



Datum van inontvangstneming : 09/07/2018

Zaak C-364/18

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

4 juni 2018

Verwijzende rechter:

Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

14 februari 2018

Verzoekende partij:

Eni SpA

Verwerende partijen:

Ministero dello Sviluppo Economico

Ministero dell'Economia e delle Finanze

Gepubliceerd op 17/05/2018

Nr. 01299/2018 REG.PROV.COLL.

N. 01169/2016 REG.RIC.

ITALIAANSE REPUBLIEK

De Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (bestuursrechter in eerste aanleg van Lombardije, Italië)

(Tweede kamer)

heeft de navolgende

BESLISSING

gegeven [*omissis*]

Eni s.p.a., in de persoon van haar wettelijk vertegenwoordiger *pro tempore*, vertegenwoordigd en bijgestaan door de advocaten Fabio Todarello en Federico Novelli, [omissis];

tegen

Ministero dello sviluppo economico (ministerie van Economische Ontwikkeling), in de persoon van de minister *pro tempore*, overeenkomstig de wet vertegenwoordigd en bijgestaan door de Avvocatura distrettuale dello Stato, [omissis]

Ministero dell'economia e delle finanze (ministerie van Economische Zaken en Financiën), in de persoon van de minister *pro tempore*, overeenkomstig de wet vertegenwoordigd en bijgestaan door de Avvocatura distrettuale dello Stato, [omissis]

in tegenwoordigheid van

de Autorità per l'energia elettrica e il gas e il sistema idrico (autoriteit voor elektriciteit, aardgas en het waterleidingnet; hierna „AEEGSI”), in de persoon van haar wettelijk vertegenwoordiger *pro tempore*, overeenkomstig de wet vertegenwoordigd en bijgestaan door de Avvocatura distrettuale dello Stato, [omissis];

[Or. 2]

Regione Basilicata (regio Basilicata), in de persoon van haar president *pro tempore*, vertegenwoordigd en verdedigd door advocaat Maurizio Roberto Brancati, [omissis];

Comune di Viggiano (gemeente Viggiano), in de persoon van haar burgemeester *pro tempore*, vertegenwoordigd en verdedigd door advocaat Giuseppe Molinari, [omissis];

Regione Calabria, in de persoon van haar voorzitter *pro tempore*, vertegenwoordigd en verdedigd door advocaat Franceschina Talarico, [omissis];

Comune di Ravenna, in de persoon van haar burgemeester *pro tempore*, vertegenwoordigd en verdedigd door de advocaten Enrico Baldrati en Patrizia Giulianini, [omissis];

Regione Molise, Regione Emilia Romagna, Regione Puglia, Regione Abruzzo, Regione Piemonte, Regione Sicilia, Comune di Montemurro, Comune di Grumento Nova, Comune di Marsico Nuovo, Comune di Marsicovetere, Comune di Calvello, Comune di Alberona, Comune di Ascoli Satriano, Comune di Biccari, Comune di Candela, Comune di Deliceto, Comune di Rotello, Comune di Sant'Agata di Puglia, Comune di Volturino, Comune di Galliate, Comune di Romentino, Comune di Trecate, die niet ter terechtzitting zijn verschenen;

en ondersteund door:*ad adiuvandum:*

Assomineraria, in de persoon van haar wettelijk vertegenwoordiger *pro tempore*, vertegenwoordigd en bijgestaan door de advocaten Eugenio Bruti Liberati en Alessandra Canuti, [omissis];

