



Datum van
inontvangstneming

:

20/11/2015

Zaak C-543/15

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

19 oktober 2015

Verwijzende rechter:

Conseil d'État (Frankrijk)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

9 oktober 2015

Verzoekende partij:

Association nationale des opérateurs détaillants en énergie
(ANODE)

Verwerende partij:

Premier ministre

Ministre de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie

CONSEIL D'ÉTAT

Afdeling Bestuursrechtspraak

Bij inleidend verzoekschrift en aanvullende memorie, ingeschreven op 17 juni en 17 september 2013 [OMISSIS], heeft de Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE) (nationale vereniging van energieleveranciers) de Conseil d'État verzocht:

1°) wegens misbruik van bevoegdheid nietig te verklaren het stilzwijgend genomen afwijzende besluit van de ministers van ecologie, duurzame ontwikkeling en energie en van economie en financiën, gegeven op haar beroep strekkende tot intrekking van decreet 2012-1405 van 14 december 2012 betreffende de bijdrage van de leveranciers aan de veiligstelling van de elektriciteitsvoorziening en houdende invoering van een mechanisme van verplichte capaciteit in de elektriciteitssector, alsook dat decreet;

2°) [OMISSIS] [verzoek gebaseerd op] artikel L. 761-1 van de code de justice administrative (wetboek bestuursrechtspraak).

Zij betoogt dat:

- [OMISSIS] [middel ontleend aan schending van het nationale recht];
- de artikelen L. 335-1 tot en met L. 335-7 van de code de l'énergie (Franse energiewet), die de rechtsgrondslag van het bestreden decreet vormen, druisen in tegen het recht van de Europese Unie, in de eerste plaats omdat zij staatssteun vormen die niet aan de Europese Commissie is meegedeeld en onverenigbaar is met het recht van de Unie, in de tweede plaats omdat zij de uit artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72/EG en artikel 3, lid 4, van richtlijn 2005/89/EG voortvloeiende vereisten van evenredigheid en non-discriminatie niet eerbiedigen, en tot slot doordat zij automatisch en noodzakelijkerwijs **[Or. 2]** tot gevolg hebben dat de vennootschap EDF misbruik maakt van haar machtspositie op de toekomstige markt van capaciteitscertificaten en deze uitstrekt tot de markt voor elektriciteitsvoorziening;
- subsidiair: doordat volgens het bestreden decreet alleen op het vasteland in Europees Frankrijk geëxploiteerde certificaten worden gecertificeerd, is het in strijd met de artikelen 34 en 35 VWEU, die kwantitatieve invoer- of uitvoerbepalingen alsook alle maatregelen van gelijke werking in de Europese Unie verbieden;

[OMISSIS] [middelen ontleend aan schending van nationaal recht] [OMISSIS] Bij verweerschrift ingeschreven op 10 juni 2015 concludeert de minister van ecologie, duurzame ontwikkeling en energie tot afwijzing van het verzoek met het betoog dat de door verzoekster aangevoerde middelen ongegrond zijn.

Bij op 11 juni 2015 ingeschreven verweerschrift verklaart de eerste minister, het eens te zijn met de door de minister van ecologie, duurzame ontwikkeling en energie ingediende opmerkingen.

Gezien de overige stukken in het dossier;

Gelet op:

- het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: „VWEU”), met name artikel 267;
- richtlijn 2005/89/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 januari 2006;
- richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009;

- verordening (EG) nr. 714/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009;
- de energiewet;
- de arresten C-8/74 van 11 juli 1974, C-72/83 van 10 juli 1984, C-379/98 van 13 maart 2001, C-482/99 van 6 mei 2002 en C-309/02 van 14 december 2004 van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en de arresten C-262/12 van 19 december 2013 en C-573/12 van 1 juli 2014 van het Hof van Justitie van de Europese Unie;

