CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
G. HOGAN
van 19 september 2019[1]

Zaak C-523/18

Engie Cartagena S.L.
tegen
Ministerio para la Transición Ecológica,
gevoegde partijen:
Endesa Generación SA,
EDP España SAU,
Bizkaia Energía SL,
Iberdrola Generación SAU,
Tarragona Power SL,
Bahía de Bizkaia Electricidad SL,
Viesgo Generación, SL

[verzoek van de Audiencia Nacional (nationaal hof, Spanje) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit – Richtlijn 2003/54 – Artikel 3, lid 2 – Richtlijn 2009/72 – Artikel 3, lid 2 – Toepasselijkheid – Begrip ‚openbaredienstverplichting'"

1. Dit verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 3, lid 2, 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) en artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van richtlijn 2003/54/EG (PB 2009, L 211, blz. 55).

2. Dit verzoek werd ingediend in het kader van een geschil tussen Engie Cartagena S.L. (hierna: „verzoekster") en het Ministerio para la Transición Ecológica (ministerie van Ecologische Transitie, Spanje) betreffende de wettigheid van de bijdrage die elektriciteitsbedrijven moeten leveren aan de financiering van een nationaal actieprogramma voor energiebesparing en energie-efficiëntie.

3. Dit verzoek om een prejudiciële beslissing geeft het Hof de mogelijkheid om de definitie van het begrip „openbaredienstverplichting" (hierna: „ODV") zoals neergelegd in artikel 3, lid 2, van zowel richtlijn 2003/54 als richtlijn 2009/72 te verduidelijken. Het kan evenwel dienstig zijn eerst de relevante Uniewetgeving aan te halen.

1 Oorspronkelijke taal: Engels.

I. Wettelijk kader

A. Unierecht

1. Richtlijn 2003/54

4. Artikel 3 van richtlijn 2003/54, met als opschrift „Openbaredienstverplichtingen en bescherming van de afnemer", voorzag in lid 2 in het volgende:

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

2. Richtlijn 2009/72

5. Richtlijn 2003/54 werd bij richtlijn 2009/72 ingetrokken. Volgens artikel 48 van richtlijn 2009/72 trad die intrekking in werking op 3 maart 2011 en verwijzingen naar de ingetrokken richtlijn moeten worden gelezen als verwijzingen naar richtlijn 2009/72.

6. Artikel 3 van richtlijn 2009/72 luidt:

„1. De lidstaten waarborgen op basis van hun institutionele organisatie en met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel dat elektriciteitsbedrijven, onverminderd lid 2, volgens de beginselen van deze richtlijn worden geëxploiteerd met het oog op de totstandbrenging van een door concurrentie gekenmerkte, zekere en in milieuopzicht duurzame elektriciteitsmarkt; wat hun rechten en plichten betreft, mogen zij deze bedrijven niet verschillend behandelen.

2. Met volledige inachtneming van de toepasselijke bepalingen van het Verdrag, met name artikel 86, mogen de lidstaten in het algemeen economisch belang aan elektriciteitsbedrijven openbaredienstverplichtingen opleggen, die betrekking kunnen hebben op de zekerheid, waaronder de leverings- en voorzieningszekerheid, de regelmaat, de kwaliteit en de prijs van de leveringen zijn begrepen, alsmede op de bescherming van het milieu, met inbegrip van energie-efficiëntie, energie uit hernieuwbare bronnen en bescherming van het klimaat. Deze verplichtingen zijn duidelijk gedefinieerd, transparant, niet-discriminerend en controleerbaar en waarborgen de gelijke toegang voor [...] elektriciteitsbedrijven [in de Unie] tot nationale consumenten [...]. Met betrekking tot leverings- en voorzieningszekerheid en energie-efficiëntie/vraagzijdebeheer, alsmede ter verwezenlijking van milieudoelstellingen en doelstellingen voor energie uit hernieuwbare bronnen in de zin van dit lid, kunnen de lidstaten gebruikmaken van planning op lange termijn, daarbij rekening houdend met de mogelijkheid dat derden toegang tot het systeem wensen.

[...]

6. Indien een lidstaat financiële compensatie, andere vormen van compensatie en exclusieve rechten voor het nakomen van de in de leden 2 en 3 bedoelde verplichtingen verleent, geschiedt dat op een niet-discriminerende en transparante wijze.

[...]

14. De lidstaten kunnen besluiten de bepalingen van de artikelen 7, 8, 32 en/of 34 niet toe te passen, voor zover de toepassing daarvan de elektriciteitsbedrijven in feite of in rechte verhindert zich van de hun in het algemeen economisch belang opgelegde verplichtingen te kwijten en mits de ontwikkeling van de handel niet wordt beïnvloed in een mate die strijdig is met de belangen van de [Unie]. De belangen van de [Unie] omvatten onder meer mededinging met betrekking tot de in aanmerking komende afnemers overeenkomstig deze richtlijn en artikel 86 van het Verdrag.

[...]"

B. Nationaal recht

7. Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico (koninklijk wetsbesluit 14/2010 van 23 december tot vaststelling van dringende maatregelen om het tarieftekort in de elektriciteitssector aan te pakken, BOE nr. 312 van 24 december 2010, blz. 106386; hierna: „koninklijk wetsbesluit 14/2010") maakt deel uit van een maatregelenpakket ter bestrijding van het „tarieftekort", waaronder breed wordt verstaan dat de kosten van het elektriciteitssysteem hoger zijn dan de inkomsten uit de door het Koninkrijk Spanje gereguleerde elektriciteitsprijzen (in hun verschillende wettelijke benamingen).[2] Om dit tekort terug te dringen wordt bij koninklijk wetsbesluit 14/2010 voor de jaren 2011, 2012, en 2013 de financiering van plannen voor energiebesparing en energie-efficiëntie tijdelijk ten laste van bepaalde in de derde aanvullende bepaling aangewezen ondernemingen gebracht.

8. In de overwegingen van koninklijk wetsbesluit 14/2010 wordt vermeld dat:

„In de tweede plaats wordt, om de aan het tarief toe te rekenen kosten terug te dringen, vastgesteld dat de onder de gewone regeling vallende producenten het actieplan 2008-2012 financieren, dat is goedgekeurd bij akkoord van de ministerraad van 8 juli 2005 waarmee de maatregelen worden ingevoerd van het document ‚Strategie voor energiebesparing en efficiëntie in Spanje 2004-2012'. Daarnaast worden de percentages voor de bijdrage van iedere onderneming aan de financiering van dat actieplan vastgesteld en worden de bepalingen van de Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2011 (algemene rijksbegrotingswet 2011) overeenkomstig gewijzigd."

