



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
YVES BOT
föredraget den 8 maj 2013¹

Förenade målen C-204/12 till C-208/12

Essent Belgium NV
mot
Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt

(begäran om förhandsavgörande från Rechtbank van eerste aanleg te Brussel (Belgien))

”Fri rörlighet för varor — Åtgärder med verkan motsvarande en kvantitativ restriktion — Direktiv 2001/77/EG — Nationella system för stöd till förnybar energi — Skyldighet för elleverantörer att köpa gröna certifikat — Förbud mot att beakta ursprungsgarantier från andra medlemsstater i unionen eller Europeiska ekonomiska samarbetsområdet”

1. Är det förenligt med bestämmelserna om fri rörlighet för varor och förbudet mot diskriminering att inrätta ett system för stöd till el producerad från förnybara energikällor, vilket innebär att gröna certifikat beviljas producenter av grön el som är etablerade i en viss region och att eldistributörer åläggs att varje år inge ett antal gröna certifikat motsvarande en kvot, men förbjuds att använda ursprungsgarantier som utfärdats i andra medlemsstater i Europeiska unionen eller Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EEG)?
2. Detta är i huvudsak den fråga som ställts i begärandena om förhandsavgörande i de förevarande förenade målen, vilka även avser tolkningen av bestämmelserna i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/77/EG av den 27 september 2001 om främjande av el producerad från förnybara energikällor på den inre marknaden för el² och Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/54/EG av den 26 juni 2003 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om upphävande av direktiv 96/92/EG.³
3. Vid en första anblick kan det tyckas som om domstolen i förevarande mål, som rör det potentiellt konfliktfyllda gränsområdet mellan två områden som är av stor betydelse för den europeiska integrationen, nämligen den fria rörligheten för varor och miljöskyddet, har ålagts den mycket svåra och riskabla uppgiften att försöka förena och hitta en balans mellan målen på dessa två områden som båda är av grundläggande värde.
4. Enligt min åsikt är det emellertid inte nödvändigt att domstolen gör detta, eftersom de nationella bestämmelserna i fråga, vilka förbjuder att ursprungsgarantier från andra länder beaktas, inte har, och inte kan ha, som mål att skydda miljön.

1 — Originalspråk: franska.

2 — EGT L 283, s. 33.

3 — EUT L 176, s. 37.

5. Jag anser vidare att artikel 5 i direktiv 2001/77 bör tolkas så, att den inte utgör hinder för de nationella bestämmelser om stöd till förnybar energi som avses i målet vid den nationella domstolen, enligt vilka gröna certifikat tilldelas producenter av grön el i en viss region och eldistributörer åläggs att varje år inge ett antal gröna certifikat motsvarande en kvot, samtidigt som det utsluts att ursprungsgarantier som utfärdats i andra medlemsstater i unionen eller EES beaktas, men att artikel 28 EG och artikel 11 i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet av den 2 maj 1992⁴ däremot utgör hinder för dessa bestämmelser, vilka på ett diskriminerande sätt hindrar handeln mellan medlemsstaterna utan att motiveras av tvingande krav som avser miljöskyddet.

I – Tillämpliga bestämmelser

A – Unionsrättsliga bestämmelser

1. Direktiv 2001/77

6. Direktiv 2001/77 antogs, enligt vad som anges i skäl 1 i ingressen, i syfte att bidra till miljöskyddet och en hållbar utveckling, skapa lokal sysselsättning, stärka den sociala sammanhållningen, bidra till försörjningstryggheten och göra det möjligt att snabbare uppfylla målen i Kyotoprotokollet till Förenta nationernas ramkonvention om klimatförändringar, vilket antogs den 11 december 1997⁵ och godkändes på Europeiska gemenskapens vägnar genom beslut 2002/358/EG⁶. I direktivet fastställdes nationella vägledande mål för produktionen av el från förnybara energikällor i syfte att denna år 2010 skulle utgöra 22 procent av den totala produktionen.

7. Skälen 10, 11, 14, 15 och 16 i direktiv 2001/77 har följande lydelse:

”(10) Medlemsstaterna åläggs inte genom detta direktiv att erkänna köp av en ursprungsgaranti från andra medlemsstater eller motsvarande köp av el som ett bidrag till uppfyllandet av de ålagda nationella kvoterna. Emellertid behövs en ursprungsgaranti för el producerad från förnybara energikällor för att underlätta handeln med sådan el och öka tydligheten beträffande användarnas möjlighet att välja mellan el producerad från icke-förnybara källor och el producerad från förnybara energikällor. System för ursprungsgaranti ger inte i sig rätt att komma i åtnjutande av nationella stödmekanismer i olika medlemsstater. Det är viktigt att alla former av el som produceras från förnybara energikällor omfattas av sådana ursprungsgarantier.

(11) Det är viktigt att skilja mellan ursprungsgarantier och överlåtbara gröna certifikat.

...

(14) Medlemsstaterna har olika stödmekanismer på nationell nivå för förnybara energikällor, bland annat gröna certifikat, investeringsstöd, skattebefrielser eller skattelättnader, skatteåterbetalningar och system med direkt prisstöd. Ett viktigt medel att uppnå detta direktivs mål är att garantera att dessa mekanismer fungerar väl till dess att ett rättsligt ramverk på gemenskapsnivå blir operativt, för att bibehålla investerarnas förtroende.

4 — EGT L 1, 1994, s. 3, nedan kallat EES-avtalet.

5 — Beslut 1/CP.3, ”Antagande av Kyotoprotokollet till Förenta nationernas ramkonvention om klimatförändringar” (nedan kallat Kyotoprotokollet).

6 — Rådets beslut av den 25 april 2002 om godkännande, på Europeiska gemenskapens vägnar, av Kyotoprotokollet till Förenta nationernas ramkonvention om klimatförändringar, och gemensamt fullgörande av åtaganden inom ramen för detta (EGT L 130, s. 1).

(15) Det är för tidigt att besluta om ett gemenskapsomfattande ramverk för stödsystem, med hänsyn till de begränsade erfarenheterna av nationella system och den nuvarande relativt låga andelen el producerad från förnybara energikällor med prisstöd inom gemenskapen.

(16) Det är emellertid nödvändigt att efter en tillräckligt lång övergångsperiod anpassa stödsystemen till den framväxande inre marknaden för el. ...”

8. I artikel 1 i direktiv 2001/77 anges att syftet med direktivet är ”att främja en ökning av de förnybara energikällornas bidrag till elproduktionen på den inre marknaden för el och att skapa en grund för ett framtida rättsligt ramverk på gemenskapsnivå för detta”.

9. Artikel 3.1 i direktivet har följande lydelse:

”Medlemsstaterna skall vidta lämpliga åtgärder för att främja en ökad användning av el producerad från förnybara energikällor i enlighet med de nationella vägledande mål som avses i punkt 2. Dessa åtgärder skall stå i proportion till det uppställda målet.”

10. I artikel 4 i direktivet, som har rubriken Stödsystem, föreskrivs följande:

”1. Utan att det påverkar tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i fördraget skall kommissionen utvärdera tillämpningen av de system som används i medlemsstaterna, enligt vilka en elproducent får direkt eller indirekt stöd enligt offentliga myndigheters bestämmelser, och som skulle kunna ha en begränsande effekt på handeln, på grundval av att systemen bidrar till målen i artiklarna 6 och 174 i fördraget.

2. Kommissionen skall, senast den 27 oktober 2005, lägga fram en ... rapport ... [som] vid behov [skall] åtföljas av ett förslag till ett ramverk på gemenskapsnivå avseende stödsystem för el producerad från förnybara energikällor. Varje förslag till ramverk skall

...

b) vara förenligt med principerna för den inre marknaden för el, ...”.

11. I artikel 5 i direktiv 2001/77, som har rubriken ”Ursprungsgaranti för el producerad från förnybara energikällor”, föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna skall senast den 27 oktober 2003 se till att el producerad från förnybara energikällor kan garanteras vara producerad från sådana energikällor i den mening som avses i detta direktiv i enlighet med objektiva, klara och tydliga samt icke-diskriminerande kriterier som har fastställts av respektive medlemsstat. De skall se till att det på begäran utfärdas en ursprungsgaranti med detta innehåll.

...

3. Ursprungsgarantierna skall

- innehålla uppgifter om från vilken energikälla som elen producerats, var och när den producerats och, när det gäller vattenkraftverk, installerad effekt, och,
- göra det möjligt för producenter av el från förnybara energikällor att visa att den el de säljer är producerad från förnybara energikällor i den mening som avses i detta direktiv.

4. Sådana ursprungsgarantier som utfärdas i enlighet med punkt 2 bör erkännas ömsesidigt av medlemsstaterna utslutande såsom bevis på de faktorer som nämns i punkt 3. Vägran att erkänna en ursprungsgaranti som bevis, t.ex. av skäl som hänför sig till bedrägeribekämpning, måste grundas på objektiva, klara och tydliga samt icke-diskriminerande kriterier. ...”

