Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. BOBEK
van 15 april 2021 [1]

Zaak C-683/19

Viesgo Infraestructuras Energéticas, SA
tegen
Administración General del Estado,
Iberdrola, SA,
Naturgy Energy Group, SA, voorheen Gas Natural SDG, SA,
EDP España, SA,
CIDE, Asociación de Distribuidores de Energía Eléctrica,
Endesa, SA,
Agri-Energía, SA,
Navarro Generación, SA

[verzoek van de Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, Spanje) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit – Richtlijn 2009/72/EG – Oplegging van openbaredienstverplichtingen – Financiering van een sociaal tarief waaraan enkel bepaalde ondernemingen moeten bijdragen – Vereisten van transparantie en non-discriminatie”

I. Inleiding

1. Verzoeksters zijn ondernemingen die actief zijn op de Spaanse elektriciteitsmarkt. Zij waren verplicht om bij te dragen aan de financiering van een sociale maatregel voor kwetsbare consumenten in Spanje. Volgens de Spaanse wetgever was die verplichting een „openbaredienstverplichting” in de zin van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72/EG [2]. Een van verzoeksters heeft met een beroep dat zij heeft ingesteld bij de Tribunal Supremo (hoogste rechterlijke instantie, Spanje) betwist dat deze financieringsverplichting verenigbaar is met het Unierecht.

2. Die rechterlijke instantie heeft het beroep van verzoeksters toegewezen. Naar het oordeel van de Tribunal Supremo vormden de in artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 inzake die verenigbaarheid vastgestelde vereisten een *acte clair*, zodat een verzoek om een prejudiciële

[1] Oorspronkelijke taal: Engels.

[2] Richtlijn 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).

beslissing niet nodig was. In de daarna ingeleide procedure houdende beroep ter bescherming van de grondwettelijke rechten heeft de Tribunal Constitucional (grondwettelijk hof, Spanje) dat arrest echter vernietigd. Volgens de Tribunal Constitucional had de Tribunal Supremo ten onrechte geoordeeld dat er sprake was van een *acte clair* en had deze rechter derhalve de grondwettelijke rechten van de Administración General del Estado (Spaans overheidsbestuur) geschonden, voor zover hij had verklaard dat het nationale recht onverenigbaar was met het Unierecht zonder eerst aan het Hof een verzoek om een prejudiciële beslissing voor te leggen.

3. Na dat arrest heeft de Tribunal Supremo dit verzoek aan het Hof voorgelegd teneinde te vernemen of de aan verzoeksters opgelegde financieringsverplichting verenigbaar is met artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

4. Richtlijn 2009/72 heeft richtlijn 2003/54/EG[3] vervangen met het oog op de verdere ontwikkeling van de gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit. In overweging 50 van deze richtlijn staat het volgende te lezen:

„De eisen inzake openbaredienstverlening, onder meer met betrekking tot de universele dienstverlening, en de gemeenschappelijke minimumnormen die daaruit voortvloeien, moeten verder worden versterkt om te waarborgen dat alle consumenten, met name de kwetsbaren onder hen, hun voordeel doen bij de vrije mededinging en bij billijke prijzen. De eisen inzake openbaredienstverlening dienen op nationaal niveau te worden gedefinieerd, met inachtneming van nationale omstandigheden; het gemeenschapsrecht dient echter door de lidstaten te worden nageleefd. De burgers van de Unie en, waar dit door de lidstaten opportuun wordt geacht, kleine ondernemingen, dienen aanspraak te hebben op openbaredienstverplichtingen, vooral waar het gaat om leverings- en voorzieningszekerheid en redelijke prijzen. [...]”

5. Artikel 2 van richtlijn 2009/72 luidt:

„Voor de toepassing van deze richtlijn gelden de volgende definities:

[...]

21. ‚verticaal geïntegreerd bedrijf’: elektriciteitsbedrijf of groep van elektriciteitsbedrijven waarin dezelfde persoon of dezelfde personen, direct of indirect, het recht hebben zeggenschap uit te oefenen en waarbij het bedrijf of de groep van bedrijven ten minste één van de functies van transmissie of distributie en ten minste één van de functies van productie of levering van elektriciteit verricht;

[...]”

[3] 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 2003, L 176, blz. 37).

6. Artikel 3 van richtlijn 2009/72 gaat over „openbaredienstverplichtingen en bescherming van de afnemer". In de leden 2 en 6 van dat artikel is het volgende bepaald:

„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 communautaire elektriciteitsbedrijven tot nationale consumenten [...]. [...]

[...]

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."

B. Spaans recht

7. Artikel 45 van Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (wet 24/2013 van 26 december 2013 betreffende de elektriciteitssector; hierna: „wet 24/2013") heeft als opschrift „Kwetsbare consumenten" en bepaalt in het hier relevante deel ervan:

„2. Het sociaal tarief geldt voor kwetsbare consumenten die voldoen aan de bij koninklijk besluit van de ministerraad vastgestelde kenmerken op het gebied van sociale situatie, verbruik en koopkracht. [...]

[...]

3. Het sociaal tarief is een korting die gelijk is aan het verschil tussen het vrijwillige tarief voor kleine consumenten en een basistarief (hierna: ‚achtervangtarief'), en wordt door de betreffende referentieleverancier toegepast op de facturen van consumenten die recht hebben op het sociaal tarief.

[...]

4. Het sociaal tarief wordt beschouwd als een openbaredienstverplichting in de zin van richtlijn [2009/72] en komt voor rekening van de moederondernemingen van concerns of, in voorkomend geval, van ondernemingen die gelijktijdig activiteiten uitvoeren op het gebied van de productie, distributie en verkoop van elektriciteit.

De verdeelsleutel voor de te financieren bedragen wordt voor elk concern berekend op basis van de verhouding tussen de som van de jaargemiddelden voor het aantal aansluitingen op de distributienetten van de distributiemaatschappijen en het aantal afnemers van de verkoopmaatschappijen waarin de groep deelneemt, enerzijds, en de som van alle jaargemiddelden voor de aansluitingen en de afnemers van alle concerns die voor deze verdeling in aanmerking moeten worden genomen, anderzijds.

Die verdeelsleutel wordt jaarlijks door de Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [(nationale mededingingsautoriteit, Spanje)] berekend volgens de in de regelgeving vastgestelde procedure en voorwaarden. [...]

[...]

De door ieder van die maatschappijen te leveren bijdragen worden in alle gevallen overgemaakt naar een speciale depositorekening, die daartoe wordt geopend door het bestuursorgaan dat belast is met het beheer daarvan."

8. De vijfde overweging van Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico (koninklijk wetsbesluit 9/2013 van 12 juli 2013 tot vaststelling van spoedeisende maatregelen teneinde de financiële stabiliteit van het elektriciteitssysteem te waarborgen) (hierna: „koninklijk wetsbesluit 9/2013") preciseert in het voor de onderhavige zaak relevante deel ervan:

„Bij het onderhavige koninklijk wetsbesluit dient ook de regeling te worden gewijzigd die bepaalt op welke wijze de kosten van het sociaal tarief worden gedragen.

[...]

Gelet op die vaststelling en teneinde bij te dragen aan de noodzakelijke en spoedeisende verlaging van de systeemkosten, wordt het noodzakelijk geacht om de bij besluit IET/843/2012 [...] met betrekking tot de kostenverdeling ingevoerde regeling aan te passen door bij wijze van openbaredienstverplichting erin te voorzien dat de kosten van het sociaal tarief worden gedragen door de moederondernemingen van ondernemingen of concerns die activiteiten uitvoeren op het gebied van de productie, distributie en verkoop van elektriciteit en die verticaal geïntegreerd zijn.

Het opleggen van een dergelijke verplichting aan die moederondernemingen maakt het mogelijk om de lasten, zij het indirect, te verdelen over de belangrijkste bedrijfsactiviteiten in de elektriciteitssector. Transmissieactiviteiten zijn derhalve uitgesloten van die verdeling, maar die uitzondering wordt als gerechtvaardigd beschouwd omdat het bij transmissie gaat om een gereguleerde activiteit die wordt verricht op grond van een wettelijk monopolie en een exclusiviteitsovereenkomst, in aanmerking nemende dat de enige transmissieonderneming, anders dan de bovengenoemde ondernemingen of concerns, de eventuele in dat verband te maken kosten niet op de markt kan verhalen aangezien daardoor de met die aanpassing beoogde doelstelling uiteindelijk zou worden doorkruist."

9. De financieringsregeling voor het sociaal tarief van artikel 45, lid 4, van wet 24/2013 wordt verder uitgewerkt in de artikelen 2 en 3 van Real Decreto-ley 968/2014, de 21 de noviembre, por el que se desarrolla la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social (koninklijk wetsbesluit 968/2014 van 21 november 2014 houdende de methodologie voor de vaststelling van de verdeelsleutel voor de te financieren bedragen in verband met het sociaal tarief; hierna: „koninklijk wetsbesluit 968/2014").

III. Feiten, nationale procedure en prejudiciële vragen

10. Bij Real Decreto-ley 6/2009 (hierna: „koninklijk wetsbesluit 6/2009") is een mechanisme ingevoerd waarbij aan bepaalde consumenten die voldoen aan specifieke kenmerken op het gebied van hun sociale situatie, verbruik en koopkracht (hierna: „kwetsbare consumenten") een korting wordt verleend op de elektriciteitsprijs in Spanje. Consumenten die hiervoor in aanmerking komen, genieten aldus een automatische verlaging van de elektriciteitsprijs (hierna: „sociaal tarief"), die de noodleverancier [4] direct toepast op hun elektriciteitsrekening. Dergelijke leveranciers brengen aan consumenten die hiervoor in aanmerking komen dus een lagere prijs in rekening dan de marktprijs voor elektriciteit. [5]

11. Oorspronkelijk werd dit systeem volgens koninklijk wetsbesluit 6/2009 gefinancierd door bij alle ondernemingen die faciliteiten voor elektriciteitsproductie in eigendom hebben een belasting te heffen. Op 7 februari 2012 heeft de Tribunal Supremo koninklijk wetsbesluit 6/2009 echter nietig verklaard omdat dit financieringssysteem onverenigbaar was met richtlijn 2009/72 (hierna: „arrest van 2012"). [6] De constitutionele klacht (*recurso de amparo*) die tegen dat arrest werd ingediend, werd door de Tribunal Constitucional niet-ontvankelijk verklaard.

12. Gelet op het arrest van 2012 van de Tribunal Supremo en ter vervanging van koninklijk wetsbesluit 6/2009 heeft de Spaanse wetgever koninklijk wetsbesluit 9/2013 aangenomen. In die wet staat onder andere dat de Tribunal Supremo geen uitspraak heeft gedaan over een specifieke methode voor de verdeling van de kosten van het sociaal tarief, waardoor het Spaanse overheidsbestuur het systeem kon kiezen dat zij het geschiktst achtte. De verplichting tot bekostiging van het sociaal tarief berust hierdoor bij „moederondernemingen van concerns of, in voorkomend geval, ondernemingen die gelijktijdig activiteiten uitvoeren op het gebied van de productie, distributie en verkoop van elektriciteit".

13. Op 26 december 2013 werd wet 24/2013 aangenomen. Volgens artikel 45, lid 3, van die wet is het sociaal tarief een korting die gelijk is aan het verschil tussen de prijs die aan in aanmerking komende kwetsbare consumenten in rekening wordt gebracht en de basisprijs voor elektriciteit op de Spaanse elektriciteitsmarkt. In artikel 45, lid 4, van die wet wordt het sociaal tarief vervolgens als een „openbaredienstverplichting" omschreven. Hierin staat ook dat de financiering ervan berust op „moederondernemingen van concerns of, in voorkomend geval, ondernemingen die gelijktijdig activiteiten uitvoeren op het gebied van de productie, distributie en verkoop van elektriciteit" (hierna: „verplichte bijdrage").

14. Op 21 november 2014 is ter uitvoering van wet 24/2013 koninklijk wetsbesluit 968/2014 vastgesteld. Hierin is de methodologie opgenomen voor de vaststelling van de verdeelsleutel ter financiering van het systeem.