tot nietigverklaring

van het besluit van het Ministero dello sviluppo economico - Direzione generale per le risorse minerarie ed energetiche (ministerie van Economische Ontwikkeling - directoraat-generaal voor minerale hulpbronnen en energiebronnen) van 24 maart 2016, ondertekend door de algemeen directeur, **[Or. 3]** betreffende: „decreto legislativo n. 625/1996 – articolo 19, comma 5-bis. Indice QE 2015 - quota energetica costo materia prima del gas naturale per l'anno 2015” (wetsbesluit nr. 625/1996 - artikel 19, lid 5-bis QE-index 2015 – energiepercentage grondstofkosten van aardgas voor het jaar 2015); alsook van een deel van het besluit van het Ministero dello sviluppo economico van 12 juli 2007 „modalità di cessione presso il mercato regolamentato di aliquote del prodotto di giacimenti di gas naturale dovute allo Stato” (wijzen van overdracht op de gereglementeerde markt van aan de staat verschuldigde percentages van de opbrengst van aardgasvelden); van het gezamenlijke besluit van het Ministero dell'economia e delle finanze en het Ministero dello sviluppo economico van 15 oktober 2008 „modalità di versamento dei proventi derivanti dalla vendita presso il mercato regolamentato di aliquote di prodotto di giacimenti di gas naturale dovute allo Stato” (wijzen van betaling van de inkomsten uit de verkoop op de gereglementeerde markt van aan de staat verschuldigde percentages van de opbrengst van aardgasvelden); van het besluit van het Ministero dello sviluppo economico van 6 augustus 2010 „vendita delle aliquote di prodotto della produzione di gas nel territorio nazionale, royalties, destinate allo Stato” (verkoop van voor de staat bestemde percentages van de opbrengst van de aardgasproductie op nationaal grondgebied, royalties), zoals gewijzigd bij besluit van het Ministero dello sviluppo economico van 22 juli 2011; alsook van de besluiten van de AEEGSI van 15 april 2015 met protocolnummer 12151, van 20 oktober 2015 met protocolnummer 30703, van 8 juli 2015 met protocolnummer 20360, waarbij zij het ministerie de waarden van de QE-index, uitgedrukt in euro/GJ, heeft meegedeeld, berekend voor elk kwartaal van het jaar 2015; van besluit nr. Arg/Gas 95/2011 van de AEEGSI, wat betreft het deel dat hier van belang is; en van elke voorgaande, samenhangende of volgende handeling zoals zij ook in het kader van het bezwaarprocedure zijn aangehaald.

[procedurele aspecten van de nationale procedure]

[omissis] **[Or. 4]** [omissis];

A - VOORWERP VAN HET GEDING

- 1 Verzoekster, Eni s.p.a., heeft een aantal concessies voor de productie van aardgas zowel op het vaste land als op de zeebodem, en dient in verband met de verrichte activiteiten royalty's voor de winning van bodemschatten te betalen, die bestaan in een bij wet vastgesteld percentage van het gewonnen gas.
- 2 Met het bezwaarschrift waarmee verzoekster het onderhavige geding heeft ingeleid is zij opgekomen tegen de hierboven gespecificeerde handelingen van verschillende overheidsorganen waarbij is bevestigd dat de QE-index de referentieparameter voor de aan de staat te betalen royalty's moet blijven.

Het percentage dat in verband met de productie van koolwaterstofgassen aan de staat en aan de andere openbare instellingen verschuldigd is, zou volgens verzoekster daarentegen moeten worden vastgesteld op basis van de Pfor-index, die gekoppeld is aan de gasprijs op de kortetermijnmarkt, en niet door toepassing van de QE-parameter [Or. 5], die gebaseerd is op de prijs van aardolie en andere brandstoffen, zoals het Ministero dello sviluppo economico betoogt. Voor de regeling van de tarieven op de beschermde markt is de QE-index immers definitief verlaten, en deze index zou derhalve ook niet meer moeten worden gebruikt, zelfs niet voor de vaststelling van de hoogte van de royalty's; daarvoor zou eveneens moeten worden verwezen naar de nieuwe Pfor-index, die door de AEEGSI aldus wordt vastgesteld dat deze juist de marktwaarde van aardgas weerspiegelt.

B - TOEPASSELIJKE BEPALINGEN VAN NATIONAAL RECHT

- 3 Eén van de verplichtingen van de houder van een concessie voor de winning van koolwaterstoffen is het betalen van royalty's.