9. De derde aanvullende bepaling van koninklijk wetsbesluit 14/2010 met als opschrift „Financiering van plannen voor energiebesparing en -efficiëntie voor de jaren 2011, 2012, en 2013" luidt:

„1. De bedragen ten laste van het elektriciteitssysteem die zijn bestemd voor de financiering van het actieplan 2008-2012, dat is goedgekeurd bij Acuerdo de Consejo de Ministros de 8 de julio de 2005, por el que se concretan las medidas del documento de ‚Estrategia de ahorro y eficiencia energética en España 2004-2012' aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 2003 (akkoord van de ministerraad van 8 juli 2005, waarmee de maatregelen worden ingevoerd van het document ‚Strategie voor energiebesparing en -efficiëntie in Spanje 2004-2012', dat is goedgekeurd bij

2 De wetgever heeft maatregelen vastgesteld om het tekort te verminderen, waarvan de belangrijkste zijn: i) regulering van de aan het systeem toe te rekenen kosten en van de bijdragen van de bij dat systeem betrokken partijen; ii) goedkeuring van heffingen en van het gereguleerde tarief; iii) heffing van financiële bijdragen, al dan niet met de aard van belastingen; iv) opneming van bepaalde kosten in de algemene rijksbegroting.

akkoord van de ministerraad van 28 november 2003), welke bedragen voor de jaren 2011 en 2012 zijn vastgesteld op respectievelijk 270 miljoen EUR en 250 miljoen EUR, moeten worden gefinancierd door middel van een bijdrage van elk van de elektriciteitsproducenten, volgens de percentages van de hiernavolgende tabel:

Onderneming	Percentage
Endesa Generación SA	34,66
Iberdrola Generación SA	32,71
GAS Natural SDG SA	16,37
Hidroeléctrica del Cantábrico SA	4,38
E.ON Generación SL	2,96
AES Cartagena SRL	2,07
Bizkaia Energía SL	1,42
Castelnou Energía SL	1,58
Nueva Generadora del Sur SA	1,62
Bahía de Bizkaia Electricidad SL	1,42
Tarragona Power SL	0,81
Totaal	100,00

2. De bedragen ten laste van het elektriciteitssysteem die zijn bestemd voor het plan dat is goedgekeurd bij akkoord van de ministerraad op de in lid 1 vermelde grondslag, worden in 2013 gefinancierd met bijdragen van de producenten volgens de in lid 1 vermelde percentages, tot een maximum bedrag van 150 miljoen EUR."

II. Feiten

10. Het bij akkoord van de ministerraad van 8 juli 2005 goedgekeurde actieplan 2008-2012, waarmee de maatregelen worden ingevoerd van het document „Strategie voor energiebesparing en -efficiëntie in Spanje 2004-2012" (hierna: „actieplan"), ging uit van de bevordering van energiebesparing en -efficiëntie, als basis voor maatschappelijk welzijn, duurzame ontwikkeling en industrieel concurrentievermogen. De strategische doelstellingen ervan bestonden onder meer in de opname van energiebesparing en -efficiëntie in alle nationale strategieën en in het bijzonder in de strategie van het Koninkrijk Spanje inzake klimaatverandering, bevordering van de mededinging op de markt onder het richtinggevende principe van energiebesparing en -efficiëntie, en consolidering van de toonaangevende positie van Spanje op het gebied van energiebesparing en -efficiëntie.

11. Aanvankelijk werden de kosten van het actieplan betaald uit de toegangsheffingen voor aardgas en elektriciteit. In het koninklijk wetsbesluit 14/2010 werd die situatie echter gewijzigd door te bepalen dat het actieplan uitsluitend door de elektriciteitsproducenten diende te worden gefinancierd. In de derde aanvullende bepaling van koninklijk wetsbesluit 14/2010 zijn de elf bedrijven die moeten deelnemen en de percentages van hun deelneming vermeld.

12. Orden IET/75/2014, de 27 de enero, por la que se regulan las transferencias de fondos, con cargo a las empresas productoras de energía eléctrica, de la cuenta específica de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia al Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, en el año 2013, para la ejecución de las medidas del Plan de Acción de Ahorro y Eficiencia Energética 2011-2020, y los

criterios para la ejecución de las medidas contempladas en dicho plan [ministerieel besluit IET/75/2014 (van het ministerie van Industrie, Energie en Toerisme) van 27 januari 2014 tot regeling van de overdracht van door elektriciteitsproducenten te betalen middelen van de specifieke rekening van de Spaanse mededingingsautoriteit naar het Instituut voor energiediversificatie en -besparing in 2013 voor de uitvoering van de maatregelen van het actieplan voor energiebesparing en -efficiëntie 2011-2020, en tot regeling van de criteria voor de uitvoering van de maatregelen van dat plan; BOE nr. 25 van 29 januari 2014, blz. 5875; hierna: „bestreden besluit"] werd vastgesteld met de derde aanvullende bepaling van koninklijk wetsbesluit 14/2010 als grondslag.

13. Volgens artikel 2 van het bestreden besluit bedraagt het voor het actieplan 2013 geoormerkte bedrag 150 000 000 EUR. Engie Cartagena SL, die werd vermeld onder haar vorige naam AES Cartagena SRL, diende 3 105 000 EUR te betalen, aangezien zij volgens de derde aanvullende bepaling van koninklijk wetsbesluit 14/2010 2,07 % van de totale kosten op zich moest nemen.

14. Op 31 januari 2014 heeft verzoekster (toen onder de naam GDF Suez Cartagena Energía SL) bij de Audiencia Nacional (nationaal hof, Spanje) tegen het bestreden besluit administratief beroep ingesteld. In haar beroep verzocht zij om nietigverklaring van het besluit en erkenning van het recht op schadevergoeding ten belope van de op grond van dat besluit betaalde bedragen. Verzoekster heeft met name het percentage (2,07 %) bestreden dat zij voor de financiering van het bij koninklijk wetsbesluit 14/2010 ingevoerde actieplan moest betalen.

