

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

P. CRUZ VILLALÓN

van 21 juli 2011¹**I — Inleiding**

1. Met het onderhavige prejudiciële verzoek wenst het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia in wezen van het Hof te vernemen of bepaalde verplichtingen, opgelegd aan elektriciteitsbedrijven die eigenaar zijn van installaties die zijn gekwalificeerd als „van essentieel belang” voor de werking van het Italiaanse elektriciteitssysteem in het kader van de zogenoemde diensten voor „inschakelen en balanceren”, verenigbaar zijn met het Unierecht.

2. Dat stelsel van „essentiële installaties” is een antwoord op de behoeften van die diensten voor „inschakelen en balanceren”, die zoals bekend nauw verband houden met de

veiligheid van het netwerk en de regelmaat van de leveringen. Vanuit dat gezichtspunt zou de zaak dus duidelijk vallen onder artikel 11 van richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van richtlijn 96/92/EG.² De Italiaanse wetgever en de regelgevende instanties laten echter zien dat de bestreden regeling ook een ruimer doel nastreeft, namelijk toezicht op de elektriciteitsprijzen die de eindafnemer betaalt. Dit tweede aspect, en de bijzondere kenmerken van het Italiaanse stelsel, nopen ertoe het onderzoek aan te vullen met een verwijzing naar artikel 3, lid 2, van diezelfde richtlijn, welke bepaling door enkele interveniënten is ingeroepen. Deze bepaling staat de lidstaten toe, de elektriciteitsbedrijven in bepaalde gevallen en onder bepaalde voorwaarden openbaredienstverplichtingen op te leggen. Het arrest van 20 april 2010, Federutility e.a.³, als eerste uitspraak over deze regeling van openbaredienstverplichtingen in de energiesector⁴, vormt een rechtstreeks precedent voor de uitlegging van die bepaling. Aldus stelt de onderhavige zaak het Hof in de gelegenheid zich over de toepassing van deze figuur uit te spreken in een context die duidelijk verschilt van die welke in dat arrest is onderzocht.

2 — PB L 176, blz. 37; gerectificeerd in PB 2004, L 16, blz. 74.

3 — Zaak C-265/08, Jurispr. blz. I-3377.

4 — Het arrest betreft artikel 3, lid 2, van richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van richtlijn 98/30/EG (PB L 176, blz. 57), met een tekst die sterk lijkt op artikel 3, lid 2, van richtlijn 2003/54.

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

II — Rechtskader

A — *Het Unierecht*

3. Artikel 3 van richtlijn 2003/54 betreft de zogenoemde openbardienstverplichtingen en de bescherming van de afnemer. Het tweede lid van dat artikel bepaalt:

„Met volledige inachtneming van de toepasselijke bepalingen van het Verdrag, met name artikel 86, mogen de lidstaten in het algemeen economisch belang aan elektriciteitsbedrijven openbardienstverplichtingen opleggen, die betrekking kunnen hebben op de veiligheid, waaronder zowel de voorzieningszekerheid als de regelmaat, de kwaliteit en de prijs van de leveringen zijn begrepen, alsmede op de bescherming van het milieu, met inbegrip van energie-efficiëntie en bescherming van het klimaat. Deze verplichtingen moeten duidelijk gedefinieerd, transparant, niet-discriminerend en controleerbaar zijn en voor EU-electriciteitsbedrijven een gelijke toegang tot nationale consumenten waarborgen. Met betrekking tot voorzieningszekerheid en energie-efficiëntie/vraagzijdebeheer, alsmede ter verwezenlijking van milieudoelstellingen in de zin van dit lid, kunnen de lidstaten gebruikmaken van planning op lange termijn, daarbij rekening houdend met de mogelijkheid dat derden toegang tot het net wensen.”

4. Overeenkomstig lid 9 van artikel 3, „[de] de lidstaten [...] de Commissie in het verlengde van de uitvoering van deze richtlijn alle maatregelen mee die zijn vastgesteld om aan de verplichtingen inzake universeleleidendienstverlening en openbare dienstverlening te voldoen”.

5. Artikel 11, lid 2, betreffende het „inschakelen en balanceren”⁵, bepaalt het volgende: „De inschakeling van de stroomproductie-eenheden en het gebruik van koppellijnen geschieden op basis van criteria waaraan de betrokken lidstaat zijn goedkeuring kan hechten en die objectief moeten zijn, bekendgemaakt moeten worden en op een niet-discriminerende wijze moeten worden toegepast om een goede werking van de interne markt voor elektriciteit te waarborgen. De criteria houden rekening met de economische rangorde van de elektriciteit uit beschikbare productie-eenheden of uit koppelijnoverbredingen en met de voor het net geldende technische beperkingen.” In lid 6 wordt bepaald: „Transportnetbeheerders kopen, wanneer zulks tot hun taak behoort, de energie die zij gebruiken om energieverliezen te dekken en in reservecapaciteit in hun net te voorzien volgens transparante, niet-discriminerende en op de markt gebaseerde procedures.”⁶

5 — „Appel et équilibrage” in de Franse versie, „dispiacciamento e bilanciamento” in de Italiaanse, „Inanspruchnahme und Ausgleich von Kapazitäten” in de Duitse en „dispatching and balancing” in de Engelse versie.

6 — [Voetnoot niet relevant voor de Nederlandse vertaling.]

B — *De nationale regeling*⁷

2. Wet nr. 2/09

1. Besluiten nr. 168/03 en nr. 111/06 van de AEEG

6. Op 30 december 2003 heeft de Autorità per l'energia elettrica e il gas (hierna: „AEEG”) besluit nr. 168/03⁸ vastgesteld waarin de voorwaarden worden vastgesteld voor de werking van de openbare dienst voor inschakeling van productiecapaciteit, met het doel te waarborgen dat, met behoud van een voldoende veiligheidsniveau, kan worden voldaan aan de vraag naar elektriciteit.

7. Het op 9 juni 2006 door de AEEG vastgesteld besluit ERG/alt nr. 111/06⁹ bracht een wijziging aan in besluit nr. 168/03, door Terna Rete Elettrica Nazionale SpA, beheerder van het transportnet van elektriciteit in Italië en verantwoordelijk voor de inschakeling van productiecapaciteit op het gehele nationale grondgebied¹⁰, de taak op te dragen om vast te stellen welke installaties „essentieel” zijn voor de veiligheid van het elektriciteitsnetwerk, een instrument waarmee de energiebehoeften van de diensten voor inschakeling van die productiecapaciteit [in Nederland „systeemdiensten” genoemd] kunnen worden bepaald.

8. Bij wet nr. 2 van 28 januari 2009¹¹ zijn wijzigingen aangebracht in het stelsel van essentiële installaties dat in besluit nr. 111/06 was ingevoerd. Artikel 3, lid 10, sub d, betreft de hervorming van de systeemdienstenmarkt (in Nederland „onbalansmarkt” genoemd), waarvan het beheer wordt opgedragen „aan de beheerder van de transport- en systeemdienst, met het doel de noodzakelijke energiebronnen te kunnen selecteren om de behoeften van het elektriciteitsnet veilig te stellen, op basis van een transparante en economisch efficiënte waardering. De systeemdiensten stellen hun energiebehoeften veilig doordat de daarvoor aangewezen exploitanten de noodzakelijke energie aankopen. Op de systeemdienstenmarkt wordt de prijs van de energie bepaald op basis van de verschillende prijzen zoals die verplicht worden aangeboden door elke aangewezen gebruiker en worden aanvaard door de beheerder van de systeemdiensten, waarbij de voorkeur wordt gegeven aan een aanbod tegen een lagere prijs, totdat geheel aan de behoeften is voldaan [...]”

9. Artikel 3, lid 11, van wet nr. 2/09 bepaalt dat de AEEG, vanwege de uitzonderlijke economische crisis op internationaal niveau en de effecten daarvan op de grondstoffenprijzen, en „teneinde de lasten voor gezinnen en ondernemingen te verlichten en de elektriciteitsprijs te verlagen”, haar besluiten, ook

7 — De Italiaanse elektriciteitssector is geregeld in tal van omzettingbepalingen van richtlijn 2003/54 in Italiaans recht. Hier wordt rechtstreeks gerefereerd aan die besluiten van de Autorità per l'energia elettrica e il gas die relevant zijn voor de beslissing van de onderhavige zaak en tevens aan de wet nr. 2/2009, die het kader vormt voor de wijziging die hier ter discussie staat.

8 — Hierna: „besluit nr. 168/03” [gewoon supplement bij de Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (hierna: „GURI”) nr. 16 van 30 januari 2004].

9 — Hierna: „besluit nr. 111/06” (gewoon supplement bij de GURI nr. 153 van 4 juli 2006).

