CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL D. RUIZ-JARABO COLOMER van 20 oktober 2009[1]

I — Inleiding

1. Bij het begin van de welvaartsstaat zijn bepaalde economische terreinen aan de logica van de markt onttrokken om de afstand tussen de „beheerste leefruimte" en de „daadwerkelijke leefruimte"[2] te verkleinen. In naam van niet strikt economische waarden — vastgelegd in het klassieke continentale rechtsbegrip van openbare dienst — werd op bepaalde gebieden de overheidsinterventie geïntensiveerd, werden monopolies gevormd en werd de regulering uitgebreid.

2. Sinds de Europese Akte, waarbij „op het altaar van de politieke ideeën" een nieuwe afgod — de mededinging — is gehuldigd, vormt de openbare dienstverlening een obstakel dat moet worden overwonnen ten gunste van een liberalisering waarop alle hoop is gevestigd.[3]

3. De openstelling van de markt vormt de eerste stap van dit beleid, maar ook na het verdwijnen van de barrières bestaan nog bepaalde behoeften waaraan de markt alleen niet kan voldoen. Aldus ontstaat een openbare interventie, in de vorm van „diensten van algemeen belang" en „openbaredienstverplichtingen", die de overheden aan de ondernemingen van de geliberaliseerde sectoren opleggen ter bescherming van de openbare belangen waarvan de — noodzakelijke — vervulling niet aan het vrije spel van de marktkrachten kan worden overgelaten.

4. De grote uitdaging van het hedendaagse economisch recht is gelegen in de afbakening van dit overheidsingrijpen. Tot dusver is dit enkel aan de orde geweest in het kader van het voortbestaan van exclusieve rechten of de financiering van voornoemde diensten, doch zelden bij openbaredienstverplichtingen. En over dit punt gaat het nu juist bij de hier voorliggende prejudiciële vraag.

5. Gas is sinds de negentiende eeuw van bijzonder belang geweest voor de ontwikkeling

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — Door Forsthoff bedachte terminologie in zijn theorie over de „bescherming van het algemeen belang" (Daseinvorsorge) [Forsthoff, E., *Sociedad Industrial y Administración Pública,* Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1967 (1958)].

3 — Zoals Fernández, T.R., het meesterlijk stelt in „Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy", *Revista de Administración Pública,* nr. 150, september-december 1999, blz. 57-73.

van de moderne samenleving. In de literatuur is uitdrukking gegeven aan het wantrouwen dat gas in eerste instantie wekte [4] en de latere invloed ervan [5], tot aan de integratie ervan in het dagelijkse leven, zoals door Pérez Galdós beschreven. [6] Richtlijn 2003/55/EG [7] voorziet in de volledige openstelling van de markt voor gas met ingang van 1 juli 2007, en het Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia wenst te vernemen of de Italiaanse autoriteiten na die datum bij wijze van uitzondering mogen interveniëren in de vaststelling van de prijzen voor de levering van gas in een feitelijke situatie waarin concurrentie ontbreekt.

6. Indien de openbare dienst, zoals de Franse Conseil d'État stelt [8], kan worden gedefinieerd als „het verlengstuk van de markt door andere middelen, wanneer de markt het laat afweten, en niet het tegengestelde ervan", zal de staat in omstandigheden waarin de concurrentie verslechtert, tussenbeide moeten komen om de gevolgen van een dergelijke problematische situatie te mitigeren. Het ingrijpen van de overheid op de markt, gericht op de bescherming van de consumentenrechten, dient al met al te worden beperkt om de daadwerkelijke liberalisering niet voor onbepaalde tijd uit te stellen.

4 — Alexandre Dumas schrijft in 1846 in zijn roman „La femme au collier de velours" („La mujer del collar de terciopelo", *Mil y un fantasmas*, Uitgeverij Valdemar, Madrid, 1996, blz. 20): „Nodier voelde een grote afschuw voor alle uitvindingen; gas dreef hem tot wanhoop; stoom ergerde hem mateloos; hij zag het einde van de wereld naderen door de vernietiging van de bossen en de uitputting van de steenkoolmijnen".

5 — Een van de eerste toepassingen van gas was een uitvinding van de Fransman Montgolfier, wier beroemde ballonnen zich verhieven dankzij de lichtheid van waterstof:
Mariano José de Larra schreef in 1833 drie artikelen onder dezelfde titel, „Ascensión aerostática", *Artículos completos*, Uitg. RBA e Instituto Cervantes. In het eerste, blz. 482 e.v., vertelt hij over de poging van de Spanjaard García Rozo om een ballon te doen opstijgen in de parterre van het Retiropark te Madrid op 28 april 1833, in tegenwoordigheid van het koningspaar en gesteld voor enorm hoge verwachtingen. Door verschillende omstandigheden en door regen mislukte de poging. In het tweede artikel, blz. 546 e.v., gaat het om een andere poging van García Rozo op de Plaza de Oriente, enkele dagen later, waarbij hij er niet in slaagde de ballon geheel te vullen, en zich als het ware de scène herhaalde waarin Don Quichot en Sancho, gezeten op Houtepin, zich door het lichte blazen van de blaasbalgen in het huis van de hertog reizend waanden in de sfeer van het vuur. In het derde artikel, dat niet in voormeld werk is opgenomen en dat korter is, gaat hij nogmaals in op het fiasco van de Plaza de Oriente.
Vervolgens wordt gas beschreven als een verworvenheid van de moderne tijden:
José Maria Eça de Queirós legt in „La Reliquia", *Obras Completas*, vertaling van Julio Gómez de la Serna, Uitg. Aguilar, Madrid, 1954, deel I, blz. 179 e.v., de hoofdpersoon de volgende woorden in de mond: „Was ik onherroepelijk mijn individualiteit kwijtgeraakt als Raposo, katholiek, doctorandus, tijdgenoot van de Times en gas, om een man uit de oudheid te worden, tijdgenoot van Tiberius?".
Tot slot gaat gas deel uitmaken van het dagelijkse leven, en verlicht het straten en huizen:
Irene Nemirovsky vertelt in *El Baile* (vertaling van Gema Moral, Uitg. Salamandra, Barcelona, 2006, blz. 14) dat de moeder van Antoinette, de hoofdpersoon, romans las gebogen onder een grote lamp in de vorm van een bol van geslepen glas, waarin de krachtige gasstraal fonkelde, en op blz. 53 heeft zij het erover dat Antoinette, bij het vallen van de avond in Parijs, opbotst tegen de lantaarnopsteker, die met zijn lange stok een na een de lantaarns aanraakt en ze plots doet oplichten.
Recentelijk had Ana María Matute, winnares van de literatuurprijzen Planeta, Nadal en Café de Gijón en kandidate voor de Nobelprijs, die het in *Paraíso inhabitado* (Uitg. Destino, Barcelona, 2008, blz. 11) het over de lantaarnopsteker die bij het vallen van de avond in de jaren voorafgaand aan de Tweede Spaanse Republiek „met een lange stok in de gaslantaarn, blauwachtige trillende vlammetjes aanstak".

6 — In M. del C. Simón Palmer, „El gas en la obra de Galdós", *Actas del IV Congreso internacional de estudios galdosianos de 1990,* uitgegeven door Cabildo Insular de Gran Canaria, Las Palmas, 1993, deel II, blz. 565 e.v., zijn talrijke passages te vinden uit de Episodios Nacionales, Fortunata y Jacinta, Tormento, La Desheredada of Doña Perfecta.

7 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van richtlijn 98/30/EG (PB L 176, blz. 57).

8 — *Rapport public du Conseil d'État, 1994, Considérations générales: Service public, services publics: déclin ou renouveau,* Études et Documents nr. 46, Parijs, 1995.

II — Rechtskader

A — *Gemeenschapsrecht: richtlijn 2003/55*

7. Richtlijn 2003/55 ziet op de totstandbrenging van de interne markt voor aardgas.

8. Volgens punt 2 van de considerans van de richtlijn blijkt uit de ervaring die is opgedaan met richtlijn 98/30/EG[9], die bij de richtlijn van 2003 is ingetrokken, dat de instelling van die markt voordelen zou kunnen opleveren, maar zijn er nog belangrijke tekortkomingen en mogelijkheden tot verbetering van de werking van de markt, met name door „concrete maatregelen om gelijke concurrentievoorwaarden te waarborgen en het risico van marktdominantie en marktondermijnend gedrag te beperken […], en de rechten van kleine en kwetsbare afnemers te beschermen".

9. Punt 18 van de considerans van richtlijn 2003/55 betreft één van de wezenlijke elementen van het liberalisatieproces: de vrije keuze van de leverancier door de afnemers van gas. Om deze doelstelling te verwezenlijken, gaat de richtlijn uit van een aanpak in fasen, met een bepaalde einddatum, zodat de industrie zich kan aanpassen en de bescherming van de belangen van de afnemers en van hun echt en daadwerkelijk recht van keuze van leverancier kan waarborgen.