Oorspronkelijk werden royalty's volgens artikel 22 van wet nr. 6 van 11 januari 1957, zoals vervangen door artikel 66 van wet nr. 613 van 21 juli 1967, vastgesteld als „*een percentage van de opbrengst van de winning*” dat gerelateerd is aan de „*hoeveelheid gewonnen vloeibare en gasvormige koolwaterstoffen*”.

Ten aanzien van de exploratie en de winning van vloeibare en gasvormige koolwaterstoffen in de territoriale wateren en op het continentaal plat, bepaalde artikel 33 van wet nr. 613 van 1967 vervolgens: „*de houder van elke concessie dient aan de staat een percentage te betalen van de opbrengst van de productie die op een bij besluit van de Ministro per l'industria, il commercio e l'artigianato (minister van Industrie, Handel en Nijverheid) vast te stellen plaats op het vaste land wordt geleverd; daarbij vergoedt de staat aan de concessiehouder alle rechtstreekse en indirecte kosten voor transport, van de opening van de put tot aan de plaats van levering, en voor de bewaring van dit percentage van de opbrengst met ingang van de voor de levering vastgestelde datum*” (lid 1). In dit geval was overigens voorzien in de mogelijkheid dat bij gezamenlijk besluit van het Ministro per l'industria, il commercio e l'artigianato en het Ministero per le finanze werd vastgesteld „*dat de concessiehouder voor bepaalde tijdvakken in plaats van het product in natura te verstrekken, de waarde daarvan betaalt; deze*

waarde wordt bij de opening van de put berekend zoals beschreven in het typebestek als bedoeld in artikel 40 van deze wet” (artikel 33, laatste volzin).

[Or. 6]

De bepalingen van de artikelen 33 en 66 van wet nr. 613 van 1967 – die weliswaar zijn gehandhaafd bij artikel 1 van wetsbesluit nr. 179 van 1 december 2009 – zijn grotendeels achterhaald door de latere regeling, en met name door de bepalingen die zijn ingevoerd bij decreto legislativo 25 novembre 1996, n. 625 „*Attuazione della direttiva 94/22/CEE relativa alle condizioni di rilascio e di esercizio delle autorizzazioni alla prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi*” (wetsbesluit nr. 625 van 25 november 1996 „*Uitvoering van richtlijn 94/22/EEG betreffende de voorwaarden voor het verlenen en het gebruik maken van vergunningen voor de prospectie, de exploratie en de winning van koolwaterstoffen*”).

Zo bevat artikel 19 van het wetsbesluit bepalingen die strekken tot de „*harmonisatie van de regeling inzake het percentage van de opbrengst van de winning*”. Dit artikel bepaalt in lid 1 het volgende: „*voor de opbrengst die sinds 1 januari 1997 is behaald, dient de houder van elke concessie voor winning jaarlijks aan de staat een percentage van de opbrengst van de winning te betalen ten belope van 7 % van de hoeveelheid vloeibare en gasvormige koolwaterstoffen die op het vaste land zijn gewonnen, en 7 % van de gasvormige koolwaterstoffen die op zee zijn gewonnen en 4 % van de vloeibare koolwaterstoffen die op zee zijn gewonnen*” (welk percentage vervolgens bij artikel 45, lid 1, van wet nr. 99 van 23 juli 2009 is verhoogd naar 10 %).

De royalty's bestaan derhalve niet langer in een percentage van de productie in natura, maar in de waarde van dit percentage van de opbrengst.

In dit verband bepaalt artikel 19 in lid 5 het volgende: „*de eenheidswaarden van het percentage voor elke concessie voor winning worden voor elke daarin vermelde houder vastgesteld als het gewogen gemiddelde van de verkoopprijzen die de houder in het referentiejaar heeft gefactureerd*”.

