CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL F. G. JACOBS

van 26 oktober 2000 [1]

Inhoud

I — Inleiding I-2104

II — Het Duitse Stromeinspeisungsgesetz in zijn opeenvolgende versies en de houding van de Commissie ten aanzien van die wet I-2105

1. De structuur van de elektriciteitsvoorziening in Duitsland en de afnameplicht van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen vóór de inwerkingtreding van het Stromeinspeisungsgesetz 1990 ..... I-2105

2. Het Stromeinspeisungsgesetz 1990 ..... I-2106

3. Het Stromeinspeisungsgesetz 1998 ..... I-2109

4. Ontwikkelingen nadat de verwijzingsbeschikking was gegeven I-2112

III — Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen I-2113

IV — Procedure voor het Hof I-2117

V — Ontvankelijkheid I-2119

1. Schijnconstructie I-2119

2. Leemtes en vergissingen in de beschrijving van de feitelijke en juridische omstandigheden I-2122

3. Relevantie van de gestelde vragen I-2123

VI — Vraag 1: Het Stromeinspeisungsgesetz 1998 als staatssteun I-2127

1. Financiering met staatsmiddelen als essentieel element van het begrip staatssteun volgens 's Hofs vaste rechtspraak I-2129

2. Moet het Hof zijn rechtspraak herzien? I-2134

3. Kunnen de door het StrEG 1998 toegekende voordelen beschouwd worden als bekostigd met staatsmiddelen? I-2139

a) Potentieel verlies van belastinginkomsten I-2140

b) Omzetting van particuliere middelen in staatsmiddelen I-2140

c) Lagere inkomsten van overheidsbedrijven als staatsmiddelen I-2142

4. Is het StrEG 1998 een door artikel 5, tweede alinea, van het Verdrag verboden maatregel van gelijke werking als staatssteun? I-2145

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

VII — Vraag 2: De reikwijdte van de schorsingsverplichting van artikel 93, lid 3, van het Verdrag I-2146

VIII — Vraag 3: Het Stromeinspeisungsgesetz 1998 als maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking I-2147

1. Inleidende beschouwingen I-2147

2. Artikel 30 van het Verdrag I-2148

3. Rechtvaardigingsgronden I-2150

a) Continuïteit van de voorziening I-2151

b) Bescherming van het milieu I-2152

IX — Conclusie I-2158

I — Inleiding

1. Deze zaak, een prejudiciële verwijzing van het Landgericht Kiel, betreft een Duitse wet die ten doel heeft het gebruik van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen te bevorderen. Deze wet verplicht regionale elektriciteitsdistributiebedrijven om de in hun distributiegebied geproduceerde elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen tegen vaste minimumprijzen af te nemen, en verplicht toeleveranciers van elektriciteit uit conventionele energiebronnen om de door de afnameplicht veroorzaakte extra kosten van de distributiebedrijven gedeeltelijk te compenseren.

2. In wezen stelt het Landgericht de volgende vragen:

— of het door deze wet ingevoerde systeem een steunmaatregel van de staat ten gunste van de producenten van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen vormt in de zin van artikel 92 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 87 EG), en, subsidiair,

— of het systeem een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking is in de zin van artikel 30 EG-Verdrag (thans artikel 28 EG).

3. Deze vragen zijn gerezen in een geding waarin een toeleveringsbedrijf van elektriciteit uit conventionele energiebronnen de verenigbaarheid van deze wet met het gemeenschapsrecht bestrijdt en op deze basis terugbetaling vordert van de bedragen die het heeft moeten betalen aan een distributiebedrijf waarop een afnameplicht rustte. Deze producent (verzoekster) is meerderheidsaandeelhouder van dit distributiebedrijf (verweerster); beide partijen zijn het erover eens dat de genoemde wet onverenigbaar is met het gemeenschaps-

recht en met het nationale constitutionele recht.

4. Deze zaak betreft voornamelijk volgende vraagpunten: of het hoofdgeding een kunstmatig geschil is in de zin van de arresten Foglia [2], of alleen door overheidsmiddelen gefinancierde steun staatssteun kan zijn en of een nationale maatregel die nationale producten gunstiger behandelt dan ingevoerde producten op grond van milieubeschermingsoverwegingen gerechtvaardigd kan zijn.

II — Het Duitse Stromeinspeisungsgesetz in zijn opeenvolgende versies en de houding van de Commissie ten aanzien van die wet

1. *De structuur van de elektriciteitsvoorziening in Duitsland en de afnameplicht van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen vóór de inwerkingtreding van het Stromeinspeisungsgesetz 1990*

5. Uit de aan het Hof overgelegde stukken blijkt dat men drie niveaus in de Duitse elektriciteitssector kan onderscheiden.

6. Op het eerste niveau produceren enkele grote ondernemingen het grootste deel van de in Duitsland verbruikte elektriciteit en exploiteren hoogspanningsnetten (320, 220 of 110 kilovolt). De voornaamste functie van deze netten is het vervoer van elektriciteit over grote afstanden, de uitwisseling van elektriciteit met naburige netwerken en de elektriciteitsvoorziening van regionale distributiebedrijven. Invoer en uitvoer van elektriciteit vindt ook op dit niveau plaats, maar in het algemeen niet de elektriciteitsvoorziening van de eindverbruikers.

7. Op het tweede niveau exploiteren circa 60 regionale distributiebedrijven middenspanningsnetten (20, 10 of 6 kilovolt). Met deze netten wordt elektriciteit van het eerste niveau afgenomen en gedistribueerd over het hele nationale grondgebied; geleverd wordt hetzij direct aan voornamelijk industriële afnemers, hetzij via laagspanningsnetten aan de consument. Op dit niveau wordt ook enige elektriciteit geproduceerd.

8. Op het derde niveau wordt elektriciteit via laagspanningsnetten aan de eindverbruiker geleverd. Deze netten worden geëxploiteerd hetzij door regionale distributiebedrijven zelf, hetzij door lokale distributiebedrijven die vaak eigendom zijn van gemeenten. Op het derde niveau wordt weinig elektriciteit geproduceerd.

2 — Arresten van 11 maart 1980, Foglia I (104/79, Jurispr. blz. 745), en van 16 december 1981, Foglia II (244/80, Jurispr. blz. 3045).

9. Op elk van de drie niveaus is de noodzakelijke infrastructuur (bijvoorbeeld netvoorzieningen, transformatoren) in een bepaald gebied niet dubbel aanwezig.

10. Evenals andere regeringen hebben de Duitse autoriteiten jarenlang de productie en het verbruik van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen zoals wind, water en zon, bevorderd teneinde het aandeel daarvan in de nationale elektriciteitsproductie te vergroten.

11. Naast de maatregelen aan de aanbodzijde, zoals subsidies voor onderzoek en ontwikkeling, werd ook stimulering van de vraag nodig geacht. Vóór 1990 maakten de Duitse autoriteiten in dit opzicht gebruik van het nationale mededingingsrecht teneinde distributiebedrijven (met een monopolie binnen een bepaalde regio) te dwingen elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen aan te kopen, die in hun distributiegebied was geproduceerd. De koopprijs van die elektriciteit werd berekend volgens het beginsel van de vermeden kosten (*vermiedene Kosten*). [3] Afhankelijk van het feit of het distributiebedrijf zelf elektriciteit produceerde, volgde de koopprijs van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen derhalve de vermeden aankoop- of productiekosten.

2. *Het Stromeinspeisungsgesetz 1990*

12. Op 7 december 1990 stelde Duitsland het Gesetz über die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien in das öffentliche Netz [4] (wet over de levering aan het openbare net van stroom uit hernieuwbare energiebronnen; hierna: „Stromeinspeisungsgesetz 1990" of „StrEG 1990") vast.

13. Deze wet verplichtte openbare elektriciteitsbedrijven:

— alle in hun distributiegebied geproduceerde elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen, zoals wind, water en zon, af te nemen (hierna: „afnameplicht") [5];

— voor die elektriciteit een minimumprijs te betalen, te berekenen naar de natio-

3 — Dit beleid werd ondersteund door de aanbeveling van de Raad 88/611/EEG van 8 november 1988 ter bevordering van de samenwerking tussen openbare elektriciteitsbedrijven en zelfopwekkers van elektrische energie, (PB L 335, blz. 29).

4 — BGBl. 1990 I, blz. 633; StrEG 1990 trad op 1 januari 1991 in werking.

5 — § 2 StrEG 1990.

naal gemiddelde verkoopprijs voor elektriciteit [6]; voor de uit windkracht geproduceerde elektriciteit werd die prijs gesteld op 90 % van de gemiddelde verkoopprijs van de door elektriciteitsbedrijven aan eindverbruikers geleverde elektriciteit [7] (hierna: „minimumprijsregel").

14. Vaststaat dat het begrip „openbaar elektriciteitsbedrijf" in het Stromeinspeisungsgesetz zowel ondernemingen van de particuliere als van de openbare sector omvat.

15. StrEG 1990 bevatte ook een zogenoemde billijkheidsregel. [8] Voorzover de naleving van de afnameplicht „onbillijk" was („zu einer unbilligen Härte führen würde") voor het elektriciteitsbedrijf, moest het toeleverende elektriciteitsbedrijf (meestal een onderneming die een hoogspanningsnetwerk exploiteert) de afnameplicht overnemen en de minimumprijsregel respecteren. Waarschijnlijk als gevolg van zijn vage formulering werd de billijkheidsregel bijna nooit toegepast.

16. Duitsland had de StrEG 1990 bij brief van 14 augustus 1990, dus voordat de wet werd vastgesteld, bij de Commissie aangemeld met het oog op goedkeuring overeenkomstig artikel 93, lid 3, EG-Verdrag (thans artikel 88, lid 3, EG).

17. Bij brief van 19 december 1990 deelde de Commissie Duitsland mee dat zij geen bezwaar tegen de wet had. Volgens haar onderzoek op grond van artikel 92 van het Verdrag schommelde de steunintensiteit, afhankelijk van welke hernieuwbare energiebron was gebruikt, tussen 28 % en 48 % en zou de wet leiden tot een meeropbrengst van 48 miljoen DEM voor de 4 000 particuliere producenten van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen. Het wetsontwerp was evenwel in overeenstemming met de doelstellingen van de energiepolitiek van de Gemeenschap. Bovendien maakten de hernieuwbare energiebronnen slechts een klein deel van de energiesector uit en waren de meeropbrengsten voor de producenten en de gevolgen voor de elektriciteitsprijzen gering. De Commissie zou de wet twee jaar na haar inwerkingtreding opnieuw onderzoeken. Een wijziging of verlenging van deze wet moest tevoren worden aangemeld.

18. StrEG 1990 werd voor het eerst gewijzigd bij de wet van 19 juli 1994. [9] Naast andere kleinere wijzigingen werd de minimumafnameprijs voor elektriciteit uit waterkracht en verschillende andere energiebronnen, van tot dusver 75 %, verhoogd

6 — §§ 2 en 3 StrEG 1990.
7 — § 3, lid 2, StrEG 1990.
8 — § 4 StrEG 1990.
9 — BGBl. 1994 I, blz. 1618.

tot 80 % van de gemiddelde verkoopprijs per kilowattuur. De minimumprijs voor elektriciteit uit windkracht bleef onveranderd op 90 %.

19. Naar aanleiding van klachten van elektriciteitsbedrijven liet de Commissie de Duitse regering bij brief van 25 oktober 1996 weten dat bij haar twijfels waren gerezen of het Stromeinspeisungsgesetz nog wel verenigbaar was met de gemeenschapsregels inzake staatssteun. Vooral de berekening van de minimumafnameprijs voor elektriciteit uit windkracht was aanleiding tot bezorgdheid.

20. De Commissie merkte op dat het aantal windenergie-installaties van 500 in 1991 tot bijna 4 000 in 1995 was gestegen en dat hun productie was toegenomen van 20 megawatt (MW) in 1990 tot 1 100 MW in 1995. Door de technologische vooruitgang waren bovendien de productiekosten van energie uit windkracht aanzienlijk gedaald. Volgens gegevens van Duitse elektriciteitsbedrijven was de krachtens StrEG 1990 verplichte afnameprijs van circa 0,17 DEM per kilowattuur 0,085 DEM hoger dan de vermeden kosten. Dit verschil zou in 2005 voor de distributiebedrijven tot extra kosten ten bedrage van 900 miljoen DEM leiden. Derhalve bestond het gevaar van overcompensatie, indien de minimumprijs onveranderd bleef, met de daarmee samenhangende nadelige gevolgen voor de mededinging en voor de handel in elektriciteit tussen de lidstaten. Louter een wijziging van de billijkheidsregel, zoals voorgestaan door het Duitse parlement [10], zou de door de wet veroorzaakte vervalsing van de mededinging niet beëindigen, aangezien daarmee de extra kosten alleen maar werden herverdeeld.

21. De Commissie deed daarom verschillende wijzigingsvoorstellen om de wet in overeenstemming met de regels inzake staatssteun te brengen. De Duitse wetgever zou de minimumafnameprijs voor elektriciteit uit windkracht kunnen verlagen tot 75 % van de gemiddelde verkoopprijs, het steunmechanisme in de tijd en/of naargelang de elektriciteitsproductie kunnen beperken, of een bepaling kunnen invoeren op grond waarvan de afnameprijs op basis van vermeden kosten werd berekend.

22. Ten slotte deelde de Commissie mee dat, indien de Duitse wetgever de wet niet zou wijzigen, zij zich verplicht zou zien Duitsland „dienstige maatregelen" in de zin van artikel 93, lid 1, van het Verdrag voor te stellen om de wet in overeenstemming te brengen met de gemeenschapsregels inzake steunmaatregelen.

10 — Zie voor het uiteindelijk ingevoerde compensatiesysteem, punt 32.

3. *Het Stromeinspeisungsgesetz 1998*

23. Op 24 april 1998 stelde Duitsland het Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts [11] (wet houdende nieuwe regeling van het energierecht) vast teneinde richtlijn 96/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit (hierna: „elektriciteitsrichtlijn") [12] in het Duitse recht om te zetten.

24. Deze nieuwe regeling bevatte — naast andere belangrijke wijzigingen — in § 3, lid 2, de wijzigingen van het Stromeinspeisungsgesetz 1990 die het onderwerp uitmaken van de onderhavige procedure. De relevante bepalingen van het Stromeinspeisungsgesetz in hun gewijzigde vorm (hierna: „Stromeinspeisungsgesetz 1998") kunnen als volgt samengevat worden.

25. Onder het opschrift „Toepassingsgebied" bepaalt § 1 van het StrEG 1998 dat het Stromeinspeisungsgesetz de afname en de afnameprijs van elektriciteit regelt, die uit bepaalde gespecificeerde hernieuwbare energiebronnen is geproduceerd (bijvoorbeeld water, wind, zon en biomassa). Een eerste nieuwigheid in vergelijking met het StrEG 1990 is dat het StrEG 1998 van toepassing is op biomassa in het algemeen en niet alleen op biomassa afkomstig uit de land- en bosbouw. Nieuw is ook de bepaling dat de wet alleen van toepassing is op elektriciteit die in Duitsland is geproduceerd.

26. Onder het opschrift „Afnameplicht" houdt § 2 drie verschillende bepalingen in.

27. De eerste zin van § 2 bevat de centrale regel, namelijk de afnameplicht tegen een vastgestelde minimumprijs:

„De elektriciteitsbedrijven die een algemeen distributienet exploiteren, moeten de in hun distributiegebied uit hernieuwbare energiebronnen geproduceerde elektriciteit afnemen en deze overeenkomstig § 3 betalen."

28. De tweede volzin van § 2 voert een nieuwe regel in betreffende zogenoemde offshore-centrales („off-shore Anlagen"). Elektriciteit geproduceerd in installaties die zich niet in het distributiegebied van een netexploitant bevinden, moet worden

11 — BGBl. 1998 I, blz. 730.
12 — PB L 27, blz. 20.

afgenomen door de netexploitant waarvan het net het dichtst bij de betrokken installatie gelegen is.

29. Volgens de — eveneens nieuwe — derde volzin van § 2 mogen de uit de afnameplicht van § 2 en de nieuwe compensatieregeling van § 4 (zie punt 32) voortvloeiende extra kosten boekhoudkundig bij de distributie- of de transmissieactiviteiten van het betrokken electriteitsbedrijf worden geboekt en bij de bepaling van de transitvergoeding in aanmerking worden genomen.

30. § 3 van het StrEG 1998 bevat de — onveranderde — regels voor het berekenen van de minimumafnameprijs voor elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen. Zoals reeds vermeld is de minimumprijs per kilowattuur voor uit windkracht geproduceerde elektriciteit vastgesteld op 90 % van de gemiddelde, aan de eindverbruiker berekende kilowattuurprijs.

31. Artikel 4 vermeldt als opschrift (evenals voorheen): „Billijkheidsregel".

32. § 4, lid 1, bevat een nieuwe compensatieregeling die een centrale rol in het hoofdgeding speelt. Voorzover de overeenkomstig § 3 van het StrEG 1998 af te nemen elektriciteit meer dan 5 % beloopt van de totale hoeveelheid elektriciteit die het betreffende bedrijf heeft geleverd, moet de toeleverende netexploitant de extra kosten voortvloeiend uit de afnameplicht van de hoeveelheid elektriciteit die deze 5 % (de zogenaamde „eerste 5 %-grens", „erster 5 % Deckel") overschrijdt, aan dat bedrijf terugbetalen. Anders dan in het StrEG 1990 kan derhalve een producent van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen in het geval van „onbillijkheid" de levering van elektriciteit aan het distributiebedrijf van zijn gebied voortzetten. Dit bedrijf krijgt echter tegenover de toeleverende netexploitant recht op terugbetaling van de kosten voor het afnemen van meer elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen dan 5 % van zijn afzet.

33. Uit de eerste en de tweede volzin van § 4, lid 1, volgt dat een gelijkluidende 5 %-regel geldt ten gunste van de toeleverende netexploitant (de zogenaamde „tweede 5 %-grens", „zweiter 5 % Deckel"). Wanneer de hoeveelheid afgenomen elektriciteit waarvoor die exploitant een compensatie moest betalen, meer dan 5 % van zijn afzet bedraagt, kan hij zelf compensatie vragen van een eerdere toeleverancier. Bij gebreke van een toeleverende netexploitant (zoals normaal het geval zal zijn) valt de door § 2 opgelegde afnameplicht weg voor elektriciteit die is geproduceerd in bedrijven waarvan de bouw niet was voltooid aan het

einde van het jaar waarin de tweede 5 %-grens werd bereikt.

34. Uit de bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen blijkt dat vóór de vaststelling van het StrEG 1998 de Commissie de Duitse autoriteiten verzocht had om inlichtingen over de juridische en politieke achtergrond van de amendementen op het Stromeinspeisungsgesetz.