[OMISSIS] **[Or. 3]**

- 1 De artikelen L. 335-1 tot en met L. 335-7 van de energiewet bevatten een regeling om de leveranciers te doen bijdragen aan de veiligstelling van de elektriciteitsvoorziening door ze te onderwerpen aan de verplichting, te beschikken over rechtstreekse of indirecte, uitwisselbare en overdraagbare waarborgen dat zij de capaciteit hebben voor het terugbrengen van het verbruik en de productie van energie, ten aanzien waarvan de beheerder van het openbaar vervoernetwerk heeft bevestigd dat zij beschikbaar en effectief zijn, die kunnen worden ingezet om het evenwicht tussen de productie en het verbruik van elektriciteit op het Franse vasteland te waarborgen. Het bestreden decreet van 14 december 2012 betreffende de bijdrage van de leveranciers aan de veiligstelling van de elektriciteitsvoorziening en houdende invoering van een mechanisme van verplichte capaciteit in de elektriciteitssector, is vastgesteld om uitvoering te geven aan die bepalingen.
- 2 [OMISSIS]
- 3 [OMISSIS] ANODE geeft te kennen dat het bij de artikelen L. 335-1 tot en met L. 335-7 van de energiewet ingevoerde capaciteitsmechanisme staatssteun vormt die niet bij de Europese Commissie is aangemeld en onverenigbaar is met het recht van de Unie, dat het de uit de sectorrichtlijnen op het gebied van de maatregelen van de lidstaten voor de veiligstelling van de elektriciteitsvoorziening voortvloeiende vereisten van evenredigheid en non-discriminatie niet eerbiedigt en dat het automatisch en noodzakelijkerwijs tot gevolg heeft dat de vennootschap Électricité de France (EDF) misbruik maakt van haar machtspositie op de toekomstige markt van capaciteitscertificaten en deze uitstrekt tot de markt voor elektriciteitsvoorziening. Om te antwoorden op deze primair aangevoerde middelen betreffende strijd met het recht van de Unie moeten de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het capaciteitsmechanisme worden onderzocht. [OMISSIS]

Beweerde strijd met de artikelen 107 en 108 [OMISSIS][VWEU]

- 4 [OMISSIS] **[Or. 4]** [OMISSIS] Volgens de uitlegging die het Hof van Justitie aan het bepaalde in artikel 107, lid 1, van het Verdrag (voorheen artikel 87, lid 1 EG)

heeft gegeven, onder meer in de arresten C-482/99 van 16 mei 2002 (punt 24) en C-262/12 van 19 december 2013 (punt 16), kan een voordeel slechts als steunmaatregel in de zin van voormeld artikel worden beschouwd indien het rechtstreeks of indirect met staatsmiddelen is bekostigd en aan de staat kan worden toegerekend.

- 5 Uit de bepalingen van het bestreden decreet volgt dat het door de wetgever ingevoerde capaciteitsmechanisme volledig functioneert onder toezicht van de beheerder van het vervoernetwerk en van de reguleringsautoriteit. Het kan dus aan de staat worden toegerekend. De staat controleert echter niet de hoeveelheid op de capaciteitsmarkt aangeboden producten, die afhangt van de capaciteiten op het gebied van de productie of het terugbrengen van het verbruik ten aanzien waarvan zal zijn bevestigd dat ze beschikbaar en effectief zijn, noch de marktwaarde van de capaciteitsgaranties, die wordt bepaald door dat aanbod en de vraag van de leveranciers, die op haar beurt wordt bepaald door het verbruiksgedrag van hun afnemers, en, bijgevolg, het gevaar dat het evenwicht tussen vraag en aanbod van elektriciteit op het Franse vasteland wordt verstoord. De staat bepaalt enkel het plafond van de verkoopprijs doordat hij de geldboete bepaalt die wordt opgelegd aan de leverancier die niet kan aantonen dat hij beschikt over de capaciteitsgarantie die noodzakelijk is om te voldoen aan de krachtens artikel L. 335-7 van de energiewet op hem rustende verplichtingen. De staat treedt evenmin op bij de inning van de in ruil voor de capaciteitsgaranties betaalde bedragen. Deze laatste [OMISSIS] vloeien voort uit de bevestiging dat de capaciteiten van de exploitanten beschikbaar en effectief zijn en kunnen dus niet rechtstreeks worden verkocht of aanbesteed door de staat. Hieruit volgt dat de overdraagbaarheid van de capaciteitsgaranties [OMISSIS] niet aldus kan worden gezien dat de staat afziet van een bestaande of potentiële bron. Het middel dat de aangevochten maatregel staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU oplevert die overeenkomstig artikel 108, lid 3, van het Verdrag bij de Commissie had moeten worden aangemeld, is dan ook ongegrond.