Deze wijze voor de vaststelling van het percentage is vervolgens, voor de producties vanaf 1 januari 2002, vervangen door een ander mechanisme dat is geregeld in artikel 5-bis, welk lid is ingevoerd bij artikel 1, lid 93, van wet nr. 239 van 23 augustus 2004. Deze bepaling luidt als volgt: „*[...] de eenheidswaarden van het percentage van de winning worden als volgt bepaald: [...] b) voor gas, voor alle concessies en voor alle concessiehouders, op grond van het rekenkundig gemiddelde, betreffende het referentiejaar, van de ‚QE-index‘, het energiepercentage van de grondstofkosten van gas, uitgedrukt in euro/MJ [Or. 7] zoals vastgesteld door de Autorità per l'energia elettrica e il gas overeenkomstig haar besluit nr. 52/99, gepubliceerd in Gazzetta Ufficiale nr. 100 van 30 april 1999 en latere wijzigingen, waarbij de volgende waarde is vastgesteld: 1 Smc = 38,52 MJ. Na 1 januari 2003 wordt deze index, uitsluitend met het oog op dit*

artikel, door de Autorità per l'energia elettrica e il gas geactualiseerd op grond van de parameters in dit besluit.”

Volgens deze regeling moet voor de vaststelling van de waarde van het productiepercentage derhalve worden verwezen naar het jaarlijkse gemiddelde van de waarden van de QE-index zoals bepaald door de AEEGSI. Zoals gezegd heeft de AEEGSI bij besluit nr. 52/99 bepaald dat deze parameter representatief is voor het energiepercentage van de grondstofkosten met het oog op de vaststelling van de leveringsvoorwaarden van aardgas aan de zogeheten „beschermde markt”. Zo wordt bij de berekening van de QE-index op basis van besluit nr. 52/99 verwezen naar een staal energieproducten, en meer in het bijzonder naar de gemiddelde prijs van aardolie en andere brandstoffen.

Het kader van de eerste referentieregeling is vervolgens verrijkt met decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7 (wetgevend besluit nr. 7 van 31 januari 2007), omgezet bij legge 2 aprile 2007, n. 40 (wet nr. 40 van 2 april 2007), dat in artikel 11, lid 1, bepaalt dat houders van concessies voor winning de aan de staat verschuldigde opbrengstpercentages op de gereguleerde capaciteitsmarkt kunnen overdragen op de wijze die wordt vastgesteld bij besluit van het Ministro dello sviluppo economico, na de AEEGSI te hebben gehoord. Deze bepaling is ten uitvoer gelegd bij de ministeriële besluiten van 12 juli 2007, 15 oktober 2008 en 6 augustus 2010.

Volgens het uit de ministeriële besluiten voortvloeiende stelsel, voor zover hier van belang, worden *„de percentages onderhandeld door middel van een op veiling gebaseerd handelssysteem”* (artikel 4, lid 1, van ministerieel besluit van 6 augustus 2010); *„koopoffertes lager dan de QE-index worden niet aanvaard [...]”* (artikel 4, lid 3, van dit ministeriële besluit); *„indien een partij gas niet wordt verkocht, blijft zij ter [Or. 8] beschikking van de eigenaar, die aan de staat de op basis van de QE-index in lid 3 berekende waarde dient te betalen”* (artikel 4, lid 4).

Besluit ARG/gas 95/2011 van de AEEGSI, *„Disposizioni in materia di modalità economiche di offerta presso il mercato regolamentato delle capacità e del gas di aliquote del prodotto di giacimenti di gas naturale dovute allo Stato, ai sensi dei decreti del Ministro dello Sviluppo Economico 12 luglio 2007 e 6 agosto 2010”* (bepalingen inzake de economische voorschriften voor het aanbieden op de gereguleerde markt voor capaciteiten en gas van aan de staat verschuldigde percentages van de opbrengst van aardgasvelden als bedoeld in de besluiten van het Ministro dello Sviluppo Economico van 12 juli 2007 en 6 augustus 2010) bepaalt in overeenkomstige zin dat de gaspercentages worden aangeboden tegen een verkoopprijs gelijk aan de QE-index (zie artikel 4, lid 4.2, van het besluit, dat als volgt luidt: *„Elke houder stelt voor het aanbieden van de percentages een verkoopprijs vast die gelijk is aan de index als bedoeld in artikel 4, lid 3, van het besluit inzake royalty's”*, dat wil zeggen, het ministerieel besluit van 6 augustus 2010).