III. Verzoek om een prejudiciële beslissing

15. Verzoekster heeft in het bijzonder betoogd dat in de nationale wetgeving niet was voldaan aan de bij de arresten van 20 april 2010, Federutility e.a. (C-265/08, EU:C:2010:205), en 7 september 2016, ANODE (C-121/15, EU:C:2016:637), vastgestelde criteria en beginselen voor het opleggen van ODV's.

16. De verwijzende rechter licht toe dat de vraag of het bestreden besluit dat in het hoofdgeding ter discussie staat geldig is, afhangt van de verenigbaarheid van koninklijk wetsbesluit 14/2010 met het Unierecht en of dat koninklijk wetsbesluit in de praktijk strookt met de in artikel 3, lid 2, van richtlijn 2003/54 en in artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 neergelegde beginselen.

17. In dit verband is de verwijzende rechter van oordeel dat, aangezien de in koninklijk wetsbesluit 14/2010 vermelde verplichte bijdrage ertoe strekt een efficiëntieplan te financieren waarvan de doelstelling en het onmiddellijke oogmerk bestaan in het treffen van maatregelen voor de bescherming van het milieu, met inbegrip van energie-efficiëntie en bescherming van het klimaat, die verplichte bijdrage moet worden beschouwd als een ODV.

18. Deze rechter twijfelt echter over de verenigbaarheid van de derde aanvullende bepaling van koninklijk wetsbesluit 14/2010 met het Unierecht, aangezien de in die bepaling neergelegde verplichte bijdrage niet op transparante, niet-discriminerende en controleerbare wijze is gedefinieerd en aldus voor bedrijven geen gelijke toegang tot consumenten waarborgt, zoals vereist bij artikel 3, lid 2, van richtlijn 2003/54 en artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72. Met name bevat de nationale wetgeving geen aanwijzing over waarom slechts bepaalde ondernemingen moeten bijdragen aan de financiering van het actieplan en ook geen informatie over het criterium dat werd toegepast om het bijdragepercentage van de ondernemingen te bepalen.[3]

3 In zijn uitspraak van 15 november 2016 (167/2016) oordeelde de Tribunal Constitucional (grondwettelijk hof, Spanje) dat de derde aanvullende bepaling van koninklijk besluit 14/2010 geen inbreuk maakt op het beginsel van non-discriminatie.

19. In dat kader heeft de Audiencia Nacional de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende twee vragen:

„1. Vormt het [...] voorschrift uit de derde aanvullende bepaling van Real Decreto-Ley 14/2010 Financiación de planes de ahorro y eficiencia energética para los años 2011, 2012 y 2013 (koninklijk wetsbesluit 14/2010 houdende financiering van plannen voor energiebesparing en -efficiëntie voor de jaren 2011, 2012 en 2013), een openbaredienstverplichting in de zin van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2003/54/EG en richtlijn 2009/72/EG [...]?

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

IV. Analyse

20. De eerste vraag betreft de uitlegging van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2003/54 en van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72.

21. Op voorhand moet worden opgemerkt dat in artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 de bepalingen van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2003/54 in vergelijkbare bewoordingen worden herhaald.[4] Gemakshalve stel ik daarom voor om mijn analyse te beperken tot artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72. Niettemin is deze analyse van toepassing op beide bepalingen.

22. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 aldus moet worden uitgelegd dat een verplichting om diverse maatregelen van een actieplan te financieren, zoals het plan dat in de derde aanvullende bepaling van koninklijk wetsbesluit 14/2010 wordt vermeld, een ODV kan vormen in de zin van dat artikel 3, lid 2.

23. In dit verband dient er op te worden gewezen dat in artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 wordt bepaald dat „[m]et volledige inachtneming van de toepasselijke bepalingen van het Verdrag, met name artikel 86 [thans artikel 106 VWEU], [...] de lidstaten de elektriciteitsbedrijven openbaredienstverplichtingen in het algemeen economisch belang [mogen] opleggen, die betrekking kunnen hebben op de veiligheid, met inbegrip van de continuïteit van de voorziening, regelmaat, kwaliteit en prijs van de leveringen alsmede de bescherming van het milieu."[5]

24. Alhoewel het begrip ODV noch in richtlijn 2003/54, noch in richtlijn 2009/72 wordt gedefinieerd, spreekt het vanzelf dat de definitie van dit begrip geen kwestie is van nationaal recht.

25. Wel wordt in overweging 50 van richtlijn 2009/72 vermeld dat „[d]e eisen inzake openbaredienstverlening [...] op nationaal niveau [dienen] te worden gedefinieerd, met inachtneming van nationale omstandigheden; het [Unierecht] dient echter door de lidstaten te worden nageleefd." Die aanwijzing impliceert evenwel slechts dat de lidstaten mogen besluiten bepaalde ondernemingen

4 De belangrijkste verschillen tussen de twee bepalingen zijn ten eerste dat in richtlijn 2009/72, anders dan richtlijn 2003/54, uitdrukkelijk wordt vermeld dat het doel van milieubescherming, dat met een ODV kan worden nagestreefd, maatregelen omvat om energie-efficiëntie, energie uit hernieuwbare grondstoffen en klimaatbescherming te bevorderen, en ten tweede dat een planning op lange termijn die staten kunnen invoeren, gericht mag zijn op het realiseren van doelen voor energie uit hernieuwbare grondstoffen. Deze verschillen zijn niet relevant voor de beantwoording van de prejudiciële vragen.

