



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
van 3 december 2020¹

Zaak C-705/19

Axpo Trading Ag
tegen
Gestore dei Servizi Energetici SpA – GSE

[verzoek van de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Vrij verkeer van goederen – Bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen – Invoer van elektriciteit uit Zwitserland – Nationale bepaling inzake de verplichting om groenestroomcertificaten aan te kopen – Heffing van gelijke werking als een douanerecht – Discriminerende binnenlandse belasting – Maatregelen van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking – Staatssteun – Overdracht van staatsmiddelen – Selectiviteit van de steun – Overeenkomst tussen de Europese Unie en Zwitserland”

1. Richtlijn 2009/28/EG², die met ingang van 1 juli 2021 zal worden vervangen door richtlijn (EU) 2018/2001³, heeft het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen een forse impuls gegeven. Een van de mechanismen of „steunregelingen” waarin die richtlijn voorziet om de productie van dit soort energie te stimuleren is de regeling inzake groenestroomcertificaten.⁴

2. In haar evaluatie van de steunregelingen voor elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen (hierna ook: „E-HEB”) vatte de Europese Commissie het onder meer door de Italiaanse Republiek gebruikte systeem van groenestroomcertificaten als volgt samen: „Het systeem van groenestroomcertificaten [...] betekent dat [E-HEB] tegen marktprijs wordt verkocht. Om de extra kosten van de productie van groene stroom te financieren en om te garanderen dat de gewenste hoeveelheid groene stroom wordt opgewekt, worden alle consumenten (of in sommige landen de producenten) verplicht om voor een vast percentage van hun totaal stroomverbruik (of hun totale stroomproductie) certificaten van producenten van groene stroom te kopen.”⁵

¹ Oorspronkelijke taal: Spaans.

² Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en houdende wijziging en intrekking van richtlijn 2001/77/EG en richtlijn 2003/30/EG (PB 2009, L 140, blz. 16).

³ Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen (PB 2018, L 328, blz. 82). Deze richtlijn is een herschikking van richtlijn 2009/28, die op 1 juli 2021 zal worden ingetrokken, en is ratione temporis niet van toepassing in deze zaak.

⁴ Andere steunregelingen kunnen bestaan uit opslagen op tarieven, aanbestedingsprocedures en fiscale stimulansen.

⁵ COM(2005) 627 definitief, mededeling van de Commissie van 7 december 2005 over steun voor elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen.

3. Het Hof heeft zich reeds eerder over groenestroomcertificaten uitgesproken, specifiek vanuit de invalshoek van het vrije verkeer van goederen.⁶ Deze prejudiciële verwijzing biedt het Hof de gelegenheid om zijn rechtspraak verder te ontwikkelen door zich te buigen over de verenigbaarheid van de Italiaanse regeling inzake groenestroomcertificaten met het Unierecht.

I. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

1. *Vrijhandelsovereenkomst tussen de EEG en Zwitserland*

4. Artikel 2 van de vrijhandelsovereenkomst tussen de EEG en Zwitserland⁷ luidt als volgt:

„De overeenkomst is van toepassing op producten van oorsprong uit de Gemeenschap en uit Zwitserland:

- i) die vallen onder de hoofdstukken 25 tot en met 97 van het geharmoniseerde systeem voor de omschrijving en de codering van goederen, met uitzondering van de in bijlage I vermelde producten;
- ii) die in bijlage II zijn genoemd;
- iii) die in Protocol nr. 2 zijn genoemd, met inachtneming van de bijzondere regels die in dit protocol zijn opgenomen.”

5. Artikel 6, lid 1, van de Overeenkomst EEG-Zwitserland luidt:

„In het handelsverkeer tussen de Gemeenschap en Zwitserland worden geen nieuwe heffingen van gelijke werking als invoerrechten ingesteld.”

6. Artikel 13, lid 1, van deze overeenkomst is in de volgende bewoordingen gesteld:

„In het handelsverkeer tussen de Gemeenschap en Zwitserland worden geen nieuwe kwantitatieve invoerbepalingen noch maatregelen van gelijke werking ingesteld.”

⁶ Met name in de arresten van 1 juli 2014, Ålands Vindkraft (C-573/12, EU:C:2014:2037; hierna: „arrest Ålands Vindkraft”); 11 september 2014, Essent Belgium (C-204/12–C-208/12, EU:C:2014:2192), en 26 november 2014, Green Network (C-66/13, EU:C:2014:2399; hierna: „arrest Green Network”).

⁷ Overeenkomst tussen de Europese Economische Gemeenschap en de Zwitserse Bondsstaat (PB 1972, L 300, blz. 189; hierna: „Overeenkomst EEG-Zwitserland”), zoals gewijzigd bij besluit nr. 1/2000 van het Gemengd Comité EG-Zwitserland van 25 oktober 2000 tot aanpassing van de overeenkomst tussen de Europese Economische Gemeenschap en de Zwitserse Bondsstaat naar aanleiding van de invoering van het geharmoniseerde systeem inzake de omschrijving en de codering van goederen (PB 2001, L 51, blz. 1).

2. Richtlijn 2009/28

7. In de overwegingen 15, 25, 52 en 56 van richtlijn 2009/28 kan het volgende worden gelezen:

„(15) Het vertrekpunt, de mogelijkheden op het vlak van energie uit hernieuwbare bronnen en de energiemix variëren van de ene lidstaat tot de andere. Het communautaire streefcijfer van 20 % moet dan ook worden omgezet in individuele doelstellingen voor elke lidstaat, waarbij de nodige aandacht moet worden besteed aan een billijke en adequate toewijzing, rekening houdende met de uiteenlopende vertrekpunten en mogelijkheden in elke lidstaat, inclusief de mate waarin energie uit hernieuwbare bronnen nu reeds wordt gebruikt en de actuele energiemix. [...]

[...]

(25) De lidstaten hebben een verschillend potentieel inzake energie uit hernieuwbare bronnen en hanteren op nationaal niveau verschillende steunregelingen voor energie uit hernieuwbare bronnen. De meerderheid van de lidstaten hanteert steunregelingen waarbij alleen de op hun grondgebied geproduceerde energie uit hernieuwbare bronnen voor steun in aanmerking komt. Voor de goede werking van nationale steunregelingen is het van wezenlijk belang dat de lidstaten greep hebben op het effect en de kosten van hun nationale steunregelingen naargelang hun respectieve potentieel. Een belangrijke manier om het doel van deze richtlijn te bereiken, is te zorgen voor de goede werking van de nationale steunregelingen, als uit hoofde van richtlijn 2001/77/EG [van het Europees Parlement en de Raad van 27 september 2001 betreffende de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen op de interne elektriciteitsmarkt (PB 2001, L 283, blz. 33)], teneinde het vertrouwen van de investeerders te bewaren en de lidstaten in staat te stellen doeltreffende nationale maatregelen voor het naleven van de streefcijfers te nemen. Deze richtlijn heeft ten doel grensoverschrijdende ondersteuning van energie uit hernieuwbare bronnen te vergemakkelijken zonder aan de nationale steunregelingen te raken. Zij bevat facultatieve samenwerkingsmechanismen tussen de lidstaten waardoor zij overeen kunnen komen in welke mate een lidstaat de energieproductie in een andere lidstaat steunt en hoe zwaar de energieproductie uit hernieuwbare bronnen moet worden meegeteld voor het bereiken van hun respectieve nationale algemene streefcijfers. Om de doeltreffendheid van beide maatregelen voor het naleven van de streefcijfers, te weten nationale steunregelingen en samenwerkingsmechanismen, te garanderen, is het van wezenlijk belang dat de lidstaten kunnen vaststellen of en in welke mate hun nationale steunregelingen van toepassing zijn op energie uit hernieuwbare bronnen die in andere lidstaten is geproduceerd, en dat zij dit overeen kunnen komen door de in deze richtlijn bepaalde samenwerkingsmechanismen toe te passen.

[...]

(52) Een garantie van oorsprong die is afgegeven met het oog op de toepassing van deze richtlijn heeft uitsluitend tot doel de eindafnemer aan te tonen dat een bepaald aandeel of een bepaalde hoeveelheid energie geproduceerd is uit hernieuwbare bronnen. Een garantie van oorsprong kan, ongeacht de energie waarop zij betrekking heeft, van de ene houder aan de andere worden overgedragen. Teneinde ervoor te zorgen dat een eenheid uit hernieuwbare energiebronnen geproduceerde elektriciteit slechts eenmaal aan een afnemer verstrekt wordt, moeten dubbeltellingen en dubbele verstrekkingen van garanties van oorsprong worden vermeden. Energie uit hernieuwbare bronnen waarvan de bijbehorende garantie

van oorsprong afzonderlijk door de producent is verkocht, zou niet aan de eindafnemer mogen verstrekt of verkocht worden als energie uit hernieuwbare bronnen. Het is zaak een duidelijk onderscheid te maken tussen in het kader van een steunregeling gebruikte groene certificaten en garanties van oorsprong.

[...]

(56) Garanties van oorsprong impliceren op zichzelf geen recht om te profiteren van nationale steunregelingen.”

8. Volgens artikel 1 van richtlijn 2009/28 wordt bij die richtlijn een gemeenschappelijk kader vastgesteld voor het bevorderen van energie uit hernieuwbare bronnen, onder meer door de vaststelling van bindende nationale streefcijfers voor het totale aandeel energie uit hernieuwbare bronnen in het bruto-eindverbruik van energie en voor het aandeel van energie uit hernieuwbare bronnen in het vervoer.

9. Artikel 3, leden 1 en 2, van die richtlijn ziet op het nationaal algemeen streefcijfer voor het aandeel energie uit hernieuwbare bronnen en op de maatregelen die ervoor moeten zorgen dat dat aandeel wordt behaald.

10. Artikel 3, lid 3, van de richtlijn luidt:

„Teneinde de in de leden 1 en 2 van dit artikel bedoelde streefcijfers te halen, kunnen de lidstaten onder meer de volgende maatregelen nemen:

- a) steunregelingen;
- b) samenwerkingsmaatregelen tussen diverse lidstaten onderling en met derde landen om hun nationale algemene streefcijfers te halen overeenkomstig de artikelen 5 tot en met 11.

Onverminderd de artikelen 87 en 88 van het Verdrag, hebben de lidstaten het recht overeenkomstig de artikelen 5 tot en met 11 van deze richtlijn te besluiten in welke mate zij in een andere lidstaat geproduceerde energie uit hernieuwbare bronnen steunen.”

11. In artikel 7, lid 1, van richtlijn 2009/28 wordt bepaald:

„Twee of meer lidstaten kunnen samenwerken in alle soorten gezamenlijke projecten betreffende de productie van elektriciteit, verwarming of koeling uit hernieuwbare energiebronnen. Bij deze samenwerking kunnen particuliere exploitanten betrokken zijn.”

12. In artikel 9, lid 1, van de richtlijn kan worden gelezen:

„Een of meerdere lidstaten kunnen met een of meer derde landen samenwerken in alle soorten gezamenlijke projecten betreffende productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen. Bij deze samenwerking kunnen particuliere exploitanten betrokken zijn.”

13. In artikel 15 van richtlijn 2009/28 wordt gespecificeerd:

„1. Teneinde overeenkomstig artikel 3, lid 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 (PB 2003, L 176, blz. 37)] aan de eindafnemer het aandeel of de hoeveelheid energie uit hernieuwbare bronnen aan te tonen in de energiemix van een energieleverancier, zien de lidstaten erop toe dat de oorsprong van de elektriciteit die uit hernieuwbare energiebronnen is geproduceerd als zodanig kan worden gegarandeerd in de zin van deze richtlijn, overeenkomstig objectieve, transparante en niet-discriminerende criteria.

2. Daartoe zien de lidstaten erop toe dat een garantie van oorsprong wordt afgegeven op verzoek van een producent van uit hernieuwbare energiebronnen geproduceerde elektriciteit. [...]

[...]

De garantie van oorsprong heeft geen functie bij het bepalen of een lidstaat aan artikel 3 voldoet. [...]

[...]

9. De lidstaten erkennen de door andere lidstaten afgegeven garanties van oorsprong overeenkomstig deze richtlijn uitsluitend als bewijs van de in lid 1 en lid 6, onder a) tot en met f), bedoelde elementen. Een lidstaat mag een garantie van oorsprong alleen weigeren te erkennen, als hij gegronde twijfels heeft omtrent de nauwkeurigheid, betrouwbaarheid of waarachtigheid daarvan. De lidstaten stellen de Commissie van deze weigering en de motivering ervan in kennis.

[...]”

B. Italiaans recht

1. Regeling van vóór 2011

14. In de desbetreffende punten van het arrest Green Network wordt het systeem van groenestroomcertificaten dat vóór de hervorming van 2011 in Italië van toepassing was als volgt beschreven:

„12 Artikel 11, lid 1, van decreto legislativo n. 79 – Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell’energia elettrica (wetsdecreet nr. 79 tot uitvoering van richtlijn 96/92/EG [van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit (PB 1997, L 27, blz. 20)]) van 16 maart 1999 ([...]; hierna: ‘wetsdecreet nr. 79/1999’) schrijft voor dat bedrijven die in een bepaald jaar elektriciteit hebben geproduceerd of ingevoerd, verplicht zijn om het jaar daarop op het nationale netwerk een bepaald quotum uit hernieuwbare energiebronnen opgewekte elektriciteit (hierna: ‘groene stroom’) te zetten die afkomstig is van centrales die na de inwerkingtreding van genoemd wetsdecreet operationeel zijn geworden of hun productie hebben verhoogd. Op grond van lid 3 van dat artikel kan met name aan deze verplichting worden voldaan door dit quotum geheel of gedeeltelijk bij andere producenten aan te kopen, voor zover de aan het nationale netwerk geleverde elektriciteit groene stroom is, of door de aankoop van groenestroomcertificaten bij de beheerder van het nationale netwerk, sinds 1 november 2005 Gestore servizi energetici GSE SpA (hierna: ‘GSE’) genaamd. De betrokken producenten en importeurs moeten dus hetzij

certificaten overleggen die aantonen dat een deel van de geproduceerde of ingevoerde elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen is geproduceerd, hetzij groenestroomcertificaten aankopen.

- 13 Artikel 4, lid 6, van het decreto ministeriale – Direttive per l’attuazione delle norme in materia di energia elettrica da fonti rinnovabili di cui ai commi 1, 2 e 3 dell’articolo 11 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79 (ministerieel besluit houdende richtsnoeren voor de omzetting van de voorschriften op het gebied van elektriciteit uit hernieuwbare bronnen als bedoeld in artikel 11, leden 1, 2 en 3, van wetsdecreet nr. 79 van 16 maart 1999) van 11 november 1999 ([...]; hierna: „ministerieel besluit van 11 november 1999”), luidt:

„De in artikel 11, leden 1 en 2, van [wetsdecreet nr. 79/1999] bedoelde verplichting kan worden nagekomen door geheel of ten dele elektriciteit in te voeren die is opgewekt door centrales die na 1 april 1999 in werking zijn getreden en worden gevoed door hernieuwbare bronnen, mits deze centrales zich bevinden in landen die vergelijkbare instrumenten voor de bevordering en stimulering van hernieuwbare bronnen vaststellen en gebaseerd zijn op marktmechanismen waarin centrales die zich in Italië bevinden, worden erkend. In dat geval wordt het in lid 3 bedoelde verzoek ingediend door de schuldenaar, vergezeld van de aankoopovereenkomst van de energie die door die centrale is opgewekt en een geldige titel voor het inbrengen ervan in het nationale elektriciteitsnetwerk. Alle gegevens moeten worden gecertificeerd door de krachtens artikel 20, lid 3, van richtlijn [96/92] aangewezen instantie van het land waarin de centrale zich bevindt. In geval van landen buiten de Europese Unie wordt het verzoek enkel ingewilligd als er een overeenkomst is gesloten tussen de beheerder van het nationale netwerk en de vergelijkbare plaatselijke autoriteit, waarin de voorschriften voor de noodzakelijke controles zijn neergelegd.’