15. In Orden IET/350/2014, de 7 de marzo, por la que se fijan los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social correspondientes a 2014 (besluit IET/350/2014 van 7 maart 2014 tot vaststelling van de verdeelsleutel voor de te financieren bedragen in verband met

[4] In het kader van de bij richtlijn 2009/72 opgelegde „openbaredienstverplichtingen" verwijst het begrip „noodleverancier" naar een door een lidstaat aangewezen onderneming die zorgt voor de continuïteit van de voorziening voor energieconsumenten (waaronder begrepen huishoudelijke afnemers) tegen „redelijke prijzen" (zogenaamde achtervangtarieven). Zie overweging 47, artikel 3, lid 3, en artikel 37, lid 6, van richtlijn 2009/72.

[5] Krachtens artikel 6 van Real Decreto 897/2017 (koninklijk besluit 897/2017) is in die prijs voor „kwetsbare" consumenten een korting verwerkt van 25 % op de marktprijs voor elektriciteit in Spanje, en is voor „zeer kwetsbare" consumenten een korting van 40 % in die prijs verwerkt.

[6] STS 1425/2012 van 7 februari 2012 (ES:TS:2012:1425).

het sociaal tarief voor 2014; hierna: „besluit IET/350/2014") worden de bij de verplichte bijdrage betrokken entiteiten genoemd en wordt de verdeelsleutel vastgesteld voor de te financieren bedragen voor het systeem in zijn geheel voor 2014.[7]

16. Volgens besluit IET/350/2014 moeten vier ondernemingen voor 96,64131 % bijdragen in de kosten van het sociaal tarief: Endesa, SA (hierna: „Endesa") (41,612696 %), Iberdrola, SA (hierna: „Iberdrola") (38,474516 %), Gas Natural SDG, SA (14,185142 %) en E.ON España, SLU (later Viesgo Infraestructuras Energéticas, SL genaamd; hierna: „Viesgo") (2,368956 %). Krachtens dat besluit zijn daarentegen aan 23 andere ondernemingen beduidend lagere percentages toegekend, alle onder de 1 %. Die bedragen worden ieder jaar door de nationale mededingingsautoriteit berekend en dienen op een speciaal daarvoor bestemde depositorekening te worden overgemaakt. De Spaanse mededingingsautoriteit heeft eveneens tot taak de betreffende betalingen te verrekenen met de bedrijven in kwestie en hun een bedrag te doen toekomen dat overeenkomt met het sociaal tarief dat de betrokken noodleverancier heeft toegekend aan kwetsbare consumenten.

17. Op 18 december 2014 heeft E.ON España, SLU (later dus Viesgo) bij de verwijzende rechter bestuursrechtelijk beroep ingesteld tegen koninklijk wetsbesluit 968/2014. Zij voerde aan dat de financieringsregeling voor het sociaal tarief van artikel 45, lid 4, van wet 24/2013, zoals uitgewerkt in de artikelen 2 en 3 van koninklijk wetsbesluit 968/2014, onverenigbaar was met richtlijn 2009/72.

18. Bij arrest van 24 oktober 2016 heeft de Tribunal Supremo dat beroep toegewezen en de artikelen 2 en 3 van koninklijk wetsbesluit 968/2014 nietig verklaard op grond dat zij onverenigbaar waren met artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72. Die rechter gaf daarbij aan dat hij tot die slotsom was gekomen op basis van de arresten van het Hof in de zaken Federutility e.a.[8] en ANODE[9].

19. Het Spaanse overheidsbestuur heeft daartegen beroep ter bescherming van de grondwettelijke rechten (*recurso de amparo*) ingesteld bij de Tribunal Constitucional. Bij arrest van 26 maart 2019 heeft de Tribunal Constitucional deze constitutionele klacht van het bestuur gegrond verklaard. Deze rechterlijke instantie was van oordeel dat de Tribunal Supremo het recht op een eerlijk openbaar proces in de zin van artikel 24, lid 2, van de Spaanse grondwet had geschonden voor zover het nationale recht in dat arrest onverenigbaar was verklaard met het Unierecht zonder dat eerst een verzoek om een prejudiciële beslissing was voorgelegd aan het Hof.

20. Volgens de verwijzingsbeslissing was de Tribunal Constitucional in het bijzonder van oordeel dat de rechtspraak op basis waarvan de verwijzende rechter had geoordeeld dat er sprake was van onverenigbaarheid met richtlijn 2009/72, geen *acte clair* vormde wat de onderhavige zaak betreft. Derhalve was de Tribunal Supremo niet vrijgesteld van de verwijzingsplicht, zodat het bestreden arrest moest worden vernietigd en de situatie moest worden hersteld zoals zij bestond vóór de uitspraak van dat arrest.

7 Voor de jaren daarna bestaan vergelijkbare besluiten, zoals Orden IET/2182/2015 (voor 2015) en Orden IET/1451/2016 (voor 2016).

8 Arrest van 20 april 2010 (C-265/08, EU:C:2010:205).

9 Arrest van 7 september 2016 (C-121/15, EU:C:2016:637).

21. Binnen deze feitelijke en juridische context heeft de Tribunal Supremo de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Staan de in artikel 3, lid 2, van richtlijn [2009/72] vastgestelde vereisten volgens de rechtspraak van het Hof, waaronder 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), in de weg aan een nationale regeling – zoals die is vastgelegd in artikel 45, lid 4, van [wet 24/2013] en nader is uitgewerkt in de artikelen 2 en 3 van [koninklijk wetsbesluit 968/2014] – waarbij de financiering van het sociaal tarief wordt afgewenteld op bepaalde spelers in de elektriciteitsvoorziening, namelijk de moederondernemingen van concerns of, in voorkomend geval, ondernemingen die gelijktijdig activiteiten uitvoeren op het gebied van de productie, distributie en verkoop van elektriciteit, hoewel sommige van die spelers een bijzonder gering specifiek gewicht hebben binnen de sector, terwijl andere ondernemingen of concerns die vanwege hun omzet, vanwege hun relatieve belang in een bedrijfssector of omdat zij gelijktijdig en op geïntegreerde wijze twee van die activiteiten uitvoeren mogelijk beter in staat zijn om deze kosten te dragen, van deze lasten zijn vrijgesteld?

2) Is een nationale regeling waaruit voortvloeit dat de verplichting tot financiering van het sociaal tarief niet bij uitzondering, noch voor beperkte tijd, maar wel voor onbepaalde tijd en zonder enige tegenprestatie of compenserende maatregelen wordt vastgesteld, verenigbaar met het in artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 vastgestelde vereiste van evenredigheid?”

22. Agri-Energía e.a. (hierna: „Agri-Energía”), EDP España, Endesa, Iberdrola, Naturgy Energy Group (hierna: „Naturgy”), Viesgo, de Spaanse regering en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Die partijen hebben ook schriftelijke vragen van het Hof beantwoord.

IV. Analyse

23. Deze conclusie is als volgt opgebouwd. Eerst zal ik mij buigen over de door de belanghebbenden aan de orde gestelde vragen betreffende de ontvankelijkheid (A). Vervolgens zal ik in mijn inhoudelijke analyse eerst bespreken wat precies als „openbaredienstverplichting” wordt aangemerkt (B.1). Daarna zal ik bekijken of die „openbaredienstverplichting” onder artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 valt en of zij als verenigbaar met de voorwaarden van deze bepaling kan worden beschouwd (B.2). Tot slot zal ik ingaan op de tweede vraag van de verwijzende rechter, over de evenredigheid van de „openbaredienstverplichting” en over de vraag of de partij die belast is met de openbaredienstverplichting moet worden gecompenseerd (B.3).

A. Ontvankelijkheid

24. Viesgo, Iberdrola en Endesa hebben twee argumenten aangaande de ontvankelijkheid van de zaak naar voren gebracht.

25. Ten eerste voeren zij aan dat de verwijzende rechter, als de hoogste rechterlijke instantie die bevoegd was om te beslissen of een verzoek om een prejudiciële beslissing noodzakelijk was om te bepalen of koninklijk wetsbesluit 968/2014 verenigbaar was met artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72, van oordeel was dat hij vanwege de leer van de *acte clair* niet verwijzingsplichtig was.

Aangezien alleen die rechterlijke instantie de werking van het Unierecht moet verzekeren, is de Tribunal Constitucional niet bevoegd om die beslissing te herzien of zichzelf in de plaats te stellen van de verwijzende rechter teneinde vast te stellen of er sprake is van een *acte clair*.

26. Ten tweede ontneemt de rechtspraak van de Tribunal Constitucional volgens welke iedere Spaanse rechterlijke instantie verwijzingsplichtig is wanneer een nationale regeling als onverenigbaar met het Unierecht wordt beschouwd [10], de rechterlijke instanties die in laatste aanleg uitspraak doen de bevoegdheid om zelf te beoordelen of een verwijzing noodzakelijk is. De verwijzende rechter en partijen zetten uiteen dat die rechtspraak afhangt van het resultaat waartoe men komt, in die zin dat een vergelijkbare verplichting niet zou ontstaan wanneer de nationale rechterlijke instantie zou oordelen dat een nationale regeling wel verenigbaar is met het Unierecht.

27. Derhalve dient het Hof, aangezien de redenen voor het verzoek om een prejudiciële beslissing in deze zaak voortvloeien uit een nationale procedure en rechtspraak die afbreuk doen aan de voorrang en de werking van het Unierecht, zich onbevoegd te verklaren om uitspraak te doen over de prejudiciële vragen. Subsidiair zou het Hof het verzoek als niet-ontvankelijk moeten afwijzen.

28. Volgens mij is deze zaak noch niet-ontvankelijk, noch valt zij buiten de bevoegdheid van het Hof.

29. Ten eerste worden vragen van een nationale rechterlijke instantie over de uitlegging van het Unierecht doorgaans vermoed relevant te zijn. [11] Uitsluitend de verwijzende rechter is verantwoordelijk voor de omschrijving van het feitelijke en wettelijke kader op grond waarvan hij het Hof om uitlegging verzoekt. [12] Hetzelfde geldt ook in gevallen waarin de beoordelingsbevoegdheid van de nationale rechterlijke instantie over de vraag of een verzoek om een prejudiciële beslissing moet worden voorgelegd, door het nationale recht op een of andere manier beperkt wordt. Ook in die situaties blijft het de bevoegdheid van de verwijzende rechter om de te stellen vragen te formuleren, om het nationale recht en de nationale procedure uiteen te zetten en om het voorwerp van de aan het Hof voorgelegde zaak naar behoren te omschrijven. Bovendien blijft de verwijzende rechter tevens verantwoordelijk voor de nog te geven rechterlijke beslissing. Wanneer de gestelde vragen betrekking hebben op de uitlegging van het Unierecht, is het Hof derhalve in beginsel verplicht daarop te antwoorden. [13]

30. Ten tweede houdt de aan de orde zijnde kwestie duidelijk verband met het reële geschil dat de verwijzende rechter dient af te doen. Die rechter maakt duidelijk dat het verzoek om een prejudiciële beslissing noodzakelijk is voor de beslechting daarvan. Hij merkt op dat er een verschil van inzicht bestaat tussen hemzelf en een hogere rechterlijke instantie over de vraag of er sprake is van een *acte clair* met betrekking tot het vereiste van non-discriminatie van artikel 3,

[10] EDP España merkt op dat die praktijk ook tot uitdrukking komt in met name de arresten 46/2019 van 8 april 2019 (ES:TC:2019:46); 54/2019 van 6 mei 2019 (ES:TC:2019:54); 58/2019 van 6 mei 2019 (ES:TC:2019:58); 59/2019 van 6 mei 2019 (ES:TC:2019:59); 67/2019 van 20 mei 2019 (ES:TC:2019:67); 71/2019 van 20 mei 2019 (ES:TC:2019:71), en 81/2019 van 17 juni 2019 (ES:TC:2019:81).

[11] Arrest van 10 december 2018, Wightman e.a. (C-621/18, EU:C:2018:999, punt 27).

[12] Arrest van 12 december 2019, Slovenské elektrárne (C-376/18, EU:C:2019:1068, punt 24). Zie voor de beperkte gevallen waarin het Hof kan weigeren om uitspraak te doen op een prejudiciële vraag bijvoorbeeld arrest van 26 maart 2020, Miasto Łowicz en Prokurator Generalny (C-558/18 en C-563/18, EU:C:2020:234, punt 44).