35. Bovendien had verzoekster in het hoofdgeding, PreussenElektra Aktiengesellschaft (hierna: „PreussenElektra"), de Commissie verzocht om van Duitsland aanmelding van de voorgenomen wet te verlangen overeenkomstig artikel 93, lid 3, eerste volzin, van het Verdrag.

36. Bij brief van 21 april 1998 aan PreussenElektra stelde de Commissie echter dat het twijfelachtig was of Duitsland verplicht was de voorgenomen wijzigingen van het Stromeinspeisungsgesetz aan te melden. De Commissie verwees zonder enig commentaar naar het betoog van de Duitse regering, dat de wijzigingen van het StrEG hetzij gedekt werden door de oorspronkelijke goedkeuring van 1990 (de nieuwe regels betreffende biomassa en offshore-centrales), hetzij uit een oogpunt van staatssteun niet relevant waren (de nieuwe compensatieregeling van § 4, lid 1, van het StrEG 1998). Volgens de Commissie was het de verantwoordelijkheid van de Duitse autoriteiten om mededeling te doen. De bedrijven die nadeel van het StrEG 1998 ondervonden, dienden hun belangen „met andere passende middelen" te verdedigen.

37. Wat betreft de minimumafnameprijs voor uit windkracht geproduceerde elektriciteit stelde de Commissie dat zij het onderzoek naar de onveranderde regels voortzette volgens de procedure voor „bestaande steunmaatregelen" en dat zij wat dit betreft de mogelijkheid nog niet uitsloot, de Duitse regering passende maatregelen voor te stellen.

38. Bij brief van 29 juli 1998 aan de Duitse regering, dus na de inwerkingtreding van de wet van 1998, merkte het Commissielid Van Miert op dat de Duitse wetgever geen van de in de brief van 25 oktober 1996 [13] geformuleerde voorstellen had overgenomen en dat het stelsel voor de berekening van de afnameprijs voor door windkracht opgewekte elektriciteit niet was gewijzigd. Zelfs indien de afnameprijs van elektriciteit uit windkracht de facto zou dalen (als gevolg van lagere elektriciteitsprijzen na de liberalisering van de elektriciteitsmarkt), bevatte de wet geen voldoende degressief element wat betreft de afnameprijs. Anderzijds echter waren in de naaste toekomst belangrijke wetswijzigingen op communautair niveau in verband met de uitvoering van de elektriciteitsrichtlijn te verwachten en ook voorstellen voor geharmoniseerde

13 — Zie punten 19-22.

regels betreffende elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen. Het Commissielid zag er daarom van af zijn ambtgenoten een formeel besluit voor te leggen voordat de Duitse regering verslag over de werking van het Stromeinspeisungsgesetz aan de Duitse Bondsdag had uitgebracht. De Duitse regering werd uitgenodigd bij de opstelling van dit verslag nauw samen te werken met de Commissie en daarin uitgebreid in te gaan op de omvang waarin elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen gesteund moest worden.

4. *Ontwikkelingen nadat de verwijzingsbeschikking was gegeven*

39. In antwoord op een schriftelijke vraag van het Hof deelde de Commissie het volgende mee over de ontwikkelingen in deze zaak nadat de nationale rechter zijn vragen naar het Hof had verwezen.

40. Op 1 april 1999 trad de Duitse wet tot uitvoering van de ecologische belastinghervorming in werking.

41. Volgens de Commissie resulteerde deze wet in een verhoging van de afnameprijs van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen krachtens het StrEG 1998, hetgeen de Duitse autoriteiten hadden nagelaten aan te melden, aldus inbreuk makend op het Verdrag. Daar de Commissie betwijfelde of deze verhoging verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt, deelde zij de Duitse autoriteiten bij brief van 17 augustus 1999 mee, te hebben besloten tot inleiding van de procedure van het Verdrag voor steunmaatregelen van de staat. [14]

42. Op 1 april 2000 kwam het nieuwe Gesetz für den Vorrang Erneuerbaren Energien (wet betreffende de voorrang van hernieuwbare energiebronnen) [15] in de plaats van het Stromeinspeisungsgesetz 1998. Deze nieuwe wet is wederom gebaseerd op een afnameplicht en vaste minimumprijs, maar bevat daarnaast vele nieuwe elementen. Het meest opvallend is dat de afnameprijs niet langer gebonden is aan de (klaarblijkelijk dalende) elektriciteitsprijzen, maar voor elke energiebron bij wet wordt vastgesteld. De prijs voor door windkracht opgewekte energie is bijvoorbeeld op 0,178 DEM per kilowattuur vastgesteld.

43. Volgens persberichten heeft de Commissie ten aanzien van deze nieuwe wet een procedure ingeleid. Zij is blijkbaar van mening dat de wet had moeten worden aangemeld. [16]

14 — De tekst van dit besluit is gepubliceerd in PB C 306, blz. 19.

15 — BGBl. 2000 I, blz. 305.

16 — *Handelsblatt*, 13 april 2000; *Financial Times Deutschland*, 19 april 2000.

44. Op 10 mei 2000 heeft de Commissie een voorstel ingediend voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bevordering van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen op de interne elektriciteitsmarkt. [17]

III — Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen

45. Verzoekster in het hoofdgeding, PreussenElektra, is een van de ondernemingen die op het eerste niveau van de Duitse elektriciteitssector opereren. Zij exploiteert meer dan twintig conventionele en nucleaire energiecentrales alsmede distributienetten voor maximale en hoge spanning. Via deze netten levert zij elektriciteit aan regionale elektriciteitsbedrijven, gemeentelijke nutsbedrijven van een zekere omvang en grote industriële ondernemingen.

46. Verweerster Schleswag AG (hierna: „Schleswag") is een regionaal elektriciteitsbedrijf dat op het tweede niveau opereert. De elektriciteit voor haar klanten koopt zij nagenoeg uitsluitend bij PreussenElektra.

47. PreussenElektra bezit 65,3 % van de aandelen in Schleswag. De overige 34,7 % zijn in handen van verschillende gemeentelijke overheden (Landkreise) in Schleswig-Holstein.

48. Krachtens artikel 2 van het StrEG 1998 is Schleswag verplicht de elektriciteit af te nemen die in haar distributiegebied is geproduceerd uit hernieuwbare energiebronnen. Het exploitatiegebied van Schleswag is ideaal voor de productie van elektriciteit uit windkracht. Daarom steeg het aandeel van de aan Schleswag geleverde elektriciteit uit windkracht in haar totale afzet voortdurend, van 0,77 % in 1991 tot een geschatte 15 % in 1998.

49. De extra kosten voor Schleswag, die de elektriciteit moest afnemen tegen de opgelegde minimumprijs, stegen van 5,8 miljoen DEM in 1991 tot ongeveer 111,5 miljoen DEM in 1998. Rekening houdend met de door PreussenElektra aan Schleswag te betalen bedragen ingevolge de bij de wet van 1998 in § 4, lid 1, van het StrEG 1998 opgenomen compensatieregeling (zie punt 50) bedroegen Schleswags extra kosten 38 miljoen DEM.

50. Eind april 1998 beliep de door Schleswag afgenomen elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen 5 % van de totale hoeveelheid elektriciteit die zij het jaar

17 — COM(2000) 279 def.

voordien had verkocht. Schleswag bracht dus PreussenElektra overeenkomstig § 4, lid 1, van het StrEG 1998 de extra kosten in rekening die door de afname van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen waren ontstaan, en verzocht in eerste instantie om betaling in maandelijkse termijnen van 10 miljoen DEM.

51. PreussenElektra betaalde het voor de maand mei 1998 gevorderde bedrag, maar behield zich het recht voor dit te allen tijde terug te vorderen.

52. In het hoofdgeding eist PreussenElektra terugbetaling van een deel (500 000 DEM) van dit bedrag.

53. Volgens de nationale rechter mag noch PreussenElektra noch Schleswag deze extra kosten afwentelen op de klanten. Het is juridisch en feitelijk niet mogelijk, zo is gezegd, om hogere prijzen aan de eindverbruiker in rekening te brengen voor geleverde elektriciteit. De deelstaat Schleswig-Holstein heeft namelijk geweigerd hogere tarieven voor aan klanten geleverde elektriciteit goed te keuren; ook is de concurrentiedruk toegenomen door de voortgaande liberalisering van de elektriciteitsmarkt. Deze verklaringen van de nationale rechter, die gebaseerd zijn op de voorstelling van de feiten door PreussenElektra en Schleswag, worden door de interveniënten zwaar bestreden. [18]

54. In het hoofdgeding voert PreussenElektra aan, dat het gevorderde bedrag aan Schleswag is betaald zonder geldige rechtsgrondslag en moet worden terugbetaald. Volgens haar druist § 4, lid 1, van het StrEG 1998 in tegen het Verdrag. § 4, lid 1, behoort tot de wijzigingen die in 1998 in het Stromeinspeisungsgesetz zijn aangebracht. Deze wijzigingen, waardoor bestaande steunmaatregelen zijn aangepast, hadden overeenkomstig artikel 93, lid 3, van het Verdrag moeten worden aangemeld. Daar de Duitse autoriteiten de wijzigingen niet hebben aangemeld en niet hebben gewacht op goedkeuring van de Commissie, hebben zij de eerste en derde volzin van artikel 93, lid 3, geschonden. Volgens 's Hofs vaste rechtspraak heeft de derde volzin van artikel 93, lid 3, rechtstreekse werking. § 4, lid 1, van het StrEG 1998 mag daarom niet worden toegepast.

55. Schleswag betoogt dat § 4, lid 1, een geldige rechtsgrondslag voor de betaling is geweest en dat daarom niets terugbetaald behoeft te worden. Zij is het met PreussenElektra eens dat het StrEG 1998 als een gewijzigde steunmaatregel beschouwd moet worden in de zin van de eerste volzin van artikel 93, lid 3, EG-Verdrag. De compensatieregeling van § 4, lid 1, van het StrEG 1998 kan echter als zodanig niet als steunmaatregel in de zin van artikel 92 beschouwd worden. De regeling heeft

18 — Zie punten 85 en 86.

alleen ten doel de lasten van de afnameplicht en de minimumprijsregel van de §§ 2 en 3 van het StrEG te verdelen. De verwijzende rechter heeft niet de bevoegdheid te oordelen over de rechtmatigheid van de §§ 2 en 3 van het StrEG omdat deze bepalingen voor de rechtsverhouding en de beslechting van het geschil tussen PreussenElektra en Schleswag niet relevant zijn. En zelfs indien de verwijzende rechter § 4, lid 1, van het StrEG 1998 niet toepast, blijven de onrechtmatige steunmaatregelen van de §§ 2 en 3 onaangetast, zodat Schleswag de lasten alleen zou moeten dragen. De rechtstreekse werking van artikel 93, lid 3, kan de onrechtmatige toestand derhalve niet opheffen of sanctioneren. § 4, lid 1, van het StrEG moet derhalve van toepassing blijven.

56. De verwijzende rechter stelt in zijn verwijzingsbeschikking, dat indien de Duitse wetgever met de vaststelling van de onderhavige wet zijn verplichtingen krachtens artikel 93, lid 3, van het Verdrag ten aanzien van wijziging van bestaande staatssteun of het verbod van maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbeperkingen in de zin van artikel 30 heeft geschonden, het StrEG 1998 buiten toepassing moet blijven en PreussenElektra recht op terugbetaling heeft.

57. Wat in de eerste plaats artikel 93, lid 3, betreft hebben volgens de verwijzende rechter de Duitse autoriteiten het StrEG 1990 als staatssteun aangemeld, en de Commissie heeft die als zodanig toegestaan. De aanpassingen van het Stromeinspeisungsgesetz bij het StrEG 1998 [19] zijn echter niet aangemeld. Indien deze aanpassingen hebben geleid tot wijziging van bestaande steunmaatregelen in de zin van artikel 93, lid 3, eerste volzin, van het Verdrag en indien het resultaat daarvan (StrEG 1998) op zichzelf een steunmaatregel inhoudt, dan hadden deze aanpassingen moeten worden aangemeld.

58. Het Landgericht is er niet zeker van of het Stromeinspeisungsgesetz 1998 met zijn afnameplicht tegen een vastgestelde minimumprijs en zijn compensatieregeling kan worden aangemerkt als steunmaatregel in de zin van artikel 92, van het Verdrag. Enerzijds verwijst het naar arresten zoals Van Tiggele [20] en Sloman Neptun [21], die ervoor pleiten dat het StrEG 1998 geen steunmaatregel is omdat de economische voordelen voor de producenten van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen uitsluitend door distributiebedrijven en toeleverende netexploitanten worden gefinancierd en niet uit overheidsmiddelen. Anderzijds zou een zo enge interpretatie van het begrip staatssteun de lidstaten de mogelijkheid bieden gemakkelijk het controlesysteem van artikel 93 van het Verdrag te

19 — Deze verklaring wordt wederom door de interveniënten zeer bestreden; zie punten 85 en 87.

20 — Arrest van 24 januari 1978 (82/77, Jurispr. blz. 25).

21 — Arrest van 17 maart 1993 (C-72/91 en C-73/91, Jurispr. blz. I-887).

omzeilen, met eventueel ernstige gevolgen voor de mededinging. [22]

59. Indien het Stromeinspeisungsgesetz staatssteun inhoudt, is het Landgericht van oordeel dat als gevolg van de goedkeuring van de Commissie het StrEG 1990 als een bestaande steunmaatregel in de zin van artikel 93, lid 1, moet worden aangemerkt en dat de wijzigingen van 1998 een wijziging van de bestaande steunmaatregel betekenen in de zin van artikel 93, lid 3, eerste volzin, die niet is aangemeld.

60. Het Landgericht heeft verder zijn twijfels met betrekking tot de compensatieregeling van § 4, lid 1, van het StrEG 1998. Zelfs indien de afnameplicht tegen een hogere minimumprijs (§§ 2 en 3 van het StrEG 1998) staatssteun ten gunste van producenten van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen inhoudt, kan worden verdedigd dat § 4, lid 1, op zich nog geen steunmaatregel is. In dat geval wenst het Landgericht te weten of de schorsende werking van artikel 93, lid 3, niet alleen op de steunmaatregel zelf, maar ook op uitvoeringsbepalingen als § 4 van het StrEG 1998 van toepassing is.

61. Wat betreft artikel 30 van het Verdrag meent het Landgericht dat de afnameplicht van in Duitsland uit hernieuwbare energiebronnen geproduceerde elektriciteit tegen prijzen die niet op de vrije markt zouden kunnen worden verkregen, ten minste het gevaar van een vermindering van de vraag naar in andere lidstaten geproduceerde elektriciteit in zich bergt.

62. In het licht van bovenstaande overwegingen heeft het Landgericht het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Vormen de regeling inzake de prijs voor elektriciteitsleveringen („Stromeinspeisevergütung") en de desbetreffende restitutieregeling van §§ 2 of 3 of 4 of van §§ 2 tot 4 tezamen, van het [Stromeinspeisungsgesetz] [...] een steunmaatregel van de staat in de zin van artikel 92 EG-Verdrag?

Moet artikel 92 EG-Verdrag aldus worden uitgelegd, dat het daaraan ten grondslag liggende begrip steunmaatregelen ook nationale regelingen omvat die strekken tot ondersteuning van de begunstigde, wanneer de daarvoor noodzakelijke middelen rechtstreeks noch zijdelings van de overheid afkomstig zijn, maar op grond van een wettelijke afnameverplichting tegen vastgestelde minimumprijzen worden opgebracht door ondernemingen van een bedrijfstak die deze kosten om juridische en feitelijke redenen niet op de eindverbruiker kunnen afwentelen?

22 — Op de argumentatie van het Landgericht zal in punt 109 nader worden ingegaan.

Moet artikel 92 EG-Verdrag aldus worden uitgelegd, dat het daaraan ten grondslag liggende begrip steunmaatregelen ook nationale regelingen omvat die enkel bepalen hoe de door de afnameplicht en de minimumprijzen ontstane kosten worden verdeeld tussen ondernemingen in verschillende productiestadia, wanneer de wettelijke regeling in feite in een permanente lastenverdeling resulteert, zonder dat de onderneming die de lasten draagt een tegenprestatie ontvangt?

2) Indien het tweede onderdeel van vraag 1 met betrekking tot § 4 van het StrEG 1998 ontkennend wordt beantwoord:

Moet artikel 93, lid 3, EG-Verdrag aldus worden uitgelegd, dat de schorsende werking van deze bepaling niet enkel geldt voor de steun als zodanig, maar ook voor uitvoeringsbepalingen als § 4 van het StrEG 1998?

3) Indien de vragen 1 en 2 ontkennend worden beantwoord: Moet artikel 30 EG-Verdrag aldus worden uitgelegd, dat er sprake is van een kwantitatieve invoerbeperking of een maatregel van gelijke werking tussen lidstaten in de zin van artikel 30 EG-Verdrag, wanneer een nationale regeling ondernemingen verplicht om tegen minimumprijzen elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen af te nemen, en bovendien de netexploitanten met de financiering daarvan belast zonder dat zij daarvoor een tegenprestatie ontvangen?"

IV — Procedure voor het Hof

63. In eerste instantie hebben Preussen-Elektra, Schleswag, de Duitse en de Finse regering en de Commissie schriftelijke opmerkingen ingediend.

64. Nadat hij de verwijzingsbeschikking had gegeven, heeft de verwijzende rechter het Hof een beschikking van 23 april 1999 doen toekomen waarin hij verklaarde dat de deelstaat Schleswig-Holstein en een producent van door windkracht opgewekte elektriciteit, Windpark Reußenköge III GmbH (tezamen: „interveniënten") op 16 maart 1999 in het hoofdgeding hebben geïntervenieerd.

65. Krachtens artikel 20 van het EG-Statuut van het Hof (hierna: „Statuut") deelde het Hof de verwijzingsbeschikking aan interveniënten mee, die daarop eveneens schriftelijk opmerkingen indienden.

66. Bij de mondelinge behandeling voor het Hof waren PreussenElektra, de deelstaat Schleswig-Holstein, Windpark Reußenköge III, de Duitse regering en de Commissie vertegenwoordigd.