12. Direktiv 2001/77 har integrerats i EES-avtalet genom gemensamma EES-kommitténs beslut nr 102/2005 av den 8 juli 2005, som trädde i kraft den 1 september 2006 och genom vilket bilaga IV (Energi) till avtalet ändrats.⁷

13. Artiklarna 2, 3.2 och 4–8 i direktiv 2001/77 upphävdes med verkan från och med den 1 april 2010 genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/28/EG av den 23 april 2009 om främjande av användningen av energi från förnybara energikällor och om ändring och ett senare upphävande av direktiven 2001/77/EG och 2003/30/EG.⁸ Direktiv 2001/77 upphävdes i sin helhet genom ovannämnda direktiv med verkan från och med den 1 januari 2012.

2. Direktiv 2003/54

14. Direktiv 2003/54 ingår i ”det andra energipaketet”, som unionslagstiftaren har antagit i syfte att stegvis liberalisera den inre marknaden för el och gas.

15. Skäl 26 i direktiv 2003/54 har följande lydelse:

”Respekt för kraven på allmännyttiga tjänster är ett grundläggande krav i detta direktiv, och det är viktigt att det i direktivet anges gemensamma minimikrav som uppfylls av samtliga medlemsstater och som beaktar målen om konsumentskydd, försörjningstrygghet, miljöskydd samt likvärdiga konkurrensnivåer i samtliga medlemsstater. Det är viktigt att kraven på allmännyttiga tjänster kan tolkas på nationell grund, med beaktande av nationella omständigheter om inte annat följer av gemenskapslagstiftningen.”

16. Artikel 3.1 och 3.2 i direktiv 2003/54 har följande lydelse:

”1. Medlemsstaterna skall, utan att det påverkar tillämpningen av punkt 2, på grundval av sin institutionella organisation och med vederbörlig hänsyn till subsidiaritetsprincipen, se till att elföretag drivs i enlighet med principerna i detta direktiv för att uppnå en konkurrensutsatt, säker och miljömässigt hållbar elmarknad, och de får inte göra någon diskriminerande åtskillnad mellan dessa företag när det gäller rättigheter eller skyldigheter.

2. Medlemsstaterna får med beaktande fullt ut av tillämpliga bestämmelser i fördraget, särskilt artikel 86 i detta, för att tillgodose det allmänna ekonomiska intresset ålägga företag som bedriver verksamhet inom elsektorn att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, vilka kan avse tillförlitlighet, inbegripet försörjningstrygghet, regelbundenhet i leveranserna, kvalitet och pris samt miljöskydd, inbegripet klimatskydd och energieffektivitet. Dessa åligganden skall vara klart definierade, öppna, icke diskriminerande och kontrollerbara samt garantera att elföretag i EU kan nå ut till nationella konsumenter på lika villkor. ...”

17. Direktiv 2003/54 har integrerats i EES-avtalet genom gemensamma EES-kommitténs beslut nr 146/2005 av den 2 december 2005, vilket trädde i kraft den 1 juni 2007 och genom vilket bilaga IV (Energi) till avtalet ändrats.⁹

7 — EUT L 306, s. 34.

8 — — EUT L 140, s. 16.

9 — EUT L 53, 2006, s. 43.

B – *Regionala flamländska bestämmelser*

1. Dekretet av den 17 juli 2000 om organisationen av elmarknaden

18. Dekretet av den 17 juli 2000 om organisationen av elmarknaden (Vlaams decreet houdende de organisatie van de elektriciteitsmarkt)¹⁰ antogs bland annat i syfte att säkerställa genomförandet av direktiven 2001/77 och 2003/54. Dekretet upphävdes genom ett dekret av den 8 maj 2009.

19. I artikel 2.17 i el-dekretet definierades grönt certifikat som ”en överlåtbar immateriell tillgång som visar att en producent under ett visst år har producerat en viss kvantitet grön el, uttryckt i kWh”.

20. I artikel 22 i dekretet föreskrevs att ”[f]ör grön el som producenten visar att den har producerats i regionen Flandern ... ska tillsynsmyndigheten på producentens begäran utfärda ett grönt certifikat för varje 1 000 kWh”.

21. I artikel 23, 1 § i dekretet föreskrevs att ”[v]arje aktör som levererar el till slutförbrukare som är anslutna till distributions- eller överföringsnätet är skyldig att före den 31 mars varje år till tillsynsmyndigheten ge in det antal gröna certifikat som fastställs med tillämpning av 2 §”.

22. Enligt artikel 23 bis var försäljning av el till slutförbrukare i regionen Flandern tillåten ”i den mån leverantören inger motsvarande antal gröna certifikat till [Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Electriciteits- en Gasmarkt¹¹]”.

23. I artikel 24 i el-dekretet föreskrevs att Vlaamse regering¹² ”ska fastställa närmare bestämmelser och förfaranden för beviljandet av gröna certifikat och ska bestämma vilka certifikat som ska beaktas vid fullgörandet av den skyldighet som anges i artikel 23”.

24. I artikel 25 i samma dekret föreskrivs att ”[u]tan hinder av vad som föreskrivs i artikel 23 ska den flamländska regeringen ha befogenhet att godta certifikat för grön el som inte producerats i regionen Flandern efter samråd med tillsynsmyndigheten och med beaktande av om det finns likadana eller likvärdiga garantier avseende utfärdandet av sådana certifikat”.

25. I artikel 37, 2 § i dekretet fastställdes att ”[från och med den 31 mars 2005] ska en administrativ sanktionsavgift tas ut för överträdelse av artikel 23, 1 § uppgående till ... 125 euro för varje certifikat som saknas.”

2. Den flamländska regeringens förordning av den 5 mars 2004

26. Genom denna förordning säkerställs genomförandet av artikel 24 i el-dekretet.

27. I sin ursprungliga lydelse innehöll förordningen av den 5 mars 2004 en artikel 15, 1 §, där det föreskrevs att ”[n]är det gäller skyldigheten att inkomma med [gröna] certifikat godtar tillsynsmyndigheten endast de gröna certifikat som beviljas för el producerad i regionen Flandern ... med användning av: [förteckning över berörda förnybara energikällor]”.

10 — Nedan kallat el-dekretet.

11 — Nedan kallad tillsynsmyndigheten.

12 — Nedan kallad den flamländska regeringen.

28. Till följd av ett beslut av Raad van State om uppskov med genomförandet av artikel 15 i den flamländska regeringens förordning av den 5 mars 2004, ändrades denna artikel genom en förordning av den 25 februari 2005, vilken är tillämplig i mål C-204/12, så att orden ”i regionen Flandern [...]” i punkt 1 utgick.

29. I sin lydelse till följd av ändringsförordningen av den 8 juli 2005, som är tillämplig i målen C-205/12 till C-208/12, innehöll den flamländska regeringens förordning av den 5 mars 2004 även nedanstående bestämmelser.

30. I artikel 1, 2 § punkt 14 definierades ”ursprungsgaranti” som en ”handling till styrkande av att en viss kvantitet el som levererats till slutanvändaren härrör från förnybara energikällor”.

31. Artikel 13.2 och 13.3 i förordningen av den 5 mars 2004, vilken återfanns i avsnitt III, som hade rubriken ”Registrering av gröna certifikat”, hade följande lydelse:

”2 §: åtminstone följande uppgifter ska registreras för varje grönt certifikat:

...

punkt 6: huruvida det gröna certifikatet är godtagbart eller inte för fullgörandet av skyldigheten att inkomma med certifikat i enlighet med artikel 15;

...

3 §: Den uppgift som ska anges enligt 2 § punkt 6 är följande:

1° ’Godtagbart’, för det fallet att det gröna certifikatet uppfyller villkoren i artikel 15, 1 § ...

2° ’Icke godtagbart’, för det fallet att det gröna certifikatet inte uppfyller villkoren i artikel 15, 1 § ...”

32. I artikel 15, 3 § föreskrevs att ”[e]tt grönt certifikat som används som ursprungsgaranti i enlighet med bestämmelserna i delavsnitt III får också användas för att fullgöra skyldigheten att inge certifikat, förutsatt att det angetts vara ’godtagbart’ enligt artikel 13, 2 § punkt 6 ...”.

33. Artiklarna 15 bis och 15 quater i delavsnitt III i förordningen av den 5 mars 2004, i dess lydelse enligt förordningen av den 8 juli 2005, under rubriken ”Användning av gröna certifikat som ursprungsgarantier”, har följande lydelse:

”Artikel 15 bis

1 §: Gröna certifikat används som ursprungsgarantier för el från förnybara energikällor vid försäljning av el till slutförbrukare

...

