1 van Protocol nr. 1 bij het EVRM.

- 4 De TAR heeft het beroep verworpen [omdat hij van oordeel was dat] de bepaling niet onredelijk was, aangezien zij de ondernemer beschermt tegen het risicovolle karakter van de marktprijs door hem een vast bedrag te garanderen waarmee hij de investeringen in de installatie kan terugverdienen, en voor dit voordeel een „restitutie” aan GSE toekent wanneer de energieprijs stijgt.
- 5 Verzoekster is in hoger beroep gegaan en heeft daarbij aangevoerd dat de TAR niet in aanmerking heeft genomen dat het mechanisme ertoe leidt dat de stimulans op nul wordt gesteld wanneer de energieprijs stijgt, waardoor de investerings- en exploitatiekosten niet kunnen worden terugverdiend. Dat is in strijd met de logica van zowel de nationale als [de Unierechtelijke] regeling – te weten de ondernemer die een investering heeft gedaan te beschermen tegen het risicovolle karakter van de marktprijs op de energiemarkt door hem een vast inkomen te verzekeren – en met het mededingingsbeginsel, aangezien de ondernemingen die voor de stimulansen in aanmerking zijn gekomen daardoor worden benadeeld, en met de bescherming van de in artikel 1 van Protocol nr. 1 bij het EVRM bedoelde „eigendom”.
- 6 [OMISSIS] [nationale procedure]
- 7 Allereerst heeft GSE de exceptie opgeworpen dat het hoger beroep niet-ontvankelijk is wegens het ontbreken van procesbelang [OMISSIS]. [nationaalrechtelijke procedurele kwesties]

[OMISSIS] [De] exceptie is ongegrond [OMISSIS]. [nationaalrechtelijke procedurele kwesties]

- 8 Ten gronde vraagt de verwijzende rechter zich af of de nationale regeling, waarvan de toepassing beslissend is voor de uitspraak in hoger beroep, in strijd is met de [Unierechtelijke] regeling. Een prejudiciële verwijzing in de zin van artikel 267 VWEU is bijgevolg noodzakelijk, ook gezien het feit dat beslissingen van de Consiglio di Stato volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep en in casu de juiste uitlegging van de voor de uitspraak relevante bepalingen van Unierecht niet zo evident is dat redelijkerwijze geen ruimte voor twijfel kan bestaan, en de betreffende bepalingen ook niet eerder door het Hof zijn uitgelegd, en dus niet is voldaan aan de voorwaarden waarin de rechter in laatste aanleg kan worden geacht te zijn ontheven van de verwijzingsverplichting (zie dienaangaande onder andere arrest van het Hof (Grote kamer) van 6 oktober 2021, *Consorzio Italian Management* (C-561/19, [EU:C:2021:799], punt 27 e.v.), en recenter, arrest van 22 december 2022, *Airbnb Ireland* (C-83/21 [EU:C:2022:1018], punt 79 e.v.), en beschikking van 27 april 2023, *Associazione Raggio Verde* (C-482/22 [EU:C:2023:404], punt 28 e.v.).

[OMISSIS] [De verwijzende rechter geeft aan dat hij de „Aanbevelingen aan de nationale rechterlijke instanties over het aanhangig maken van prejudiciële procedures” van het Hof heeft gevolgd en dat in de prejudiciële procedure de rechten van verdediging van de partijen worden beschermd.]