10. Punt 26 van de considerans verwijst naar de maatregelen van de lidstaten ten behoeve van een hoogwaardige „openbare dienstverlening in de Gemeenschap", van welke maatregelen de Commissie op gezette tijden in kennis moet worden gesteld en die verschillen „naargelang het huishoudelijke afnemers dan wel kleine en middelgrote bedrijven betreft". Punt 27 van de considerans verwijst naar de openbare dienstverlening, „fundamentele eis" van de richtlijn, waarin „gemeenschappelijke […] minimumnormen [moeten] worden vastgesteld waarbij rekening wordt gehouden met […] de consumentenbescherming, leverings- en voorzieningszekerheid, milieubescherming en gelijkwaardige mededingingsniveaus in alle lidstaten". Benadrukt wordt voorts dat die voorwaarden moeten worden geïnterpreteerd rekening houdend met de nationale omstandigheden en met inachtneming van de gemeenschapswetgeving.

11. Volgens artikel 2, punt 25, van de richtlijn wordt onder „huishoudelijke afnemers" verstaan, de afnemers die aardgas kopen voor

9 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas (PB L 204, blz. 1).

eigen gebruik en, volgens artikel 2, punt 28, onder „in aanmerking komende afnemers", de afnemers die vrij zijn om gas te kopen bij de leverancier van hun keuze, in de zin van artikel 23 van de richtlijn. Dit artikel 23, lid 1, sub c, verlangt van de lidstaten dat met ingang van 1 juli 2007 alle afnemers in aanmerking komende afnemers zijn.

12. Artikel 3 van de richtlijn betreft de openbaredienstverplichtingen en de bescherming van de afnemer. Artikel 3, lid 1, bepaalt dat de lidstaten waarborgen „dat aardgasbedrijven […] volgens de beginselen van deze richtlijn worden geëxploiteerd met het oog op de totstandbrenging van een concurrerende, zekere en ecologisch duurzame aardgasmarkt", en zij „wat de rechten en plichten betreft […] deze bedrijven niet verschillend [mogen] behandelen".

13. Het voorgaande dient evenwel te worden opgevat „onverminderd lid 2" van dit artikel 3, dat bepaalt: „[m]et volledige inachtneming van de toepasselijke bepalingen van het Verdrag, met name artikel 86, mogen de lidstaten in het algemeen economisch belang aan bedrijven die in de gassector actief zijn verplichtingen inzake openbare dienstverlening opleggen, die betrekking kunnen hebben op de […] prijs van de leveringen […]". Deze verplichtingen moeten duidelijk gedefinieerd, transparant, niet-discriminerend en controleerbaar zijn en de gelijke toegang van EU-aardgasbedrijven tot nationale consumenten waarborgen.

14. Artikel 3, lid 3, verplicht tot bescherming van de afnemers, in het bijzonder van de meest zwakke: „De lidstaten [moeten] eindafnemers […] beschermen en […] een hoog niveau van consumentenbescherming […] waarborgen […] in het bijzonder […] van kwetsbare afnemers, met inbegrip van passende maatregelen om hen te helpen voorkomen dat zij worden afgesloten […], met name met betrekking tot de transparantie van algemene contractvoorwaarden, algemene informatie en mechanismen ter beslechting van geschillen. De lidstaten zorgen ervoor dat een in aanmerking komende afnemer daadwerkelijk de mogelijkheid heeft op een nieuwe leverancier over te stappen. Wat ten minste de huishoudelijke afnemers betreft, omvatten deze maatregelen de in bijlage A beschreven maatregelen." [10]

15. Volgens artikel 3, lid 6, delen de lidstaten de Commissie „na de implementatie van deze richtlijn alle maatregelen mede die zijn vastgesteld om openbare dienstverplichtingen in het leven te roepen, met inbegrip van

10 — De maatregel van bijlage A, sub g, houdt in dat „ervoor wordt gezorgd dat de afnemers […] die op het gassysteem zijn aangesloten, in kennis worden gesteld van hun recht om, in overeenstemming met de geldende nationale wetgeving, te worden voorzien van aardgas van een bepaalde kwaliteit tegen een redelijke prijs".

consumenten- en milieubescherming en van de mogelijke gevolgen van deze maatregelen voor de nationale en internationale concurrentie", ongeacht of deze maatregelen een ontheffing van de bepalingen van deze richtlijn vereisen.

B — *Italiaans recht*

16. Kort vóór 1 juli 2007, uiterste datum voor de volledige liberalisering van de aardgasmarkt volgens artikel 23 van richtlijn 2003/55, is in Italië wetsbesluit nr. 73 van 18 juni 2007 vastgesteld, waarbij aan de Autorità per l'energia elettrica e il gas de bevoegdheid is toegekend om „referentieprijzen" vast te stellen voor de verkoop van gas aan bepaalde afnemers, ook ná de volledige openstelling van de markt.

17. Voormeld wetsbesluit is omgezet in wet nr. 125 van 3 augustus 2007, waarvan artikel 1, lid 3, bepaalt:

„Teneinde de toepassing van de gemeenschapsbepalingen ter zake van de universele dienst te waarborgen, formuleert de Autorità per l'energia elettrica e il gas standaardvoorwaarden voor het verrichten van de dienst en legt zij tijdelijk, op basis van de daadwerkelijke kosten van de dienst, referentieprijzen vast […] voor de levering van aardgas aan particuliere afnemers, die de distributie- en verkoopondernemingen, in het kader van hun universeledienstverplichtingen, in hun commerciële aanbod opnemen, waarbij zij ook voorzien in een keuzemogelijkheid tussen verschillende tariefschalen en gedifferentieerde uurroosters […], onverminderd de toezichthoudende en de interventiebevoegdheden van de Autorità per l'energia elettrica e il gas ter bescherming van de rechten van de gebruikers, daaronder begrepen in gevallen van vastgestelde ongerechtvaardigde prijsverhogingen en wijzigingen van de voorwaarden waaronder de dienst wordt verleend aan de afnemers die nog geen gebruik hebben gemaakt van hun keuzerecht." [11]

18. Volgens de Italiaanse verwijzende rechter is met deze bepaling „wettelijke dekking gegeven aan de uitoefening van de regelgevende bevoegdheid door de Autorità op het gebied van de gasprijs na 1 juli 2007".

11 — De formulering van artikel 1, lid 3, van het wetsbesluit verschilde enigszins van die van hetzelfde artikel van de omzettingswet, waarin werd gepreciseerd dat de bevoegdheid van de Autorità tijdelijk is.

III — Hoofdgeding en prejudiciële vraag

19. Op 29 maart 2007 stelde de Autorità per l'energia elettrica e il gas beslissing nr. 79/07 vast, tot herwaardering van de economische voorwaarden voor de levering van gas voor de periode van 1 januari 2005 tot en met 31 maart 2007, en tot vaststelling van de criteria voor de actualisering van die economische voorwaarden. Volgens punt 1.3.1 van die beslissing zouden de berekeningsformules die zijn vastgesteld met het oog op de actualisering van de variabele vergoeding voor de verkoop op groothandelsniveau, tot en met 30 juni 2008 worden toegepast; punt 1.3.2 kent de Autorità het recht toe het bestaan te onderzoeken van de voorwaarden voor de verdere verlenging van die bevoegdheid tot en met 30 juni 2009.

20. Federutility, Assogas, Libarna Gas spa, Collino Commercio spa, Sadori gas spa, Egea Commerciale, E.On Vendita srl en Sorgenia spa (ondernemingen en ondernemersverenigingen die op de Italiaanse markt voor aardgas actief zijn) hebben vijf beroepen ingesteld tegen deze beslissing nr. 79/07 en een aantal latere beslissingen van de Autorità (beslissingen nrs. 80/07, 158/07, 242/07 en 346/07). [12]

21. Zij ontlenen hun voornaamste argument aan een gestelde schending van richtlijn 2003/55, waarin is bepaald dat de gassector vanaf 1 juli 2007 volledig moet zijn geliberaliseerd. Verzoekers stellen dat, om te waarborgen dat alle afnemers vanaf die datum vrij een leverancier kunnen kiezen, de verkoopprijs van gas uitsluitend door het spel van vraag en aanbod, zonder inmenging van de overheid, tot stand moet komen. De „referentieprijzen" voor de periode na het tweede trimester van 2007 (bepaald bij beslissing nr. 79/07) zijn derhalve in strijd met het gemeenschapsrecht, zo menen zij.

22. Het Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia (Vierde kamer), waarbij voornoemde beroepen zijn ingesteld, is van oordeel dat de beslechting van het geschil afhankelijk is van de uitlegging van richtlijn 2003/55 en heeft het Hof krachtens artikel 234 EG de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„Moet artikel 23 van richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van richtlijn 98/30/EG, die tot openstelling van de gasmarkt verplicht, in overeenstemming met de uit het EG-Verdrag voortvloeiende beginselen aldus worden uitgelegd dat deze bepaling en de beginselen van gemeenschapsrecht in de weg staan aan een bepaling van nationaal recht (en de daarop volgende uitvoeringshandelingen) die na 1 juli 2007 de bevoegdheid van de nationale

12 — Beroepen R.G. 1276/07, R.G. 1279/07, R.G. 1285/07, R.G. 1359/07 en R.G. 1490/07.

regelgevende instantie in stand laat om referentieprijzen vast te stellen voor de levering van aardgas aan particuliere afnemers (een onbepaalde en onder de afnemerscategorieën niet gedefinieerde categorie, die derhalve niet verwijst naar bepaalde sociaal-economisch precaire situaties die de vaststelling van bovengenoemde referentieprijzen zouden kunnen rechtvaardigen), die de distributie- of verkoopondernemingen in het kader van hun openbaredienstverplichtingen in hun commerciële aanbod moeten opnemen;

of

moet bedoeld artikel 23 in samenhang met artikel 3 van richtlijn 2003/55/EG (welke bepaling erin voorziet dat de lidstaten in het algemeen economisch belang aan bedrijven die in de gassector actief zijn verplichtingen inzake openbare dienstverlening mogen opleggen die betrekking kunnen hebben op de prijs van de leveringen) aldus worden uitgelegd dat genoemde bepalingen van gemeenschapsrecht zich niet verzetten tegen een nationale bepaling op grond waarvan gelet op de bijzondere marktsituatie — gekenmerkt doordat, althans wat het segment van de groothandel betreft, nog geen sprake is van ‚daadwerkelijke mededinging' — langs bestuurlijke weg een referentieprijs voor aardgas mag worden vastgesteld die verplicht moet worden opgenomen in het commerciele aanbod van elke verkoper aan zijn particuliere afnemers in het kader van de universeledienstverplichting, hoewel alle afnemers als ‚vrij' moeten worden beschouwd?"