Artikel 15 quater

1 §: En ursprungsgaranti från en annan region eller ett annat land kan föras in i regionen Flandern för att där användas som ursprungsgaranti, förutsatt att innehavaren visar för tillsynsmyndigheten att följande villkor är uppfyllda:

...

2 §: När ursprungsgarantin förs in från en annan region eller ett annat land ska de uppgifter som den innehåller föras in i den centrala databanken som ett grönt certifikat med angivande av följande uppgift:

1° 'Icke godtagbart' enligt artikel 13, 2 § punkt 6

...

Ett grönt certifikat från en annan region eller ett annat land kan registreras som 'godtagbart', om den flamländska regeringen med tillämpning av artikel 25 i el-dekretet beslutar att godta certifikaten i fråga. Denna registrering sker efter det att den behöriga myndigheten i den andra regionen eller det andra landet har översänt nödvändiga uppgifter om ursprungsgarantin till tillsynsmyndigheten och ursprungsgarantin har gjorts definitivt oanvändbar i det andra landet eller den andra regionen.

...”

II – Bakgrund till tvisten och tolkningsfrågorna

34. Essent Belgium NV¹³, som är elleverantör, var mellan 2003 och 2009 skyldigt att, enligt artikel 23, 1 § i el-dekretet, före den 31 mars varje år inge ett visst antal gröna certifikat till den flamländska tillsynsmyndigheten för el- och gasmarknaden

35. För att fullgöra sina skyldigheter för åren 2005–2009 ingav Essent till tillsynsmyndigheten, förutom gröna certifikat från elproducenter etablerade i regionen Flandern samt Vallonien och Bryssel, även ursprungsgarantier från producenter etablerade i Nederländerna och Norge för år 2005, från producenter etablerade i Danmark och Norge för år 2006 samt från producenter etablerade i Norge för åren 2007–2009.¹⁴

36. Tillsynsmyndigheten ansåg att eftersom den flamländska regeringen inte hade antagit några bestämmelser för genomförande av artikel 25 i el-dekretet, kunde endast gröna certifikat för el producerad i regionen Flandern godtas, och påförde, i enlighet med artikel 37, 2 § i dekretet, Essent en administrativ sanktionsavgift på 542 125 euro för 2005, 234 750 euro för 2006, 166 125 euro för 2007, 281 250 euro för 2008 och 302 375 euro för 2009.

37. Essent väckte talan mot dessa beslut vid Rechtbank van eerste aanleg te Brussel (Belgien), vilken beslutade att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Är nationella bestämmelser, såsom [bestämmelserna i el-dekretet] (som genomförts genom [förordningen] av den 5 mars 2004, ändrad genom [förordningen] av den 25 februari 2005 ... [och förordningen av den 8 juli 2005]), inom ramen för vilka

- elhandlare som levererar el till slutförbrukare som är anslutna till distributionssystemet eller överföringssystemet åläggs en skyldighet att varje år ge in ett visst antal gröna certifikat till tillsynsmyndigheten (artikel 23 i [el-dekretet]),
- den flamländska tillsynsmyndigheten för el- och gasmarknaden ålägger elhandlare som levererar el till slutförbrukare som är anslutna till distributionssystemet eller överföringssystemet en administrativ sanktionsavgift om elhandlaren inte har gett in tillräckligt många certifikat för att fullgöra kvotplikten för gröna certifikat (artikel 37, 2 § i [el-dekretet]),

13 — Nedan kallat Essent.

14 — Enligt tillsynsmyndigheten ingavs för 2007 även ursprungsgarantier från producenter etablerade i Sverige.

- det uttryckligen har fastställts att ursprungsgarantier från andra länder under vissa villkor kan godtas vid fullgörandet av kvotplikten (artikel 15^{quater}, 2 § i [den flamländska regeringens förordning av den 5 mars 2004, i dess lydelse enligt förordningen av den 8 juli 2005]) [denna strecksats finns inte med i tolkningsfrågorna i mål C-204/129],
- tillsynsmyndigheten inte kan eller inte vill beakta ursprungsgarantier från Norge [och Nederländerna] [precisering i tolkningsfrågan i mål C-204/12] [och Danmark] [precisering i tolkningsfrågan i mål C-205/12] [och Danmark/Sverige] [precisering i tolkningsfrågan i mål C-206/12] då några tillämpningsföreskrifter inte utfärdats av den flamländska regeringen – vilken har erkänt att utfärdandet av dessa certifikat sker på ett likadant eller likvärdigt sätt (artikel 25 i [el-dekretet] och [i] när det gäller mål C-204/12,) artikel 15, 1 § i förordningen av den 5 mars 2004[, i dess lydelse enligt förordningen av den 25 februari 2005,] [ii] när det gäller målen C-205/12–C-208/12, artikel 15^{quater}, 2 § i förordningen av den 5 mars 2004, i dess lydelse enligt förordningen av den 8 juli 2005]) – och underlåter att i det konkreta fallet undersöka om likhet eller likvärdighet föreligger,
- det under hela den period då [el-dekretet] var i kraft i själva verket endast var certifikat för grön el som producerats inom regionen Flandern som beaktades vid bedömningen av om kvotplikten hade fullgjorts, och att elhandlare som levererar el till slutförbrukare som är anslutna till distributionssystemet eller överföringssystemet helt saknade möjlighet att visa att de ursprungsgarantier [från andra av Europeiska unionens medlemsstater] [denna precisering finns inte med i tolkningsfrågorna i mål C-204/12] som getts in uppfyllde kravet på att det ska föreligga likadana eller likvärdiga garantier vad gäller beviljandet av sådana certifikat,

förenliga med [artikel 28 EG] och artikel 11 i EES-avtalet och/eller [artikel 30 EG] och artikel 13 i EES-avtalet [i målen C-207/12 och C-208/12 hänvisas endast till artiklarna 11 och 13 i EES-avtalet]?

- 2) Är sådana nationella bestämmelser som avses [i den första frågan] förenliga med artikel 5 i [direktiv 2001/77] [i målen C-207/12 och C-208/12 ställs denna andra fråga endast 'i den mån det är av relevans för EES']?
- 3) Är sådana nationella bestämmelser som avses [i den första frågan] förenliga med likabehandlingsprincipen och förbudet mot diskriminering, som finns upptagna i bland annat artikel 18 [FEUF] [målen C-204/12–C-206/12,] [artikel 4 i EES-avtalet, målen C-207/12 och C-208/12] och artikel 3 i [direktiv 2003/54] [i målen C-207/12 och C-208/12, avser frågan artikel 3 endast 'i den mån det är av relevans för EES']?"

III – Bedömning

A – Inledande synpunkter

1. Huruvida begärandena om förhandsavgörande kan tas upp till prövning

38. Tillsynsmyndigheten, Vlaamse Gewest (regionen Flandern) och Vlaamse Gemeenschap (flamländska gemenskapen)¹⁵ har hävdats att de begäranden om förhandsavgörande som har lämnats till domstolen inte kan tas upp till prövning, med motiveringen dels att domstolen inte är behörig att tolka nationell rätt eller uttala sig om huruvida den är förenlig med unionsrätten, dels att begärandena inte är relevanta för avgörandet av tvisten i målet vid den nationella domstolen i den mån de grundar sig på en felaktig tolkning av nationell rätt, eftersom den hänskjutande domstolen felaktigt har likställt ursprungsgarantier med gröna certifikat, trots att artikel 25 i el-dekretet inte avser ursprungsgarantier.

39. Dessa båda argument är inte övertygande med hänsyn till de bestämmelser som reglerar behörighetsfördelningen mellan domstolen och de nationella domstolarna inom ramen för den samarbetsmekanism som fastställs i artikel 267 FEUF.

40. Enligt fast rättspraxis ankommer det uteslutande på den nationella domstol vid vilka tvisten anhängiggjorts och som har ansvaret för det rättsliga avgörandet att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i varje enskilt mål bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen. Domstolen är följaktligen i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som har ställts avser tolkningen av unionsrätten. Presumtionen att de frågor angående vilka nationella domstolar begär förhandsavgörande är relevanta bryts endast i undantagsfall, särskilt i de fall där det är uppenbart att den begärda tolkningen av de unionsrättsliga bestämmelserna inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen.¹⁶

41. Domstolen har vidare slagit fast att den omständigheten att domstolen, enligt ordalydelsen av de tolkningsfrågor som ställts, uppmanas att uttala sig om huruvida en nationell bestämmelse är förenlig med unionsrätten inte hindrar domstolen från att lämna ett användbart svar till den hänskjutande domstolen, genom att lämna sådana uppgifter om tolkningen av unionsrätten som gör det möjligt för den nationella domstolen att själv avgöra om den nationella rätten är förenlig med unionsrätten.¹⁷

42. Det bör slutligen påpekas att det inte ankommer på domstolen att tolka den nationella rätten.¹⁸ Däremot åligger det domstolen att inom ramen för behörighetsfördelningen mellan unionsdomstolarna och nationella domstolar beakta det rättsliga sammanhang i vilket tolkningsfrågan har ställts, såsom detta framställts i begäran om förhandsavgörande.