Beweerde strijd met de richtlijnen 2009/72 en 2005/89

- 6 [OMISSIS] Uit het bepaalde in [artikel 3, lid 2, van de richtlijn van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit] volgt dat de openbaredienstverplichtingen die de lidstaten mogen opleggen aan de ondernemingen [Or. 5] in de elektriciteitssector in overeenstemming moeten zijn met het uit artikel 106, lid 2, [OMISSIS] [VWEU] (voorheen artikel 86, lid 2, EG) voortvloeiende evenredigheidsvereiste [OMISSIS] dat dit vereiste mede wordt bevestigd in artikel 3, lid 4, van de richtlijn van 18 januari 2006 inzake maatregelen om de zekerheid van de elektriciteitsvoorziening en de infrastructuurinvesteringen te waarborgen. [OMISSIS]
- 7 ANODE betoogt dat een mechanisme van gedecentraliseerde marktcapaciteit de verwezenlijking van het doel van voorzieningszekerheid voor elektriciteit principieel niet kan waarborgen, en dat mededingingsverstoringen als gevolg van

het oprichten van de capaciteitsmarkt [OMISSIS] verder zullen gaan dan noodzakelijk is ter bevordering van de voorzieningszekerheid. [OMISSIS] Volgens verzoekster volgt hieruit dat het bij de artikelen L. 335-1 tot en met L. 335-7 van de energiewet ingevoerde mechanisme niet beantwoordt aan het evenredigheidsvereiste dat voortvloeit uit de in punt 6 genoemde bepalingen en bovendien discriminerend is ten nadele van de overige leveranciers die een zwak zo niet geen aandeel in de capaciteitsmarkt zullen hebben, een en ander in strijd met dezelfde bepalingen.

Het beginsel van de invoering van een capaciteitsmechanisme

- 8 Uit de stukken in het dossier blijkt dat de wetgever is overgegaan tot de invoering van een mechanisme van capaciteitsverplichting in de elektriciteitssector op grond van de constatering [OMISSIS] dat de bestaande maatregelen om de elektriciteitsvoorziening veilig te stellen ontoereikend waren, gelet op de risico's voor die voorzieningszekerheid tijdens periodes van groot verbruik, en de noodzaak, voor de beschikbaarheid van productiecapaciteit en capaciteit om het verbruik terug te brengen een vergoeding te waarborgen. De invoering van dat nieuwe mechanisme heeft niet geleid tot intrekking van de bepalingen die de ontwikkeling van nieuwe productiecapaciteiten mogelijk maken en evenmin verhinderd dat nieuwe bepalingen zijn vastgesteld bedoeld om het elektriciteitsverbruik te beheersen, waarvan de toepassing moet leiden tot verlaging van het op de voorzieningszekerheid rustende risico en daarmee van de prijs van de capaciteitsgarantie. Bijgevolg blijft de capaciteitsmarkt ondergeschikt ten opzichte van de andere mogelijkheden voor de ontwikkeling van nieuwe productiecapaciteiten of manieren om het verbruik te beheersen. De invoering van een dergelijk mechanisme is dus principieel niet onverenigbaar met het uit voormelde richtlijnen voortvloeiende evenredigheidsvereiste.