IV — Procesverloop voor het Hof

23. Het prejudiciële verzoek is bij de griffie van het Hof ingekomen op 20 juni 2008.

24. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door Federutility, Libarna Gas, Sorgenia en Assogas, alsook door de Commissie en de regeringen van Polen, Estland en Italië.

25. In een bijlage bij de oproep voor de zitting is aan de partijen in het hoofdgeding en aan de Italiaanse Republiek de vraag gesteld, of de verplichting om de „referentieprijzen" voor de levering van aardgas aan particulieren in het commerciële aanbod te vermelden, betekent dat de ondernemingen die prijzen aan hun afnemers moeten aanbieden en op hen moeten toepassen en dat zij bijgevolg geen overeenkomst onder andere tariefvoorwaarden mogen aangaan, of dat die prijzen louter indicatief van aard zijn. Voorts is hun

gevraagd naar het toepassingsgebied van deze verplichting, met precisering of de getroffen afnemers uitsluitend particulieren zijn en geen rechtspersonen omvatten. Federutility, Libarna Gas, Sorgenia en Assogas en de Italiaanse regering hebben het Hof in juli 2009 schriftelijk geantwoord.

26. Ter terechtzitting van 8 september 2009 hebben de vertegenwoordigers van Federutility, Assogas, Libarna Gas, Sorgenia, de Commissie en de Estlandse en de Italiaanse regering mondeling hun standpunt verwoord.

V — Inleiding: tariefinterventie in een formeel mededingingskader

A — *Ontbreken van daadwerkelijke mededinging op de aardgasmarkt*

27. De met de richtlijnen 96/92/EG [13] en 98/30 ingezette liberalisering van de energiesector is aanzienlijk versneld door de vaststelling van de richtlijnen 2003/54/EG [14] en 2003/55, strekkende tot openstelling van de markten voor elektriciteit en gas voor alle niet-huishoudelijke afnemers vanaf 1 juli 2004, en voor alle afnemers, zonder enig onderscheid, vanaf 1 juli 2007. [15]

28. De uitvoering van deze ambitieuze agenda lag bij de lidstaten. De gemaakte vorderingen zijn evenwel zeer wisselend. Dit heeft de Commissie vastgesteld in de mededeling aan de Raad en het Europees Parlement van 10 januari 2007 [16], waarin zij erkent dat, hoewel „de basisbegrippen van de interne energiemarkt [werden] verankerd in het rechtskader, de institutionele regelingen en de fysieke infrastructuur […], er […] in veel lidstaten nog geen sprake [is] van echte concurrentie. Afnemers kunnen in veel gevallen niet echt veranderen van leverancier" en in het algemeen is er nog niet veel vertrouwen in de interne markt. [17]

13 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit (PB L 27, blz. 20).

14 — Richtlijn 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 L 176, blz. 37).

15 — Artikel 21 van richtlijn 2003/54 en artikel 23 van richtlijn 2003/55.

16 — Mededeling over de vooruitzichten van de interne gas- en elektriciteitsmarkt [COM(2006) 841 def.].

17 — Zoals Peter D. Cameron zelfs stelt, „zijn de voordelen van de liberalisering van de energiemarkten tot dusver niet zo duidelijk als werd verwacht: de daling van de prijzen is geen onvermijdelijk gevolg van de liberalisering, en evenmin de afname van overheidsinterventie; de marktmacht van de reeds gevestigde ondernemingen is toegenomen en de toetreding van nieuwe deelnemers tot de markten voor elektriciteit en gas is als ‚wachten op Godot'" (Cameron, P., *Legal aspects of EU energy regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas Across Europe*, Oxford University Press, 2005, blz. 36).

29. Zich bewust van het onvolledige karakter van de liberalisering, heeft de Commissie een „derde energiepakket" in gang gezet, bedoeld om de onvolkomenheden van de bestaande regeling te verhelpen. Het omvat een voorstel tot wijziging van richtlijn 2003/55 dat, bijvoorbeeld, voorziet in de effectieve ontkoppeling van enerzijds de productie- en leveringsactiviteiten en anderzijds het netwerkbeheer. [18]

30. De Commissie is van mening dat de interventie in de gastarieven (en ook de elektriciteitstarieven) een van de oorzaken en tegelijkertijd een van de gevolgen is van het feit dat thans concurrentie in de energiesector ontbreekt. Enerzijds noemt zij als een van de voornaamste tekortkomingen die bij de omzetting van de nieuwe richtlijnen zijn vastgesteld, de „gereguleerde tarieven [die] verhinderen dat nieuwkomers hun intrede kunnen doen op de markt". [19] Anderzijds voegt zij daaraan toe dat, als gevolg van die tekortkomingen „de gevestigde gas- en elektriciteitsbedrijven hun dominante positie [...] grotendeels [konden] handhaven", hetgeen „talrijke lidstaten ertoe [heeft] gebracht de gas- en elektriciteitstarieven voor de eindgebruikers strikt te reguleren. Dit betekent helaas vaak een ernstige beperking voor de mededinging." [20]

31. In de EU-lidstaten is het heel gewoon dat open energiemarkten samengaan met gereguleerde energietarieven; zoals de Commissie in haar verslag van 15 april 2008 [21] toegeeft, geldt dit „in één derde van de gasmarkten en in meer dan de helft van de elektriciteitsmarkten [...]. In de meeste lidstaten waarin prijsregulering van kracht is, is deze regulering niet beperkt tot de kleine gebruikers. In alle gebruikerssegmenten kan worden geleverd tegen gereguleerde tarieven."

32. De beschreven situatie stemt overeen met die van de gassector in Italië. Zoals de Italiaanse regering in haar schriftelijke opmerkingen heeft aangegeven, kenmerkt de nationale aardgasmarkt zich door de prominente rol van Eni. Deze onderneming bezit het monopolie op de gasinvoer, is eigenares van het grootste deel van het transportnetwerk, heeft een absolute machtspositie bij de verwerking van gas en is de voornaamste groothandelaar. Dit gebrek aan concurrentie op de groothandelsmarkt heeft het voortbestaan mogelijk gemaakt van de lokale kleinhandelsmonopolies, die veelal verticaal geïntegreerd zijn met de beheerders van het distributienetwerk. Dit maakt de intrede van andere leveranciers uitzonderlijk moeilijk: in de eerste plaats omdat

18 — Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van richtlijn 2003/55/EG [COM(2007) 529 def.].

19 — Mededeling van 10 januari 2007, reeds aangehaald, punt 1.3.

20 — Mededeling van 10 januari 2007, reeds aangehaald, punt 1.4.

21 — Verslag aan de Raad en het Europees Parlement over de voortgang bij de totstandbrenging van de interne markt voor gas en elektriciteit [COM(2008) 192 def.].

deze het gas zouden moeten betrekken van Eni, die hun de voorwaarden zou opleggen die haar goeddunken en daarmee hun eventuele winstmarges tot het minimum zou beperken; en in de tweede plaats door de moeilijkheid om op lokaal niveau te concurreren met verticaal geïntegreerde marktdeelnemers.

B — *Regulering van de prijzen voor levering in een context waarin daadwerkelijke mededinging ontbreekt*

33. Deze omstandigheden, in combinatie met een stijgende tendens van de prijzen van olieproducten op de internationale markten, waren voor de Italiaanse overheid aanleiding om de thans bestreden maatregel te nemen. Om te voorkomen dat de stijging van de grondstofkosten ten laste van de gebruikers zou komen, werd besloten de bevoegdheid van de Autorità per l'energia elettrica e il gas om „referentieprijzen" voor de levering van aardgas aan particuliere afnemers vast te stellen, te verlengen ook ná 1 juli 2007, datum waarop de Italiaanse markt voor gas overeenkomstig de omzettingsbepalingen van richtlijn 2003/55 werd opengesteld.

34. Volgens artikel 1, lid 3, van de Italiaanse wet van 3 augustus 2007 vertoont de omstreden bevoegdheid de volgende kenmerken:

1) Er worden „referentieprijzen" voor de levering van aardgas vastgelegd, die de ondernemingen moeten opnemen „in hun commerciële aanbod, waarbij zij ook voorzien in een keuzemogelijkheid tussen verschillende tariefschalen en gedifferentieerde uurroosters".

