ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)

21 december 2011 *

In zaak C-242/10,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italië) bij beslissing van 21 januari 2010, ingekomen bij het Hof op 17 mei 2010, in de procedure

Enel Produzione SpA

tegen

Autorità per l'energia elettrica e il gas,

in tegenwoordigheid van:

Terna rete elettrica nazionale SpA,

* Procestaal: Italiaans.

wijst

HET HOF (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: J. N. Cunha Rodrigues, kamerpresident, U. Lõhmus, A. Rosas, A. Ó Caoimh en A. Arabadjiev (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: P. Cruz Villalón,
griffier: A. Impellizzeri, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 11 mei 2011,

gelet op de opmerkingen van:

— Enel Produzione SpA, vertegenwoordigd door G. Greco en M. Muscardini, avvocati,

— Terna rete elettrica nazionale SpA, vertegenwoordigd door A. Clarizia, P. Ziotti, P. Clarizia en G. Guida, avvocati,

— de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door P. Gentili, avvocato dello Stato,

— de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door E. Riedl als gemachtigde,

— de Europese Commissie, vertegenwoordigd door C. Zadra en O. Beynet als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 21 juli 2011,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 23 EG, 43 EG, 49 EG en 56 EG alsook van de artikelen 11, leden 2 en 6, en 24, van richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van richtlijn 96/92/EG (PB L 176, blz. 37, met rectificatie in PB 2004, L 16, blz. 74).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Enel Produzione SpA (hierna: „Enel") en de Autorità per l'energia elettrica e il gas (hierna: „AEEG") over de nationale regeling die de elektriciteitsproducenten die beschikken over installaties die van essentieel belang zijn voor de werking van het elektriciteitssysteem, verplicht om bij het aanbieden van elektriciteit de voorschriften in acht te nemen die zijn vastgesteld door de onderneming die het transmissie- en distributiesysteem voor elektrische energie beheert (hierna: „netwerkbeheerder").

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

3 Richtlijn 2003/54 maakt deel uit van het „tweede energiepakket" dat de Uniewetgever heeft vastgesteld met het oog op de geleidelijke vrijmaking van een interne markt voor gas en elektriciteit. Artikel 1 ervan bepaalt dat „[b]ij [...] richtlijn [2003/54] gemeenschappelijke regels [worden] vastgesteld voor de productie, de transmissie, de distributie en de levering van elektriciteit. De richtlijn stelt de regels vast met betrekking tot de organisatie en de werking van de elektriciteitssector, de toegang tot de markt, de criteria en procedures voor aanbestedingen, de verlening van vergunningen en het beheer van netten."

4 In hoofdstuk II, met als opschrift „Algemene regels voor de organisatie van de sector", bepaalt artikel 3 van richtlijn 2003/54, met als opschrift „Openbaredienstverplichtingen en bescherming van de afnemer", in lid 2:

„Met volledige inachtneming van de toepasselijke bepalingen van het Verdrag, met name artikel 86, mogen de lidstaten in het algemeen economisch belang aan elektriciteitsbedrijven openbaredienstverplichtingen opleggen, die betrekking kunnen hebben op de zekerheid, waaronder de leverings- en voorzieningszekerheid, de regelmaat, de kwaliteit en de prijs van de leveringen zijn begrepen, alsmede op de bescherming van het milieu, met inbegrip van energie-efficiëntie en bescherming van het klimaat. Deze verplichtingen moeten duidelijk gedefinieerd, transparant, niet-discriminerend en controleerbaar zijn en de gelijke toegang voor EU-elektriciteitsbedrijven tot nationale consumenten waarborgen. [...]"

5 In artikel 9 van die richtlijn, betreffende de taken van de transmissiesysteembeheerders, staat:

„Elke transmissiesysteembeheerder heeft de verantwoordelijkheid voor:

a) het zorgen dat het systeem op lange termijn kan voldoen aan een redelijke vraag naar transmissie van elektriciteit;

b) het bijdragen tot de leverings- en voorzieningszekerheid door te zorgen voor een toereikende transmissiecapaciteit en betrouwbaarheid van het systeem;

[...]"

6 Artikel 11 van die richtlijn, met als opschrift „Inschakelen en balanceren", bepaalt in zijn leden 2 en 6:

„2. De inschakeling van de stroomproductie-eenheden en het gebruik van interconnectoren geschieden op basis van criteria waaraan de betrokken lidstaat zijn goedkeuring kan hechten en die objectief moeten zijn, bekendgemaakt moeten worden en op een niet-discriminerende wijze moeten worden toegepast om een goede werking van de interne markt voor elektriciteit te waarborgen. De criteria houden rekening met de economische rangorde van de elektriciteit uit beschikbare productie-eenheden of uit overdracht via interconnectoren en met de voor het systeem geldende technische beperkingen.