10 — Overeenkomstig decreto legge (wetsdecreet) nr. 79 van 6 maart 1999. Hierna: „Terna SpA”.

11 — Hierna: „wet nr. 2/09” (GURI nr. 22 van 28 januari 2009). Het is de wet tot wijziging van decreto legge nr. 185 van 29 november 2008, houdende spoedmaatregelen ter ondersteuning van gezinnen, ondernemingen en werkgelegenheid en tot wijziging van het nationaal strategisch kader door middel van maatregelen ter bestrijding van de crisis.

inzake de inschakeling van productiecapaciteit van elektriciteit, aan de volgende beginselen en criteria moet aanpassen:

3. Besluit nr. 52/09 van de AEEG

„a) personen die individueel beschikken over installaties of groepen installaties die essentieel zijn om te voldoen aan de behoeften van de systeemdiensten, zoals die zijn vastgesteld op basis van de criteria die door de [AEEG] conform de in deze letter genoemde beginselen zijn neergelegd, zijn verplicht elektriciteit aan te bieden op de markten tegen voorwaarden die door de [AEEG] zijn vastgesteld, waarin mechanismen zijn opgenomen die waarborgen dat het systeem zo min mogelijk wordt belast en de producenten een billijke vergoeding ontvangen. Met name die installaties zijn essentieel voor de behoeften van de systeemdiensten, doch uitsluitend gedurende de perioden waarin zich de hierna genoemde situaties voordoen, die technisch en structureel onmisbaar zijn voor het elimineren van netwerkcongestie of voor het behoud van een adequaat veiligheidsniveau van het nationale elektriciteitsstelsel gedurende aanzienlijke perioden.

10. Als uitwerking van deze wet nr. 2/09 heeft de AEEG op 29 april 2009 besluit AGR/elt nr. 52/09¹² tot wijziging van haar vorige besluit nr. 111/06 vastgesteld, waarin een nieuw systeem werd geïntroduceerd inzake „installaties die van essentieel belang zijn voor de werking van het elektriciteitsstelsel”.

11. Overeenkomstig artikel 63.9 van besluit nr. 111/06, zoals gewijzigd bij artikel 1, sub c, van besluit nr. 52/09, moet de beheerder van het transportnetwerk en van de systeemdiensten (Terna SpA) jaarlijks een lijst opstellen en publiceren van installaties en groepen installaties die van essentieel belang worden geacht voor de werking en de veiligheid van het elektriciteitssysteem en voor elk van die installaties, naast andere gegevens, de redenen voor de opneming in de lijst en de perioden waarin de betrokken installatie als essentieel wordt beschouwd, aangeven.

12. Overeenkomstig artikel 63.2 van besluit nr. 111/06 beschouwt de vennootschap Terna SpA als essentieel:

„a) elke installatie zonder welke het niet mogelijk is in het daaropvolgende kalenderjaar, onder meer vanwege het geplande onderhoud van andere

[...]”

¹² — Gewoon supplement bij GURI nr. 133 van 11 juni 2009. Hierna: „besluit nr. 52/09”.

productie-installaties en netwerkelementen, een adequate standaard voor het veilig beheer van het elektriciteitsstelsel te waarborgen;

energie niet voldoende is om de voor elke productie-eenheid erkende variabele kosten te dekken, moet Terna SpA de marktpartijen het verschil vergoeden (artikel 64.8).

- b) elke andere installatie die deel uitmaakt van een groep van installaties die overeenkomstig artikel 63.6 als essentieel is aangewezen, los van de installaties genoemd sub a.”

13. Indien is vastgesteld dat een installatie van essentieel belang is of deel uitmaakt van een groep installaties die van essentieel belang is, is de eigenaar gehouden elektriciteit aan te bieden op de Italiaanse elektriciteitsbeurs, die is onderverdeeld in de day-aheadmarkt, de aanpassingsmarkt en de systeemdienstenmarkt, „met inachtneming van de verplichtingen en criteria die door Terna SpA voor elk van deze markten zijn vastgesteld” (artikel 64.2). De prijs van de op de day-aheadmarkt en de aanpassingsmarkt aangeboden elektriciteit moet „gelijk zijn aan nul” (artikel 64.5). De prijs van de op de systeemdienstenmarkt aangeboden elektriciteit, welke prijs is gebaseerd op de hoeveelheid energie ten aanzien waarvan de betrokken installatie van essentieel belang wordt geacht voor de voorzieningszekerheid van het netwerk, is voor elke betrokken periode gelijk aan de verkoopprijs van elektriciteit op de day-aheadmarkt van de zone waarin die productie-installatie is gelegen (artikel 64.7). Wanneer de vergoeding voor de in het kader van deze dwingende regeling geleverde

14. Besluit nr. 52/09 voorziet in twee regelingen als alternatief voor het „gewone” stelsel voor de essentiële installaties.

15. In de eerste plaats kunnen eigenaren van essentiële installaties overeenkomstig artikel 63.11 van besluit nr. 111/06 (in de versie van besluit nr. 52/09) de AEEG verzoeken het zogenoemde „kostenvergoedingsstelsel” toe te passen, waarin de eigenaren een specifieke tegenprestatie ontvangen gelijk aan het verschil tussen de productiekosten die voor die productie-installatie zijn erkend en de opbrengst ervan gedurende de periode waarin deze op de lijst van installaties van essentieel belang is opgenomen (artikel 63.13). Om van dat stelsel te kunnen profiteren, moeten de marktpartijen de verplichtingen aanvaarden die in artikel 65 zijn bepaald.

16. In de tweede plaats kan de eigenaar van een essentiële installatie of van een essentiële groep van installaties zich krachtens artikel 65 bis (ingevoerd bij besluit nr. 52/09) onttrekken aan het „gewone” regime voor essentiële installaties, door met Terna SpA een overeenkomst te sluiten waarbij aan Terna SpA een tevoren vastgestelde hoeveelheid energie ter beschikking wordt gesteld (opgewekt door alle installaties, en niet alleen door de essentiële) tegen prijzen die niettemin gecorrigeerd kunnen worden (verkoopoffertes tegen een prijs van nul en aankoopoffertes

tegen de zoneprijs van de day-aheadmarkt) of waaraan een minimum of een maximum kan worden gesteld.

2003/54. Het Tribunale stelt dus de volgende prejudiciële vraag aan het Hof:

III — Het hoofdgeding en de prejudiciële vraag

17. Als elektriciteitsbedrijf en eigenares van installaties die van essentieel belang zijn verklaard, is Enel Produzione SpA (hierna: „Enel”) opgekomen tegen besluit nr. 52/09 van de AEEG bij het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, op grond van strijd met artikel 11, leden 2 en 6, van richtlijn 2003/54.

18. Deze administratieve rechter meent dat de betrokken nationale regeling in strijd kan zijn met de verdragsregels inzake vrijheid van vestiging en van dienstverlening en het vrij verkeer van goederen en kapitaal. De beperking van die vrijheden zou niet gerechtvaardigd zijn op grond van artikel 86, lid 2, EG (het huidige artikel 106, lid 2, VWEU) noch op grond van artikel 3, lid 2, van richtlijn

„Staan de artikelen 23, 43, 49 en 56 van het Verdrag en de artikelen 11, leden 2 en 6, en 24 van richtlijn 2003/54/EG in de weg aan een nationale regeling die, zonder aan de Europese Commissie te zijn meegedeeld, bepaalde producenten van elektriciteit die onder bepaalde omstandigheden van essentieel belang zijn om te voldoen aan de energiebehoefte voor de systeemdiensten, op permanente basis de verplichting oplegt elektriciteit aan te bieden op de elektriciteitsbeurs volgens programma's die door de externe netwerkbeheerder worden bepaald, en de vergoeding voor die aanbiedingen van energie onttrekt aan de vrije beslissing van de producent door haar te koppelen aan parameters die niet tevoren ‚volgens transparante, niet-discriminerende en op de markt gebaseerde procedures’ zijn vastgelegd?”

IV — Procesverloop voor het Hof

19. De verwijzingsbeschikking is op 17 mei 2010 ter griffie van het Hof ingekomen.

20. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door Enel, Terna SpA, de Italiaanse en de Oostenrijkse regering en de Commissie.

21. Ter terechtzitting van 11 mei 2011 hebben de vertegenwoordigers van Enel, Terna SpA, de Italiaanse Republiek en de Commissie hun standpunten mondeling toegelicht.

en goed gepositioneerd toezicht door overheidsinstanties op dit gebied.