43. I förevarande fall har den hänskjutande domstolen inte anmodat domstolen att tolka den nationella rätten, utan är osäker på huruvida det regionala systemet för stöd till elproduktion från förnybara energikällor är förenligt med olika såväl primärrättsliga som sekundärrättsliga bestämmelser i unionsrätten, eftersom detta system hindrar att ursprungsgarantier från andra länder beaktas. I begäran om förhandsavgörande anges tydligt vilka bestämmelser i unionsrätten som den hänskjutande domstolen begär en tolkning av och förklaras sambandet mellan denna tolkning och de berörda interna bestämmelserna. I begäran om förhandsavgörande anges vidare exakt vilka bestämmelser i nationell rätt som är tillämpliga och vilken inverkan de ändringar av bestämmelserna som infördes 2005 har

15 — Nedan tillsammans kallade tillsynsmyndigheten m.fl.

16 — Se bland annat dom av den 21 juni 2012 i mål C-294/11, *Elsacom* (REU 2012, s. I-0000), punkt 21 och där angiven rättspraxis.

17 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 februari 2012 i mål C-25/11, *Varzim Sol* (REU 2012, s. I-0000), punkt 28 och där angiven rättspraxis.

18 — Se bland annat dom av den 28 juni 2012 i mål C-7/11, *Caronna* (REU 2012, s. I-0000), punkt 54.

haft. På grundval av den beskrivning som lämnades i begäran om förhandsavgörande av föremålet för tvisten i den nationella domstolen samt av det rättsliga och faktiska sammanhanget för tolkningsfrågorna har de berörda parterna dessutom haft möjlighet att inkomma med synpunkter i den mening som avses i artikel 23 andra stycket i stadgan för Europeiska unionens domstol.

44. Begärandena om förhandsavgörande kan följaktligen tas upp till prövning.

2. Tillämpningen av EES-avtalet och dess bilaga IV (Energi)

45. När det gäller EES-avtalet ankommer det enligt fast rättspraxis på domstolen att se till att de regler i EES-avtalet som i sak är identiska med bestämmelserna i EUF-fördraget tolkas på ett enhetligt sätt i medlemsstaterna.¹⁹

B – Svar på frågorna

46. Den hänskjutande domstolen har ställt sina frågor, vilka bör behandlas tillsammans, för att få klarhet i huruvida artikel 5 i direktiv 2001/77, eller i tillämpliga fall artiklarna 28 EG och 30 EG samt artiklarna 11 och 13 i EES-avtalet, eller eventuellt principen om icke-diskriminering, vilken fastställs bland annat i artikel 12 EG, artikel 4 i EES-avtalet och artikel 3 i direktiv 2003/54, ska tolkas så, att de utgör hinder för de nationella bestämmelser om stöd till förnybar energi som avses i målet vid den nationella domstolen, vilka utesluter att ursprungsgarantier som utfärdats i andra medlemsstater i unionen eller EES beaktas.

1. Tolkning av direktiv 2001/77

47. Två olika tolkningar av bestämmelserna i direktiv 2001/77 har anförts.

48. Tillsynsmyndigheten och kommissionen, å ena sidan, har tillbakavisat att det flamländska systemet skulle vara oförenligt med ovannämnda direktiv och har därvid hänvisat till skillnaden mellan det system för erkännande av ursprungsgarantier som inrättats genom direktivet i syfte att säkerställa fri rörlighet för (grön) el och det system med gröna certifikat som inrättats inom ramen för nationella stödsystem.

49. Enligt kommissionen följer det av skälen 10 och 11 i direktiv 2001/77 att det system med ursprungsgarantier som inrättats genom artikel 5 i samma direktiv i syfte att underlätta handeln med el och öka tydligheten så att användarna kan förvissa sig om att elen har producerats från förnybara energikällor ska skiljas från det system med gröna certifikat som inrättats inom ramen för vissa nationella stödsystem i den mening som avses i artikel 4 i samma direktiv. Syftet med gröna certifikat, som inte omfattas av några harmoniserade bestämmelser, är däremot att subventionera produktionen av grön el genom att ge elproducenterna ett tillskott till intäkterna för att täcka merkostnaden för denna produktion. Till skillnad från ursprungsgarantier utgör gröna certifikat överlåtbara värdepapper som producenterna kan köpa och sälja på en konkurrensutsatt andrahandsmarknad. Ursprungsgarantier medför ingen rätt att komma i åtnjutande av dessa nationella stödsystem och medlemsstaterna måste inte erkänna ursprungsgarantier från andra medlemsstater som ett bidrag till uppfyllandet av de nationella kvoterna.

19 — Se bland annat dom av den 19 november 2009 i mål C-540/07, kommissionen mot Italien (REG 2009, s. I-10983), punkt 65, och av den 28 oktober 2010 i mål C-72/09, *Établissements Rimbaud* (REU 2010, s. I-10659), punkt 20.

50. Med stöd av argument som också de grundar sig på skillnaden mellan ursprungsgarantier och gröna certifikat har tillsynsmyndigheten m.fl. gjort gällande att det inte är artikel 5 i direktivet som avser de förstnämnda, utan artikel 4 i samma direktiv som avser stödsystem, som ska tillämpas. Enligt tillsynsmyndigheten m.fl. har ursprungsgarantier, som är avsedda att främja handeln med grön el och öka öppenheten, ett annat syfte än gröna certifikat, som är instrument som bidrar till uppfyllandet av de ålagda nationella kvoterna för leverans av el producerad från förnybara energikällor. Efter att emellertid ha konstaterat att den hänskjutande domstolen uttryckligen har begränsat sin tolkningsfråga till en prövning av huruvida de interna bestämmelserna är förenliga med artikel 5 i direktiv 2001/77, har tillsynsmyndigheten i detta hänseende anfört att systemet med ursprungsgarantier i regionen Flandern är förenligt med villkoren i nämnda bestämmelse.

51. Essent och den nederländska regeringen, å andra sidan, har anfört motsatt ståndpunkt med motiveringen att det omtvistade systemet utesluter att ursprungsgarantier från andra medlemsstater beaktas, trots att ett sådant uteslutande enligt vad som föreskrivs i artikel 5.4 i direktiv 2001/77 tillåts endast på objektiva, klara, tydliga och icke-diskriminerande kriterier.

52. Enligt deras åsikt är de flamländska bestämmelserna därför inte förenliga med principen om ömsesidigt erkännande av ursprungsgarantier.

53. Svaret på denna fråga, som nog är ganska klart, bör i enlighet med domstolens tolkningsmetoder sökas genom att undersöka ordalydelsen, systematiken och målen för direktiv 2001/77.

54. I artikel 5.3 i direktivet föreskrivs att ursprungsgarantier ska innehålla uppgifter om från vilken energikälla som elen producerats samt var och när den producerats och att de ska göra det möjligt för elproducenter att visa att den el de säljer är producerad från förnybara energikällor. I artikel 5.4 i direktivet fastställs principen om ömsesidigt erkännande av ursprungsgarantier, men erkännandets räckvidd begränsas genom att det föreskrivs att garantierna bör erkännas "uteslutande såsom bevis ...". Adverbet "uteslutande" visar att det var unionslagstiftarens avsikt att begränsa verkningarna av det ömsesidiga erkännandet till bevisningen för den producerade elens gröna ursprung.

55. I skäl 10 i direktivet anges vidare att medlemsstaterna inte åläggs att erkänna köp av en ursprungsgaranti från andra medlemsstater eller motsvarande köp av el som ett bidrag till uppfyllandet av de ålagda nationella kvoterna och att system för ursprungsgaranti inte i sig ger rätt att komma i åtnjutande av nationella stödmekanismer.

56. Av detta följer att enligt direktiv 2001/77 måste ursprungsgarantier från utländska producenter inte beaktas inom ramen för ett nationellt stödsystem som bygger på tilldelning av gröna certifikat, såsom det system som avses i målet vid den nationella domstolen.

57. Denna bokstavstolkning stöds av en analys av systematiken i direktiv 2001/77. I direktivet görs tydlig åtskillnad mellan systemet med ursprungsgarantier och de nationella mekanismerna för stöd till förnybar energi, som behandlas i två separata artiklar i direktivet. Medan det i artikel 4 i direktiv 2001/77 endast föreskrivs att kommissionen ska utvärdera tillämpningen av de stödsystem som används i medlemsstaterna och uttryckligen anges att dessa system kan ha en begränsande effekt på handeln på grundval av att de bidrar till målen i artiklarna 6 och 174 i EG-fördraget, innehåller artikel 5 i samma direktiv bestämmelser om ursprungsgarantier – vilka är avsedda att underlätta handeln med grön el – och om ömsesidigt erkännande av dem. Av detta framgår att ursprungsgarantier och gröna certifikat i den mening som avses i direktivet utgör två separata och olika rättsliga instrument.