Op de vraag aan de partijen in het hoofdgeding en aan de Italiaanse regering naar de omvang van deze verplichting, ontkennen eerstgenoemden in hun antwoord dat de genoemde „referentieprijzen" louter indicatief zijn. Zij stellen dat de aardgasbedrijven hun afnemers in de praktijk geen alternatieve en aantrekkelijkere prijzen kunnen bieden dan die van de Autorità, wier „referentieprijzen" reeds onder het Europese gemiddelde liggen. Neemt men daarbij het grote aantal gebruikers in aanmerking waaraan de leveranciers deze beschermde prijzen moeten aanbieden en op wie zij ze moeten toepassen, dan is volgens verzoekers in het hoofdgeding geen andere uitleg mogelijk dan dat de mogelijkheid van andere tarieven puur theoretisch is. [22]

2) Voormelde „referentieprijzen" worden berekend op basis van „de daadwerkelijke

22 — Schriftelijke opmerkingen van Federutility van 31 juli 2009, punten 7-9, en van Sorgenia van 31 juli 2009, punt 1.

kosten van de dienst". Blijkens de gegevens in het dossier zijn de door de Autorità vastgestelde economische voorwaarden afgeleid uit de som van vier factoren: de distributieprijs, de prijs van transmissie en opslag, een variabel bedrag met betrekking tot de detailverkoop en een ander met betrekking tot de verwervingskosten van de grondstof, waaronder die van de groothandelsinkoop van gas. In geschil is in casu de berekening van deze laatste post, nu anders dan op de groothandelsmarkt, waar de gasprijs de ontwikkeling van olieproducten volgt, het tarief voor de kleinhandelsverkoop is beschermd door een „vrijwaringsclausule", waarmee de Autorità voorkomt dat de grondstofkosten, wanneer deze hoog zijn, volledig worden doorberekend. De gasleveranciers moeten derhalve hun afnemers een prijs berekenen waarin de grondstofkosten niet volledig zijn verdisconteerd. Om te voorkomen dat de economische last van de transactie uitsluitend op deze ondernemingen neerkomt, heeft de Autorità de groothandelaars ertoe verplicht te heronderhandelen over de verkoopcontracten voor gas. [23]

3) Wat het toepassingsgebied van deze „referentieprijzen" betreft, verlangt artikel 1, lid 3, van het wetsbesluit enkel dat deze worden aangeboden „aan particuliere afnemers". De verwijzingsbeschikking duidt deze categorie van afnemers aan als „onbepaald"; volgens de Commissie daarentegen zijn „de referentieprijzen van toepassing op gezinnen en huishoudens in gebouwen met centrale verwarming, met een jaarlijks verbruik van minder dan 200 000 kubieke meter".

In de antwoorden van de partijen in het hoofdgeding en de Italiaanse regering van eind juli 2009 en in de mondelinge opmerkingen ter terechtzitting is nader gepreciseerd dat de verplichte handhaving van de „referentieprijzen" betrekking heeft op 2 categorieën afnemers:

a) de eindgebruikers die reeds vóór 1 januari 2003 in aanmerking kwamen (vanwege een jaarlijks gasverbruik van meer dan 200 000 kubieke meter of op andere gronden) en die nog geen nieuwe overeenkomst voor de levering van gas hebben gesloten;

b) de eindgebruikers met een jaarlijks verbruik van minder dan de genoemde 200 000 kubieke meter.

23 — In deze zin, de schriftelijke opmerkingen van Sorgenia, blz. 5 en 6.

Verzoekers in het hoofdgeding hebben tijdens de zitting en in hun stukken van juli 2009 naar voren gebracht dat beide categorieën eindgebruikers zowel particulieren als ondernemingen omvatten, en dat rechtspersonen niet uitgesloten worden. [24] Zij beroepen zich tot staving op beslissing nr. 64/09 van de Autorità, die in artikel 4 de beschermde prijzen tevens van toepassing heeft verklaard op verenigingen van eigenaren, ook al is de eigenaar van het distributiepunt een rechtspersoon die optreedt als beheerder van de mede-eigendom. Artikel 5 van deze beslissing nr. 64/09 bepaalt evenwel dat eindgebruikers die geen nieuwe overeenkomsten hebben afgesloten en geen particulieren zijn, tot 30 september 2009, of tot 30 september 2010 indien hun jaarlijkse verbruik minder dan 200 000 kubieke meter bedraagt, onder de beschermingsregeling blijven vallen.

De Italiaanse regering stelt daarentegen dat het stelsel van „referentieprijzen" uitsluitend voor particulieren geldt.

4) Volgens het wetsbesluit in de door het Italiaanse parlement bekrachtigde versie, is de tariefbevoegdheid van de Autorità tijdelijk van aard, zulks in tegenstelling tot de oorspronkelijke formulering van het wetsbesluit, waarin dit aspect niet ter sprake kwam.

Verzoekers hebben ter zitting gesteld dat dit tijdelijke karakter van de tariefbevoegdheid niet voldoende is, nu nergens een uiterste termijn voor de uitoefening ervan is vastgelegd. In dat verband hebben zij verwezen naar de recente wet nr. 99 van 23 juli 2009, die volgens hen aan de Autorità een algemene en niet in de tijd beperkte regelgevende bevoegdheid toekent.

5) Ten slotte vindt, volgens de Italiaanse wetgever, de definitie van „referentieprijzen" plaats „in het kader van de openbaredienstverplichtingen", en met het doel „de naleving van de gemeenschapsbepalingen op het gebied van de universele dienst te waarborgen".

35. Het Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia wenst van het Hof te vernemen of een dergelijke overheidsinterventie in een geliberaliseerde markt als die voor gas, waarop echter daadwerkelijke mededinging ontbreekt, inbreuk maakt op artikel 23 van richtlijn 2003/55 dan wel rechtvaardiging vindt in artikel 3 ervan. Bijgevolg dienen beide artikelen te worden onderzocht.

24 — Schriftelijke opmerkingen van Federutility van 31 juli 2009, punten 12 en 13, en van Sorgenia van 31 juli 2009, punt 2.

VI — Analyse van de prejudiciële vraag

A — *Artikel 23 en de liberalisering van de prijzen*

36. Voor de totstandkoming van een interne markt voor aardgas, prioritaire doelstelling van richtlijn 2003/55, is vereist dat een volledige liberalisering plaatsvindt.

37. De gemeenschapswetgever begreep al snel dat de openstelling geleidelijk moest plaatsvinden. De uitgangssituatie werd gekenmerkt door streng gereguleerde, strikt nationale en veelal monopolistische [25] markten. De uitdaging was, deze markten om te vormen tot één enkele Europese, volledig vrije markt, waarin alle gebruikers gas zouden kunnen betrekken van de leverancier van hun keuze. Met richtlijn 98/30 werd een voorzichtige en voorbereidende stap gezet, gevolgd door artikel 23 van richtlijn 2003/55, dat waarborgt dat alle afnemers, met inbegrip van huishoudelijke afnemers, geleidelijk aan de status van in aanmerking komende afnemer [26] krijgen.

38. De uiterste datum om deze doelstelling te bereiken, was 1 juli 2007. Daartoe moesten de belemmeringen voor de concurrentie op de aardgasmarkt worden weggenomen, waaronder tariefinterventies, voor zover deze de investeringen ontmoedigen. Volgens artikel 3, lid 1, van de richtlijn „waarborgen [de lidstaten] dat aardgasbedrijven […] volgens de beginselen van deze richtlijn worden geëxploiteerd met het oog op de totstandbrenging van een concurrerende, zekere en ecologisch duurzame aardgasmarkt".

39. Gelet op de richtlijn en het duidelijke streven naar liberalisering dat haar inspireert, lijkt moeilijk vol te houden, zoals de Poolse regering in haar schriftelijke opmerkingen doet, dat de bepaling van de prijzen louter door het spel van vraag en aanbod geen noodzakelijke voorwaarde is om het recht te waarborgen dat men de meest aangewezen leverancier kan kiezen. Inderdaad verplicht noch artikel 23 noch enige andere bepaling van de richtlijn de lidstaten uitdrukkelijk, de vorming van de prijzen voor levering aan dat vrije spel van vraag en aanbod over te laten, en belet niets een theoretische discussie over de vraag, of het gaat om een maatregel die altijd gunstig uitpakt voor de consument.

40. Van belang is evenwel dat de gemeenschapswetgever heeft bepaald dat de regelgevende instanties de tarieven inzake transmissie en distributie van gas moeten goedkeuren (artikel 25, lid 2, van de richtlijn), en dat hij de vaststelling van de prijzen van de levering (artikel 3, lid 2), in het kader van de

25 — Niet zelden met overheidsmonopolies.

26 — In de zin van artikel 2 van de richtlijn.

openbaredienstverplichtingen, eenvoudig als een uitzonderlijke bevoegdheid ziet.

om de belangen van de ondernemingen en, tegelijkertijd, die van de consumenten te beschermen. Liberalisering, maar niet tegen iedere prijs, voor de particulieren, hetgeen een zekere mate van regulering vereist wanneer de markt niet naar behoren functioneert. De openbaredienstverplichtingen vormen een instrument om die uitzonderlijke overheidsinterventie te structureren, ook ná de uiterste datum van 1 juli 2007.

