



Datum van inontvangstneming : 19/09/2018

Zaak C-523/18

Samenvatting van een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof

Datum van indiening:

8 augustus 2018

Verwijzende rechter:

Audiencia Nacional (Spanje)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

9 juli 2018

Verzoekende partij:

Engie Cartagena, S.L.

Verwerende partij:

Ministerio de Industria, Energía y Turismo

Voorwerp van het hoofdgeding

Beroep tot nietigverklaring van Orden IET/75/2014, de 27 de enero, por la que se regulan las transferencias de fondos, con cargo a las empresas productoras de energía eléctrica, de la cuenta específica de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia al Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, en el año 2013, para la ejecución de las medidas del Plan de Acción de Ahorro y Eficiencia Energética 2011-2020 (besluit IET/75/2014 van 27 januari 2014 tot regeling van de overdracht van door elektriciteitsproducenten te betalen middelen van de specifieke rekening van de Spaanse mededingingsautoriteit aan het Instituut voor energiediversificatie en -besparing in 2013 voor de uitvoering van de maatregelen van het actieplan voor energiebesparing en -efficiëntie 2011-2020, en tot regeling van de criteria voor de uitvoering van de maatregelen van dat plan (hierna: „besluit IET/75/2014” of „bestreden besluit”).

Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing

Het voorwerp van het verzoek is de verenigbaarheid van de derde aanvullende bepaling van Real Decreto-Ley 14/2010 met richtlijnen 2003/54/EG en 2009/72/EG. De rechtsgrondslag is artikel 267 VWEU.

Prejudiciële vragen

- 1) Vormt het volgende voorschrift uit de derde aanvullende bepaling van Real Decreto-Ley 14/2010, met het opschrift „Financiering van plannen voor energiebesparing en -efficiëntie voor de jaren 2011, 2012 en 2013”, een openbaredienstverplichting in de zin van artikel 3, lid 2, van richtlijnen 2003/54/EG en 2009/72/EG:

„1. De bedragen ten laste van het elektriciteitssysteem die zijn bestemd voor de financiering van het actieplan 2008-2012, dat is goedgekeurd bij akkoord van de ministerraad van 8 juli 2005, waarmee de maatregelen worden ingevoerd van het document ‚Strategie voor energiebesparing en -efficiëntie in Spanje 2004-2012’, dat is goedgekeurd bij akkoord van de ministerraad van 28 november 2003, welke bedragen voor de jaren 2011 en 2012 zijn vastgesteld op respectievelijk 270 miljoen EUR en 250 miljoen EUR, moeten worden gefinancierd door middel van de bijdrage van elk van de elektriciteitsproducenten, volgens de percentages van de hiernavolgende tabel:

Onderneming	Percentage
Endesa Generación, S.A.	34,66
Iberdrola Generación, S.A.	32,71
GAS Natural S.D.G, S.A.	16,37
Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A.	4,38
E.ON Generación, S.L.	2,96
AES Cartagena, S.R.L.	2,07
Bizkaia Energía, S.L.	1,42
Castelnou Energía, S.L.	1,58
Nueva Generadora del Sur, S.A.	1,62
Bahía de Bizkaia Electricidad, S.L.	1,42

Tarragona Power, S.L.	0,81
Totaal	100,00”?

- 2) Indien het daadwerkelijk een openbaredienstverplichting betreft, is zij dan duidelijk gedefinieerd, transparant, niet-discriminerend en controleerbaar?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

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 tot intrekking van richtlijn 96/92/EG (PB 2003, L 176, blz. 37), overwegingen 21 en 26, artikel 2, punt 29 en artikel 3, lid 2.

Richtlijn 2006/32/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2006 betreffende energie-efficiëntie bij het eindgebruik en energiediensten en houdende intrekking van richtlijn 93/76/EEG van de Raad (PB 2006, L 114, blz. 64), overwegingen 5 en 6, en artikel 3, onder b) en c).

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 2009, L 211, blz. 55), artikel 3, leden 2, 10 en 11.

Arrest van 20 april 2010, Federutility e.a. (C-265/08, EU:C:2010:205, punten 35 en 44), hierna: „arrest Federutility”.

Arrest van 7 september 2016, ANODE (C-121/15, EU:C:2016:637, punten 35, 44, 50, 52 en 70), hierna: „arrest ANODE”.

Conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de zaak Federutility e.a. (C-265/08, EU:C:2009:640, punten 12, 13 en 15).