V — Analyse van de prejudiciële vraag

A — *De functies van „inschakelen en balanceren” van het elektriciteitsstelsel in richtlijn 2003/54*

22. De regeling van de diensten van „inschakelen en balanceren”, opgenomen in artikel 11 van richtlijn 2003/54, vormt samen met artikel 3, lid 2, en de punten 17 en 24 van de considerans van die richtlijn een concreet voorbeeld van het compromis tussen liberalisering en diensten van algemeen belang dat in die richtlijn is neergelegd. Zonder de mogelijkheid uit te sluiten dat de levering van diensten van inschakelen en balanceren via de vrije markt tot stand komt, openen punt 17 van de considerans en artikel 11 van richtlijn 2003/54 [die vrijwel zonder enige wijziging worden herhaald in punt 35 van de considerans en artikel 15 van de (nieuwe) richtlijn 2009/72/EG¹³], de deur naar een gedeeltelijk

23. Artikel 11 van richtlijn 2003/54 karakteriseert, in zeer algemene termen, de verschillende taken die voortvloeien uit deze dienst van „inschakelen en balanceren”. De eerste taak bestaat uit de „inschakeling” of „aanwijzing van de producent” van de energie voor het net: de netbeheerder zal, wanneer zulks tot zijn taak behoort, de stroomproductie-eenheden die in zijn zone zijn gelegen naar rato van de bestaande vraag „een opdracht geven”.¹⁴ Overeenkomstig artikel 11, lid 2, van de richtlijn moet deze „opdracht” of „inschakeling” zo worden uitgevaardigd dat daarbij rekening wordt gehouden met de „economische rangorde” van de offertes van de verschillende installaties, wat neerkomt op toepassing van de programmering die het resultaat is van de day-aheadmarkt en van de intradaymarkt.¹⁵ De „economische rangorde” zoals die in de programma’s wordt weerspiegeld, kan in twee verschillende situaties worden omgegooid: ten eerste, wanneer de betrokken lidstaat heeft besloten prioriteit te geven aan productie-installaties die gebruikmaken van „hernieuwbare energiebronnen, afvalstoffen of warmtekraftkoppeling” (deze mogelijkheid wordt genoemd in artikel 11,

14 — Zie over dit punt Isidoro, C., *Louverture du marché de l’électricité à la concurrence communautaire et sa mise en œuvre (Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni)*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2006, blz. 224, en Cameron, P., *Competition in the energy markets*, Oxford University Press, 2e druk, 2007, blz. 23.

15 — Overeenkomstig artikel 2, lid 16, van richtlijn 2003/54 wordt onder „economische rangorde” verstaan: „[E]n aan de hand van economische criteria bepaalde rangorde van bronnen voor de levering van elektriciteit”.

13 — Richtlijn 2009/72/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van richtlijn 2003/54/EG (PB L 211, blz. 55).

lid 3, van de richtlijn)¹⁶ en ten tweede, wanneer „de voor het net geldende technische beperkingen” een strikte toepassing van de economische rangorde beletten (artikel 11, lid 2, van de richtlijn).

24. Vervolgens houdt de „inschakeling” met het oog op deze technische beperkingen van het net ook een reeks taken in die bedoeld zijn om de technische beperkingen die in de programmering zijn ontdekt of die zich in real time kunnen voordoen, op te lossen: problemen met de spanning, met energieverlies tussen de productiebron en de consument, en met de opzet en de instandhouding van reservecapaciteit. Dit zou ik de echte technische systeemdiensten willen noemen.¹⁷ Hierop doelt in het bijzonder lid 6 van artikel 11 van de richtlijn, en ook lid 7 van datzelfde artikel inzake taken die gericht zijn op waarborging van de „balans” van het net, dat thans niet aan de orde is. Overeenkomstig artikel 11, lid 6, moet de beheerder van het transportnet de energie die hij gebruikt om „energieverliezen te dekken en in reservecapaciteit in [zijn] systeem te voorzien” aankopen „volgens transparante, niet-discriminerende en op de markt gebaseerde procedures”.¹⁸

16 — Artikel 11, lid 4, betreft een vergelijkbare situatie.

17 — Zie Carbajo, A., „Los mercados eléctricos y los servicios de ajuste del sistema”, *Economía Industrial*, nr. 364, 2007, en De la Cruz Ferrer, J., *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico*, Marcial Pons Ed., 1999, blz. 450.

18 — Zie ook artikel 14, leden 5 en 6, van de richtlijn, waarin dezelfde eisen worden gesteld ingeval deze functies zijn toegewezen aan de beheerder van het distributienet.

B — *De regeling van de Italiaanse elektriciteitssector. De bestreden maatregel.*

25. De eerste op grond van richtlijn 96/92 verplichte maatregelen tot liberalisering van de Italiaanse elektriciteitssector zijn in Italië bij het zogenoemde „Decreto Bersani”¹⁹ vastgesteld. Een groot aantal latere wettelijke regelingen, waarin de Italiaanse elektriciteitsmarkt is aangepast aan de eisen van richtlijn 2003/54, heeft deze regeling aangevuld.

26. Overeenkomstig deze bepalingen kan de verkoop van elektriciteit in het algemeen zich in Italië hetzij afspelen in het kader van vrije onderhandeling tussen twee partijen, ruimschoots vóór het moment van levering, hetzij door te onderhandelen op de elektriciteitsmarkt of -beurs, waar de onderhandeling zich afspeelt op een moment dat dicht bij de levering ligt. Deze elektriciteitsmarkt bestaat zelf weer uit twee opeenvolgende fasen of markten, waarvan de eerste fase bestaat uit de zogenoemde „day-aheadmarkt” en de „intradaymarkt”, waaraan alle elektriciteitsproducenten kunnen deelnemen. Nadat deze eerste fase is afgesloten is het de beurt aan de zogenoemde „systeemdienstenmarkt”.

19 — Decreto legge van 16 maart 1999, nr. 79.

1. De day-aheadmarkt en de intradaymarkt

27. De „day-aheadmarkt”, om mee te beginnen, is de onderhandelingsplaats voor de ofertes voor aankoop en verkoop van elektriciteit voor ieder uur van de dag van levering. In feite opent die markt negen dagen vóór de dag van levering en sluit zij de dag ervoor om 9 uur. Op dat moment worden op basis van die onderhandeling de voorlopige programma’s vastgesteld voor input en output van elektriciteit (wie is de producent en wie is de gebruiker?) op elk punt van het net en voor elk uur van de volgende dag.

28. De intradaymarkt (vroeger aanpassingsmarkt geheten) vindt aansluitend, ook nog op de dag vóór de levering, plaats. Het is de plaats voor een nieuwe onderhandeling, waar de marktdeelnemers aanpassingen of wijzigingen kunnen aanbrengen in de voorlopige programmering die het resultaat is van de day-aheadmarkt.

2. De functie van inschakelen en balanceren: de systeemdienstenmarkt

29. Het is echter praktisch onmogelijk dat de programmering die uit de twee vorige markten voortvloeit exact is afgestemd op de werkelijke schommelingen die zich in real time

op de dag van de levering in het werkelijke aanbod en in de werkelijke vraag naar levering van elektriciteit voordoen. Aangezien elektrische energie niet een goed is dat kan worden opgeslagen, moet op de dag van de levering de vraag op elk moment exact in balans worden gebracht met de bijbehorende productie.

30. Als transportnetbeheerder heeft de onderneming Terna SpA de taak van het „inschakelen en balanceren” van de productie-installaties, een dienst die tot doel heeft de voortdurende balans tussen het aanbod van en de vraag naar elektriciteit binnen het nationale transportnet, en daarmee ook de veiligheid en de continuïteit van de elektriciteitsvoorziening, te waarborgen.²⁰

31. Voor de verlening van die diensten die wij technische systeemdiensten hebben genoemd, maakt de Italiaanse netwerkbeheerder, Terna SpA, gebruik van de eerdergenoemde „systeemdienstenmarkt”. Op die markt treedt Terna SpA op als koper en treden de eigenaren van de installaties die eerder als „essentieel” zijn gekwalificeerd, op als verkoper.

32. Op de systeemdienstenmarkt bieden de eigenaren van essentiële installaties aan om hun installaties voor een bepaald moment „ter beschikking te stellen” aan Terna SpA, die hun zal aangeven of zij op dat moment meer of minder dan de geprogrammeerde hoeveelheid elektriciteit in het net moeten injecteren.

20 — Informatie afkomstig van de website van Terna SpA: http://www.terna.it/default/Home/SISTEMA_ELETTTRICO/dispatchamento.aspx.