[13] Arrest van 16 juli 2020, Facebook Ireland en Schrems (C-311/18, EU:C:2020:559, punt 73 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

lid 2, van richtlijn 2009/72. In tegenstelling tot bijvoorbeeld hypothetische zaken is de beantwoording van de aan het Hof voorgelegde vragen dus stellig *noodzakelijk* om de verwijzende rechter in staat te stellen uitspraak te doen in deze zaak. [14]

31. Ten derde blijft het een feit dat, zelfs indien de rechtspraak waarop de verwijzende rechter zich bij zijn uitlegging baseert inderdaad een *acte clair* zou vormen (hetgeen allerminst vanzelfsprekend is aangezien de verwijzende rechter en de Tribunal Constitucional van mening verschillen over de toepasselijkheid van die rechtspraak), de hypothetische vaststelling dat er sprake is van een *acte clair*, waaruit de toepassing voortvloeit van de uitzondering op de verwijzingsplicht in de zin van het arrest CILFIT e.a. [15], de ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen onverlet laat. Het klopt dat een vraag, wanneer wordt geoordeeld dat er sprake is van een *acte clair*, als niet „noodzakelijk" in de zin van artikel 267 VWEU kan worden aangemerkt. Maar zelfs als dat het geval is, is een dergelijke vraag niettemin ontvankelijk wanneer zij aan het Hof wordt voorgelegd. Hoogstens zal het Hof dan volgens artikel 99 van het Reglement voor de procesvoering de gestelde prejudiciële vraag bij met redenen omklede beschikking beantwoorden.

32. Kortom, deze zaak is ontvankelijk. Bovendien valt het voorwerp ervan duidelijk binnen de bevoegdheid waarover het Hof beschikt krachtens artikel 267 VWEU.

33. Nu dit is verduidelijkt, erken ik evenwel dat indien de verwijzingsplicht, die voortvloeit uit – en autonoom wordt bepaald door – het Unierecht, zou worden „aangepast" of beter gezegd op asymmetrische wijze zou worden „beknot" zoals door de verwijzende rechter wordt voorgesteld en door partijen nader wordt geëxpliciteerd, dit voor het Unierecht een probleem zou kunnen vormen, maar niet per se een probleem van ontvankelijkheid. Aangezien de verwijzende rechter daarover geen vragen heeft geformuleerd, zal ik simpelweg afronden met de volgende algemene punten.

34. Ten eerste is het feit dat een hogere nationale rechterlijke instantie of een grondwettelijk hof kiest voor bestraffing van niet-nakoming van de in artikel 267, derde alinea, VWEU vastgestelde verplichting om een verzoek om een prejudiciële beslissing in te dienen zeker niet iets waartegen het Unierecht zich verzet. Een aantal nationale stelsels, met name die waarbij de grondwettigheid van nationale rechterlijke beslissingen in laatste instantie individueel wordt getoetst [16], houdt wel degelijk toezicht op de nakoming van de verplichting tot verwijzing door de hoogste nationale rechters [17].

35. Ten tweede kan die bemoeienis van een hogere rechterlijke instantie of van een grondwettelijk hof automatisch en onvermijdelijk tot gevolg hebben dat de rechterlijke instanties wier beslissingen worden getoetst, hun discretionaire bevoegdheid (of een deel daarvan) verliezen. Een dergelijk gevolg is echter onlosmakelijk verbonden met iedere vorm van toetsing van specifieke

[14] Zie in dat verband arresten van 11 maart 1980, Foglia (104/79, EU:C:1980:73, punt 11); 16 december 1981, Foglia (244/80, EU:C:1981:302, punten 17 en 18), en 26 maart 2020, Miasto Łowicz en Prokurator Generalny (C-558/18 en C-563/18, EU:C:2020:234, punt 53).

[15] Arrest van 6 oktober 1982 (283/81, EU:C:1982:335, punten 16-20).

[16] Zie voor voorbeelden van andere stelsels dan het Spaanse, met name, beslissingen van de grondwettelijke hoven in Duitsland, Bundesverfassungsgericht, beslissing van 9 mei 2018 – 2 BvR 37/18; in Tsjechië, Ústavní soud, 8 januari 2009, nr. II. ÚS 1009/08; in Kroatië, Ustavni sud Republike Hrvatske, beslissing nr. U-III-2521/2015 van 13 december 2016; in Slowakije, Ústavný súd, arrest van 18 april 2012, nr. II. ÚS 140/2010, en in Slovenië, Ustavno sodišče, beslissing nr. Up-1056/11 van 21 november 2013, SI:USRS:2013:Up.1056.11.

[17] Voor een vergelijkend overzicht zie reeds Solar, N., *Vorlagepflichtverletzung mitgliedstaatlicher Gerichte und ihre Sanierung*, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wenen, 2004. Zie voor een recenter voorbeeld de afzonderlijke landenrapporten in Coutron, L. (dir.), *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de Justice: une obligation sanctionnée*?, Bruylant, Brussel, 2014, of de afzonderlijke bijdragen in de speciale uitgave van 2015, *German Law Journal*, deel16/6, met name Lacchi, C., „Review by Constitutional Courts of the Obligation of National Courts of Last Instance to Refer a Preliminary Question to the Court of Justice of the EU", 2015, blz. 1663.

beslissingen. Het is juist dat het Hof heeft verklaard dat geen enkele constitutionele, wetgevende, bestuurlijke of rechterlijke praktijk, daaronder begrepen die betreffende voorzieningen tegen beslissingen waarbij de noodzaak van een prejudiciële verwijzing wordt afgewezen, ertoe kan leiden dat een rechterlijke instantie de mogelijkheid wordt ontzegd om een verzoek om een prejudiciële beslissing in te dienen.[18] Het Hof heeft zelfs verklaard dat een lagere rechter bevoegd is het rechtsoordeel van een hogere rechter naast zich neer te leggen indien hij meent dat dit oordeel onverenigbaar is met het Unierecht.[19]

36. Aan die rechtspraak ligt overigens de overweging ten grondslag dat wordt voorkomen dat hogere rechters lagere rechters binnen hun eigen rechtssysteem de directe toegang tot het Hof via de prejudiciële procedure ontzeggen, hetgeen duidelijk in strijd zou zijn met (de tweede alinea van) artikel 267 VWEU.[20] Mijns inziens was die rechtspraak nooit zo bedoeld dat nationale rechterlijke instanties over een algemene en ongenuanceerde *licence to disregard* (recht om instructies van hogerhand volledig naast zich neer te leggen) zouden beschikken, hetgeen eerder aan een twijfelachtige James Bondoneliner dan aan een rationeel georganiseerd rechtssysteem zou doen denken. In plaats daarvan zorgt die rechtspraak voor een (beperkte en genuanceerde) *licence to disagree* (recht om van mening te verschillen) of zelfs een *licence to depart* (recht om af te wijken) in specifieke gevallen waarin die beslissing goed gemotiveerd en onderbouwd wordt. De gulden regel is dus die van een *gemotiveerde interactie* met de beweerdelijk onverenigbare beslissing.[21]

37. Ten derde dienen bij de nationale tenuitvoerlegging van de verplichting tot verwijzing hoe dan ook de aard en de strekking van artikel 267 VWEU zelf te worden geëerbiedigd, *zoals deze zijn vastgelegd in de rechtspraak* van het Hof.[22] Het nationale recht kan uiteraard de meer algemene bepalingen van het Unierecht in specifieke termen procedureel nader uitwerken. Waar het finaal om gaat is echter dat een lidstaat die beslist om uitvoeringscriteria vast te stellen teneinde de correcte toepassing van de verwijzingsplicht te verzekeren, niet (eenzijdig) zelf kan overgaan tot *wijziging van de omvang van de verplichting* die in artikel 267 VWEU is neergelegd, omdat anders afbreuk wordt gedaan aan de vereisten van uniformiteit en rechtszekerheid, die ook samenhangen met die bepaling.[23]

38. Ten vierde is het zonneklaar, welke bedenkingen men ook kan hebben bij de uitvoerbaarheid van de CILFIT-criteria, met name over de vraag of er redelijke twijfel bestaat over de juiste toepassing van het Unierecht in de zaak voor de nationale rechter[24], dat die criteria betrekking hebben op *elke kwestie waarin de uitlegging* van het Unierecht aan de orde is. Die criteria zijn dus „vraagafhankelijk" of „zaakafhankelijk" maar volledig „resultaatonafhankelijk". Een *acte clair* wordt immers niet duidelijker naargelang de nationale rechterlijke instantie verklaart dat er sprake is van onverenigbaarheid dan wel verenigbaarheid. Voor de vraag of er al dan niet sprake is van een *acte clair* is het resultaat van de beoordeling in het geheel niet relevant.

[18] Zie met name arresten van 16 december 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723, punten 94 en 95 en aldaar aangehaalde rechtspraak); 5 april 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 4 december 2018, Minister for Justice and Equality en Commissioner of An Garda Síochána (C-378/17, EU:C:2018:979, punten 35, 36 en 49 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[19] Zoals onder meer tot uitdrukking gebracht in de arresten van 5 oktober 2010, Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 15 januari 2013, Križan e.a. (C-416/10, EU:C:2013:8, punt 68 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[20] Te beginnen met het arrest van 16 januari 1974, Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, EU:C:1974:3).

[21] Zie voor meer details mijn conclusie in de gevoegde zaken Ministerul Public – Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție – Direcția Națională Anticorupție e.a. (C-357/19 en C-547/19, EU:C:2021:170, punten 235-243).

[22] Zie naar analogie arrest van 21 december 2016, Gutiérrez Naranjo e.a. (C-154/15, C-307/15 en C-308/15, EU:C:2016:980, punt 65).

[23] Arrest van 22 oktober 1987, Foto-Frost (314/85, EU:C:1987:452, punt 15).

[24] Zie bijvoorbeeld de (kritische) conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Wiener SI (C-338/95, EU:C:1997:352); die van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de zaak Gaston Schul Douane-expediteur (C-461/03, EU:C:2005:415), of die van advocaat-generaal Wahl in de gevoegde zaken X en Van Dijk (C-72/14 en C-197/14, EU:C:2015:319).

39. Bovendien stelt de gerechtelijke structuur van de Unie de nationale rechterlijke instanties duidelijk en consequent in staat om zelfstandig te beslissen over de vraag of er sprake is van (on)verenigbaarheid van het nationale recht met het Unierecht.[25] Dat maakt deel uit van het mandaat van het Unierecht dat aan *alle* rechterlijke instanties in de lidstaten wordt verleend. Indien die rechterlijke instanties menen dat zij voor een bepaalde Unierechtelijke kwestie geen hulp van het Hof volgens artikel 267, tweede alinea, VWEU nodig hebben of indien zij zich op het standpunt stellen dat zij daartoe geen verplichting hebben krachtens artikel 267, derde alinea, VWEU, dan *zijn zij niet verplicht zich tot het Hof te wenden* met een verzoek om een prejudiciële beslissing. Iedere andere benadering is wellicht niet alleen strijdig met de autonome draagwijdte van de verwijzingsplicht overeenkomstig het Unierecht, maar kan ook een blokkade opwerpen voor de uitoefening van het onafhankelijke mandaat dat aan nationale rechterlijke instanties wordt toevertrouwd om het Unierecht toe te passen en te handhaven op nationaal niveau.[26]

40. Ten vijfde is het ten slotte vrij waarschijnlijk dat wanneer een hoogste nationale rechterlijke instantie of grondwettelijk hof waarbij een buitengewoon rechtsmiddel is ingesteld, gaat toetsen of de betrokken rechter die in laatste instantie uitspraak doet de *acte clair*-uitzondering van het arrest CILFIT e.a. wel of niet juist heeft toegepast, die hoogste instantie zelf overgaat tot uitlegging van het Unierecht.[27] Op dat moment wordt die instantie echter een „rechterlijke instantie" in de zin van artikel 267 VWEU. Aangezien die toetsende instantie per definitie een rechterlijke instantie in de zin van artikel 267, derde alinea, VWEU zal zijn[28], gaan op haar bovendien alle uit die functie voortvloeiende verplichtingen en taken over, waaronder – zo nodig – de verplichting om zelf een prejudiciële vraag te stellen.

B. Ten gronde

1. Wat houdt de „openbaredienstverplichting" in kwestie precies in?

41. Uit de in de processtukken verstrekte toelichting begrijp ik dat het door de Spaanse wetgever ingestelde systeem als volgt functioneert. De noodleveranciers passen direct een vaste korting toe op de elektriciteitsrekening van bepaalde kwetsbare consumenten. Die korting is het „sociaal tarief". De kosten van dat systeem worden vervolgens gedragen door een aantal ondernemingen die actief zijn op de Spaanse elektriciteitsmarkt (waaronder begrepen de moederondernemingen van de noodleveranciers). Dit is de „verplichte bijdrage".