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Real Decreto-ley 14/2010 por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico (koninklijk wetsbesluit 14/2010 tot vaststelling van dringende maatregelen om het tarieftekort in de elektriciteitssector aan te pakken; hierna: „wetsbesluit 14/2010”) van 23 december 2010 (BOE nr. 312 van 24 december 2010, blz. 106386), derde aanvullende bepaling.

Besluit IET/75/2014 (BOE nr. 25 van 29 januari 2014, blz. 587) (hierna: „bestreden besluit”).

Korte beschrijving van de feiten en van het hoofdgeding

- 1 GDF Suez Cartagena Energía S.L. (thans Engie Cartagena S.L.; hierna: „verzoekster”) stelde op 31 januari 2014 administratief beroep in tegen het bestreden besluit. In haar beroep verzocht zij om nietigverklaring van het besluit en erkenning van het recht op schadevergoeding ten belope van de op grond van dat besluit ontvangen bedragen. Bij beslissing van 24 juni 2014 heeft het bestuursorgaan het beroep verworpen.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 2 Verzoekster verzoekt de verwijzende rechter te verklaren dat de derde aanvullende bepaling van wetsbesluit 14/2010 wegens strijdigheid met het Unierecht buiten toepassing moet worden gelaten, zodat geen verzoek om een prejudiciële beslissing moet worden ingediend; zij voert aan dat het een acte éclairé betreft en beroept zich op arresten van de Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, Spanje) van 7 februari 2012, waarin is verklaard dat de openbardienstverplichting die bestaat in de financiering van de *bono social* (korting voor minvermogenenden op de elektriciteitsfactuur), strijdig is met richtlijn 2009/72/EG.
- 3 Subsidiair voor het geval dat het passend wordt geacht een prejudiciële vraag te stellen, meent verzoekster subsidiair dat deze betrekking moet hebben op het feit dat de derde aanvullende bepaling van wetsbesluit 14/2010 onverenigbaar is met de beginselen van evenredigheid, transparantie, non-discriminatie en controleerbaarheid van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2003/54/EG. Verzoekster beroept zich met name op het arrest Federutility en het arrest ANODE, waarin volgens haar de criteria en beginselen zijn bepaald voor de vaststelling of er sprake is van een openbardienstverplichting, hetgeen volgens haar niet het geval is voor het nationale voorschrift.
- 4 De Abogado del Estado (landsadvocaat) betoogt dat het niet nodig is een prejudiciële vraag te stellen, maar om andere redenen. Om te beginnen wijst hij erop dat bij de aanvang van het geding geen enkele schending van het Unierecht is aangevoerd. Vervolgens merkt hij op dat er geen sprake is van een openbardienstverplichting, maar alleen van een vermindering van het tarieftekort, zodat artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72/EG niet van toepassing is voor de oplossing van het geding. Hij erkent dat de richtlijn gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit vaststelt en concrete regels oplegt op een groot aantal gebieden, bijvoorbeeld die inzake openbare dienstverlening en bescherming van de klant van artikel 3. Deze regeling sluit echter niet uit dat er nationale wetgeving kan bestaan die concrete regels voor de Spaanse elektriciteitsmarkt bepaalt, in het bijzonder financieringsmechanismen voor het tekort van het systeem. Hij stelt dat niets verhindert dat een financiële prestatie van algemeen belang wordt ingevoerd, die geen uit het Unierecht voortvloeiende openbardienstverplichting is en daartoe herinnert hij eraan dat de prestatie die de

ondernemingen moeten leveren een ondubbelzinnig doel van algemeen belang heeft, namelijk de dringende beheersing van het tarieftekort in de elektriciteitssector. Ten slotte voert hij aan dat in de arresten van de Tribunal Supremo met betrekking tot de financiering van het tarieftekort is verklaard dat de verplichting om dat tekort te financieren geen verband houdt met de financiering van de *bono social*. Hij is ook niet van mening dat de beginselen van evenredigheid, transparantie, non-discriminatie en controleerbaarheid zijn geschonden, hetgeen bevestigt dat het niet nodig is een prejudiciële vraag te stellen.

Het openbaar ministerie is dezelfde mening toegedaan over de irrelevantie van de prejudiciële verwijzing om soortgelijke redenen als die van de Abogado del Estado.

Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing

- 5 Het actieplan 2008-2012, dat bij akkoord van de Spaanse ministerraad van 8 juli 2005 is goedgekeurd, waarmee de maatregelen worden ingevoerd van het document „Strategie voor energiebesparing en -efficiëntie in Spanje 2004-2012” (hierna: „actieplan”), ging uit van de bevordering van energiebesparing en -efficiëntie, als basis van maatschappelijk welzijn, duurzame ontwikkeling en industrieel concurrentievermogen. De strategische doelstellingen ervan bestonden onder meer in de opname van energiebesparing en -efficiëntie in alle nationale strategieën en in het bijzonder in de Spaanse strategie inzake klimaatverandering, bevordering van de mededinging op de markt onder het richtinggevende principe van energiebesparing en -efficiëntie, en consolidering van de toonaangevende positie van Spanje op het gebied van energiebesparing en -efficiëntie. Dat plan vereiste zeer aanzienlijke financiële middelen om particuliere investeringen op het gebied van energiebesparing en -efficiëntie te stimuleren, welke middelen afkomstig waren van drie bronnen: de overheid [Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (hierna: „IDAE”) of de overeenkomstige instellingen van de autonome regio’s], de EFRO-structuurfondsen en door de elektriciteits- en gasector geherinvesteerde middelen ter verbetering van hun efficiëntie.
- 6 Het IDAE is een publiekrechtelijke entiteit die is opgericht voor het beheer en de ontwikkeling van het beleid inzake energiebesparing, -behoud en -diversificatie. Het heeft onder meer de volgende taken: maatregelen analyseren, bepalen, voorstellen en uitvoeren die nodig zijn om een efficiënt sectoraal beleid te verkrijgen, het gebruik van nieuwe technologie in apparatuur en projecten bevorderen, en het gebruik van nieuwe energiebronnen, rationalisering van het gebruik en vermindering van de energiekosten bevorderen; programma’s voor onderzoek van hernieuwbare energiebronnen analyseren, bepalen, voorstellen en toepassen; alle taken en activiteiten verrichten die invloed hebben op de bevordering en het beheer van energiebesparing en op energiebehoud, -diversificatie en -ontwikkeling. Het IDAE wordt gefinancierd met EFRO-middelen en het Fondo Nacional de Eficiencia Energética (het nationaal fonds

voor energie-efficiëntie; hierna „FNEE”), waaraan bepaalde energiebedrijven bijdragen.

- 7 Aanvankelijk werden de kosten van het actieplan in rekening gebracht als kosten van het systeem, dit wil zeggen dat zij werden betaald met de toegangsheffingen voor aardgas en elektriciteit.
- 8 Deze situatie is gewijzigd bij wetsbesluit 14/2010, dat bepaalde dat het actieplan uitsluitend door onder de gewone regeling vallende producenten¹ moest worden gefinancierd. Dat is geregeld in de derde aanvullende bepaling van dat wetsbesluit, waarin de elf bedrijven die moeten deelnemen aan de financiering en de percentages van hun deelneming zijn vermeld, en waarvan de tekst is weergegeven in de eerste prejudiciële vraag.
- 9 Die aanvullende bepaling is een van de vele regelgevende bepalingen om het tarieftekort van de elektriciteitssector aan te pakken, dat wordt veroorzaakt doordat de kosten van het elektriciteitssysteem hoger zijn dan de inkomsten uit de prijzen. Tot de maatregelen die de wetgever heeft gekozen om het tekort te verminderen, behoren: i) regulering van de kosten die kunnen worden toegerekend aan het systeem en van de bijdragen van de partijen die bij dat systeem zijn betrokken; ii) goedkeuring van *peajes*² en van het gereguleerde tarief; iii) heffing van financiële bijdragen, al dan niet met de aard van belastingen; iv) opnemings van bepaalde kosten in de algemene rijksbegroting.
- 10 Ter uitvoering van de derde aanvullende bepaling van wetsbesluit 14/2010 voor de jaren waarop het onderhavige beroep betrekking heeft (2011 tot en met 2013) zijn twee besluiten vastgesteld: ITC/2844/2011, waarvan artikel 2 de bedragen vaststelde die in 2011 waren bestemd voor de maatregelen van het actieplan en die door elektriciteitsproducenten moesten worden betaald, namelijk 270 000 000 en 250 000 000 EUR, respectievelijk voor 2011 en 2012, en het bestreden besluit. Beide zijn de rechtstreekse uitvoering van de wettekst waarover twijfels bestaan, zodat de geldigheid van het bestreden besluit, en dus van het beroep, volledig afhankelijk is van het feit of de derde aanvullende bepaling in overeenstemming is met het Unierecht.
- 11 Artikel 1, lid 1, van het bestreden besluit bepaalt dat het als voorwerp heeft de procedure vast te stellen voor overmaking van de middelen waarin de derde aanvullende bepaling van wetsbesluit 14/2010 voorziet, van de specifieke rekening van de Comisión Nacional de los Mercados (Spaanse mededingingsautoriteit) aan het IDAE.