In dit kader is decreto legge 24 gennaio 2012, nr. 1 (wetgevend besluit nr. 1, van 24 januari 2012) vastgesteld, dat met wijzigingen is omgezet bij legge 24 marzo 2012, n. 27 „*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*”) (wet nr. 27 van 24 maart 2012 „*Urgente bepalingen voor de mededinging, de ontwikkeling van infrastructuur en het concurrentievermogen*”), waarvan artikel 13 „*maatregelen voor de verlaging van de aardgasprijs voor kwetsbare klanten*” bevat.

In dit artikel is het volgende bepaald: „*teneinde de referentieprijzen van aardgas voor kwetsbare klanten als bedoeld in artikel 22 van wetsbesluit nr. 164 van 23 mei 2000 en latere wijzigingen, aan de Europese waarden aan te passen, introduceert de Autorità per l'energia elettrica e il gas met ingang van het eerste kwartaal na de inwerkingtreding van dit besluit bij de vaststelling van de variabele bedragen ter dekking van de leveringskosten voor aardgas, onder de parameters op grond waarvan deze bedragen worden geactualiseerd, geleidelijk ook de verwijzing, voor een gradueel toenemend percentage, naar de op de markt geconstateerde gasprijzen. Zolang de aardgasmarkt als bedoeld in artikel 30, lid 1, van wet nr. 99 van 23 juli 2009 niet wordt verwezenlijkt, worden de overeenkomstig artikel 9, lid 6, van wetsbesluit [Or. 9] nr. 130 van 13 augustus 2010 vastgestelde Europese markten als referentiemarkten beschouwd.*”

Volgens de primaire regelgeving moet de AEEGSI de bedragen ter dekking van de leveringskosten van aardgas, die worden vastgesteld om de referentieprijzen voor kwetsbare klanten te bepalen, derhalve in toenemende mate afstemmen op „*de op de markt geconstateerde gasprijzen*”, en dus niet langer op de gemiddelde prijzen van andere brandstoffen, waaronder aardolie.

In uitvoering van deze bepaling heeft de AEEGSI eerst besluit 263/2012/R/gas vastgesteld, waarbij zij het berekeningscriterium van de QE-index heeft gewijzigd door het „gewicht” van de prijs van aardolieproducten te beperken tot 95 % van de waarde van de parameter, en deze parameter voor de resterende 5 % te koppelen aan de „spot”-prijzen van gas, dat wil zeggen, de gasprijs op de kortetermijnmarkt voor de groothandel [zie artikel 6, lid 6.1, onder b), van de TIVG – „*Testo integrato delle attività di vendita al dettaglio di gas naturale e gas diversi da gas naturale distribuiti a mezzo di reti urbane*” (Geïntegreerde tekst inzake de detailhandel in aardgas en andere gassen dan aardgas die via stedelijke netwerken worden gedistribueerd; hierna; „TIVG”, bijlage bij besluit ARG/gas 64/09, zoals vervangen door punt 1 van het dispositief van besluit 263/2012/R/gas). De AEEGSI heeft het „gewicht” van de „spot”-prijzen van gas vervolgens verhoogd naar 20 % bij besluit 124/2013/R/gas, dat tot 30 september 2013 in werking was [zie punt 1 van het dispositief, waarbij artikel 6, lid 6.1, onder b), TIVG normaal is gewijzigd].

Uiteindelijk is de AEEGSI bij besluit 196/2013/R/gas met ingang van 1 oktober 2013 definitief afgestapt van de QE-index als parameter voor de bepaling van de gaskosten met het oog op de vaststelling van de voorwaarden voor de levering aan de beschermde markt. De component ter dekking van de leveringskosten voor

aardgas op de groothandelsmarkt wordt nu gevormd door de Cmem-index, die uitsluitend met het oog op de kortetermijnmarkt van aardgas is gedefinieerd [zie punt 1, onder c) van het dispositief van het besluit, dat artikel 6 van de TIVG heeft vervangen].