Men lijkt het er over eens te zijn dat het verichten van dergelijke diensten voor de producenten van elektriciteit aanzienlijk duurder is, gezien het onvoorspelbare en bijna willekeurige karakter van de vraag en gezien de verplichting om onmiddellijk, met een grote reactiecapaciteit, aan die vraag te voldoen. De kosten die Terna SpA maakt voor de aankoop van energie om die diensten te kunnen leveren, worden gecompenseerd door de zogenoemde „uplift”, die aan alle consumenten in rekening wordt gebracht.

33. Deze systeemdienstenmarkt gaat dus uit van de selectie van een aantal installaties die als „essentieel” worden gekwalificeerd voor de werking en de veiligheid van het elektriciteitssysteem. Door deze kwalificatie is de installatie onderworpen aan een bijzonder stelsel van deelneming in de markten voor elektriciteit, dat in 2009 een belangrijke wijziging onderging.

3. De hervorming van 2009: het nieuwe stelsel voor essentiële installaties

34. De lijst van essentiële installaties wordt jaarlijks door Terna SpA opgesteld volgens de criteria en de procedure die daartoe in artikel 63 van het besluit nr. 111/06 van de AEEG, gewijzigd bij artikel 1, sub c, van besluit nr. 52/09, zijn vastgesteld.

35. Het systeem dat vóór de herziening van 2009 gold, bleek volgens het prejudiciële

verzoek „weinig doeltreffend” te zijn, enerzijds omdat slechts een gering aantal centrales van essentieel belang werd verklaard, anderzijds omdat het begrip „van essentieel belang” uitsluitend werd toegepast op afzonderlijke installaties en niet op de eigenaren ervan. Daarom „kon het gebeuren dat het niet volstond een bepaalde installatie aan het beperkende regime te onderwerpen om de marktmacht van bepaalde marktpartijen te elimineren, omdat deze marktpartijen eigenaar waren van andere installaties die onmisbaar waren om de energiebehoefte voor de systeemdiensten te dekken, zodat zij niettemin eenzijdig de verkoopprijs konden bepalen voor de extra hoeveelheid energie die onder bepaalde omstandigheden noodzakelijk was voor het netwerk”.

36. Voor wat de hoeveelheid aan de regulering onderworpen elektrische energie betreft, is het belang van de hervorming onbetwistbaar. Volgens de door Enel meegeleverde gegevens (die door de overige interveniënten niet zijn tegengesproken) was vóór wet nr. 2/09 en besluit nr. 52/09 een productiecapaciteit van ongeveer 500 MW in totaal als essentieel gekwalificeerd, terwijl na de hervorming 10 413 MW van de productie van Enel als essentieel werd beschouwd, waarbij waarschijnlijk nog andere, aan het Hof onbekende, hoeveelheden van de overige elektriciteitsproducenten moeten worden opgeteld.

37. Terna SpA is dus ten aanzien van elke eigenaar van essentiële installaties bevoegd om het aantal uren en het vermogen vast te

stellen die als essentieel worden beschouwd. De overige uren en het overige vermogen zijn „vrij” voor de producent, die zoveel elektriciteit als hij wil op de markt kan aanbieden tegen een vrij door hem vast te stellen prijs. Daarentegen moeten de uren en het vermogen die als essentieel zijn gekwalificeerd, op de day-aheadmarkt, de intradaymarkt en de systeemdienstenmarkt worden aangeboden „met inachtneming van de verplichtingen en criteria die door Terna SpA voor elk van deze markten zijn vastgesteld” (artikel 64.2 van besluit nr. 111/06).

38. Dit betekent ten eerste dat Terna SpA aan de eigenaar van de essentiële installatie opdraagt hoeveel elektrische energie (uren/vermogen) deze op de day-aheadmarkt en de intradaymarkt moet aanbieden. Dit aanbod moet geschieden tegen „een prijs gelijk aan nul”, met de consequenties die ik hierna zal bespreken. Tegelijk worden aankoopoffertes gedaan tegen een onbepaalde prijs (artikelen 64.5 en 64.6 van besluit nr. 111/06). Op deze wijze, aldus de Italiaanse regering, wordt gewaarborgd dat op die markten het aanbod van de essentiële installatie door Terna SpA (volgens het criterium van „economische rangorde”) wordt geselecteerd. Het systeem van de zogenoemde „verkoopoffertes tegen een prijs gelijk aan nul” lijkt ook een voorbeeld te zijn van het feit dat deze gehele essentiële productiecapaciteit zal worden vergoed tegen een andere prijs dan die welke op de vrije markt had kunnen worden verkregen.

39. Ten tweede moeten de eigenaren van essentiële installaties ook op de

systeemdienstenmarkt de door Terna SpA van tevoren bepaalde hoeveelheid energie aanbieden. Terna SpA betaalt daarvoor de (gemiddelde) verkoopprijs van elektriciteit op de day-aheadmarkt voor dezelfde zone. Als die gemiddelde prijs lager is dan de variabele kosten, moet Terna de marktpartij het verschil vergoeden (artikel 64.7 en 64.8 van besluit nr. 111/06).

40. Als alternatief kunnen de eigenaren van essentiële installaties de AEEG verzoeken het zogenoemde „kostenvergoedingsstelsel” toe te passen, waarin zij een specifieke tegenprestatie ontvangen die gelijk is aan het verschil tussen de (vaste en variabele) productiekosten die voor die essentiële installatie zijn erkend, en de opbrengst van de installatie gedurende de periode waarin deze op de lijst van essentiële installaties is opgenomen (artikel 63.13 van besluit nr. 111/06). Onder dat stelsel is dus de dekking gewaarborgd van zowel de vaste als de variabele kosten van de als essentieel gekwalificeerde installaties. Daartegenover valt de installatie niet alleen onder het gewone regime voor offertes van essentiële installaties voor de periodes en de productiecapaciteit die als essentieel zijn gekwalificeerd, maar is zij daarnaast onderworpen aan aanvullende beperkingen met betrekking tot de niet-essentiële of „vrije” hoeveelheden en periodes. Concreet moeten deze hoeveelheden en periodes op alle markten worden aangeboden tegen een prijs die niet hoger is dan de variabele kosten of, indien van toepassing, tegen een prijs die gelijk is aan nul (artikel 65.3 van besluit nr. 111/06).

41. Tot slot kunnen de eigenaren van essentiële installaties zich aan classificatie van hun installaties op de lijst onttrekken door met Terna SpA een van de twee soorten contracten te sluiten die in artikel 65 bis van besluit nr. 111/06 zijn voorzien. In beide gevallen stelt de producent aan Terna SpA een van tevoren bepaalde hoeveelheid energie ter beschikking (die door al zijn installaties is opgewekt, niet alleen door de installaties die als essentieel kunnen worden gekwalificeerd) tegen een prijs die gelijk kan zijn aan de uplift (artikel 65 bis.1) of gelijk aan de jaarlijkse vaste kosten per MW van een installatie met een technologie die up-to-date is. Enel heeft (net als de andere vennootschappen die parallelle procedures voeren) voor dit alternatieve stelsel van artikel 65 bis gekozen.

4. Samenvatting

42. Samengevat betekent de nieuwe Italiaanse regeling een tweeledige overheidsinterventie in alle productiecapaciteit van elektriciteit die als „essentieel” is gekwalificeerd.

43. In de eerste plaats heeft de producent geen vrije toegang tot de day-aheadmarkt en de intradaymarkt, met als consequentie dat voor deze energie niet de prijs wordt betaald die op die markten gevraagd en gekregen had

kunnen worden²¹, maar slechts de gemiddelde marktprijs voor diezelfde zone (kennelijk het gemiddelde van de verschillende elektriciteitsprijzen over de hele dag).

44. In de tweede plaats zijn de eigenaren van die essentiële installaties verplicht om energie aan te bieden op de systeemdienstenmarkt, die in zekere mate eveneens door de overheid is gereguleerd: een vrije werking van deze markt zou, zoals reeds in andere landen gebeurt, hebben geleid tot de totstandkoming van een vrije prijs voor de energie die noodzakelijk is om de technische systeemdiensten te leveren. Normaal zou deze prijs hoger zijn dan de gemiddelde prijs die momenteel door Terna SpA wordt betaald, op grond van de kenmerken van die diensten en het moment waarop ze meestal nodig zijn (bij de berekening van de gemiddelde prijs worden natuurlijk zowel hogere als lagere prijzen meegeteld).

45. Ten slotte is binnen het totaal van deze hele hervorming de fundamentele rol van belang die binnen de werking van het systeem van essentiële installaties aan Terna SpA is toegewezen. Terna vervult, zowel in de opstelling van de lijst van essentiële installaties als in de vaststelling van de prijs die voor die energie wordt betaald, een duidelijke hoofdrol.