¹ Noot van de vertaler: hiermee wordt bedoeld op de producenten die elektriciteit produceren op basis van niet-hernieuwbare bronnen.

² Noot van de vertaler: *peajes* zijn heffingen voor toegang tot het systeem die elektriciteitsproducenten, -transporteurs en -distributeurs moeten betalen als bijdrage aan de investeringskosten.

- 12 Volgens dat besluit bedraagt de totale som die door het elektriciteitssysteem voor 2013 moet worden betaald 150 000 000 EUR. Verzoekster, die in het besluit is opgenomen met de benaming AES Cartagena, SRL, dient 3 105 000 EUR te betalen, aangezien zij volgens het actieplan 2,07 % van de totale kosten op zich moet nemen.
- 13 De verwijzende rechter merkt op dat de Tribunal Supremo bij beslissing van 25 oktober 2016 een verzoek om een prejudiciële beslissing heeft ingediend (zaak C-561/16, Saras Energía), waarvan de eerste prejudiciële vraag gelijkenissen vertoont met de eerste vraag van de onderhavige zaak; de Audiencia Nacional (nationaal hof, Spanje) wijst erop dat de regel die in zaak C-561/16 aan de orde is, een andere inhoud heeft, aangezien de bijdrage aan het FNEE de belangrijkste maatregel was om te voldoen aan de verplichtingen inzake energie-efficiëntie, terwijl de regel die in casu aan de orde is, die reeds is ingetrokken, maar van kracht was op het ogenblik van de feiten van het hoofdgeding, alleen een maatregel vaststelt om te voldoen aan de verplichtingen, namelijk de economische bijdrage.
- 14 De verwijzende rechter meent dat het mogelijk is dat de verplichte bijdrage van de elf in de derde aanvullende bepaling vermelde ondernemingen de beginselen die in artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 en in richtlijn 2003/54 zijn bepaald, schendt, en dat er sprake is van een door de staat opgelegde openbaardienstverplichting die niet op transparante, niet-discriminerende en controleerbare wijze is gedefinieerd en voor bedrijven een gelijke toegang tot consumenten waarborgt.
- 15 Op staatsniveau zijn de maatregelen om aan de doelstellingen van energiebesparing en -efficiëntie te voldoen, uitgevoerd middels het actieplan. Tot de inwerkingtreding van wetsbesluit 14/2010 werden die maatregelen gefinancierd met middelen die hoofdzakelijk afkomstig waren uit de begroting en waren opgenomen als kosten van het systeem, waardoor het tarieftekort toenam. De vermindering van het tekort was juist de essentiële reden voor de wetgever om dat wetsbesluit vast te stellen.
- 16 Het staat niet ter discussie dat het rechtmatig is dat de staat, om het tarieftekort te verminderen, de financiering van het FNEE alleen van bepaalde ondernemingen van de elektriciteitssector eist. Dat is een soevereine beslissing van de wetgever. Het feit dat de financiering van dat fonds, met het rechtmatige doel van vermindering van het tarieftekort, thans uitsluitend wordt opgelegd aan bepaalde elektriciteitsproducenten heeft echter andere gevolgen.
- 17 Het feit dat krachtens de derde aanvullende bepaling van wetsbesluit 14/2010 alleen bepaalde ondernemingen die actief zijn in de sector het Fonds moeten financieren, veronderstelt dat de staat in overeenstemming met de voorwaarden van richtlijnen 2003/54/EG en 2009/72/EG een openbaardienstverplichting van die ondernemingen eist en aan hen oplegt. Ingevolge artikel 3, lid 2 „mogen de lidstaten [inderdaad] in het algemeen economisch belang aan

elektriciteitsbedrijven openbaredienstverplichtingen opleggen, die betrekking kunnen hebben op [...] de bescherming van het milieu, met inbegrip van energie-efficiëntie en bescherming van het klimaat”.