[...]

6. Transmissiesysteembeheerders kopen, wanneer zij deze functie vervullen, de energie die zij gebruiken om energieverliezen te dekken en in reservecapaciteit in hun systeem te voorzien volgens transparante, niet-discriminerende en op de markt gebaseerde procedures."

7 In hoofdstuk V, met als opschrift „Beheer van het distributiesysteem", staat in artikel 14 van richtlijn 2003/54, betreffende de taken van de distributiesysteembeheerders, te lezen:

„1. De distributiesysteembeheerder draagt in zijn gebied, met inachtneming van het milieu, zorg voor een zeker, betrouwbaar en efficiënt elektriciteitsdistributiesysteem.

2. Hij discrimineert in geen geval tussen gebruikers of categorieën gebruikers van het systeem, met name niet ten gunste van verwante bedrijven.

[...]

6. Wanneer distributiesysteembeheerders verantwoordelijk zijn voor het balanceren van het elektriciteitsdistributiesysteem, moeten de daartoe door hen vastgestelde regels, waaronder de regels voor de vaststelling van de tarieven die zij systeemgebruikers voor energieonbalans in rekening brengen, objectief, transparant en niet-discriminerend zijn. De voorwaarden, met inbegrip van de regels en tarieven, voor het verlenen van dergelijke diensten door distributiesysteembeheerders worden in overeenstemming met artikel 23, lid 2, vastgesteld op een niet-discriminerende wijze die de kosten weerspiegelt. De voorwaarden worden bekendgemaakt.

[...]"

8 In hoofdstuk VII, met als opschrift „Organisatie van de toegang tot het systeem", bepaalt artikel 23 van die richtlijn, waarin het gaat over de regelgevende instanties in lid 1:

„De lidstaten wijzen één of meer bevoegde instanties met de functie van regelgevende instantie aan. Deze instanties zijn geheel onafhankelijk van de belangen van de elektriciteitssector. Zij zijn via de toepassing van dit artikel ten minste verantwoordelijk voor het garanderen van non-discriminatie, daadwerkelijke mededinging en een doeltreffende marktwerking, door het monitoren van in het bijzonder:

[...]

b) alle mechanismen voor het verhelpen van capaciteitsknelpunten binnen het nationale elektriciteitssysteem;

[...]

g) de mate waarin transmissie- en distributiesysteembeheerders hun taken vervullen in overeenstemming met de artikelen 9 en 14;

[...]"

9 Artikel 24 van richtlijn 2003/54, met als opschrift „Beschermingsmaatregelen", bepaalt dat bij een plotselinge crisis op de energiemarkt of wanneer de fysieke veiligheid van personen, de veiligheid of betrouwbaarheid van apparatuur of installaties of de systeemintegriteit worden bedreigd, een lidstaat tijdelijk de nodige beschermingsmaatregelen kan treffen, die hij onverwijld ter kennis van de Europese Commissie dient te brengen.

Nationaal recht

10 Bij decreto legislativo (wetsbesluit) nr. 79 van 16 maart 1999 (GURI nr. 75 van 31 maart 1999; hierna: „decreto Bersani") is uitvoering gegeven aan richtlijn 96/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit (PB 1997, L 27, blz. 20).

11 Artikel 2, lid 10, van dat decreto definieert het inschakelen als „de activiteit die ertoe strekt orders te geven betreffende het onderling afgestemde gebruik en functioneren van de productie-eenheden, het transmissienet en de ondersteunende diensten". Zoals blijkt uit het aan het Hof overgelegde dossier, is het inschakelen de verrichting waarmee de netwerkbeheerder de productie-eenheden in zijn gebied die over een passende reservecapaciteit beschikken, naargelang van de vraag „inschakelt", teneinde steeds te zorgen voor een evenwicht tussen vraag en aanbod van elektriciteit op het net en aldus de continuïteit van de levering van elektriciteit te waarborgen.

12 In overeenstemming met de artikelen 3, lid 3, en 5, van het decreto Bersani heeft de AEEG op 30 december 2003 besluit nr. 168/03 (supplemento ordinario bij GURI nr. 24 van 30 januari 2004) vastgesteld om het hoofd te bieden aan de lokale marktmacht van bepaalde productie-eenheden die onmisbaar waren om met behoud van een voldoende zekerheidsniveau te voldoen aan de vraag naar elektriciteit. In dat besluit worden de voorwaarden vastgesteld waaronder de betrokken dienst, de inschakeling van elektriciteit (hierna: „systeemdienst"), en de levering van de desbetreffende energie worden verricht.