B — *Artikel 3 en de openbaredienstverplichtingen*

41. De liberalisering van de markt sluit derhalve niet elke interventie in de verkoopprijs van gas uit. Voornoemd artikel 3 van de richtlijn biedt verschillende mogelijkheden om het ingrijpen van de lidstaten op dat gebied te legitimeren.

42. In de eerste plaats mogen de lidstaten volgens artikel 3, lid 2, „in het algemeen economisch belang aan bedrijven die in de gassector actief zijn verplichtingen inzake openbare dienstverlening opleggen", die betrekking hebben op de prijs van de leveringen. In de tweede plaats vertrouwt artikel 3, lid 3, erop dat de lidstaten passende maatregelen nemen ter bescherming van de eindafnemers, in het bijzonder van de kwetsbare afnemers, en zorgen voor een hoog niveau van consumentenbescherming.

43. Beide bepalingen weerspiegelen het meervoudige doel van richtlijn 2003/55: de instelling van een interne gasmarkt als middel

44. Op het moment dat het tweede energiepakket werd vastgesteld, was de formule al ruimschoots getest. Na de afschaffing van de overheidsmonopolies [27] in de sector, die onderworpen werd aan de regels van de markt, moesten nog bepaalde behoeften van algemeen belang worden gewaarborgd. De gemeenschapswetgever voorzag daartoe al de mogelijkheid om openbaredienst- en universeledienstverplichtingen op te leggen in de eerste geliberaliseerde sectoren, zoals de postsector, de transportsector of de telecommunicatiesector. Het Hof heeft bijzondere aandacht aan deze afwijkende regelingen geschonken, met name wat hun financiering betreft, en heeft vastgesteld dat subsidies die worden uitgekeerd ter „compensatie" van openbaredienstverplichtingen, geen staatssteun [28] vormen en niet in strijd zijn met het Verdrag, wanneer zij aan bepaalde voorwaarden voldoen. [29]

27 — Die, zo schrijft Jones, C.W., *EU Energy Law, Volume I, The Internal Energy Market*, Second Edition, Leuven: Caléis & Castells, 2006, blz. 223, „verondersteld werden altijd in het algemeen belang te handelen".

28 — In de zin van artikel 87, lid 1, EG.

29 — Arrest van 24 juli 2003, Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, Jurispr. blz. I-7747, punten 84-95). In het arrest van 27 november 2003, Enirisorse (C-34/01-C-38/01, Jurispr. blz. I-14243) werden de in voornoemd arrest genoemde voorwaarden toegepast op een zaak waarin het ging om de aard van een gedeeltelijk door een openbare onderneming geïnde havenbelasting. Voorafgaand aan het arrest Altmark zijn al in het arrest van 22 november 2001, Ferring (C-53/00, Jurispr. blz. I-9067), de elementen benoemd die noodzakelijk zijn opdat een belastingvrijstelling die ondernemingen belast met het beheer van een openbare dienst genieten, verenigbaar is met het Verdrag.

45. Artikel 3, lid 2, van richtlijn 2003/55 voegt deze figuur toe aan de catalogus van instrumenten voor de organisatie van de gassector, en geeft daarmee de lidstaten de mogelijkheid om gasbedrijven bepaalde lasten op te leggen, mits dit noodzakelijk is ter bescherming van een „algemeen economisch belang", waarvan het de strekking niet concreet omschrijft. [30]

46. Uit de vaagheid van de richtlijn blijkt de ruime handelingsvrijheid die de gemeenschapswetgever aan de lidstaten heeft toegekend. Dit wordt bevestigd door punt 27 van de considerans van de richtlijn, dat verwijst naar de vaststelling van „gemeenschappelijke […] minimumnormen" voor de naleving van de eisen inzake openbare dienstverlening, een harde kern die rekening houdt met „de doelstellingen op het gebied van consumentenbescherming, leverings- en voorzieningszekerheid, milieubescherming en gelijkwaardige mededingingsniveaus in alle lidstaten", geïnterpreteerd in het licht van de bijzonderheden van elk land, „rekening houdend met de nationale omstandigheden en met inachtneming van de gemeenschapswetgeving".

47. De vrijheid van de lidstaten ter zake is evenwel niet absoluut, aangezien artikel 3, lid 6, van de richtlijn voorziet in een controle van „alle maatregelen […] die zijn vastgesteld om openbaredienstverplichtingen in het leven te roepen, met inbegrip van consumenten- en milieubescherming en van de mogelijke gevolgen van deze maatregelen voor de nationale en internationale concurrentie", die aan de Commissie moeten worden meegedeeld bij de omzetting van de richtlijn. Vervolgens moeten de lidstaten om de twee jaar kennis geven van alle ingevoerde wijzigingen. [31]

30 — De richtlijn merkt slechts op dat de openbaredienstverplichtingen worden opgelegd in het algemeen economisch belang, en „betrekking kunnen hebben op de zekerheid, met inbegrip van voorzienings- en leveringszekerheid, regelmaat, kwaliteit en prijs van de leveringen, en milieubescherming, waaronder energie-efficiëntie en klimaatbescherming". Door sommigen is deze opsomming opgevat als een numerus clausus van gronden „van algemeen economisch belang" die het overheidsoptreden kunnen legitimeren (Geldhof, W., en Vandendriessche, F., „Chapter 1: European Electricity and Gas Market Liberalisation. Background, Status, Developments", *EU Energy Law and Policy Issues*, Red. Delvaux, B., Hunt, M., en Talus, K., Euroconfidentiel, blz. 48, die op hun beurt verwijzen naar Jones, C.W., op. cit. blz. 230). Ik meen evenwel dat het artikel de soorten maatregelen noemt waarin de genoemde openbaredienstverplichtingen kunnen worden geconcretiseerd, en niet een opsomming geeft van de omstandigheden die daarvoor de grondslag moeten vormen, ook al zijn beide aspecten nauw met elkaar verbonden. Uit artikel 3, lid 2, van de richtlijn valt af te leiden dat de lidstaten openbaredienstverplichtingen met betrekking tot de verkoopprijs van gas kunnen opleggen, maar deze vermelding alleen is niet voldoende. In ieder concreet geval moet worden onderzocht of het gaat om een taak van algemeen economisch belang.

31 — De Commissie heeft getracht de eisen van de richtlijn te preciseren in een niet-bindende nota, die zij deels toepast bij de ex ante-controle op de door de lidstaten meegedeelde openbaredienstverplichtingen („Note de la DG Energie et Transports sur les Directives 2003/54/EG et 2003/55/EG du marché interieur de l'électricité et du gaz naturel. Document n'engageant pas la Commission", in te zien via http://ec.europa.eu/energy/electricity/legislation/doc/notes_for_implementation_2004/public_service_obligations_fr.pdf). Met de bedoeling de positie van de Commissie met betrekking tot deze controle te versterken, is in het derde energiepakket de aanbeveling opgenomen dat de Commissie richtsnoeren vaststelt voor de tenuitvoerlegging van artikel 3 van de richtlijn (artikel 3, lid 4, van het voorstel voor een richtlijn tot wijziging van richtlijn 2003/55/EG, reeds aangehaald, waarbij een nieuw lid 7 aan artikel 3 van richtlijn 2003/55 wordt toegevoegd).

48. Bovendien geeft de richtlijn zelf ook behoorlijk strikte criteria voor de oplegging van openbaredienstverplichtingen, die:

— in het „algemeen economisch belang" moe-ten zijn;

— „[m]et volledige inachtneming van de toepasselijke bepalingen van het Verdrag, met name artikel 86" moeten worden vastgesteld;

— duidelijk gedefinieerd, transparant en controleerbaar moeten zijn;

— niet tot discriminatie mogen leiden, en

— de gelijke toegang van EU-aardgasbedrijven tot nationale consumenten moeten waarborgen.

49. De toelaatbaarheid van de hier bestreden tariefbevoegdheid van de Autorità per l'energia elettrica e il gas is afhankelijk van de naleving van deze criteria, die door de nationale rechter moeten worden onderzocht aan de hand van de uitlegging van de richtlijn door het Hof. [32]

50. Wij moeten derhalve zowel stilstaan bij de eis van een „algemeen economisch belang" (C), met inachtneming van het Verdrag en met name artikel 86 ervan (D), als bij het niet-discriminerende karakter (E).

C — *Noodzaak van redelijke prijzen als grond van „algemeen economisch belang"*

51. Het bestaan van een „algemeen economisch belang" om de openbaredienstverplichtingen te rechtvaardigen, is het eerste punt dat in deze zaak ter discussie staat.

52. Zoals de Commissie terecht in haar schriftelijke opmerkingen opmerkt [33], volgt uit de dubbele verwijzing in artikel 3, lid 2, van de

32 — Overeenkomstig artikel 3, lid 6, van de richtlijn moeten de betrokken maatregelen aan de Commissie worden meegedeeld, wat de Italiaanse regering heeft gedaan nadat zij daartoe was gemaand (schriftelijke opmerkingen van de Commissie, punt 42).