[25] Arresten van 19 januari 2010, Kücükdeveci (C-555/07, EU:C:2010:21, punten 53-55), en 5 oktober 2010, Elchinov (C-173/09, EU:C:2010:581, punt 28), alsmede beschikking van 3 september 2020, Vikingo Fővállalkozó (C-610/19, EU:C:2020:673, punt 75).

[26] Zie reeds arrest van 9 maart 1978, Simmenthal (106/77, EU:C:1978:49, punt 22). Zie voor een recenter voorbeeld ook arrest van 4 december 2018, Minister for Justice and Equality en Commissioner of An Garda Síochána (C-378/17, EU:C:2018:979, punten 36 en 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[27] Het lijdt wellicht geen twijfel dat een nationaal grondwettelijk hof zich uitsluitend bezighoudt met het nationale constitutionele recht. Het legt dus uitsluitend nationale constitutionele regels uit en niet ofwel „louter" nationaal recht ofwel, a fortiori, „louter" Unierecht, die beide zouden kunnen worden gelijkgesteld met de feitelijke gegevens van de zaak. Een dergelijk idee kan misschien troost bieden voor de doctrine, maar uit de rechtspraak blijkt in de praktijk hoe onhoudbaar die fictie is. Voorts kan ik met betrekking tot de specifieke beoordeling van de vraag of er in een bepaalde zaak voor een in laatste aanleg optredende rechter sprake was van een *acte clair*, alleen maar bewondering hebben voor de vaardigheid om inhoud te toetsen zonder er werkelijk op in te gaan of enigszins uit te leggen. Het is zoiets als de droom van Schrödinger die eindelijk uitkomt: duidelijk kunnen zeggen of de kat (CILFIT) dood of levend is zonder ooit de doos (het Unierecht) te hoeven openen.

[28] Zie naar analogie arresten van 4 november 1997, Parfums Christian Dior (C-337/95, EU:C:1997:517, punten 24-26); 4 juni 2002, Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329, punten 14 en 15), en 15 september 2005, Intermodal Transports (C-495/03, EU:C:2005:552, punt 30).

42. Hoewel er in de aanvankelijk ingediende opmerkingen verschillende meningen daarover leken te bestaan, stellen alle partijen zich naar aanleiding van een schriftelijke vraag van het Hof op het standpunt dat er slechts sprake is van één „openbaredienstverplichting". Die verplichting is neergelegd in artikel 45, lid 4, van wet 24/2013 en bestaat uit twee samenstellende elementen: (i) het sociaal tarief *en* (ii) de verplichte bijdrage. Met andere woorden, de „openbaredienstverplichting" in kwestie is een „bundel" die twee elementen omvat.

43. Die „bundel" kan op twee manieren worden bekeken: ofwel aanvaardt men de aanduiding zoals de wetgever die heeft uitgedacht (ook wanneer dit impliceert dat er sprake is van meervoudige „openbaredienstverplichtingen" in één), ofwel splitst men de aangeduide „bundel" in zijn samenstellende elementen en beoordeelt men de verenigbaarheid daarvan afzonderlijk. Hoe men de kwestie ook benadert, er dient een zekere verificatie te worden verricht zodat de aangeduide „openbaredienstverplichting" niet bestaat uit meervoudige onafhankelijke maatregelen die slechts zijdelings op dezelfde kwestie betrekking hebben.

44. De bedoeling daarvan is niet alleen de beoordelingsbevoegdheid van de lidstaten te controleren. Het behoeft immers nauwelijks betoog dat er grenzen zijn aan hetgeen door een lidstaat kan worden „aangeduid" als vallende onder het autonome begrip van een „openbaredienstverplichting" zoals dit wordt gedefinieerd in het Unierecht. Er bestaat daarvoor ook een zeer praktische reden: zoals verderop in deze conclusie zal worden aangetoond, is het logischerwijs enigszins lastig om na te gaan of een „bundel" van meervoudige en verschillende elementen die deel uitmaken van één enkele „openbaredienstverplichting" verenigbaar is met de vereisten van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72. Welk deel van het „geheel" moet worden beoordeeld aan de hand van het criterium van evenredigheid? Welk deel zou op gezette tijden moeten worden getoetst door de nationale autoriteiten? Welk deel zou moeten worden gecompenseerd, zo die verplichting al bestaat?

45. De vaststelling dat die vragen moeilijk te beantwoorden zijn, kan ook een reden zijn waarom „gebundelde" „openbaredienstverplichtingen" tot nu toe slechts één keer in de rechtspraak van het Hof zijn voorgekomen. In de zaak Overgas Mrezhi en Balgarska gazova asotsiatsia diende het Hof zich uit te spreken over bepaalde verplichtingen om aardgas op te slaan teneinde de leverings- en voorzieningszekerheid van aardgas en de leveringsregelmaat ervan in Bulgarije veilig te stellen, waarvan de kosten werden doorberekend aan afnemers door de prijs van dat gas volgens een van overheidswege vastgestelde methode te bepalen.[29] Daarentegen gaat het in de „traditionele" rechtspraak van het Hof over de veel vaker voorkomende „enkelvoudige" „openbaredienstverplichting", zoals specifieke diensten van lokaal openbaar vervoer in de provincie Napels[30], bepaalde zeevervoerdiensten tussen de eilanden Malta en Gozo[31], een aantal diensten voor openbaar vervoer van reizigers met autobussen, elektrische voertuigen en mechanische liften in de stad Lissabon[32] en systeemdiensten voor de distributie van elektriciteit in Italië[33].

46. In deze zaak blijkt het Hof te worden geconfronteerd met een „openbaredienstverplichting" die bestaat uit twee componenten die functioneel gezien mogelijkerwijs hetzelfde voorwerp hebben maar die volledig andere *doelen en middelen* betreffen.

[29] Arrest van 30 april 2020 (C-5/19, EU:C:2020:343, punten 55, 56, 69 en 88).

[30] Arrest van 3 april 2014, CTP (C-516/12–C-518/12, EU:C:2014:220, punt 12). Zie echter ter vergelijking conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón in die zaak (EU:C:2014:63, punten 36-38).

[31] Arrest van 28 oktober 2010, Commissie/Malta (C-508/08, EU:C:2010:643, punt 6).

[32] Arrest van 7 mei 2009, Antrop e.a. (C-504/07, EU:C:2009:290, punt 9).

[33] Arrest van 21 december 2011, ENEL (C-242/10, EU:C:2011:861, punten 51, 52, 55 en 81).

47. Het eerste element is het *sociaal tarief*, dat tot doel heeft bepaalde kwetsbare consumenten in Spanje te helpen bij de betaling van hun elektriciteitsrekening. De middelen om dit doel te bereiken bestaan in een korting van ofwel 25 % ofwel 40 % op de marktprijs voor elektriciteit. Toepassing van een evenredigheidstoets op dit onderdeel zou erin kunnen bestaan te beoordelen of de groep kwetsbare consumenten voldoende representatief is en/of de gegeven korting ontoereikend is om het beoogde doel te verwezenlijken.

48. Het tweede element is de *verplichte bijdrage*, die tot doel heeft het systeem van het sociaal tarief te financieren. Dit wordt mogelijk gemaakt via een financieringsverplichting die wordt opgelegd aan bepaalde verticaal geïntegreerde bedrijven die actief zijn op de Spaanse elektriciteitsmarkt. Hier zou de evenredigheidstoets betrekking kunnen hebben op de representativiteit van de groep ondernemingen waarvoor die financieringsverplichting geldt en/of op het door iedere onderneming bij te dragen bedrag.

49. Het is echter overduidelijk dat het bij het sociaal tarief en de verplichte bijdrage om verschillende actoren, verschillende belangen en verschillende verplichtingen gaat. De twee betrokken elementen hangen functioneel gezien stellig met elkaar samen, aangezien zij beide deel uitmaken van hetzelfde grotere normatieve geheel. Zij kunnen echter niet in één adem als één maatregel worden besproken, met name op het gebied van discriminatie en evenredigheid (of het ontbreken daarvan).

50. Als instantie die volledig op de hoogte is van het nationale recht en de feiten van deze zaak lijkt de verwijzende rechter het eens te zijn met de gezamenlijke conclusie van partijen dat uit de bewoordingen van artikel 45, lid 4, van wet 24/2013 blijkt dat *de gehele regeling* als een „openbaredienstverplichting" wordt aangemerkt en dat *zowel* het sociaal tarief *als* de verplichte bijdrage de samenstellende elementen daarvan zijn.[34] Tegelijkertijd hebben de vragen van die rechter echter *uitsluitend* betrekking op de verenigbaarheid van de *verplichte bijdrage* met artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72. Met andere woorden, in weerwil van de vaststelling dat er kennelijk sprake is van één enkele „openbaredienstverplichting" (die uit twee elementen bestaat), lijkt de verwijzende rechter te aanvaarden dat de verplichte bijdrage in zekere zin kan worden afgesplitst van de „openbaredienstverplichting" als geheel.

51. Kortom, het is mij een raadsel wat hier van het Hof wordt verlangd. In de navolgende analyse zal ik mij echter houden aan het door de verwijzende rechter geformuleerde uitgangspunt en zal ik de *verplichte bijdrage* behandelen als een *opzichzelfstaand* (of afgesplitst) element van een algehele „bundel" van „openbaredienstverplichtingen". Die benadering zal evenwel, zoals ik in deze conclusie verder zal toelichten, onvermijdelijk aanleiding geven tot nieuwe vragen bij de bespreking van de eisen die richtlijn 2009/72 stelt aan een *echte* „openbaredienstverplichting" in de zin van artikel 3, lid 2, ervan.

2. Eerste vraag

52. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de *verplichte bijdrage*, zoals die is vastgesteld bij wet 24/2013 en is uitgewerkt in koninklijk wetsbesluit 968/2014, verenigbaar is met artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72.

[34] Zie echter de vijfde overweging van koninklijk wetsbesluit 9/2013, waarin het financieringselement van het sociaal tarief, naar ik aanneem de verplichte bijdrage, als een „openbaredienstverplichting" lijkt te worden aangeduid.

53. Gelet op het feit dat die bepaling betrekking heeft op „openbaredienstverplichtingen", zal ik eerst onderzoeken of de verplichte bijdrage aan de criteria daarvan voldoet (a). Pas wanneer dat is vastgesteld, zal ik mij richten op de verenigbaarheid van die maatregel met artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 (b).

a) Valt de verplichte bijdrage binnen de werkingssfeer van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72?

54. De Spaanse regering merkt op dat in het licht van het arrest van het Hof in de zaak Engie Cartagena [35] de vraag rijst of de verplichte bijdrage daadwerkelijk als een „openbaredienstverplichting" in de zin van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 kan worden aangemerkt.

55. Alle betrokken partijen, met uitzondering van de Spaanse regering, stellen zich op het standpunt dat het arrest Engie Cartagena [36] niet afdoet aan het feit dat de verplichte bijdrage een „openbaredienstverplichting" is. Die partijen betogen eigenlijk dat de in casu opgelegde „openbaredienstverplichting", anders dan de maatregel die in de zaak Engie Cartagena aan de orde was, geen algemene maatregel is maar eerder een volgens artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 *specifiek aangewezen* maatregel. Bovendien is de „openbaredienstverplichting" om het sociaal tarief direct toe te passen op de elektriciteitsrekening van daarvoor in aanmerking komende consumenten onlosmakelijk verbonden met de verplichte bijdrage. Beide zijn „onscheidbare aspecten van één enkele maatregel", aangezien het eerste element wordt gefinancierd door het tweede.