5 Deze lijst met soorten maatregelen is niet limitatief. Zie naar analogie het arrest van 7 september 2016, ANODE (C-121/15, EU:C:2016:637, punt 50), en de conclusie van advocaat-generaal P. Mengozzi in de zaak ANODE (C-121/15, EU:C:2016:248, punt 52).

al dan niet een ODV op te leggen, mits dergelijke verplichtingen verenigbaar zijn met het Unierecht.[6] Bij het ontbreken van een uitdrukkelijke verwijzing naar het recht van de lidstaten om de betekenis van een begrip vast te leggen, moet dat begrip in de gehele Europese Unie verplicht een autonome en uniforme uitlegging krijgen.[7]

26. Volgens de rechtspraak van het Hof waarin uitlegging wordt gegeven aan artikel 3, lid 2, moet een maatregel om te kwalificeren als een ODV aan twee voorwaarden voldoen, namelijk moet deze ten eerste gericht zijn op totstandbrenging van een doel van algemeen economisch belang[8] en moet deze ten tweede verlangen van de betrokken ondernemingen dat zij een bepaald gedrag vertonen dat zij in een situatie van vrije mededinging niet zouden hebben vertoond.[9]

27. Verzoekster stelt in het hoofdgeding dat zodra een maatregel met betrekking tot het doel en het gevolg ervan aan deze twee voorwaarden voldoet, deze als ODV moet worden gekwalificeerd. Zij betoogt dat aangezien een verplichting om een actieplan te financieren ertoe strekt dat de geadresseerden van die verplichting een bepaald gedrag moeten vertonen, een dergelijke verplichting moet worden beschouwd als een ODV voor zover deze bijdraagt aan de verwezenlijking van een dienst van algemeen economisch belang.

28. Ik deel dat standpunt niet. Ik denk in feite dat om te worden beschouwd als ODV in de zin van artikel 3, lid 2 van richtlijn 2009/72, het niet alleen noodzakelijk is dat een maatregel voldoet aan de twee bovengenoemde voorwaarden, maar ook dat die maatregel als onderdeel van die ODV ondernemingen verplicht om diensten te verlenen of goederen te leveren. Een gewone verplichting om de staat of een entiteit van de staat in de vorm van een belasting, heffing of parafiscale maatregel geld te betalen, kan op zichzelf niet worden beschouwd als een ODV in deze zin.[10]

29. Volgens mij komt dit voort uit de gangbare betekenis die op grond van het Unierecht aan het begrip ODV wordt gegeven en ook uit de formulering, de context en de nagestreefde doelstellingen van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72.

30. Wat betreft de gangbare betekenis die op grond van het Unierecht aan het begrip ODV wordt gegeven, zij opgemerkt dat dit begrip noch in het VWEU, noch in het VEU wordt vermeld. In de Verdragen worden evenwel „diensten van algemeen economisch belang" genoemd, waarvan de verwezenlijking, zoals reeds eerder vermeld, het doel van elke ODV dient te zijn.[11]

6 Arrest van 7 september 2016, ANODE (C-121/15, EU:C:2016:637, punt 44).

7 Zie bijvoorbeeld het arrest van 6 maart 2008, Nordania Finans en BG Factoring (C-98/07, EU:C:2008:144, punt 17). In de onderhavige zaak wordt de behoefte aan een uniforme toepassing nog groter door het feit dat in artikel 3, lid 14, van richtlijn 2009/72 (voorheen in richtlijn 2003/54, artikel 3, lid 8) wordt vermeld dat, door een nationale maatregel te kwalificeren als ODV in de zin van artikel 3, lid 2, van die richtlijn, met die maatregel mag worden afgeweken van bepaalde bepalingen van die richtlijn. De afwijkingen betreffen de vergunningsprocedure voor nieuwe capaciteit (artikel 7), de aanbestedingsprocedure voor nieuwe capaciteit (artikel 8), toegang van derden tot transmissie- en distributiesystemen (artikel 32) en de levering aan klanten via een directe lijn (artikel 34).

8 Zie het arrest van 7 september 2016, ANODE (C-121/15, EU:C:2016:637, punt 36), en, naar analogie, met betrekking tot richtlijn 2003/55/EG, het arrest van 20 april 2010, Federutility e.a. (C-265/08, EU:C:2010:205, punt 22) en, met betrekking tot richtlijn 2003/54/EG, het arrest van 21 december 2011, ENEL (C-242/10, EU:C:2011:861, punt 42).

9 Zie in die zin het arrest van 7 september 2016, ANODE (C-121/15, EU:C:2016:637, punt 30), en naar analogie het arrest van 21 december 2011, ENEL (C-242/10, EU:C:2011:861, punt 42). Het Hof oordeelde ten aanzien van richtlijn 2009/73, voor de gassector de evenknie van richtlijn 2009/72, dat indien lidstaten krachtens artikel 3, lid 9, van richtlijn 2003/54 (vergelijkbaar met artikel 3, lid 15, van richtlijn 2009/72) de Commissie alle maatregelen moeten mededelen die zijn vastgesteld om uitwerking te geven aan de openbaredienstverplichtingen, het ontbreken van de kennisgeving op zichzelf niet kan volstaan als bewijs dat de betrokken regeling geen ODV vormt. Arrest van 21 december 2011, ENEL (C242/10, EU:C:2011:861, punt 39).

10 Anders dan verzoekster betoogt is in dit verband irrelevant dat in het arrest ANODE niet rechtstreeks naar deze voorwaarde wordt verwezen. Indien het Hof zich uitspreekt over een prejudiciële vraag doet het dat immers ter beantwoording van de gestelde vragen en niet om de wettelijke regeling van de betrokken maatregelen uitputtend vast te leggen. Aangezien het Hof in die zaak niet uitdrukkelijk naar de definitie van het begrip ODV is gevraagd en ook niet of een maatregel, zoals aan de orde in die zaak, een ODV is, was het Hof niet gehouden de voorwaarden waarmee een maatregel wordt gekwalificeerd als een ODV limitatief te vermelden.

11 Zie ook artikelen 14 en 93 VWEU, artikel 36 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie alsmede Protocol (Nr. 26) betreffende diensten van algemeen belang.

31. In artikel 106 VWEU (voorheen artikel 90 van het EEG-Verdrag en vervolgens artikel 86 van het EG-Verdrag) wordt met name bepaald dat de ondernemingen belast met het beheer van dergelijke diensten alleen onder de regels van de Verdragen vallen voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. [12]

32. In dit verband heeft het Hof geoordeeld dat deze bepaling aan de ene kant beoogt het belang van de lidstaten om bepaalde ondernemingen als *instrument van economisch of sociaal beleid* te benutten, te verzoenen met het belang van de Unie bij de naleving van de mededingingsregels en het behoud van de eenheid van de interne markt. [13]

33. Aan de andere kant moeten de betrokken ondernemingen voor de in artikel 106, lid 2, VWEU neergelegde uitzondering op de regels van het Verdrag door de overheid zijn belast met het *beheer* van een dienst van algemeen economisch belang en moet worden aangetoond dat de toepassing van de regels van het Verdrag de *vervulling van de* aan die ondernemingen toevertrouwde *bijzondere taak* verhindert en dat het belang van de Unie niet wordt geschaad. [14]

34. Zowel het doel als de inhoud van artikel 106 VWEU ondersteunen dus de gedachte dat de verwezenlijking van een dienst van algemeen economisch belang kan vereisen dat bepaalde verplichtingen aan een onderneming worden opgelegd om haar te dwingen taken uit te voeren die het algemeen economisch belang dienen.