33 — Punt 38.

richtlijn naar artikel 86 EG en naar het „algemeen economisch belang", dat de daarin bedoelde verplichtingen overeenkomen met die van de ondernemingen die met „diensten van algemeen economisch belang" in de zin van genoemd verdragsartikel zij belast. [34]

53. Het Hof heeft een groot en gevarieerd aantal diensten van algemeen economisch belang verklaard, zoals de distributie van water [35], van gas [36] en van elektriciteit [37], het inzamelen en bestellen van poststukken op het hele nationale grondgebied [38], het beheer van niet-rendabele luchtlijnen [39], het ambulancevervoer [40] of de activiteiten van geneesmiddelengroothandels [41], om maar enkele voorbeelden te noemen. Uit deze uitspraken [42] laat zich moeilijk een eenduidig en exact begrip distilleren. De richtlijn, het Verdrag en de rechtspraak laten zich leiden door dezelfde gedachte van evenwicht tussen de markt en de regulering, tussen de mededinging en de implicaties van het algemeen belang, en hebben naar mijn mening ook als gezamenlijk uitgangspunt, dat het aan de lidstaten staat de diensten van algemeen economisch belang die zij willen beschermen te definiëren, onverminderd de bevoegdheid van de gemeenschapsinstellingen (in het bijzonder het Hof van Justitie) om die beslissingen te toetsen en excessen te voorkomen. [43]

54. Om een gemeenschappelijk element te vinden, moeten wij terugvallen op de fameuze „Lois de Rolland", waarnaar de arresten Corbeau [44] en Gemeente Almelo e.a. [45]

34 — De uitdrukking „diensten van algemeen economisch belang" verwijst naar diensten van economische aard ten aanzien waarvan een lidstaat met het oog op een bepaald algemeen belang verplichtingen oplegt (Szyszczak, E., *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Uitg. Hart, 2007, blz. 211). De formulering van artikel 3, lid 2, van de richtlijn is, in de woorden van Laget-Annamayer, voortgekomen uit de kruising „van het Franse begrip openbare dienst met het gemeenschapsrechtelijke begrip ‚dienst van algemeen economisch belang'" (Laget-Annamayer, A., *La régulation des services publics en réseaux. Télécommunications et électricité,* Uitg. Bruylant, Brussel, 2002, blz. 98).

35 — Arrest van 8 november 1983, NV IAZ International Belgium e.a. (96-102, 104, 105, 108 en 110/82, Jurispr. blz. 3369).

36 — Arrest van 23 oktober 1997, Commissie/Frankrijk (C-159/94, Jurispr. blz. I-5815).

37 — Arrest van 27 april 1994, Gemeente Almelo e.a. (C-393/92, Jurispr. blz. I-1477).

38 — Arresten van 19 mei 1993, Corbeau (C-320/91, Jurispr. blz. I-2533); 10 februari 2000, Deutsche Post (C-147/97 en C-148/97, Jurispr. blz. I-825), en 17 mei 2001, TNT Traco (C-340/99, Jurispr. blz. I-4109).

39 — Arrest van 11 april 1989, Ahmed Saeed Flugreisen en Silver Line Reisebüro (66/86, Jurispr. blz. 803).

40 — Arrest van 25 oktober 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Jurispr. blz. I-8089).

41 — Arrest Ferring, reeds aangehaald.

42 — Zij hebben bovendien alle betrekking op ondernemingen met exclusieve en bijzondere rechten, niet op entiteiten die in geliberaliseerde sectoren actief zijn, noch op entiteiten waaraan openbaredienstverplichtingen zijn opgelegd. De toepassing ervan op deze zaak moet derhalve gebeuren op basis van de specifieke context, die tot dusver niet in de rechtspraak aan de orde is geweest.

43 — Deze opvatting ligt ook ten grondslag aan artikel 16 EG, bepalende: „onverminderd de artikelen 73, 86 en 87 en gezien de plaats die de diensten van algemeen economisch belang in de gemeenschappelijke waarden van de Unie innemen, alsook de rol die zij vervullen bij het bevorderen van sociale en territoriale samenhang, dragen de Gemeenschap en de lidstaten er, in het kader van hun onderscheiden bevoegdheden en binnen het toepassingsgebied van dit Verdrag zorg voor dat deze diensten functioneren op basis van beginselen en voorwaarden die hen in staat stellen hun taken te vervullen". Het artikel werd opgenomen in Amsterdam, toen het liberalisatieproces van de strategische sectoren in volle gang was, naar aanleiding „van een ernstige bezorgdheid in bepaalde maatschappelijke kringen over de liberale richting die op Europees niveau is ingeslagen" (Sarmiento, D., „La recepción en el derecho de la Unión Europea y en su jurisprudencia de las técnicas de regulación económica", *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación,* dir. Muñoz Machado, S., en Esteve Pardo, J., Uitg. Iustel, Fundación Ortega y Gasset, 2009, blz. 259).

44 — Reeds aangehaald, punt 15.

45 — Reeds aangehaald, punt 48. In dezelfde zin arrest van 23 oktober 1997, Commissie/Frankrijk (C-159/94, Jurispr. blz. I-5815, punt 57).

indirect verwijzen bij de uiteenzetting van de omstandigheden waarin de diensten van algemeen economisch belang worden verricht: ononderbroken (continuïteit); ten behoeve van alle verbruikers en over het hele betrokken grondgebied (universaliteit); tegen eenvormige tarieven en onder vergelijkbare voorwaarden van kwaliteit, zonder te letten op bijzondere situaties en op de economische rentabiliteit van elke individuele verrichting (gelijkheid).

55. Continuïteit, universaliteit en gelijkheid. Deze klassieke regels worden tegenwoordig gewoonlijk aangevuld met de transparantie en de betaalbaarheid van de dienst. Zo zorgt richtlijn 2003/55 voor continuïteit, universaliteit en non-discriminatie bij de levering van gas [46], maar beoogt zij tevens de bescherming van de rechten van de afnemers „om tegen redelijke prijzen van aardgas van een specifieke kwaliteit te worden voorzien" (punt 26 van de considerans van de richtlijn). Vandaar de mogelijkheid om in te grijpen in de prijs van de leveringen als bedoeld in artikel 3, lid 2, van de richtlijn.

56. Op grond van het voorgaande kan worden gesteld dat het doel om ongewenste en onevenredige prijsstijgingen te voorkomen die de afnemers schaden, een grond van „algemeen economisch belang" is die, wanneer aan de overige voorwaarden van de richtlijn is voldaan, het ingrijpen van de overheid in de tarieven voor levering van aardgas zou legitimeren.

D — *Evenredigheidstoetsing en eerbiediging van de communautaire belangen*

57. Het tweede criterium betreft de volledige inachtneming van het Verdrag en met name artikel 86 ervan.

58. Uiterst relevant is lid 2 van genoemd artikel 86 EG, dat volgens de rechtspraak beoogt „het belang van de lidstaten om gebruik te maken van bepaalde ondernemingen, met name in de openbare sector, als instrument van economisch of fiscaal beleid, te verzoenen met het belang van de Gemeenschap bij naleving van de mededingingsregels en bij behoud van de eenheid van de gemeenschappelijke markt". [47]

59. Volgens die bepaling vallen „de ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang" onder de

46 — Dit blijkt uit de in artikel 3, lid 2, gegeven opsomming van verplichtingen en de mogelijkheid om een „noodleverancier" aan te wijzen (artikel 3, lid 3).

47 — Arrest van 19 maart 1991, Frankrijk/Commissie (C-202/88, Jurispr. blz. I-1223, punt 12).

regels van het Verdrag, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. In ieder geval mag de ontwikkeling van het handelsverkeer niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap.

60. In het onderhavige geval moet in de eerste plaats worden onderzocht of de interventie in de tarieven voor de levering van gas een noodzakelijke maatregel is om „redelijke prijzen" te waarborgen (de zogeheten evenredigheidstoetsing), en in de tweede plaats of die mogelijkheid in strijd is met „het belang van de Gemeenschap".

1. Evenredigheidstoetsing

61. De passage van voornoemde bepaling volgens welke de uitzondering op de marktregels niet in feite of in rechte de vervulling van de taak van algemeen economisch belang mag verhinderen, brengt de zogeheten „evenredigheidstoetsing" in beeld, de eigenlijke sleutel tot artikel 86, lid 2, EG, omdat zij het gemakkelijker maakt het gebruik ervan te moduleren.

a) Rechtspraak

62. Het arrest Sacchi wekte een groeiende verwachting voor dit artikel, door het bewijs dat de vrije mededinging onvermijdelijk de taak van de betrokken entiteit zou belemmeren, bij de lidstaten te leggen. [48] Vervolgens verklaarde het Hof in het arrest Höfner en Elser uit dat het Verdrag de taak van een publiekrechtelijk orgaan voor de werkgelegenheid niet verhindert „wanneer dit kennelijk niet in staat is aan de op de markt bestaande vraag naar dat soort bemiddeling te voldoen" en een inbreuk op zijn monopolie door andere bureaus tolereert. [49]

63. Tot aan het eerdergenoemde arrest Corbeau, komt het evenredigheidsbeginsel evenwel niet voor in de redenering van het Hof. In dat arrest Corbeau en nadien in het ook al eerder genoemde arrest Gemeente Almelo e.a. werden de ter waarborging van het „economisch evenwicht" van de dienst noodzakelijke uitzonderingen op de marktregels toelaatbaar geoordeeld, afhankelijk van het relatieve gewicht van de rendabele activiteiten en dat van de niet-rendabele activiteiten.