56. Daar partijen in deze zaak sterk steunen op het arrest dat in de zaak Engie Cartagena [37] is gewezen, zal ik de bijzonderheden van die zaak in het kort weergeven (i). Daarna zal ik stilstaan bij de overwegingen uit die zaak en de mogelijke gevolgen daarvan voor de onderhavige zaak en zal ik in het bijzonder nagaan of de verplichte bijdrage al dan niet als een parafiscale heffing kan worden bestempeld (ii), alvorens tot de conclusie te komen dat zelfs als de verplichte bijdrage als een belasting zou worden aangemerkt, dit niet zou betekenen dat zij volledig buiten de werkingssfeer van richtlijn 2009/72 en met name artikel 3, lid 1, daarvan (iii) zou vallen.

i) Engie Cartagena en de aard van „openbaredienstverplichtingen"

57. Engie Cartagena was een onderneming die actief was op de Spaanse elektriciteitsmarkt. Zij had beroep ingesteld tot nietigverklaring van een besluit dat erin voorzag dat zij bepaalde bedragen moest financieren die waren vastgesteld op basis 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 2014 tot vaststelling van dringende maatregelen teneinde het tarieftekort in de elektriciteitssector te verhelpen). Engie Cartagena was één van de elf bedrijven die daartoe verplicht werden met het oog op de verlaging van het tarieftekort in de elektriciteitssector in Spanje, dat het gevolg was van de invoering van een nationaal actieplan voor energie-efficiëntie. [38] In datzelfde wetsbesluit werd die financiering als een

[35] Arrest van 19 december 2019 (C-523/18, EU:C:2019:1129).

[36] Ibidem.

[37] Ibidem.

[38] Ibidem, punt 22.

„openbaredienstverplichting” gekwalificeerd. Aan het Hof werd dus onder andere de vraag gesteld of die financiering een „openbaredienstverplichting” in de zin van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2003/54 en richtlijn 2009/72 vormde. [39]

58. Het Hof antwoordde ontkennend. Ten eerste merkte het op dat dit begrip als een autonoom begrip van het Unierecht diende te worden uitgelegd. [40] Vervolgens onderzocht het een aantal bij artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 gestelde voorwaarden, te weten het bestaan van een „openbaredienstverplichting” en de verenigbaarheid daarvan met artikel 106 VWEU. [41] Aangezien eerstgenoemde bepaling een afwijking van de mededingingsregels toestaat, oordeelde het Hof dat het begrip „openbaredienstverplichting” moet worden opgevat als een overheidsinterventie in de werking van de markt met het oog op het nastreven van een algemeen belang. Daardoor worden elektriciteitsbedrijven ertoe verplicht op de markt op te treden op een bepaalde wijze en op basis van door de overheidsinstanties opgelegde criteria. [42] Deze uitlegging werd bevestigd door de definities van dit begrip in andere handelingen van het Unierecht, en met name in het kader van de bevoegdheidsgebieden waarin artikel 4 VWEU voorziet. [43]

59. Het Hof kwam tot de slotsom dat de *vrijheid* van deze bedrijven *om te handelen* op die markt *dus werd beperkt* in die zin dat zij bepaalde goederen of diensten niet of niet in dezelfde mate of tegen dezelfde voorwaarden zouden hebben geleverd indien zij zich alleen hadden laten leiden door hun commerciële belangen. [44] De door de betrokken bedrijven te betalen bijdragen legden hun echter geen enkele eis op die hun vrijheid om actief te zijn op de elektriciteitsmarkt beperkte. Zij hoefden alleen maar bijdragen te betalen ter verlaging van het tarieftekort van de Spaanse autoriteiten. Derhalve kon die bijdrage niet onder het begrip „openbaredienstverplichting” in de zin van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 vallen. [45]

60. De opzet van het begrip „openbaredienstverplichting”, zoals onder meer tot uiting gebracht in de opsomming in artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72, komt aldus naar voren in het arrest Engie Cartagena en wordt erdoor bevestigd. De voorbeelden in die opsomming stemmen overeen met bepaalde overheidsmaatregelen die de vrijemarktwerking verstoren doordat van sommige specifieke bedrijven die op deze markt actief zijn, wordt verlangd dat zij bepaalde goederen of diensten leveren of dat zij zich onthouden van handelingen op een manier die afwijkt van „gangbare” ondernemingspraktijken op een anderszins concurrerende markt. [46]

61. De grootste gemene deler in die opsomming is echter duidelijk: de gegeven voorbeelden gaan over verschillende soorten prestaties die op een of andere wijze in het algemeen belang afwijken van normale economische gedragingen. De soorten maatregelen die beoogd worden, betreffen primair geen financiële maatregelen waarbij de staatskas simpelweg om geld vraagt. Financieringsverplichtingen of andere betalingsverplichtingen zouden dus niet onder dat begrip vallen. [47]

[39] Ibidem, punten 28 en 29.

[40] Ibidem, punten 33 en 34.

[41] Zie in dat verband arrest van 20 april 2010, Federutility e.a. (C-265/08, EU:C:2010:205, punt 26).

[42] Arrest van 19 december 2019, Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:1129, punt 42). Zie ook de punten 45 en 48 daarvan.

[43] Ibidem, punt 43.

[44] Ibidem, punt 45.

[45] Ibidem, punt 51.

[46] Ibidem, punten 40-45.

[47] Ibidem, punt 54.

ii) Openbaredienstverplichting of parafiscale heffing?

62. Tegen de achtergrond van het arrest Engie Cartagena heeft de Spaanse regering terecht twijfels geuit over de aard van de verplichte bijdrage.

63. Zoals de verwijzende rechter en partijen hebben verklaard, is de verplichte bijdrage vastgesteld in de vorm van een financiële verplichting die wordt opgelegd bij artikel 45, lid 4, van wet 24/2013 en nader is uitgewerkt in de artikelen 2 en 3 van koninklijk wetsbesluit 968/2014. Op deze wijze wil de Spaanse wetgever de uit het sociaal tarief voortvloeiende kosten dekken zonder dat deze voor rekening komen van consumenten of het elektriciteitssysteem als geheel. Die financiële verplichting wordt gepersonaliseerd middels een jaarlijks besluit waarin wordt vermeld om welke bedrijven het gaat en welk percentage van de totaalopbrengst zij moeten betalen. Betaling van die bedragen is niet gekoppeld aan enige prestatieverplichting. Zij hoeven geen goederen of diensten te leveren die zij niet of niet in dezelfde mate of tegen dezelfde voorwaarden zouden hebben geleverd indien zij alleen hun eigen commerciële belangen in aanmerking zouden nemen. Bezien vanuit het perspectief van de „vrijheid om op de elektriciteitsmarkt op te treden" ondervinden de activiteiten van de betrokken bedrijven in het geheel geen gevolgen. De gevolgen voor hun bedrijfsactiviteiten zijn dezelfde als in het geval van een andere belasting of fiscale heffing.

64. Op basis van die informatie kan worden betoogd dat de verplichte bijdrage louter een financiering van de overheidsinterventie in de werking van de Spaanse elektriciteitsmarkt vormt (maar daar zelf niet mee samenvalt) teneinde een erkende „openbaredienstverplichting" in de zin van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 uit te voeren. Als zodanig kan de verplichte bijdrage worden onderscheiden van de verplichting die aan de orde was in de zaak Overgas Mrezhi en Balgarska gazova asotsiatsia – de enige andere „bundel" van „openbaredienstverplichtingen" die tot dusverre in de rechtspraak van het Hof een rol heeft gespeeld – aangezien de Bulgaarse regering in die zaak de vrijheid van de beheerders op de Bulgaarse gasmarkt daadwerkelijk bleek te hebben beperkt door de gasprijs vast te stellen die in rekening kon worden gebracht aan consumenten.[48]

65. In navolging van de benadering van het Hof in de zaak Engie Cartagena en onder voorbehoud van verificatie kan inderdaad worden aangevoerd dat de verplichte bijdrage, die door de Spaanse wetgever is vastgelegd in artikel 45, lid 4, van wet 24/2013 en die verder is uitgewerkt in de artikelen 2 en 3 van koninklijk wetsbesluit 968/2014, niet voldoet aan de voorwaarden van een „openbaredienstverplichting" in de zin van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72.

66. Maar als dat zo is, wat is dan wel de precieze aard van die verplichte bijdrage?

67. Partijen hebben de verplichte bijdrage voor het Hof omschreven als zijnde een door de staat aan een aantal ondernemingen opgelegde financiële verplichting om een bepaald bedrag te betalen ter financiering van een bepaalde, door de staat vereiste dienst.

68. Mijns inziens heeft deze omschrijving, naar analogie van Shakespeares versregel „a rose by any other name would smell as sweet", heel veel weg van die van een parafiscale heffing. In de onderhavige zaak is deze constatering des te meer van belang omdat richtlijn 2009/72 geen Unierechtelijke handeling vormt die gericht is op de onderlinge aanpassing van de fiscale

[48] Arrest van 30 april 2020 (C-5/19, EU:C:2020:343, punten 55, 56 en 88).

bepalingen van de lidstaten. De voor de vaststelling van deze richtlijn gehanteerde rechtsgrondslag is immers niet van toepassing op belastingen, zoals artikel 95, lid 1, EG (thans artikel 114, lid 2, VWEU) uitdrukkelijk aangeeft. [49]

69. In antwoord op een schriftelijke vraag aan partijen merken EDP España, Iberdrola en de Commissie op dat de verplichte bijdrage niet van dien aard is dat deze een belasting vormt. Zij wijzen erop dat de door die maatregel geïnde gelden onderdeel worden van de Spaanse overheidsinkomsten. Vanuit die optiek is de verplichte bijdrage veel meer een regulerende maatregel dan een belasting en valt zij dus duidelijk binnen de werkingssfeer van richtlijn 2009/72.

70. Die argumentatie kan mij niet overtuigen.

71. In het kader van het Unierecht staat de vraag of een heffing al dan niet wordt gekwalificeerd als een belasting ter autonome beoordeling van het Hof aan de hand van de objectieve kenmerken ervan, onafhankelijk van de wijze waarop deze naar nationaal recht wordt gekwalificeerd. [50]

72. Ik geef toe dat het Hof, zoals ook in de zaak Engie Cartagena het geval leek te zijn, aan de hand van de gegevens in het verzoek om een prejudiciële beslissing alleen niet (met zekerheid) kan vaststellen of deze verplichte bijdrage dat karakter heeft. [51] Uit de beperkte gegevens in de processtukken blijkt echter dat de verplichte bijdrage wel degelijk de belangrijkste kenmerken van een belasting vertoont.

73. Ten eerste volgt uit de verwijzingsbeslissing dat de methodologie voor de omslag van de uit het sociaal tarief voortvloeiende kosten is neergelegd in de Spaanse wet, namelijk in koninklijk wetsbesluit 9/2013. Uit de verwijzingsbeslissing wordt ook duidelijk dat opeenvolgende ministeriële besluiten (besluit IET/350 van 7 maart 2014 en besluit IET/1451 van 8 september 2016), die krachtens wetsbesluiten 9/2013 en 968/2014 zijn vastgesteld, de precieze kosten omslaan over de betrokken bedrijven.

74. Ten tweede blijkt dat de in die wetsbesluiten genoemde bedrijven als de (gezamenlijke) betalers van de verplichte bijdrage zijn aangewezen. Voorts blijkt dat die betaling niet op iemand anders kan worden afgewenteld. [52] Bovendien is de betaling van dat bedrag blijkbaar wettelijk verplicht, aangezien de nationale mededingingsautoriteit belast is met de vaststelling van de bijdragen. Dat impliceert mijns inziens ook dat de betreffende ondernemingen door die instantie – of eventueel door andere organen van de lidstaten – kunnen worden vervolgd wanneer zij hun bijdrage niet betalen. [53]

75. Ten derde is de verplichte bijdrage blijkens de verwijzingsbeslissing bestemd om de uit het sociaal tarief voortvloeiende kosten te financieren. [54] De verplichte bijdrage is wat haar opzet betreft dus een maatregel die in het algemeen belang is ingevoerd volgens de verdelingscriteria die zijn neergelegd in wet 24/2013, zoals uitgewerkt in koninklijk wetsbesluit 9/2013. Hiermee wordt beoogd gelden aan te trekken die zijn bestemd ter dekking van het „tarieftekort” als gevolg van de beleidsbeslissing om voor kwetsbare consumenten in Spanje lagere elektriciteitsprijzen te

[49] Arresten van 7 november 2019, UNESA e.a. (C-80/18–C-83/18, EU:C:2019:934, punt 56); 7 november 2019, UNESA e.a. (C-105/18–C-113/18, EU:C:2019:935, punt 53), en 19 december 2019, Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:1129, punt 50).