- 14 Krachtens artikel 20, lid 3, van decreto legislativo n. 387 – Attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell’energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell’elettricità (wetsdecreet nr. 387 tot omzetting van richtlijn [2001/77]) van 29 december 2003 ([...]; hierna: „wetsdecreet nr. 387/2003”), kunnen ondernemingen die in andere lidstaten van de Europese Unie geproduceerde elektriciteit invoeren GSE verzoeken om vrijstelling van de verplichting om de in artikel 11 van wetsdecreet nr. 79/1999 bedoelde groenestroomcertificaten te kopen voor het aandeel van de ingevoerde groene stroom, door aan GSE een voor eensluidend gewaarmerkt afschrift over te leggen van de garantie van oorsprong die is afgegeven overeenkomstig artikel 5 van richtlijn 2001/77. In het geval van invoer van in een derde staat geproduceerde elektriciteit kan volgens artikel 20, lid 3, enkel vrijstelling worden verkregen indien tussen de Italiaanse Republiek en de betrokken derde staat een overeenkomst is gesloten waarin is bepaald dat de betrokken elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen is geproduceerd en als zodanig is gegarandeerd volgens dezelfde modaliteiten als die waarin is voorzien bij artikel 5 van richtlijn 2001/77.
- 15 Op 6 maart 2007 is een dergelijke overeenkomst gesloten tussen de bevoegde Italiaanse ministeries en het Zwitserse federale ministerie van Milieu, Vervoer, Energie en Communicatie. Die overeenkomst voorziet in de wederzijdse erkenning van garanties van oorsprong voor de ingevoerde elektriciteit vanaf 2006, het jaar waarin de Zwitserse Bondsstaat een met de bepalingen van richtlijn 2001/77 in overeenstemming zijnde regeling zou hebben ingevoerd.

16. Krachtens artikel 4 van wetsdecreet nr. 387/2003 staat het aan GSE om na te gaan of de in artikel 11 van wetsdecreet nr. 79/1999 bedoelde verplichting is nagekomen en, wanneer dat niet het geval is, dit mede te delen aan [de Autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG) (autoriteit voor elektriciteit en gas, Italië)], die in een dergelijk geval bevoegd is om de sancties op te leggen waarin is voorzien bij legge n. 481 – Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (wet nr. 481 houdende voorschriften voor de mededinging tussen en het toezicht op diensten van openbaar nut en tot oprichting van instanties die toezicht houden op diensten van openbaar nut) van 14 november 1995 [...].”

2. Wetsdecreet nr. 28/2011

15. Ingevolge artikel 25, lid 2, van wetsdecreet nr. 28/2011⁸ „[geldt] [d]e verplichting van artikel 11, leden 1 en 2, van wetsdecreet [nr. 79/1999] [...] alleen dan niet voor [m]et ingang van 1 januari 2012 ingevoerde elektriciteit, wanneer die elektriciteit bijdraagt aan het bereiken van de in artikel 3 vastgestelde nationale streefcijfers”.

16. In datzelfde artikel 25 werd in lid 11, onder a), voorzien in de intrekking van artikel 20, lid 3, van wetsdecreet nr. 387/2003 met ingang van 1 januari 2012. Vanaf die datum konden importeurs van uit andere lidstaten afkomstige elektriciteit GSE niet meer verzoeken om vrijstelling van de verplichting om groenestroomcertificaten aan te kopen.

II. Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vraag

17. Axpo Trading AG (hierna: „Axpo”)⁹ is een Zwitserse vennootschap die actief is in de elektriciteitssector. Axpo importeert uit hernieuwbare bronnen en fossiele brandstoffen opgewekte elektriciteit in Italië vanuit Zwitserland (en in mindere mate Frankrijk).

18. GSE heeft in twee besluiten, van respectievelijk 8 april 2014 en 10 juli 2016, vastgesteld dat Axpo in de jaren 2012 en 2014 elektriciteit uit hernieuwbare bronnen had ingevoerd in Italië zonder de overeenkomstige groenestroomcertificaten aan te kopen en daarmee inbreuk had gemaakt op wetsdecreet nr. 79/1999, zoals gewijzigd bij wetsdecreet nr. 28/2011, en heeft Axpo om die reden verplicht de groenestroomcertificaten binnen een termijn van dertig dagen aan te kopen.

19. Axpo heeft de besluiten van GSE aangevochten bij de Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (bestuursrechter in eerste aanleg van de regio Latium, Italië).

20. Die rechter heeft het beroep van Axpo in zijn vonnis van 18 september 2017 verworpen, onder verwijzing naar in het bijzonder het arrest Ålands Vindkraft. De rechter in eerste aanleg heeft geoordeeld dat de Italiaanse regeling geen heffing van gelijke werking en geen staatssteun vormde, aangezien zij niet selectief was en de mededinging niet vervalste, en dat deze regeling verenigbaar was met richtlijn 2009/28.

⁸ Decreto legislativo 3 marzo 2011, n. 28 – Attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili (wetsdecreet nr. 28 van 3 maart 2011 tot omzetting van richtlijn 2009/28; hierna: „wetsdecreet nr. 28/2011”).

⁹ In september 2008 is de naam Axpo Trading AG gewijzigd in Axpo Solutions AG.

21. Naast het beroep bij de rechter heeft Axpo verder ook – op 29 oktober 2014 – een klacht ingediend bij het directoraat-generaal Concurrentie (DG COMP) van de Commissie.

22. Bij brief van 21 december 2017 nam DG COMP kennis van het feit dat Axpo was opgekomen tegen het vonnis in eerste aanleg en de rechter in tweede aanleg had verzocht een prejudiciële vraag in te dienen. Ook verklaarde DG COMP dat de Italiaanse regeling inzake groenestroomcertificaten niet bij het DG was aangemeld en gaf het een uitzetting van de wijze waarop het in eerdere besluiten de regeling inzake groenestroomcertificaten van andere lidstaten had geanalyseerd.¹⁰

23. Op 2 februari 2015 heeft Axpo een nieuwe klacht ingediend bij het directoraat-generaal Belastingen en Douane-unie (DG TAXUD) van de Commissie. Dat DG antwoordde Axpo dat het onderzoek zou doen naar de mogelijkheid om een niet-nakomingsprocedure tegen de Italiaanse Republiek in te leiden.

24. Axpo heeft tegen het vonnis van 18 september 2017 beroep ingesteld bij de Consiglio di Stato (hoogste bestuursrechter, Italië), die zij heeft verzocht de litigieuze Italiaanse regeling buiten toepassing te verklaren. Ter staving van haar vordering voert zij in wezen aan dat de verplichting om groenestroomcertificaten aan te kopen teneinde E-HEB te kunnen invoeren in strijd is met de bepalingen van het VWEU betreffende staatssteun, de douane-unie, het vrije verkeer van goederen en gelijke behandeling en met de Overeenkomst EEG-Zwitserland.

25. De Commissie is in de procedure bij de Consiglio di Stato tussengekomen en heeft daarbij opgemerkt dat het Hof zich in het arrest Ålands Vindkraft slechts heeft uitgesproken over de onverenigbaarheid van de Zweedse regeling met het verbod op het nemen van maatregelen van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbepierking. Daarenboven betoogde de Commissie dat de nationale rechter het bestaan van staatssteun kan uitsluiten, maar dat het niet aan die rechter staat om, indien hij heeft vastgesteld dat er sprake is van staatssteun, de verenigbaarheid van die staatssteun met het Unierecht te beoordelen, welk voorrecht exclusief is voorbehouden aan de Commissie.

26. In zijn verwijzingsbeslissing stelt de Consiglio di Stato dat de Italiaanse regeling in overeenstemming is met de bepalingen van het VWEU, met richtlijn 2009/28 en met de Overeenkomst EEG-Zwitserland. Specifiek is de Consiglio di Stato van oordeel dat de nationale regeling inzake groenestroomcertificaten

- in overeenstemming is met de bepalingen van het VWEU inzake staatssteun, aangezien er geen publieke middelen zijn ingezet. Maar ook indien er wel publieke middelen zouden zijn ingezet, is de regeling in overeenstemming met richtlijn 2009/28, die het nemen van overheidsmaatregelen ter bevordering van de productie van groene stroom stimuleert, en met het vereiste van bescherming van het milieu. In ieder geval kan de regeling volgens de verwijzende rechter niet worden aangemerkt als selectief, omdat het mechanisme waarin richtlijn 2009/28 voorziet op zichzelf al selectief is door de producenten van E-HEB in elke lidstaat te bevoordelen;

¹⁰ Na bij wijze van voorbeeld de besluiten in de zaken SA.37177 (Roemenië), SA.37345 (Polen) en SA.45867 (België) te hebben aangehaald, verklaarde de Commissie dat „de lidstaten in kwestie in die zaken kosteloos groenestroomcertificaten aan de producenten van [E-HEB] hadden toegekend en tegelijk een markt voor de verhandeling van die certificaten hadden gecreëerd. Door certificaten te verkopen konden de producenten van [E-HEB] de overeenkomstige voordelen verkrijgen. In die zaken stelde de staat de producenten van [E-HEB] immateriële activa ter beschikking die hij zelf had kunnen verkopen of veilen. Door op deze wijze te handelen heeft de staat afgezien van publieke middelen.” Daar voegde DG COMP aan toe dat de Commissie zich in die besluiten had gebaseerd op het arrest van het Hof van 8 september 2011, Commissie/Nederland (C-279/08 P, EU:C:2011:551).

- geen heffing van gelijke werking en geen maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbepijking vormt, gegeven het doel van richtlijn 2009/28, en
- verenigbaar is met de artikelen 18 en 110 VWEU, aangezien alle ondernemingen in de elektriciteitssector die E-HEB aan het Italiaanse net leveren gelijk worden behandeld.

27. Niettemin heeft de Consiglio di Stato het noodzakelijk geacht het Hof de volgende prejudiciële vraag voor te leggen:

„Staan

- artikel 18 VWEU, voor zover op grond daarvan binnen de werkingssfeer van de Verdragen elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden is;
- de artikelen 28 en 30 VWEU en artikel 6 van de [Overeenkomst EEG–Zwitserland], voor zover op grond daarvan invoerrechten en maatregelen van gelijke werking verboden zijn;
- artikel 110 VWEU, voor zover het op grond daarvan verboden is op ingevoerde producten hogere belastingen te heffen dan die welke, al dan niet rechtstreeks, op gelijksoortige nationale producten worden geheven;
- artikel 34 VWEU en artikel 13 van de [Overeenkomst EEG–Zwitserland], voor zover op grond daarvan alle maatregelen met een gelijke werking als kwantitatieve invoerbepijkingen verboden zijn;
- de artikelen 107 en 108 VWEU, voor zover het op grond daarvan verboden is steunmaatregelen die niet ter kennis van de Commissie zijn gebracht en onverenigbaar zijn met de interne markt, tot uitvoer te brengen;
- richtlijn [2009/28], voor zover deze tot doel heeft de handel in groene stroom binnen de Unie te bevorderen en tegelijk een toename van de productiecapaciteit van de afzonderlijke lidstaten te stimuleren,

in de weg aan een nationale wettelijke regeling als hierboven beschreven, die importeurs van groene stroom een financiële last oplegt die niet van toepassing is op nationale producenten van hetzelfde product?”

III. Procedure bij het Hof

28. De prejudiciële verwijzing is op 23 september 2019 ingekomen ter griffie van het Hof.

29. Axpo, GSE, Fallimento Esperia (hierna: „Esperia”)¹¹, de Italiaanse regering en de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Met uitzondering van GSE hebben al deze partijen deelgenomen aan de mondelinge behandeling op 23 september 2020.

¹¹ Esperia heeft – als partij in een ander, soortgelijk geding dat de verwijzende rechter heeft geschorst in afwachting van het antwoord van het Hof in de onderhavige zaak – geïntervenieerd ter ondersteuning van Axpo.

IV. Beoordeling

30. Ik zal beginnen met het geven van een samenvatting van de Italiaanse regeling inzake groenestroomcertificaten, om vervolgens de overeenstemming daarvan met richtlijn 2009/28 te onderzoeken. Daarna zal ik mij buigen over de problemen die aan deze regeling zijn verbonden in verband met het primaire Unierecht en de Overeenkomst EEG-Zwitserland.

A. Italiaanse regeling inzake groenestroomcertificaten

31. De Italiaanse Republiek heeft bij wetsdecreet nr. 79/1999 het systeem van groenestroomcertificaten ingevoerd. Daarmee beoogde de Italiaanse Republiek, zoals ik reeds heb opgemerkt¹², de ontwikkeling van E-HEB te bevorderen door de producenten van E-HEB certificaten (groenestroomcertificaten) toe te kennen, die zij konden verhandelen op de markt door ze te verkopen aan producenten van elektriciteit uit niet-hernieuwbare bronnen.¹³

32. De groenestroomcertificaten werden kosteloos toegekend aan iedere producent van E-HEB die GSE om die toekenning verzocht, in verhouding tot de door die producent opgewekte elektriciteit en na overlegging van het desbetreffende bewijs.¹⁴

33. De producenten van E-HEB gebruikten de verkoop van de aan hen toegekende groenestroomcertificaten om „de extra kosten van de productie van groene stroom te financieren en om te garanderen dat de gewenste hoeveelheid groene stroom wordt opgewekt”.¹⁵

34. Met het oog op de verwezenlijking van de doelen ervan verplichtten wetsdecreet nr. 79/1999 en de voorschriften ter uitvoering van dat wetsdecreet alle producenten of importeurs van elektriciteit om ofwel een percentage E-HEB (die zij rechtstreeks konden produceren of konden kopen van een Italiaanse producent) te leveren aan het nationale net, ofwel groenestroomcertificaten te kopen.

35. De producenten en importeurs van elektriciteit moesten dus aantonen dat zij a) een deel van de (door hen geproduceerde of ingevoerde) elektriciteit hadden opgewekt uit hernieuwbare energiebronnen, dan wel b) de overeenkomstige groenestroomcertificaten hadden gekocht.

36. Wanneer een producent of een importeur van conventionele elektriciteit besloot zijn percentage E-HEB te behalen door groenestroomcertificaten te kopen, was hij verplicht om GSE jaarlijks een verklaring inzake de geproduceerde elektriciteit en de hoeveelheid groenestroomcertificaten in verhouding tot zijn quotum over te leggen.

¹² Zie punt 2 van deze conclusie.

¹³ De groenestroomcertificaten konden worden verhandeld op een handelsplatform dat werd beheerd door een door GSE opgerichte vennootschap met de benaming Gestore dei Mercati Energetici SpA (hierna: „GME”). GSE beschikte over de bevoegdheid om de op het handelsplatform te koop aangeboden groenestroomcertificaten terug te kopen. Sinds 2008 kon GSE ongebruikte en niet door producenten van conventionele stroom aangevraagde certificaten intrekken en de intrekingsprijs van die certificaten bepalen.

¹⁴ In antwoord op vragen van het Hof heeft Axpo toegelicht dat groenestroomcertificaten kosteloos werden toegekend krachtens het besluit van het Ministero dello Sviluppo economico (ministerie van Economische Ontwikkeling, Italië) van 18 december 2008, waarin in artikel 11 werd bepaald dat GSE de groenestroomcertificaten zonder enige tegenprestatie diende te verstrekken op verzoek van de producent nadat de producent opgave had gedaan van de omvang van zijn productie van E-HEB. Daar voegde Axpo aan toe dat zij zelf, als eigenaar van een windenergie-installatie in Italië, kosteloos groenestroomcertificaten ontving.

¹⁵ Mededeling van de Commissie, aangehaald in punt 2 van deze conclusie, blz. 5.

37. Na verificatie van die verklaring annuleerde GSE de groenestroomcertificaten die de producent of importeur bij haar had aangemeld.¹⁶ Als de waarde daarvan lager was dan het quotum van de producent of importeur, moest deze het verschil compenseren door de ontbrekende groenestroomcertificaten te kopen en die aan GSE toe te zenden.¹⁷

38. Aan deze verplichtingen hoefde echter niet te worden voldaan indien werd aangetoond dat de in Italië ingevoerde elektriciteit was geproduceerd uit hernieuwbare bronnen. Krachtens artikel 20, lid 3, van wetsdecreet nr. 387/2003 was het volgende van toepassing:

- Importeurs van in andere lidstaten van de Unie geproduceerde E-HEB konden GSE verzoeken om vrijstelling van de verplichting om groenestroomcertificaten te kopen, ter waarde van de ingevoerde elektriciteit, bij welk verzoek een kopie van de garantie van oorsprong diende te worden gevoegd.
- Ging het daarentegen om de invoer van in een derde staat geproduceerde E-HEB, dan was de vrijstelling gebonden aan de voorwaarde dat er een overeenkomst tussen de Italiaanse Republiek en die staat was gesloten waarin werd gegarandeerd dat de elektriciteit was opgewekt uit hernieuwbare bronnen.