64. In drie latere uitspraken met betrekking tot exclusieve invoer- en uitvoerrechten voor

48 — Arrest van 30 april 1974 (155/73, Jurispr. blz. 409). In dezelfde zin arrest Ahmed Saeed Flugreisen en Silver Line Reisebüro, reeds aangehaald.

49 — Arrest van 23 april 1991, Höfner en Elser (C-41/90, Jurispr. blz. I-1979, punt 25).

energie die waren verleend in Nederland, Italië en Frankrijk [50], werden daaraan verdere details toegevoegd. Enerzijds werd verwezen naar de evenredigheid in het kader van artikel 86 EG, waarvan lid 2 kon worden ingeroepen „om te rechtvaardigen dat een lidstaat aan een onderneming belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, exclusieve rechten toekent […], mits de vervulling van de aan die onderneming toevertrouwde bijzondere taak slechts door de verlening van dergelijke rechten kan worden verzekerd en voor zover de ontwikkeling van het handelsverkeer niet wordt beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap". [51] Anderzijds werd verklaard dat het voor de niet-toepasselijkheid van de verdragsregels volstaat dat zij „de vervulling, in feite of in rechte, van de aan die onderneming toevertrouwde bijzondere taak [verhinderen]. Het is niet noodzakelijk, dat de onderneming in haar bestaan wordt bedreigd" [52] en, hoewel de bewijslast bij de betrokken lidstaat ligt, kan niet worden verlangd dat deze aantoont „dat met geen enkele andere voorstelbare, per definitie hypothetische, maatregel de vervulling van die taken onder dezelfde omstandigheden kan worden verzekerd". [53]

65. Uit de rechtspraak valt af te leiden dat van de mededingingsregels van artikel 86 EG enkel kan worden afgeweken wanneer dit absoluut noodzakelijk is voor de vervulling van de betrokken taak van algemeen belang, en dat de beoordeling van die omstandigheden aan de lidstaten toekomt, overeenkomstig hun nationaal beleid en met inachtneming van het Verdrag.

b) Toepassing op het onderhavige geval

66. De Italiaanse regering heeft ervoor gekozen om, bij wetsbesluit, haar nationale regelgevende instantie een bevoegdheid tot interventie in de tarieven voor de levering van aardgas te verlenen, op grond van het feit dat daadwerkelijke concurrentie op de nationale markt voor gas ontbreekt en de prijs van olieproducten op de internationale markten een stijgende lijn vertoont.

67. Deze omstandigheden zouden mijns inziens eventueel een belemmering kunnen vormen voor de verwezenlijking van een „algemeen economisch belang", te weten de zorg voor de levering van gas tegen redelijke prijzen, die de inmenging van de staat in het vrije spel van de marktregels wettigt.

68. De Commissie erkent in haar eerdergenoemde mededeling van 10 januari 2007: „De

50 — Arresten van 23 oktober 1997, Commissie/Nederland (C-157/94, Jurispr. blz. I-5699); Commissie/Italië (C-158/94, Jurispr. blz. I-5789), en Commissie/Frankrijk (C-159/94, Jurispr. blz. I-5815). Een vierde niet-nakomingsprocedure tegen Spanje werd verworpen [arrest van 23 oktober 1997, Commissie/Spanje (C-160/94, Jurispr. blz. I-5851)].

51 — Arresten Commissie/Nederland, reeds aangehaald, punt 32; Commissie/Italië, reeds aangehaald, punt 43, en Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald, punt 49.

52 — Reeds aangehaalde arresten Commissie/Nederland, punt 43; Commissie/Frankrijk, punt 59, en TNT Traco, punt 54; alsook arrest van 15 november 2007, International Mail Spain (C-162/06, Jurispr. blz. I-9911, punt 35).

53 — Arresten Commissie/Nederland, reeds aangehaald, punt 58; Commissie/Italië, reeds aangehaald, punt 54, en Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald, punt 101.

ervaring heeft tot op heden uitgewezen dat groothandelsprijzen voor energie sterk kunnen fluctueren. De vraag rijst dan ook of en hoe eindgebruikers, met inbegrip van kwetsbare consumenten, aan dergelijke schommelingen mogen worden blootgesteld." Zij merkt in dat verband verder op: „Controles op de prijzen voorkomen echter ook dat de juiste prijssignalen over toekomstige kosten aan de consument worden doorgegeven. Doelgerichte prijsregulering kan nodig zijn om consumenten onder specifieke omstandigheden te beschermen, bijvoorbeeld in de overgangsperiode naar daadwerkelijke concurrentie." Die prijsregulering „moet echter evenwichtig zijn om de marktopening niet te belemmeren, geen discriminatie te veroorzaken tussen EU-energieleveranciers, geen verstoring van de concurrentie te versterken en geen wederverkoop te beperken". [54]

69. Het ingrijpen moet derhalve evenredig zijn met het nagestreefde doel, wat volgens de rechtspraak wil zeggen dat het niet verder mag gaan dan noodzakelijk is om het relevante doel „van algemeen economisch belang" te bereiken: in dit geval, de matiging van de prijzen. Leidraad bij de genoemde evenredigheidstoetsing zijn de volgende criteria, die voortvloeien uit de besproken rechtspraak:

54 — Punt 2.6.2.

i) Voorlopigheid en aanpasbaarheid

70. De tijdelijkheid van de maatregel is naar mijn mening de eerste en voornaamste consequentie van het evenredigheidsbeginsel, omdat de uitzondering op de regels van de interne markt haar grondslag verliest als de situatie verandert: bijvoorbeeld wanneer concurrenten tot de groothandelsmarkt toetreden, of de prijzen zich stabiliseren. Een eventuele tariefbevoegdheid van onbepaalde duur zou dan ook in strijd zijn met deze regel [55], maar de vaststelling van een datum voor het vervallen van de interventiebevoegdheid zou niet zijn vereist. Bovendien vormen de aanpasbaarheid aan een nieuwe context en de periodieke herziening ervan [56] aspecten die in positieve zin moeten worden beoordeeld.

ii) Inhoud

71. In de tweede plaats moet de inhoud van de bestreden maatregel in overweging worden genomen. Zo zal, indien men wil vermijden dat de prijs die de eindgebruiker van aardgas betaalt buitensporig stijgt door de hogere olieprijs, de overheidsinterventie zich moeten beperken tot die component

55 — Dat is waarschijnlijk de reden waarom het tijdelijke karakter van de bevoegdheid van de Autorità tijdens de bekrachtigingsprocedure in het parlement is benadrukt.

56 — Volgens de Italiaanse regering vindt deze elk trimester plaats (punt 60 van de schriftelijke opmerkingen).

van de verkoopprijs met betrekking tot de grondstof. [57]

iii) Adressaten

72. In de derde plaats verplicht de evenredigheid ertoe, de adressaten van de overheidsmaatregel te beperken. Voorgeschreven tarieven voor commerciële gebruikers (niet zijnde gezinnen of „huishoudelijke afnemers") zouden de doelstelling van consumentenbescherming, die in laatste instantie de overheidsinterventie op de markt rechtvaardigt, te buiten gaan. In het onderhavige geval zou onderzocht moeten worden of de categorie „particuliere afnemers" in de zin van het wetsbesluit dat kenmerk vertoont. Verzoekers in het hoofdgeding en de Italiaanse regering hebben ter zitting blijk gegeven van hun verschil van mening op dit punt. Het staat aan de nationale rechter vast te stellen, of volgens de Italiaanse regeling en met name beslissing nr. 64/09 van de Autorità, de tariefbescherming van toepassing is op ondernemingen. Luidt het antwoord bevestigend, dan moet die interventie worden beschouwd als onevenredig en derhalve onverenigbaar met het gemeenschapsrecht.

73. Federutility, Assogas en Libarna hebben ook bezwaar tegen de uitbreiding van de „referentieprijzen" buiten de categorie van de „kwetsbare afnemers", bedoeld in artikel 3, lid 3, van de richtlijn. Deze bepaling geeft blijk van een bijzondere bezorgdheid voor deze groep personen (zij noemt ook afnemers woonachtig in afgelegen gebieden), maar doet dit in het kader van een algemene plicht om afnemers te beschermen. Noch uit dit lid 3, noch uit het daaraan voorafgaande lid 2 valt af te leiden dat de openbaredienstverplichtingen altijd op maatschappelijke solidariteit moeten zijn gebaseerd.

iv) Vergelijking met andere instrumenten

74. In de vierde plaats dient uit alle mogelijke oplossingen de voor de vrije mededinging minst nadelige te worden gekozen. In de rechtspraak is op dit gebied een ruime handelingsvrijheid toegekend aan de lidstaten, van wie niet de probatio diabolica mag worden verlangd dat „met geen enkele andere voorstelbare […] maatregel de vervulling van die taken onder dezelfde omstandigheden kan worden verzekerd". [58] Zo werd in het arrest Albany [59] niet aanvaard dat de autoriteiten de voorkeur gaven aan de oplossing die de mededinging het minst beperkte.

57 — De Commissie (punt 56) stelt dat dit in Italië het geval is, een punt dat net als de overige door de nationale rechter moet worden onderzocht.

58 — Arresten Commissie/Nederland, reeds aangehaald, punt 58; Commissie/Italië, reeds aangehaald, punt 54, en Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald, punt 101.

59 — Arrest van 21 september 1999, Albany (C-67/96, Jurispr. blz. I-5751, punten 99 en 104).