[50] Zie arrest van 18 januari 2017, IRCCS – Fondazione Santa Lucia (C-189/15, EU:C:2017:17, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[51] Arrest van 19 december 2019, Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:1129, punt 32).

[52] Zie in die zin arrest van 14 januari 2016, Commissie/België (C-163/14, EU:C:2016:4, punt 44).

[53] Zie arrest van 18 januari 2017, IRCCS – Fondazione Santa Lucia (C-189/15, EU:C:2017:17, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[54] Ibidem, punt 34.

hanteren. Anders dan Agri-Energía, EDP España, Viesgo en de Commissie naar aanleiding van een hun door het Hof gestelde schriftelijke vraag hebben betoogd, speelt het bij die beoordeling geen rol dat die bijdrage niet voor de algemene staatsbegroting maar wel voor een specifiek doel is bestemd. [55]

iii) Uitgangspunt van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2009/72: een concurrerende markt die bedrijven niet verschillend behandelt

76. Indien de verwijzende rechter het bovenstaande bevestigt, zou dit dan betekenen, zoals de Spaanse regering betoogt, dat de verplichte bijdrage buiten de werkingssfeer van richtlijn 2009/72 valt? [56]

77. Volgens mij is dat niet het geval.

78. De reden waarom het om een fiscale maatregel gaat en de daarmee gepaard gaande aarzeling om in te grijpen in de interne belastingheffing van de lidstaten, betekenen niet dat de gevolgen van die maatregel niet kunnen worden getoetst aan het Unierecht. Volgens Agri-Energía, EDP España, Endesa, Iberdrola, Naturgy en Viesgo is dat met name het geval wanneer de methode voor de financiering van een „openbaredienstverplichting" gevolgen kan hebben voor de werking van de interne elektriciteitsmarkt. [57]

79. In casu grijpt de Spaanse wetgever in de Spaanse elektriciteitsmarkt in door de kosten van het sociaal tarief af te wentelen op slechts een handvol bedrijven die op die markt actief zijn. Een dergelijke regeling is op zich niet uitgesloten [58], in het bijzonder omdat richtlijn 2009/72, in haar huidige vorm, niet beoogt een volledige harmonisatie van de elektriciteitsmarkt in de Europese Unie tot stand te brengen.

80. Zoals EDP España, Endesa, Iberdrola en Naturgy in wezen in antwoord op een schriftelijke vraag van het Hof opmerken, betekent dit echter niet, ook al blijft die volledige harmonisatie uit, dat de verplichte bijdrage zelf niet hoeft te voldoen aan de „gemeenschappelijke regels" van richtlijn 2009/72, en met name artikel 3, lid 1, ervan. Volgens die bepaling waarborgen de lidstaten op basis van hun institutionele organisatie en met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel dat elektriciteitsbedrijven worden geëxploiteerd met het oog op de totstandbrenging van een door concurrentie gekenmerkte elektriciteitsmarkt en dat bedrijven niet verschillend worden behandeld. [59]

81. Om de hierboven genoemde redenen, en met name gelet op hetgeen het Hof in het arrest Engie Cartagena heeft verklaard, staat eventueel nog ter discussie of de verplichte bijdrage voldoet aan de voorwaarden van een „openbaredienstverplichting" in de zin van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72. Naar mijn mening zijn er aanwijzingen dat de verplichte bijdrage mogelijkerwijs een parafiscale heffing in de zin van het Unierecht is.

[55] Ibidem, punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

[56] Zie ook arrest van 19 december 2019, Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:1129, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[57] Zie wat betreft het doel dat richtlijn 2009/72 met betrekking tot de interne elektriciteitsmarkt beoogt, arrest van 19 december 2019, Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:1129, punt 47).

[58] Arrest van 19 december 2019, Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:1129, punt 55).

[59] Arrest van 12 december 2019, Slovenské elektrárne (C-376/18, EU:C:2019:1068, punt 34).

82. Indien de nationale rechterlijke instantie tot die conclusie zou komen, betekent dat echter niet dat die belasting volledig zou ontsnappen aan de werkingssfeer van richtlijn 2009/72, zoals de Spaanse regering in wezen heeft gesuggereerd. Het onderzoek verschuift dan simpelweg van artikel 3, lid 2, naar artikel 3, lid 1, van die richtlijn. Bovendien, ook al verschillen de in die twee bepalingen vastgestelde specifieke beoordelingscriteria, *het uitgangspunt voor beide is hetzelfde*, en dit is gekoppeld aan artikel 3, lid 1, van de richtlijn: als regel geldt dat de lidstaten de mededinging op de elektriciteitsmarkt niet mogen verstoren. Indien inmenging noodzakelijk is, moet deze minimaal (en in die zin evenredig) en niet-discriminerend zijn, met inachtneming van de grootst mogelijke gelijkheid van de rechten en verplichtingen van alle bedrijven op de markt.

83. Samengevat, ik ga niet zover dat ik wil suggereren dat het *sociaal tarief* op zichzelf beschouwd niet kan voldoen aan de voorwaarden van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 of dat het gelijkstaat aan een belasting. Die kwestie is voor het Hof niet aan de orde gesteld en lijkt door partijen ook niet te worden betwist. Het punt is eerder dat het enkele feit dat de eindbestemming van de opbrengsten uit een (verplichte) financiële bijdrage een bijdrage kan opleveren tot de verwezenlijking van een „echte" „openbaredienstverplichting", niet volstaat voor de vaststelling dat die bijdrage zelf relevant is om die doelstelling te bereiken (en dus voldoet aan artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72). [60]

84. Het tegendeel zou het begrip „openbaredienstverplichting" volledig ondermijnen voor zover er dan van zou worden uitgegaan dat de loutere *toewijzing* van geldmiddelen die afkomstig zijn van een financiële bijdrage bepalend kan zijn voor het karakter van die bijdrage en de wijze waarop deze volgens het Unierecht dient te worden behandeld. [61] Dat zou er vervolgens voor zorgen dat de *financiering* van een „openbaredienstverplichting" zelf ook een „openbaredienstverplichting" wordt in plaats van slechts een mechanisme om de benodigde geldmiddelen bijeen te brengen teneinde degenen die de *feitelijke* „openbaredienstverplichting" vervullen te compenseren voor hun activiteiten. [62]

b) Verenigbaarheid met artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72

85. Indien wordt geoordeeld dat de verplichte bijdrage binnen de werkingssfeer van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 valt, moet die bijdrage worden beoordeeld op haar verenigbaarheid met die bepaling.

86. Volgens artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 moeten maatregelen die zijn vastgesteld als „openbaredienstverplichtingen" immers „duidelijk gedefinieerd, transparant, niet-discriminerend en controleerbaar [zijn] en [...] de gelijke toegang voor [...] elektriciteitsbedrijven [in de Unie] tot nationale consumenten [waarborgen]". [63]

87. Om te beginnen moet ik wederom verwijzen naar de kwesties waaraan ik in de punten 42 tot en met 50 van deze conclusie aandacht heb besteed. Bij mijn voorlopige beoordeling ga ik er uiteraard van uit dat de verplichte bijdrage deel kan uitmaken van een grotere „openbaredienstverplichting", maar niettemin kan worden afgesplitst voor het onderzoek ervan aan de hand van de voorwaarden van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72, ondanks het feit dat

60 Arrest van 19 december 2019, Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:1129, punten 52 en 53).

61 Zie in die zin arrest van 19 december 2019, Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:1129, punt 54).

62 Zie conclusie van advocaat-generaal Hogan in de zaak Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:769, punt 54). Cursivering van mij.

63 Arrest van 19 december 2019, Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:1129, punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

die richtlijn lijkt te zijn opgesteld met het oog op de beoordeling van *enkelvoudige* „openbaredienstverplichtingen" en niet van gebundelde of afgesplitste onderdelen van „openbaredienstverplichtingen".

88. Onder precisering van die aanname stel ik vast ik dat alle partijen, met uitzondering van de Spaanse regering, stellen dat de verplichte bijdrage in haar huidige vorm discriminerend is. Die partijen wijzen op de bewoordingen van artikel 45, lid 4, van wet 24/2013 volgens welke de financiering van het sociaal tarief voor rekening komt van verticaal geïntegreerde bedrijven die gelijktijdig activiteiten uitvoeren op het gebied van de productie, distributie en verkoop van elektriciteit (hierna: „kwalificerende kenmerken"). Hoewel geen bedrijven bij naam worden genoemd, maakt die bepaling wel melding van duidelijke en herkenbare kenmerken van bepaalde entiteiten die actief zijn op de Spaanse elektriciteitsmarkt. Tegelijkertijd worden verticaal geïntegreerde bedrijven die voldoen aan twee of minder dan twee van de kwalificerende kenmerken in de elektriciteitssector in Spanje, van de verplichte bijdrage uitgesloten. In de praktijk zorgt artikel 45, lid 4, van wet 24/2013 er dus voor dat de financieringslast van het sociaal tarief nagenoeg uitsluitend bij vier op de Spaanse elektriciteitsmarkt actieve concerns wordt gelegd. Die behandeling leidt ertoe dat de verplichte bijdrage discriminerend is.

89. De Spaanse regering stelt zich harerzijds echter op het standpunt dat de maatregel niet discriminerend is en hoe dan ook objectief gerechtvaardigd is. Volgens de overwegingen van koninklijk wetsbesluit 9/2013 bevinden de ondernemingen die aan de kwalificerende kenmerken voldoen zich in een „unieke positie" en zijn zij beter in staat om de kosten van het sociaal tarief te dragen, aangezien zij de lasten kunnen dragen in het kader van hun belangrijkste bedrijfsactiviteiten op de elektriciteitsmarkt.

90. Er zij aan herinnerd dat de voorwaarde van non-discriminatie, zoals vastgesteld in artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72, ertoe strekt dat de betrokken „openbaredienstverplichting" in gelijke mate bindend is voor alle marktdeelnemers in dezelfde sector zodat er geen negatieve gevolgen zijn voor de mededinging in die sector.[64] De uit artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 voortvloeiende verplichtingen moeten dus in het algemeen worden opgelegd, en niet slechts aan bepaalde bedrijven.[65] Ook al voorziet artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 niet in de mogelijkheid van een objectieve rechtvaardiging voor een verschil in behandeling, het daarin vastgelegde vereiste vormt een bijzondere uitdrukking van het algemene gelijkheidsbeginsel.[66] In de praktijk maakt het dan ook weinig verschil of dezelfde soorten overwegingen worden geformuleerd op het niveau van de beoordeling van de verenigbaarheid dan wel „downstream" op het niveau van de rechtvaardiging.[67] Waar het uiteindelijk op aankomt is dat iedere objectieve rechtvaardiging verband moet houden met en geschikt moet zijn om de door de betrokken wetgeving nagestreefde doelstelling van algemeen economisch belang te verwezenlijken[68] en evenredig moet zijn aan dat doel[69].

91. Gelet op die voorwaarden kunnen zich volgens mij met betrekking tot de verplichte bijdrage de volgende problemen voordoen.

64 Zie in die zin conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in de zaak ANODE (C-121/15, EU:C:2016:248, punt 82).

65 Zie in die zin arrest van 30 april 2020, Overgas Mrezhi en Balgarska gazova asotsiatsia (C-5/19, EU:C:2020:343, punt 80).

66 Zie in die zin arrest van 29 september 2016, Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:732, punten 79-81 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

67 Zie, inzake de transitiviteit van dergelijke argumenten, mijn conclusie in de zaak Hornbach-Baumarkt (C-382/16, EU:C:2017:974).