Om precies te zijn, voor zover hier van belang, wordt de Cmem gevormd door de som van verschillende elementen, waaronder de Pfor-index „*uitgedrukt in euro/GJ, ter dekking van de leveringskosten van aardgas*”, die wordt vastgesteld op grond [Or. 10] van alleen de forward-prijzen per kwartaal van gas op de OTC-markt („Over The Counter”) bij de hub TTF, ofwel de Nederlandse aardgasbeurs [volgens artikel 6.2, onder d), van de TIVG, zoals vervangen door besluit 196/2013/R/gas, is de Pfor-waarde voor het kwartaal x „*gelijk aan het rekenkundig gemiddelde van de forward-prijzen per kwartaal OTC betreffende het kwartaal x van het gas bij de hub TTF, zoals vastgesteld door Platts met betrekking tot de tweede kalendermaand voorafgaand aan het kwartaal x*”].

- 4 Binnen de aldus geschetste normatieve context moet het onderhavige geschil worden geplaatst, dat, zoals gezegd, het criterium voor de vaststelling van het aan de staat en de andere overheidsinstellingen verschuldigde opbrengstpercentage betreft. Deze waarde moet volgens verzoekster worden vastgesteld op grond van de Pfor-index, die gekoppeld is aan de gasprijs op de kortetermijnmarkt, en niet door toepassing van de QE-parameter, die gebaseerd is op de prijs van aardolie en andere brandstoffen.

C - TOEPASSELIJKE BEPALINGEN VAN UNIERECHT

- 5 Richtlijn 94/22/EG – in Italië ten uitvoer gebracht bij wetsbesluit nr. 625 van 1996 – bepaalt in artikel 6, lid 1, het volgende: „*De lidstaten zien erop toe dat de in artikel 5, punt 2, bedoelde voorwaarden en eisen en de aan het gebruik van een specifieke vergunning verbonden gedetailleerde verplichtingen uitsluitend hun rechtvaardiging vinden in de noodzaak de werkzaamheden in het gebied waarvoor een vergunning is aangevraagd goed te laten verlopen, in de toepassing van lid 2 of in de betaling van een tegenwaarde in geld of in de vorm van koolwaterstoffen.*” In overweging 6 van deze richtlijn wordt erop gewezen „*dat er maatregelen nodig zijn om te waarborgen dat niet-discriminerende toegang tot en uitoefening van activiteiten op het gebied van prospectie, exploratie en productie van koolwaterstoffen plaatsvinden onder voorwaarden die een grotere concurrentie in deze sector bevorderen en om aldus een optimale prospectie, exploratie en productie van de hulpbronnen in de lidstaten te bevorderen en bij te dragen tot de integratie van de interne energiemarkt*”.

Kortom: onverminderd de mogelijkheid van de lidstaten om van de [Or. 11] houders van concessies voor de winning van koolwaterstoffen te eisen dat zij een tegenwaarde in de vorm van geld of in natura betalen – bij wijze van deelneming van de gemeenschap in de exploitatie van de gasvelden – moet erop worden gewezen dat de tegenprestatie op niet-discriminerende wijze moet worden vastgesteld, dat wil zeggen dat verhinderd moet worden dat bepaalde

marktdeelnemers een voordeelpositie krijgen of consolideren ten opzichte van andere concurrenten.

D - DE GEVOLGEN VAN DE TOEPASSING VAN DE BESTREDEN HANDELINGEN

- 6 Door middel van het huidige mechanisme van royalty's worden in eerste instantie op de gereguleerde markt voor capaciteiten en gas (virtueel handelspunt) de aan de staat toekomende opbrengstpercentages aangeboden voor de prijs conform de QE-index; indien de voornoemde percentages niet blijken te worden verkocht, zoals meestal het geval is, blijft het product „*ter beschikking van de eigenaar, die aan de staat het op grond van de QE-index berekende equivalent moet betalen*”, dat hoger blijkt te zijn dan de marktprijs. Hieruit volgt dat de concessiehouders de opbrengstpercentages moeten kopen tegen een prijs die aanzienlijk hoger ligt dan de marktprijs, en zij derhalve duidelijk worden benadeeld ten opzichte van andere marktdeelnemers, hun concurrenten, die daartoe niet verplicht zijn.