Kenmerkende eigenschappen van het capaciteitsmechanisme

- 9 Aan het evenredigheidsvereiste moet worden geacht te zijn voldaan wanneer de betrokken voorschriften het bereiken van de aangevoerde doelstellingen van algemeen economisch belang waarborgen [Or. 6] en indien de gekozen methode en de geldigheidsduur van de voorschriften niet verder gaan dan ter bereiking van die doelstellingen noodzakelijk is.
- 10 In de eerste plaats baseert ANODE haar kritiek op de doeltreffendheid van het mechanisme op het feit dat het gedecentraliseerd is, waardoor het vergeleken met gecentraliseerde mechanismen zoals capaciteitsreserves of aanbestedingen minder geschikt zou zijn ter bereiking van het doel, de voorzieningszekerheid voor elektriciteit te waarborgen. De onregelmatigheid van de prijs die het gevolg is van de combinatie van voorspellingen van een groot aantal acteurs, kan geen duidelijk signaal voor de investeerders vormen, terwijl toch een van de doelstellingen van de omstreden regeling erin bestaat, aan te zetten tot investeringen in nieuwe piekcapaciteiten. Zij voegt hieraan toe dat de wetgever overigens aan het in de wet

neergelegde capaciteitsmechanisme als overgangmaatregel een gecentraliseerd, zogenaamd „beveiligings”mechanisme heeft toegevoegd dat is gebaseerd op aanbestedingen.

- 11 Meerdere bepalingen van het bestreden decreet hebben tot doel de – door ANODE gesignaleerde – risico’s voor de doeltreffendheid van het mechanisme te beteugelen. Zo bepaalt artikel 18 van het decreet dat de beheerder van het openbaar elektriciteitstransportnet gedurende het tijdvak van vier jaar voorafgaand aan ieder leveringsjaar en ten minste één keer per jaar voor ieder leveringsjaar de vooruitzichten bekendmaakt met betrekking tot het globale niveau van de capaciteitsgaranties waarmee aan de capaciteitsverplichtingen van alle leveranciers kan worden voldaan, waardoor voldoende kan worden geanticipeerd op de behoeften aan investeringen in nieuwe capaciteiten. Door te bepalen dat het register van maatregelen om het verbruik tijdens de drukste periodes te beperken – dat door de leveranciers en de verbruikers wordt ingevuld – openbaar wordt gemaakt, beperkt het bovendien het risico dat de leveranciers hun verplichtingen onjuist inschatten. [OMISSIS] Nu de marktdeelnemers daarmee over voldoende informatie en voldoende tijd beschikken, kan het feit dat het mechanisme gedecentraliseerd is niet als een oorzaak van ondoeltreffendheid worden gezien. De artikelen 22 en 23 van het bestreden decreet voorzien bij wege van overgangmaatregel in een „beveiligings”mechanisme dat de mogelijkheid biedt, aanbestedingen voor nieuwe capaciteiten uit te schrijven, maar dat mechanisme [OMISSIS] is in de tijd beperkt tot de zes eerste leveringsjaren en bovendien enkel toepasbaar in geval van uitzonderlijk gevaar voor gebrek aan evenwicht tussen vraag en aanbod van elektriciteit [OMISSIS] Het is dus niet in strijd met het evenredigheidsbeginsel. [OMISSIS]
- 12 In de tweede plaats strekt het capaciteitsmechanisme zich uit tot alle bestaande of geplande capaciteit om elektriciteit op te wekken of het verbruik terug te brengen op het Franse vasteland, waarvoor de beheerder van het openbare transportnet heeft verklaard dat zij beschikbaar en effectief is. ANODE betoogt dat die keuze voor een markt die alle capaciteiten omvat en niet alleen de piekcapaciteiten, verder gaat dan noodzakelijk is ter bereiking van het gestelde doel, onder meer omdat EDF een machtspositie op de capaciteitsmarkt krijgt en noodzakelijkerwijs in staat zal zijn, de capaciteiten die zij op de productiemarkt bezit en – door vernauwing van haar marges – op de markt voor leveringen uit te breiden.
- 13 Ofschoon het capaciteitsmechanisme is ontworpen om een oplossing te bieden voor de problemen in verband met de veiligstelling van de levering tijdens consumptiepieken, [OMISSIS] **[Or. 7]** blijkt uit het dossier niet dat toekenning van een aanvullende vergoeding voor alle capaciteiten [OMISSIS] verder zou gaan dan ter bereiking van de doelstellingen van de wetgever noodzakelijk is, aangezien alle beschikbare capaciteiten inderdaad worden ingezet wanneer het elektriciteitsverbruik het grootst is en een van de risico’s met het oog waarop het capaciteitsmechanisme is ingevoerd het risico is dat de exploitatie van bestaande capaciteiten die noodzakelijk zijn voor de voorzieningszekerheid maar waarvan de

winstgevendheid niet kan worden gewaarborgd met enkel de vergoeding van de productie, wordt stopgezet. Om te antwoorden op het argument dat wordt ontleend aan de gevolgen van die keuze voor de mededinging tussen de leveranciers, moet worden onderzocht het middel dat de onderneming die van oudsher leverancier is door die kenmerken automatisch in een situatie wordt geplaatst dat zij misbruik maakt van haar machtspositie.