68 Arrest van 7 september 2016, ANODE (C-121/15, EU:C:2016:637, punt 55 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

69 Arrest van 29 september 2016, Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:732, punt 81 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

92. Ten eerste lijkt het inderdaad te kloppen dat de verplichte bijdrage, door de wijze waarop zij wordt opgelegd, de mededinging op de Spaanse elektriciteitsmarkt kan belemmeren doordat zij ongelijkheid in de hand werkt onder de bedrijven die actief zijn in die sector.[70] Die ongelijkheid ontstaat doordat de verplichte bijdrage alleen wordt geheven bij die bedrijven die voldoen aan de kwalificerende kenmerken, terwijl tegelijkertijd andere bedrijven die op diezelfde markt actief zijn van die verplichting worden uitgesloten, namelijk verticaal geïntegreerde bedrijven die twee of minder dan twee van de kwalificerende criteria vervullen (directe concurrenten dus).[71]

93. Ten tweede blijkt de doelstelling die deze ongelijke behandeling moet rechtvaardigen (en daartoe leidt) onbevredigend. Zelfs als de *verplichte bijdrage* (anders dan het sociaal tarief) tot doel zou hebben om voor kwetsbare groepen consumenten gesubsidieerde elektriciteitstarieven te kunnen hanteren – hetgeen in casu niet wordt aangevoerd – dan nog zou het verschil in behandeling niet gerechtvaardigd zijn. Zoals alle partijen, de Spaanse regering uitgezonderd, opmerken, houden de met betrekking tot de verplichte bijdrage gestelde „kwalificerende kenmerken" geen verband met de doelstelling om voor kwetsbare groepen consumenten die aan bepaalde kenmerken op het gebied van sociale situatie, verbruik en koopkracht voldoen, het sociaal tarief te kunnen hanteren. Die doelstelling wordt immers geenszins beïnvloed door het type of het aantal bedrijven dat de uit dat systeem voortvloeiende kosten draagt. Sterker nog, kwetsbare groepen consumenten blijven voor dat systeem in aanmerking komen *ongeacht* wie bijdraagt aan de bestrijding van de kosten van dat systeem.

94. Ten derde, zelfs wanneer men ervan uit zou gaan dat de verplichte bijdrage niet tot doel heeft om gesubsidieerde elektriciteitsprijzen te hanteren maar dat het ermee nagestreefde doel in plaats daarvan op een of andere manier aansluit op een beleidsvisie van herverdeling waarbij „rijkere" bedrijven ogenschijnlijk wordt gevraagd een grotere bijdrage te leveren dan „armere" bedrijven, dan zou ik mij nog steeds afvragen of die bijdrage feitelijk wel beantwoordt aan die doelstelling. Twijfel daarover zou vooral kunnen bestaan wanneer de kwalificerende kenmerken en de voor hun toepassing verstrekte instructies leiden tot een verschil in behandeling naargelang hun *potentiële* financiële draagkracht. De verwijzende rechter heeft immers verklaard dat sommige bedrijven die de verplichte bijdrage moeten betalen binnen de sector als geheel een gering gewicht hebben, terwijl er tegelijkertijd andere bedrijven zijn die beter in staat lijken om de kosten van het sociaal tarief te dragen (hetzij omdat zij een groter aandeel van de elektriciteitsmarkt hebben, hetzij omdat zij een grotere omzet maken, hetzij omdat zij één of twee van de activiteiten uitoefenen op basis waarvan wordt bepaald welke entiteiten de bijdrage moeten leveren). Die kloof met de economische realiteit lijkt ook tot het Spaanse overheidsbestuur te zijn doorgedrongen, dat – zoals de verwijzende rechter in het hoofdgeding heeft toegelicht – heeft aanvaard dat er ook bij ondernemingen die niet voldoen aan de kwalificerende kenmerken sprake kan zijn van synergie en schaalvoordelen.

95. Kortom, er is sprake van een duidelijk probleem van discriminatie tussen bedrijven waarvoor er geen redelijke rechtvaardiging lijkt te bestaan. Aan slechts een handvol op de markt actieve bedrijven wordt gevraagd de eindafrekening te betalen op basis van criteria die, zoals reeds gezegd, niet rechtstreeks verband houden met het algemeen economisch belang. Die ondernemingen betalen op die manier niet alleen voor het sociale beleid van een lidstaat, maar zijn indirect ook sponsor voor hun directe concurrenten die op diezelfde markt actief zijn.

[70] In dat verband, ibidem, punt 97.

[71] Zie arrest van 7 september 2016, ANODE (C-121/15, EU:C:2016:637, punt 71).

96. De verwijzende rechter heeft een en ander kennelijk reeds in aanmerking genomen en is daarbij uiteindelijk tot de slotsom gekomen dat de nationale regels niet-verenigbaar met artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 moeten worden verklaard. Zoals ik in dit onderdeel heb toegelicht, kan er inderdaad worden gediscussieerd over de juiste classificatie van de verplichte bijdrage, in het bijzonder wanneer die bijdrage, zoals de verwijzende rechter in zijn vragen heeft gedaan, feitelijk zou worden afgesplitst van het sociaal tarief. Los van deze taxonomische discussie is het echter ook duidelijk dat de logica en de kern van zowel artikel 3, lid 1, als artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 in wezen gelijk zijn. Vanuit een pragmatische invalshoek zal het onderzoek van een nationale maatregel uit hoofde van elk van die twee bepalingen waarschijnlijk dan ook tot hetzelfde resultaat leiden, waarbij die maatregel om de door de verwijzende rechter uiteengezette redenen onverenigbaar moet worden verklaard, ongeacht welke van beide bepalingen als insteek wordt genomen.

97. Derhalve kan het probleem van de classificatie van de verplichte bijdrage mijns inziens best worden overgelaten aan het oordeel van de verwijzende rechter, aangezien die rechter het meest op de hoogte is van het nationale recht en van feiten waarvan ik mij eventueel niet bewust ben. Wat de specifieke vraag van deze rechter betreft voor zover die daadwerkelijk betrekking heeft op een „openbaredienstverplichting" in de zin van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72, geef ik het Hof in overweging de eerste vraag te beantwoorden als volgt:

„Artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 moet aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een nationale regeling die, zonder objectieve rechtvaardiging die duidelijk voortvloeit uit de aard van het beoogde algemeen economisch belang, uitsluitend aan bepaalde elektriciteitsbedrijven die activiteiten uitvoeren op het gebied van productie, distributie en verkoop een verplichte financiële bijdrage oplegt met het oog op de financiering van een regeling waarbij een sociaal tarief (korting op de elektriciteitsprijs) rechtstreeks wordt toegepast op de elektriciteitsrekening van de daarvoor in aanmerking komende consumenten."

3. Tweede vraag

98. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de verplichte bijdrage verenigbaar is met het in artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 neergelegde vereiste van evenredigheid voor zover die bijdrage niet voor bepaalde tijd is vastgesteld en geen compensatie biedt aan de bedrijven die de bijdrage betalen.

99. Gezien het door mij voorgestelde antwoord op de eerste vraag, hoeft deze vraag niet te worden beantwoord.

100. Voor zover de inhoud van die vraag niettemin nuttig kan zijn voor de verwijzende rechter, zal ik toch ingaan op de vraag of artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 in het algemeen ruimte laat voor een „openbaredienstverplichting" zonder tijdsbepaling of compensatieschema. Die beoordeling moet uiteraard plaatsvinden onder hetzelfde voorbehoud als ik heb geformuleerd in de punten 42 tot en met 50 en 87 van deze conclusie. Rekening houdend met dat voorbehoud stel ik voor de tweede aan het Hof gestelde vraag te onderzoeken door eerst de evenredigheid van de betrokken maatregel te bespreken (a) en daarna in te gaan op de noodzaak om de noodleveranciers te compenseren voor de vervulling van een „openbaredienstverplichting" (b).

a) Inachtneming van het evenredigheidsbeginsel

101. Artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 is niet zodanig geformuleerd dat daarin rechtstreeks wordt verwezen naar het evenredigheidsvereiste dat gepaard gaat met de „openbaredienstverplichtingen" die in deze bepaling worden opgelegd.

102. Dat artikel bepaalt niettemin dat met name artikel 86 EG (thans artikel 106 VWEU) volledig in acht moet worden genomen.[72] Boven op artikel 14 VWEU, Protocol nr. 26 betreffende de diensten van algemeen belang, en artikel 36 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest"), bevestigt die bepaling dat „diensten van algemeen economisch belang" in overeenstemming moeten zijn met het Verdrag.[73] Met andere woorden, artikel 106, lid 2, VWEU beoogt het belang van de lidstaten om gebruik te maken van bepaalde bedrijven als instrument van economisch of fiscaal beleid, te verzoenen met het belang van de Europese Unie bij de naleving van de mededingingsregels en bij het behoud van de eenheid van de interne markt.[74]

103. Uit deze verwijzing naar de bewoordingen van artikel 106 VWEU volgt dat een interventie in de mededingingsregels en de eenheid van de interne markt mogelijk is „voor zover dit noodzakelijk is ter verwezenlijking van de door deze verplichtingen beoogde doelstellingen van algemeen economisch belang, en dus slechts gedurende een noodzakelijkerwijs beperkte periode".[75]

104. Bij iedere interventie in de mededingingsvoorwaarden op de elektriciteitsmarkt in een lidstaat, en daarbij in de eenheid van de interne elektriciteitsmarkt, zelfs als deze het gevolg is van een „openbaredienstverplichting", in de zin van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72, dient derhalve het evenredigheidsbeginsel te worden geëerbiedigd.[76]

105. In vergelijkbare situaties is het evenredigheidsbeginsel – met betrekking tot andere richtlijnen die gemeenschappelijke regels voor de interne markt beogen vast te stellen – aldus uitgelegd dat het vereist dat er sprake is van een duidelijk verband tussen (i) de verwezenlijking van de door de betreffende lidstaat beoogde doelstelling, (ii) het tijdselement, en (iii) de *persoonlijke* werkingssfeer van de betrokken maatregel.[77]

106. De verwijzende rechter wijst op het tweede verplichte aspect en vraagt zich af of een geldig beroep op een „openbaredienstverplichting" in de zin van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 niet van tijdelijke aard zou moeten zijn.

107. Er zij aan herinnerd dat het begrip „openbaredienstverplichting" in de zin van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 neerkomt op het ingrijpen door de overheid in de werking van de elektriciteitsmarkt.[78] Een dergelijke interventie beperkt noodzakelijkerwijs de vrijheid van bepaalde bedrijven bij hun activiteiten op de elektriciteitsmarkt.[79] Een dergelijke beperking heeft

72 Zie naar analogie arrest van 30 april 2020, Overgas Mrezhi en Balgarska gazova asotsiatsia (C-5/19, EU:C:2020:343, punt 57 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

73 Ibidem, punt 58 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

74 Ibidem, punt 60 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

75 Arrest van 7 september 2016, ANODE (C-121/15, EU:C:2016:637, punt 53 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

76 Zie naar analogie arrest van 7 september 2016, ANODE (C-121/15, EU:C:2016:637, punt 36).

77 Zie in die zin arrest van 11 april 2019, Repsol Butano en DISA Gas (C-473/17 en C-546/17, EU:C:2019:308, punten 55, 56 en 62 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

78 Arrest van 19 december 2019, Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:1129, punt 45).

79 Ibidem, punt 51.

op haar beurt gevolgen voor de algemene doelstelling die richtlijn 2009/72 nastreeft, namelijk een volledig en daadwerkelijk opengestelde en concurrerende interne elektriciteitsmarkt tot stand brengen waarop alle consumenten vrijelijk hun leveranciers kunnen kiezen en alle aanbieders vrijelijk aan hun afnemers kunnen leveren. [80]

108. Hier komt het verband met artikel 106 VWEU om de hoek kijken. Zoals in het arrest Federutility e.a. is uitgelegd, vereist die bepaling dat iedere interventie in het krachtenspel van vraag en aanbod dient „te worden beperkt, wat de duur ervan betreft, tot hetgeen strikt noodzakelijk is ter verwezenlijking van het erdoor nagestreefde doel, teneinde met name te voorkomen dat een maatregel die naar zijn aard een belemmering voor de totstandkoming van een operationele interne [elektriciteitsmarkt] vormt, onbeperkt zou blijven gelden”. [81] Bij de toetsing of artikel 106 VWEU wordt nageleefd, zou de nationale rechterlijke instantie dus moeten onderzoeken of – en in welke mate – de regering ingevolge het toepasselijke nationale recht „op gezette tijden met korte tussenpozen de noodzaak en de modaliteiten van [haar] interventie opnieuw dient te beoordelen, rekening houdend met de ontwikkeling van de [elektriciteitssector]”. [82]

109. Het staat uiteraard aan de nationale rechterlijke instantie om die beginselen toe te passen. Wanneer ervan wordt uitgegaan dat de analyse zich uitsluitend op de verplichte bijdrage dient te richten [83], gelet op hetgeen hierover bij het Hof is aangevoerd, blijkt evenwel dat noch wet 24/2013 noch koninklijk wetsbesluit 968/2014 een periodieke toetsing van de ratione-personaedimensie (te weten de betalers) van de verplichte bijdrage oplegt. Partijen lichten toe dat daarentegen het enige element van dat systeem dat op gezette tijden blijkt te wordt getoetst de verdeelsleutel is voor de middels de verplichte bijdrage te financieren bedragen, welke verdeelsleutel jaarlijks wordt aangepast.