21 — Die markten werken volgens het systeem van de zogenoemde „marginale prijs”, die op elk moment van de dag verschillend is en die — in een zeer onelastische markt als de elektriciteitsmarkt — stijgt naarmate de vraag toeneemt, zodat op het moment dat de vraag het hoogst is, de marginale prijs op het maximum uitkomt.

C — Voorafgaande overwegingen inzake de prejudiciële vraag

46. De verwijzende rechter vraagt het Hof of het stelsel van essentiële installaties dat in Italië geldt, met de kenmerken die dat stelsel heeft, verenigbaar is met de artikelen 23 EG, 43 EG, 49 EG en 56 EG en met twee concrete bepalingen van richtlijn 2003/54, namelijk artikel 11, leden 2 en 6, en artikel 24. Hierover wil ik vooraf het volgende opmerken.

47. De verwijzing naar het Verdrag vereist in de eerste plaats enige precisering. Artikel 56 EG (artikel 63 VWEU) betreffende de beperkingen van het kapitaalverkeer is volgens mij in het geheel niet relevant voor deze zaak. De prejudiciële vraag maakt niet duidelijk op welke wijze dit artikel van het Verdrag relevant kan zijn voor het onderzoek naar de bestreden maatregel.

48. Daarentegen kan in principe niets worden ingebracht tegen een onderzoek van de Italiaanse regeling vanuit het gezichtspunt van de artikelen 23 EG (artikel 28 VWEU), 43 EG (artikel 49 VWEU) en 49 EG (artikel 56 VWEU), die respectievelijk elke beperking van het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en het vrij verrichten van diensten verbieden.

49. Overeenkomstig punt 4 van de considerans van richtlijn 2003/54 is „alleen een volledig opengestelde markt waarop alle

consumenten hun leveranciers vrijelijk kunnen kiezen en alle aanbieders vrijelijk aan hun klanten leveren, in overeenstemming [...] met de rechten die de Europese burgers in het EG-Verdrag worden gegarandeerd op het gebied van het vrij verkeer van goederen, de vrijheid van dienstverlening en de vrijheid van vestiging”. Deze vrijheden uit het Verdrag zijn echter niet absoluut; in sommige gevallen kunnen zij worden beperkt op grond van motieven van algemeen belang, mits aan bepaalde eisen wordt voldaan. De artikelen 3, lid 2, en 11, lid 6, van richtlijn 2003/54 vormen in zekere zin uitzonderingen op het stelsel van vrijheden. In die bepalingen worden de eisen die specifiek (op die uitzonderingssituaties) van toepassing zijn, gecodificeerd en geharmoniseerd als waarborg voor de legitimiteit van de Unie, in lijn met de bepalingen van het Verdrag, waarnaar soms expliciet wordt verwezen.

50. Op grond van dit alles, en overeenkomstig vaste rechtspraak van het Hof²², ben ik van mening dat de bestreden maatregel hoofdzakelijk moet worden onderzocht tegen de achtergrond van de bepalingen van de richtlijn, welke bepalingen indien nodig worden uitgelegd in het licht van de vrijheid van vestiging en van het vrij verlenen van

22 — Zie in deze zin het arrest van 12 oktober 1993, Vanacker en Lesage (C-37/92, Jurispr. blz. I-4947, punt 9): „[N]u de inzameling van afgewerkte olie door de richtlijn op communautair niveau is geharmoniseerd, [moeten] alle daarop betrekking hebbende nationale regelingen aan die richtlijn [...] worden getoetst en niet aan de artikelen 30 tot en met 36 van het Verdrag.” In dezelfde zin, de arresten van 23 november 1989, Parfumerie-Fabrik 4711 (C-150/88, Jurispr. blz. 3891, punt 28); 24 januari 2008, Roby Profumi (C-257/06; Jurispr. blz. I-189, punt 14); 13 december 2001, DaimlerChrysler (C-324/99, Jurispr. blz. I-9897, punt 32), en 30 april 2009, Lidl Magyarorszá (C-132/08, Jurispr. blz. I-3841, punt 42).

diensten, die in het Verdrag zijn vastgelegd. De prejudiciële vraag noemt, zoals ik al opmerkte, slechts twee artikelen van richtlijn 2003/54: artikel 11, leden 2 en 6, en artikel 24.

51. Wat dit laatste artikel betreft, dient meteen te worden opgemerkt dat dit betrekking heeft op „vrijwaringsmaatregelen” die de lidstaten „[b]ij een plotselinge crisis op de energiemarkt of wanneer de fysieke veiligheid van personen, de veiligheid of betrouwbaarheid van apparatuur of installaties of de integriteit van een net worden bedreigd” tijdelijk kunnen treffen. De verwijzende rechter sluit uitdrukkelijk de mogelijkheid uit dat het stelsel van essentiële installaties zou vallen onder deze categorie van „vrijwaringsmaatregelen”, doordat het regime naar zijn mening „van blijvende aard” is. Ik ben echter van mening dat, ongeacht de vraag of de bestreden maatregel een blijvend of tijdelijk karakter heeft, die maatregel nooit is gestoeld op de bijzondere omstandigheden die zo rechtstreeks in artikel 24 worden geëist. Het lijkt mij dus buiten twijfel dat dit artikel niet op de zaak van toepassing is. Daardoor is naar mijn mening, los van wat later nog zal worden opgemerkt, het onderzoek van het stelsel van essentiële installaties beperkt tot de toetsing ervan aan artikel 11 van richtlijn 2003/54.

52. Ten slotte wil ik bovendien wijzen op het feit dat de verwijzende rechter een enigszins onjuiste beschrijving geeft van de bestreden

maatregel. In het bijzonder beweert hij stellig dat het stelsel van essentiële installaties een permanent karakter heeft en dat de vergoeding voor het aanbod van die installaties is gekoppeld „aan parameters die niet tevoren volgens transparante, niet-discriminerende en op de markt gebaseerde procedures zijn vastgelegd”. Dit zou echter al direct elke toepassing van artikel 11 onmogelijk maken, omdat dit juist de eisen zijn voor toepassing ervan. Evenmin kan dan artikel 3, lid 2, dat eveneens gaat over de transparantie en het niet-discriminatoire karakter van de procedure voor het opleggen van openbardienstverplichtingen, en dat bovendien (impliciet) verlangt dat de maatregel tijdelijk is²³, worden toegepast.

53. Als dus het Hof alle in de prejudiciële vraag geformuleerde premissen zou moeten overnemen, zou het moeten antwoorden dat een maatregel zoals daarin beschreven reeds letterlijk in strijd is met artikel 11, leden 2 en 6, van de richtlijn. Het is echter duidelijk dat deze wijze van presenteren van de zaak een *petitio principii* is. Het gaat erom, vast te stellen of het Italiaanse stelsel werkelijk de kenmerken bezit die de verwijzende rechter daaraan toekent, waarbij de bevoegdheid van de verwijzende rechter onverlet blijft om de reikwijdte en de zin van hetgeen uiteindelijk een nationale regeling is, uit te leggen. Maar eerst moeten deze kenmerken worden onderzocht tegen de achtergrond van richtlijn 2003/54.

23 — In die zin het arrest *Federutility e.a.*, reeds aangehaald, punt 35.

D — *Het stelsel van essentiële installaties tegen de achtergrond van richtlijn 2003/54*

1. De mogelijkheid om de prijs op de systeem-dienstenmarkt te reguleren

54. Enel en het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia menen dat artikel 11 van richtlijn 2003/54, door op dit terrein de „economische rangorde” van de elektriciteit (lid 2) en het gebruik van „op de markt gebaseerde” procedures (lid 6) als voorwaarden te stellen, de liberalisering van de elektriciteitsmarkt uitbreidt tot alle productieactiviteiten, inclusief de aankoop en verkoop van energie die plaatsvindt in het kader van de systeem-diensten. Volgens hen verzet het artikel zich dus tegen elke maatregel die de verhouding tussen de elektriciteitsproducenten en de transportnetbeheerder aan regels onderwerpt die afwijken van de vrije onderhandeling op de markt.