- 9 De voor de onderhavige zaak relevante bepaling van nationaal recht die mogelijk in strijd is met het Unierecht, is artikel 7, lid 7, van het besluit van het Ministero dello Sviluppo Economico van 4 juli 2019 (*Stimuleringsmaatregel voor elektriciteit opgewekt door windkrachtinstallaties aan land, installaties voor fotovoltaïsche zonne-energie, waterkrachtcentrales en installaties op gas uit rioolwaterzuivering*) waarin voor installaties met een vermogen van 250 kW of meer het volgende is vastgesteld: „GSE berekent het bestanddeel van de stimulans als het verschil tussen het toegekende tarief en de uurprijs per tijdvak en zone van de elektriciteitsmarkt, en indien dit verschil positief is, betaalt zij de verschuldigde bedragen op basis van de nettoproductie die aan het net wordt geleverd op de wijze die is bepaald in artikel 25 van het besluit van 23 juni 2016. Indien het voornoemde verschil negatief is, verevent GSE de betreffende bedragen of verzoekt zij de verantwoordelijke partij om restitutie of betaling van deze bedragen. De door deze installaties opgewekte elektriciteit blijft in elk geval ter beschikking van de producent.”
- 10 Deze bepaling ligt ten grondslag aan het in eerste aanleg bestreden toekenningsbesluit, waarin is bepaald dat „de stimulans die moet worden toegekend voor de door de betrokken installatie geproduceerde energie wordt berekend op basis van het volgende algoritme:  $\text{Stimulans} = \text{Energie die in aanmerking komt voor de stimuleringsmaatregel} * (\text{Toegekend tarief} - \text{Uurtarief per tijdvak en zone})$ ” (waarbij „Energie die in aanmerking komt voor de stimuleringsmaatregel =  $L * \min [\text{werkelijk aan het net geleverde elektriciteit}; \text{Bruto geproduceerde energie} * (1 - \%FPC)]$ ” en het toegekende tarief 90,000 EUR/MWh bedraagt). Voorts is daarin gespecificeerd dat „op basis van het bepaalde in artikel 7, lid 7, van [het besluit van het Ministero dello Sviluppo Economico], indien de waarde van de stimulans, die wordt berekend als het verschil tussen het toegekende tarief en de uurprijs per tijdvak en zone, negatief is, GSE de verantwoordelijke partij verzoekt om dit verschil te restitueren door het te verevenen met andere posten die betrekking hebben op dezelfde verantwoordelijke partij of het rechtstreeks te betalen op de wijze die is gespecificeerd in de contractuele voorwaarden”.
- 11 Het ministerieel besluit is ook van toepassing op artikel 4 van de overeenkomst tussen verzoekster en GSE, die de vennootschap betwist, waarin is bepaald dat „het stimuleringsstarief, constant in courante valuta, dat moet worden gehanteerd als stimulans voor de installatie” 0,090000 EUR/kWh bedraagt en dat GSE enerzijds „het positieve verschil tussen het voornoemde stimuleringsstarief en het uurtarief per tijdvak en zone uitkeert” en anderzijds „het negatieve verschil tussen het voornoemde stimuleringsstarief en het uurtarief per tijdvak en zone verevent of van de exploitant vordert”.

- 12 Om de context van deze bepaling te begrijpen moet in herinnering worden gebracht dat, afhankelijk van het vermogen en het type installatie, op twee wijzen toegang kan worden verkregen tot de stimuleringsmaatregelen: door inschrijving in de registers of door deelname aan veilingen.

Vervolgens wordt voor elke exploitant bepaald op welk tarief hij recht heeft, en wordt bij de berekening daarvan rekening gehouden met zowel de referentietarieven voor elk type installatie en interventie waarin de toepasselijke regeling voorziet, en als de kortingen die de exploitant heeft aangeboden in het kader van de veiling- of registratieprocedures, en met verdere verlagingen waarin het besluit voorziet.

Het ministerieel besluit van 4 juli 2019 voorziet daarnaast in twee verschillende stimuleringsmechanismen, afhankelijk van het vermogen van de installatie: het eerste mechanisme bestaat in de afname van de opgewekte elektriciteit door GSE, die de exploitant het toegekende tarief betaalt; het tweede bestaat in de toekenning aan de onderneming van een stimulans die wordt berekend als het verschil tussen het toegekende tarief en de uurprijs per tijdvak en zone, en die, indien dat verschil positief is (dat wil zeggen, indien het toegekende tarief hoger is dan de marktprijs), bovenop de inkomsten uit de verkoop van de opgewekte energie op de markt komt, terwijl indien dat verschil negatief is (dat wil zeggen, indien het toegekende tarief lager is dan de marktprijs), dit tot gevolg heeft dat de onderneming niet alleen geen subsidie ontvangt, maar ook het verschil aan GSE moet betalen (het zogeheten „tweerichtings”-systeem”).