Beweerde onverenigbaarheid van de bedingen met de artikelen 102 en 106 [OMISSIS] [VWEU]

- 14 [OMISSIS] Artikel 17 van het bestreden decreet vertrouwt de reguleringsautoriteit de taak toe, op de doorzichtigheid van de capaciteitsmarkt en de afgeleide markten toe te zien door gegevens over de kenmerken van de overdrachten, met name de prijzen ervan, te verzamelen, en op grond van artikel 19 van het decreet mag de met energie belaste minister op voorstel van die autoriteit bepalen dat de transacties, of een deel daarvan, worden verricht via een openbaar platform. Hieruit volgt dat noch het bestreden decreet noch de wet die daarmee wordt toegepast de ondernemer die van oudsher op de markt aanwezig is noodzakelijkerwijs en automatisch in een situatie plaatst waarin misbruik van een machtspositie op de productie-, de leverings- en de capaciteitsmarkt wordt gemaakt door de overige deelnemers uit te schakelen. Waar tot slot artikel L. 337-6 bepaalt dat de gereguleerde verkoopprijzen voor elektriciteit, die alleen door de ondernemer die van oudsher op de markt aanwezig is en de plaatselijke ondernemingen worden geboden, worden bepaald rekening houdend met de kosten van de aanvullende prestatie bij de levering van elektriciteit, die de capaciteitsgarantie omvat, heeft dit laatste niet tot doel, en kan het evenmin tot gevolg hebben, dat andere ondernemers van de leveringsmarkt worden gestoten, aangezien zij juist de mogelijkheid krijgen tarieven onder de gereguleerde tarieven te bieden. De omstreden maatregel kan dan ook niet worden geacht, in strijd met de gezamenlijke bepalingen van de artikelen 102 en 106, lid 1, VWEU de marktstructuur nadelig te beïnvloeden door het creëren van ongelijke mededingingsvoorwaarden, en zij kan evenmin als in strijd met de bepalingen van de in punt 6 genoemde richtlijnen worden beschouwd.

Het – subsidiaire – middel inzake onverenigbaarheid met de artikelen 34 en 35 [OMISSIS] [VWEU] [Or. 8]

- 15 Artikel L. 335-2, derde alinea, van de energiewet bepaalt: „Voor het mechanisme van de capaciteitsverplichting wordt er rekening mee gehouden dat de Franse markt aan de andere Europese markten gekoppeld is.” Uit de definitie van capaciteit in artikel 1 van het bestreden decreet blijkt echter dat alleen op het Franse vasteland gevestigde exploitanten van productie- of verminderingscapaciteit aan de certificering kunnen deelnemen. Artikel 3, tweede alinea, van voormelde wet bevat de volgende bepaling: „Voor de bepaling van de capaciteitsverplichting worden de koppelingen van de Franse elektriciteitsmarkt aan de andere Europese markten in aanmerking genomen. Het effect ervan wordt

in aanmerking genomen bij de bepaling van de veiligheidscoëfficiënt rekening houdend met het risico van een tekort.” Artikel 20 bepaalt: „Eén jaar na de bekendmaking van de regels betreffende het capaciteitsmechanisme, en vervolgens ieder jaar, verstrekt de reguleringscommissie voor energie de met energie belaste minister een verslag, opgesteld op basis van de werkzaamheden van de beheerder van het transportnet, over de opnemings van het capaciteitsmechanisme in de Europese markt. Dat verslag bevat mede gegevens over de ontwikkeling, in de buurlanden, van de regelgeving over de bijdrage van de acteurs aan de veiligstelling van de elektriciteitslevering. Het analyseert de wisselwerking tussen het Franse capaciteitsmechanisme en de in die andere landen getroffen regeling. In voorkomend geval worden voorstellen geformuleerd om de werking van het capaciteitsmechanisme te verbeteren.”