110. Als die constateringen kloppen, wordt niet voldaan aan het bovengenoemde vereiste van evenredigheid indien de verplichte bijdrage, die voortvloeit uit wet 24/2013 en is uitgewerkt in koninklijk wetsbesluit 968/2014, voor onbepaalde tijd geldt en niet wordt onderworpen aan een toetsingsmechanisme. Het evenredigheidsbeginsel verlangt immers dat rekening wordt gehouden met de ontwikkeling van de kosten. [84] Onder voorbehoud van bevestiging door de verwijzende rechter lijkt in casu niet te worden voldaan aan dat vereiste.

111. Ik moet erop wijzen dat deze beginselen niet aldus mogen worden opgevat dat daarmee twijfel rijst over de bevoegdheid van de lidstaten om te bepalen wat het „waard” is om een „openbaredienstverplichting” op te leveren. Wat de elektriciteitssector betreft wordt in de overwegingen 47 en 50 van richtlijn 2009/72 uitdrukkelijk erkend dat de lidstaten autonomie genieten om de „openbaredienstverplichtingen” op nationaal niveau te definiëren en aan te

[80] Ibidem, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

[81] Arrest van 20 april 2010, Federutility e.a. (C-265/08, EU:C:2010:205, punt 35).

[82] Arrest van 20 april 2010, Federutility e.a. (C-265/08, EU:C:2010:205, punt 35). Zie ook arrest van 11 april 2019, Repsol Butano en DISA Gas (C-473/17 en C-546/17, EU:C:2019:308, punt 56).

[83] Waarbij volledig voorbij wordt gegaan aan de toetsing van het tijdelijke karakter en de evenredigheid van het sociaal tarief, waarvoor dan een heel ander soort beoordeling nodig zou zijn en waarbij andere actoren en andere overwegingen een rol spelen.

[84] Arrest van 11 april 2019, Repsol Butano en DISA Gas (C-473/17 en C-546/17, EU:C:2019:308, punt 59 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

wijzen, met inachtneming van nationale omstandigheden.[85] De lidstaten beschikken dus, wanneer zij overeenkomstig artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 de omvang en de organisatie van die diensten bepalen, over een redelijke mate van discretionaire bevoegdheid.[86]

112. Pas op het niveau van de uitvoering van de richtlijn worden door het Unierecht bepaalde voorwaarden opgelegd. Die houden ten eerste verband met de vraag of de door de lidstaten gehanteerde aanwijzing daadwerkelijk onder het autonome Unierechtelijke begrip „openbaredienstverplichting" valt zoals dit is neergelegd in artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72.[87] Als dat het geval is, moeten de voorwaarden van artikel 3, lid 2, van deze richtlijn worden toegepast.[88] Enkel wanneer de vermeende „compensatie voor de openbare dienst" voldoet aan de vereisten die gelden voor hetgeen daadwerkelijk als een „openbaredienstverplichting" in de zin van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 moet worden beschouwd, dient die verplichting aan de in deze bepaling vastgestelde voorwaarden te worden getoetst.

b) Compensatie en „openbaredienstverplichtingen"

113. Zoals ik in het vorige deel van deze conclusie heb aangetoond, is het niet altijd een eenvoudige opgave om de evenredigheid van de „openbaredienstverplichting" te beoordelen wanneer deze als een bundel van onderdelen wordt opgevat. Indien de verplichte bijdrage evenwel wordt benaderd als een zelfstandige (of als een afgesplitst element van een grotere) „openbaredienstverplichting", die dus afzonderlijk en op zichzelf dient te worden beoordeeld, dan is de discussie betreffende de vraag of er sprake is van een compensatieverplichting niet langer „uitdagend" maar veeleer „bizar".

114. Dan rijst namelijk de vraag of verzoeksters compensatie kunnen eisen voor de betaling van de verplichte bijdrage. Met andere woorden, legt richtlijn 2009/72 aan de lidstaten de verplichting op om *geld te betalen voor de betaling van geld*? Dit bevestigt naar mijn mening nogmaals waarom de verplichte bijdrage als zodanig moeilijk als een „openbaredienstverplichting" kan worden behandeld.[89]

115. Hoe het ook zij, indien de tweede vraag van de verwijzende rechter in abstracto moet worden beantwoord, alsof er inderdaad sprake is van een echte „openbaredienstverplichting" in de zin van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72, legt die bepaling dan een compensatieregeling op?

116. De Spaanse regering en de Commissie zetten uiteen dat er geen verplichting bestaat om automatisch compensatie te verlenen in gevallen waarin er sprake is van een „openbaredienstverplichting" in de zin van artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72.

117. Algemeen en abstract bezien ben ik het wel eens met die stelling: het is duidelijk dat artikel 3, lid 2, van richtlijn 2009/72 niet voorziet in een dergelijke verplichting. Die verplichting vloeit evenmin voort uit artikel 106 VWEU, waarnaar die bepaling verwijst, of uit andere

85 Overeenkomstig Protocol nr. 26 betreffende de diensten van algemeen belang, dat aan het VEU is gehecht. Zie in die zin arrest van 7 september 2016, ANODE (C-121/15, EU:C:2016:637, punten 40-42).

86 Arrest van 19 december 2019, Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:1129, punten 35 en 36). Zie in die zin ook arresten van 20 april 2010, Federutility e.a. (C-265/08, EU:C:2010:205, punten 28 en 29), en 21 december 2011, ENEL (C-242/10, EU:C:2011:861, punt 50).

87 Arrest van 19 december 2019, Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:1129, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

88 Ibidem, punt 48.

89 Zie hierboven de punten 44, 48 en 49 van deze conclusie.

rechtsinstrumenten van de Unie betreffende diensten van algemeen economisch belang.[90] Volgens vaste rechtspraak van het Hof beschikken de lidstaten immers over een ruime beoordelingsmarge wat de beslissing betreft om al dan niet compensatie te verlenen[91], voor zover daarbij de beginselen die zijn aangegeven in het arrest Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg[92] in acht worden genomen.

118. Ook al staan alle partijen, met uitzondering van de Spaanse regering en de Commissie, hier afwijzend tegenover, diezelfde conclusie moet worden doorgetrokken naar artikel 3, lid 6, van richtlijn 2009/72. Die bepaling betreft een situatie waarin compensatie wordt verleend en verbindt aan de toekenning van die compensatie de voorwaarde van non-discriminatie.

119. Iedere redelijke lezing van artikel 3, lid 6, van richtlijn 2009/72 leidt immers tot de conclusie dat die bepaling op zich, inzonderheid wat de elektriciteitssector betreft, geen verplichting inhoudt om compensatie te verlenen voor de nakoming van een „openbaredienstverplichting”.[93] Die verplichting kan evenmin worden afgeleid uit de algemene doelstelling die richtlijn 2009/72 nastreeft. Ik kom dan ook tot de slotsom dat een maatregel die niet voorziet in compensatie voor de uitvoering van een (echte) „openbaredienstverplichting”, op zich niet onverenigbaar is met artikel 3, lid 6, van richtlijn 2009/72.

120. De beginselen die uit de bewoordingen van artikel 3, lid 2, juncto artikel 3, lid 6, van richtlijn 2009/72 naar voren komen, zijn van dien aard dat alle bedrijven op de elektriciteitsmarkt gelijk moeten worden behandeld, zowel wat betreft de kosten van de uitvoering van die „openbaredienstverplichting” als wat betreft de compensatie die een lidstaat kan verlenen. Op die manier wordt die markt niet verstoord en blijft de doelstelling van richtlijn 2009/72 verzekerd.

121. Hierbij moet ik wel twee kanttekeningen maken.

122. Ten eerste merk ik nogmaals op, zoals ik in de punten 117 tot en met 119 van deze conclusie heb uiteengezet, dat de richtlijn een zekere beperking van de vrijheid om te handelen op de interne elektriciteitsmarkt kan toestaan in het algemeen belang van een „openbaredienstverplichting”. Dit geldt echter alleen voor *echte* „openbaredienstverplichtingen” en niet voor „bundels” van niet nauw verwante maatregelen waaronder een parafiscale heffing (of iets wat daar veel op lijkt) is begrepen. Anders ontaardt de gehele evenredigheidsbeoordeling, zoals ik in de punten 113 en 114 van deze conclusie heb uiteengezet, in een cirkelredenering: is een maatregel echt alleen evenredig indien een financiële compensatie wordt verleend voor de onttrekking van geld?

[90] Zoals het groenboek over diensten van algemeen belang [COM(2003) 270 definitief]; de mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de staatssteunregels van de Europese Unie op voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang verleende compensatie (PB 2012, C 8, blz. 4); de mededeling van de Commissie – EU-kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst (2011) (PB 2012, C 8, blz. 15), of het besluit van de Commissie van 20 december 2011 betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen (PB 2012, L 7, blz. 3).

[91] Arresten van 12 februari 2008, BUPA e.a./Commissie (T-289/03, EU:T:2008:29, punt 214 en aldaar aangehaalde rechtspraak); 7 november 2012, CBI/Commissie (T-137/10, EU:T:2012:584, punt 191); 16 juli 2014, Duitsland/Commissie (T-295/12, niet gepubliceerd, EU:T:2014:675, punt 87), en 16 juli 2014, Zweckverband Tierkörperbeseitigung/Commissie (T-309/12, niet gepubliceerd, EU:T:2014:676, punt 148).

[92] Arrest van 24 juli 2003 (C-280/00, EU:C:2003:415, punt 95).

[93] Zie ook artikel 9, lid 3, van richtlijn (EU) 2019/944 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot wijziging van richtlijn 2012/27/EU (PB 2019, L 158, blz. 125), dat nagenoeg gelijkluidend is.

123. Ten tweede moeten de kosten voor de nakoming van de „openbaredienstverplichting" redelijk zijn. De lidstaten kunnen een op een bepaalde markt actieve onderneming vanzelfsprekend niet onder het voorwendsel van de uitvoering van een „openbaredienstverplichting" dwingen om feitelijk afstand van al haar eigendommen te doen op de enkele grond dat de specifieke regeling die in artikel 106 VWEU en richtlijn 2009/72 is vastgesteld, in ruil voor de nakoming van die verplichting ipso facto in compensatie voorziet. [94]

124. Met andere woorden, het is denkbaar dat zelfs wanneer alle bedrijven op de markt gelijk worden behandeld en voor hen dezelfde last geldt, die last op zich gewoonweg te zwaar is. Het is bijgevolg mogelijk dat – zij het in uitzonderlijke gevallen, wanneer er geen „billijk evenwicht" meer is tussen het algemeen belang en het particuliere belang – het recht op eigendom wordt geschonden in strijd met artikel 17 van het Handvest en artikel 1 van het Protocol nr. 1 bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. [95]

V. Conclusie

125. Ik geef het Hof in overweging de eerste prejudiciële vraag van de Tribunal Supremo te beantwoorden als volgt:

„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 moet aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een nationale regeling die, zonder objectieve rechtvaardiging die duidelijk voortvloeit uit de aard van het beoogde algemeen economisch belang, uitsluitend aan bepaalde elektriciteitsbedrijven die activiteiten uitvoeren op het gebied van productie, distributie en verkoop een verplichte financiële bijdrage oplegt met het oog op de financiering van een regeling waarbij een sociaal tarief (korting op de elektriciteitsprijs) rechtstreeks wordt toegepast op de elektriciteitsrekening van de daarvoor in aanmerking komende consumenten."

[94] Zie artikel 6, lid 2, van verordening (EEG) nr. 1191/69 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), waarin sprake is van een dergelijk „recht" op compensatie. Zie arrest van 3 april 2014, CTP (C-516/12–C-518/12, EU:C:2014:220, punt 34).

[95] Zie Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), 22 september 1994, Hentrich tegen Frankrijk (CE:ECHR:1994:0922JUD001361688, § 49 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en EHRM, 19 juni 2006, Hutten-Czapska tegen Polen (CE:ECHR:2006:0619JUD003501497, § 167 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie bijvoorbeeld ook EHRM, 5 november 2002, Pincová en Pinc tegen Tsjechië (CE:ECHR:2002:1105JUD003654897, § 53).