39. Zoals wordt vermeld in het arrest Green Network¹⁸, hebben de Italiaanse Republiek en de Zwitserse Bondsstaat op 6 maart 2007 een dergelijke overeenkomst gesloten. Daarin werd voorzien in de wederzijdse erkenning van garanties van oorsprong voor de ingevoerde elektriciteit vanaf 2006, het jaar waarin de Zwitserse Bondsstaat een met de bepalingen van richtlijn 2001/77 – die nadien is vervangen door richtlijn 2009/28 – in overeenstemming zijnde regeling zou invoeren.

40. In het arrest Green Network heeft het Hof verklaard dat de lidstaten dit type overeenkomst niet konden sluiten omdat dat een exclusieve bevoegdheid van de Unie was. Ook oordeelde het Hof dat het Unierecht in de weg stond aan de Italiaanse regeling die voorzag in vrijstellingen van de verplichting tot aankoop van groenestroomcertificaten voor uit derde landen ingevoerde elektriciteit.¹⁹

41. Wetsdecreet nr. 28/2011 heeft de bij wetsdecreet nr. 79/1999 vastgestelde regeling ter bevordering van het gebruik van E-HEB gewijzigd en voorzien in de geleidelijke uitfasering van de groenestroomcertificaten en de vervanging daarvan door een andere steunregeling. Zoals ik reeds heb opgemerkt, is in wetsdecreet nr. 28/2011, met ingang van 1 januari 2012, ook de mogelijkheid geschrapt om importeurs van E-HEB vrij te stellen van de aankoop van Italiaanse groenestroomcertificaten.²⁰

¹⁶ Artikel 13 van het ministerieel besluit van 18 december 2008.

¹⁷ Verzuimde hij dat te doen, dan deelde GSE dit mee aan de bevoegde autoriteit opdat die de overeenkomstige sanctie kon opleggen.

¹⁸ Arrest Green Network, punt 15.

¹⁹ Arrest Green Network, punt 1 van het dictum: het Unierecht „[staat] in de weg [...] aan een nationale bepaling zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die voorziet in de toekenning van een vrijstelling van de verplichting om groenestroomcertificaten aan te kopen wanneer uit een derde staat ingevoerde elektriciteit op de nationale verbruiksmarkt wordt gebracht, mits vooraf tussen de betrokken lidstaat en de betrokken derde staat een overeenkomst is gesloten op grond waarvan wordt gegarandeerd dat de aldus ingevoerde elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen is geproduceerd, volgens modaliteiten die identiek zijn aan die van artikel 5 van [richtlijn 2001/77]”.

²⁰ Bij artikel 25, lid 2, van wetsdecreet nr. 28/2011 werd de mogelijkheid om een vrijstelling van die verplichting te verlenen echter gehandhaafd voor met ingang van 1 januari 2011 ingevoerde elektriciteit, maar „alleen dan [...], wanneer die elektriciteit bijdraagt aan het bereiken van de in artikel 3 vastgestelde nationale streefcijfers”. Volgens Axpo was deze mogelijkheid de facto uitgesloten, aangezien in artikel 35, lid 1, onder a), van dat wetsdecreet werd bepaald dat het sluiten van overeenkomsten tussen staten inzake de overdracht van E-HEB werd uitgesteld tot 2016 (schriftelijke opmerkingen van Axpo, punt 7).

42. De wetswijziging van 2011 is de wijziging die heeft geleid tot het geding in het kader waarvan de prejudiciële verwijzing heeft plaatsgevonden.

B. Verenigbaarheid van de Italiaanse regeling met richtlijn 2009/28

43. Axpo is van mening dat de Italiaanse regeling inbreuk maakt op richtlijn 2009/28, omdat de invoer van E-HEB wordt bestraft door de importeurs de verplichting op te leggen om de nationale productie te ondersteunen, terwijl in die richtlijn wordt voorzien in samenwerkingsmechanismen.

44. Volgens de verwijzende rechter, GSE, de Italiaanse Republiek en de Commissie is die regeling echter in overeenstemming met richtlijn 2009/28.

45. Ik acht het opportuun om hier vooraleerst te wijzen op de punten 26 tot en met 29 van het arrest Elecdey Carcelen e.a.²¹, waarin het Hof het volgende heeft verklaard ten aanzien van richtlijn 2009/28:

„26 [...] [R]ichtlijn 2009/28 [beoogt] blijkens artikel 1 ervan [...] een gemeenschappelijk kader voor het bevorderen van energie uit hernieuwbare bronnen vast te stellen door onder meer bindende nationale streefcijfers voor het aandeel van energie uit hernieuwbare bronnen in het bruto-eindverbruik van energie vast te leggen.

27 Aldus dienen de lidstaten uit hoofde van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2009/28 ervoor te zorgen dat het aandeel energie uit hernieuwbare bronnen in het bruto-eindverbruik van energie in 2020 minstens gelijk is aan het in bijlage I, deel A, bij deze richtlijn vastgelegde nationaal algemeen streefcijfer, dat moet overeenstemmen met het doel dat erin bestaat een aandeel energie uit hernieuwbare bronnen van minstens 20 % te verwezenlijken.

28 Voorts dienen de lidstaten overeenkomstig artikel 3, lid 2, van die richtlijn maatregelen te nemen die effectief bedoeld zijn om ervoor te zorgen dat hun aandeel energie uit hernieuwbare bronnen gelijk is aan of groter is dan het aandeel dat vermeld is in de ‚indicatieve keten’ die is aangegeven in bijlage I, deel B, bij dezelfde richtlijn.

29 Om deze doelstellingen te verwezenlijken, kunnen de lidstaten volgens artikel 3, lid 3, van richtlijn 2009/28 gebruikmaken van ‚steunregelingen’ in de zin van artikel 2, tweede alinea, onder k), van deze richtlijn en dus onder andere investeringssteun verlenen, belastingvrijstelling of -verlaging toestaan, belasting terugbetalen of de verplichting tot het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen opleggen.”

46. Het Italiaanse mechanisme van groenestroomcertificaten is een *steunregeling* die op natuurlijke wijze in overeenstemming is met richtlijn 2009/28. Bovendien is die regeling analoog aan de regeling die het voorwerp was van het arrest Ålands Vindkraft, waarin uitdrukkelijk werd verklaard dat „artikel 2, tweede alinea, onder k) en l), van richtlijn 2009/28 ook specifiek [verwijst] naar de nationale steunregelingen die gebruikmaken van ‚groenestroomcertificaten’”.²²

²¹ Arrest van 20 september 2017 (C-215/16, C-216/16, C-220/16 en C-221/16, EU:C:2017:705; hierna: „arrest Elecdey Carcelen e.a.”).

²² Arrest Ålands Vindkraft, punten 41 en 42.

47. In het arrest Ålands Vindkraft heeft het Hof de Zweedse steunregeling bekrachtigd die elektriciteitsleveranciers en bepaalde verbruikers verplichtte gebruik te maken van groenestroomcertificaten „om te voldoen aan hun verplichtingen om een bepaald aandeel groene stroom in hun stroomaanbod op te nemen respectievelijk te gebruiken”.²³

48. Richtlijn 2009/28 voorziet niet in een uniform Uniebreed kader voor de nationale steunregelingen voor E-HEB, maar verleent de lidstaten een ruime marge om een eigen invulling aan die regelingen te geven.

49. Het Hof heeft geoordeeld dat „[u]it de bewoordingen zelf van artikel 3, lid 3, van richtlijn 2009/28, en in het bijzonder uit het woord ‚kunnen’, blijkt dat de lidstaten helemaal niet verplicht zijn om ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen steunregelingen vast te stellen, en [dat zij] a fortiori [...], wanneer zij beslissen om dergelijke regelingen vast te stellen, evenmin verplicht [zijn] deze regelingen in de vorm van belastingvrijstellingen of -verlagingen vast te stellen”.²⁴

50. De lidstaten zijn slechts verplicht om „de bindende nationale algemene streefcijfers die zijn vastgelegd in artikel 3, leden 1 en 2, van richtlijn 2009/28, gelezen in samenhang met bijlage I bij deze richtlijn, te behalen”.²⁵ Volgens de Commissie heeft de Italiaanse Republiek haar nationale algemene streefcijfer voor het gebruik van groene energie voor 2020 behaald.

51. De beoordelingsmarge die richtlijn 2009/28 de lidstaten biedt om hun steunregelingen voor E-HEB in te richten laat een zuiver nationale invulling van die regelingen toe, die de – eveneens nationale – productie van E-HEB bevordert en uit andere lidstaten of uit derde landen ingevoerde E-HEB uitsluit.²⁶

52. Het Hof heeft heel duidelijk verklaard dat „de Uniewetgever niet de bedoeling had de lidstaten die hebben gekozen voor een steunregeling die gebruikmaakt van groenestroomcertificaten, te verplichten om deze regeling ten goede te laten komen van in een andere lidstaat geproduceerde groene stroom”.²⁷

53. De lidstaten zijn derhalve bevoegd om te besluiten of hun nationale steunregeling al dan niet van toepassing is op in andere lidstaten (en a fortiori in derde landen) geproduceerde E-HEB. Wanneer zij van die mogelijkheid gebruik willen maken, kunnen zij nog altijd bepalen in welke mate zij dat zullen doen.

²³ Ibidem, punt 46. In de Italiaanse regeling rust de verplichting op de producenten en de importeurs.

²⁴ Arrest Elecdey Carcelen e.a., punt 31.

²⁵ Ibidem, punt 32. Zie in dezelfde zin, aangaande richtlijn 2001/77, arrest van 26 september 2013, IBV & Cie (C-195/12, EU:C:2013:598, punt 80), en arrest Green Network, punt 54.

²⁶ Arrest Ålands Vindkraft, punt 49: „[...] [A]angaande de twijfels van de verwijzende rechter over het feit dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde steunregeling voorschrijft dat stroomcertificaten enkel voor op het nationale grondgebied geproduceerde groene stroom kunnen worden toegekend, [moet] worden geconstateerd dat de Uniewetgever, door richtlijn 2009/28 vast te stellen, de mogelijkheid van een dergelijke territoriale beperking heeft behouden.”

²⁷ Ibidem, punt 53. In datzelfde arrest wordt overweging 25 van richtlijn 2009/28 aangehaald, waarin wordt geconstateerd dat de meerderheid van de lidstaten steunregelingen hanteert waarbij alleen de op hun grondgebied geproduceerde energie uit hernieuwbare bronnen voor steun in aanmerking komt, en dat „het voor de goede werking van de nationale steunregelingen van essentieel belang [blijkt] dat de lidstaten naargelang hun respectieve potentieel greep hebben op het effect en de kosten van die steunregelingen, en tegelijk het vertrouwen van de investeerders bewaren [...]” (punt 99).

54. In richtlijn 2009/28 wordt weliswaar voorzien in andere samenwerkingsmechanismen tussen de lidstaten dan de ingevolge die richtlijn afgegeven garanties van oorsprong (garanties die op zichzelf niet het recht geven om gebruik te maken van de nationale steunregeling)²⁸, maar die samenwerkingsmechanismen zijn facultatief, niet verplicht, zodat de lidstaten hun steunregelingen zonder meer kunnen beperken tot binnen hun landsgrenzen geproduceerde E-HEB.

55. Voor zover er in de Italiaanse regeling voor is gekozen om met ingang van 2012 enkel de in Italië geproduceerde E-HEB te stimuleren, is de regeling niet in strijd met richtlijn 2009/28.

C. Italiaanse regeling inzake groenestroomcertificaten en bepalingen van de Unie inzake de douane-unie en het vrije verkeer van goederen

56. Het is vaste rechtspraak van het Hof 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”.²⁹

57. Richtlijn 2009/28 heeft de steunregelingen voor energie uit hernieuwbare bronnen niet uitputtend geharmoniseerd. In het arrest Ålands Vindkraft³⁰ wordt een uiteenzetting gegeven van de argumenten die het niet-uitputtende karakter van de bij richtlijn 2009/28 tot stand gebrachte harmonisatie bevestigen, en ik acht het niet nodig om die hier te reproduceren.

58. Uitgaande van deze premisse moet de verenigbaarheid van de nationale steunregelingen met het Unierecht worden geanalyseerd in het licht van richtlijn 2009/28 en het primaire recht.

59. De verwijzende rechter vraagt concreet naar de verenigbaarheid van de Italiaanse regeling inzake groenestroomcertificaten met het verbod op de instelling van heffingen van gelijke werking als invoerrechten (artikel 30 VWEU), discriminerende binnenlandse belastingen (artikel 110 VWEU) en maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbeperkingen (artikel 34 VWEU).

60. De Italiaanse regeling hoeft niet noodzakelijkerwijs te worden geanalyseerd in het licht van artikel 18 VWEU, aangezien dat artikel uitsluitend van toepassing is indien er geen specifiekere voorschriften bestaan die uitdrukking aan het beginsel van non-discriminatie geven.³¹ Wat het vrije verkeer van goederen betreft (waar de invoer van elektriciteit onder valt), wordt het beginsel van non-discriminatie, dat in algemene zin is neergelegd in artikel 18 VWEU, in de artikelen 30, 34 en 110 VWEU nader gespecificeerd.

²⁸ Deze samenwerkingsmechanismen staan de lidstaten toe om zelf te besluiten in hoeverre een van hen de productie van energie in een andere lidstaat ondersteunt en in hoeverre de productie van E-HEB meetelt voor het behalen van de nationale algemene streefcijfers.

²⁹ Arrest Ålands Vindkraft, punt 57, en arrest van 14 december 2004, Radlberger Getränkegesellschaft en S. Spitz (C-309/02, EU:C:2004:799, punt 53).

³⁰ Punten 59-62.

³¹ „[A]rtikel 18 VWEU, dat voorziet in het algemene verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, [kan] slechts autonoom toepassing vinden in gevallen waarin het Unierecht wel geldt, maar waarvoor het VWEU niet in een bijzonder discriminatieverbod voorziet” (arresten van 18 juli 2017, Erzberger, C-566/15, EU:C:2017:562, punt 25, en 10 oktober 2019, Krah, C-703/17, EU:C:2019:850, punt 19).

„Het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit wordt met name ten uitvoer gebracht, wat het vrije goederenverkeer betreft, in artikel 34 VWEU, gelezen in samenhang met artikel 36 VWEU” (zie in dit verband arresten van 8 juni 2017, Medisanus, C-296/15, EU:C:2017:431, punt 65, en 18 juni 2019, Oostenrijk/Duitsland, C-591/17, EU:C:2019:504, punt 40).

61. Aangezien het verbod op maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbepkeringen een residueel karakter heeft ten opzichte van de overige verboden van het VWEU op het gebied van het vrije verkeer van goederen³², moet eerst de verenigbaarheid van de Italiaanse regeling met het verbod van heffingen van gelijke werking als invoerrechten en van discriminerende binnenlandse belastingen worden besproken.

1. Verbod van heffingen van gelijke werking als invoerrechten (artikelen 28 en 30 VWEU)

62. Een douanerecht is een indirecte belasting op de invoer van goederen uit derde landen (en bij wijze van uitzondering op uitvoer) volgens de tarieven van het douanetarief van de Unie.

63. Wat de invoer van E-HEB in Italië betreft, heeft de regeling inzake groenestroomcertificaten, gelet op de kenmerken ervan, niet de aard van een douanerecht (en valt niet alleen de invoer uit derde landen eronder, maar ook die uit andere lidstaten).

64. Volgens Axpo kan die regeling echter worden gekwalificeerd als een heffing van gelijke werking als een douanerecht, hetgeen een meer gedetailleerde analyse vereist.