75. Volgens Federutility beschermt de Italiaanse staat de kwaliteit en de prijs van de levering (naast de zekerheid en de regelmaat ervan) door middel van de aanwijzing van een noodleverancier. Het is aan de Italiaanse rechter om na te gaan of de tariefinterventie en de universele dienstverplichting (voorzien in artikel 3, lid 3, van de richtlijn) zich verenigen in eenzelfde doelstelling, of dat zij zich richten op verschillende, complementaire doeleinden.

76. De „benchmarking" van de Commissie uit hoofde van artikel 3, lid 6, van de richtlijn zou kunnen worden gebruikt voor een dergelijke controle, door vergelijking van de in de verschillende lidstaten geïmplementeerde maatregelen. Zo'n vergelijking moet echter uiterst voorzichtig gebeuren, nu de richtlijn zelf bepaalt „dat de voorschriften inzake openbare dienstverlening op nationale basis kunnen worden geïnterpreteerd, rekening houdend met de nationale omstandigheden en met inachtneming van de gemeenschapswetgeving" (punt 27 van de considerans van de richtlijn).

2. Strijdigheid van het „belang van de Gemeen-schap"

77. Onverminderd de beschreven evenredigheidstoets, mag de vastgestelde maatregel volgens artikel 86, lid 2, EG het handelsverkeer niet beïnvloeden in een mate „die strijdig is met het belang van de Gemeenschap".

78. In de drie eerdergenoemde arresten van 23 oktober 1997 [60] oordeelde het Hof dat het aan de Commissie was om het belang van de Gemeenschap te definiëren. Zoals evenwel advocaat-generaal Léger in zijn conclusie in de zaak Wouters e.a. [61] aangeeft, hangen die uitspraken samen met de bewijslastregels in niet-nakomingsprocedures. Ik ben het met mijn oud-collega eens dat voor de vaststelling van een ongunstige beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer in de zin van voornoemd artikel 86, lid 2, EG — in tegenstelling tot het klassieke concept van maatregelen van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking — het bewijs is vereist dat de litigieuze handeling de werking van de interne markt wezenlijk heeft verstoord.

79. In het voorliggende geval moet de Italiaanse rechter bezien of de prijsinterventie van de Autorità tot een dergelijke verstoring heeft geleid. In zijn verwijzingsbeschikking ontwaart hij de negatieve gevolgen van het „voortduren van een beteugeling van de grondstofkosten" voor het door de richtlijn beschermde recht om een leverancier te

60 — Arresten Commissie/Nederland, reeds aangehaald, punt 69; Commissie/Italië, reeds aangehaald, punt 65, en Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald, punt 113.

61 — Conclusie van 10 juli 2001 [arrest van 19 februari 2002, (C-309/99, Jurispr. blz. I-1577)].

kiezen. Ook moet hij onderzoeken of sprake is van werkelijke schade en of, zoals is gesteld [62], dit de openstelling van de markt belet.

E — *Niet-discriminerend karakter van de openbaredienstverplichtingen*

80. Volgens artikel 3, lid 2, van de richtlijn mogen de aan de gasbedrijven opgelegde openbaredienstverplichtingen niet tot discriminatie leiden.

81. Deze precisering van de bepaling moet bewerkstelligen dat die verplichtingen voor alle marktdeelnemers in de sector gelijk gelden, om verdere verslechtering van het gebrek aan concurrentie te voorkomen.

82. De introductie van, bijvoorbeeld, „referentieprijzen" beperkt tot de marktdeelnemer met een machtspositie, met het daaruit voortvloeiende bijkomende mededingingsvoordeel, zou in strijd zijn met de richtlijn. Op grond van die omstandigheid — en de onbepaalde duur van de maatregel — verklaarde de Franse Conseil constitutionnel een wettelijke regeling waarbij aan „historische marktdeelnemers" verplichte tarieven voor de levering van elektriciteit en aardgas werden opgelegd, ongrondwettelijk. [63]

83. Een algemene en ongedifferentieerde toepassing waarborgt echter evenmin het beginsel van gelijke behandeling. Volgens Assogas leiden de beslissingen van de Autorità tot een ongelijke behandeling van de gasleveranciers die tevens groothandelaars zijn en die welke dat niet zijn, omdat beide de minimum „referentie"prijzen moeten hanteren, maar niets de eerstgenoemde leveranciers ervan weerhoudt de hogere grondstofkosten bij de verkoop aan de laatstgenoemde leveranciers in rekening te brengen. Uit de stukken blijkt dat de Autorità heeft getracht dit negatieve gevolg voor de kleinhandelaars te beperken, door aan te dringen op heronderhandeling van de groothandelsverkoopcontracten. [64] Assogas stelt dat dit niet voldoende is, omdat de Autorità zich niet in privaatrechtelijke betrekkingen kan mengen. De verwijzende rechter moet derhalve onderzoeken of sprake is geweest van discriminatie, die bij bepaalde kleinhandelaars van aardgas tot een werkelijk nadeel heeft geleid.

62 — Schriftelijke opmerkingen van Federutility, punt 62.

63 — Beslissing nr. 2006-543 van 30 november 2006. De Conseil constitutionnel verklaarde voornoemde tarieven voor de historische marktdeelnemers kennelijk onverenigbaar met de liberalisatiedoelstellingen van de communautaire richtlijnen, zonder enige rechtvaardiging in een openbare dienstverplichting. Zie in verband met deze beslissing, Schoettl, E., „Les problèmes constitutionnels soulevés par la loi relative au secteur de l'énergie", *Petites affiches,* 395e année (2006), nr. 244, blz. 3-23.

64 — Schriftelijke opmerkingen van Sorgenia, blz. 6. Het betreft maatregelen met een financiële prikkel voor heronderhandeling, die zijn vastgesteld bij beslissing nr. 79/07 van de Autorità, weergegeven in de punten 22 en 23 van de schriftelijke opmerkingen van de Italiaanse regering.

F — *Toepassing van artikel 3, lid 3, van de richtlijn in het onderhavige geval*

84. Terwijl het opleggen van openbaredienstverplichtingen in artikel 3, lid 2, van de richtlijn wordt beschouwd als een simpele bevoegdheid van de lidstaten „in het algemeen belang", zijn de lidstaten volgens lid 3 in het algemeen gehouden „passende maatregelen [te nemen] om eindafnemers te beschermen en om een hoog niveau van consumentenbescherming te waarborgen".

85. De mogelijkheid om deze zaak onder dat lid 3 te laten vallen, is in enkele schriftelijke opmerkingen van partijen geopperd, en op min of meer goede gronden verworpen.

86. Een aantal van de verzoeksters in het hoofdgeding stelt dat de litigieuze beslissingen niet in het kader van voornoemd lid 3 gerechtvaardigd zijn, omdat zij zien op allerlei soorten gebruikers en niet alleen op de „kwetsbare". Voor dit argument ontbreekt elke grond; de bepaling beperkt zich immers niet tot dergelijke personen, ook al noemt zij ze uitdrukkelijk om hun een bijzondere bescherming te bieden.

87. Net als de Commissie ben ik de opvatting toegedaan dat de besluiten die de nationale regeringen met het oog op artikel 3, lid 3, van de richtlijn moeten vaststellen „niet rechtstreeks betrekking hebben op de vaststelling van tariefverplichtingen, omdat een meer specifieke regel is voorzien in lid 2".

88. Lid 3 verwijst slechts indirect naar bepalingen die van invloed zijn op de prijzen voor de levering van gas, door in bijlage A, waarnaar het verwijst, de verplichting op te nemen dat de afnemers in kennis worden gesteld van hun recht „te worden voorzien van aardgas van een bepaalde kwaliteit tegen een redelijke prijs" (sub g).

89. De interventie in de prijs van de levering is derhalve enkel een mogelijkheid, waarop lid 2 en niet lid 3 van toepassing is.

90. Artikel 3, lid 3, versterkt de bevoegdheden van de lidstaten, door hun toe te staan — en zelfs te dwingen — te interveniëren in een geliberaliseerde markt als die voor gas, wanneer zij een reële bedreiging voor de afnemers waarnemen die niet met de instrumenten van lid 2 kan worden omzeild.

VII — Conclusie

91. Op grond van het voorgaande geef ik het Hof in overweging, in antwoord op de prejudiciële vraag van het Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia (Italië) het volgende vast te stellen:

„De artikelen 3 en 23 van richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van richtlijn 98/30/EG, moeten aldus worden uitgelegd, dat zij zich niet verzetten tegen een nationale bepaling op grond waarvan, gelet op de bijzondere marktsituatie — gekenmerkt doordat nog geen sprake is van daadwerkelijke mededinging —, langs bestuurlijke weg een referentieprijs voor aardgas mag worden vastgesteld die verplicht moet worden opgenomen in het commerciële aanbod van elke verkoper aan zijn particuliere afnemers, mits die nationale bepaling voldoet aan de criteria van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2003/55 en, in het bijzonder:

— gericht is op een algemeen economisch belang, bijvoorbeeld de noodzaak om de prijzen op een redelijk niveau te handhaven;

— de zogeheten „evenredigheidstoetsing" met betrekking tot gelding, inhoud en adressaten doorstaat;

— de werking van de interne markt niet wezenlijk verstoort, en

— niet tot discriminatie tussen de marktdeelnemers in de sector leidt."