55. Naar mijn mening is deze uitlegging van richtlijn 2003/54 niet geheel juist.

56. Deze activiteit van inschakeling van de productie-installaties dient immers een duidelijk openbaar belang, namelijk waarborging van de veiligheid van het net en, in het algemeen, van de elektriciteitsvoorziening. Ook bezit zij enkele kenmerken die haar

kunnen kwalificeren als een gereguleerde activiteit: overeenkomstig artikel 11 van richtlijn 2003/54 kan deze inschakeling namelijk bij uitsluiting aan de netbeheerder worden toegewezen. Dat is wat gewoonlijk gebeurt, gezien het bijzondere karakter van die activiteit. Deze taak wordt dan beheerst door uitvoeringsbepalingen die door overheidsinstanties zijn vastgesteld. In de Italiaanse zaak zijn de „uitvoeringsprocedures” voor die inschakeling opgenomen in de zogenoemde netcode²⁴, opgesteld door Terna SpA en goedgekeurd door de AEEG en het Italiaanse ministerie van productieactiviteiten).²⁵

57. Inderdaad wordt deze activiteit van de netbeheerder van „inschakeling van de productie-eenheden” aan het begin van artikel 11 van de richtlijn onderworpen aan de regels van de markt. Bij deze inschakeling moet rekening worden gehouden met „de economische rangorde van de elektriciteit” (lid 2). Zoals ik al heb uiteengezet, betekent dat, dat de volgorde van de programmering moet worden aangehouden zoals die uit de markt naar voren is gekomen, waarbij aan het meest voordelige aanbod voorrang wordt gegeven.

58. De toepassing van de marktregels is echter in dit geval aan enkele beperkingen onderworpen, waaronder de verplichting om, naast

24 — Code voor het transport, de inschakeling van productiecapaciteit, de ontwikkeling en de veiligheid van het net: http://www.terna.it/default/Home/SISTEMA_ELETRICO/codice_rete.aspx.

25 — Zie Pajuelo Iglesias, B., „La gestión técnica del sistema. El operador del sistema. Los procedimientos de operación”, *Derecho de la regulación económica. III. Sector energético*, Muñoz Machado, S., Dir., lustel, 2009, blz. 447 en 463.

het strikt economische criterium, rekening te houden met „de voor het net geldende technische beperkingen” (artikel 11, lid 2). Door deze eventuele technische beperkingen en de technische aspecten van de veiligheid van het net kan de liberalisering niet zonder meer worden uitgebreid tot de aankoop van elektriciteit die bestemd is om de „energieverliezen te dekken en in reservecapaciteit in hun net te voorzien” (artikel 11, lid 6), noch tot het balanceren van het elektriciteitsnet (artikel 11, lid 7).

brenge[n].” Naar mijn mening verwijst het desbetreffende punt van de considerans naar artikel 11 van de richtlijn, zodat de uitdrukking „balanceringsstarieven” moet worden opgevat als het bedrag dat aan de producenten wordt betaald om „hen te compenseren” of om hun de diensten te vergoeden die zij verrichten om de inschakeling van productiecapaciteit en de balancering van het net te waarborgen. De uitdrukking moet niet worden opgevat, zoals Enel suggereert, als de „uplift” die door de eindverbruikers wordt betaald.

59. Punt 17 van de considerans van richtlijn 2003/54 weerspiegelt de gedachte dat de diensten voor inschakelen en balanceren, weliswaar onder bepaalde voorwaarden, buiten de vrije marktwerking kunnen blijven. Die tekst luidt: „Om ervoor te zorgen dat alle marktdeelnemers, waaronder nieuwe deelnemers, daadwerkelijk toegang tot de markt hebben, dient te worden voorzien in niet-discriminerende balanceringsmechanismen die de kosten correct weerspiegelen. Zodra de elektriciteitsmarkt voldoende liquide is, dient dit te worden verwezenlijkt door de invoering van transparante, op de markt gebaseerde mechanismen voor de levering en aankoop van de hoeveelheden elektriciteit die nodig zijn in het kader van de balanceringsbehoeften. Bij gebreke van een dergelijke liquide markt dienen de nationale regelgevende instanties een actieve rol te spelen om te garanderen dat de balanceringsstarieven niet-discriminerend zijn en een weerspiegeling van de kosten vormen. Tegelijkertijd dienen passende stimuleringsmaatregelen te worden vastgesteld om de input en output van elektriciteit op elkaar af te stemmen en het systeem niet in gevaar te

60. De wijze van formuleren van dit punt van de considerans kan doen denken dat de uitzondering op de liberalisering van tijdelijke aard is, en dat zij alleen geldt wanneer de markt onvoldoende liquide is, maar dat wanneer die situatie niet meer bestaat, de inschakelingsactiviteit geheel volgens de marktwerking dient te verlopen. Zelfs wanneer dit echter het geval zou zijn, moet rekening worden gehouden met het feit dat, ondanks de hoge liquiditeitsgraad die de Italiaanse elektriciteitsmarkt als geheel kennelijk bezit, de specifieke systeemdienstenmarkt gekenmerkt lijkt te worden door een lage liquiditeit.²⁶

26 — De liquiditeitsgraad van een markt wordt, zoals Enel heeft uitgelegd, bepaald naargelang „de mogelijkheid om snel koop- en verkooporders uit te voeren zonder dat dit leidt tot hoge prijzen, en om correcte signalen aan de marktdeelnemers door te geven via prijzen die transparant zijn en weinig onderhevig aan fluctuaties, veroorzaakt door individuele transacties of manipulaties”. Enel en de Commissie hebben bevestigd dat de Italiaanse elektriciteitsmarkt die kenmerken bezit, maar de Italiaanse regering en Terna SpA stellen dat de systeemdienstenmarkt niet liquide genoemd kan worden. Op een vraag tijdens de terechtzitting over deze feitelijke bewering (die overigens de ratio van het stelsel van essentiële installaties vormt), heeft Enel dat niet rechtstreeks ontkend.

Bovendien kan worden gesteld dat deze maatregel een louter tijdelijk karakter heeft, op grond dat de lijst van essentiële installaties jaarlijks wordt herzien en bijgewerkt, gevoegd bij het feit dat de maatregel is gepresenteerd als instrument ter bestrijding van een crisis-situatie en tot bijzondere concentratie van de markt.

procedure voor de aankoop van die energie in zekere mate rekening wordt gehouden met de economische criteria die voor de markt gelden. De uitdrukking „op de markt gebaseerde procedures” biedt volgens mij ruimte voor een grotere overheidsregulering.

61. Hoe dit ook zij, ik betwijfel of het de wil is geweest van de Uniewetgever om alle soorten overheidsregulering met betrekking tot deze technische systeemdiensten te verbieden, zelfs in de veronderstelling dat de markt voldoende liquide zou zijn. Artikel 11, lid 6, van richtlijn 2003/54 bepaalt dat de transportnet-beheerders de energie die zij gebruiken om energieverliezen te dekken en in reservecapaciteit in hun net te voorzien „volgens transparante, niet-discriminerende en op de markt gebaseerde procedures” moeten inkopen. De taak van de pure „inschakeling” van de producenten, van het „samenbrengen” van vraag en aanbod van energie, moet overeenkomstig artikel 11, lid 2, van de richtlijn geschieden volgens de „economische rangorde” die door de markt wordt aangegeven. Daarentegen bevat lid 6 van datzelfde artikel, inzake de aankoop van de energie die nodig is voor het verrichten van de technische systeemdiensten, die strikte eis van „economische rangorde” niet²⁷, maar eist het slechts, naast transparantie en non-discriminatie, dat in de

62. Door uit te gaan van deze relatieve uitzondering op de vrije marktwerking, geeft punt 17 van de considerans de lidstaten een wat ruimere keuzevrijheid bij de inschakeling van productiecapaciteit in een sector van de elektriciteitsmarkt die niet liquide is: het is voldoende dat de prijs voor deze energie „een weerspiegeling van de kosten vorm[t]”.

63. Het is waarschijnlijk dat, zoals Enel beoogt, het leveren van die systeemdiensten veel onvoordeliger voor de producenten is dan de productie van elektriciteit die wordt verkocht op de day-aheadmarkt. Toch wordt voor de vergoeding van de systeemdiensten slechts de gemiddelde prijs op de day-aheadmarkt als referentie genomen. Ook is het waarschijnlijk dat het goed dat wordt verhandeld op de systeemdienstenmarkt, verschilt van dat wat wordt gekocht en verkocht op de day-aheadmarkt en de intradaymarkt. Op de systeemdienstenmarkt wordt namelijk een zekere „beschikbaarheid” of productiecapaciteit verkocht. Desondanks meen ik dat een regulering als de Italiaanse, waarin de prijs van de door Terna SpA op de systeemdienstenmarkt aangekochte energie wordt vastgesteld door haar te koppelen aan de elektriciteitsprijs op de day-aheadmarkt — waarbij in elk geval is gewaarborgd dat de

27 — Ook lid 7 van datzelfde artikel, inzake de diensten van balancering van het net, bevat die eis niet.

variabele kosten worden gedekt — voldoet aan de eis dat de vergoeding op de markt is gebaseerd. Het „kostenvergoedingsstelsel” en, als alternatief daarvoor, de contractuele verplichting voorzien in artikel 65 bis van besluit nr. 111/06, dragen eveneens bij aan een grotere evenredigheid van de maatregel, door de vergoeding duidelijker in verband te brengen met de totale energiekosten.