65. Waar het primaire recht geen definitie van dit type heffingen bevat, heeft het Hof die definitie ontwikkeld in zijn rechtspraak: „[E]lke eenzijdig opgelegde geldelijke last, hoe gering ook, ongeacht de benaming en de structuur ervan, die op goederen drukt op grond van het feit dat zij de grens overschrijden, en geen douanerecht in eigenlijke zin is, [vormt] een heffing van gelijke werking als een douanerecht.”³³ Dat is ook het geval wanneer deze last niet ten behoeve van de staat wordt geheven en geen enkele discriminerende of beschermende werking heeft, en het belaste product niet concurreert met de nationale productie.³⁴

66. Het verbod van heffingen van gelijke werking als een douanerecht is absoluut en het primaire recht voorziet niet in beperkingen. Niettemin heeft het Hof drie uitzonderingen op dat verbod vastgesteld. Het verbod wordt niet toegepast in de volgende gevallen:

- geldelijke lasten die onder bepaalde voorwaarden worden geheven vanwege controles die worden verricht om door het Unierecht opgelegde verplichtingen na te komen³⁵;
- geldelijke lasten die een tegenprestatie vormen voor een dienst die daadwerkelijk wordt verleend aan een marktdeelnemer die tot betaling van de last is gehouden, en die evenredig zijn aan de kosten van die dienst³⁶;
- belastingregelingen die de facto uitsluitend op ingevoerde producten drukken³⁷.

³² Arrest van 18 januari 2007, Brzeziński (C-313/05, EU:C:2007:33, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

³³ Arresten van 6 december 2018, FENS (C-305/17, EU:C:2018:986, punt 29), en 14 juni 2018, Lubrizol France (C-39/17, EU:C:2018:438, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

³⁴ Arresten van 14 september 1995, Simitzi (C-485/93 en C-486/93, EU:C:1995:281, punten 14-16); 9 november 1983, Commissie/Denemarken (158/82, EU:C:1983:317, punt 18), en 1 juli 1969, Commissie/Italië (24/68, EU:C:1969:29, punten 7 en 9).

³⁵ Arrest van 6 december 2018, FENS (C-305/17, EU:C:2018:986, punt 31).

³⁶ Arrest van 14 juni 2018, Lubrizol France (C-39/17, EU:C:2018:438, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

³⁷ Ibidem, punt 46. Volgens vaste rechtspraak kan een belasting die nationale en ingevoerde producten volgens gelijke criteria treft niettemin krachtens het Verdrag verboden zijn wanneer de opbrengst van deze belasting bestemd is voor de bekostiging van activiteiten die in het bijzonder de belaste nationale producten ten goede komen. Indien de voordelen voor deze producten de belasting die erop drukt volledig compenseren, heeft deze laatste slechts merkbare gevolgen voor ingevoerde producten en vormt zij een heffing van gelijke werking.

67. Gelet op de rechtspraak van het Hof ben ik van mening dat ook de Italiaanse regeling inzake groenestroomcertificaten die wordt toegepast op importeurs van E-HEB geen heffing van gelijke werking als een douanerecht is.

68. Ik kan aanvaarden dat de verplichting om Italiaanse groenestroomcertificaten te kopen voor importeurs van elektriciteit in Italië vergelijkbare gevolgen met zich meebrengt als die van een eenzijdig door de Italiaanse Staat opgelegde geldelijke last. Mijns inziens kan die verplichting echter niet worden gelijkgesteld aan de verplichting die voortvloeit uit een fiscale of parafiscale heffing, hetgeen evenwel een noodzakelijke voorwaarde is wil een geldelijke last onder het verbod van de artikelen 28 en 30 VWEU vallen.

69. Bovendien is de verplichting om groenestroomcertificaten te kopen niet gekoppeld aan het overschrijden van de Italiaanse grens; de verplichting wordt niet opgelegd als reactie op de invoer van elektriciteit, maar om de nationale steunregeling voor E-HEB na te leven.

70. Volgens de Italiaanse regeling is de vrijstelling die importeurs de mogelijkheid bood om de groene oorsprong van hun elektriciteit in de staat van herkomst aan te tonen met ingang van 2012 afgeschaft. Zoals ik reeds heb uitgelegd, werden zij op die manier verplicht om Italiaanse groenestroomcertificaten te kopen, waarmee de Italiaanse Staat uitsluitend de productie van nationale E-HEB stimuleerde en ingevoerde E-HEB niet langer begunstigde.

71. Door de regels van de nationale steunregeling aldus te wijzigen, heeft de Italiaanse Staat geen met het feit van de invoer (dat wil zeggen het overschrijden van de grens) in verband staande heffing opgelegd, maar slechts zijn binnenlandse regeling gewijzigd, waartoe hij gerechtigd was door richtlijn 2009/28.³⁸

72. Een nationale regeling met deze kenmerken vormt derhalve geen heffing van gelijke werking als een douanerecht.³⁹

2. Verbod van discriminerende binnenlandse belastingen

73. Volgens vaste rechtspraak „vallen geldelijke lasten die voortvloeien uit een algemeen systeem van binnenlandse belastingen waardoor categorieën van producten volgens dezelfde objectieve criteria stelselmatig worden getroffen, ongeacht de oorsprong of de bestemming ervan, onder artikel 110 VWEU, dat discriminerende binnenlandse belastingen verbiedt”.⁴⁰

74. Zoals reeds opgemerkt, heeft de verplichting om Italiaanse groenestroomcertificaten te kopen geen fiscaal of parafiscaal karakter, waardoor het verbod van artikel 110 VWEU niet op die verplichting van toepassing is.

75. Ik ben het eens met de Commissie dat een maatregel als deze geen belasting vormt, dat wil zeggen geen heffing van fiscale aard is, aan welke vaststelling niet in de weg staat dat de maatregel (zoals zo veel soortgelijke verplichtingen) bij nationale wetgeving is vastgesteld.

³⁸ Ik wil er nogmaals aan herinneren dat deze richtlijn de lidstaten toestaat om zelf te beslissen of hun nationale steunregeling al dan niet, en in welke mate, van toepassing is op buiten hun landsgrenzen geproduceerde E-HEB.

³⁹ Aangezien de verplichting voor importeurs van elektriciteit om Italiaanse groenestroomcertificaten te kopen niet kan worden gekwalificeerd als een heffing van gelijke werking als een douanerecht, hoeft de vraag of die verplichting onder een van de beperkingen op dat verbod valt niet meer te worden beantwoord.

⁴⁰ Arrest van 6 december 2018, FENS (C-305/17, EU:C:2018:986, punt 29).

3. Verbod van maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbeperkingen (artikel 34 VWEU)

76. Artikel 34 VWEU, „[dat] tussen de lidstaten [de vaststelling] van maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbeperkingen verbiedt, [doelt] op elke nationale regeling [...] die rechtstreeks of onrechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel het intracommunautaire handelsverkeer kan belemmeren”.⁴¹

77. De tot 2016 door de Italiaanse Republiek opgelegde verplichting om groenestroomcertificaten te kopen voor de invoer van E-HEB is een maatregel van gelijke werking die onder het verbod van artikel 34 VWEU valt.

78. Het betreft een maatregel die slechts van toepassing is op de invoer van E-HEB en niet op de nationale productie van E-HEB. Aan nationale producenten van E-HEB worden kosteloos groenestroomcertificaten toegekend, terwijl importeurs van diezelfde elektriciteit die certificaten moeten kopen (van nationale producenten of op het door de vennootschap GME beheerde digitale platform), in verhouding tot de elektriciteit die zij in Italië invoeren.

79. Deze situatie, die de invoer bemoeilijkt, werd bij wetsdecreet nr. 28/2011 met ingang van 1 januari 2012 gecreëerd en bleef, zoals reeds aangegeven, bestaan tot 2016.⁴² Gedurende deze periode moesten marktdeelnemers die E-HEB invoerden om die elektriciteit aan het Italiaanse net te leveren Italiaanse groenestroomcertificaten kopen, ook al konden zij een garantie van oorsprong overleggen.

80. Het Hof heeft geoordeeld dat de Zweedse regeling inzake groenestroomcertificaten, die vergelijkbaar is met de Italiaanse, een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking vormde.⁴³ Het Hof heeft zich eveneens uitgesproken over de *rechtvaardiging* van die regeling, in het licht van het doel ervan⁴⁴, op grond van een redenering die wordt samengevat in punt 82 van het arrest Ålands Vindkraft: „[E]en doelstelling van het bevorderen van het gebruik van hernieuwbare energiebronnen voor elektriciteitsproductie [...] [kan] eventuele belemmeringen van het vrije verkeer van goederen in beginsel [...] rechtvaardigen.”

81. De Italiaanse regeling inzake groenestroomcertificaten is geschikt voor de bescherming van identieke doelstellingen, aangezien ook deze regeling de productie van E-HEB bevordert.⁴⁵

⁴¹ Arrest Ålands Vindkraft, punt 66, en arrest van 4 oktober 2018, L.E.G.O. (C-242/17, EU:C:2018:804, punt 58).

⁴² In 2016 werden de groenestroomcertificaten vervangen door een steunregeling op basis van opslagen op de tarieven, omdat de Italiaanse Republiek de in richtlijn 2009/28 vastgestelde streefcijfers voor het gebruik van hernieuwbare energie ruimschoots had overtroffen.

⁴³ Arrest Ålands Vindkraft, punt 75, en arrest van 11 september 2014, Essent Belgium NV (C-204/12–C-208/12, EU:C:2014:2192, punt 88).

⁴⁴ Arrest Ålands Vindkraft, punten 76-82.

⁴⁵ In de punten 9.2 en 9.3 van de verwijzingsbeslissing kan worden gelezen dat de Italiaanse regeling „tot doel [heeft] het door het Europees recht opgelegde nationale streefcijfer te behalen [...] door de productie van groene energie op het nationale grondgebied te stimuleren, waarvan de lasten worden gedragen door ofwel de consumenten (die het economische gewicht dragen van de bevoegdheid van GSE om eventuele ongebruikte certificaten te kopen), ofwel de marktdeelnemers die, in welke modaliteit ook, niet in Italië geproduceerde energie uit hernieuwbare bronnen aan het nationale net leveren”.

82. Het rechtstreekse verband tussen de groenestroomcertificaten en de productie van E-HEB blijkt onder andere uit artikel 11, lid 3, van wetsdecreet nr. 79/1999, waarin wordt bepaald dat de groenestroomcertificaten worden toegekend in verhouding tot de hoeveelheid uit hernieuwbare bronnen opgewekte elektriciteit.⁴⁶

83. Daarenboven staat de zuiver nationale aard van de Italiaanse steunregeling voor de productie van E-HEB er niet aan in de weg dat dit mechanisme bijdraagt tot de waarborging van de algemene belangen van bescherming van het milieu en bescherming van de gezondheid en het leven van personen, dieren en planten.

84. Ten aanzien van de *evenredigheid* van de regeling heeft het Hof verklaard dat de Zweedse regeling inzake groenestroomcertificaten „beoogt de met groenestroomproductie gepaard gaande extra kosten rechtstreeks te doen dragen door de markt, te weten door de quotumplichtige leveranciers en verbruikers van elektriciteit en uiteindelijk door de consumenten. [...] Door het maken van een dergelijke keuze treedt een lidstaat niet buiten de grenzen van de beoordelingsmarge waarover hij beschikt bij het nastreven van de legitieme doelstelling om de productie van groene stroom te doen toenemen.”⁴⁷

85. Vervolgens herinnerde het Hof evenwel aan het volgende:

„[D]e goede werking van een dergelijke regeling [vereist] in wezen [...] dat marktmechanismen bestaan die de quotumplichtige marktdeelnemers die nog niet beschikken over de nodige certificaten om aan die quotumverplichting te voldoen, toelaten om op doeltreffende wijze en onder billijke voorwaarden certificaten aan te kopen. [...] Aldus is het van belang dat mechanismen worden ingevoerd die verzekeren dat een daadwerkelijke certificatenmarkt tot stand komt waar vraag en aanbod elkaar effectief kunnen ontmoeten en een evenwicht bereiken zodat de betrokken leveranciers en verbruikers effectief de mogelijkheid hebben om op die markt certificaten aan te kopen tegen billijke voorwaarden.”⁴⁸

86. Diezelfde criteria en voorwaarden zijn opgenomen in de Italiaanse groenestroomcertificaten:

- Ten eerste is die regeling ingesteld met hetzelfde doel als dat van het Zweedse mechanisme waarop het arrest Ålands Vindkraft betrekking heeft.
- Ten tweede kunnen de importeurs van elektriciteit in Italië aan hun verplichting voldoen door de groenestroomcertificaten te kopen, rechtstreeks van in dat land gevestigde producenten of op de certificatenmarkt (het door de vennootschap GME beheerde digitale platform).

87. Ook indien de Italiaanse regeling inzake groenestroomcertificaten kan worden gekwalificeerd als een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking, is deze kortom gerechtvaardigd door de algemene belangen van bescherming van het milieu en bescherming van de gezondheid en het leven van personen, dieren en planten.

⁴⁶ Zie in dit verband arrest Ålands Vindkraft, punten 95 en 96. Volgens dit arrest kan het groene karakter van elektriciteit enkel worden vastgesteld in het stadium van de productie: „[Het is moeilijk om] de specifieke oorsprong van de groene stroom te bepalen nadat deze is opgenomen in het transmissie- of distributienetwerk, zodat het in het verbruiksstadium praktisch moeilijk blijkt te zijn om systematisch vast te stellen dat de elektriciteit groene stroom is.”

⁴⁷ Ibidem, punten 109 en 110.

⁴⁸ Ibidem, punten 113 en 114.

D. Italiaanse regeling inzake groenestroomcertificaten en de artikelen 107 en 108 VWEU

88. Volgens Axpo en Esperia houdt de Italiaanse regeling staatssteun ten gunste van de Italiaanse producenten van E-HEB in. Omdat die staatssteun niet is aangemeld bij de Commissie, is er inbreuk gemaakt op artikel 108 VWEU.

89. GSE en de Italiaanse regering stellen zich op het tegengestelde standpunt, namelijk dat de regeling geen staatssteun impliceert omdat er geen staatsmiddelen worden overgedragen en de regeling niet selectief is.

90. De Commissie merkt op dat „het enkele feit dat marktdeelnemers die energie invoeren de verplichting wordt opgelegd om groenestroomcertificaten te kopen op zichzelf geen met staatsmiddelen bekostigde steun lijkt te vormen, aangezien die marktdeelnemers de groenestroomcertificaten moeten bekostigen met hun eigen financiële middelen”. Gegeven de aard van het beheer van de groenestroomcertificaten en de taken van GSE op dat gebied, zou moeten worden vastgesteld in welke mate de staat intervenieert in en controle uitoefent over de regeling, maar op basis van de aangedragen elementen „lijkt het er niet op dat in dit geval de voorwaarden zijn vervuld om te kunnen vaststellen dat er staatsmiddelen zijn gebruikt”.⁴⁹

91. Daar voegt de Commissie aan toe dat, omdat in de verwijzingsbeslissing onvoldoende toelichtingen worden gegeven om het karakter van staatssteun onomstotelijk te kunnen vaststellen, „een analyse van de regeling inzake groenestroomcertificaten *in haar geheel* niet relevant lijkt voor de doeleinden van het bij de verwijzende rechter aanhangige geding”.⁵⁰

92. Indien de benadering van de Commissie zou worden aanvaard, zou het deel van de verwijzingsbeslissing waarin de Italiaanse regeling inzake groenestroomcertificaten in haar geheel als staatssteun wordt aangemerkt, wegens het ontbreken van voldoende bewijselementen niet-ontvankelijk moeten worden verklaard.⁵¹

93. In mijn ogen bevindt het Hof zich evenwel in een positie om de Consiglio di Stato van een nuttig antwoord te voorzien, gezien de aanvullende gegevens over dit punt die de partijen, bij gebreke van meer uitgebreide informatie in het verzoek om een prejudiciële beslissing, in hun mondelinge en schriftelijke interventies hebben aangedragen bij het Hof.

94. Dat antwoord zal hoe dan ook ondergeschikt zijn aan een beoordeling door de verwijzende rechter van de kenmerken van de regeling inzake groenestroomcertificaten waarover ik mij in het hiernavolgende zal buigen.

⁴⁹ Schriftelijke opmerkingen van de Commissie, punt 36.

⁵⁰ Ibidem, punt 37. Cursivering van mij.

⁵¹ Het Hof heeft in het recente arrest van 17 september 2020, Burgo Group (C-92/19, EU:C:2020:733, punten 41-44), twee vragen van een ander verzoek om een prejudiciële beslissing van de Consiglio di Stato niet-ontvankelijk verklaard omdat daarin niet de noodzakelijke elementen werden aangedragen om vast te stellen of „artikel 107 VWEU [...] zich [verzet] tegen een nationale regeling op grond waarvan warmte-krachtkoppelingsinstallaties die geen hoogrenderende installaties zijn in de zin van [richtlijn 2004/8], zelfs na 31 december 2010 in aanmerking blijven komen voor een steunregeling voor warmte-krachtkoppeling, op grond waarvan zij met name zijn vrijgesteld van de verplichting om groene certificaten te kopen”.