35. Inderdaad lijkt er een brede consensus te bestaan dat de term „diensten van algemeen economisch belang" verwijst naar diensten van economische aard die de lidstaten of de Unie op grond van een criterium van algemeen belang onderwerpen aan specifieke ODV's. Deze diensten zijn onderdeel van „diensten van algemeen economisch belang", soms aangeduid met „openbare dienst", alhoewel deze laatste term soms kan verwijzen naar het gegeven dat een dienst wordt aangeboden aan het publiek of dat aan een dienst een bijzondere rol in het algemeen belang is toegekend, of naar het eigendomsrecht of de rechtspositie van de entiteit die de dienst verricht. [15]

36. De uitdrukking „openbare dienst" wordt in het VWEU gebruikt in artikel 93 (voorheen artikel 77 van het EEG-Verdrag en later in artikel 73 van het EG-Verdrag) met betrekking tot vervoer. In deze bepaling wordt inderdaad het volgende bepaald: „met de Verdragen zijn verenigbaar de steunmaatregelen die beantwoorden aan de behoeften van de coördinatie van het vervoer of die overeenkomen met de vergoeding van *bepaalde met het begrip ‚openbare dienst' verbonden, verplichte dienstverrichtingen*." [16]

37. In het kader van de toepassing van deze bepaling is het begrip ODV ontstaan. [17]

12 In wezen wordt in deze bepaling erkend dat „de markt soms niet aan uit maatschappelijk oogpunt wenselijke doelstellingen [kan] voldoen en als gevolg daarvan [...] er niet voldoende diensten [worden] verleend [en dat in] dergelijke gevallen [...] overheidsbemoeienis noodzakelijk [kan] zijn". Verslag van 17 oktober 2001 van de Commissie aan de Europese raad van Laken betreffende diensten van algemeen belang (COM(2001) 598 definitief, punt 3).

13 Zie arresten van 21 september 1999, Albany (C-67/96, EU:C:1999:430, punt 103); 20 april 2010, Federutility e.a. (C-265/08, EU:C:2010:205, punt 28), en 21 december 2011, ENEL (C-242/10, EU:C:2011:861, punt 41).

14 Arrest van 10 december 1991, Merci convenzionali Porto di Genova (C-179/90, EU:C:1991:464, punt 26).

15 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, witboek over diensten van algemeen belang, COM(2004) 374 definitief van 12 mei 2004, bijlage 1. De term „diensten van algemeen economisch belang" heeft betrekking op zowel marktgerichte als niet-marktgerichte diensten die de overheid van algemeen belang acht en waarvoor specifieke openbardienstverplichtingen gelden.

16 Cursivering van mij.

17 Kennelijk is de semantische wisseling tussen „aan het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen" en ODV het gevolg van het gebruik van een term die in de sector werd gebezigd door enkele deskundigen, die geen jurist waren, maar ingenieur of econoom. Zie Ziani, S., „Du service public à l'obligation de service public", LGDJ, 2015, blz. 104.

38. Allereerst verwees de Raad in zijn beschikking van 13 mei 1965 naar het bestaan van „[d]e aan de vervoerondernemingen opgelegde verplichtingen die met het begrip openbare dienst zijn verbonden”.[18] Vervolgens gebruikte de Raad in verordening (EEG) nr. 1191/69 de kortere uitdrukking „openbare dienstverplichtingen” en gaf in artikel 2, lid 1, van deze verordening de eerste definitie van dit begrip, namelijk „de verplichtingen die de vervoersonderneming, indien zij haar eigen commercieel belang in aanmerking zou nemen, niet of niet in dezelfde mate, noch onder dezelfde voorwaarden op zich zou nemen”.[19]

39. In dit verband moet worden opgemerkt dat de in artikel 2, lid 2, van die verordening gegeven voorbeelden van ODV's – namelijk de exploitatieplicht, de vervoerplicht en de tariefplicht – alle de verlening van een specifieke dienst betreffen.

40. Daarbij wordt in artikel 7 van verordening nr. 1191/69 bepaald dat aan het besluit tot handhaving „voorwaarden [kunnen] worden verbonden om *het rendement van de aan de betrokken verplichting onderworpen activiteiten te verbeteren*” en dat het besluit tot opheffing „kan voorzien in de instelling van *een vervangende dienst*”.[20]

41. Gezien deze preciseringen is het duidelijk dat een ODV in de zin van verordening nr. 1191/69 alleen betrekking had op verplichtingen om een specifieke dienst te verlenen.[21]

42. Aangezien verordening nr. 1191/69 als model heeft gediend voor alle netwerkdiensten en vervolgens voor alle overheidsdiensten, is de op grond van die verordening aan het begrip ODV gegeven betekenis de betekenis die in het Unierecht algemeen wordt aanvaard.[22] Toen richtlijn 2009/72 werd vastgesteld was de meest recente Unierechtelijke definitie van het begrip ODV de in verordening (EG) nr. 1370/2007[23] vermelde en deze blijft vrij dicht bij wat in verordening nr. 1191/69 onder dit begrip wordt verstaan.[24] In artikel 2, onder e), van verordening nr. 1370/2007 wordt onder een ODV namelijk verstaan een „door een bevoegde instantie met het oog op de algemene dienstverlening inzake openbaar personenvervoer omschreven of vastgestelde prestatie die een exploitant, indien hij zich door zijn eigen commerciële belangen zou laten leiden, zonder compensatie niet, of niet in dezelfde mate of onder dezelfde voorwaarden, zou leveren”.

18 Beschikking 65/271/EEG van de Raad met betrekking tot de harmonisatie van bepaalde voorschriften die van invloed zijn op de mededinging in het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren (PB 1965, 88, blz. 1500).