- 13 Terwijl installaties met een vermogen tot 250 kW kunnen kiezen tussen een van deze twee mechanismen, hebben installaties met een vermogen van 250 kW of meer, zoals die van verzoekster, alleen toegang tot de stimulans.
- 14 Verzoekster – die gezien het vermogen van haar installatie geen ander stimuleringsmechanisme had kunnen kiezen dan het „tweerichtings”-systeem – heeft in de onderhavige zaak aangevoerd en gedocumenteerd dat zij, nadat zij de overeenkomst had gesloten tijdens de energiecrisis van 2022, toen de uurprijs voor energie hoger was dan het toegekende tarief, geen enkele stimulans heeft ontvangen; integendeel, zij heeft van GSE verzoeken ontvangen om het verschil te betalen.
- 15 De [verwijzende rechter] vraagt zich af of het „tweerichtings”-stimuleringsmechanisme zoals omschreven in artikel 7, lid 7, van het ministerieel besluit van 4 juli 2019, verenigbaar is met artikel 3 van richtlijn 2009/28/EG en met artikel 4 van richtlijn 2018/2001/EU.

Zo bepaalt artikel 3 van richtlijn 2009/28/EG – die met ingang van 1 juli 2021 is ingetrokken, maar nog van kracht was op het tijdstip waarop het ministerieel besluit van 4 juli 2019 werd vastgesteld – dat door iedere lidstaat „*energie-efficiëntie en energiebesparing [wordt] bevorderd en aangemoedigd*” en „*maatregelen die effectief bedoeld zijn*” worden genomen om ervoor te zorgen dat

het als nationaal streefcijfer vastgestelde aandeel energie uit hernieuwbare bronnen in het bruto-eindverbruik van energie in 2020 wordt bereikt, en dat daartoe „*steunregelingen*” worden vastgesteld [die in artikel 2, lid 2, onder k), van die richtlijn zijn omschreven als „*een instrument, regeling of mechanisme [...] die het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen bevordert door de kosten van deze energievorm te verlagen, de verkoopprijs te verhogen of het volume aangekochte energie te vergroten door een verplichting tot het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen of op een andere wijze*”, zoals „*investeringssteun, belastingvrijstelling of -verlaging, terugbetaling van belasting, steunregelingen voor verplichting tot gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen met inbegrip van regelingen betreffende groenestroomcertificaten, en directe prijssteunregelingen met inbegrip van feed-in-tarieven en premiebetalingen*”].

Artikel 4 van richtlijn 2018/2001/EU bevestigt dat de lidstaten „*steunregelingen [kunnen] aanwenden*” die „*een prikkel [moeten] bieden*”, waarbij wordt gepreciseerd dat deze mechanismen „*marktconform*” moeten zijn en „*op de markt afgestemde integratie van elektriciteit uit hernieuwbare bronnen in de elektriciteitsmarkt [moeten bewerkstelligen]*, waarbij onnodige verstoringen van de elektriciteitsmarkten worden vermeden en rekening wordt gehouden met mogelijke systeemintegratiekosten en netstabiliteit”, en „*zodanig [worden] ontworpen dat elektriciteit uit hernieuwbare bronnen maximaal wordt geïntegreerd in de elektriciteitsmarkt en ervoor wordt gezorgd dat producenten van hernieuwbare energie inspelen op marktprijssignalen en hun marktinkomsten maximaliseren*” en worden toegekend „*op een open, transparante, concurrerende, niet-discriminerende en kosteneffectieve wijze*”. De omzettingstermijn van deze richtlijn was vastgesteld op 30 juni 2021, dus na de vaststelling van het ministerieel besluit van 4 juli 2019, doch vanaf de vaststelling daarvan geldt voor de lidstaten de verplichting zich te onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van het door deze richtlijn voorgeschreven doel ernstig in gevaar zouden brengen (de zogenoemde standstill-verplichting, zie dienaangaande onder meer het arrest van het Hof van 18 december 1997, *Inter-Environnement Wallonie* (C-129/96 [EU:C:1997:628], punt 43 e.v.). Deze termijn was reeds verstreken op het tijdstip waarop het in eerste aanleg betwiste besluit tot toelating tot de stimuleringsmaatregelen is vastgesteld, en de richtlijn is feitelijk door de Italiaanse Republiek in nationaal recht omgezet bij decreto legislativo (wetsbesluit) nr. 199 van 8 november 2021, gepubliceerd in *Gazzetta ufficiale* (staatsblad) nr. 285 van 30 november 2021 en van kracht sinds 15 december 2021. Artikel 10, lid 2, van dit wetsbesluit bepaalt evenwel dat uiterlijk 180 dagen na de inwerkingtreding ervan een ministerieel besluit wordt vastgesteld voor de actualisering van de regeling inzake de stimuleringsmechanismen, dus na de datum waarop het in eerste aanleg bestreden besluit is vastgesteld.