E - DE VRAGEN AAN HET HOF VAN JUSTITIE

- 7 Na het referentiekader aldus op grond van het bovenvermelde beroep te hebben samengevat, meent de Tribunale amministrativo regionale (bestuursrechter in eerste aanleg; hierna: „TAR”) niet op het onderhavige geding te kunnen beslissen zonder de onderstaande vragen krachtens artikel 267 VWEU aan het Hof van Justitie voor te leggen.
- 8 Zoals vermeld, blijkt uit het geheel van bestreden handelingen dat de QE-index gehandhaafd moet worden als referentieparameter voor de vaststelling van de aan de staat en andere overheidsinstellingen te betalen royalty's, ook al resulteert dit in een discriminerende maatregel ten opzichte van marktdeelnemers met een concessie voor de productie van aardgas. Deze uitlegging van de nationale regeling, die in theorie [Or. 12] in strijd is met de beginselen van richtlijn 94/22/EG, is ook overgenomen door de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter) in arrest nr. 290 van 18 januari 2018.

Zo heeft de Consiglio di Stato, die in juni 2016 meerdere vonnissen van de TAR heeft herzien, bevestigd dat in elk geval sinds 2004 „*met de inwerkingtreding van artikel 19, lid 5-bis, van wetsbesluit nr. 625/1996, de optiek en het doel van het mechanisme tot vaststelling van het voor de winningsconcessie verschuldigde percentage aanzienlijk is veranderd.*

Die verandering strekt, niet te vergeten, zoals is “verklaard” in artikel 1, lid 93, eerste alinea, van wet nr. 239/2004, dat is ingevoerd bij dit lid 5-bis van artikel 19, juist tot een betere uitvoering van de regeling op het gebied van percentages van de productieopbrengst [...], te weten, tot een eenvoudigere, praktischere en efficiëntere uitvoering van deze regeling.

In het nieuwe regelgevingskader hebben de concessiehouders in de eerste plaats niet langer de mogelijkheid om de staat (voor hun concessie) in natura te betalen'

door een vooraf vastgesteld percentage van het door hen gewonnen gas aan de staat over de dragen.

Gelet op het door overweging 8 en artikel 6, lid 1, van richtlijn 94/22/EG geboden alternatief heeft de wetgever klaarblijkelijk rechtstreeks gekozen voor de optie van de ‚tegenwaarde in de vorm van geld’ (en niet in de vorm ‚van koolwaterstoffen’).

Het nieuwe regelgevingskader bevat voorts geen enkele aanwijzing die aldus kan worden uitgelegd dat de ‚tegenwaarde in de vorm van geld’ gelijk moet zijn aan de waarde van het vooraf vastgestelde percentage van het gewonnen gas.

Dit is ook logisch:

- gezien de verwijzingen naar de regeling van richtlijn 94/22/EG waaruit, zoals gezegd, niet blijkt dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat de twee vormen van tegenwaarde gelijkwaardig zijn; de structuur van de richtlijn biedt de lidstaten immers twee absolute alternatieven (óf de ‚tegenwaarde in de vorm van geld’, óf de ‚tegenwaarde in de vorm van koolwaterstoffen’, zonder dat daartussen enig verband bestaat), en bepaalt niet, zoals voorheen in onze rechtsorde het geval was, dat uitsluitend in natura wordt betaald (percentages van het gewonnen product die de concessiehouder aan de staat verschuldigd is), doch met de mogelijkheid voor de concessiehouder (evenwel onder de voorwaarde dat de overheid vooraf daarvoor heeft gekozen, en dus afhankelijk van een ‚licet’ van de staat) om deze verplichting na te komen door een economisch equivalent (van de waarde van deze percentages) te betalen;