67. PreussenElektra betoogt dat de deelstaat Schleswig-Holstein en Windpark Reußenköge III niet het recht hebben opmerkingen voor het Hof in te dienen omdat zij slechts interveniënten („Nebenintervenienten") in het hoofdgeding zijn en derhalve niet onder het begrip „partijen" van artikel 20 van het Statuut vallen. PreussenElektra beroept zich ten eerste op het feit dat naar Duits recht het begrip „partij" („Partei") niet mede interveniënten omvat, en ten tweede op 's Hofs vaste rechtspraak. [23]

68. Ten eerste wil ik eraan herinneren dat de procedure van artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) niet-contentieus van aard is en een fase in het voor de nationale rechter aanhangige geding is. Voor het Hof worden de partijen in het hoofdgeding slechts uitgenodigd hun zaak uiteen te zetten, maar hebben niet het recht zelf processuele initiatieven te nemen. Strikt gezien zijn zij derhalve geen „partijen" in een prejudiciële procedure. Met het woord „partijen" in artikel 20 van het Statuut zijn de partijen in het geding voor de nationale rechter bedoeld. [24]

69. Wat betreft de vraag wie de „partijen" in het hoofdgeding in de zin van artikel 20 van het Statuut kunnen zijn, moet men zich in de eerste plaats realiseren dat de rechtsorde van de lidstaten de diverse deelnemers aan procedures voor de nationale rechter op verschillende wijze benoemen en indelen (de benaming en de indeling kunnen ook binnen een rechtsorde verschillen, afhankelijk van bijvoorbeeld welke rechterlijke instantie competent is). De mogelijkheid tot het indienen van opmerkingen bij het Hof behoort echter niet van dergelijke terminologische en formele verschillen af te hangen.

70. Ten tweede is het doel van artikel 20 van het Statuut, diegenen die mogelijk door de prejudiciële beslissing van het Hof worden getroffen de gelegenheid te geven hun mening over de vragen waarover een beslissing moet worden genomen, kenbaar te maken. Teneinde formeel deel te kunnen nemen aan nationale procedures eist de nationale rechtsorde meestal een bewezen belang bij de uitkomst van het geding. Daaruit volgt naar mijn mening, dat allen die formeel deelnemen aan het nationale geding, als partijen in de zin van artikel 20 van het Statuut beschouwd moeten worden.

23 — Beschikking van de president van het Hof van 26 februari 1996, Biogen(C-181/95, Jurispr. blz. I-717), en arrest van 1 maart 1973, Bollmann (62/72, Jurispr. blz. 269).

24 — Zie arrest Bollmann, aangehaald in voetnoot 23, punt 4.

71. Wat de bijzondere situatie in deze zaak betreft is de indirecte, maar duidelijke conclusie die uit de beschikking in de zaak Biogen [25] moet worden getrokken dat de interveniënten in het hoofdgeding „partijen" zijn in de zin van artikel 20 van het Statuut. In die zaak had een onderneming verzocht om rechtstreeks in de prejudiciële procedure te mogen interveniëren. Het Hof oordeelde dat „een persoon die niet voor de nationale rechter heeft gevraagd om te mogen interveniëren, en die daarvoor niet de toelating heeft gekregen, niet het recht [heeft] om opmerkingen bij het Hof in te dienen in de zin van deze bepaling" [26].

72. Hieruit volgt a contrario dat de deelstaat Schleswig-Holstein en Windpark Reußenköge III, die beide als interveniënt voor de nationale rechter zijn toegelaten, „partijen" in het hoofdgeding in de zin van artikel 20 van het Statuut zijn en derhalve gerechtigd opmerkingen voor het Hof te maken.

V — Ontvankelijkheid

73. De Duitse regering en de interveniënten betwisten de ontvankelijkheid van de verwijzing om drie redenen. Ten eerste is het geschil een schijnconstructie en de verwijzing daarom niet-ontvankelijk, gelet op de arresten Foglia I en II [27]. Ten tweede bevat de verwijzingsbeschikking verschillende leemtes en vergissingen in de beschrijving van de feitelijke en juridische omstandigheden. Ten derde zijn de gestelde vragen niet relevant voor de oplossing van het hoofdgeding.

1. *Schijnconstructie*

74. De Duitse regering en interveniënten stellen dat PreussenElektra en Schleswag het eens zijn over het gewenste resultaat van de verwijzing, namelijk een verklaring van het Hof dat het StrEG 1998 tegen het gemeenschapsrecht indruist. Dit blijkt duidelijk uit het feit dat beide partijen verscheidene procedures bij het Duitse constitutionele gerechtshof aanhangig hebben gemaakt. Verder is Schleswag een dochteronderneming van PreussenElektra. Deze zou de gevorderde bedragen dus via interne maatregelen hebben kunnen terugkrijgen zonder een beroep te doen op de rechter. Ook volgt hieruit dat de juridische standpunten die door verweerster in het hoofdgeding worden ingenomen, uiteindelijk bepaald worden door verzoekster. Ten slotte heeft PreussenElektra betalingen gedaan aan Schleswag, hoewel zij overtuigd was van de onrechtmatigheid van de betrokken wet. Al deze argumenten bij elkaar genomen tonen aan dat de vordering van PreussenElektra tot gedeeltelijke terug-

25 — Beschikking aangehaald in voetnoot 23.

26 — Punt 6 van die beschikking.

27 — Beide aangehaald in voetnoot 2.

betaling van de compensatie van kosten een voorwendsel is om een bepaald antwoord van het Hof te verkrijgen. In het licht van de arresten Foglia I en II en Meilicke [28] dient het Hof de verwijzing niet-ontvankelijk te verklaren.

75. Het Hof heeft geoordeeld dat het onder bepaalde omstandigheden een prejudiciële verwijzing niet-ontvankelijk kan verklaren omdat artikel 177 EG-Verdrag door partijen als een „procedurele constructie" [29] of „kunstmatig" [30] in een schijngeding wordt gebruikt. Het heeft aldus beslist in een geval waarin partijen in het hoofdgeding bleken uit te zijn op ongeldigverklaring van een Franse belastingregeling voor likeurwijn, via een procedure voor een Italiaanse rechter tussen twee particulieren die het eens waren over het te bereiken resultaat en die in hun overeenkomst een clausule hadden opgenomen om de Italiaanse rechter tot een uitspraak op dat punt te brengen. [31]

76. Een van de uitgangspunten van deze rechtspraak is dat het niet tot de taak van het Hof behoort om rechtsgeleerde adviezen over algemene en hypothetische vraagstukken te formuleren, maar om bij te dragen aan de rechtsbedeling in de lidstaten in situaties waarin de antwoorden op de gestelde vragen voor de beslechting van een werkelijk geschil objectief noodzakelijk zijn. [32] Bovendien mogen partijen niet in de gelegenheid worden gesteld opzettelijk een processuele situatie te scheppen waarin het derden die mogelijk door het arrest worden benadeeld, onmogelijk gemaakt wordt hun belangen afdoende te verdedigen. [33]

77. Inderdaad zijn er enige punten van overeenkomst tussen de zaken Foglia en de onderhavige. In de eerste plaats zijn PreussenElektra en Schleswag beide van mening dat het StrEG 1998 in strijd is met het gemeenschapsrecht. Bovendien waren in de bijzondere processuele constellatie van het hoofdgeding derden, zoals de producenten van windenergie, aanvankelijk niet in staat hun juridische argumenten en hun visie van de feiten en de economische omstandigheden naar voren te brengen.

78. Uit het arrest Leclerc-Siplec [34] echter — in die zaak waren partijen het erover eens dat de Franse wet die televisiereclame voor de distributiesector verbood, indruiste tegen het gemeenschapsrecht, en was de voornaamste begunstigde van deze wet (de Franse regionale dagbladpers) niet bij de procedure [35] betrokken — volgt dat deze factoren alleen niet voldoende zijn om de verwijzing niet-ontvankelijk te doen zijn. Ik wijs erop dat PreussenElektra en Schleswag van mening verschillen over de gevolgen voor het hoofdgeding van een arrest waarin

28 — Arrest van 16 juli 1992 (C-83/91, Jurispr. blz. I-4871).
29 — Arrest Foglia II, aangehaald in voetnoot 2, punt 18.
30 — Arrest Foglia I, aangehaald in voetnoot 2, punt 10.
31 — Arrest Foglia I, punt 10.
32 — Arrest Foglia II, punt 18.
33 — Arrest Foglia II, punt 29.
34 — Arrest van 9 februari 1995 (C-412/93, Jurispr. blz. I-179).
35 — Zie punt 1 van mijn conclusie in die zaak.

het Hof de afnameplicht tegen een minimumprijs onverenigbaar met het gemeenschapsrecht beschouwt.[36] Belanghebbende derden, namelijk de deelstaat Schleswig-Holstein en Windpark Reußenköge III, hebben inmiddels in het hoofdgeding geïntervenieerd en hebben gelegenheid gehad opmerkingen bij het Hof in te dienen.[37]

79. Bovendien bestaan er tussen deze procedure en de zaken Foglia twee verschillen van beslissende betekenis. Enerzijds betwisten PreussenElektra en Schleswag de geldigheid van een Duitse wet voor een Duitse rechter. Een van de centrale overwegingen in de arresten Foglia, namelijk situaties te voorkomen waarin de rechter van de ene lidstaat beslist over de geldigheid van wetten van een andere lidstaat, en de betrokken lidstaat een passend forum te verschaffen om zijn wet te verdedigen, is in deze zaak niet aan de orde. Anderzijds, en dit is misschien nog belangrijker, is het belangenconflict tussen PreussenElektra en Schleswag in het hoofdgeding niet het resultaat van de wil van partijen en van gedetailleerde contractuele afspraken, maar het automatische en objectieve gevolg van de wettelijke verplichting van § 4, lid 1, van het StrEG 1998.

80. Ik geef toe dat het gevaar van een schijngeding groter is wanneer een van de partijen in het geding een meerderheid van de aandelen in de andere partij houdt. Desondanks heeft het Hof reeds verwijzingen aanvaard in gedingen tussen een moeder- en een dochtermaatschappij.[38] De mate van zeggenschap die PreussenElektra over Schleswag uitoefent, is omstreden, maar zelfs indien zij de mate van zeggenschap heeft die interveniënten haar toemeten, bevat het dossier niets wat erop wijst dat PreussenElektra de haar toegedichte invloed op Schleswags gedrag heeft gebruikt om het onderhavige geschil te arrangeren. Integendeel, er is gesteld dat PreussenElektra een vergelijkbare actie tegen een tweede regionaal distributiebedrijf is begonnen, waarover zij geen zeggenschap heeft, en dat deze parallelle procedure is geschorst in afwachting van de uitspraak in de onderhavige zaak.

81. Ten slotte zie ik niets verkeerds in de beslissing van PreussenElektra om het volledige bedrag van 10 miljoen DEM over de maand mei te betalen en slechts het betrekkelijk kleine bedrag van 500 000 DEM terug te eisen. Een onderneming die overtuigd is van de onverenigbaarheid van een nationale bepaling met het gemeenschapsrecht, is vrij om te beslissen over de door haar te volgen processtrategie en om een proefproces aan te spannen indien zij zulks wenst.[39] Een dergelijke keus is met name begrijpelijk wanneer de proceskosten worden berekend naar de bedragen waarover geprocedeerd wordt.

36 — Zie boven, punten 54 en 55.

37 — Zie boven, punten 64-72.

38 — Zie bijvoorbeeld het arrest van 12 juli 1979, Union laitière normande (244/78, Jurispr. blz. 2663).

39 — Arresten van 5 mei 1981, Dürbeck (112/80, Jurispr. blz. 1095, blz. 1127 van de conclusie van advocaat-generaal Reischl), en van 3 maart 1994, Eurico Italia e.a. (C-332/92, C-333/92 en C-335/92, Jurispr. blz. I-711, punten 16 en 17).

82. Het hoofdgeding tussen PreussenElektra en Schleswag is mijns inziens dus niet kunstmatig of een schijnconstructie in de zin van 's Hofs rechtspraak.

2. *Leemtes en vergissingen in de beschrijving van de feitelijke en juridische omstandigheden*

83. Interveniënten en de Duitse regering stellen ten eerste dat de verwijzende rechter niet voldoende heeft uitgelegd op welke grond PreussenElektra naar Duits burgerlijk recht terugbetaling van de aan Schleswag betaalde bedragen kan vorderen.

84. Het is echter de taak van de nationale rechter bij wie het hoofdgeding aanhangig is gemaakt en die de verantwoordelijkheid voor de te nemen rechterlijke beslissing draagt om, rekening houdend met de bepalingen van zijn rechtsorde en de bijzondere aspecten van de bij hem aanhangige zaak, de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen. In deze zaak heeft de verwijzende rechter de redenen uiteengezet waarom hij de antwoorden van het Hof nuttig acht voor de beslissing op de bij hem aanhangige vordering tot terugbetaling; het is niet duidelijk waarom er geen verband tussen deze antwoorden en de werkelijke situatie of het onderwerp van het hoofdgeding zou bestaan. [40]

85. Interveniënten betwisten ook twee door de nationale rechter vastgestelde feiten. Zij stellen dat, in tegenstelling tot hetgeen in de verwijzingsbeschikking is vermeld, elektriciteitsproducenten en distributiebedrijven zowel juridisch als economisch wel degelijk in staat zijn om de door het StrEG 1998 veroorzaakte extra kosten af te wentelen op de eindverbruiker. Verder is de Commissie vóór de vaststelling van het StrEG 1998 voldoende „op de hoogte gebracht" in de zin van artikel 93, lid 3, van alle ter zake dienende wijzigingen; Duitsland heeft derhalve de ter discussie staande wijzigingen op correcte wijze aangemeld.

86. Uit de antwoorden op schriftelijke vragen van het Hof blijkt dat het inderdaad ernstig valt te betwijfelen of PreussenElektra en Schleswag de extra kosten niet op de eindverbruiker kunnen afwentelen. [41] De afwijzing door de autoriteiten van de deelstaat Schleswig-Holstein van tariefverhogingen voor aan eindverbruikers geleverde elektriciteit, wat is aangevoerd als bewijs voor het bestaan van juridische belemmeringen voor het doorberekenen van de extra kosten, lijkt op andere gronden te zijn gebaseerd en houdt niet in dat deze autoriteiten die extra kosten niet als gerechtvaardigd erkennen. Bovendien blijkt uit de antwoorden op een andere schriftelijke

40 — Zie bijvoorbeeld het arrest van 22 juni 2000, Fornasar e.a. (C-318/98, Jurispr. blz. I-4785).

41 — Zie ook het arrest van het Bundesgerichtshof van 22 oktober 1996, NJW 1997, blz. 574-578.

vraag van het Hof dat op grond van het StrEG 1998 [42], dat toestaat dat de extra kosten bij de berekening van de tarieven worden opgenomen, netexploitanten waarop de afnameplicht rust de extra kosten wel op concurrenten kunnen afwentelen die het desbetreffende net willen gebruiken. Aldus kunnen netexploitanten de extra kosten op de eindverbruikers afwentelen zonder te hoeven vrezen voor concurrentie van leveranciers die niet onderworpen zijn aan de verplichtingen van het StrEG 1998.

87. Wat betreft de vraag of de Duitse autoriteiten in 1998, vóór de voorgenomen wijzigingen van het Stromeinspeisungsgesetz, de Commissie „op de hoogte hebben gebracht" in de zin van artikel 93, lid 3, eerste volzin, van het Verdrag, heeft de Commissie terecht tijdens de mondelinge behandeling gesteld dat de krachtens richtlijn 83/189/EEG van 28 maart 1983 van de Raad betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften [43] verrichtte kennisgeving niet de speciale aanmelding van artikel 93, lid 3, van het Verdrag kan vervangen. Verder is het naar mijn mening twijfelachtig of eenvoudig preliminair overleg tussen een regering en de Commissie als een echte aanmelding van een wijziging van een steunmaatregel in de zin van artikel 93 beschouwd kan worden.

88. Hoe dit ook zij, artikel 177 EG-Verdrag is op een duidelijke scheiding tussen de taken van de nationale rechter en die van het Hof gebaseerd. Het staat niet aan het Hof, doch aan de nationale rechter de aan het geding ten gronde liggende feiten vast te stellen en daaruit de conclusies voor de door hem te geven beslissing te trekken. [44]

89. De beweerde leemtes en vergissingen in de verwijzingsbeschikking kunnen de ontvankelijkheid van de verwijzing dus niet aantasten.

3. *Relevantie van de gestelde vragen*

90. Wat betreft de vragen over de uitlegging van de artikelen 92 en 93 van het Verdrag stellen interveniënten dat, onafhankelijk van de vraag of het StrEG 1998 staatssteun inhoudt, de standstillverplichting van artikel 93, lid 3, derde volzin, niet van toepassing is; PreussenElektra kan daarom geen terugbetaling eisen van de

42 — Artikel 2, derde volzin, van StrEG 1998, zie punt 29.

43 — PB L 109, blz. 8. Na verscheidene wijzigingen is deze richtlijn inmiddels vervangen door richtlijn 98/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften (PB L 204, blz. 37).

44 — Zie bijvoorbeeld het arrest van 16 september 1999, WWF e.a. (C-435/97, Jurispr. blz. I-5613, punten 31 en 32).

krachtens het StrEG 1998 betaalde bedragen.

91. Ten eerste niet omdat het StrEG 1998 niet als een wijziging van bestaande steunmaatregelen in de zin van artikel 93, lid 3, eerste volzin, kan worden aangemerkt. De in 1998 aangebrachte wijzigingen waren niet belangrijk genoeg om de plicht tot aanmelding en schorsing van de uitvoering van niet aangemelde wijzigingen van steunmaatregelen krachtens artikel 93, lid 3, van het Verdrag in werking te laten treden.

92. Ten tweede niet omdat, zelfs indien het StrEG 1998 als een wijziging van bestaande steunmaatregelen wordt beschouwd, in de correspondentie tussen de Duitse autoriteiten en de Commissie vóór en na de vaststelling van het StrEG 1998 een correcte aanmelding van de wijzigingen in de zin van artikel 93, lid 3, eerste volzin, en een impliciete goedkeuring van deze wijzigingen door de Commissie moet worden gelezen.

93. Wat het eerste argument van interveniënten betreft ben ik van mening dat inderdaad nog niet vaststaat — in de vooronderstelling dat het onderhavige systeem als staatssteun moet worden aangemerkt — of de wijzigingen van 1998 voldoende belang hadden om de aanmeldingsplicht en de schorsing van de uitvoering van de gewijzigde wet krachtens artikel 93, lid 3, van het Verdrag in werking te laten treden.

94. Het Landgericht stelt echter, naar mijn mening terecht, dat zijn vraag of het StrEG 1998 staatssteun inhoudt relevant is, daar de schorsingsverplichting krachtens artikel 93, lid 3, alleen van toepassing is indien de maatregel in zijn gewijzigde versie zelf staatssteun vormt. Het feit dat het Landgericht geen vragen over andere voorwaarden voor de toepassing van artikel 93, lid 3, (bijvoorbeeld of de wijzigingen van 1998 belangrijk genoeg waren om de meldingsplicht en de schorsingsverplichting in werking te laten treden) heeft gesteld, verandert niets aan de relevantie van de aan het Hof werkelijk voorgelegde vraag.