1. Algemene beoordeling

95. In artikel 107, lid 1, VWEU wordt bepaald dat steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar zijn met de interne markt voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.

96. Derhalve moeten vier voorwaarden zijn vervuld om staatssteun als onverenigbaar aan te merken, te weten dat a) het gaat om een maatregel van de staat of met staatsmiddelen bekostigd, b) de maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden, c) de maatregel de begunstigde ervan een selectief voordeel verschaft, en d) de maatregel de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen.⁵²

97. Niet ter discussie staat dat de litigieuze regeling voldoet aan de tweede (mogelijke ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten) en de vierde (vervalsing of dreigende vervalsing van de mededinging) voorwaarde. Over de andere twee bestaat echter verschil van opvatting, hetgeen het noodzakelijk maakt om op te helderen of de betreffende regeling de begunstigde ondernemingen een selectief voordeel verschaft en vooral om vast te stellen of de maatregel kan worden toegeschreven aan de staat en het gebruik van staatsmiddelen behelst.

2. Staatsinterventie en overdracht van staatsmiddelen

98. Volgens vaste rechtspraak van het Hof kan een selectief voordeel slechts als „steun” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU worden aangemerkt indien het in de eerste plaats rechtstreeks of zijdelings met staatsmiddelen wordt bekostigd, en in tweede plaats kan worden toegerekend aan de staat.⁵³ Het betreft cumulatieve voorwaarden⁵⁴ die bij het evalueren van een maatregel overeenkomstig die bepaling niettemin doorgaans in onderlinge samenhang worden gezien.

99. Axpo argumenteert dat de Italiaanse regeling gepaard gaat met de overdracht van staatsmiddelen als gevolg van de kosteloosheid van de aan Italiaanse producenten van E-HEB toegekende groenestroomcertificaten, de terugkoop van ongebruikte groenestroomcertificaten door GSE en de controle van de staat over de ontvangsten van de vennootschap GME.

100. Volgens Axpo ontvangen de Italiaanse producenten de groenestroomcertificaten kosteloos in verhouding tot de door hen geproduceerde hoeveelheid E-HEB en kunnen zij die verkopen aan Italiaanse producenten van conventionele elektriciteit en aan importeurs van elk type elektriciteit. Bovendien zorgt GSE ervoor dat er een markt voor groenestroomcertificaten bestaat, waarbij zij een grotere hoeveelheid op de markt brengt wanneer de vraag hoog is en groenestroomcertificaten van die markt haalt wanneer de vraag te laag is.

⁵² Arresten van 19 december 2013, Association Vent De Colère! e.a. (C-262/12, EU:C:2013:851, punt 15); 16 april 2015, Trapeza Eurobank Ergasias (C-690/13, EU:C:2015:235, punt 17); 21 december 2016, Commissie/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971, punt 40); 27 juni 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496, punt 38); 13 september 2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671, punt 17), en 29 juli 2019, Azienda Napoletana Mobilità (C-659/17, EU:C:2019:633, punt 20).

⁵³ Arrest van 13 september 2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671, punt 20).

⁵⁴ Arrest van 16 mei 2002, Frankrijk/Commissie (C-482/99, EU:C:2002:294, punt 24).

101. Volgens de Italiaanse regering, GSE en de verwijzende rechter behelzen de groenestroomcertificaten niet het gebruik van staatsmiddelen. De aankoop van groenestroomcertificaten wordt gefinancierd door de ondernemingen die verplicht zijn om ze te kopen, en de terugkoop van ongebruikte groenestroomcertificaten door GSE wordt gefinancierd door de eindverbruikers, zonder dat de Italiaanse Staat controle over die middelen uitoefent.

102. De Commissie heeft zich enkel uitgesproken over de verplichting om groenestroomcertificaten te kopen, die volgens haar niet wordt bekostigd met staatsmiddelen.⁵⁵

a) Toerekening van de maatregel aan de staat

103. Om de toerekenbaarheid van een maatregel aan de staat te beoordelen, moet worden geanalyseerd of de overheid betrokken was bij de vaststelling van die maatregel.

104. Dat is duidelijk het geval wanneer de selectieve voordelen voor een categorie ondernemingen zijn ingevoerd bij wet.⁵⁶ Dit is dus ook van toepassing op de Italiaanse regeling inzake groenestroomcertificaten, waarvan de voorschriften – waarvan sommige een wettelijk karakter hebben – zijn vastgesteld door de Italiaanse Staat.

105. GSE brengt tegen de toerekening aan de Italiaanse Staat in dat deze geen zeggenschap heeft over *alle* elementen van de regeling inzake groenestroomcertificaten, en inzonderheid dat het GSE, een privaatrechtelijke vennootschap, is die de groenestroomcertificaten terugkoopt.

106. Een maatregel van de staat of met staatsmiddelen bekostigd omvat zowel rechtstreeks door de staat toegekende steun als steun die wordt verleend door een van overheidswege voor het beheer van de steun ingesteld of aangewezen publiek- of privaatrechtelijk lichaam.⁵⁷ Het Unierecht verzet zich ertegen dat louter door de oprichting van autonome, met de verdeling van de steun belaste instanties de regels betreffende staatssteun zouden kunnen worden omzeild.⁵⁸

107. Het feit dat GSE een privaatrechtelijke vennootschap is, staat niet in de weg aan de toerekening van de instelling en de juridische vormgeving van de regeling inzake groenestroomcertificaten, die dwingend aan die vennootschap wordt opgelegd, aan de Italiaanse Staat.

108. Het is de Italiaanse wet, tezamen met de bepalingen ter uitvoering daarvan, die GSE belast met de toekenning van groenestroomcertificaten aan de Italiaanse producenten van E-HEB, de intrekking van ongebruikte groenestroomcertificaten op basis van de vraag en de vaststelling van de referentieprijzen voor het aanbod van groenestroomcertificaten. GSE lijkt niet autonoom te kunnen besluiten om te stoppen met het uitoefenen van die taken.

109. Voor het overige staat GSE, ook al heeft zij de vorm van een privaatrechtelijke vennootschap, onder volledige zeggenschap van de Italiaanse regering en verricht zij taken van publieke aard in de energiesector.

⁵⁵ Zie punt 90 van deze conclusie.

⁵⁶ Arrest van 28 maart 2019, Duitsland/Commissie (C-405/16 P, EU:C:2019:268, punt 49).

⁵⁷ Arresten van 22 maart 1977, Steinike & Weinlig (78/76, EU:C:1977:52, punt 21); 13 maart 2001, PreussenElektra (C-379/98, EU:C:2001:160; hierna: „arrest PreussenElektra”, punt 58), en 13 september 2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671, punt 23).

⁵⁸ Arrest van 16 mei 2002, Frankrijk/Commissie (C-482/99, EU:C:2002:294, punt 23).

110. Bijgevolg is de litigieuze maatregel toe te schrijven aan de Italiaanse Staat.

b) Overdracht van staatsmiddelen

111. In mijn conclusie in de zaak Georgsmarienhütte e.a. heb ik een overzicht gegeven van de rechtspraak in verband met de kwalificatie van steunregelingen voor E-HEB als staatssteun⁵⁹, waaraan ik hier wil refereren.⁶⁰

112. Behalve dat hij toerekenbaar moet zijn aan de staat, dient de maatregel een overdracht van staatsmiddelen aan de begunstigde ondernemingen in te houden om als staatssteun te worden aangemerkt.

113. Het Hof heeft een ruime uitlegging gegeven aan het begrip „staatsmiddelen”, die niet alleen middelen van de publieke sector omvatten, maar in bepaalde omstandigheden ook middelen van bepaalde particuliere organisaties.

114. Een indirecte verlaging van de inkomsten van de staat ten gevolge van de vaststelling van nationale regelingen of maatregelen vormt geen overdracht van staatsmiddelen indien dit gevolg inherent is aan die regelingen of maatregelen.⁶¹

115. De grootste moeilijkheden bij het vaststellen of er al dan niet staatsmiddelen zijn overgedragen, doen zich voor wanneer de lidstaten mechanismen vaststellen waarmee zij ingrijpen in het economische leven, met als gevolg dat bepaalde ondernemingen een selectief voordeel kunnen verkrijgen. In concreto is er sprake van een *schemerzone* bij staatsinterventies die weliswaar verder gaan dan de vaststelling van eenvoudige algemene voorschriften ter regulering van een sector, maar zich niet vertalen in een directe overdracht van staatsmiddelen. In de onderhavige verwijzing wordt een van deze gevallen aan de orde gesteld, voor de oplossing waarvan eerst en vooral moet worden gekeken naar de complexe (en niet altijd rechtlijnige) rechtspraak van het Hof dienaangaande.

116. Een overheidsmaatregel ter begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producten verliest zijn karakter van voordeel om niet doordat hij geheel of gedeeltelijk wordt gefinancierd uit van overheidswege verplicht gestelde bijdragen van de betrokken ondernemingen.⁶²

117. Artikel 107, lid 1, VWEU omvat feitelijk alle geldelijke middelen die de overheid daadwerkelijk kan gebruiken om ondernemingen te steunen, ongeacht of deze middelen permanent deel uitmaken van het vermogen van de staat. Dus ook al zijn de bedragen die overeenkomen met de betrokken maatregel niet permanent in het bezit van de schatkist, dan nog volstaat het feit dat zij constant onder staatscontrole en daarmee ter beschikking van de bevoegde nationale autoriteiten staan, om ze als „staatsmiddelen” aan te merken.⁶³

⁵⁹ Zie mijn conclusie van 27 februari 2018, Georgsmarienhütte e.a. (C-135/16, EU:C:2018:120, punten 104-121).

⁶⁰ In de hiernavolgende punten 112-127 worden de voor de onderhavige conclusie relevante punten uit die conclusie weergegeven.

⁶¹ Arrest PreussenElektra, punt 62.

⁶² Arrest van 22 maart 1977, Steinike & Weinlig (78/76, EU:C:1977:52, punt 22).

⁶³ Arresten van 16 mei 2002, Frankrijk/Commissie (C-482/99, EU:C:2002:294, punt 37); 17 juli 2008, Essent Netwerk Noord e.a. (C-206/06, EU:C:2008:413, punt 70); 19 december 2013, Association Vent De Colère! e.a. (C-262/12, EU:C:2013:851, punt 21), en 13 september 2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671, punt 25).

118. Met betrekking tot de elektriciteitssector heeft het Hof in het arrest van 19 december 2013, *Association Vent De Colère! e.a.*, bevestigd dat „middelen die afkomstig zijn uit krachtens de wetgeving van de lidstaat verplichte bijdragen die overeenkomstig deze wetgeving worden beheerd en verdeeld, als staatsmiddelen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU kunnen worden aangemerkt, zelfs indien zij worden beheerd door instellingen die losstaan van de overheid”.⁶⁴

119. Uit deze vaste rechtspraak volgt dat voor de vaststelling of de betrokken middelen staatsmiddelen zijn in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, de mate van optreden en van controle van de overheid over deze middelen beslissend is.

120. Het ontbreken van controle van overheidswege verklaart dat er volgens het Hof geen sprake is van steun in, bijvoorbeeld, gevallen waarin middelen van de leden van een beroepsvereniging worden gebruikt voor de financiering van een specifiek doel dat van belang is voor die leden – waarover wordt besloten door een particuliere organisatie en dat een zuiver commercieel oogmerk dient – en de staat slechts optreedt als vehikel om een verplicht karakter te verlenen aan de door commerciële organisaties ingevoerde bijdragen. Voorbeelden van dergelijke gevallen worden gegeven in de zaken *Pearle e.a.*⁶⁵ en *Doux Élevage en Coopérative agricole UKL-ARREE*.⁶⁶

121. Het ontbreken van staatscontrole over de overdracht van middelen verklaart ook dat het Hof een regeling die leidt tot een financiële herverdeling tussen particuliere entiteiten, zonder bijkomende tussenkomst van de staat, niet als steunmaatregel aanmerkt. In beginsel vindt er geen overdracht van staatsmiddelen plaats wanneer het geld rechtstreeks wordt overgedragen van een particuliere entiteit aan een andere particuliere entiteit, zonder eerst langs een van overheidswege voor het beheer van de steun ingesteld of aangewezen publiek- of privaatrechtelijk lichaam te gaan.⁶⁷

122. Ook is er geen sprake van overdracht van staatsmiddelen wanneer de ondernemingen, die in meerderheid particuliere ondernemingen zijn, niet door de lidstaat zijn belast met het beheer van staatsmiddelen, doch slechts een aankoopverplichting hebben met gebruikmaking van hun eigen financiële middelen.⁶⁸ Deze feiten lagen ten grondslag aan het arrest *PreussenElektra*, waarin is geoordeeld dat een door een lidstaat aan particuliere leveranciers opgelegde verplichting om tegen vastgestelde minimumprijzen E-HEB af te nemen, geen enkele rechtstreekse of zijdelingse overdracht van staatsmiddelen aan de producenten van dit soort elektriciteit met zich meebrengt, en dat het feit dat de lagere inkomsten van de ondernemingen die aan deze verplichting zijn onderworpen waarschijnlijk leiden tot een daling van de belastingontvangsten van de staat, niets aan deze omstandigheid verandert, aangezien dit gevolg inherent is aan de

⁶⁴ C-262/12, EU:C:2013:851, punt 25, en arrest van 2 juli 1974, *Italië/Commissie* (173/73, EU:C:1974:71, punt 35).

⁶⁵ Arrest van 15 juli 2004 (C-345/02, EU:C:2004:448, punt 41). In deze zaak, die betrekking had op de financiering van een reclamecampagne ten behoeve van ondernemingen in de optiekbranche, werden de middelen om voor deze campagne te betalen geïnd van particuliere ondernemingen door middel van een publiekrechtelijk bedrijfslichaam. Volgens het Hof konden de betrokken middelen niet worden aangemerkt als „staatsmiddelen” omdat het bedrijfslichaam „op geen enkel moment vrijelijk heeft kunnen beschikken” over deze middelen, „die verplicht [werden] aangewend voor de financiering van die campagne”.

⁶⁶ Arrest van 30 mei 2013 (C-677/11, EU:C:2013:348, punt 36). In deze zaak, betreffende een besluit dat een binnen een sectorale organisatie (landbouwsector van de kalkoenproductie en -kweek) gesloten overeenkomst, waarbij deze organisatie een bijdrage invoerde voor de financiering van de door deze organisatie vastgestelde gemeenschappelijke acties, uitstreekte tot alle beroepsbeoefenaars, vond het Hof geen gronden voor het bestaan van staatsmiddelen. De nationale overheidsinstanties konden de middelen die afkomstig waren uit de bedoelde bijdragen niet daadwerkelijk gebruiken om bepaalde ondernemingen te steunen. De betrokken sectorale organisatie besliste hoe die middelen werden besteed aan door haar vastgestelde doelen. Ook stonden die middelen niet constant onder staatscontrole of ter beschikking van de overheidsinstanties.

⁶⁷ Arrest van 24 januari 1978, *Van Tiggele* (82/77, EU:C:1978:10, punten 25 en 26).

⁶⁸ Arresten van 17 juli 2008, *Essent Netwerk Noord e.a.* (C-206/06, EU:C:2008:413, punt 74); 19 december 2013, *Association Vent De Colère! e.a.* (C-262/12, EU:C:2013:851, punt 35), en 13 september 2017, *ENEA* (C-329/15, EU:C:2017:671, punt 26).

maatregel.⁶⁹ In die zaak waren de betrokken ondernemingen (dat wil zeggen de particuliere elektriciteitsleveranciers) gebonden aan een verplichting om met hun eigen financiële middelen een specifiek type elektriciteit af te nemen, maar waren zij niet door de staat belast met het beheer van een steunmaatregel.