- gezien het feit dat de wetgever er duidelijk voor heeft gekozen dat uit de concessies voor winning voldoende stabiele – en dus voorzienbare – inkomsten voortkomen door het mechanisme van de ‚tegenwaarde in de vorm van geld’ (van de concessies) te koppelen aan een referentie-index (de QE-index), die weer gekoppeld is aan marktwaarden die evenzeer voldoende stabiel zijn of althans weinig last hebben van eventuele conjunctuurschommelingen van de gasprijs op de leveringsmarkten;

- en eveneens gezien het feit dat de wetgever er duidelijk voor heeft gekozen (wat zoals gezegd mogelijk is gemaakt door de normatieve structuur van richtlijn 94/22/EG) om de vooraf vastgestelde percentages van het gewonnen product te gebruiken als eenvoudige multiplicator in de index (de QE-index) die bij wet is gekozen.

65.3. Gelet op een en ander is de uitleggende lezing die de concessiehouders aan artikel 19, lid 5-bis, onder b), eerste volzin, van wetsbesluit nr.625/1996 hebben gegeven, niet plausibel(er) (ook afgezien van het feit dat de formulering van de tweede volzin van artikel 5-bis, onder b), een dergelijke uitlegging uitsluit).

Kort samengevat moet volgens deze uitlegging niet worden uitgesloten dat een keuze van de AAEGSI – die weliswaar groot gewicht heeft maar toch een keuze van bestuursrechtelijke aard blijft, en derhalve een lagere rang heeft dan

wetgeving – wegens de werking van de regeling (het genoemde artikel 19, lid 5-bis, onder b) – tot lagere belastinginkomsten kan leiden, doordat de formeel door de primaire wetgeving voorgeschreven QE-index wordt ingeruild voor de (alleen voor concessiehouders) gunstigere Pfor-index, waarvan de [Or. 14] invoering ten tijde van de inwerkingtreding van de primaire wetgeving (2004) overigens volstrekt onbekend en onvoorzienbaar was.

Deze stelling zou evenwel in strijd zijn met artikel 81 Cost. (grondwet), met name in het licht van de laatste herformulering daarvan (als gevolg van constitutionele wet nr. 1/2012).

Mocht de stelling van de concessiehouders worden bevestigd, dan zou door de keuze van een bestuursinstantie evenwel een financieel tekort voor de staat worden gerechtvaardigd zonder dat er een wet is die voorziet in de middelen om de grotere lasten als het gevolg van de lagere inkomsten te compenseren.

De stelling van de concessiehouders kan uitsluitend worden verwezenlijkt indien vooraf een wet wordt vastgesteld waarin, door de formule van artikel 19, lid 5-bis, onder b), van wetsbesluit nr. 625/1996 te wijzigen, eveneens een regeling wordt getroffen voor de negatieve financiële gevolgen voor de overheidsbegroting die daaruit zouden voortvloeien”.

- 9 Daarom is het volgens de verwijzende rechter noodzakelijk om het Hof van Justitie te verzoeken het volgende te verduidelijken:

„Staan artikel 6, lid 1, en overweging 6 van richtlijn 94/22/EEG in de weg aan een nationale regeling, inzonderheid artikel 19, lid 5-bis, van wetsbesluit nr. 625 van 1996, die op grond van de uitlegging van de Consiglio di Stato in arrest nr. 290/2018 toestaat dat met het oog op de betaling van royalty's de QE-parameter, die is gebaseerd op de prijs van aardolie en andere brandstoffen, wordt toegepast in plaats van de Pfor-index, die gekoppeld is aan de gasprijs op de kortetermijnmarkt?

- 10 Om de hierboven onderzochte redenen wordt het geding geschorst en wordt de bovenstaande uitleggingsvraag aan het Hof van Justitie voorgelegd.

[procesrechtelijke details, schorsing van de nationale procedure, verzending van de processtukken naar het Hof]

[omissis]:

[Or. 15]

- [omissis]