95. Het tweede punt van interveniënten komt neer op kritiek op de weergave van de feiten door de verwijzende rechter; dit heb ik reeds in het voorgaande behandeld. [45]

96. De Duitse regering stelt dat een kwalificatie van de afnameplicht als staatssteun het hoofdgeding niet kan beïnvloeden, aangezien het geding tussen PreussenElektra en Schleswag niet de compensatierege-

45 — Zie punten 87 en 88.

ling zelf, maar de verdeling van de aan deze regeling verbonden kosten betreft.

97. Dit argument faalt. Als ik goed zie, ontstaat de compensatieverplichting voor de elektriciteitsbedrijven krachtens artikel 4, lid 1, van het StrEG 1998 alleen indien het afnemende distributiebedrijf werkelijk krachtens artikel 2 van het StrEG 1998 verplicht is elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen af te nemen. Het komt mij voor dat indien de afnameverplichting gemeenschapsrechtelijk verboden is, ook geen nakoming van de compensatieverplichting kan worden geëist.

98. Wat betreft artikel 30 van het Verdrag betogen interveniënten dat de voor de nationale rechter aanhangige zaak een situatie zonder enig grensoverschrijdend aspect betreft en dat partijen niet hebben gesteld dat zij geen elektriciteit uit andere lidstaten kunnen invoeren. De vraag van het Landgericht inzake artikel 30 is daarom zuiver theoretisch.

99. Schleswag heeft echter tijdens de mondelinge behandeling gezegd dat zij een aanbod had ontvangen voor in Zweden geproduceerde elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen tegen een prijs van 0,08 DEM per kilowattuur (ongeveer half zo duur als de elektriciteit uit windkracht onder vigeur van het StrEG 1998) en dat zij dit aanbod wegens de verplichting alle in haar distributiegebied door windkracht opgewekte elektriciteit af te nemen, niet had kunnen aanvaarden.

100. Ik ben van mening dat, onafhankelijk van de vraag of dergelijke concrete mogelijkheden elektriciteit in te voeren wel of niet bewezen zijn, het Hof in deze zaak de vraag van de nationale rechter over de uitlegging van artikel 30 van het Verdrag dient te beantwoorden. Artikel 1 van het StrEG 1998 maakt namelijk een duidelijk verschil tussen in Duitsland geproduceerde elektriciteit en ingevoerde elektriciteit, in die zin dat alleen uit hernieuwbare energiebronnen in Duitsland geproduceerde elektriciteit kan profiteren van de in het StrEG bepaalde afnameplicht tegen een verhoogde minimumprijs.

101. In mijn conclusie in de zaak Pistre e.a. [46] heb ik betoogd dat het Hof van een beslissing over de toepassing van artikel 30 op importen zou moeten afzien, wanneer het uit de feitelijke omstandigheden van de zaak duidelijk is dat de feiten van het hoofdgeding zich volledig tot het binnenland beperken.

102. Ik ben nog steeds van mening dat de bezwaren die ik destijds te berde heb

46 — Arrest van 7 mei 1997 (C-321/94, C-322/94, C-323/94 en C-324/94, Jurispr. 1997, blz. I-2343).

gebracht gerechtvaardigd zijn wanneer de nationale maatregel zonder onderscheid op nationale en ingevoerde producten van toepassing is en de zaak voor de nationale rechter niet ingevoerde, maar nationale producten betreft. Artikel 30 heeft alleen effecten voor een dergelijke maatregel voorzover hij op importen betrekking heeft, maar niet voorzover hij alleen nationale producten betreft. [47] Dientengevolge is uitlegging van artikel 30 door het Hof in een zaak die alleen nationale producten betreft, hetzij irrelevant voor de uitkomst van in het hoofdgeding, hetzij wel relevant maar dan alleen vanwege een nationale regel die omgekeerde discriminatie verbiedt. In beide gevallen zou het Hof antwoord geven op een hypothetische, buiten de feitelijke context staande vraag over ingevoerde goederen.

103. Indien echter een nationale maatregel als het StrEG 1998 juridisch en feitelijk de afzet van goederen van binnenlandse herkomst ten nadele van ingevoerde goederen bevordert, brengt de toepassing van deze maatregel op binnenlandse producten nadeel toe aan ingevoerde producten en belemmert daarom, althans potentieel, de handel tussen de lidstaten. Maatregelen ten gunste van binnenlandse producten worden vaak, zo kan men stellen, op zuiver binnenlandse situaties toegepast. Om effect te sorteren moet artikel 30 toegepast worden op alle gevallen waarin een maatregel aan de orde is die binnenlandse producten begunstigd, onafhankelijk van het feit of invoer als alternatief werkelijk wordt overwogen. Aangezien de uitlegging van artikel 30 in zulke gevallen voor het hoofdgeding relevant is, dient het Hof op de vragen van de nationale rechter te antwoorden.

104. In ieder geval heeft het Hof, zelfs met betrekking tot maatregelen die zonder onderscheid van toepassing waren [48], en ook in andere gevallen waarin de relevantie van de vragen voor het hoofdgeding twijfelachtig was [49], op de prejudiciële vragen geantwoord. Het heeft er daarbij de nadruk op gelegd dat het uitsluitend de taak is van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd, te oordelen over de noodzaak van een prejudiciële beslissing en over de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt. [50]

105. Ik concludeer derhalve dat het Hof op de gestelde vragen behoort te antwoorden.

47 — Arrest van 14 december 1982, Waterkeyn e.a. (314/81, 315/81, 316/81 en 83/82, Jurispr. blz. 4337).

48 — Arrest van 14 juli 1988, Smanor (298/87, Jurispr. blz. 4489, punten 8 en 9).

49 — Arresten van 17 juli 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Jurispr. blz. I-4161), en Giloy (C-130/95, Jurispr. blz. I-4291).

50 — Zie ook het recente arrest van 6 juni 2000, Angonese (C-281/98, Jurispr. blz. I-4139, punten 18 en 19).

VI — Vraag 1: Het Stromeinspeisungsgesetz 1998 als staatssteun

106. Met zijn eerste vraag wil de nationale rechter met name weten of het door het StrEG 1998 ingevoerde stelsel een steunmaatregel in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag ten gunste van producenten van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen vormt. Door zijn eerste vraag in drieën onder te verdelen heeft het Landgericht wellicht getracht de aandacht van het Hof op de bijzondere aspecten van de onderhavige nationale maatregel te vestigen.

107. Krachtens artikel 92, lid 1, „zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voorzover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt".

108. Volgens de Duitse regering en interveniënten vormt het StrEG 1998 geen staatssteun. Uit de tekst van artikel 92, lid 1, het systeem van het Verdrag en 's Hofs rechtspraak [51] volgt volgens hen dat voordelen die niet direct of indirect uit staatsmiddelen afkomstig zijn, niet als staatssteun kunnen worden aangemerkt. Een andere en derhalve ruimere definitie van staatssteun zou bijna alle nationale wetgeving die de verhouding tussen ondernemingen regelt, onder het toepassingsgebied van de bepalingen inzake staatssteun brengen en de in het Verdrag bepaalde bevoegdheidsverdeling tussen de lidstaten en de Gemeenschap verstoren. Het StrEG 1998 behelst alleen een prijsbepalingssysteem, de eruit voortvloeiende voordelen voor producenten van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen worden dus uitsluitend uit particuliere middelen gefinancierd. Aangezien het StrEG 1998 geen gevolgen heeft voor het overheidsbudget, kan het niet als staatssteun in de zin van artikel 92, lid 1, beschouwd worden.

109. De verwijzende rechter, PreussenElektra en Schleswag, de Finse regering alsmede de Commissie zijn van mening dat het door het StrEG ingevoerde stelsel staatssteun vormt. De regeling van het StrEG 1998 verschilt huns inziens van die welke aan de orde was in zaken als Van Tiggele [52] of Sloman Neptun [53], waarin het Hof geweigerd heeft de regels betreffende staatssteun toe te passen. Deze regeling kan eerder vergeleken worden met de maatregelen in

51 — Arresten van Tiggele, aangehaald in voetnoot 20, Sloman Neptun, aangehaald in voetnoot 21; 7 mei 1998, Viscido e.a.(C-52/97 tot C-54/97, Jurispr. blz. I-2629), en 30 november 1993, Kirsammer/Hack (C-189/91, Jurispr. blz. I-6185).

52 — Arrest aangehaald in voetnoot 20.

53 — Arrest aangehaald in voetnoot 21.

de zaken Van der Kooy e.a./Commissie [54] en Ecotrade [55] enerzijds en Commissie/Frankrijk [56] en Steinike & Weinlig [57] anderzijds, waarin het Hof oordeelde dat van staatssteun sprake was. Uit de functie van de bepalingen inzake staatssteun, de tekst van artikel 92, lid 1, en bepaalde verklaringen van het Hof volgt bovendien dat financiering uit staatsmiddelen geen wezenlijk element is van het steunbegrip. Zou het tegendeel uit de rechtspraak volgen, dan dient het Hof zijn standpunt te heroverwegen teneinde de mogelijkheid uit te sluiten dat de lidstaten de bepalingen inzake staatssteun ontwijken. In ieder geval dient het StrEG 1998 als een ontwijkingsmaatregel te vallen onder artikel 5, lid 2, EG-Verdrag (thans artikel 10, lid 2, EG) juncto artikel 92.

110. Vooraf wil ik erop wijzen dat de vraag in deze zaak niet is of het StrEG 1998 verenigbaar is met de regels inzake staatssteun. Het vaststellen van de verenigbaarheid van steunmaatregelen met de gemeenschappelijke markt behoort tot de uitsluitende competentie van de Commissie, maar kan getoetst worden door de gemeenschapsrechter. En indien het StrEG 1998 staatssteun is, dan kan deze wet nog steeds goedgekeurd worden op grond van de communautaire kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu. [58] Men moet niet vergeten dat het bevorderen van elektriciteitsproductie uit hernieuwbare energiebronnen een van de belangrijkste doelstellingen van de Europese Unie op milieugebied is. [59]

111. In deze zaak gaat het derhalve alleen om het toepassingsgebied van het stelsel van toezicht op staatssteun. Met andere woorden: is een lidstaat die een wet als het StrEG 1998 wenst vast te stellen verplicht de procedurele verplichtingen van artikel 93 van het Verdrag (bijvoorbeeld aanmelding en schorsing) na te komen, of valt dit soort wetgeving buiten dit toezichtstelsel?

112. Ten tweede is slechts één element van het begrip staatssteun omstreden. Zoals uit de in hierboven samengevatte argumenten kan worden opgemaakt, hadden de schriftelijke en mondelinge opmerkingen bijna uitsluitend betrekking op de vraag of de voordelen die het StrEG 1998 voor producenten van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen meebrengt, „steunmaatregelen van de staten zijn of met staatsmiddelen bekostigd" in de zin van artikel 92, lid 1. Niemand heeft beweerd dat een ander essentieel element van het begrip staatssteun ontbreekt. Er kan inderdaad

54 — Arrest van 2 februari 1988 (67/85, 68/85 en 70/85, Jurispr. blz. 219).

55 — Arrest van 1 december 1998 (C-200/97, Jurispr. blz. I-7907).

56 — Arrest van 30 januari 1985 (290/83, Jurispr. blz. 439).

57 — Arrest van 22 maart 1977 (78/76, Jurispr. blz. 595).

58 — PB 1994, C 72, blz. 3.

59 — Zie bijvoorbeeld: aanbeveling 88/611/EEG, aangehaald in voetnoot 3; resolutie van de Raad van 27 juni 1997 betreffende hernieuwbare energiebronnen (PB C 210, blz. 1); mededeling van de Commissie — Energie voor de toekomst: duurzame energiebronnen — Witboek voor een communautaire strategie en een actieplan [COM(97) 599 def.]; resolutie van de Raad van 8 juni 1998 betreffende duurzame energiebronnen (PB C 198, blz.1) en voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de bevordering van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen op de interne elektriciteitsmarkt, aangehaald in voetnoot 17.

weinig twijfel over bestaan dat de hogere minimumprijs voor uit hernieuwbare energiebronnen geproduceerde elektriciteit gecombineerd met de afnameplicht een aanmerkelijk en specifiek voordeel aan producenten van dit soort energie verschaft, daarmee de mededinging tussen de verschillende groepen producenten vervalst en tenslotte de intracommunautaire handel in elektriciteit ongunstig beïnvloedt.

— Is het StrEG 1998 een door artikel 5, tweede alinea, van het Verdrag verboden maatregel van gelijke werking als staatssteun?

1. *Financiering met staatsmiddelen als essentieel element van het begrip staatssteun volgens 's Hofs vaste rechtspraak*

113. Op grond van deze inleidende overwegingen en de argumenten van partijen zal ik de volgende vragen behandelen:

114. De zinsnede „steunmaatregelen van de staten of met staatsmiddelen bekostigd" in artikel 92, lid 1, kan op twee manieren worden uitgelegd.

— Is financiering met staatsmiddelen een essentieel element van het begrip staatssteun volgens 's Hofs vaste rechtspraak?

— Moet het Hof deze rechtspraak herzien?

115. Enerzijds kan men zeggen dat de tweede variant — steunmaatregelen „met staatsmiddelen bekostigd" — betrekking heeft op uit publieke middelen bekostigde maatregelen, terwijl de eerste variant — steunmaatregelen van de staten — alle overblijvende maatregelen die niet met staatsmiddelen zijn bekostigd, omvat. Volgens deze ruime uitlegging van artikel 92, lid 1, vormt elke maatregel die economische voordelen aan bepaalde ondernemingen toekent en het resultaat is van een aan de staat toe te rekenen gedraging, staatssteun, ongeacht of er van enige financiële last voor de staat sprake is.

— Kunnen de door het StrEG 1998 toegekende voordelen beschouwd worden als gefinancierd met staatsmiddelen?

116. Anderzijds kan artikel 92, lid 1, zo worden uitgelegd dat steun dwingend uit staatsmiddelen gefinancierd moet worden

en dat het onderscheid tussen door de staat verleende steun en met staatsmiddelen bekostigde steun ertoe dient om niet alleen rechtstreeks door de staat toegekende steun onder de definitie van steun te brengen, maar ook steun die door de door de staat aangewezen of ingestelde publiek- of privaatrechtelijke lichamen wordt verleend. In deze engere interpretatie moet de maatregel de staat noodzakelijkerwijze geld kosten; financiering uit publieke middelen is een bestanddeel van de definitie van staatssteun.

117. Inmiddels heeft in de vaste rechtspraak de tweede uitleg de overhand gekregen, zodat alleen *voordelen die direct of indirect met staatsmiddelen zijn bekostigd* als staatssteun in de zin van artikel 92, lid 1, zijn te beschouwen.

118. Deze formulering werd voor het eerst gebruikt in het arrest Van Tiggele [60] dat een minimumprijsmaatregel voor jenever betrof. Het Hof heeft de conclusie van advocaat-generaal Capotorti gevolgd en geoordeeld:

„Dat, ongeacht de definitie welke van het begrip steunmaatregel moet worden gegeven, uit de bewoordingen zelf [van artikel 92, lid 1] volgt, dat een maatregel die wordt gekenmerkt door de vaststelling van minimum detailhandelsprijzen ten einde de verkopers van een product, uitsluitend ten laste van de verbruikers, te bevoordelen, geen steunmaatregel [...] kan vormen.

Dat de voordelen welke een dergelijke ingreep in de prijsvorming voor de verkopers van het product meebrengt, immers noch direct noch indirect, [...] met staatsmiddelen worden bekostigd." [61]

119. Dit principe lijkt te zijn bevestigd in het arrest Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Herbertwill e.a. [62], dat de toekenning van een speciaal tariefcontingent voor de invoer van bevroren rund- en kalfsvlees uit derde landen betrof. De Duitse wetgever had een regeling voor de verdeling van het nationale tariefcontingent onder de nationale handelaren vastgesteld. Drie handelaren betwistten deze regeling onder andere met het argument dat zij staatssteun inhield ten gunste van sommige andere handelaren.

60 — Arrest aangehaald in voetnoot 20.

61 — Punten 24 en 25 van het arrest.

62 — Arrest van 13 oktober 1982 (213/81—215/81, Jurispr. blz. 3583).

120. Volgens advocaat-generaal VerLoren van Themaat kon men op de grondslag van het in artikel 92, lid 1, gemaakte onderscheid tussen „steunmaatregelen van de staten" en „met staatsmiddelen bekostigd[e steunmaatregelen]" verdedigen dat een autonome toekenning van financiële voordelen, die niet door een lidstaat worden bekostigd, onder artikel 92 valt. Hij noemde het voorbeeld van verlaagde tarieven die een lidstaat ten behoeve van bepaalde bedrijven aan particuliere electriciteitsbedrijven voorschrijft. [63]

121. Het Hof was echter van oordeel dat het financiële voordeel dat de handelaars met hun aandeel in het contingent behaalden, niet met staatsmiddelen maar met gemeenschapsmiddelen werd bekostigd, omdat de niet geïnde heffing tot de eigen middelen van de Gemeenschap behoorde. Aangezien de maatregel in kwestie enkel en alleen de verdeling van een communautair tariefcontingent betrof, vormde hij geen „steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd" in de zin van de artikelen 92 en 93 van het Verdrag en artikel 94 EG-Verdrag (thans artikel 89 EG). [64]

122. Het daaropvolgende arrest Commissie/Frankrijk [65] veroorzaakte enige onzekerheid. In deze zaak ging het om een bijzondere steun aan arme boeren, die uit het in verscheidene jaren geaccumuleerde winst van de Franse Caisse nationale de crédit agricole werd gefinancierd.

123. De Commissie ging ervan uit dat weliswaar de staat het besluit om de steun te verlenen had geïnitieerd, maar dat het overschot waaruit de steun werd gefinancierd, afkomstig was uit het beheer van particuliere spaargelden en niet van staatsmiddelen. Zij was daarom van mening dat het niet om een steunmaatregel van de staat sensu stricto ging, maar om een maatregel van gelijke werking als een steunmaatregel van de staat die krachtens artikel 5 van het Verdrag verboden is. [66]

124. Advocaat generaal Mancini stelde op grond van een andere uitlegging van de feiten dat de steun niet alleen door de staat was geïnitieerd, maar ook met staatsmiddelen bekostigd. Hij was derhalve van mening dat het hier ging om staatssteun in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag. [67]

125. Het Hof heeft niet onderzocht of de uitkering werkelijk met staatsmiddelen was bekostigd, maar heeft haar desalniettemin als staatssteun beschouwd:

„In deze bepaling [artikel 92, lid 1] zijn algemene termen gebezigd, zodat elke

63 — Punt 5 van de conclusie.
64 — Punten 22 en 24 van het arrest.
65 — Aangehaald in voetnoot 56.
66 — Punten 6-9 van het arrest.
67 — Punt 3 van de conclusie.

maatregel van de staat, die leidt tot steunverlening in enigerlei vorm, op grond van artikel 92 [...] kan worden getoetst.