58. Denna tolkning stöds slutligen även av målen för direktiv 2001/77, vilka framgår bland annat av skälen. Direktivet syftar inte till en fullständig harmonisering av lagstiftningen i sektorn för el producerad från förnybara energikällor. Det begränsar sig till att fastställa nationella vägledande mål för förbrukningen, men överläter åt medlemsstaterna att fritt välja vilket slag av åtgärder som ska vidtas

för att uppnå målen. Medlemsstaterna ges således ett stort utrymme för skönsmässiga bedömningar. I skälen 14–16 anges att medlemsstaterna under en övergångsperiod får tillämpa olika stödsystem, bland annat systemet med gröna certifikat, eftersom det anses vara ”för tidigt” att anta ett gemenskapsomfattande ramverk för stödsystem. Att ålägga medlemsstaterna att godkänna ursprungsgarantier inom ramen för dessa stödsystem skulle begränsa deras utrymme för egna bedömningar på området, vilket uppenbart inte var unionslagstiftarens avsikt.

59. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag därför att direktiv 2001/77, enligt vilket ursprungsgarantier och gröna certifikat är två separata och olika rättsliga instrument, inte i sig föreskriver att ursprungsgarantier ska likställas med gröna certifikat inom ramen för nationella stödsystem för produktion av el från förnybara energikällor.

60. Nu återstår följaktligen att undersöka om artiklarna 28 EG och 30 EG samt artikel 11 i EES-avtalet utgör hinder för de nationella bestämmelser som är föremål för tvisten i målet vid den nationella domstolen.

2. Tolkning av bestämmelserna om fri rörlighet för varor

61. Den hänskjutande domstolen, som har hänvisat till domen av den 13 mars 2001 i målet *PreussenElektra*,²⁰ anser att den skyldighet att köpa flamländska gröna certifikat som åläggs elleverantörer som är etablerade i regionen Flandern vid första påståendet utgör en åtgärd med verkan motsvarande en kvantitativ importrestriktion. Den hänskjutande domstolen har vidare, med hänvisning till innehållet i den skrivelse av den 25 juli 2001 som kommissionen sände till Konungariket Belgien i samband med anmälan av de omtvistade bestämmelserna enligt fördragets bestämmelser om statligt stöd, påpekat att de flamländska myndigheterna då ”för att inte bryta mot bestämmelserna om den inre marknaden” uttryckligen åtog sig att ”ge eliminatorerna möjlighet att bevisa att de har importerat grön el”.

62. Enligt tillsynsmyndigheten m.fl. presumerar den hänskjutande domstolen felaktigt att ursprungsgarantier är varor i den mening som avses i artikel 28 EG, trots att ursprungsgarantier inte kan anses vara varor med hänsyn till deras accessoriska och immateriella karaktär. Endast elen i sig kan anses utgöra en vara, men tolkningsfrågan avser inte huruvida de flamländska bestämmelserna hindrar den fria rörligheten för grön el. Det omtvistade stödsystemet hindrar i vart fall inte den fria rörligheten, eftersom grön el som produceras i andra länder fritt kan importeras till regionen Flandern. När det gäller gröna certifikat från andra medlemsstater i unionen eller EES, vilka inte heller är varor, är dessa inte föremål för tvisten i målet vid den nationella domstolen.

63. För det fallet att det skulle konstateras att den fria rörligheten hindras, anser tillsynsmyndigheten m.fl. slutligen att detta motiveras av tvingande krav som avser miljöskyddet och att de flamländska bestämmelserna är icke-diskriminerande, lämpliga och proportionerliga.

64. Kommissionen har för det första gjort gällande att även om el enligt domstolens rättspraxis ska anses utgöra en vara i den mening som avses i artikel 28 EG och artikel 11 i EES-avtalet, gäller detta inte ursprungsgarantierna, som är accessoriska i förhållande till den el för vilken de underlättar handeln. Kommissionen anser vidare att även om de bestämmelser som är föremål för tvisten i målet vid den nationella domstolen, som kombinerar systemet med gröna certifikat med systemet med kvoter som ska uppfyllas, inte kan jämföras med det system som avsågs i domen i det ovannämnda målet *Preussen Elektra*, eftersom eldistributörerna behåller sin frihet att köpa grön el från andra medlemsstater eller EES-länder, kan det inte uteslutas att bestämmelserna i fråga åtminstone potentiellt kan ha en begränsande inverkan på den fria rörligheten för varor.

20 — Mål C-379/98 (REG 2001, s. I-2099), punkt 70.

65. Kommissionen anser emellertid att detta hinder motiveras av målet att skydda miljön. Kommissionen har i detta sammanhang hävdats att de bestämmelser som avses i målet vid den nationella domstolen bidrar till att minska utsläppen av växthusgaser och främjar en regional strategi mot föroreningar, i överensstämmelse med principen att miljöförstöring företrädesvis bör hejdas vid källan, samt är förenliga med den skyldighet som medlemsstaterna ålagts genom direktiv 2001/77 att fastställa nationella vägledande mål för förbrukningen av el producerad från förnybara energikällor och genom vilken unionen försökt se till att alla medlemsstater på ett balanserat och proportionerligt sätt ska bidra till att uppnå EU:s mål för minskningen av växthusgaser.

66. Med betoning på att det saknas harmoniserade bestämmelser om system för offentligt stöd till förnybara energikällor har kommissionen tillagt att det med hänsyn till de klimatologiska och geografiska olikheterna mellan medlemsstaterna måste undvikas att föroreningarna koncentreras till regioner där det är svårare att producera grön el eftersom naturtillgångar saknas, och att det måste garanteras att riktat nationellt stöd kan stimulera lokal produktion av grön el även i dessa regioner. Om det offentliga stödet blir tillgängligt för alla utländska producenter kan detta, enligt kommissionen, leda till en tillströmning till de nationella system som erbjuder de mest generösa villkoren, vilket skulle försvåra fullgörandet av den skyldighet att uppnå de nationella målen som åligger samtliga medlemsstater.

67. Essent har påpekat att enligt domstolens rättspraxis ska el anses utgöra en vara²¹ och har gjort gällande att bestämmelserna i fråga strider mot förbudet mot kvantitativa importrestriktioner och åtgärder med motsvarande verkan. Vägran att beakta ursprungsgarantier från andra medlemsstater i unionen och EES, enbart på grundval av deras geografiska ursprung och utan att undersöka om de är likvärdiga med de gröna certifikat som utfärdas i regionen Flandern, hindrar importen av grön el.

68. Essent anser att en sådan åtgärd inte kan motiveras av målet att skydda miljön, eftersom utländska ursprungsgarantier i detta avseende har samma mål som gröna certifikat, det vill säga ökad produktion och förbrukning av grön el på den inre marknaden. Essent har tillagt att målet att främja *lokal* produktion inte kan godtas som motivering, eftersom detta mål inte fastställs i el-dekretet och till och med strider mot det mål som fastställs i motiveringen till dekretet, att främja utvecklingen av förnybara energikällor på ett sätt som är "förenligt med marknaden". Att främja den lokala produktionen innebär framför allt en diskriminering på grund av ursprung som gynnar de flamländska producenterna.

69. För att besvara tolkningsfrågan kommer jag att dela in mitt resonemang i tre steg, där jag först kommer att undersöka huruvida bestämmelserna om fri rörlighet för varor är tillämpliga. Jag kommer därefter att undersöka huruvida de omtvistade bestämmelserna kan anses hindra den fria rörligheten. Slutligen kommer jag att undersöka om ett sådant hinder kan anses vara motiverat.

a) Huruvida bestämmelserna om fri rörlighet för varor är tillämpliga

70. Det bör inledningsvis påpekas att eftersom direktiv 2001/77 inte innehåller några harmoniserade bestämmelser om stödsystem för förnybar energi, måste medlemsstaterna respektera de grundläggande friheter som fastställs i fördraget, däribland den fria rörligheten för varor.

71. För att bestämmelserna om fri rörlighet för varor ska vara tillämpliga, måste de nationella bestämmelserna inverka på rörligheten för en vara i den mening som avses i fördraget. Innan jag kan uttala mig om huruvida detta är fallet i målet vid den nationella domstolen, är det nödvändigt att kortfattat beskriva hur det system med gröna certifikat som införts genom de flamländska bestämmelserna fungerar.

21 — Essent har hänvisat till domen av den 27 april 1994 i mål C-393/92, Almelo (REG 1994, s. I-1477), punkt 28.