19 Verordening van de Raad van 26 juni 1969 betreffende het optreden van de lidstaten ten aanzien van met het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren (PB 1969, L 156, blz. 1). Volgens 's Hofs rechtspraak strekte verordening nr. 1191/69 ertoe een regeling te bieden waaraan de lidstaten zich moeten houden wanneer zij ODV's willen opleggen aan wegvervoersondernemingen: zie het arrest van 24 juli 2003, Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, EU:C:2003:415, punt 53).

20 Cursivering van mij. Bovendien kan worden opgemerkt dat in artikel 6, lid 2, van die verordening wordt vermeld dat „[d]e besluiten om een openbaredienstverplichting geheel of gedeeltelijk te handhaven of na verloop van tijd op te heffen, voorzien in het toekennen van een compensatie voor de eruit voortvloeiende lasten”. Aangezien het onlogisch zou zijn lidstaten te verplichten om in het geval van de beëindiging van een financieringsverplichting te voorzien in een vergoeding, kan daaruit worden afgeleid dat financieringsverplichtingen ook daarom niet onder het begrip ODV vallen.

21 Het begrip „dienst” moet hier in een niet-juridische context worden opgevat en heeft aldus betrekking op het aanbieden van een dienst of goederen op grond van bepaalde voorwaarden die anders zijn dan de marktvoorwaarden.

22 Zie bijvoorbeeld artikel 2, onder o), van verordening (EEG) nr. 2408/92 van de Raad van 23 juli 1992 betreffende de toegang van communautaire luchtvaartmaatschappijen tot intracommunautaire luchtroutes (PB 1992, L 240, blz. 8) en artikel 2, lid 4, van verordening (EEG) nr. 3577/92 van de Raad van 7 december 1992 houdende toepassing van het beginsel van het vrij verrichten van diensten op het zeevervoer binnen de lidstaten (cabotage in het zeevervoer) (PB 1992, L 364, blz. 7).

23 Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (PB 2007, L 315, blz. 1).

24 Ook lijkt deze definitie daarna niet te zijn ontwikkeld. Zie bijvoorbeeld artikel 2, lid 14, van verordening (EU) 2017/352 van het Europees Parlement en de Raad van 15 februari 2017 tot vaststelling van een kader voor het verrichten van havendiensten en gemeenschappelijke regels inzake de financiële transparantie van havens (PB 2017, L 57, blz. 1).

43. Bovendien wordt in verschillende documenten van de Commissie bevestigd dat deze definitie doorgaans de geldende is. In het witboek over diensten van algemeen belang [25] geeft de Commissie bijvoorbeeld aan dat het begrip ODV verwijst „naar door de overheid aan de *dienstverlener* opgelegde verplichtingen om te waarborgen dat aan bepaalde doelstellingen van algemeen belang wordt voldaan [...]" [26] In het in 2001 gepubliceerde document met de titel „Een kwaliteitskader voor diensten van algemeen belang in Europa" definieert de Commissie het begrip „dienst van algemeen belang" als „ *diensten* die overheden in de lidstaten aanmerken als zijnde van algemeen belang en *waaraan specifieke openbaredienstverplichtingen zijn verbonden*". [27] In haar „Gids voor de toepassing van de EU-regels inzake staatssteun, overheidsopdrachten en de eengemaakte markt op diensten van algemeen economisch belang, en met name sociale diensten van algemeen belang", licht de Commissie op dezelfde wijze toe dat een ODV „aan de dienstverrichter [wordt] opgelegd, met als leidraad het criterium ‚algemeen belang' dat ervoor moet zorgen dat de dienst wordt verricht onder voorwaarden waarmee de publieke taak kan worden vervuld". [28]

44. Ten slotte wijst de Commissie er op bladzijde 2, onder het opschrift „Reminder voor de juridische definitie van ODV's" in het uitdrukkelijk op de litigieuze sector in het hoofdgeding betrekking hebbende document met als titel „Nota van DG Energie en Vervoer inzake richtlijnen 2003/54/EG en 2003/55/EG betreffende de interne markt voor elektriciteit en aardgas", op dat het door de Commissie in de energiesector gehanteerde begrip ODV dezelfde betekenis heeft als in artikel 2 van verordening nr. 1191/69 van de Raad, in artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag (thans artikel 106, lid 2, VWEU) en in de rechtspraak van het Hof.

45. Alhoewel geen van de hierboven genoemde documenten van de Commissie kracht van wet heeft, kan niettemin worden opgemerkt dat wanneer in documenten van de Commissie wordt verwezen naar een ODV's, dit steeds wordt gedaan ter aanduiding van de verlening van specifieke diensten of de levering van specifieke goederen. [29]

46. Indien daarentegen in secundaire wetgeving en rechterlijke uitspraken wordt verwezen naar het bestaan van financieringsverplichtingen, worden deze verplichtingen niet als ODV's gepresenteerd, maar veeleer als tegenprestatie die is bedoeld om door een aantal andere ondernemingen aangegane ODV's te financieren. [30] Volgens artikel 2, onder g), van verordening nr. 1370/2007 wordt met „compensatie voor openbaredienstverlening" bijvoorbeeld bedoeld „elk, met name financieel, voordeel dat direct of indirect door een bevoegde instantie uit overheidsmiddelen wordt verleend tijdens of in verband met de periode waarin een openbaredienstverplichting [wordt] vervuld". Zonder een brede uitlegging van het begrip ODV te erkennen, wordt in het arrest Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg [31] evenzo aangegeven dat financiële verplichtingen niet onder het begrip ODV vallen, maar dat zij veeleer tegenprestatie voor een ODV zijn. Noodzakelijkerwijze impliciet hierbij is dat een ODV verlangt dat de exploitant iets doet of levert waarvoor hij soms wordt gecompenseerd, wat opnieuw benadrukt dat de enkele verplichting om een belasting (onder welke benaming dan ook) te betalen op zich geen ODV is.

25 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, witboek over diensten van algemeen belang, COM (2004) 374 definitief van 12 mei 2004, bijlage 1.

26 Cursivering van mij. COM (2004) 374 definitief van 12 mei 2004, blz. 23.

27 Cursivering van mij. COM(2011) 900 definitief van 20 december 2011, blz. 3.

28 Cursivering van mij. SWD(2013) 53 final/2 van 29 april 2013, blz. 22.

29 Zie bijvoorbeeld artikel 1, lid 18, van richtlijn 2001/83/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 november 2001 tot vaststelling van een communautair wetboek betreffende geneesmiddelen voor menselijk gebruik (PB 2001, L 311, blz. 67) of artikel 16 van verordening (EG) nr. 1008/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 24 september 2008 inzake gemeenschappelijke regels voor de exploitatie van luchtdiensten in de Gemeenschap (PB 2008, L 293, blz. 3).