Reeds uit de tekst van artikel 92, lid 1, is op te maken, dat een steunmaatregel niet noodzakelijk met staatsmiddelen behoeft te worden bekostigd om als steunmaatregel van de staat te worden aangemerkt." [68]

126. In de arresten Van der Kooy e.a./Commissie [69] en Griekenland/Commissie [70], die kort na het arrest Commissie/Frankrijk zijn gewezen, heeft het Hof wederom financiering uit staatsmiddelen niet als eis gesteld.

127. De huidige stand van de rechtspraak is geformuleerd in het arrest Sloman Neptun. [71] In die zaak ging het om een maatregel die het bepaalde scheepvaartmaatschappijen onder Duitse vlag mogelijk maakte zeelieden die de nationaliteit van derde landen bezaten, onder minder gunstige omstandigheden, voorwaarden en tegen een lager salaris te laten werken dan Duitse onderdanen.

128. Advocaat-generaal Darmon heeft na een diepgaande analyse bepleit dat de oorsprong van de middelen ter financiering van de steunmaatregel niet relevant was. Naar zijn mening vereiste artikel 92, lid 1, alleen dat de steunmaatregel voortvloeit uit een gedraging die aan de staat is toe te rekenen. [72]

129. Het Hof echter haalde het arrest Van Tiggele aan en oordeelde dat enkel voordelen die rechtstreeks of zijdelings met staatsmiddelen worden bekostigd, zijn te beschouwen als steunmaatregelen in de zin van artikel 92, lid 1. Reeds uit de tekst van deze bepaling en de procedureregels van artikel 93 van het Verdrag blijkt, dat de uit andere dan staatsmiddelen toegekende voordelen niet binnen het toepassingsgebied van de regels inzake staatssteun vallen. Het onderscheid tussen steunmaatregelen van de staten en met staatsmiddelen bekostigde steunmaatregelen is bedoeld om niet slechts de rechtstreeks door de staat bekostigde steun onder het begrip steunmaatregel te brengen, maar ook die welke wordt toegekend door publiek- of privaatrechtelijke lichamen die door de staat zijn aangewezen of ingesteld. [73]

130. Wat de vraag betreft of de regeling moest worden geacht met staatsmiddelen te worden bekostigd, oordeelde het Hof dat de regeling niet beoogde een voordeel te verschaffen dat voor de staat een extra last meebracht, maar slechts om ten gunste van scheepvaartondernemingen het kader te

68 — Punten 13 en 14 van het arrest.

69 — Aangehaald in voetnoot 55, punten 28 en 32-38 van het arrest.

70 — Arrest van 7 juni 1988, Griekenland/Commissie (57/86, Jurispr. blz. 2855, punt 12), alsmede de conclusie van advocaat-generaal Slynn, blz. 2867.

71 — Aangehaald in voetnoot 21.

72 — Zie vooral de punten 40-43 van de conclusie.

73 — Punt 19 van het arrest.

wijzigen waarin de contractuele verhoudingen met hun employés tot stand kwamen. De gevolgen van deze regeling, zowel met betrekking tot de verschillende berekeningsgrondslag voor de sociale bijdragen, als met betrekking tot het door lagere loonpeil veroorzaakte verlies aan belastingontvangsten, waren inherent aan het systeem en vormden geen middel om de betrokken ondernemingen een bepaald voordeel toe te kennen. Derhalve was deze regeling geen steunmaatregel van de staat. [74]

131. Het principe dat staatssteun direct of indirect met staatsmiddelen bekostigd moet worden, is in alle relevante zaken sinds Sloman Neptun bevestigd: Kirsammer-Hack [75], Viscido e.a. [76], Ecotrade [77] en Piaggio. [78]

132. Recent hebben de gemeenschapsrechters in de zaak Frankrijk/Ladbroke Racing en Commissie [79] wetgeving onderzocht die verschillende mogelijkheden voor de Franse Pari mutuel urbain (hierna: „PMU") creeerde om niet opgeëiste winsten van weddenschappen op paardenrennen te gebruiken. Krachtens de oorspronkelijke regeling was het gebruik van niet opgeëiste winsten beperkt tot bepaalde soorten socialezekerheidsuitgaven. Winsten die niet voor de toegestane doeleinden werden gebruikt, moesten aan de staat worden afgedragen. Later breidde de Franse wetgever de reeks van gebruiksmogelijkheden uit tot andere activiteiten, zodat PMU speciale ontslagvergoedingen aan voormalige werknemers kon financieren. Dit Hof was het eens met het Gerecht dat de Franse autoriteiten aldus afzagen van inkomsten die in principe aan de schatkist hadden moeten worden afgedragen, zodat staatsmiddelen aan de begunstigden werden overgedragen in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag. Op het argument dat de bedragen in kwestie nooit werkelijk in het bezit van de staat waren geweest, antwoordde het Hof dat deze bedragen voortdurend onder openbaar toezicht waren geweest en daarmee ter beschikking van de bevoegde nationale autoriteiten stonden, hetgeen voldoende was om ze als staatsmiddelen in de zin van artikel 92, lid 1, aan te merken. [80]

133. Hieruit volgt dat volgens de huidige rechtspraak de bekostiging met staatsmiddelen een bestanddeel is van het begrip staatssteun.

74 — Punten 20-22 van het arrest.

75 — Aangehaald in voetnoot 51.

76 — Aangehaald in voetnoot 51.

77 — Aangehaald in voetnoot 55.

78 — Arrest van 17 juni 1999 (C-295/97, Jurispr., blz. I-3735).

79 — Arrest van het Hof van 16 mei 2000 (C-83/98 P, Jurispr. blz. I-3271), dat het arrest van het Gerecht van 27 januari 1998, Ladbroke Racing/Commissie (T-67/94, Jurispr. blz. II-1) bevestigt.

80 — Zie punten 45-51 van 's Hofs arrest.

2. *Moet het Hof zijn rechtspraak herzien?*

134. De nationale rechter, de Commissie, PreussenElektra, Schleswag en de Finse regering zijn van mening dat bekostiging met staatsmiddelen niet als bestanddeel van het steunbegrip behoort te worden gezien. Volgens hen verlangt artikel 92, lid 1, alleen dat een maatregel het resultaat is van een handelen van een lidstaat.

135. Zij verwijzen naar arresten van het Hof en conclusies van advocaten-generaal waarin financiering met staatsmiddelen niet als een noodzakelijk element van het steunbegrip is beschouwd. [81] Zij vestigen er ook de aandacht op dat zowel de Duitse regering als de Commissie het in de opeenvolgende versies van het Stromeinspeisungsgesetz omschreven systeem steeds als staatssteun hebben behandeld.

136. Zij voeren de volgende argumenten aan ten gunste van een ruime interpretatie van artikel 92, lid 1.

137. Ten eerste is artikel 92, lid 1, van toepassing op toegekende steun „in welke vorm ook". Deze zinsnede pleit voor een ruime interpretatie van het begrip steun.

138. Ten tweede volgt uit artikel 3, sub g, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 3, sub g, EG) dat de regels inzake staatssteun een van de hoekstenen zijn van een systeem dat is bedoeld om te waarborgen dat „de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst". Het doel van artikel 92 en volgende is derhalve gelijke mededingingsvoorwaarden tussen marktdeelnemers te handhaven. Een ruime interpretatie van het begrip steun is geboden, wil artikel 92 een zinvolle bijdrage kunnen leveren aan de verwezenlijking van dit doel. [82] Dat is waarschijnlijk de reden waarom het Hof heeft geoordeeld dat bij de toepassing van artikel 92 primair gelet moet worden op de uitwerking van de steun op de begunstigde ondernemingen of producenten. [83]

139. Vanuit deze teleologische gezichtshoek wordt een overheidsmaatregel die specifieke voordelen aan bepaalde ondernemingen toekent, niet minder schadelijk voor de mededinging wanneer hij met particuliere en niet met staatsmiddelen wordt bekostigd. Integendeel, de mededingingsvervalsing zou zelfs groter kunnen zijn wanneer de kosten van de maatregel door de concurrenten van de gesteunde ondernemingen en niet door de gehele bevolking worden gedragen.

81 — Zie boven, punten 120, 122-126 en 128, en de voetnoten 63, 68, 69, 70 en 72.

82 — Arrest van 10 juli 1986, België/Commissie (234/84, Jurispr. blz. 2263, conclusie van advocaat-generaal Lenz blz. 2269).

83 — Arrest Steinike & Weinlig, aangehaald in voetnoot 57.

140. De onderhavige zaak is een treffend voorbeeld van zulk een potentieel schadelijke situatie. Het StrEG 1998 brengt tweeerlei lasten mee voor de producenten van elektriciteit uit conventionele energiebronnen.

141. Als concurrenten moeten zij het feit aanvaarden dat het StrEG 1998 de producenten van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen een aanzienlijke exploitatiesteun (de meest schadelijke vorm van steun) verleent. Bovendien wordt de hoogte van die exploitatiesteun berekend op basis van de hoeveelheid geproduceerde elektriciteit en de gemiddelde verkoopprijzen van het voorgaande jaar (niet op basis van de productiekosten). Producenten van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen kunnen dus eenzijdig de steun waarop zij recht hebben, vergroten door de productie te verhogen en de productiekosten te verlagen. Dankzij de afnameplicht lopen de producenten van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen niet de gebruikelijke risico's van overcapaciteit en prijsschommelingen.

142. Bovendien is het niet de belastingbetaler, maar zijn het de producenten van elektriciteit uit conventionele energiebronnen die de rekening van de steunmaatregel moeten betalen. Zij verliezen ook waardevolle financiële middelen die zij anders zouden kunnen gebruiken om te concurreren. Het door het StrEG ingevoerde stelsel beïnvloedt derhalve de mededinging tussen de verschillende categorieën elektriciteitsproducenten meer dan een gewone uit de algemene staatsbegroting gefinancierde subsidie.

143. Ten derde moet men zich ervan bewust zijn dat alle staatsinkomsten uiteindelijk door particulieren door middel van belastingen worden opgebracht. De financiële lasten van een aan bepaalde ondernemingen door de staat toegekend voordeel drukken derhalve, ongeacht de aard of het aantal tussenliggende instanties, hoe dan ook op de burgers en de deelnemers aan het economisch leven. [84]

144. Het is derhalve formalistisch, de regels inzake staatssteun wel toe te passen in gevallen waarin bepaalde ondernemingen verplicht zijn geld te storten in een staatsfonds van waaruit dit wordt verdeeld onder hun concurrenten [85], maar niet in een geval als het onderhavige waarin de getroffen ondernemingen direct aan hun concurrenten moeten betalen.

145. Ten slotte is gewezen op het gevaar van ontwijking van de regels inzake staatssteun. Indien bekostiging met staatsmiddelen een noodzakelijk element van de definitie van steun is, dan zouden lidstaten in de verleiding kunnen komen om stelsels te

84 — Arrest Sloman Neptun, aangehaald in voetnoot 21, en conclusie van advocaat-generaal Darmon, punt 40.

85 — Zie bijvoorbeeld de arresten Steinike & Weinlig, aangehaald in voetnoot 57, en Commissie/Frankrijk, aangehaald in voetnoot 56.

ontwikkelen die belangrijke economische voordelen aan bepaalde nationale ondernemingen verlenen, ernstige gevolgen hebben voor de concurrentie en de grensoverschrijdende handel in Europa, de betrokken lidstaat geen geld kosten en daarenboven aan het toezicht van de Commissie krachtens artikel 93 van het Verdrag ontsnappen.

146. De Commissie nodigt het Hof uitdrukkelijk uit, zijn bestaande rechtspraak in het licht van de recente ontwikkelingen van het gemeenschapsrecht en het door het StrEG 1998 ingevoerde systeem te herzien. Na de voltooiing van de interne markt en met het begin van de monetaire unie zijn selectief toegepaste steunmaatregelen het laatst overgebleven instrument voor de lidstaten om hun binnenlandse ondernemingen concurrentievoordelen te verlenen. Na onderzoek door de Commissie kunnen deze steunmaatregelen wel verenigbaar blijken met de gemeenschappelijke markt. Het is echter van het hoogste belang dat deze maatregelen aan de in artikel 93 van het Verdrag controlemechanismen onderworpen zijn, die een waarborg vormen voor de nodige discipline en transparantie. Bij de definitie van het steunbegrip dient het Hof derhalve meer gewicht toe te kennen aan het doel van de regels inzake staatssteun en hun algemene doeltreffendheid.

147. PreussenElektra en de Commissie stellen bovendien dat het StrEG 1998 niet vergeleken kan worden met de maatregelen in de zaken waarin het Hof oordeelde dat staatssteun met staatsmiddelen bekostigd moet worden. De in die zaken opgestelde regel zou daarom niet in alle gevallen, en zeker niet in deze zaak, toepasbaar zijn.

148. De maatregel die in het arrest Van Tiggele aan de orde was, namelijk een minimumkleinhandelsprijs voor jenever, had een andere uitwerking, omdat de consumenten vrij waren wel of niet jenever te kopen en ook konden kiezen tussen verschillende merken. De financiële last lag op de schouders van de consument. De bedoeling was, binnenlandse producenten tegen lager geprijsde invoer te beschermen. Daarom was de maatregel in strijd met artikel 30 van het Verdrag. In systeem van het StrEG 1998 daarentegen wordt het voordeel voor producenten van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen gefinancierd door de concurrenten en niet door de gehele bevolking. [86] De door de maatregel getroffen ondernemingen zijn verplicht alle uit hernieuwbare energiebronnen geproduceerde elektriciteit binnen hun distributiegebied af te nemen en kunnen niet vrij inkopen. Toeleverende netexploitanten zijn eveneens automatisch verplicht een vergoeding te betalen. Zij betalen zelfs zonder er iets voor terug te krijgen. Het StrEG 1998 heeft niet als voornaamste doel om de invoer te verhinderen, maar om de concurrentiepositie van producenten van elektriciteit uit hernieuwbare bronnen te verbeteren.

149. Verder verplicht het StrEG, in tegenstelling tot de maatregelen die aan de

86 — Zie voor mijn twijfel in dit opzicht, punt 86.

arresten Sloman Neptun, Kirsammer-Hack en Viscido e.a. ten grondslag lagen, concurrenten direct geld over te maken aan de gesteunde ondernemingen. De economische voordelen voor de producenten van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen en de kosten voor de betrokken ondernemingen zijn duidelijk en kunnen gemakkelijk berekend worden.

150. Ik geef toe dat bovenstaande argumenten een zekere overtuigingskracht ten gunste van een ruime uitlegging van het begrip staatssteun hebben. Ik ben desalniettemin van mening dat bekostiging met staatsmiddelen een noodzakelijk element van het begrip staatssteun is en dat het Hof dient te blijven bij zijn huidige jurisprudentie.

151. De eerste reden hiervoor is dat, ook al kan de zinsnede „steunmaatregelen van de staten of met staatsmiddelen bekostigd" op verschillende wijze uitgelegd worden, de door het Hof aanvaarde interpretatie in de arresten Sloman Neptun, Kirsammer-Hack en Viscido e.a. natuurlijker is en minder problemen nadien oplevert.

152. Volgens de uitlegging van het Hof omvat de eerste variant, „steunmaatregelen van de staten", normale uit publieke middelen bekostigde en rechtstreeks door de staat toegekende steun. De tweede (steun met staatsmiddelen bekostigd) omvat de zeldzamere en overblijvende categorie van met staatsmiddelen bekostigde steun die niet rechtstreeks door de staat, maar door publiek- of privaatrechtelijke lichamen wordt toegekend die door de staat zijn aangewezen of ingesteld. In deze opvatting is de opneming van de tweede variant van artikel 92, lid 1, eenvoudig te verklaren: de auteurs van het Verdrag wensten ontwijking van de regels inzake staatssteun door gedecentraliseerde en/of geprivatiseerde toekenning van steun te voorkomen.

153. Volgens de door de aanhangers van een ruime interpretatie verdedigde lezing van artikel 92, lid 1, vallen onder de tweede variant (steunmaatregelen met staatsmiddelen bekostigd) uit publieke middelen bekostigde maatregelen, terwijl onder de eerste (steunmaatregelen van de staten) alle overblijvende maatregelen vallen die niet met staatsmiddelen worden gefinancierd. Een dergelijke uitlegging van artikel 92, lid 1, vooronderstelt dat de auteurs van het Verdrag een begrip dat een restgroep gevallen dekt (niet met staatsmiddelen bekostigde steun) zou hebben geplaatst boven een begrip dat de normale soort gevallen omvat. Dit is noch de natuurlijke noch de gebruikelijke manier om wetteksten te schrijven.

154. Bovendien moet het opschrift van de afdeling „Steunmaatregelen van de staten" bij een systematische uitlegging van het Verdrag op beide varianten van artikel 92, lid 1, kunnen slaan, én „steunmaatregelen van de staten" én „steunmaatregelen met

staatsmiddelen bekostigd". Daar de tekst van de eerste variant bijna identiek is [87] met de tekst van het opschrift, lijkt het bewijs moeilijk te leveren (zoals de aanhangers van een ruime interpretatie moeten doen) dat onder de eerste variant alleen de overblijvende categorie van met particuliere middelen bekostigde steun valt.

155. De tweede reden is dat de door de aanhangers van een ruime uitlegging van artikel 92, lid 1, ontwikkelde teleologische interpretatie op een fundamenteel probleem stuit. Zij lopen namelijk bij de bepaling van het doel van de regels inzake staatssteun het gevaar te vooronderstellen wat bewezen moet worden, namelijk dat deze regels bedoeld zijn om op alle maatregelen van de staat toepassing te vinden. Uitgaande van de tekst van het opschrift van de betreffende afdeling en van die van artikel 92, lid 1, kan even goed staande worden gehouden dat de regels inzake staatssteun bedoeld zijn om de mededinging alleen tegen maatregelen van de staat te beschermen die uit publieke middelen worden bekostigd, en niet tegen alle soorten maatregelen van de staat. Indien dat het doel is van artikel 92 en volgende kan de zinsnede „steunmaatregelen van de staten of met staatsmiddelen bekostigd" niet zo ruim worden uitgelegd als verdedigd wordt.

156. Ten derde kan een argument van systematische aard ten voordele van 's Hofs uitlegging worden ontleend aan de procedureregels van artikel 93. Deze bepaling beschermt de belangen van de concurrenten van de begunstigde onderneming en die van de lidstaten waarin deze concurrenten zijn gevestigd [88], de belangen van de steunverlenende lidstaat en van de steunontvangende onderneming, die beide wensen dat de steunmaatregel zo snel mogelijk wordt uitgevoerd [89], en de belangen van de lidstaten als geheel. [90] Geen bepaling in systeem van artikel 93 behandelt daarentegen de bijzondere problemen van ondernemingen die aan andere ondernemingen toegekende steun moeten financieren. Indien echter onder artikel 92, lid 1, systematisch maatregelen bekostigd uit particuliere middelen zouden vallen, zou men in artikel 93 regels verwachten ten aanzien van de rechten en verplichtingen van deze ondernemingen. Ook valt moeilijk in te zien hoe een Commissiebesluit tot terugvordering van onrechtmatige staatssteun ten uitvoer kan worden gelegd wanneer die steun door een groep ondernemingen aan een andere groep ondernemingen is verleend.