123. Evenmin heeft het Hof staatscontrole (en, daarom, overdracht van staatsmiddelen) vastgesteld in het Poolse mechanisme dat leveranciers de verplichting oplegde om ervoor te zorgen dat 15 % van hun jaarlijkse verkoop van elektriciteit aan eindverbruikers afkomstig was uit warmte-krachtkoppeling.⁷⁰

124. De staatscontrole komt evenwel opnieuw in beeld, en er is sprake van overdracht van staatsmiddelen, wanneer de door particulieren betaalde bedragen via een van overheidswege voor het beheer van de steun ingesteld of aangewezen publiek- of privaatrechtelijk lichaam naar de begunstigden worden gekanaliseerd. Dit was het geval in de zaak Essent Netwerk Noord, waarin een particuliere entiteit bij wet werd belast met de inning van een toeslag op het elektriciteitsstarief, namens de staat, met de plicht om die door te geven aan de begunstigden, zonder toestemming om de opbrengst te gebruiken voor andere doeleinden dan die welke waren vastgesteld in de wet. De totale opbrengst van die toeslag (die het Hof als belasting betitelde) bleef onder staatscontrole, hetgeen volstond om deze als staatsmiddelen aan te merken.⁷¹

125. Ook in de zaak Vent de Colère! e.a. heeft het Hof staatscontrole vastgesteld. In die zaak was er sprake van een mechanisme, gefinancierd door alle eindverbruikers, dat volledige compensatie bood voor de meerkosten die werden gedragen door de ondernemingen die waren gebonden aan een verplichting om (tegen een hogere prijs dan de marktprijs) uit windenergie opgewekte elektriciteit af te nemen. Het Hof was van oordeel dat er sprake was van een met staatsmiddelen bekostigde maatregel, ondanks het feit dat dit mechanisme, gedeeltelijk, was gebaseerd op een directe overdracht van middelen tussen particuliere entiteiten.⁷²

126. Diezelfde lijn wordt gevolgd in de beschikking van het Hof in de zaak Elcogás, waarin werd onderzocht of „de aan een particuliere elektriciteitsproducent toegewezen bedragen die door alle eindverbruikers van elektriciteit op het nationale grondgebied worden gefinancierd, moeten worden aangemerkt als een maatregel van de staat of een met staatsmiddelen bekostigde maatregel”.⁷³

127. Het antwoord van het Hof was dat het mechanisme voor de compensatie van de meerkosten waarvan die onderneming profiteerde (gefinancierd uit het eindtarief voor elektriciteit dat wordt toegepast op alle Spaanse consumenten en gebruikers van de transmissie- en distributienetwerken op het nationale grondgebied) moest worden aangemerkt als een maatregel van de staat of een

⁶⁹ Arrest PreussenElektra, punten 59-62. Zie ook arrest van 5 maart 2009, UTECA (C-222/07, EU:C:2009:124, punten 43-47), over de verplichte bijdragen van televisieomroepen aan de productie van bioscoopfilms, die geen overdracht van staatsmiddelen met zich brengen.

⁷⁰ Arrest van 13 september 2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671, punten 27-30). De bevoegde Poolse autoriteit stelde de maximumprijs voor de verkoop van elektriciteit aan eindverbruikers vast, zodat de ondernemingen de financiële last waarmee die afnameverplichting gepaard ging niet stelselmatig konden afwentelen op de eindverbruikers. Om die reden kochten de elektriciteitsleveranciers de elektriciteit uit warmte-krachtkoppeling in bepaalde omstandigheden aan tegen een hogere prijs dan die welke zij in rekening brachten aan de eindverbruikers, wat voor hen dus meerkosten meebracht. De onmogelijkheid om die meerkosten volledig af te wentelen op de eindverbruikers, het feit dat zij niet werden gefinancierd door een door de lidstaat opgelegde verplichte bijdrage, en het feit dat er ook geen sprake was van een regeling strekkende tot volledige compensatie daarvan, bracht het Hof tot de vaststelling dat de elektriciteitsleveranciers niet door de staat met het beheer van staatsmiddelen waren belast, maar een op hen rustende afnameverplichting financierden met eigen financiële middelen.

⁷¹ Arrest van 17 juli 2008, Essent Netwerk Noord (C-206/06, EU:C:2008:413, punten 69-75).

⁷² Arrest van 19 december 2013, Association Vent De Colère! e.a. (C-262/12, EU:C:2013:851, punten 25 en 26).

⁷³ Beschikking van 22 oktober 2014 (C-275/13, niet gepubliceerd, EU:C:2014:2314, punt 20).

met staatsmiddelen bekostigde maatregel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Hierbij was het „niet van belang dat de bijdragen die bestemd zijn voor de compensatie van de meerkosten, niet afkomstig zijn van een specifieke toeslag op het elektriciteitsstarief en dat de betrokken financieringsregeling krachtens het nationale recht niet in strikte zin behoort tot de categorie belasting, belastingheffing of parafiscale heffing”.⁷⁴

128. Onder de arresten over steunregelingen voor E-HEB die het Hof heeft gewezen na de conclusie in de zaak Georgsmarienhütte e.a., zij gewezen op die van 28 maart 2019, Duitsland/Commissie⁷⁵, en 15 mei 2019, Achema e.a.⁷⁶, waarin het accent vooral wordt gelegd op de staatscontrole over de bedragen die elektriciteitsbedrijven ten goede komen.

129. In het eerste van die arresten heeft het Hof het arrest van het Gerecht van 10 mei 2016, Duitsland/Commissie⁷⁷, vernietigd en het besluit van de Commissie met betrekking tot de Duitse steunregeling voor E-HEB dat daarin was bevestigd⁷⁸, nietig verklaard.

130. Volgens het Hof had de Commissie „niet [...] aangetoond dat met de voordelen waarin [de Duitse wet van 2012 tot herziening van het juridische kader voor de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen (hierna: ‚EEG 2012’)] voorzag – te weten de met de EEG-heffing gefinancierde steunregeling voor de productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen en mijngas, alsook de bijzondere compensatieregeling waarbij die heffing werd verlaagd voor energie-intensieve ondernemingen – staatsmiddelen waren gemoeid, waardoor die voordelen staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU zouden hebben gevormd”.⁷⁹

131. In dat arrest heeft het Hof zich onder andere gebaseerd op de volgende argumenten:

- „[...] [H]et feit dat de middelen uit de EEG-heffing krachtens het EEG 2012 uitsluitend werden gebruikt voor de financiering van de steun- en compensatieregelingen, impliceert niet dat de staat erover kon beschikken in de zin van de [...] aangehaalde rechtspraak [...]. Dit wettelijke beginsel van het exclusieve gebruik van de middelen uit de EEG-heffing lijkt, bij gebreke van gegevens die op het tegendeel wijzen, veeleer aan te tonen dat de staat juist niet over deze middelen kon beschikken, dat wil zeggen niet kon beslissen die middelen op een andere manier aan te wenden dan die waarin het EEG 2012 voorzag.”
- De transmissiesysteembeheerders die waren belast met het beheer van het stelsel van de steun voor de opwekking van EEG-elektriciteit (elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen en mijngas) stonden niet voortdurend onder overheidscontrole, en stonden überhaupt niet onder overheidscontrole. Feit is dat de transmissiesysteembeheerders de middelen uit de EEG-heffing niet mochten aanwenden voor andere doeleinden dan die welke de wetgever voor ogen had, dat zij verplicht waren die middelen op een specifieke gemeenschappelijke rekening te plaatsen en dat de nakoming van die verplichting werd gecontroleerd door overheidsinstanties op grond van § 61 EEG 2012, en dat overheidsinstanties op verschillende

⁷⁴ Ibidem, punten 30 en 31.

⁷⁵ Zaak C-405/16 P, EU:C:2019:268.

⁷⁶ Zaak C-706/17, EU:C:2019:407.

⁷⁷ Zaak T-47/15, EU:T:2016:281.

⁷⁸ Besluit (EU) 2015/1585 van de Commissie van 25 november 2014 betreffende de steunmaatregel SA.33995 (2013/C) (ex 2013/NN) (ten uitvoer gelegd door Duitsland inzake steun voor hernieuwbare elektriciteit en voor energie-intensieve ondernemingen) (PB 2015, L 250, blz. 122).

⁷⁹ Arrest van 28 maart 2019, Duitsland/Commissie (C-405/16 P, EU:C:2019:268, punt 90).

niveaus een strikte controle op de handelingen van de transmissiesysteembeheerders uitoefenden, met name doordat zij erop toezagen dat de transmissiesysteembeheerders de EEG-elektriciteit overeenkomstig § 37 EEG 2012 verkochten.

- „De aldus in aanmerking genomen elementen wettigen weliswaar daadwerkelijk de gevolgtrekking dat de overheidsinstanties toezicht uitoefenden op de behoorlijke uitvoering van het EEG 2012, maar niet de gevolgtrekking dat de door de EEG-heffing gegenereerde middelen zelf onder overheidstoezicht stonden.”⁸⁰

132. In het arrest Achema e.a. werd de voorgaande rechtspraak van het Hof bevestigd, door de vaststelling dat „een maatregel die met name bestaat in een verplichting tot afname van elektriciteit, onder het begrip ‚steunmaatregel van de staat’ kan vallen, ook al gaat hij niet gepaard met een overdracht van staatsmiddelen” en dat, „[o]ok al zijn de bedragen die overeenkomen met de steunmaatregel niet permanent in het bezit van de schatkist, [...] het feit dat zij constant onder staatscontrole en daarmee ter beschikking van de bevoegde nationale autoriteiten staan, [dan nog volstaat] om ze als ‚staatsmiddelen’ aan te merken”.⁸¹

133. In datzelfde arrest herhaalde het Hof dat het in dit verband beslissend was dat de verschillende entiteiten „door de staat met het beheer van staatsmiddelen zijn belast, en *niet enkel verplicht zijn om met hun eigen financiële middelen aankopen te verrichten*”.⁸²

134. Bij het toepassen van deze rechtspraak op het onderhavige geding zal ik eerstens de regeling inzake de aankoop van groenestroomcertificaten vanuit het perspectief van de begunstigden en van de entiteiten die de certificaten verplicht moeten kopen tegen het licht houden, en tweedens de mate van controle die GSE op het mechanisme van de groenestroomcertificaten uitoefent.

1) Verplichting tot aankoop van groenestroomcertificaten

135. De begunstigden (Italiaanse producenten van E-HEB) ontvangen geen middelen van de staat, maar van de importeurs – of van andere nationale producenten – van elektriciteit in Italië, die de aan eerstgenoemden toegekende groenestroomcertificaten moeten kopen.

136. Een overdracht van middelen van een particulier aan een andere particulier, ook al vindt die plaats ter nakoming van een wettelijke plicht, impliceert in beginsel dat de overgedragen bedragen (in dit geval de prijs van een tussen particuliere marktdeelnemers gesloten transactie) niet het karakter van staatsmiddelen hebben. Een aankoopverplichting met gebruik van eigen financiële middelen door particulieren valt in de regel niet onder artikel 107, lid 1, VWEU.

⁸⁰ Ibidem, punten 76-80.

⁸¹ Arrest van 15 mei 2019, Achema e.a. (C-706/17, EU:C:2019:407, punten 52-54).

⁸² Ibidem, punt 55 (cursivering van mij). In het arrest Achema e.a. is geoordeeld dat er in de Litouwse regeling voor de heffing van middelen die bestemd waren om een regeling voor diensten van algemeen belang in de elektriciteitssector te financieren, sprake was van overdracht van staatsmiddelen.

137. Dit is in wezen de benadering die is gekozen in het arrest PreussenElektra, in het arrest Uteca⁸³ en, meer recentelijk, in het arrest van 28 maart 2019, Duitsland/Commissie⁸⁴.

138. Wat de tot de aankoop van groenestroomcertificaten verplichte entiteiten (dat wil zeggen de tegenpartij bij de transactie) betreft, zij nogmaals opgemerkt dat de betaling daarvan geschiedt met eigen financiële middelen van de kopers.

139. Kan worden gesteld dat de staat afziet van de ontvangst van staatsmiddelen door de groenestroomcertificaten kosteloos toe te kennen aan in Italië gevestigde producenten van E-HEB?⁸⁵

140. Om die vraag bevestigend te kunnen beantwoorden is verwezen naar het arrest van 8 september 2011, Commissie/Nederland, waarin de kosteloze toekenning van bepaalde emissierechten werd opgevat als een aanwijzing voor het staatskarakter van de desbetreffende middelen.⁸⁶ Na dat arrest heeft de Commissie haar criteria gewijzigd; tot dan toe had zij de voor de groenestroomcertificaten ter beschikking gestelde middelen niet als staatsmiddelen beschouwd.⁸⁷

141. In mijn opvatting is er voor die extrapolatie evenwel geen plaats. De aard van de groenestroomcertificaten vereist dat zij kosteloos aan de producenten van E-HEB worden toegekend, zodat die ze kunnen verkopen op de markt om het bedrag van die verkoop te incasseren. Indien het kosteloze karakter zou verdwijnen en de producenten van E-HEB voor de aankoop van groenestroomcertificaten zouden moeten betalen (rechtstreeks aan GSE of in een veiling), zou de zin zelf van deze stimulans verloren gaan.

142. De groenestroomcertificaten zijn bedoeld ter financiering van de *aanvullende kosten* die de productie van E-HEB voor de producenten met zich meebrengt. Die financiering zou verdwijnen (en het groenestroomcertificaat zou nutteloos worden) indien de producent van E-HEB die groenestroomcertificaten ontvangt het bedrag ervan zou moeten betalen. In dat geval zouden bovenop die aanvullende kosten de kosten van de groenestroomcertificaten komen, met als

⁸³ Arrest van 5 maart 2009 (C-222/07, EU:C:2009:124). In die zaak was aan publieke en particuliere televisieomroepen de wettelijke verplichting opgelegd om een percentage van hun bedrijfsinkomsten te besteden aan de Spaanse filmindustrie (door middel van de voorfinanciering van bioscoop- en televisiefilms). Bij het beantwoorden van de vraag of er staatsmiddelen in het geding waren, heeft het Hof verklaard dat „[h]et voordeel dat een maatregel van een lidstaat [...] verschafft aan de filmindustrie van deze lidstaat, [...] niet een voordeel [blijkt] te vormen dat rechtstreeks door de staat of via een door deze staat ingesteld of aangewezen publiek- of privaatrechtelijk lichaam wordt toegekend” (punt 44).

⁸⁴ C-405/16 P, EU:C:2019:268. In punt 75 van dat arrest werd verklaard dat er „weliswaar een wettelijke grondslag bestond voor de steun voor EEG-elektriciteit op grond van het EEG 2012 – zodat de staat met zekerheid invloed kon uitoefenen op de bij het EEG 2012 ingevoerde mechanismen – maar dat deze elementen niet volstaan voor de gevolgtrekking dat de staat daarom bevoegd was om over de door de transmissiesysteembeheerders beheerde middelen te beschikken”.

⁸⁵ Vanuit dit oogpunt zou de Italiaanse Staat afzien van inkomsten die hij zou hebben kunnen verkrijgen door de groenestroomcertificaten te verkopen op een veiling of onder bezwarende titel.

⁸⁶ Zaak C-279/08 P, EU:C:2011:551. In punt 107 van dat arrest kan worden gelezen dat „een lidstaat, wanneer hij van deze emissierechten [voor stikstofoxiden] verhandelbare immateriële zaken maakt en ze om niet ter beschikking stelt van de betrokken ondernemingen in plaats van deze rechten te verkopen of te veilen, namelijk afstand [doet] van overheidsinkomsten”.

⁸⁷ Zie voetnoot 10 van deze conclusie. In haar schriftelijke opmerkingen (punt 40 van de Italiaanse taalversie) wijst GSE erop dat de Commissie bij het evalueren van de Belgische regeling inzake groenestroomcertificaten in haar besluit van 25 juli 2001 [Steunmaatregel N 550/2000, SG (2001) D/290545] het volgende heeft verklaard: „L'État procure gratuitement les certificats verts [...] aux producteurs d'électricité verte. Ceux-ci doivent prouver qu'ils ont produit une certaine quantité d'électricité verte, en échange de quoi ils reçoivent une quantité correspondante de certificats verts. Ils peuvent vendre ces certificats aux distributeurs sur le (futur) marché des certificats verts. L'État leur offre donc des biens incorporels. On ne peut cependant considérer qu'il accepte un manque à gagner en procurant les certificats verts gratuitement [...] En conséquence, la fourniture de certificats verts par l'État aux producteurs ne met pas en jeu des ressources d'État” (cursivering van mij).

gevolg dat dit mechanisme de productie van E-HEB niet meer zou bevorderen. Het zijn juist de (althans op dat moment) betrekkelijk hoge productiekosten ten opzichte van conventionele elektriciteit⁸⁸ die de kosteloze toewijzing van de stimulans rechtvaardigen.⁸⁹

143. Het Hof heeft verklaard dat „een nationale steunregeling die [...] gebruikmaakt van groenestroomcertificaten, met name beoogt de met groenestroomproductie gepaard gaande extra kosten rechtstreeks te doen dragen door de markt, te weten door de [...] leveranciers en verbruikers van elektriciteit en uiteindelijk door de consumenten”.⁹⁰

144. Uit het bovenstaande blijkt mijns inziens dat het de markt is, en niet de overheidsautoriteiten, die de meerkosten van de productie van E-HEB draagt, welke kosten worden weerspiegeld in de groenestroomcertificaten, als verhandelbare titels met een waarde die wordt verzekerd door het bestaan van kopers met een wettelijke aankoopplicht.