30 Arresten van 22 november 2001, Ferring (C-53/00, EU:C:2001:627, punt 26); 7 mei 2009, Antrop e.a. (C-504/07, EU:C:2009:290, punt 20), en, in de elektriciteitssector, 17 juli 2008, Essent Netwerk Noord e.a. (C-206/06, EU:C:2008:413, punten 80 en 86).

31 Arrest van 24 juli 2003, (C-280/00, EU:C:2003:415, punten 87 en volgende).

47. Gezien het bovenstaande is het duidelijk dat, zoals in het Unierecht algemeen wordt aanvaard, het begrip ODV betrekking heeft op maatregelen op grond waarvan een of meer ondernemingen diensten moeten verlenen of goederen moeten leveren die deze ondernemingen niet zouden hebben verleend of geleverd, of althans niet in dezelfde mate of in dezelfde omstandigheden, indien zij niet door een lidstaat waren verplicht dit te doen om een doel van algemeen economisch belang te verwezenlijken.

48. Financieringsverplichtingen zijn gescheiden en verschillend van ODV-verplichtingen: zij vormen één van de manieren om de verwezenlijking van economische diensten van algemeen belang te financieren. Aangezien economische diensten van algemeen belang door een lidstaat zelf kunnen worden uitgevoerd, kunnen er financieringsverplichtingen zijn zonder dat aan een onderneming een ODV is opgelegd of kunnen ODV's bestaan die niet worden gecompenseerd door financieringsverplichtingen.

49. Met betrekking tot artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 wordt noch door de formulering, noch door de doelstelling van die richtlijn, en evenmin door de context ervan het standpunt ondersteund dat de begrippen „ODV" en „financieringsverplichting" onder die bepaling een andere betekenis hebben dan onder de rest van het Unierecht.

50. Wat de formulering van artikel 3, lid 2, betreft, deze verwijst uitdrukkelijk naar artikel 86 van het EG-Verdrag (thans artikel 106 VWEU) en daaruit blijkt dat de Uniewetgever niet heeft beoogd af te wijken van de gewoonlijk op grond van het Unierecht aan een ODV gegeven betekenis.

51. Ten aanzien van de doelstellingen kan uit de overweging 3 van richtlijn 2009/72 worden afgeleid dat deze richtlijn ertoe strekt een volledig open en concurrerende interne markt voor elektriciteit te verwezenlijken waarin alle consumenten vrijelijk hun leverancier kunnen kiezen en waarin alle leveranciers hun producten vrijelijk kunnen leveren. A priori is het evenwel weinig waarschijnlijk dat financieringsverplichtingen – in tegenstelling tot verplichtingen om een bepaalde dienst te verlenen of bepaalde producten te leveren – een dergelijke doelstelling ondermijnen, en indien zij dit wel zouden doen, dan is het waarschijnlijk dat zij dit in veel mindere mate zullen doen.

52. Bovendien wordt in overweging 50 van richtlijn 2009/72 gesteld dat deze richtlijn ertoe strekt „de eisen inzake openbaredienstverlening [...] en de gemeenschappelijke minimumnormen die daaruit voortvloeien [...] [te versterken] om te waarborgen dat alle consumenten [...] hun voordeel doen bij de vrije mededinging en bij billijke prijzen" en dat „de burgers van de Unie en, waar dit door de lidstaten opportuun wordt geacht, kleine ondernemingen, [...] aanspraak [dienen] te hebben op openbaredienstverplichtingen, vooral waar het gaat om leverings- en voorzieningszekerheid en redelijke prijzen". Hieruit volgt dat een ODV in de zin van richtlijn 2009/72 een verplichting is waarmee gemeenschappelijke minimumnormen kunnen worden gerealiseerd en die ten goede komt aan een niet nader bepaalde groep personen, ook al zijn zij misschien niet noodzakelijkerwijze eindverbruikers. In tegenstelling daartoe komen uit financieringsverplichtingen geen gemeenschappelijke minimumnormen voort en wordt er ook een bepaalde groep begunstigden mee ondersteund, namelijk de lidstaten, wanneer zij besluiten om de betrokken dienst van het algemeen economisch belang zelf te verlenen, dan wel de ondernemingen die belast zijn met het verrichten van die dienst.

53. Met betrekking tot de context moet worden opgemerkt dat artikel 3 van richtlijn 2009/72 „Openbaredienstverplichtingen en bescherming van de afnemer" als opschrift heeft. Het feit dat richtlijn 2009/72 ODV's en afnemers samen behandelt lijkt ook het beeld te bevestigen dat ODV's verplichtingen zijn waarmee voornamelijk aan consumenten bepaalde goederen worden geleverd of diensten worden verleend.

54. Ik wil tevens opmerken dat in artikel 3, lid 6, van richtlijn 2009/72 wordt bepaald dat „[i]ndien een lidstaat financiële compensatie, andere vormen van compensatie en exclusieve rechten voor *het nakomen van de in de leden 2 en 3 bedoelde verplichtingen* verleent, [dat] geschiedt [...] op een niet-discriminerende en transparante wijze”. [32] Dit geeft aan dat een financiële verplichting op zichzelf geen ODV is, maar veeleer is gericht op het verlenen van compensatie van ondernemingen die aan een ODV moeten voldoen.

55. In het licht van de specifieke omstandigheden van de zaak in het hoofdgeding, zou ik aandacht willen vragen voor het feit dat richtlijn 2009/72 uitsluitend op basis van artikel 95 van het EG-Verdrag (thans artikel 114 VWEU) is aangenomen, dat in lid 2 bepaalt dat dat artikel niet kan worden gebruikt voor het aannemen van Unierechtelijke belastingmaatregelen. Aangezien financieringsverplichtingen zoals aan de orde in het hoofdgeding, die door een lidstaat zijn opgelegd om overheidsuitgaven te dekken en geen enkel onmiddellijk voordeel voor de betrokken onderneming inhouden, belastingmaatregelen zijn in de zin van het Unierecht, moet richtlijn 2009/72, behalve in specifieke situaties, aldus worden uitgelegd dat zij geen betrekking heeft op dergelijke verplichtingen. [33]

56. Zou worden geoordeeld dat een dergelijke verplichting onder het begrip ODV valt, dan zou dat namelijk betekenen dat elke belastingmaatregel of staatsteun ook zou moeten worden geanalyseerd in het kader van artikel 3, lid 2, hetgeen duidelijk niet het doel van die bepaling is.