- 18 Die door de wetgever opgelegde financieringsverplichting is volgens de verwijzende rechter een dwingende openbaredienstverplichting, aangezien het een beslissing met een economisch en financieel karakter betreft, waarvan de doelstelling en het onmiddellijke oogmerk echter bestaat in de toepassing van maatregelen die betrekking hebben op de bescherming van het milieu, met inbegrip van energie-efficiëntie en bescherming van het klimaat.
- 19 In punt 50 van het arrest ANODE staat te lezen dat de lidstaten vrij blijven, op voorwaarde van inachtneming van het Unierecht, om de doelstellingen van algemeen economisch belang te definiëren die zij willen nastreven door openbaredienstverplichtingen op te leggen. Verder wordt in punt 52 verklaard dat het Unierecht de lidstaten toestaat om na te gaan of in het algemeen economisch belang aan ondernemingen die in de gasector actief zijn, openbaredienstverplichtingen met betrekking tot de prijs voor de levering van aardgas moeten worden opgelegd teneinde onder meer de leverings- en voorzieningszekerheid en de territoriale samenhang te waarborgen, op voorwaarde dat alle andere voorwaarden van deze richtlijn vervuld zijn. Gelet op de overlappingsen tussen de wetgeving voor gas en elektriciteit, is die rechtspraak met betrekking tot gas ook van toepassing op de elektriciteitssector, hetgeen ook de verwijzing inhoudt naar de noodzaak om het evenredigheidsbeginsel te eerbiedigen, alsook de verwijzing naar het vereiste dat de openbaredienstverplichtingen duidelijk gedefinieerd, transparant, niet-discriminerend en controleerbaar zijn.
- 20 De wetgever bepaalt bij de organisatie van deze openbare dienst niets over de reden waarom die ondernemingen zijn gekozen, waarom er geen andere elektriciteitsproducenten zijn opgenomen die zich in soortgelijke omstandigheden bevinden of waarom deze betalingsverplichting niet is opgelegd aan andere ondernemingen in de sector die actief zijn in de distributie of verkoop. Het wetsbesluit licht evenmin het criterium toe dat is gevolgd voor de vaststelling van die bedragen, noch de basis voor de verdeling van de percentages, namelijk of dit de omvang en het belang van de ondernemingen in de sector was, en zo ja, welke criteria zijn gebruikt om dat belang vast te stellen. Noch in de artikelen van de wettekst, noch in de considerans ervan worden die punten toegelicht, die in overeenstemming met de bepalingen van artikel 3, lid 2, van de richtlijnen zouden moeten bijdragen tot de transparantie van die maatregel, zodat hij controleerbaar is ten einde elk soort discriminatie te vermijden.
- 21 De enige reden waarom de maatregel zou kunnen worden geacht in overeenstemming te zijn met het Unierecht, is het feit dat hij tijdelijk is, voor zover de voorziene duur van de opeenvolgende actieplannen kan worden geacht redelijk te zijn. Dit wil zeggen dat die plannen slechts zo lang mogen duren als strikt noodzakelijk is om hun doel te bereiken, met name om te voorkomen dat

een maatregel die naar zijn aard een belemmering voor de totstandkoming van een functionerende interne [elektriciteits]markt vormt, wordt bestendigd. In dat verband volstaat het feit op zich dat het betrokken nationale recht vermeldt dat de maatregel tijdelijk is, niet om aan te tonen dat hij qua duur evenredig is.

- 22 Uiteindelijk is de wettelijke bepaling helemaal niet transparant, aangezien de noodzakelijke verduidelijking van de gevolgde criteria volledig achterwege blijft, hetgeen van de aldus vastgestelde dienstverplichting een maatregel kan maken die een discriminatie vormt in vergelijking met de bij het systeem betrokken ondernemingen die niet onderworpen zijn aan die verplichting, welke discriminatie onvoldoende is gerechtvaardigd en de beginselen met betrekking tot dit soort verplichtingen in de sector niet eerbiedigt.
- 23 De Tribunal Supremo heeft in een vergelijkbaar geval de regeling voor de financiering van de *bono social* niet-toepasselijk verklaard aangezien zij niet verenigbaar was met richtlijn 2009/72/EG. Het feit dat de situatie vergelijkbaar is met die van de *bono social*, betekent echter niet dat het volledig dezelfde situatie betreft. De twijfels van de verwijzende rechter zijn derhalve niet volledig weggenomen.