72. Inom ramen för politiken för att främja förnybar energi kan flera olika instrument användas, till exempel system med garanterat pris, system med budgivning och system med gröna certifikat. System med gröna certifikat har införts i flera medlemsstater och bestämmelserna om hur de fungerar ser väldigt olika ut.²²

73. När det gäller de flamländska bestämmelser som avses i målet vid den nationella domstolen stöder sig systemet med gröna certifikat, som infördes den 1 januari 2001, på en dubbel mekanism som innebär att de elproducenter som använder förnybara energikällor tilldelas gröna certifikat medan eldistributörerna åläggs att uppfylla obligatoriska kvoter.

74. Å ena sidan tilldelas elproducenterna gröna certifikat för en i förväg fastställd kvantitet el som produceras från förnybara energikällor eller av högkvalitativa anläggningar för kraftvärmeproduktion. Eftersom certifikaten kan säljas, ökar systemet värdet på produktionen av grön el genom att producenterna kan få ersättning inte endast genom försäljning av el via nätet, utan också genom försäljning av certifikat på marknaden.

75. Å andra sidan har eldistributörerna en skyldighet att köpa en viss kvot gröna certifikat, vilken beräknas på basen av den totala mängd el som de säljer till förbrukarna. De distributörer som inte kan visa upp den kvot gröna certifikat som krävs varje år måste betala en administrativ sanktionsavgift med ett progressivt belopp upp till ett maximipris. Intäkterna från sanktionsavgifterna läggs i en fond som är avsedd att främja projekt för utveckling av grön energi.

76. Det är uppenbart att detta system, som anges syfta till att stimulera produktionen av el från förnybara källor i regionen Flandern, kan påverka importen av grön el från andra länder. Mot denna bakgrund anser jag att det inte är nödvändigt att fastställa huruvida ursprungsgarantier eller gröna certifikat i sig är varor i den mening som avses i artikel 28 EG. Det räcker att konstatera att domstolen i sin rättspraxis har gett en vid definition av begreppet varor,²³ och att det av denna rättspraxis utan tvivel följer att el ska anses utgöra en vara,²⁴ vilket innebär att dess rörlighet i enlighet med ovannämnda artikel i princip inte får hindras.

77. Jag ska nu undersöka huruvida det eventuellt föreligger en begränsning av rörligheten.

b) Huruvida det föreligger en begränsning av den fria rörligheten för varor

78. Det bör inledningsvis erinras om att enligt fast rättspraxis ska alla handelsregler antagna av medlemsstaterna som direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt kan hindra handeln inom unionen anses utgöra åtgärder med verkan motsvarande en kvantitativ restriktion i den mening som avses i artikel 28 EG.²⁵ Det bör därför undersökas hur de nationella bestämmelser som är föremål för tvisten i målet vid den nationella domstolen kan inverka på den fria rörligheten för el.

79. Det är riktigt att ett sådant system inte hindrar eldistributörer från att importera grön el från andra medlemsstater i unionen eller EES. Dock detta system kan ändå, om så bara indirekt, hindra rörligheten för grön el.

22 — Se, när det gäller dessa olika system och deras förenlighet med principerna för den inre marknaden, Rousseau, S., "L'emprise de la logique marchande sur la promotion des énergies renouvelables au niveau communautaire", *Revue internationale de droit économique*, 2005, s. 231.

23 — I sin dom av den 10 december 1968 i mål 7/68, kommissionen mot Italien (REG 1968, s. 617 och 626; svensk specialutgåva, volym 1, s. 357) definierade domstolen varor som "produkter som kan värderas i pengar och som därmed kan vara föremål för kommersiella transaktioner". Se även, för ett liknande resonemang, dom av den 14 april 2011 i de förenade målen C-42/10, C-45/10 och C-57/10, Vlaamse Dierenartsvereniging och Janssens (REU 2011, s. I-2975), punkt 68.

24 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 juli 2008 i mål C-206/06, Essent Netwerk Noord m.fl. (REG 2008, s. I-5497), punkt 43 och där angiven rättspraxis.

25 — Se bland annat dom av den 11 juli 1974 i mål 8/74, Dassonville (REG 1974, s. 837; svensk specialutgåva, volym 2, s. 343), punkt 5, och av den 2 december 2010 i mål C-108/09, Ker-Optika (REU 2010, s. I-12213), punkt 47.

80. Dels gynnar detta system ekonomiskt producenter av grön el som är etablerade i regionen Flandern i förhållande till andra producenter av grön el, eftersom de kan erhålla extra intäkter genom försäljningen av gröna certifikat utöver intäkterna från försäljningen av el.

81. Dels avskräcker detta system eldistributörerna från att importera grön el vars härkomst intygas genom ursprungsgarantier, eftersom import av sådan el inte kan beaktas när det gäller att uppnå de kvoter som de ålagts, vilket innebär att de parallellt med inköp av denna el, som dessutom kan vara mycket dyrare än el producerad från konventionella källor, måste köpa flamländska gröna certifikat.

82. Av detta följer att de omtvistade nationella bestämmelserna, som gynnar försäljning av grön el producerad i regionen Flandern och i motsvarande grad begränsar utvecklingsmöjligheterna för import av grön el, bör betraktas som en åtgärd med verkan motsvarande en kvantitativ importrestriktion.

83. Denna åtgärd har dessutom en diskriminerande verkan, eftersom den fördel som erhålls genom försäljning av gröna certifikat endast gynnar flamländsk elproduktion, men inte produktionen av grön el i andra medlemsstater i unionen eller EES.

84. För det fallet att de argument som anförts av tillsynsmyndigheten m.fl. ska tolkas så, att dessa ifrågasätter likheten mellan grön el som importeras från andra medlemsstater, vars härkomst intygas genom en ursprungsgaranti, och grön el som produceras i regionen Flandern, vars härkomst intygas genom ett grönt certifikat, bör det betonas att tillsynsmyndigheten m.fl. inte har påstått att flamländska gröna certifikat erbjuder några extra garantier när det gäller att visa att den producerade elen har grönt ursprung. Enligt de flamländska bestämmelserna, i vilka ”grönt certifikat” definieras som en handling som visar att en producent under ett givet år har producerat en given mängd grön el,²⁶ får gröna certifikat användas som ursprungsgaranti. Tillsynsmyndigheten m.fl. medgav till och med vid förhandlingen att den enda skillnaden mellan gröna certifikat och ursprungsgarantier är att gröna certifikat utfärdas till producenter som producerar el i regionen Flandern. El som intygas med ett grönt certifikat är med andra ord inte ”grönare” än el som intygas med en ursprungsgaranti, utan den enda skillnaden är deras geografiska härkomst.

85. Det återstår nu att undersöka huruvida detta diskriminerande hinder är motiverat.

c) Huruvida hindret för den fria rörligheten för varor är motiverat

i) Princip

86. Domstolen har redan upprepade gånger konstaterat att miljöskyddet är ett mål av allmänintresse som motiverar begränsningar av de fria rörligheter som stadfästs i fördraget. Domstolen har till och med fastställt ny rättspraxis på detta område som tar särskilda hänsyn till miljöskyddet.

87. Enligt det synsätt som domstolen traditionellt tillämpat när det gäller möjligheten att motivera begränsningar av handeln inom unionen kan endast åtgärder som utan åtskillnad är tillämpliga på varor eller tjänster oavsett deras ursprung motiveras av tvingande krav av allmänintresse. Om en åtgärd är diskriminerande kan den däremot motiveras endast av en uttrycklig undantagsbestämmelse.²⁷ Skyddet av miljön, som nyligen har blivit föremål för ett erkännande i

26 — Se artikel 25 i el-dekretet.

27 — Se bland annat dom av den 4 maj 1993 i mål C-17/92, *Distribuidores Cinematográficos* (REG 1993, s. I-2239), punkt 16 och där angiven rättspraxis.

unionsrätten, ingår emellertid inte bland de skäl av allmänintresse som anges i artikel 30 EG, vilka inte kan utvidgas till andra än det begränsade antal fall som där anges, utan utgör ett sådant tvingande skäl av allmänintresse som erkänts av domstolen. Miljöskyddet kan följaktligen i princip endast motivera icke-diskriminerande åtgärder.

88. Det har emellertid skett en omorientering av rättspraxisen, och möjligheterna att åberopa mål som inte fastställs i artikel 30 EG för att motivera nationella begränsningar av den fria rörligheten för varor har utökats.²⁸ Denna utveckling av rättspraxisen har huvudsakligen skett i två steg.