57. Gelet op deze overwegingen ben ik van mening dat een ODV op grond van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 moet worden opgevat in de betekenis die volgens het Unierecht normaal gesproken aan dit begrip wordt gegeven, namelijk als verwijzing naar een verplichting voor een onderneming om een specifieke dienst te verlenen (of een specifiek goed te leveren) onder voorwaarden (prijs, hoeveelheid, kwaliteit, continue dienstverlening, enzovoort) die deze onderneming niet zou toepassen als zij daartoe niet door nationale wetgeving zou worden verplicht teneinde een dienst van algemeen economisch belang te waarborgen. ODV’s zijn derhalve slechts een manier om in het algemeen belang economische activiteiten te reguleren en een methode om derden aan te wijzen voor de uitvoering van deze activiteiten. [34]

58. Deze conclusie is volledig in lijn met de bestaande arresten van het Hof over artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72. In het arrest Renerga [35] heeft het Hof namelijk uit het feit dat in de betrokken nationale wetgeving niet was voorzien in een dwingende verplichting voor een onderneming om elektriciteit uit hernieuwbare bronnen op te wekken en te leveren, de conclusie getrokken dat er geen sprake was van een aan die onderneming opgelegde ODV. In het arrest Achema e.a. [36] heeft het Hof om te bepalen of bepaalde subsidies moesten worden beschouwd als compensatie voor diensten die begunstigde ondernemingen verrichten voor de verwezenlijking van een ODV, onder meer onderzocht of deze subsidies verband hielden met een dienst die werd verricht ten behoeve van de eindverbruikers of marktdeelnemers in de elektriciteitssector.

32 Cursivering van mij.

33 Zie de conclusie van advocaat-generaal Hogan in de zaak UNESA e.a. (C-105/18–C-113/18, EU:C:2019:395, punt 35). Ter terechtzitting in onderhavige zaak heeft de vertegenwoordiger van de Spaanse regering opgemerkt dat op grond van de nationale wetgeving de betrokken financieringsverplichting volgens artikel 31 van de Spaanse grondwet een publiekrechtelijke vermogensrechtelijke prestatie vormt en als zodanig fiscaal van aard is. Vanuit Unierechtelijk oogpunt dient het Hof een belasting, recht of heffing echter te kwalificeren aan de hand van de objectieve kenmerken van de belasting, onafhankelijk van de wijze waarop deze naar nationaal recht wordt gekwalificeerd. Zie het arrest van 18 januari 2017, IRCCS - Fondazione Santa Lucia (C-189/15, EU:C:2017:17, punt 29).

34 De andere manier om derden aan te wijzen is door het sluiten van een openbaredienstcontract. In een openbaredienstcontract kan een ODV worden vastgelegd. Zie in die zin het arrest van 10 mei 2005, Italië/Commissie (C-400/99, EU:C:2005:275, punt 65). De gebruikte techniek is echter totaal anders.

35 Arrest van 14 november 2018, Renerga (C-238/17, EU:C:2018:905, punt 26).

36 Arrest van 15 mei 2019, Achema e.a. (C-706/17, EU:C:2019:407, punt 112).

59. Derhalve deel ik volledig de mening van de Commissie dat het voor de kwalificatie volgens artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 van een maatregel als ODV, niet voldoende is dat de maatregel aan een of meer ondernemingen werd opgelegd om hen te dwingen specifiek gedrag te vertonen dat nodig is ter verwezenlijking van een dienst van algemeen economisch belang, maar dat een dergelijke maatregel deze ondernemingen ook moet verplichten een bepaalde dienst te verlenen of een bepaald goed te leveren op voorwaarden die op een dergelijke markt niet de gangbare praktijk zijn.

60. Een verplichting, zoals aan de orde in het hoofdgeding, om een actieplan te financieren ter stimulering van maatregelen [37] voor energiebesparing en energie-efficiëntie, kan dan ook niet worden geacht een ODV te vormen in de zin van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72, zelfs als de gefinancierde maatregelen ertoe strekken een dienst van algemeen economisch belang te verrichten. Dit betekent niet dat de financiële verplichtingen in kwestie – die althans in bepaalde opzichten de aard lijken te hebben van een bijzondere belasting die is opgelegd aan bepaalde energie-ondernemingen – waarschijnlijk niet onder andere Unierechtelijke regels vallen, maar gewoonweg dat zij niet onder artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 vallen, en dat is de door de verwijzende rechter gestelde vraag.

61. Bijgevolg geef ik in overweging de eerste vraag aldus te beantwoorden dat artikel 3, lid 2, van richtlijn 2003/54 en artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 niet aldus moeten worden uitgelegd dat een verplichting om de verschillende maatregelen van een actieplan te financieren, zoals het plan bedoeld in de derde aanvullende bepaling van koninklijk wetsbesluit 14/2010, een „openbaredienstverplichting" vormt in de zin van die bepalingen.

62. Gelet op het antwoord op de eerste vraag hoeft de tweede vraag niet te worden beantwoord.

V. Conclusie

63. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de eerste prejudiciële vraag van de Audiencia Nacional (nationaal hof, Spanje) te beantwoorden als volgt:

„Artikel 3, lid 2, 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 en artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van richtlijn 2003/54/EG moeten niet aldus worden uitgelegd dat een verplichting om de verschillende maatregelen van een actieplan te financieren, zoals het plan bedoeld in de derde aanvullende bepaling van Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico (koninklijk wetsbesluit 14/2010 van 23 december tot vaststelling van dringende maatregelen om het tarieftekort in de elektriciteitssector aan te pakken), een ‚openbaredienstverplichting' vormt in de zin van die bepalingen."

37 In dit verband moet de doelstelling van het actieplan niet worden verward met de doelstelling van de derde aanvullende bepaling, die slechts betrekking heeft op het besluit om de financiering van dit plan de verantwoordelijkheid van ondernemingen te maken.