- 16 De twijfel over de verenigbaarheid van het nationale recht met de richtlijnen vloeit voort uit drie overwegingen.

Ten eerste, dat, in het licht van op het Unierecht, het stimuleringsmechanisme zou moeten helpen de productie van energie uit hernieuwbare bronnen te bevorderen, door investeringen in de bouw van nieuwe installaties of in de verbetering van bestaande installaties aan te moedigen middels de verlening van een overheidsbijdrage ter ondersteuning van de kosten daarvan (die aldus gedeeltelijk door de gemeenschap worden gedragen, gezien de positieve effecten die de ecologische transitie met zich brengt), terwijl de negatieve prikkel die wordt gevormd door artikel 7, lid 7, van het ministerieel besluit van 4 juli 2019 tot gevolg heeft dat indien de uurprijs per tijdvak en zone van de energie stijgt, de ondernemingen, ondanks dat zij investeringen hebben gedaan, geen subsidie ontvangen om hun kosten te drukken; integendeel, een deel van de inkomsten uit de verkoop van de geproduceerde energie op de markt moeten zij aan de GSE betalen, wat hen ertoe zou kunnen brengen om van de stimulans af te zien, waardoor de verwezenlijking van de door de richtlijnen nagestreefde resultaten in het gedrang komt.

Ten tweede, dat de negatieve prikkel niet kan worden beschouwd als een tegenprestatie voor de garantie van een vast tarief, aangezien de onderneming [die] energie op de markt verkoopt, wordt blootgesteld aan de marktdynamiek en de marktrisico's, en de verplichting om het verschil tussen de uurprijs per tijdvak en zone en het aan de individuele exploitant toegekende tarief te betalen bijgevolg zijn vermogen om te reageren op de marktdynamiek zou kunnen ondermijnen. Om die reden vraagt de verwijzende rechter zich af of deze negatieve prikkel in strijd is met het in de richtlijnen gestelde criterium dat steunregelingen op de markt worden afgestemd en daarbij onnodige verstoringen worden vermeden.

Ten derde, dat het „tweerichtingen”-tarief, dat kan leiden tot de toepassing van de negatieve prikkel, het enige mogelijke stimuleringsmechanisme is voor alle centrales van 250 kW of meer, terwijl de eigenaren van installaties met een lager vermogen kunnen kiezen voor de andere regeling volgens welke de energie door de GSE wordt afgenomen tegen het aan hen toegekende tarief. Daarom wordt getwijfeld of de regeling verenigbaar is met de in de richtlijnen gestelde eis dat steunregelingen niet discrimineren.

- 17 Volledigheidshalve, en om het Hof de mogelijkheid te bieden te beoordelen of het wenselijk is de zaken te voegen, wordt erop gewezen dat de Consiglio di Stato een soortgelijke vraag heeft opgeworpen in beschikking nr. 7673 van 8 augustus 2023, Tiberis Holding (C-514/23), waarin de volgende vraag is gesteld: „*Staan de in artikel 3 van richtlijn 2009/28/EG en artikel 4 van richtlijn 2018/2001/EU neergelegde beginselen al dan niet in de weg aan een nationale regeling die, in het kader van een nationale stimuleringsregeling, in situaties waarin producenten energie op de vrije markt verkopen, een stimuleringsstarief hanteert dat een minimumprijs garandeert, die tegelijkertijd een maximumprijs is, op grond van een vereveningsmechanisme voor de bedragen die de waarde van de stimulans overtreffen wanneer de marktprijs hoger is dan deze stimulans (een zogenoemde negatieve prikkel), waarbij het vereveningsmechanisme bovendien alleen van toepassing is wanneer de energieproducent die op de vrije markt energie*



*verkoopt, toegang heeft gekregen tot de stimulans door inschrijving in het desbetreffende register en niet wanneer hij is toegetreden door middel van een veilingprocedure?”*

- 18 De verwijzende rechter acht in dit geding een nieuw en specifiek verzoek om een prejudiciële beslissing hoe dan ook nuttig omdat [OMISSIS] [nationale procedure] er verschillen tussen de twee zaken zijn.