89. Det första steget utgjordes av mål C-2/90, kommissionen mot Belgien,²⁹ vilket avsåg belgisk lagstiftning som innebar förbud mot att i Vallonien hantera avfall som kom från en annan medlemsstat eller region. Efter att ha konstaterat att avfall utgör varor och erinrat om att tvingande krav ska beaktas endast när det är fråga om åtgärder som tillämpas utan åtskillnad på inhemska och importerade produkter, slog domstolen emellertid fast att med beaktande av ”avfallets särskilda egenskaper” och eftersom avfall ska omhändertas slutligt så nära den plats där det producerats som möjligt, i enlighet med principen om att miljöförstöring företrädesvis bör hejdas vid källan, ”kan de ifrågasatta åtgärderna inte anses vara diskriminerande”.³⁰

90. Det andra steget togs i och med domen av den 14 juli 1998 i målet Aher-Waggon³¹ och domen i det ovannämnda målet Preussen Elektra. Den sistnämnda domen avsåg en skyldighet som ålagts elleverantörer att till minimipriser köpa el som producerades från förnybara energikällor. Trots att denna åtgärd inte föreföll tillämpas utan åtskillnad, eftersom det var tydligt att den gynnade de nationella producenter av grön el från vilka de ekonomiska aktörerna var skyldiga att köpa el, ansåg domstolen, utan att pröva huruvida åtgärden var direkt diskriminerande, att den var motiverad på grund av målet att skydda miljön, eftersom den bidrog till att minska utsläppen av växthusgaser, och målet att skydda människors och djurs hälsa och liv och bevara växtlivet samt på grund av elens särskilda egenskaper.

91. Ett miljömål kan således resultera i att den konstaterade diskriminerande karaktären hos en nationell åtgärd neutraliseras, eller att domstolen helt enkelt låter bli att utreda huruvida åtgärden är diskriminerande.

92. Samtidigt som man inte kan annat än välkomna denna utveckling, som stadfäster integreringen av miljöhänsyn inom ramen för den inre marknaden, är det ändå beklagligt att detta undantag från regeln att endast uttryckliga undantagsbestämmelser kan motivera en diskriminerande åtgärd inte uttryckligen har slagits fast i domstolens rättspraxis, utan i stället endast följer av resonemang i enskilda fall där olika logik tillämpats. Det är nödvändigt att klargöra situationen och formellt erkänna möjligheten att åberopa miljöskyddet som motivering av åtgärder som hindrar den fria rörligheten för varor, även om de är diskriminerande. Ett sådant erkännande skulle innebära tre fördelar.

93. Ett sådant erkännande skulle, för det första, främja rättssäkerheten, eftersom det skulle ha fördelen att undanröja de tvivel som eventuellt kan kvarstå beträffande möjligheten att åberopa miljöskyddet som ett tvingande krav av allmänintresse för att motivera en diskriminerande åtgärd.

28 — För en fördjupad analys av frågan, se Vial, C., *Protection de l'environnement et libre circulation des marchandises*, avhandling, Bruylant, Bryssel, 2006, s. 225 och följande sidor.

29 — Dom av den 9 juli 1992 i mål C-2/90, kommissionen mot Belgien (REG 1992, s. I-4431; svensk specialutgåva, volym 13, s. I-31).

30 — Punkt 36.

31 — Domen av den 14 juli 1998 i må C-389/96 (REG 1998, s. I-4473), punkt 34.

94. Den omständigheten att det inte görs någon prövning av huruvida åtgärder som utgör hinder är diskriminerande har, för det andra, den stora nackdelen att dessa åtgärder inte underställs en lämplig grad av domstolsprövning i syfte att undersöka huruvida de är ägnade att förverkliga det eftersträvade målet och säkerställa att de inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det. Jag anser att diskriminerande åtgärder, särskilt åtgärder som strider mot en så grundläggande princip som förbudet mot direkt diskriminering på grund av nationalitet, ska underställas ett förstärkt krav på proportionalitet.

95. Ett uttryckligt erkännande skulle, för det tredje, framför allt innebära ett stadfästade av miljöskyddets framträdande plats i unionens rättsordning och en fortsättning på den utveckling som inleddes i och med domen av den 7 februari 1985 i målet ADBHU,³² där det slogs fast att miljöskyddet är ”ett av gemenskapens grundläggande mål”. En hållbar utveckling finns numera med bland de mål för unionen som fastställs i artikel 3 EU,³³ där det i punkt 3 anges att ”[u]nionen ska verka för en hållbar utveckling i Europa som bygger på ... en hög miljöskyddsnivå och en bättre miljö”. Även i artikel 191 FEUF och artikel 37 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna fastställs en hög miljöskyddsnivå som ett av unionens mål. Enligt artikel 11 FEUF ska dessutom ”miljöskyddskraven ... integreras i utformningen och genomförandet av unionens politik och verksamhet, särskilt i syfte att främja en hållbar utveckling”.

96. Att uttryckligen upphöja miljöskyddet till rangen av ett tvingande krav av allmänintresse, som kan åberopas för att motivera åtgärder som hindrar den fria rörligheten, även om de är diskriminerande, skulle enligt min mening bidra till att säkerställa miljöskyddets företräde framom andra hänsyn.

97. Den teoretiska motiveringen av denna lösning skulle kunna stödja sig på principen om integrering, enligt vilken miljömålen, vilka domstolen har understrukit är av tvärgående och grundläggande karaktär,³⁴ ska beaktas vid utformningen och genomförandet av unionens politik och verksamhet. Även om denna princip inte innebär att miljöskyddet systematiskt ska prioriteras, innebär den däremot att miljömålet systematiskt kan vägas mot unionens andra grundläggande mål.³⁵

98. Det bör således undersökas huruvida de flamländska bestämmelserna, vilka enligt min mening utgör ett diskriminerande hinder för den fria rörligheten för varor, kan motiveras av tvingande krav som avser miljöskyddet.

ii) Tillämpning på de omtvistade nationella bestämmelserna

99. Jag kommer nu att i tur och ordning gå igenom de argument som anförts.

100. Jag börjar med de argument som stöder sig på domen i det ovannämnda målet PreussenElektra. I den domen hänvisade domstolen till den stegvisa liberaliseringen av elmarknaden som gör ”att vissa hinder för handel med el mellan medlemsstaterna kommer att bestå”³⁶ samt till elens natur som gör att ”det är svårt att bestämma dess ursprung och särskilt dess källa, när den en gång har matats in i ett överförings- eller distributionsnät”.³⁷ Domstolen beaktade också den omständigheten att de tyska bestämmelserna bidrog till att minska utsläppen av växthusgaser.

32 — Mål 240/83 (REG 1985, s. 531), punkt 13.

33 — Se även nionde som-satsen i ingressen till EU-fördraget.

34 — Se dom av den 13 september 2005 i mål C-176/03, kommissionen mot rådet (REG 2005, s. I-7879), punkterna 41 och 42.

35 — Se, för ett liknande resonemang, Jans, H. J., och Vedder, H.H.B., *European Environmental Law*, fjärde utgåvan, European Law Publishing, Groningen, 2011, s. 23.

36 — Punkt 78.

37 — Punkt 79.

101. De båda ovanstående argumenten är enligt min mening inte längre giltiga på grund av den utveckling av det rättsliga sammanhanget som skett när det gäller såväl den inre marknaden för el som främjandet av förnybar energi.

102. Domen i det ovannämnda målet PreussenElektra avkunnades före antagandet av direktiv 2003/54, vilket markerade ytterligare ett steg i liberaliseringen av elmarknaden och bland annat syftar till att bekämpa avgränsningar mellan marknaderna.

103. Vidare är argumentet att det är omöjligt att fastställa elens ursprung inte längre giltigt i dagens läge, eftersom målet med de ursprungsgarantier som infördes genom direktiv 2001/77 var just att göra det möjligt att garantera ursprunget för el som produceras från förnybara källor.³⁸

104. Argumentet att bestämmelserna bidrar till att minska utsläppen av växthusgaser är inte heller övertygande, eftersom el som produceras från förnybara energikällor i en annan medlemsstat i unionen eller EES bidrar till att minska utsläppen av växthusgaser i regionen Flandern i samma grad som den el som produceras från förnybara energikällor i denna region.³⁹

105. Kommissionen har vidare hävdad att principen att miljöförstöring företrädesvis bör hejdas vid källan måste iakttas. Jag anser emellertid att denna princip, som syftar till att förhindra miljöpåverkan genom att hejda föroreningarna vid källan genom användning av mindre skadliga förfaranden och produkter, och som följaktligen främjar lokal avfallshantering,⁴⁰ inte kan åberopas för att motivera diskriminering av el som produceras från förnybara energikällor i andra medlemsstater.

106. Orsaken till att distributörerna inte får lämna in ursprungsgarantier från andra länder förefaller inte heller ha sin grund i målet att säkerställa en trygg energiförsörjning. När det gäller den externa aspekten, det vill säga energi från konventionella källor i tredjeländer, står det klart att försörjningstryggheten inte är hotad. Det har inte heller fastställts att den interna försörjningstryggheten riskerar att skadas, särskilt som den kan förbättras bland annat genom sammanlänkning av systemen, vilket skulle gynna en diversifierad försörjning och på så sätt göra det möjligt att kompensera för den förnybara energins begränsningar när det gäller att garantera kontinuitet i elförsörjningen.⁴¹

107. Argumentet att det i direktiv 2001/77 fastställs nationella mål, som kanske inte kan uppnås om det offentliga stödet blir tillgängligt för alla utländska producenter av grön el, är inte heller övertygande.