- 16 Artikel 34 [OMISSIS] [VWEU] bepaalt: „Kwantitatieve invoerbepalingen en alle maatregelen van gelijke werking zijn tussen de lidstaten verboden.” Uit onder meer de arresten van het Hof van Justitie C-309/02 van 14 december 2004 (punt 53) en C-573/12 van 1 juli 2014 (punt 57) volgt dat dat wanneer een materie op Unieniveau uitputtend is geharmoniseerd, alle daarop betrekking hebbende nationale maatregelen moeten worden getoetst aan de bepalingen van die harmonisatiemaatregel en niet aan die van het primaire recht. Noch de richtlijn van 18 januari 2006 inzake maatregelen om de zekerheid van de elektriciteitsvoorziening en de infrastructuurinvesteringen te waarborgen, noch de richtlijn van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit, kunnen echter worden geacht een dergelijke harmonisatie tot stand te hebben gebracht. Binnen het door die lidstaten vastgelegde kader kunnen de lidstaten op het gebied van de voorzieningszekerheid nog doorzichtig, niet-discriminerend en met de vereisten van een interne elektriciteitsmarkt waarop mededinging heerst verenigbaar beleid bepalen. Daaruit volgt dat artikel 34 [OMISSIS] [VWEU] in casu van toepassing is. Volgens de uitlegging die het Hof van Justitie eraan heeft gegeven onder meer in de arresten C-8/74 van 11 juli 1974 (punt 5) en C-379/98 van 13 maart 2001 (punt 69), doelt dat artikel op alle nationale maatregelen die al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel het intracommunautaire handelsverkeer kunnen belemmeren. Zoals het Hof van Justitie onder meer heeft geoordeeld in zijn arrest C-573/12 van 1 juli 2014 (punt 76), kan een dergelijke maatregel haar rechtvaardiging vinden in een van de in artikel 36 VWEU omschreven gronden van algemeen belang of in dwingende vereisten, maar dient de nationale maatregel in beide gevallen, overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel, geschikt te zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en mag zij niet verder gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is.

De kwalificatie als maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking

- 17 Het bestreden decreet heeft niet tot doel en evenmin ten gevolge dat de handel in elektriciteit wordt gereguleerd. Weliswaar kent het de exploitanten van

nationale capaciteiten [Or. 9] een aanvullende vergoeding toe uit de overdracht van capaciteitsgaranties, waarvoor exploitanten van capaciteiten in het buitenland, die niet kunnen laten certifiëren dat hun capaciteiten beschikbaar en effectief zijn, niet in aanmerking komen, en onderwerpt het alle leveranciers, ongeacht hun bevoorradingsbron voor elektriciteit, aan een aankoopverplichting voor capaciteitsgaranties die worden afgegeven voor op het Franse vasteland beschikbare capaciteiten, is het voordeel dat er voor de binnenlandse productie ten opzichte van de invoer van elektriciteit uit kan voortvloeien beperkt doordat met de koppelingen van de markten rekening wordt gehouden bij de bepaling van de veiligheidscoëfficiënt rekening houdend met het gevaar voor een tekort, waardoor de capaciteitsverplichtingen van de leveranciers en – bijgevolg – de prijs van de capaciteitsgarantie en de aanvullende vergoeding voor de exploitanten van nationale capaciteiten dienovereenkomstig worden verlaagd. De vraag rijst of, hoewel het capaciteitsmechanisme de capaciteiten slechts vergoedt op basis van de beschikbaarheid ervan en niet van de daadwerkelijke productie, en in aanmerking genomen dat met de gevolgen van de koppelingen rekening wordt gehouden bij de bepaling van de verplichtingen van de leveranciers, waardoor het oorzakelijk verband tussen de uitsluiting van het mechanisme van de buitenlandse capaciteiten ingevolge het decreet en de restrictieve gevolgen die er voor het grensoverschrijdende handelsverkeer uit kunnen voortvloeien voor wat betreft de aanwijzing van de bevoorradingsbron door de investeerders en de keuze van de bevoorrading door de leveranciers lossier wordt, artikel 34 van het Verdrag aldus moet worden uitgelegd dat het zich tegen een dergelijke uitsluiting verzet.