157. Een vierde argument ten gunste van het standpunt van het Hof is dat het meer rechtszekerheid schept. Ik ben het niet eens met interveniënten en de Duitse regering die stellen dat de ruimere interpretatie van artikel 92, lid 1, bijna alle nationale wetgeving die de verhoudingen tussen ondernemingen regelt, binnen het toepassingsgebied van de bepalingen inzake staatssteun zou brengen. De meeste nationale regelingen van dit type zouden hoe dan ook geen staatssteun opleveren omdat ze niet voldoen aan het vereiste van selectiviteit, dit

87 — In de Duitse versie van het Verdrag is de tekst in beide gevallen identiek: „staatliche Beihilfen".

88 — Artikel 93, lid 2.

89 — Zie bijvoorbeeld „onverwijld" in artikel 93, lid 3.

90 — Artikel 93, lid 2, derde alinea.

wil zeggen dat ze niet *bepaalde* ondernemingen of bepaalde producties in de zin van artikel 92, lid 1, begunstigen. De ruimere interpretatie zou de lidstaten, de betrokken ondernemingen, de Commissie, de nationale rechter en tenslotte de gemeenschapsrechter evenwel verplichten om bij alle de verhoudingen tussen ondernemingen regelende wetgeving te bezien of zij selectieve voordelen toekent aan bepaalde ondernemingen in de zin van artikel 92, lid 1. Aangezien een dergelijke beoordeling een moeilijke aangelegenheid met een onzeker resultaat is, lijkt het verkieslijker dat wetgeving die de verhouding tussen particulieren regelt, principieel van het toepassingsgebied van de regels inzake staatssteun wordt uitgesloten.

158. Ten slotte dient het gevaar dat lidstaten op grote schaal uit particuliere middelen gefinancierde steunmaatregelen nemen ten gunste van bepaalde ondernemingen, met dezelfde schadelijke uitwerking op de mededinging als normale staatssteun, maar die aan het toezicht van de Commissie ontsnappen, niet overdreven te worden. De ondernemingen waarvan geëist wordt dergelijke maatregelen te bekostigen, zullen alle hun ter beschikking staande juridische en politieke middelen gebruiken om deze maatregelen te bestrijden. In de onderhavige zaak hebben PreussenElektra en Schleswag het StrEG 1998 in een aantal procedures voor het Duitse constitutionele hof bestreden. Bovendien is het aannemelijk dat een maatregel die dezelfde negatieve uitwerking op de mededinging en de intracommunautaire handel heeft als steun die met staatsmiddelen is bekostigd, in strijd zal zijn met andere bepalingen van gemeenschapsrecht.[91] De Commissie kan dan optreden krachtens artikel 169 EG-Verdrag (thans artikel 226 EG).

159. Ik kom derhalve tot de conclusie dat bekostiging met staatsmiddelen een bestanddeel is van het begrip staatssteun in artikel 92, lid 1, van het Verdrag en dat het Hof niet behoort af te wijken van zijn jurisprudentie.

3. Kunnen de door het StrEG 1998 toegekende voordelen beschouwd worden als bekostigd met staatsmiddelen?

160. De verwijzende rechter, PreussenElektra en de Commissie betogen dat de voordelen die het StrEG 1998 aan producenten van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen brengt, als met staatsmiddelen bekostigd beschouwd moeten worden. Zij komen tot die conclusie op grond van drie verschillende argumenten.

91 — Bijvoorbeeld artikel 30 van het Verdrag; zie arrest Van Tiggele, aangehaald in voetnoot 20.

a) Potentieel verlies van belastinginkomsten

161. De nationale rechter stelt dat het StrEG 1998 een negatief effect heeft op de winsten van de ondernemingen die aan de afnameplicht en de vergoedingsverplichting zijn onderworpen. Een daling van de winsten brengt op haar beurt een overeenkomstig verlies aan belastinginkomsten met zich.

162. Uit de rechtspraak volgt echter dat een eventueel verlies van belastingontvangsten dat voor de staat uit de toepassing van een systeem dat van het StrEG 1998 voortvloeit, op zichzelf geen grond is om dat systeem als steunmaatregel te kwalificeren. [92] Het is waar dat staatssteun soms door het afzien van staatsinkomsten wordt bekostigd. [93] In deze zaak evenwel zijn de middelen waarmee de voordelen voor producenten van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen worden bekostigd, niet afkomstig uit een beweerd verlies van belastinginkomen, maar van ondernemingen die vallen onder het StrEG, en uiteindelijk waarschijnlijk van de consument. Het verlies ter zake is dus alleen een aan het StrEG 1998 inherent neveneffect.

b) Omzetting van particuliere middelen in staatsmiddelen

163. Volgens de Commissie en Preussen-Elektra leidt het door het StrEG 1998 in het leven geroepen systeem tot een omzetting van particuliere middelen in staatsmiddelen. Zij zijn van mening dat dit systeem vergelijkbare gevolgen heeft als een belasting, doordat middelen worden onttrokken aan de privé sector en bestemd voor een doel van algemeen belang. Dit is met name overduidelijk het geval met de verplichting krachtens artikel 4, lid 1, van het StrEG 1998 om compensatie te betalen. Uit hoofd van deze bepaling zijn toeleverende elektriciteitsbedrijven verplicht geld te betalen aan afnemende distributiebedrijven zonder iets terug te ontvangen. Er is derhalve geen echt verschil tussen het onderhavige geval en gevallen waarin steunmaatregelen met parafiscale heffingen worden gefinancierd.

164. Het is waar dat staatssteun vaak uit de inkomsten van parafiscale heffingen wordt gefinancierd. [94] Verder behoeven staatsmiddelen in de zin van artikel 92, lid 1, niet noodzakelijkerwijs toe te behoren aan overheidsinstellingen, maar kunnen in feite altijd in handen van de steunontvangende ondernemingen zijn gebleven. Dat is de normale situatie wanneer de staat steun verleent door af te zien van inkomen. Een goed voorbeeld in dit opzicht is de uitbreiding van de reeks van mogelijkheden waarvoor PMU niet opgeëiste winsten van weddenschappen op paardenrennen kon gebruiken in het arrest Frankrijk/Ladbroke Racing en Commissie. [95] Het staat ook vast dat staatsmiddelen niet noodzakelijkerwijze uit permanente fondsen van de

92 — Zie aangehaalde arresten Sloman Neptun, punt 21, en Ecotrade, punt 36.

93 — Zie arrest Frankrijk/Ladbroke Racing en Commissie, aangehaald in voetnoot 79.

94 — Zie bijvoorbeeld arrest van 27 oktober 1993, Scharbatke (C-72/92, Jurispr. blz. I-5509, punt 18).

95 — Arrest aangehaald in voetnoot 79, punten 45-51.

publieke sector afkomstig zijn. In de zaak Air France/Commissie viel het saldo van de in- en uitboekingen bij de Franse Caisse de dépôts et de consignations, dat zij kon gebruiken alsof de geldmiddelen definitief te harer beschikking stonden, onder het begrip staatsmiddelen. [96]

165. Wat al deze zaken evenwel gemeen hebben is dat op de een of andere manier de staat zeggenschap had over de middelen in kwestie. In het geval van parafiscale heffingen gaan de middelen over in het vermogen van de staat voordat ze verdeeld worden onder de gesteunde ondernemingen. In het geval van een afstand van inkomen ziet de staat af van bedragen waarop hij in beginsel aanspraak had. Staatsmiddelen in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag zijn daarom alleen middelen die de nationale autoriteiten *ter beschikking staan*. [97]

166. In de onderhavige zaak zijn de krachtens het StrEG 1998 te betalen bedragen nooit ter beschikking van de Duitse autoriteiten geweest en zullen dat ook nooit zijn. Geen enkel overheidsorgaan kan op enig ogenblik enig recht op deze bedragen uitoefenen. Zij verlaten in feite nooit de particuliere sector. Indien een onderneming weigert haar verplichtingen krachtens het StrEG 1998 na te komen, moet de andere haar in rechte aanspreken. Indien de argumentatie van PreussenElektra en de Commissie aanvaard wordt, zouden alle bedragen die iemand aan een ander uit hoofde van een bepaalde wet verschuldigd is als staatsmiddelen beschouwd moeten worden. Dit lijkt een onaanvaardbaar ruime interpretatie van het begrip. Hieruit volgt dat de particuliere middelen die krachtens het StrEG 1998 moeten worden overgedragen, op geen enkel ogenblik staatsmiddelen zijn in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag.

167. In werkelijkheid nodigen PreussenElektra en de Commissie het Hof uit om het StrEG 1998 net zo te behandelen als maatregelen die door parafiscale heffingen bekostigd worden. Wil een analogie gerechtvaardigd zijn, is een leemte of, met andere woorden, een situatie nodig waarop geen bestaande rechtsregel van toepassing is. Uit het voorgaande volgt dat reeds een duidelijke rechtsregel bestaat, namelijk dat maatregelen die uitsluitend met particuliere middelen worden bekostigd buiten het toepassingsgebied van de regels inzake staatssteun vallen. De door de Commissie en PreussenElektra voorgestelde analogie zou derhalve tot resultaat hebben dat het onderscheid tussen publiek en particulier gefinancierde maatregelen worden afgeschaft.

96 — Arrest van 12 december 1996 (T-358/94, Jurispr. blz. II-2109, punten 66 en 67).

97 — Zie de in het arrest Frankrijk/Ladbroke Racing en Commissie in punt 50 en in het arrest Air France/Commissie in punt 68 gebruikte formuleringen.

c) Lagere inkomsten van overheidsbedrijven als staatsmiddelen

168. De Commissie is van mening dat uit de arresten Ecotrade [98] en Van der Kooy e.a./Commissie [99] volgt dat een steunmaatregel die bekostigd wordt door ondernemingen die geheel of gedeeltelijk overheidseigendom zijn, als bekostigd met staatsmiddelen in de zin van artikel 92, lid 1, beschouwd moet worden. Zij baseert zich op in 1996 gepubliceerde gegevens [100] en betoogt dat de staat in zes van de negen grote ondernemingen van het eerste niveau van de Duitse elektriciteitsmarkt een meerderheidsdeelneming heeft en dat 60 % van de aandelen van alle regionale elektriciteitsleveranciers eveneens eigendom zijn van overheidslichamen (meestal steden of gemeenten). Hieruit volgt, aldus de Commissie, dat de door het StrEG 1998 ingevoerde afnameplicht als ook de compensatieregeling staatssteun zijn, althans voorzover zij ondernemingen betreffen die staatseigendom zijn. Aangezien het StrEG 1998 geen verschil maakt tussen ondernemingen waarvan de overheid eigenaar is en die welke in particuliere handen zijn, had de wet in haar geheel moeten worden aangemeld.

169. In het arrest Van der Kooy e.a./Commissie moest het Hof beslissen of een preferentieel tarief voor aardgas dat door Nederlandse Gasunie aan glastuinbouwers in Nederland werd verkocht, staatssteun was. Nederlandse Gasunie was een privaatrechtelijke vennootschap waarvan 50 % van het kapitaal direct of indirect in handen van de staat was.

170. Advocaat-generaal Slynn onderzocht niet alleen of het tarief door de staat was opgelegd, maar ook of er staatsmiddelen bij waren betrokken. De Commissie had in de bestreden beschikking vastgesteld dat de steun gefinancierd was met staatsmiddelen; verzoekers bestreden dit. [101] Volgens de advocaat-generaal was de steun in kwestie bekostigd uit openbare middelen omdat de staat van zijn aandeel in de winst die Nederlandse Gasunie gemaakt zou hebben indien de prijzen hoger zouden zijn geweest, had afgezien. [102]

171. Het Hof heeft evenwel niet onderzocht of er staatsmiddelen bij betrokken waren. Het heeft alleen bezien of de staat verantwoordelijk was voor het vaststellen van het betrokken tarief. De destijds door het arrest Commissie/Frankrijk [103] veroorzaakte rechtsonzekerheid zou daar een verklaring voor kunnen zijn geweest. Hoe dit ook zij, het arrest Van der Kooy e.a./Commissie biedt geen steun aan het argument dat een vermindering van de winst

98 — Arrest aangehaald in voetnoot 55.

99 — Arrest aangehaald in voetnoot 54.

100 — De Commissie verwijst naar Cross, E.D., *Electric Utility Regulation in the European Union — A Country by Country Guide*, 1996, blz. 133-136.

101 — Zie het rapport ter terechtzitting, punt III A 3, blz. 236.

102 — Zie conclusie, blz. 250.

103 — Zie punt 122.

van een onderneming die staatseigendom is, neerkomt op bekostiging met staatsmiddelen, daar het Hof financiering met staatsmiddelen blijkbaar niet beschouwde als een essentieel element van het begrip staatssteun beschouwde.

172. De zaken Ecotrade [104] en Piaggio [105] hadden beide betrekking op een Italiaanse wet die het mogelijk maakte om bepaalde insolvente industriële ondernemingen onder buitengewoon beheer te stellen en met name te beschermen tegen executie door schuldeisers, dit in afwijking van de normale regels bij insolventie. Het Hof oordeelde dat de uitdrukking „steun" noodzakelijkerwijze voordelen omvatte die direct of indirect met staatsmiddelen waren bekostigd of een bijkomende last betekenden voor de staat of de instellingen die door de staat ter zake waren aangewezen of ingesteld. Naar 's Hofs oordeel was de Italiaanse wet op selectieve wijze van toepassing op bepaalde ondernemingen met zeer grote schulden aan bepaalde groepen schuldeisers, voornamelijk in de publieke sector. Het was hoogstwaarschijnlijk dat de staat of openbare instellingen tot de voornaamste schuldeisers van deze ondernemingen behoorden. Bovendien konden een aantal andere aspecten van het door deze wet gecreëerde systeem een bijkomende last voor de staat met zich brengen ten opzichte van de lasten in geval van toepassing van de gewone insolventieregels. Op basis van deze aanwijzingen heeft het Hof de beslissing of er sprake was van staatssteun, aan de nationale rechter overgelaten.

173. Ik moet bekennen dat ik er niet helemaal zeker van ben hoe de arresten in die twee zaken te interpreteren. [106] Het is bijvoorbeeld niet duidelijk of de litigieuze wet als zodanig of alleen de toepassing ervan in een bijzonder geval staatssteun zou kunnen zijn. Verder heeft het Hof, in tegenstelling tot hetgeen de Commissie schijnt aan te nemen, niet expressis verbis verklaard dat het bekostigen van een steunmaatregel door middel van verminderde winsten van ondernemingen die eigendom van de staat zijn, als bekostigen met staatsmiddelen in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag beschouwd zou kunnen worden. Teneinde uit te leggen waarom er sprake zou kunnen zijn van staatsmiddelen, heeft het Hof als mogelijk getroffen schuldeisers alleen „bepaalde categorieën van schuldeisers, voor het merendeel openbare instellingen" [107], „de staat of openbare instellingen" [108] en „de overheid" [109] genoemd. De arresten in deze zaken zijn naar mijn mening niet richtinggevend.

174. Indien de arresten Ecotrade en Piaggio toch in die zin moeten worden uitgelegd dat bekostiging van een maatregel door ver-

104 — Aangehaald in voetnoot 55.

105 — Aangehaald in voetnoot 78.

106 — Zie ook het commentaar van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo in zijn conclusie in de zaak Piaggio, punt 30.

107 — Arrest Ecotrade, reeds aangehaald, punt 38.

108 — Punten 38 en 41 van het arrest.

109 — Punten 41 en 43 van het arrest.

minderde winsten van ondernemingen die overheidseigendom zijn, financiering met staatsmiddelen zou kunnen betekenen, dan zijn twee restricties noodzakelijk.

175. Ten eerste ben ik van mening dat een algemene maatregel die voordelen toekent aan een groep ondernemingen ten koste van een andere groep ondernemingen, niet reeds als staatssteun kan worden aangemerkt omdat één onderneming of een klein aantal ondernemingen uit de laatste groep geheel of gedeeltelijk aan de staat toebehoort. Een dergelijke interpretatie van het begrip bekostigen „met staatsmiddelen" zou een grote hoeveelheid wetgeving die de verhoudingen tussen ondernemingen regelt, binnen het toepassingsgebied van de regels inzake staatssteun brengen. Bovendien zou zulks leiden tot het absurde resultaat dat een lidstaat de ondernemingen die overheidseigendom zijn, waarschijnlijk van verplichtingen die op de andere ondernemingen rusten zou moeten uitsluiten om te voldoen aan de regels inzake staatssteun. Dat zou duidelijk de mededinging tussen de verschillende soorten ondernemingen vervalsen wat het financiële aspect van de maatregel betreft. Mogelijk zijn deze overwegingen de verklaring waarom het Hof in de arresten Ecotrade en Piaggio er de nadruk oplegde dat de staat of overheidsinstellingen tot de „belangrijkste schuldeisers" van de in moeilijkheden verkerende onderneming moesten behoren.

176. In casu stelde de Duitse regering in antwoord op een schriftelijke vraag van het Hof dat de staat slechts over twee van de acht ondernemingen van het eerste niveau van de Duitse elektriciteitsmarkt zeggenschap kan uitoefenen. Wat betreft het tweede niveau, de regionale distributie, konden geen gedetailleerde gegevens worden verstrekt; de eigendomsstructuren waren echter aan snelle verandering onderhevig met een duidelijke tendens in de richting van particuliere eigendom. Het is ook belangrijk te weten dat, in tegenstelling tot de zaken Ecotrade en Piaggio, geen andere publieke lichamen, zoals sociale zekerheidsinstellingen of overheidsbanken, bij de financiering betrokken zijn.

177. De voordelen voor de producenten van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen worden dus uitsluitend bekostigd door civielrechtelijk georganiseerde ondernemingen waarvan de meerderheid klaarblijkelijk in particuliere handen is. Onder deze omstandigheden kan het door het StrEG 1998 ingevoerde systeem niet als bekostigd „met staatsmiddelen" beschouwd worden.

178. Ten tweede is PreussenElektra zelf een particuliere onderneming en bezit, zoals reeds vermeld, 65,3 % van de aandelen in Schleswag. De toepassing van het StrEG 1998 in dit concrete geval heeft derhalve niet geleid tot een extra financiële last voor de staat of inkomstenderving voor ondernemingen die overheidseigendom zijn.

179. Hieruit volgt dat het argument van de Commissie met betrekking tot de financie-

ring van de steun door middel van verminderde inkomsten van ondernemingen die overheidseigendom zijn, moet worden verworpen.