In de eerste plaats betreft het vermoeden van onverenigbaarheid met het Unierecht een andere regeling, aangezien de zaak waarop beschikking nr. 7673 van 2023 betrekking heeft ging om het ministerieel besluit van 23 juni 2016, terwijl in de onderhavige zaak het ministerieel besluit van 4 juli 2019 van toepassing is.

In de tweede plaats was richtlijn 2018/2001/EU reeds aangenomen op het tijdstip waarop de in casu aan de orde zijnde nationale wettelijke regeling werd vastgesteld, en was de termijn voor omzetting ervan verstreken op het tijdstip waarop de in eerste aanleg bestreden maatregel werd vastgesteld.

Daar komt nog bij dat de toepassing van het „tweerichtingen”-tarief in de regeling van het besluit van 2016 gecorrigeerd is aan de wijze van toegang tot de stimuleringsmaatregel (door inschrijving in het register of door middel van een veiling), terwijl in de door het besluit van 2019 geconfigureerde regeling de toepassing afhankelijk van het vermogen van de installatie, en de verschillende behandeling tussen bedrijven bijgevolg is gebaseerd op een ander element.

Tot slot hebben de zaken verschillende verzoekers, een omstandigheid die de prejudiciële verwijzing ook noodzakelijk maakt om de particuliere partij de mogelijkheid te bieden deel te nemen aan de procedure voor het Hof, teneinde haar recht van verdediging te garanderen (dat wordt gewaarborgd door zowel artikel 24 costituzione (Italiaanse grondwet) als artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie ), temeer daar GSE daarentegen partij is bij beide procedures en als zodanig dus recht heeft om deel te nemen aan de reeds in Luxemburg aanhangige procedure.

- 19 Gelet op het bovenstaande wordt krachtens artikel 267 VWEU de volgende prejudiciële vraag gesteld: *„Staan de in artikel 3 van richtlijn 200[9]/28/EG en artikel 4 van richtlijn 2018/2001/EU neergelegde beginselen in de weg aan een nationale regeling als artikel 7, lid 7, van het besluit van het Ministero dello Sviluppo Economico van 4 juli 2019 die, in het kader van een nationale regeling ter ondersteuning van de opwekking van elektriciteit uit hernieuwbare bronnen, in situaties waarin producenten energie op de vrije markt verkopen, voorziet in een stimuleringsmechanisme (het zogeheten tweerichtingentarief) op grond waarvan de stimulans uitsluitend ten aanzien van nieuwe installaties met een vermogen van 250 kW of meer wordt berekend als het verschil tussen het aan de onderneming toegekende tarief (bij de vaststelling waarvan rekening wordt gehouden met zowel de in de toepasselijke regeling vastgestelde referentietarieven voor elk type installatie en interventie als de door de exploitant in het kader van de veiling- of*

*registratieprocedures aangeboden kortingen, en met de verdere verlagingen waarin de nationale regeling in het algemeen voorziet) en de uurprijs per tijdvak en zone, met als gevolg dat de bedragen die de waarde van het toegekende tarief overschrijden, [door de exploitant] moeten worden terugbetaald wanneer de uurprijs per tijdvak en zone hoger is dan dat tarief (de zogeheten ,negatieve prikkel')?''*

#### DICTUM

De Consiglio di Stato, Afdeling rechtspraak, Tweede kamer, oordeelt als volgt:

- verzoekt het Hof om een prejudiciële beslissing over de hierboven geformuleerde vraag [OMISSIS]

[OMISSIS] [schorsing van de nationale procedure en aanwijzingen voor de nationale griffie]

[OMISSIS] Rome [OMISSIS] 5 december 2023 [OMISSIS]