108. I sitt meddelande till rådet och Europaparlamentet om andelen förnybar energi i EU⁴² preciserade kommissionen att de nationella målen avser förbrukningen av el producerad från förnybara energikällor, men att elförbrukningen definieras som den nationella elproduktionen plus importerad el och minus exporterad el, och angav att en medlemsstat får inkludera import från en annan medlemsstat, under förutsättning att den exporterande staten uttryckligen har godtagit det och elen inte tillgodoräknas dubbelt.

109. Kommissionen har således medgett att importerad grön el får beaktas vid kontrollen av huruvida den importerande medlemsstatens mål har uppnåtts. Under dessa omständigheter förstår jag inte hur import av grön el från andra länder skulle kunna skada uppnåendet av de nationella målen.

38 — Även om ursprunget, när elen väl har matats in i nätet, inte längre kan spåras.

39 — Se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Jabobs förslag till avgörande i det ovannämnda målet Preussen Elektra, punkt 236.

40 — Denna princip ”innebär att det ankommer på varje region, kommun eller annan lokal enhet att vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att de kan ta emot, behandla och bortskaffa sitt eget avfall”. Se dessutom domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Belgien, punkt 34, och dom av den 21 januari 2010 i mål C-17/09, kommissionen mot Tyskland (REU 2010, s. I-4), punkt 16.

41 — När det gäller den osäkra tillgången från förnybara energikällor, i rummet såväl som i tiden, se bland annat, Le Baut-Ferrarese, B., och Michallet, I., *Droit des énergies renouvelables*, Edition Le Moniteur, 2008, s. 56 och 57.

42 — KOM(2004) 366 slutlig.

110. Även om det är förstaeligt att man vill undvika en ojämlig fördelning mellan staterna av anläggningar för elproduktion från förnybara energikällor, omfattas dock miljöskyddet av unionens gemensamma politik. Miljöskyddet ska vidare inte ses ur ett rent nationellt perspektiv, eftersom det gynnas av en europeisk dynamik, särskilt när det gäller att bekämpa klimatförändringen.⁴³ Således bör även de fördelar som kan uppnås genom handel med grön el inom unionen beaktas. Även om denna handels reella inverkan är svår att mäta kan den antas bidra till att sänka kostnaden för förnybar energi genom att möjliggöra en mer rationell lokalisering av produktionen.

111. Det finns ytterligare två viktiga faktorer som stöder synsättet att miljöskyddet inte kan motivera de omtvistade bestämmelserna.

112. För det första framgår det av såväl de flamländska bestämmelserna som flamländsk praxis att skillnaden mellan ursprungsgarantier och gröna certifikat är väldigt oklar, trots att tillsynsmyndigheten m.fl. har ansträngt sig för att visa att det finns en tydlig och betydande skillnad.⁴⁴ Ett grönt certifikat gäller som ursprungsgaranti, eftersom det kan användas vid försäljning av el till slutförbrukare. Som tillsynsmyndigheten m.fl. själva medgav vid förhandlingen kan ursprungsgarantier, liksom gröna certifikat, säljas separat från elen. Gröna certifikat och ursprungsgarantier ses således som två delar av samma instrument, vilket är ett synsätt som befinner sig långt ifrån den ursprungliga logiken i direktiv 2001/77. Paradoxalt nog får gröna certifikat, eventuellt efter att ha döpts om till ursprungsgaranti, fritt exporteras och kan således integreras i stödssystemen för förnybar energi i andra länder, medan import av instrument från andra länder däremot är förbjuden.

113. Tillsynsmyndighetens praxis är dessutom under all kritik, eftersom den egentligen innebär att ursprungsgarantier omvandlas till gröna certifikat endast när det gagnar det regionala systemet. Tillsynsmyndigheten registrerar ursprungsgarantier som gröna certifikat i syfte att vid behov, och uteslutande efter tillsynsmyndighetens beslut, eventuellt använda dem som sådana. Dessa gröna certifikat, som potentiellt kommer att användas, har emellertid ett pris, det vill säga det pris som de hade som ursprungsgarantier, vilket såsom det har framgått vid förhandlingen är märkbart lägre än priset för ett "normalt" grönt certifikat, trots att alla andra omständigheter är desamma. Priset fastställs följaktligen inte på normalt sätt, det vill säga genom tillgång och efterfrågan på andrahandsmarknaden för gröna certifikat, och tillsynsmyndighetens praxis stör således balansen på denna marknad. Som kommissionen har angett i sina inlagor och har bekräftat vid förhandlingen tillämpar endast åtta medlemsstater systemet med gröna certifikat. Detta ger en bild av hur omfattande den störning är som orsakas av det ifrågasatta systemet.

114. För det andra framgår det tydligt av den skrivelse av den 25 juli 2001 som kommissionen sände till Konungariket Belgien att de flamländska bestämmelserna i fråga, oavsett kommissionens överraskande tolkning av skrivelsen vid förhandlingen, inte är förenliga med de åtaganden som den flamländska regeringen gjorde i samband med anmälan av dessa bestämmelser enligt fördragets bestämmelser om statligt stöd. Jag känner en stark motvilja mot att uppmuntra den flamländska regeringens underlåtenhet att hålla sitt ord, vilken inte kan motiveras av miljöskyddet.

43 — I Kyotoprotokollet föreskrivs för perioden 2008–2012 ett åtagande att minska de sammanlagda utsläppen av växthusgaser med 8 procent jämfört med nivån år 1990. Se artikel 3.1 i Kyotoprotokollet samt bilagorna I B och II.

44 — Direktiv 2009/28 bidrar inte till att klargöra det rättsliga läget. I skäl 52 i ingressen till direktivet anges att en ursprungsgaranti får överföras från en innehavare till en annan, oberoende av den energi som den avser. Se även Van der Elst, R., "Les défis de la nouvelle directive sur les énergies renouvelables et son impact sur le commerce intra et extracommunautaire", *Droit européen de l'énergie*, s. 179. Författaren anser att den huvudsakliga skillnaden mellan ursprungsgarantier och gröna certifikat är att en ursprungsgaranti som utfärdats i en medlemsstat måste erkännas av alla övriga medlemsstater, vilket inte är fallet med gröna certifikat.

115. Mot bakgrund av ovanstående skäl anser jag att artikel 5 i direktiv 2001/77 ska tolkas så, att den inte utgör hinder för de nationella bestämmelser om stöd till förnybar energi som är föremål för tvisten i målet vid den nationella domstolen, vilka utesluter att ursprungsgarantier utfärdade i en annan medlemsstat i unionen eller EES beaktas, men att artikel 28 EG och artikel 11 i EES-avtalet däremot utgör hinder för dessa bestämmelser, vilka på ett diskriminerande sätt hindrar handeln mellan medlemsstaterna utan att motiveras av tvingande krav som avser miljöskyddet.⁴⁵

IV – Förslag till avgörande

116. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar tolkningsfrågan från Rechtbank van eerste aanleg te Brussel (Belgien) på följande sätt:

Artikel 5 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/77/EG av den 27 september 2001 om främjande av el producerad från förnybara energikällor på den inre marknaden för el ska tolkas så, att den inte utgör hinder för sådana nationella bestämmelser om stöd till förnybar energi som dem som är föremål för tvisten i målet vid den nationella domstolen, enligt vilka gröna certifikat utfärdas till producenter av grön el som är etablerade i en viss region och eldistributörer åläggs att varje år ge in ett antal gröna certifikat motsvarande en kvot, samtidigt som det utesluts att ursprungsgarantier utfärdade i en annan medlemsstat i Europeiska unionen eller Europeiska ekonomiska samarbetsområdet beaktas. Artikel 28 EG och artikel 11 i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet utgör däremot hinder för sådana bestämmelser, vilka på ett diskriminerande sätt hindrar handeln mellan medlemsstaterna i Europeiska unionen eller Europeiska ekonomiska samarbetsområdet utan att motiveras av tvingande krav som avser miljöskyddet.

45 — Jag anser att den omständigheten att direktiven 2001/77 och 2003/54 inte trädde i kraft med avseende på EES förrän den 1 september 2006 respektive den 1 juni 2007 inte bör påverka förslaget till svar. När det gäller de norska garantier som ingavs av Essent före den 1 september 2006 ankommer det uteslutande på den nationella domstolen att pröva om det på grundval av dem är möjligt att identifiera den gröna elen på likvärdiga villkor som för de ursprungsgarantier som föreskrivs i direktiv 2001/77.