4. Is het StrEG 1998 een door artikel 5, tweede alinea, van het Verdrag verboden maatregel van gelijke werking als staatssteun?

180. De Commissie betoogt dat, indien het StrEG 1998 niet als staatssteun sensu stricto beschouwd moet worden, het nochtans een maatregel is om de regels inzake staatssteun te omzeilen. Het Hof heeft in verband met artikel 5 junctis artikelen 3, sub g, en 85 van het Verdrag geoordeeld dat de lidstaten geen maatregelen, zelfs niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard, mogen nemen of handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken.[110] Het StrEG 1998, dat alle schadelijke uitwerking van staatssteun heeft ondanks bekostiging uit privé-fondsen, bedreigt op vergelijkbare wijze het nuttig effect van de artikelen 92 en 93. Een maatregel als het StrEG 1998 is derhalve in strijd met artikel 5, tweede alinea, junctis artikelen 92 en 93 van het Verdrag. Aangezien er al — in het kader van artikel 93 — passende procedures bestaan om op te treden tegen inbreuken op de regels inzake staatssteun, zou het verkeerd zijn tegen de schending van artikel 5 op te treden met de procedure van artikel 169 EG-Verdrag (thans artikel 226 EG). Tegen een schending van artikel 5 junctis artikelen 92 en 93 kan daarom het beste worden opgetreden door een teleologische uitbreiding van het begrip staatssteun in de zin van artikel 92, lid 1.

181. De Commissie heeft een dergelijke argumentatie reeds aangevoerd in het arrest Commissie/Frankrijk.[111] Die zaak had betrekking op een bijzondere steun aan arme landbouwers, die uit de in verscheidene jaren geaccumuleerde winst van de Franse Caisse nationale de crédit agricole werd gefinancierd. Aangezien die winst ontstaan was bij het beheer van privé-fondsen, was de Commissie van mening dat het niet om een steunmaatregel sensu stricto ging. Zij stelde toen dat er sprake was van een maatregel van gelijke werking als een steunmaatregel van de staat en als zodanig verboden door artikel 5 van het Verdrag; op deze grondslag heeft de Commissie de procedure van artikel 169 van het Verdrag ingeleid.[112]

182. Het Hof oordeelde dat de procedure van artikel 169 van het Verdrag de belanghebbende partijen niet dezelfde garanties als de procedure van artikel 93, lid 3, verschaft. De Commissie had derhalve laatstgenoemde procedure moeten gebruiken wanneer zij wilde aantonen dat een systeem een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steunregeling inhield. In de artikelen 92 en 93 was geen ruimte voor een parallel begrip „maatregelen van gelijke werking als steun" waarvoor een andere regeling dan die voor de eigenlijke steunmaatregelen zou gelden.

110 — Zie bijvoorbeeld arrest van 17 november 1993, Meng (C-2/91, Jurispr. blz. I-5751, punt 14).

111 — Aangehaald in voetnoot 56.

112 — Punten 6-9 van het arrest.

183. Uit dit arrest volgt dat het begrip „maatregelen van gelijke werking als steunmaatregelen" die inbreuk maken op artikel 5, tweede alinea, en waarop sancties krachtens artikel 169 van het Verdrag kunnen volgen, elke grondslag in het Verdrag mist.

184. In de onderhavige zaak doet de Commissie, als ik haar argumenten goed begrijp, een iets andere suggestie, namelijk dat het StrEG 1998 als „een maatregel van gelijke werking als een steunmaatregel" inbreuk maakt op artikel 5, tweede alinea, van het Verdrag en dat door middel van een ruime interpretatie van het begrip „steun" in de zin van artikel 92, lid 1, krachtens artikel 93 ertegen kan worden opgetreden.

185. Naar mijn mening faalt dit argument. Er zijn verscheidene sancties wegens een inbreuk op een verbod als artikel 5, tweede alinea, denkbaar. Ik vermag echter niet in te zien hoe een inbreuk op dat algemene verbod kan leiden tot een uitbreiding van het toepassingsgebied van een andere categorie bijzondere regels die een bepaald soort staatssteun verbieden. Men dient er ook rekening mee te houden dat de Commissie uitgaat van de premisse dat uit particuliere fondsen gefinancierde maatregelen geen staatssteun zijn. Zou het argument van de Commissie worden aanvaard, dan zou artikel 5 van het Verdrag gebruikt kunnen worden om het toepassingsgebied van het Verdrag uit te breiden. In werkelijkheid stelt de Commissie een ruime teleologische interpretatie van artikel 92, lid 1, voor, die uit particuliere fondsen bekostigde maatregelen omvat. Op grond van de in het voorgaande opgesomde redenen kan ik mij niet voor een dergelijke ruime interpretatie uitspreken.

186. Derhalve concludeer ik dat het door het StrEG 1998 gecreëerde stelsel geen staatssteun is in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag.

VII — Vraag 2: De reikwijdte van de schorsingsverplichting van artikel 93, lid 3, van het Verdrag

187. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter te weten of de beperkende werking van artikel 93, lid 3, van het Verdrag niet alleen geldt voor de steunmaatregel als zodanig, maar ook voor de compensatieregeling van § 4, lid 1, van het StrEG 1998.

188. Hij stelt deze vraag echter alleen voor het geval dat de afnameplicht tegen een minimumprijs als geregeld in de §§ 2 en 3 van het StrEG 1998 staatssteun is, maar de compensatieregeling van § 4, lid 1, niet.

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

VIII — Vraag 3: Het Stromeinspeisungsgesetz 1998 als maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking

1. *Inleidende beschouwingen*

190. Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of een regeling als die van het StrEG 1998 een kwantitatieve invoerbeperking of een maatregel van gelijke werking in de zin van artikel 30 van het Verdrag is.

191. Naar de mening van de verwijzende rechter zou de verplichting van de Duitse netexploitanten om uit hernieuwbare energiebronnen geproduceerde elektriciteit af te nemen, de vraag naar in andere lidstaten geproduceerde elektriciteit kunnen verminderen en daarom een maatregel van gelijke werking als een invoerbeperking zijn.

192. PreussenElektra en Schleswag zijn beide van mening dat het StrEG 1998 niet verenigbaar is met artikel 30 van het Verdrag. Volgens hen tast de plicht tot afname van een zekere hoeveelheid uit hernieuwbare energiebronnen in Duitsland geproduceerde elektriciteit de mogelijkheid aan om elektriciteit uit andere lidstaten in te voeren. Deze invoerbeperking kan, als rechtstreeks discriminerende maatregel in de zin van 's Hofs rechtspraak [113], geen rechtvaardiging vinden in de bescherming van het milieu. Zij kan ook niet gerechtvaardigd worden op grond van artikel 36 van het Verdrag omdat bescherming van het milieu niet tot de belangen behoort die door dat artikel worden beschermd. In ieder geval is het StrEG 1998 in strijd met het proportionaliteitsbeginsel.

193. Interveniënten, de Duitse regering en de Commissie betogen met name dat de litigieuze maatregel hetzij de intracommunautaire handel niet merkbaar beperkt, hetzij wegens bescherming van het milieu of waarborging van de elektriciteitsvoorziening gerechtvaardigd is.

194. De door mij voorgestelde antwoorden op de eerste twee vragen in aanmerking genomen kan het antwoord van het Hof op de derde vraag beslissend zijn voor de uitkomst van het hoofdgeding. Bovendien zijn de door deze vraag aan de orde gestelde

113 — Arrest van 17 juni 1981, Commissie/Ierland (113/80, Jurispr. blz. 1625, punt 11).

juridische problemen zowel ingewikkeld als van algemeen belang.

195. Helaas zijn deze punten door partijen niet uitputtend behandeld en het Hof is niet volledig over de feiten ingelicht. Tot nu toe was de rechtsstrijd over de geldigheid van het Stromeinspeisungsgesetz geconcentreerd op de gevolgen voor de ondernemingen die het systeem [114] moeten financieren of voor de ondernemingen die met de producenten van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen concurreren. [115] De derde vraag van de nationale rechter gaat daarentegen over het derde, tot dusver grotendeels verwaarloosde effect van het StrEG 1998, namelijk zijn invloed op de grensoverschrijdende handel in elektriciteit. Bovendien is het niet duidelijk hoe en in welke mate de invoer van elektriciteit uit andere lidstaten in de praktijk door het StrEG 1998 nadelig wordt beïnvloedt, en met name niet of bijvoorbeeld invoer van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen überhaupt technisch mogelijk is en of dergelijke elektriciteit onderscheiden kan worden van uit conventionele energiebronnen opgewekte elektriciteit.

196. Gegeven het gebrek aan argumenten en achtergrondinformatie zou het Hof het nodig kunnen achten de mondelinge behandeling wat betreft de derde vraag te heropenen. Het zou zich echter ook kunnen beperken tot het geven van algemene indicaties over de uitlegging van de regels inzake het vrij verkeer van goederen en het eindoordeel aan de verwijzende rechter overlaten. Om dezelfde redenen zal ik slechts kort op de vragen ingaan, ondanks hun belang. Bij gebreke van desbetreffende partij-argumenten kunnen alleen voorlopige standpunten worden ingenomen.

2. Artikel 30 van het Verdrag

197. Allereerst moet worden vastgesteld dat de regels inzake het vrij verkeer van goederen van toepassing zijn. Elektriciteit is een goed in de zin van titel I, derde afdeling, EG-Verdrag en daarmee ook in de zin van artikel 30, dat tot die titel behoort. [116] Verder is het door het StrEG 1998 ingevoerde systeem naar mijn mening geen staatssteun in de zin van artikel 92, lid 1, EG-Verdrag. De moeilijke vraag of een maatregel die onder de regels inzake staatssteun valt, ook onder artikel 30 van het Verdrag [117] kan vallen, is derhalve niet aan de orde.

114 — Zoals reeds vermeld, hebben PreussenElektra en Schleswag de grondwettigheid van het Stromeinspeisungsgesetz voor het Duitse constitutionele hof aangevochten.

115 — Dit is de achtergrond van de eerste en de tweede vraag van de verwijzende rechter.

116 — Arresten van 27 april 1994, Almelo e.a. (C-393/92, Jurispr. blz. I-1477, punt 28), en van 23 oktober 1997, Commissie/Italië (C-158/94, Jurispr. blz. I-5789, punten 14-20).

117 — Zie, enerzijds, arresten van 22 maart 1977, Iannelli & Volpi (74/76, Jurispr. blz. 557, punten 10 tot 17), en 15 juni 1993, Matra/Commissie (C-225/91, Jurispr. blz. I-3203, punt 41); anderzijds arresten van 24 november 1982, Commissie/Ierland (249/81, Jurispr. blz. 4005, punt 18); 7 mei 1985, Commissie/Frankrijk (18/84, Jurispr. blz. 1339, punt 13); 5 juni 1986, Commissie/Italië (103/84, Jurispr. blz. 1759, punt 19), en van 20 maart 1990, DuPont de Nemours Italiana (C-21/88, Jurispr. blz. I-889, punt 20).

198. Aangezien het StrEG 1998 de invoer van elektriciteit uit andere lidstaten niet geheel of gedeeltelijk verbiedt, kan het niet als een kwantitatieve invoerbeperking in de zin van artikel 30 van het Verdrag worden beschouwd.

199. Ik ben echter van mening dat de afnameplicht tegen een minimumprijs als voorzien in het StrEG 1998 een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking is.

200. PreussenElektra en Schleswag stellen in dit verband dat het door het StrEG 1998 vastgestelde systeem de invoer van elektriciteit op twee manieren beperkt. In de eerste plaats dwingt de afnameplicht de netexploitanten in Duitsland om een bepaald deel van de elektriciteit die zij leveren, te kopen van nationale producenten van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen, en beperkt in gelijke mate de mogelijkheden om elektriciteit uit bijvoorbeeld Scandinavië in te voeren. Wat dit laatste betreft stelt Schleswag, zoals al eerder vermeld [118], dat haar elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen uit Zweden tegen een betrekkelijk lage prijs was aangeboden en dat zij dit aanbod wegens de verplichting om alle door windkracht opgewekte elektriciteit in haar distributiegebied af te nemen, niet heeft kunnen aanvaarden. In de tweede plaats stelt PreussenElektra dat de toepassing van het StrEG 1998 in Noord-Duitsland de transmissiecapaciteit voor de in- en uitvoer van elektriciteit nadelig beïnvloedt, omdat de toevoer van elektriciteit uit windkracht in de middenspanningsnetten in de dicht bij de Deense grens gelegen Duitse gebieden opstoppingen in de transmissie van elektriciteit tussen Denemarken en Duitsland op hoogspanningsniveau teweegbrengt.

201. Volgens 's Hofs rechtspraak ziet artikel 30 op iedere handelsregeling van de lidstaten die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren. [119] Elke verplichting om een bepaalde hoeveelheid product van nationale leveranciers te betrekken, beperkt in gelijke mate de mogelijkheid om dit product in te voeren. [120] Zelfs de loutere stimulering van de vraag naar nationale producten door de wetgever moet als een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking beschouwd worden. [121]

202. § 1 van het StrEG 1998 beperkt de afnameplicht uitdrukkelijk tot in Duitsland

118 — Zie punt 99.

119 — Arrest van 11 juli 1974, Dassonville (8/74, Jurispr. blz. 837, punt 5).

120 — Arrest van 10 juli 1984, Campus Oil e.a. (72/83, Jurispr. blz. 2727, punt 16); zie ook het arrest DuPont de Nemours Italiana, aangehaald in voetnoot 117, punt 11.

121 — Arresten van 24 november 1982, Commissie/Ierland, aangehaald in voetnoot 117, punten 27-29, en Commissie/Italie, aangehaald in voetnoot 117, punt 24.

geproduceerde elektriciteit. [122] Uit de antwoorden op een schriftelijke vraag van het Hof blijkt dat de recent ingevoerde „offshore"-regel van § 2, tweede volzin, van het StrEG 1998 [123] niet is bedoeld om de afnameplicht uit te breiden tot uit hernieuwbare energiebronnen buiten Duitsland opgewekte elektriciteit, maar alleen betrekking heeft op de installaties aan de kust op Duits grondgebied. Het StrEG 1998 bevoordeelt derhalve de afzet van elektriciteit van Duitse oorsprong ten koste van geïmporteerde elektriciteit en verhindert de betrokken ondernemingen een deel van de benodigde elektriciteit te betrekken van ondernemingen in andere lidstaten. Aangezien het StrEG 1998 derhalve, althans potentieel, de handel tussen lidstaten belemmert, is artikel 30 van het Verdrag toepasselijk.

203. Interveniënten en de Duitse regering betogen dat de elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen die door het StrEG 1998 wordt bestreken, slechts 1 % uitmaakt van het Duitse elektriciteitsverbruik. Aangezien de afnameplicht slechts een onbetekenend deel van de elektriciteitsmarkt betreft, wordt de handel tussen de lidstaten in hun ogen niet echt nadelig beïnvloed.

204. Uit 's Hofs rechtspraak tot dusver blijkt niet duidelijk of er met betrekking tot artikel 30 van het Verdrag een de minimis-regel bestaat, die alle maatregelen die geen meetbare uitwerking op de handel hebben, van de toepassing van artikel 30 uitsluit. [124] Zelfs indien zo'n regel bestond, zou hij in deze zaak niet toepasbaar zijn. Zowel absoluut als relatief (vergeleken bijvoorbeeld met potentiële invoer uit Denemarken of Zweden) is een grensoverschrijdende handel in elektriciteit ter grootte van 1 % van het gehele Duitse elektriciteitsverbruik duidelijk een niet te verwaarlozen hoeveelheid. Dit is a fortiori het geval, indien men alleen kijkt naar de gevolgen voor uitsluitend de handel in elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen.

205. Hieruit volgt dat een systeem als dat van het StrEG 1998 is te beschouwen als een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking en derhalve in beginsel als verboden volgens artikel 30 van het Verdrag.

3. *Rechtvaardigingsgronden*

206. De verwijzende rechter vraagt alleen of het door het StrEG 1998 vastgestelde

122 — Zie punt 25.

123 — Zie punt 28.

124 — Zie enerzijds bijvoorbeeld de arresten van 13 maart 1984, Prantl (16/83, Jurispr. blz. 1299, punt 20); 5 april 1984, Van de Haar en Kaveka de Meern (177/82 en 178/82, Jurispr. blz. 1797, punt 13); 14 maart 1985, Commissie/Frankrijk (269/83, Jurispr. blz. 837, punt 10), en Commissie/Italië, aangehaald in voetnoot 117, punt 18; zie anderzijds bijvoorbeeld de arresten van 18 juni 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Jurispr. blz. I-3949, punt 31); 21 september 1999 BASF (C-44/98, Jurispr. blz. I-6269), en impliciet het arrest van 13 januari 2000, TK Heimdienst (C-245/98, Jurispr. blz. I-151, punt 30).

systeem geacht moet worden te vallen onder artikel 30 van het Verdrag. Voor een nuttig antwoord zal ik ook mogelijke rechtvaardigingsgronden voor de door de litigieuze maatregel teweeggebrachte handelsbeperking onderzoeken.

a) Continuïteit van de voorziening

207. Wat in de eerste plaats artikel 36 van het Verdrag betreft baseren interveniënten, de Duitse regering en de Commissie zich op de door dat artikel geboden mogelijkheid de invoer te beperken om redenen van openbare veiligheid, die volgens hen ook de continuïteit van de elektriciteitsvoorziening inhoudt. In dit verband verwijzen zij naar artikel 8, lid 4, van de Elektriciteitsrichtlijn [125] dat als volgt luidt:

„Een lidstaat kan om redenen van continuïteit van de voorziening bepalen dat prioriteit wordt gegeven aan de inschakeling van stroomproductie-eenheden die primaire brandstofenergiebronnen uit eigen land gebruiken, voorzover het hierbij gaat om hoeveelheden die per kalenderjaar niet meer bedragen dan 15 % van de totale primaire energie die nodig is voor de productie van de in de betrokken lidstaat verbruikte elektriciteit."

125 — Aangehaald in voetnoot 12.

208. Op artikel 8, lid 4, van de Elektriciteitsrichtlijn kan naar mijn mening in deze zaak geen beroep worden gedaan. Deze bepaling dient eng te worden uitgelegd aangezien zij een uitzondering is op het algemene beginsel van artikel 8, lid 2, van de richtlijn, dat transmissienetbeheerders bij de inschakeling van de stroomproductie-eenheden en het gebruik van de koppellijnen objectieve, transparante en niet-discriminerende criteria toepassen om een goede werking van de interne markt voor elektriciteit te waarborgen. Artikel 8, lid 4, is duidelijk geformuleerd en alleen van toepassing op „stroomproductie-eenheden die primaire *brandstofenergiebronnen uit eigen land* gebruiken", in de Engels versie „*indigenous* primary energy *fuel* sources", in de Franse versie „sources combustibles indigènes" en in de Duitse versie „*einheimische* Primärenergieträger als *Brennstoffe*". Wind is noch „*brandstofenergiebron*" noch een „grondstof uit *eigen land*". Artikel 8, lid 4, is derhalve niet van toepassing. In ieder geval staat artikel 8, lid 4, een verschillende behandeling alleen toe naar de herkomst van de gebruikte primaire brandstofenergiebron, niet naar de plaats waar de stroomproductie-eenheid staat.