145. In dezelfde zin wordt de begroting van de Italiaanse Staat niet geraakt door de kosteloze toekenning van groenestroomcertificaten, die op zichzelf, het zij nogmaals gezegd, geen overdracht van staatsmiddelen inhoudt.⁹¹

146. Zo wordt dat ook begrepen door de Consiglio di Stato, die heeft geoordeeld dat „er in dit geval geen staatsmiddelen in het spel zijn, aangezien er geen enkele – directe of indirecte – overdracht van middelen ten gunste van in Italië actieve producenten van groene energie kan worden vastgesteld”.⁹²

147. De staatsbegroting loopt derhalve geen inkomsten mis doordat de groenestroomcertificaten kosteloos worden toegekend, hetgeen, zoals ik reeds heb opgemerkt, inherent is aan de aard van deze stimulans.

148. Ook als – ter wille van het argument – zou worden aangenomen dat die kosteloze toekenning een indirect verlies voor de Italiaanse Staat met zich meebrengt, is er niet noodzakelijkerwijs sprake van staatssteun: volgens het Hof vormt de indirecte vermindering van de ontvangsten van de staat als gevolg van de vaststelling van nationale regelingen of maatregelen geen overdracht van staatsmiddelen indien deze gevolgen inherent zijn aan die regelingen of maatregelen.⁹³

2) Staatscontrole over voor de terugkoop van groenestroomcertificaten bestemde middelen

149. Wanneer het geding dat aanleiding heeft gegeven tot de prejudiciële verwijzing zou worden afgebakend tot de verplichting van Axpo om, in haar hoedanigheid van importeur van E-HEB in Italië, groenestroomcertificaten te kopen, zou alles wat ik tot nu toe heb opgemerkt over het niet-bestaan van staatsmiddelen volstaan om de verwijzende rechter van een antwoord te voorzien, hetgeen door de Commissie in haar opmerkingen ook wordt voorgesteld.

⁸⁸ Communautaire richtsnoeren van 2008 inzake staatssteun voor milieubescherming (PB 2008, C 82, blz. 1): „Staatssteun kan gerechtvaardigd zijn wanneer de productiekosten van hernieuwbare energie hoger zijn dan de kosten van op minder milieuvriendelijke bronnen gebaseerde productie [...]”.

⁸⁹ Arrest Ålands Vindkraft, punt 103.

⁹⁰ Ibidem, punt 109.

⁹¹ De Italiaanse regering heeft ter terechtzitting betoogd dat de Italiaanse Republiek niet heeft afgezien van overheidsmiddelen omdat die middelen feitelijk nooit hebben bestaan. Het groenestroomcertificaat certificeert de hoeveelheid E-HEB die door een Italiaanse producent is geproduceerd en het is logisch dat de baten van dat certificaat aan die producent toevallen.

⁹² Verwijzingsbeslissing, punt 8.

⁹³ Arrest PreussenElektra, punt 62.

150. Een dergelijke benadering is evenwel mogelijkwijs niet exhaustief, aangezien daarin eventueel voorbij wordt gegaan aan de controle van de Italiaanse Staat over andere elementen van de regeling inzake groenestroomcertificaten en de praktische uitvoering daarvan. Concreet is het mogelijk dat de Staat controle uitoefent over de financiële middelen die bestemd zijn voor de groenestroomcertificaten, los van de particuliere overdrachten tussen producenten van E-HEB en importeurs en nationale producenten van conventionele elektriciteit.

151. Zoals ik reeds heb uitgelegd, heeft de Italiaanse wetgever een mechanisme voor het behoud van de waarde van de groenestroomcertificaten ingesteld. Het staat buiten kijf dat de groenestroomcertificaten het voorwerp van *rechtstreekse* transacties tussen producenten van E-HEB en importeurs en nationale producenten van conventionele elektriciteit kunnen zijn, maar in het kader van de Italiaanse regeling is ook een digitaal platform voor de uitwisseling van groenestroomcertificaten ingesteld, dat wordt beheerd door de vennootschap GME, een dochteronderneming van GSE.

152. Noch in de verwijzingsbeslissing, noch tijdens de mondelinge behandeling zijn er bewijsmiddelen aangedragen die aantonen dat GME haar middelen op een zodanige wijze gebruikt dat er sprake is van overdrachten van staatsmiddelen ten gunste van nationale producenten van E-HEB. In principe lijkt het erop dat het beheer van het platform door GME zich beperkt tot bemiddeling tussen kopers en verkopers van groenestroomcertificaten. Het staat echter aan de verwijzende rechter om deze omstandigheid te verifiëren.

153. Een ander aspect van de Italiaanse regeling inzake groenestroomcertificaten, namelijk de interventie van GSE op de markt om ongebruikte certificaten terug te kopen teneinde de prijs daarvan op peil te houden, zou echter de beschikbaarstelling van publieke middelen (ten gunste van de producenten van E-HEB) kunnen impliceren.

154. De middelen waarover GSE beschikt om ongebruikte certificaten terug te kopen zijn afkomstig uit ontvangsten uit hoofde van tariefcomponent A3, die door Italiaanse consumenten wordt betaald via hun elektriciteitsrekening. Het bedrag van tariefcomponent A3 wordt vastgesteld door de Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (regulerende instantie voor energie, netwerken en milieu; hierna: „ARERA”).⁹⁴

155. Tariefcomponent A3 maakt deel uit van de zogeheten algemene kosten van het elektriciteitssysteem⁹⁵, waarvan de bedragen zijn vastgesteld in artikel 39, lid 3, van decreto-legge n. 83/2012 (voorlopig wetsdecreet nr. 83/2012). De entiteiten die gebruikmaken van de diensten van het elektriciteitsnet hebben de juridische verplichting om die bedragen over te dragen aan het compensatiefonds voor de elektriciteitssector⁹⁶ en door te berekenen aan de eindverbruikers (die deze bedragen, nogmaals, betalen via hun facturen).

⁹⁴ Axpo beroept zich in dit verband op het activiteitenverslag van GSE van 2016, waarin wordt vermeld dat „GSE, samen met de [Cassa per i Servizi Energetici e Ambientali (CSEA) (fonds voor energie- en milieudiensten)], [...] op jaarlijkse basis de economische behoeften in verband met component A3 [evalueert]. Afhankelijk van de behoeften bepaalt de [Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas e il Sistema Idrico (AEEGSI) (regelgevende instantie voor stroom, gas en water, later omgevormd tot de ARERA)] de ontvangsten die nodig zijn om de rekening voor nieuwe productiefaciliteiten op basis van hernieuwbare en daarmee gelijkgestelde bronnen aan te vullen en draagt zij bij aan de driemaandelijke actualisering van de waarden van tariefcomponent A3, die door Italiaanse consumenten wordt betaald via hun elektriciteitsrekening.”

⁹⁵ Voor een meer gedetailleerde uiteenzetting over de algemene kosten van het elektriciteitssysteem in Italië verwijs ik naar het arrest van 18 januari 2017, IRCCS – Fondazione Santa Lucia (C-189/15, EU:C:2017:17, punten 31-35), en naar mijn conclusie in die zaak (C-189/15, EU:C:2016:287).

⁹⁶ Cassa per i Servizi Elettrici e Ambientali, tot 2015 Cassa Conguaglio per il Settore Elettrico (vereffeningsfonds voor de elektriciteitssector) genaamd.

156. De bedragen die nodig zijn om de algemene kosten van het elektriciteitssysteem te dekken zijn bestemd voor de financiering van doelstellingen van algemeen belang volgens verdelingscriteria die door de overheid zijn vastgesteld. Een van die doelstellingen is het bevorderen van hernieuwbare energie en energie-efficiëntie, waarvoor tariefcomponent A3 is bestemd.⁹⁷

157. De bedragen die worden geïnd om de algemene kosten van het elektriciteitssysteem te financieren worden niet overgedragen aan de staatsbegroting, maar gestort op beheerrekeningen van een economische openbare entiteit (het compensatiefonds voor de elektriciteitssector). Die entiteit herverdeelt die bedragen ten gunste van bepaalde categorieën marktdeelnemers voor specifieke gebruikstoepassingen. De uitzondering op deze regel is tariefcomponent A3, waarvoor 98 % van de ontvangsten wordt geplaatst op rekeningen van GSE.⁹⁸

158. Tariefcomponent A3 is derhalve een geldelijke heffing die volgens de Italiaanse regeling wordt opgelegd om de doelstelling van algemeen belang van het bevorderen van de productie van E-HEB te financieren. Tot de handelingen waarin die regeling voorziet om deze doelstelling te verwezenlijken behoort de terugkoop van groenestroomcertificaten door GSE.

159. Hoewel de ontvangsten uit tariefcomponent A3 niet naar de staatsbegroting vloeien, zouden zij kunnen worden aangemerkt als staatsmiddelen die onder indirecte controle van de Italiaanse autoriteiten staan, aangezien GSE, als vennootschap die volledig in handen is van het Ministero dell'Economia e delle Finanze (ministerie van Economie en Financiën, Italië), van dat ministerie en van het Ministero dello Sviluppo Economico aanwijzingen ontvangt die zij moet opvolgen.⁹⁹

160. Al met al zouden de middelen van tariefcomponent A3 die door GSE worden bestemd voor de terugkoop van groenestroomcertificaten kunnen worden aangemerkt als staatsmiddelen voor zover zij a) afkomstig zijn uit een door de Italiaanse wetgeving opgelegde geldelijke heffing, b) worden betaald door de eindverbruikers van elektriciteit, en c) worden beheerd door een publiekrechtelijke vennootschap (GSE) waarover de Italiaanse Staat de zeggenschap uitoefent en die die middelen toewijst aan de Italiaanse producenten van E-HEB door groenestroomcertificaten terug te kopen op het door GME beheerde handelsplatform wanneer de prijs ervan daalt.¹⁰⁰

⁹⁷ Andere doelstellingen van algemeen belang die door tariefcomponent A3 worden bestreken zijn nucleaire veiligheid en territoriale compensaties, bijzondere tarieven voor de nationale spoorwegonderneming, compensaties voor kleine elektriciteitsbedrijven, ondersteuning van toegepast onderzoek in de elektriciteitssector en financiering van de „elektriciteitsbonus” en van de voordelen voor energie-intensieve bedrijven.

⁹⁸ Voor een gedetailleerde uitleg van dit mechanisme, zie besluit van de Commissie van 23 mei 2017, SA.38635 (2014/NN) – Italy – Reductions of the renewable and cogeneration surcharge for electro-intensive users in Italy [C(2017) 3406 final], punten 6-13.

⁹⁹ Dit is het oordeel van de Commissie in haar besluit van 25 maart 2017, SA.38635 (2014/NN) – Italy – Reductions of the renewable and cogeneration surcharge for electro-intensive users in Italy, punt 91.

¹⁰⁰ Tijdens de mondelinge behandeling heeft Axpo verklaard dat GSE in de praktijk de meerderheid van de groenestroomcertificaten koopt op het door GME beheerde digitale handelsplatform.

161. Tariefcomponent A3 genereert bijgevolg ontvangsten die zouden kunnen worden gekwalificeerd als staatsmiddelen die op indirecte wijze naar de Italiaanse producenten van E-HEB worden doorgesluisd middels de terugkoop van groenestroomcertificaten door GSE, een entiteit met de rechtsvorm van een vennootschap die eigendom van de staat is.¹⁰¹ Daarmee zou er sprake zijn van een overdracht van staatsmiddelen die staatssteun oplevert.¹⁰²

162. In ieder geval staat het aan de verwijzende rechter, die over alle relevante informatie beschikt, om a) het optreden van GSE in de vorm van het terugkopen van groenestroomcertificaten met ontvangsten uit de tariefcomponent te analyseren; b) vast te stellen of er door dat optreden een overdracht van staatsmiddelen ten gunste van de Italiaanse producenten van E-HEB plaatsvindt, en c) na te gaan in welke mate er, in de praktijk, sprake is van staatscontrole over de middelen die GSE bestemt voor de terugkoop van groenestroomcertificaten.

3. *Selectiviteit van het voordeel*

163. Door de ontvangst van groenestroomcertificaten verkrijgen de in Italië gevestigde producenten van E-HEB een *voordeel* in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, aangezien die certificaten kosteloos aan hen worden toegekend en zij die later kunnen verkopen, rechtstreeks of via het door GME beheerde digitale handelsplatform, tegen een prijs die door GSE op een redelijk niveau wordt gehouden.¹⁰³

164. Dat voordeel wordt uitsluitend verleend aan de producenten van E-HEB, die daardoor worden bevoordeeld ten opzichte van de importeurs van (uit E-HEB opgewekte of conventionele) elektriciteit en van de nationale producenten van conventionele elektriciteit. A prima facie gaat het daarom om een *selectief voordeel*.¹⁰⁴

165. Volgens het Hof moet bij de beoordeling van de voorwaarde van *selectiviteit* van een voordeel worden uitgemaakt of de betrokken nationale maatregel binnen het kader van een concrete regeling „bepaalde ondernemingen of bepaalde producties” kan begunstigen ten opzichte van andere die zich, gelet op de doelstelling van die regeling, in een feitelijk en juridisch vergelijkbare situatie bevinden en dus een verschillende behandeling ontvangen die in wezen als discriminerend kan worden aangemerkt.¹⁰⁵

¹⁰¹ Met betrekking tot een andere en latere steunregeling dan die van de groenestroomcertificaten heeft de Commissie geoordeeld dat een soortgelijk optreden als dat van GSE een overdracht van staatsmiddelen inhoudt [besluit van 14 juni 2019, SA.53347 (2019/N) – Italy – Support to electricity from renewable sources 2019-2021].

¹⁰² Arrest van 19 december 2013, Association Vent De Colère! e.a. (C-262/12, EU:C:2013:851, punt 25); beschikking van 22 oktober 2014, Elcogás (C-275/13, niet gepubliceerd, EU:C:2014:2314, punt 30), en arrest van 15 mei 2019, Achema e.a. (C-706/17, EU:C:2019/407, punt 68).

¹⁰³ Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren staatssteun ten behoeve van milieubescherming en energie 2014-2020 (PB 2014, C 200, blz. 1). In die richtsnoeren wordt erkend dat „de lidstaten [...] steun [kunnen] toekennen voor hernieuwbare energiebronnen door marktmechanismen te gebruiken, zoals groene certificaten. Dergelijke marktmechanismen[, die, bijvoorbeeld, elektriciteitsleveranciers kunnen verplichten om een bepaald percentage aan hernieuwbare energie in te kopen,] bieden alle producenten van energie uit hernieuwbare energiebronnen de mogelijkheid indirect te profiteren van een gegarandeerde vraag naar de energie die zij produceren, tegen een prijs die boven de marktprijs voor gewone energie ligt. De prijs voor deze groene certificaten wordt niet vooraf vastgesteld, maar komt op de markt tot stand via de wet van vraag en aanbod” (punt 135). Cursivering van mij.

¹⁰⁴ De afgelopen jaren is het *selectieve* karakter van staatssteun (met name als die via belastingregelingen wordt verleend) steeds meer het voorwerp van discussie geworden en heeft het debat soms een zodanige complexiteit aangenomen dat economische of juridische actoren niet a priori met zekerheid weten waar zij zich aan moeten houden.

¹⁰⁵ Arresten van 4 juni 2015, Commissie/MOL (C-15/14 P, EU:C:2015:362, punt 59); 21 december 2016, Commissie/World Duty Free Group e.a. (C-20/15 P en C-21/15 P, EU:C:2016:981, punt 54), en 15 mei 2019, Achema e.a. (C-706/17, EU:C:2019:407, punt 84).