64. Bovendien kan, los van hetgeen verder zal worden opgemerkt, het stelsel van de zogenoemde essentiële installaties ook voldoen aan de eisen van transparantie en non-discriminatie die in artikel 11, lid 6, worden gesteld. Ten eerste is de bestreden maatregel, in tegenstelling tot hetgeen Enel stelt, niet discriminatoir. Als het erom gaat de veiligheid van het net te waarborgen, dan is het logisch dat juist die bedrijven en installaties voor die veiligheid verantwoordelijk worden gesteld die haar met hun optreden op de markt in gevaar kunnen brengen. Ten tweede voldoet het systeem dat door de Italiaanse overheid is opgezet in principe ook aan de eis van transparantie, aangezien de lijst met essentiële installaties jaarlijks wordt herzien en bijgewerkt. De producenten die door die herziening zouden kunnen worden getroffen, krijgen daarin een bepaalde inspraak (artikelen 63.4 en 63.5 van besluit nr. 111/06). Verder wordt de lijst gepubliceerd en kan zij voor de rechter worden aangevochten.

65. Concluderend ben ik van mening dat artikel 11, lid 6, van richtlijn 2003/54, op zichzelf beschouwd, in principe ruimte biedt voor een stelsel van overheidsregulering van de prijzen van de systeemdienstenmarkt.

66. Nu zou echter deze bepaling geheel verkeerd worden begrepen, wanneer zou blijken dat het onderwerp en het doel van het hier onderzochte stelsel van essentiële installaties zouden vallen buiten het terrein dat eigen is aan de systeemdiensten, en heel andere doelen zouden nastreven. De verenigbaarheid van het stelsel van essentiële installaties met artikel 11, lid 6, is dus van die voorwaarde afhankelijk, in de zin zoals in het volgende onderdeel wordt behandeld.

2. Het nieuwe stelsel van essentiële installaties kan buiten het terrein van de — technische — systeemdiensten vallen

67. Om te beginnen wil ik eraan herinneren dat de Italiaanse regering het stelsel van essentiële installaties met nadruk heeft gepresenteerd als een maatregel die strikt noodzakelijk is voor de werking van de technische systeemdiensten van het elektriciteitsstelsel, en dus is genomen op basis van artikel 11 van de richtlijn.

68. Zoals echter duidelijk is geworden, zijn de hoeveelheden energie die door Terna SpA als essentieel zijn aangewezen — in principe met het oog op de inschakeling van productiecapaciteit — sedert 2009 plotseling opvallend gestegen, waarvoor geen afdoende verklaring is gegeven. Zoals ik al heb opgemerkt, hebben namelijk vóór de hier onderzochte hervorming de systeemdiensten in strikte zin 500 MW afgenomen van alle productiebedrijven tezamen, maar zijn na de hervorming, alleen al van Enel, meer dan 10000 MW als „essentieel” gekwalificeerd. Hoewel er in het verleden nu en dan plaatselijk problemen met betrekking tot de veiligheid en balans van het net waren opgetreden²⁸, is het moeilijk voor te stellen welk soort technische problemen in verband met de systeemdiensten kunnen hebben geleid tot deze verveelvoudiging van de hoeveelheid energie die als essentieel wordt beschouwd. Terna SpA en de Italiaanse regering hebben in elk geval geen afdoende verklaring voor die verandering aangevoerd.

69. Bovendien moet deze omstandigheid in combinatie worden gezien met het feit dat wet nr. 2/09 als ratio voor deze complete nieuwe regulering uitdrukkelijk wijst op een doel van controle, in algemene zin, van de consumentenprijzen voor elektriciteit.

70. Op basis van deze twee feiten lijkt het legitiem de vraag te stellen of de Italiaanse

hervorming niet tot doel heeft om indirect, via dit systeem, een bepaalde algemene controle te verkrijgen op de prijzen voor elektriciteit die door de eindafnemers worden betaald. Met dit doel zou de hervorming hebben bewerkstelligd dat sommige installaties onder het begrip „essentiële installaties” zijn gebracht die duidelijk buiten de behoeften van de systeemdiensten vallen, ook al kunnen die installaties economisch gezien essentieel zijn, in die zin dat de eigenaren ervan zich in een positie bevinden waarin zij de markt kunnen domineren en de prijzen van de elektriciteit kunnen controleren, inclusief de prijzen die worden betaald voor systeemdiensten.²⁹ Het onvermijdelijke gevolg van dit alles is, dat voortaan de bepaling van de hoeveelheid energie die aan overheidsinterventie moet worden onderworpen, in volledig open bewoordingen aan de netbeheerder wordt overgelaten.

71. Hierbij moet worden bedacht dat de Commissie, Terna SpA en de Italiaanse regering, waarschijnlijk vanuit de zojuist beschreven achtergrond, de discussie hebben uitgebreid tot artikel 3, lid 2, van richtlijn 2003/54,

29 — Zo vat de verwijzende rechter dat op in zijn prejudicieel verzoek, waarin hij uitdrukkelijk stelt dat "onder de essentiële installaties niet alleen de installaties vallen die „technisch en structureel” onmisbaar zijn voor het elimineren van netwerkcongestie of voor het behoud van een adequaat veiligheidsniveau van het elektriciteitsstelsel, maar ook de installaties die deel uitmaken van een essentiële groep van installaties. Deze groepen worden gedefinieerd als complexen van installaties die bepaalde producenten in de gelegenheid stellen een sleutelrol te vervullen bij de voldoening van de energiebehoefte van de netwerkbbeheerder door, bij gebreke van een doeltreffende mededinging, de prijs ervan te bepalen."

28 — Zoals ter terechtzitting werd opgemerkt.

op grond dat de bestreden maatregel gebaseerd kan zijn op die bepaling.

in artikel 3, lid 2, van richtlijn 2003/54 zijn opgenomen.³⁰

72. Inderdaad voorziet artikel 3, lid 2, van de richtlijn in de mogelijkheid om, „in het algemeen economisch belang”, aan elektriciteitsbedrijven openbare dienstverplichtingen op te leggen, met de opdracht om deze aan de Commissie mede te delen, onder de voorwaarde dat deze verplichtingen duidelijk gedefinieerd, transparant, niet-discriminerend en controleerbaar zijn en voor EU-elktriciteitsbedrijven een gelijke toegang tot nationale consumenten waarborgen. Bij het opleggen van deze verplichtingen moeten ook de toepasselijke bepalingen van het Verdrag, met name artikel 106 VWEU, volledig in acht worden genomen.

73. Naast en los van deze strikte voorwaarden geeft de bepaling een relatief ruime definitie van het voorwerp van de openbare dienstverplichtingen. Deze kunnen betrekking hebben „op de veiligheid, waaronder zowel de voorzieningszekerheid als de regelmaat, de kwaliteit en de prijs van de leveringen zijn begrepen, alsmede op de bescherming van het milieu, met inbegrip van energie-efficiëntie en bescherming van het klimaat”. Een directe interventie in de prijzen voor de productie van elektrische energie, zoals die zich in de onderhavige zaak lijkt te hebben voorgedaan, kan bedoeld zijn om de elektriciteitsprijs te controleren die de eindafnemer betaalt, en om — direct of indirect — de veiligheid van het net te waarborgen, welke doelen uitdrukkelijk

74. Tot slot zou in principe niets in te brengen zijn tegen de gedachte dat de door de Italiaanse regering genomen maatregel een doel „van algemeen economisch belang” nastreeft, zoals in artikel 3, lid 2, wordt verlangd. Inderdaad is niet uit te sluiten dat in een markt met een dermate onelastische vraag als de elektriciteitsmarkt, terwijl het desbetreffende goed bovendien niet kan worden opgeslagen, situaties van misbruik van machtspositie door bepaalde producenten ontstaan. Interventie in de verkoop van energie door producenten waarvan men aanneemt dat zij een machtspositie in de markt innemen, kan dus een noodzakelijk instrument vormen om de veiligheid van het net te waarborgen en kan op die wijze gekarakteriseerd worden als een maatregel „in het algemeen economisch belang”.