De mogelijke rechtvaardiging voor een dergelijke maatregel

- 18 Artikel 36 van het Verdrag bevat de volgende bepaling: „De bepalingen van de artikelen 34 en 35 vormen geen beletsel voor verboden of beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer, welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van [...] de openbare veiligheid [...]. Deze verboden of beperkingen mogen echter geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen.” Volgens de uitlegging die het Hof van Justitie eraan heeft gegeven, onder meer in zijn arrest C-72/83 van 10 juli 1984 (punten 34 en 35), kan de continuïteit in de energiebevoorrading een doel vormen dat door het begrip openbare veiligheid in de zin van die bepalingen wordt gedekt, daar niet alleen de goede werking van de economie, doch vooral van de instellingen en belangrijkste overheidsdiensten, en zelfs het overleven van de bevolking ervan afhankelijk zijn. Het Franse capaciteitsmechanisme is, zoals onder meer gezegd in punt 8, ingevoerd met het oog op de veiligstelling van de levering van elektriciteit aan de bevolking op het Franse vasteland. De vraag rijst echter of, gelet op de ontwikkeling van het Europese rechtskader zoals dat thans wordt gevormd door voormelde richtlijn van 13 juli 2009, die luidens overweging 62 de totstandbrenging van een volledig operationele interne markt voor elektriciteit tot doel heeft, waardoor elektriciteit dank zij een gekoppeld net onder identieke voorwaarden kan worden verkocht, en door 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, de veiligstelling van levering van elektriciteit aan de bevolking van een lidstaat nog steeds een doelstelling is die kan vallen onder het begrip openbare veiligheid van artikel 36 [OMISSIS] [VWEU], dat een van de gronden voor een mogelijke rechtvaardiging van invoerbeperkingen kan zijn.

De evenredigheid

- 19 Vaststaat dat de buitenlandse capaciteiten bijdragen tot de voorzieningszekerheid voor de consument op het Franse vasteland voor zover dat mogelijk is met de koppelingen met de buurlanden. De uitsluiting ervan van het capaciteitsmechanisme zou dus slechts gerechtvaardigd en evenredig aan het doel van voorzieningszekerheid kunnen worden geacht indien dat doel met geen andere technisch haalbare en voor de tussenstaatse handel minder restrictieve maatregel kon worden bereikt. De minister heeft onweersproken naar voren gebracht dat expliciete deelneming van in het buitenland gelegen capaciteiten aan het capaciteitsmechanisme thans technisch niet haalbaar is doordat niet kan worden nagegaan wat de reële bijdrage van die capaciteiten aan de voorzieningszekerheid voor de consument op het vasteland is en aangezien niet kan worden gecontroleerd of zij beschikbaar en effectief zijn. Zoals het Hof van Justitie heeft vastgesteld in zijn arresten C-379/98 van 13 maart 2001 (punt 79) en C-573/12 van 1 juli 2014 (punt 87) is het, wegens de kenmerken van elektriciteit, wanneer zij eenmaal in het transmissie- of distributienetwerk is opgenomen moeilijk is om de herkomst ervan vast te stellen. In het kader van een gedecentraliseerd mechanisme van marktcapaciteit is die uitsluiting van buitenlandse capaciteit dan ook technisch gerechtvaardigd. Zij kan worden gezien als evenredig gelet op de bepalingen van het decreet, die voorzien in een maatregel ter compensatie van zijn beperkende gevolgen voor het handelsverkeer doordat bij de vaststelling van de veiligheidscoëfficiënt de koppelingen van de markten in aanmerking worden genomen, en gezien de beperking in de tijd doordat, op initiatief van de regulerende instantie, voortdurend wordt gestreefd naar een betere integratie van het Franse capaciteitsmechanisme in de Europese markt. Bij andere capaciteitsmechanismen, zoals strategische reserves of aanbestedingen, zouden de buitenlandse capaciteiten echter niet noodzakelijkerwijs in dezelfde mate worden uitgesloten. Bijgevolg rijst de vraag aan de hand van welke maatstaven kan worden nagegaan of, gelet op onder meer de beoordelingsmarge die de lidstaten is gelaten om te bepalen hoe zij de voorzieningszekerheid waarborgen, een gedecentraliseerd mechanisme van marktcapaciteit zoals de Franse wetgever dat heeft ontworpen, dat bij de huidige stand van de Europese elektriciteitsmarkt een maatregel van uitsluiting van de buitenlandse capaciteiten impliceert waar tegenover staat dat de marktkoppelingen in aanmerking worden genomen bij de bepaling van de verplichtingen van de leveranciers, kan voldoen aan het voor de toepassing van artikel 36 van het Verdrag vereiste evenredigheids criterium.