166. In het geval van een algemene steunregeling, en dus niet van individuele steun, moet worden beoordeeld of die nationale regeling, hoewel zij een voordeel van algemene strekking toekent, dit voordeel enkel voor bepaalde ondernemingen of bepaalde sectoren schept.¹⁰⁶

167. Volgens de in de rechtspraak op dit gebied algemeen aanvaarde methode wordt de analyse van de selectiviteit van een maatregel uitgevoerd in drie stappen: a) vaststelling van het juridische referentiekader; b) vergelijking van de feitelijke en juridische situatie van de marktdeelnemers aan wie de maatregel ten goede komt, en c) eventuele rechtvaardiging van de gunstigere behandeling in de aard of de algemene opzet van de referentieregeling.¹⁰⁷

168. Wat de *vaststelling van het juridische referentiekader* betreft, hebben de partijen tijdens de mondelinge behandeling zeer uiteenlopende zienswijzen naar voren gebracht: volgens sommige partijen moet onder dat referentiekader het algemene rechtskader van de productie van elektriciteit in Italië worden verstaan, terwijl andere partijen betogen dat het referentiekader wordt gevormd door het kader voor de productie van E-HEB.

169. In mijn opvatting is het juridische referentiekader in deze zaak een van de regelingen die zijn ingesteld bij richtlijn 2009/28. Ik ben het eens met de Consiglio di Stato wanneer deze rechter verklaart dat die regeling „op zichzelf openlijk en bewust selectief [is], aangezien zij ertoe strekt om, in elke lidstaat, de productie van groene energie te bevoordelen [...]”.¹⁰⁸

170. Ik deel derhalve de beoordeling van de verwijzende rechter dat een nationale steunregeling voor E-HEB zoals die inzake de groenestroomcertificaten (waarvoor richtlijn 2009/28 ruimte laat en garanties wil bieden) geen afwijking van het *referentiekader* vormt, maar daar deel van uit maakt.¹⁰⁹

171. Indien daarentegen zou worden vastgesteld dat het juridische referentiekader het kader is dat in Italië in algemene zin de elektriciteitsmarkt reguleert (en waarop de regeling inzake groenestroomcertificaten dan een uitzondering zou vormen), dan zou de *vergelijkbaarheid* van de situaties waarin de verschillende marktdeelnemers verkeren, moeten worden onderzocht om de effecten van deze steunregeling vast te stellen.¹¹⁰

172. De Italiaanse Staat wil met de groenestroomcertificaten de productie van E-HEB bevorderen, en de unieke aard van dit type energie zorgt ervoor dat de situatie van wie in Italië elektriciteit uit hernieuwbare bronnen opwekt niet vanzelf kan worden gelijkgesteld met die van wie elektriciteit uit fossiele of conventionele bronnen produceert. De ongelijke kosten die zij moeten dragen, verhinderen dat hun situaties als *vergelijkbaar* kunnen worden gekwalificeerd.

¹⁰⁶ Arresten van 30 juni 2016, België/Commissie (C-270/15 P, EU:C:2016:489, punten 49 en 50); 21 december 2016, Commissie/World Duty Free Group e.a. (C-20/15 P en C-21/15 P, EU:C:2016:981, punt 55), en 4 juni 2015, Commissie/MOL (C-15/14 P, ECLI:EU:C:2015:362, punt 60).

¹⁰⁷ De algemene toepassing van die methode is niet gespeend van kritiek, waarbij met name wordt betoogd dat de methode ongeschikt is om bepaalde steunregelingen te kwalificeren.

¹⁰⁸ Verwijzingsbeslissing, punt 8.8.

¹⁰⁹ Verwijzingsbeslissing, punt 8.6: „Uit het feit dat de nationale steunregelingen voor de productie van groene energie [...] per definitie voorzien in een bijzondere behandeling, in technisch-juridische zin, ten gunste van de producenten van groene energie [...] zou kunnen worden afgeleid dat [...] zij, verre van een afwijking van het ‚referentiekader‘ – en als zodanig potentiële staatssteun – in te voeren, daarentegen de concrete tenuitvoerlegging van dat kader ondersteunen, bevorderen en schragen.”

¹¹⁰ Artikel 107, lid 1, VWEU maakt geen onderscheid naar de redenen of doeleinden van de maatregelen van de staten, maar kijkt naar de gevolgen van die maatregelen, onafhankelijk dus van de gebruikte technieken (arresten van 21 december 2016, Commissie/Hansestadt Lübeck, C-524/14 P, EU:C:2016:971, punt 48, en 15 november 2011, Commissie en Spanje/Government of Gibraltar en Verenigd Koninkrijk, C-106/09 P en C-107/09 P, EU:C:2011:732, punt 87).

173. Om het door de Italiaanse Staat nagestreefde doel te bereiken zou de plaats waar de E-HEB wordt geproduceerd er in beginsel niet toe moeten doen omdat, het zij herhaald, het alleen relevant zou zijn dat die elektriciteit wordt opgewekt uit hernieuwbare bronnen. Vanuit dat oogpunt zouden de situatie van de Italiaanse producenten van E-HEB en die van de importeurs van E-HEB uit andere lidstaten of derde landen met elkaar vergelijkbaar zijn. Die laatsten zouden dan worden gediscrimineerd ten opzichte van eerstgenoemden, met als gevolg dat het voordeel van de in Italië gevestigde producenten van E-HEB selectief zou zijn.

174. In dit verband mag niet worden vergeten dat richtlijn 2009/28, zoals uitgelegd door het Hof in het arrest Ålands Vindkraft, specifiek toestaat dat steunregelingen voor de productie van E-HEB op nationale basis worden opgezet.

175. Om die rugdekking effectief te laten zijn, mag het bedrag van de verkoop van de groenestroomcertificaten niet te hoog te zijn, dat wil zeggen niet hoger dan het equivalent van de hogere kosten die deze wijze van elektriciteitsopwekking met zich meebrengt voor de producenten van E-HEB. Indien de prijs van de groenestroomcertificaten op kunstmatige manier tot boven het niveau van die kosten wordt opgedreven, kan de selectiviteit van de maatregel (naast het ontbreken van een objectieve rechtvaardiging ervan) niet worden ontkend.

176. Mijns inziens is het precies de *rechtvaardiging* van de maatregel waaraan de aard en de algemene opzet van de regeling inzake groenestroomcertificaten¹¹¹ de benodigde ondersteuning bieden. Indien de steunregeling kan rekenen op rugdekking van richtlijn 2009/28, is dat om de bescherming van het milieu en van de gezondheid en het leven van personen, dieren en planten te bevorderen. Wanneer de regeling dus in overeenstemming met de bepalingen van die richtlijn is, opent zich de mogelijkheid om de steun als verenigbaar met artikel 107, lid 3, VWEU aan te merken.

177. De analyse van de verenigbaarheid van de steun met de interne markt staat evenwel niet aan de nationale rechters, doch aan de Commissie, die deze analyse – nadat de betrokken lidstaat die regeling bij haar heeft aangemeld¹¹² – per individueel geval moet verrichten volgens de richtsnoeren die zij daartoe voor zichzelf heeft opgesteld.¹¹³

E. Overeenkomst EEG-Zwitserland

178. De Overeenkomst EEG-Zwitserland is in beginsel van toepassing op de invoer van elektriciteit tussen Zwitserland en de lidstaten van de Unie.¹¹⁴ Volgens Axpo vormt de verplichting om Italiaanse groenestroomcertificaten te kopen wanneer vanuit Zwitserland E-HEB wordt ingevoerd in Italië een schending van de artikelen 6 en 13 van die overeenkomst.

¹¹¹ Arresten van 9 oktober 2014, Ministerio de Defensa en Navantia (C-522/13, EU:C:2014:2262, punten 42 en 43); 18 juli 2013, P (C-6/12, EU:C:2013:525, punt 19); 8 september 2011, Commissie/Nederland (C-279/08 P, EU:C:2011:551, punt 62), en 8 september 2011, Paint Graphos e.a. (C-78/08–C-80/08, EU:C:2011:550, punten 49 e.v.).

¹¹² De Italiaanse Republiek heeft nog andere steunregelingen aangemeld bij de Commissie; zie onder andere de steunregelingen die worden genoemd in de voetnoten 98, 99 en 101 van deze conclusie, evenals het besluit van de Commissie van 28 april 2016, SA.43756 (2015/N) – Italy – Support to electricity from renewable sources in Italy [C(2016) 2726 final].

¹¹³ Communautaire richtsnoeren inzake staatssteun voor milieubescherming van 2008 (PB 2008, C 82, blz. 1) en richtsnoeren staatssteun ten behoeve van milieubescherming en energie 2014-2020 (PB 2014, C 200, blz. 1).

¹¹⁴ In artikel 2 van de overeenkomst wordt het volgende bepaald: „De overeenkomst is van toepassing op producten van oorsprong uit de Gemeenschap en uit Zwitserland: [...] die vallen onder de hoofdstukken 25 tot en met 97 van het geharmoniseerde systeem voor de omschrijving en de codering van goederen, met uitzondering van de in bijlage I vermelde producten”. Elektriciteit is opgenomen in hoofdstuk 27 van dat geharmoniseerde systeem (code 2716).

179. Om zich op deze bepalingen van de overeenkomst te kunnen beroepen zou Axpo allereerst moeten aantonen dat de elektriciteit die zij vanuit Zwitserland in Italië invoert, is geproduceerd uit hernieuwbare bronnen. Daartoe moeten de Unie en de Zwitserse Bondsstaat een mechanisme zijn overeengekomen dat die oorsprong waarborgt en certificeert.

180. Volgens informatie van de Commissie, die ter terechtzitting is bevestigd, heeft de Unie met de Zwitserse Bondsstaat geen enkele overeenkomst over de harmonisatie van garanties van oorsprong voor E-HEB overeenkomstig het bepaalde in artikel 15 van richtlijn 2009/28 gesloten. De over dit onderwerp geïnitieerde bilaterale onderhandelingen zijn onderbroken.

181. Wel hebben de Zwitserse Bondsstaat en de Italiaanse Republiek op 6 maart 2007 een overeenkomst gesloten waarin wordt voorzien in de wederzijdse erkenning van garanties van oorsprong voor vanaf 2006 ingevoerde elektriciteit.¹¹⁵ Die bilaterale overeenkomst geldt evenwel niet voor de wederzijdse erkenning van garanties van oorsprong voor E-HEB, zoals reeds uiteengezet.¹¹⁶

182. Ook indien Axpo de hernieuwbare oorsprong van de door haar uit Zwitserland ingevoerde elektriciteit zou kunnen aantonen, meen ik dat de artikelen 6 en 13 van de Overeenkomst EEG-Zwitserland¹¹⁷ zich niet verzetten tegen het aan de importeurs van E-HEB opgelegde Italiaanse systeem inzake de aankoop van groenestroomcertificaten.

183. Wat betreft artikel 6, lid 1, van die overeenkomst (dat de instelling van heffingen van gelijke werking als invoerrechten verbiedt in het handelsverkeer tussen de Gemeenschap en Zwitserland, analoog aan de artikelen 28 en 30 VWEU), heb ik erop gewezen¹¹⁸ dat de in het geding zijnde verplichting geen fiscaal of parafiscaal karakter heeft, hetgeen eraan in de weg staat dat zij als een heffing van gelijke werking als invoerrechten wordt aangemerkt.

184. Wat betreft artikel 13, lid 1, van de overeenkomst (dat de instelling van kwantitatieve invoerbepalingen en maatregelen van gelijke werking verbiedt in het handelsverkeer tussen de Gemeenschap en Zwitserland), dat verbod is gelijk aan dat van artikel 34 VWEU. Zoals ik eveneens heb uitgelegd¹¹⁹, is de Italiaanse regeling inzake groenestroomcertificaten, hoewel een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbepaling, gerechtvaardigd door de bescherming van het milieu en de bescherming van de gezondheid en het leven van personen, dieren en planten, en vormt zij derhalve geen schending van artikel 34 VWEU. Diezelfde redenering is extrapoleerbaar naar het verbod van artikel 13 van de Overeenkomst EEG-Zwitserland.

¹¹⁵ Punten 39 en 40 van deze conclusie, onder verwijzing naar het arrest Green Network. Tijdens de mondelinge behandeling heeft de Italiaanse regering verklaard dat er mogelijk een internationaalrechtelijk conflict zou zijn ontstaan omdat toepassing van de bilaterale overeenkomst na de vaststelling van wetsdecreet nr. 28/2011 onmogelijk was geworden. Tussen 1 januari 2012 en 26 november 2014, de datum van het arrest Green Network, bood de wederzijdse erkenning van garanties van oorsprong importeurs van Zwitserse E-HEB in Italië niet de mogelijkheid zich te onttrekken aan de verplichting om Italiaanse groenestroomcertificaten te kopen.

¹¹⁶ De rechtspraak van het arrest Green Network kan worden geëxtrapoleerd naar richtlijn 2009/28, aangezien dat arrest is gewezen in verband met richtlijn 2001/77, de voorganger van richtlijn 2009/28, die in dit opzicht inhoudelijk vergelijkbaar is.

¹¹⁷ Hoewel de verwijzende rechter de vraag niet opwerpt en dit als een vaststaand gegeven beschouwt, kunnen de artikelen 6 en 13 van de overeenkomst mijns inziens rechtstreekse werking hebben en door de betrokken particulieren rechtstreeks worden ingeroepen voor de nationale rechter. Het betreft bepalingen die duidelijke, nauwkeurige en onvoorwaardelijke verboden opleggen, en ingevolge de arresten van 26 oktober 1982, Kupferberg (C-104/81, EU:C:1982:362, punten 22 en 23), en 16 juli 2015, ClientEarth/Commissie (C-612/13 P, EU:C:2015:486, punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak), maken de kenmerken van de overeenkomst de bepalingen ervan geschikt om rechtstreeks te worden ingeroepen.

¹¹⁸ Punt 68 van deze conclusie.

¹¹⁹ Punten 76-87 van deze conclusie.

V. Conclusie

185. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging om de vraag van de Consiglio di Stato te beantwoorden als volgt:

- „1) Richtlijn 2009/28/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en houdende wijziging en intrekking van richtlijn 2001/77/EG en richtlijn 2003/30/EG verzet zich niet tegen een wettelijke regeling op grond waarvan een lidstaat besluit om importeurs van in andere lidstaten of derde landen opgewekte elektriciteit uit hernieuwbare bronnen niet vrij te stellen van de verplichting om groenestroomcertificaten te kopen die exclusief zijn gekoppeld aan de nationale productie van dat soort elektriciteit.
- 2) Een steunregeling op basis van groenestroomcertificaten als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, vormt geen door de artikelen 28 en 30 VWEU verboden invoerrecht of heffing van gelijke werking, noch een met artikel 110 VWEU onverenigbare discriminerende binnenlandse belasting. Die regeling vormt evenwel een in beginsel met het verbod van artikel 34 VWEU strijdige maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbepijking, maar wordt gerechtvaardigd door het dwingende vereiste van milieubescherming en de in artikel 36 VWEU erkende reden van algemeen belang die gelegen is in de bescherming van het leven van personen, dieren en planten.
- 3) De door de Italiaanse Staat aan importeurs van elektriciteit opgelegde verplichting om groenestroomcertificaten te kopen en de kosteloze toekenning van die certificaten aan nationale producenten van elektriciteit uit hernieuwbare bronnen vormen geen overdracht van staatsmiddelen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. De op de publiekrechtelijke vennootschap Gestore servizi energetici (beheerder van het energienetwerk) rustende verplichting om ongebruikte groenestroomcertificaten terug te kopen ten laste van tariefcomponent A3 impliceert evenwel mogelijkwerijs een overdracht van staatsmiddelen, hetgeen aan de verwijzende rechter staat om na te gaan. Die eventuele overdracht kan niet worden aangemerkt als met artikel 107, lid 1, VWEU onverenigbare staatssteun, aangezien zij Italiaanse producenten van elektriciteit uit hernieuwbare bronnen geen selectief voordeel verschaft.
- 4) De verplichting om binnenlandse groenestroomcertificaten te kopen die krachtens een nationale regeling geldt voor importeurs van in een derde land, zoals Zwitserland, opgewekte elektriciteit uit hernieuwbare bronnen, is niet in strijd met artikel 6, lid 1, en artikel 13, lid 1, van de Overeenkomst tussen de Europese Economische Gemeenschap en de Zwitserse Bondsstaat van 1972.”