³⁰ — In die zin is het niet moeilijk in te zien dat het feit dat de interventie plaatsvindt in de productiefase van de elektriciteit, irrelevant kan zijn. De bezwaren die op dat punt door Enel en de verwijzende rechter zijn gemaakt, lijken naar mijn mening voort te komen uit een zekere verwarring tussen de begrippen „openbare dienstverplichtingen” en „universele dienstverlening”, hoewel deze in datzelfde artikel 3 van richtlijn 2003/54 duidelijk van elkaar worden onderscheiden. De geldigheid van de bestreden maatregel kan evenmin worden aangevochten op grond dat zij niet aan de Commissie is medegedeeld, want ook al verplicht artikel 3, lid 9, van de richtlijn de lidstaten om de maatregelen die in het kader van dit artikel zijn genomen aan de Commissie mede te delen, toch betreft dit slechts een formaliteit, waarvan de niet-nakoming eventueel aanleiding zou kunnen geven tot een beroep wegens niet-nakoming, maar niet zou afdoen aan de geldigheid van de betrokken nationale maatregel. Dit ligt bijvoorbeeld anders bij de maatregelen van artikel 24 van de richtlijn, want in dat geval verricht de Commissie, na de verplichte mededeling, een bepaalde controle op de inhoud van de nationale beslissing.

75. Dit alles kan de reden zijn waarom de Italiaanse regering de toepassing van artikel 3, lid 2, heeft bepleit, in dit geval gesteund door een belangrijk precedent in de rechtspraak, namelijk het arrest Federutility e.a., reeds aangehaald, waarin het Hof heeft aanvaard dat de vaststelling van „referentieprijzen” voor de levering van aardgas onder bepaalde omstandigheden een openbare-dienstverplichting kan zijn op grond van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2003/55 (een richtlijn voor de gassector, parallel aan de tweede elektriciteitsrichtlijn die hier wordt besproken). Als dit soort interventie, zo betoogt de Italiaanse regering, geldig is in een markt die totaal open is voor mededinging, zoals de energiemarkt (gas in de zaak van Federutility e.a., elektriciteit in de onderhavige zaak), dan moet dat zeker het geval zijn met betrekking tot de systeemdiensten, die een activiteit van openbaar belang vormen.

76. Desondanks meen ik, om redenen die ik hierna zal uiteenzetten, dat het stelsel waarin door de nationale bepalingen wordt voorzien, niet tot doel mag hebben een systeem te zijn voor algemene regulering van de prijzen voor elektrische energie.

77. Allereerst wil ik opmerken dat hetgeen in het arrest Federutility e.a. is beslist, niet zonder meer op de onderhavige zaak van toepassing is. In dat arrest waren de zogenoemde „referentieprijzen” voor de levering van aardgas direct door de nationale regelgevende

instantie³¹, de AEEG, vastgesteld, die steeds heeft volgehouden dat de maatregel bedoeld was om de prijzen voor die levering te verlagen. In de onderhavige zaak is het daarentegen Terna SpA, de vennootschap die de functie van netbeheerder heeft, die rechtstreeks maatregelen neemt tot regulering van de energieprijzen, dit alles in toepassing van een nationale wettelijke regeling die haar toestaat op te treden in het kader van de zogenoemde systeemdiensten.

78. Juist deze uiteindelijke „aanvullende werking” van de bestreden maatregel kan naar mijn mening niet vallen onder artikel 3, lid 2, van richtlijn 2003/54.

79. Zoals ik al heb aangegeven, voorziet de richtlijn slechts in directe interventie door de netbeheerder (in de zin van een interventie die de marktwerking beperkt) op het precies omschreven gebied van de systeemdiensten (artikel 11). Daarom zou de toewijzing aan die netbeheerder van een ander soort regulerende bevoegdheden of bevoegdheden tot interventie op de elektriciteitsmarkten die verder gaan dan dat gebied, reeds op het eerste gezicht een „oneigenlijke uitbreiding” vormen van de functies van inschakelen en balanceren, waardoor de innerlijke logica van de richtlijn wordt ondergraven. Het is overduidelijk dat de beheerder van de systeemdiensten, al door de wijze waarop het systeem is ingericht, normaal gesproken niet in staat is om, met de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid die daartoe is vereist, de mate te bepalen waarin in het algemeen interventies moeten worden gepleegd in de prijzen voor

31 — In de zin van artikel 23, lid 1, van richtlijn 2003/54.

levering, en dat nog los van het feit dat zijn besluiten voor de rechter kunnen worden aangevochten.

het verlenen van systeemdiensten), maar in de praktijk tot doel heeft te functioneren als of de nationale wetgever de maximale ruimte claimt van de mogelijkheden die, als uitzondering, in artikel 3, lid 2, van richtlijn 2003/54 worden geboden.

80. Naar mijn mening brengt deze toepassingswijze vooral grote verwarring met zich mee, die onverenigbaar is met de eis van transparantie, gesteld in artikel 3, lid 2, van de richtlijn, en uiteindelijk met de rechtszekerheid.

82. Natuurlijk is het aan de nationale rechter om in elk afzonderlijk geval te beoordelen welk percentage van het totaal van de als „essentieel” gekenmerkte productiecapaciteit werkelijk op technische motieven inzake de veiligheid van het net kan zijn gegrond. Uiteindelijk is hij het die, als daarvan sprake is, kan beoordelen of het stelsel van essentiële installaties wordt gebruikt met een doel dat duidelijk afwijkt van het doel waarvoor het stelsel zelf was opgezet. Hij kan daartoe bijvoorbeeld uitgaan van de gegevens inzake de hoeveelheid die in het verleden werkelijk voor het verlenen van die diensten is gebruikt.

81. Daarom ben ik van mening dat de tekst van artikel 3, lid 2, een dubbele transparantie-eis stelt aan deze openbaredienstverplichtingen. Om te beginnen duidt de formulering dat die verplichtingen „duidelijk gedefinieerd” moeten zijn op procedurele transparantie in de klassieke zin van het woord. Vanuit dat gezichtspunt kan, zoals ik al zei, geen bezwaar worden gemaakt tegen het Italiaanse systeem. Maar de bepaling voegt daaraan toe dat de openbaredienstverplichtingen „transparant” moeten zijn, een uitdrukking die kan worden begrepen als een dwingend vereiste van rechtszekerheid. Openbaredienstverplichtingen moeten kortom niet alleen duidelijk en toegankelijk zijn, maar ook op een zodanige wijze worden gedefinieerd en opgelegd dat ze niet tot verwarring of vergissingen leiden. Vanuit dat gezichtspunt kan de bestreden maatregel te weinig transparant zijn, wanneer inderdaad wordt aangetoond dat zij weliswaar is gepresenteerd als formeel vallende onder artikel 11 van richtlijn 2003/54 (en uiteindelijk onder hetgeen „essentieel” is voor

83. Op grond van het voorgaande ben ik van mening dat artikel 11, lid 6, van richtlijn 2003/54 zich niet verzet tegen een stelsel van „essentiële installaties” zoals onderwerp is van de onderhavige prejudiciële vraag, en dat het aan de nationale rechter is om, als daarvan sprake is, te beoordelen of bij de toepassing van dat stelsel een gebruik is gemaakt dat niet overeenstemt met het doel ervan, maar met name een doel nastreeft dat duidelijk buiten het bestek valt van de behoeften inzake een adequaat beheer van de diensten voor „inschakelen en balanceren”.

VI — Conclusie

84. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging om op de door het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italië) gestelde vraag te antwoorden als volgt:

„De artikelen 49 VWEU en 56 VWEU en artikel 11, leden 2 en 6, van richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van richtlijn 96/92/EG verzetten zich niet tegen een nationale regeling die bepaalde producenten van elektriciteit die onder bepaalde omstandigheden van essentieel belang zijn om te voldoen aan de energiebehoefte voor de systeemdiensten, de verplichting oplegt elektriciteit aan te bieden op de elektriciteitsbeurs volgens programma's die door de externe netwerkbeheerder worden bepaald, en de vergoeding voor die aanbiedingen van energie onttrekt aan de vrije beslissing van de producent, mits wordt voldaan aan de volgende voorwaarden:

- 1) De vergoeding voor deze als essentieel gekwalificeerde energie wordt gekoppeld aan parameters die tevoren, volgens transparante, niet-discriminerende en op de markt gebaseerde procedures zijn vastgelegd. Een nationale regeling waarin de prijs voor de door de netbeheerder ingekochte energie voor de levering van systeemdiensten is vastgesteld met referentie aan de gemiddelde prijs van de elektriciteit op de day-aheadmarkt, waarbij in elk geval de dekking van de variabele kosten is gegarandeerd, voldoet aan de eis dat de prijs op de markt is gebaseerd.
- 2) Dit verplichte stelsel betreft in elk geval de energie die onmisbaar is voor de levering van technische systeemdiensten (dekken van energieverliezen en voorzien in reservecapaciteit van het net). Het is in voorkomend geval aan de nationale rechter om te bepalen of, en in welke mate, de productiecapaciteit van elektriciteit die als essentieel is gekwalificeerd werkelijk op die motieven kan zijn gegrond.”