209. Ook kan naar mijn mening in verband met de continuïteit van de voorziening geen beroep worden gedaan op artikel 36. Het Hof heeft weliswaar in het arrest Campus Oil e.a. geoordeeld dat het streven, te allen tijde een minimale bevoorrading met aardolieproducten te waarborgen, een doel kan vormen dat door het begrip openbare

veiligheid wordt gedekt. [126] In de eerste plaats echter is het twijfelachtig of een beroep op artikel 36 nog wel mogelijk is, omdat de elektriciteitsrichtlijn voorziet in verschillende soorten maatregelen om de continuïteit van de voorziening te waarborgen. [127] Bovendien is wind als energiebron nog niet zo belangrijk voor de moderne economie als aardolieproducten. De bijzondere economische positie van aardolieproducten was een beslissende factor voor 's Hofs tamelijk uitzonderlijke beslissing in het arrest Campus Oil e.a. [128] Ten slotte is het StrEG 1998 voornamelijk gericht op milieudoelstellingen. De erkende positieve gevolgen voor de continuïteit van de voorziening zijn alleen bijkomstige gevolgen van de litigieuze wet.

210. In ieder geval zou de maatregel in zijn huidige vorm als niet verenigbaar met artikel 36, tweede volzin, van het Verdrag en met het proportionaliteitsbeginsel beschouwd kunnen worden. Het staat niet vast dat de uitsluiting van het toepassingsgebied van het StrEG 1998 van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen uit andere lidstaten bijdraagt tot het gestelde doel van de continuïteit van de voorziening. Deze uitsluiting zou derhalve een willekeurige discriminatie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen uit andere lidstaten kunnen vormen.

126 — Arrest aangehaald in voetnoot 120, punt 35.

127 — Punt 27 van het arrest.

128 — Punt 34 van het arrest.

b) Bescherming van het milieu

211. De tweede rechtvaardigingsgrond waarop interveniënten, de Commissie en Duitsland een beroep doen, is de bescherming van het milieu. In dit verband verwijzen zij in de eerste plaats naar artikel 3, lid 2, artikel 8, lid 3, en artikel 11, lid 3, van de elektriciteitsrichtlijn en in de tweede plaats naar de bepalingen in het Verdrag inzake de bescherming van het milieu.

212. Ik ben er niet van overtuigd dat de regeling van het StrEG 1998 onder een van deze bepalingen van de elektriciteitsrichtlijn valt.

213. Krachtens artikel 3, lid 2, van de richtlijn kunnen lidstaten de elektriciteitsbedrijven openbare-dienstverplichtingen in het algemeen economisch belang opleggen, die betrekking op onder andere de bescherming van het milieu kunnen hebben. Er is echter duidelijk gestipuleerd dat dergelijke verplichtingen niet-discriminerend moeten zijn. De in casu op netexploitanten rustende afnameplicht is alleen van toepassing op in Duitsland geproduceerde elektriciteit.

214. De artikelen 8, lid 3, en 11, lid 3, verlenen de lidstaten de bevoegdheid om transmissienetbeheerders en distributienetbeheerders de verplichting op te leggen, bij

het inschakelen van stroomproductie-eenheden prioriteit te geven aan productie-installaties die gebruik maken van hernieuwbare energiebronnen. Deze bepalingen moeten als uitzonderingen op de algemene non-discriminatieregels van de artikelen 8, lid 2, en 11, lid 2, eng worden uitgelegd. In tegenstelling tot artikel 8, lid 4, dat binnen bepaalde grenzen discriminatie op grond van de geografische herkomst van de „primaire brandstofenergiebronnen" toestaat, staan de artikelen 8, lid 3, en 11, lid 3, alleen toe dat er verschil gemaakt wordt tussen de verschillende soorten van elektriciteitopwekking. Hieruit volgt dat een maatregel het StrEG 1998, die binnenlandse elektriciteit bevoordeelt ten koste van geïmporteerde elektriciteit van dezelfde soort, niet op grond van deze bepalingen gerechtvaardigd is.

215. Kan de door het StrEG 1998 veroorzaakte invoerbeperking desalniettemin vallen onder de bepalingen in het Verdrag inzake de bescherming van het milieu?

216. De bescherming van het milieu wordt niet genoemd in artikel 36 van het Verdrag. Het Hof heeft echter geoordeeld dat bepaalde belemmeringen van het vrij verkeer moeten worden aanvaard voorzover deze belemmeringen als noodzakelijk beschouwd kunnen worden om aan dwingende, door het communautaire recht erkende eisen te beantwoorden. [129] Volgens vaste rechtspraak is de bescherming van het milieu een van de dwingende vereisten die de toepassing van artikel 30 van het Verdrag kunnen beperken. [130]

217. Het StrEG 1998 streeft ongetwijfeld zeer belangrijke milieudoelstellingen na. De productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen kan een zeer belangrijke bijdrage leveren aan de vermindering van de uitstoot van broeikasgassen en aan het behoud van de eindige conventionele energiebronnen. Zoals men uit de door de Commissie [131] aangehaalde indrukwekkende cijfers kan zien, blijkt het StrEg 1998 een bijzonder efficiënt systeem te zijn om het gebruik van energie uit hernieuwbare energiebronnen te verhogen.

218. Het valt echter te betwijfelen of in casu redenen van milieubescherming kunnen worden aangevoerd.

219. De eerste moeilijkheid is dat, gezien de in het voorgaande al vermelde geharmoniseerde regels van de elektriciteitsrichtlijn voor nationale maatregelen ter bevordering van de elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen, de mogelijkheid om een beroep te doen op dwingende vereisten in het kader van het Verdrag uitgesloten zou kunnen zijn. Echter, over bijzondere communautaire maatregelen ter bevordering

129 — Arrest van 20 februari 1979, Rewe-Zentral (120/78, Jurispr. blz. 649, punt 8).

130 — Arrest van 20 september 1988, Commissie/Denemarken (302/86, Jurispr. blz. 4607, punt 9).

131 — Zie punt 20.

van de elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen op de interne markt zijn thans besprekingen gaande; er is evenwel nog geen beslissing gevallen [132], hetgeen betekent dat de lidstaten een zekere mate van vrijheid in die sector genieten.

220. De tweede moeilijkheid is dat het, zoals PreussenElektra terecht opmerkt, tot voor kort vaste rechtspraak was dat geen beroep op dwingende vereisten kan worden gedaan bij nationale maatregelen die niet zonder onderscheid van toepassing zijn op nationale en ingevoerde producten. [133]

221. Krachtens het StrEG 1998 wordt uit hernieuwbare energiebronnen in Duitsland geproduceerde elektriciteit begunstigd door de afnameplicht tegen een minimumprijs, terwijl dat voor dezelfde soort elektriciteit, maar dan in naburige lidstaten geproduceerd, niet het geval is. Het StrEG 1998 behandelt derhalve, zowel de iure als de facto, elektriciteit van nationale herkomst anders dan ingevoerde elektriciteit. Op basis van de in het vorige punt vermelde rechtspraak kan milieubescherming dus niet als rechtvaardigingsgrond worden ingeroepen.

132 — Zie punt 44.

133 — Zie bijvoorbeeld de arresten van 17 juni 1981, Commissie/Ierland, aangehaald in voetnoot 113, punt 11; 25 april 1985, Commissie/Verenigd Koninkrijk (207/83, Jurispr. blz. 1201, punt 22), en 25 juli 1991, Aragonesa de Publicidad Exterior et Publivía (C-1/90 en C-176/90, Jurispr. blz. I-4151, punt 13).

222. De Commissie tracht zich te baseren op het arrest Waalse afvalstoffen. [134] Zij stelt voor, in de onderhavige zaak dezelfde benadering te volgen om zich op milieubeschermingsgronden te kunnen beroepen.

223. Deze zaak betrof een verbod om in Wallonië afvalstoffen uit een andere lidstaat of uit een ander gewest van België dan Wallonië op te slaan, te storten of te lozen. Over de vraag of de maatregel door dwingende vereisten van milieubescherming gerechtvaardigd kon worden, heeft het Hof in essentie het volgende overwogen.

224. Volgens het Hof is het juist dat dwingende vereisten slechts kunnen worden ingeroepen voor maatregelen die zonder onderscheid op nationale en ingevoerde producten van toepassing zijn. Om uit te maken of een belemmering discriminerend is, moet evenwel rekening worden gehouden met de bijzondere aard van de afvalstoffen, het beginsel krachtens artikel 130 R, lid 2, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 174, lid 2, EG) dat milieuaantastingen bij voorrang aan de bron moeten worden bestreden, en met het zelfvoorzienings- en het nabijheidsbeginsel, neergelegd in het Verdrag van Bazel inzake de beheersing van de grensoverschrijdende overbrenging van gevaarlijke afvalstoffen en de verwijdering ervan. Gelet op de verschillen tussen de afvalstoffen naar gelang van de plaats waar zij zijn geproduceerd en hun band met de plaats waar zij

134 — Arrest van 9 juli 1992,Commissie/België (C 2/90, Jurispr. blz. I-4431).

zijn geproduceerd, kon de omstreden maatregel niet als discriminerend worden aangemerkt. [135]

225. Naar mijn mening is de redenering in het arrest Waalse afvalstoffen onjuist en behoort hier niet te worden gevolgd. Of een maatregel wel of niet zonder onderscheid van toepassing is op nationale en ingevoerde producten, is logisch gezien een preliminaire en neutrale vraag. Volgens 's Hofs rechtspraak dient zij alleen om te bepalen welke rechtvaardigingsgronden beschikbaar zijn. Ik ben derhalve van mening dat bij het beoordelen of een maatregel rechtstreeks discriminerend is, niet tegelijkertijd bezien kan worden of de maatregel passend is.

226. Het arrest Waalse afvalstoffen toont echter ook iets anders aan, namelijk dat het gewenst is dat zelfs rechtstreeks discriminerende maatregelen soms gerechtvaardigd kunnen worden door redenen van milieubescherming.

227. Bovendien zijn er aanwijzingen dat het Hof bezig is zijn eerdere rechtspraak te herzien. Zo heeft het dwingende vereisten aangenomen in gevallen waarin het op zijn minst genomen twijfelachtig was of de maatregel als zonder onderscheid van toepassing kon worden beschouwd. [136] In het arrest Dusseldorp e.a. liet het Hof uitdrukkelijk de vraag open of een discriminerende uitvoerbeperking in beginsel om redenen van milieubescherming gerechtvaardigd kon zijn. [137] De meest opmerkelijke zaak is echter de zaak Aher-Waggon. [138] Die zaak betrof een Duitse maatregel die de registratie van vliegtuigen in Duitsland afhankelijk stelde van de inachtneming van de normen inzake geluidsoverlast. Deze maatregel behelsde naar mij voorkomt, een rechtstreekse discriminatie van ingevoerde ten opzichte van nationale vliegtuigen, omdat vliegtuigen die eerder in een andere lidstaat waren geregistreerd niet in Duitsland geregistreerd konden worden, ondanks het feit dat vliegtuigen van hetzelfde type die al in Duitsland waren geregistreerd voordat de maatregel was genomen, wel geregistreerd konden worden. Het Hof oordeelde evenwel, zonder na te gaan of de maatregel rechtstreeks discriminerend was, dat een dergelijke belemmering gerechtvaardigd kon worden door overwegingen van volksgezondheid en milieubescherming. [139]

228. Zodoende kan enerzijds „niet worden uitgesloten dat de betekenis van het onder-

135 — Punten 34-36 van het arrest.

136 — Zie bijvoorbeeld de arresten van 9 juli 1997, De Agostini en TV-Shop (C-34/95 tot C-36/95, Jurispr. blz. I-3843, punten 44 en 45), en 28 april 1998, Decker (C-120/95, Jurispr. blz. I-1831, punten 36 en 39); en, wat diensten betreft, het arrest van 28 april 1998, Kohll (C-158/96, Jurispr. blz. I-1931, punten 35 en 41).

137 — Arrest van 25 juni 1998 (C-389/96, Jurispr. blz. I-4075, punten 44 en 49).

138 — Arrest van 14 juli 1998 (C-389/96, Jurispr. blz. I-4473).

139 — Punt 19 van het arrest.

scheid tussen de in artikel 30 (voorheen artikel 36) opgesomde belangen en de uitzonderingen op grond van de rule of reason afneemt". [140] Anderzijds heeft het Hof de regel dat geen beroep kan worden gedaan op dwingende vereisten bij rechtstreeks discriminerende maatregelen, niet formeel laten varen.

229. Gezien het fundamentele belang voor de uitlegging van artikel 30 van het Verdrag van de vraag of rechtstreeks discriminerende maatregelen door dwingende vereisten gerechtvaardigd kunnen worden, dient het Hof naar mijn mening zijn standpunt te verduidelijken teneinde de nodige rechtszekerheid te scheppen.

230. Twee bijzondere redenen zouden voor een meer flexibele benadering van het dwingende vereiste van milieubescherming kunnen worden aangevoerd. In de eerste plaats geven de in Amsterdam overeengekomen wijzigingen in de Verdragen blijk van een toegenomen zorg voor het milieu, ook al is artikel 36 zelf niet gewijzigd. [141]

231. Van bijzonder belang is artikel 6, dat thans als volgt luidt:

„De eisen inzake milieubescherming moeten worden geïntegreerd in de omschrijving en uitvoering van het beleid en het optreden van de Gemeenschap, als bedoeld in artikel 3", de interne markt derhalve daarbij begrepen, waaraan wordt toegevoegd: „in het bijzonder met het oog op het bevorderen van duurzame ontwikkeling". Zoals uit de formulering blijkt heeft artikel 6 niet alleen een programmatisch karakter, maar bevat het rechtsplichten.

232. Bijgevolg moet bijzondere aandacht aan milieu-eisen worden geschonken bij de uitlegging van de verdragsbepalingen over het vrije verkeer van goederen. Bovendien kan schade aan het milieu, zelfs indien deze zoals vaak het geval is, niet onmiddellijk bedreigend is voor de gezondheid en het leven van mensen, dieren en planten — door artikel 36 van het Verdrag beschermde belangen — op den duur een grotere bedreiging voor het gehele ecosysteem vormen. Het zou in deze omstandigheden moeilijk te rechtvaardigen zijn om minder bescherming te geven aan het milieu dan aan belangen die in vele decennia geleden gesloten handelsverdragen zijn erkend en overgenomen in de tekst van artikel 36 van het Verdrag, dat zelf sinds 1957 ongewijzigd is.

140 — Jans, J.H., *European Environmental Law*, tweede druk, 2000, blz. 251; zie ook Oliver, P., „Some further reflections on the scope of Articles 28-30 (30-36) EC", *Common Market Law Review 1999*, blz. 783, blz. 804-806.

141 — Zie bijvoorbeeld de preambule van het EU-Verdrag, artikel 2 EU, artikel 2 EG, artikel 6 EG, artikel 95 EG, artikel 174 EG en artikel 175 EG.

233. In de tweede plaats dreigt de opvatting dat maatregelen op het gebied van het

milieu alleen gerechtvaardigd kunnen zijn indien zij zonder onderscheid toepasselijk zijn, het eigenlijke doel van deze maatregelen te frustreren. Nationale milieubeschermingsmaatregelen kunnen naar hun aard differentiaties bevatten gebaseerd op de aard en de herkomst van de oorzaak van de schade, en kunnen als discriminerend ervaren worden juist omdat zij op zulke algemeen aanvaarde beginselen berusten als dat „milieuaantastingen bij voorrang aan de bron dienen te worden bestreden" (artikel 130 R, lid 2, van het Verdrag). Wanneer zulke maatregelen noodzakelijkerwijs een dergelijk discriminerend aspect hebben, behoort een rechtvaardigingsmogelijkheid niet te worden uitgesloten.

234. Aannemende dat in deze zaak milieueisen terecht kunnen worden ingeroepen (op welke grondslag dan ook), moet vervolgens vastgesteld worden of het StrEG 1998 aan het proportionaliteitsbeginsel voldoet. Wederom is alleen zeer kort commentaar in dit stadium mogelijk.

235. De Commissie meent dat het door het StrEG 1998 ingevoerde systeem proportioneel is omdat het milieuschade aan de bron bestrijdt, namelijk de door gasuitstoot van conventioneel gegenereerde elektriciteit veroorzaakte schade, zulks conform het bepaalde in artikel 130 R, lid 2, van het Verdrag. Bovendien gaat door de toevoer van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen in de plaatselijke netten minder elektriciteit verloren dan bij het transport over grote afstanden.

236. Wat betreft het eerste argument van de Commissie, kan ik niet inzien waarom in een andere lidstaat geproduceerde elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen niet in dezelfde mate zou bijdragen aan vermindering van de gasuitstoot in Duitsland als in Duitsland geproduceerde elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen. In beide gevallen zal de nationale elektriciteitsproductie uit conventionele energiebronnen, en de bijbehorende vervuiling, in dezelfde mate worden verminderd. In dit opzicht lijkt de beperking van de afnameplicht tot in Duitsland geproduceerde elektriciteit niet proportioneel.

237. Ten aanzien van het tweede argument van de Commissie meen ik dat de nationale rechter het nodige onderzoek dient te verrichten om vast te stellen of het werkelijk noodzakelijk is dat producenten van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen in andere lidstaten worden uitgesloten van het toepassingsgebied van het StrEG 1998.

238. Ik concludeer derhalve dat een systeem als dat van het Stromeinspeisungsgesetz 1998 beschouwd moet worden als een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking in de zin van artikel 30 van het Verdrag en dus verboden is, tenzij het, gezien de feiten, gerechtvaardigd kan worden door redenen van milieubescherming.

IX — Conclusie

239. Om bovenvermelde redenen dienen de prejudiciële vragen naar mijn mening als volgt beantwoord te worden:

„1) Een maatregel als het Stromeinspeisungsgesetz 1998, waardoor particuliere elektriciteitsbedrijven verplicht elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen tegen een minimumprijs af te nemen, is geen steunmaatregel van de staat in de zin van artikel 92, lid 1, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 87, lid 1, EG).

2) Wanneer de afnameplicht beperkt is tot in de betrokken lidstaat geproduceerde elektriciteit, is een dergelijke maatregel krachtens artikel 30 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 28 EG) verboden, tenzij die maatregel op grond van de bescherming van het milieu gerechtvaardigd is."