- 20 Aangezien beantwoording van de in de punten 17, 18 en 19 gestelde vragen, die voor de door de Conseil d'État te geven beslissing bepalend zijn, niet voor de hand liggend is, moet het Hof van Justitie van de Europese Unie overeenkomstig artikel 267 [OMISSIS] [VWEU] worden verzocht om een prejudiciële beslissing en moet de behandeling van het verzoekschrift van ANODE worden geschorst.

BESLIST:

Artikel 1: De behandeling van het verzoekschrift van ANODE wordt geschorst totdat het Hof van Justitie van de Europese Unie zich zal hebben uitgesproken over de volgende vragen:

Moeten de artikelen 34 en 36 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een capaciteitsmechanisme in de elektriciteitssector zoals aan de orde in het hoofdgeding en meer in het bijzonder omschreven in de punten 1, 15 en 17 tot en met 19 van de onderhavige beslissing?

In het bijzonder: **[Or. 10]**

- a) Moet artikel 34 van het Verdrag aldus worden uitgelegd dat het zich, ofschoon het mechanisme capaciteiten slechts vergoedt op basis van de beschikbaarheid ervan en niet op basis van de daadwerkelijke productie, en gelet op het feit dat met de gevolgen van de marktkoppelingen rekening wordt gehouden bij de bepaling van de verplichtingen van de leveranciers waardoor het oorzakelijk verband tussen de in het decreet vastgelegde uitsluiting van het mechanisme van buitenlandse capaciteiten en de beperkende werking voor het grensoverschrijdende handelsverkeer in elektriciteit die er het gevolg van kan zijn voor wat betreft de aanwijzing door de investeerders van de bevoorradingsbron en de keuze van de bevoorrading door de leveranciers, losser wordt, tegen een dergelijke uitsluiting verzet?
- b) Kan de veiligstelling van de levering van elektriciteit aan de bevolking van een lidstaat gelet op de ontwikkeling van het Europese rechtskader voor de interne elektriciteitsmarkt een onder het begrip openbare veiligheid in de zin van artikel 36 van het Verdrag vallende doelstelling zijn?
- c) Wat zijn, gelet op onder meer de beoordelingsmarge die de lidstaten is gelaten bij de bepaling van hun beleid om de elektriciteitsvoorziening veilig te stellen, de criteria aan de hand waarvan kan worden nagegaan of een gedecentraliseerd capaciteitsmechanisme dat bij de huidige stand van de Europese elektriciteitsmarkt een maatregel houdende uitsluiting van buitenlandse capaciteiten impliceert die wordt gecompenseerd doordat bij de bepaling van de verplichtingen van de leveranciers de marktkoppelingen in aanmerking worden genomen, aan de voor toepassing van artikel 36 van het Verdrag vereiste voorwaarde van evenredigheid kan voldoen?

Artikel 2: [OMISSIS] [vermelding betreffende de betekening]

Beslist tijdens de zitting van 23 september 2015 [OMISSIS]

Vorgelezen ter openbare terechtzitting op 9 oktober 2015.

[OMISSIS]

[OMISSIS] [handtekeningen en vermelding betreffende de voor de uitvoerbaarheid van de beslissing noodzakelijke maatregelen]