13 Zoals is bepaald in het decreto van de minister van Industrie van 19 december 2003 (supplemento ordinario bij GURI nr. 301 van 30 december 2003), is de Italiaanse elektriciteitsmarkt onderverdeeld in drie afzonderlijke markten: 1) de day-aheadmarkt (de markt van de volgende dag), waarop elektriciteit wordt verkocht en aangekocht voor elke relevante periode van de volgende dag; 2) de intradaymarkt, waarop elektriciteit wordt verkocht en aangekocht om de op de day-aheadmarkt vaststelde leverings- en

afnemingsprogramma's met elkaar in overeenstemming te brengen, en 3) de markt voor systeemdiensten, die is onderverdeeld in de ex-antemarkt voor systeemdiensten en de markt voor balancering.

14 Bij besluit nr. 111/06 van de AEEG van 9 juni 2006 (supplemento ordinario bij GURI nr. 153 van 4 juli 2006; hierna: „besluit nr. 111/06") is het in punt 12 van het onderhavige arrest vermelde besluit nr. 168/03 gewijzigd, waarbij de belangrijkste netwerkbeheerder, Terna rete elettrica nazionale SpA (hierna: „Terna") een instrument ter beschikking werd gesteld waarmee zij de voor de systeemdienst nodige bronnen kan opsporen. Dat instrument is het stelsel van de installaties die van essentieel belang zijn voor de werking en de zekerheid van het elektriciteitssysteem (hierna: „stelsel van essentiële installaties"). De voorschriften inzake het stelsel van essentiële installaties waren vervat in afdeling 3, titel 2, van bijlage A bij besluit nr. 111/06 en met name in de artikelen 63, 64 en 65 van deze bijlage.

15 Decreto legge (voorlopig wetsbesluit) nr. 185 van 29 november 2008, zoals omgezet en gewijzigd bij wet nr. 2 van 28 januari 2009 (supplemento ordinario bij GURI nr. 22 van 28 januari 2009) houdende spoedmaatregelen ter ondersteuning van gezinnen, ondernemingen en de werkgelegenheid en tot wijziging van het nationaal strategisch kader door middel van maatregelen ter bestrijding van de crisis (supplemento ordinario bij GURI nr. 280 van 29 november 2008; hierna: „voorlopig wetsbesluit nr. 185"), heeft de grote lijnen van het stelsel van essentiële installaties overgenomen. In artikel 3, lid 10, ervan zijn de beginselen neergelegd waarnaar de regelgeving inzake de elektriciteitsmarkt zich dient te voegen, „gelet op de uitzonderlijke economische crisis op internationaal niveau en de effecten daarvan op de grondstoffenprijzen, teneinde de lasten voor gezinnen en ondernemingen te verlichten en de elektriciteitsprijs te verlagen".

16 Wat in het bijzonder de markt voor systeemdiensten betreft, bepaalt artikel 3, lid 10, sub d, van voorlopig wetsbesluit nr. 185 dat „het beheer [ervan] wordt opgedragen aan de beheerder van de transmissie- en systeemdiensten, om het mogelijk te maken

de voor de zekerheid van het elektriciteitsnet vereiste bronnen te selecteren op basis van de individuele prestaties van elke bron binnen het systeem, middels een transparante en efficiënte economische waardering. De systeemdiensten worden verzekerd door de aankoop van de nodige energie door de daarvoor aangewezen exploitanten. Op de markt voor systeemdiensten wordt de energieprijs bepaald op basis van de verschillende prijzen zoals die verplicht worden aangeboden door elke aangewezen gebruiker en worden aanvaard door de beheerder van de systeemdiensten, waarbij de voorkeur wordt gegeven aan een aanbod tegen een lagere prijs, totdat geheel aan de behoeften is voldaan [...]"

17 Artikel 3, lid 11, van voorlopig wetsbesluit nr. 185 bepaalt in wezen dat, teneinde de lasten voor gezinnen en ondernemingen te verlichten en de elektriciteitsprijs te verlagen:

„de [AEEG] haar besluiten, ook inzake de inschakeling van productiecapaciteit van elektriciteit, moet aanpassen aan de volgende beginselen en criteria:

a) personen die individueel beschikken over installaties of groepen installaties die essentieel zijn om te voldoen aan de behoeften van de systeemdiensten, zoals deze zijn vastgesteld op basis van de criteria die door de [AEEG] conform de in deze letter genoemde beginselen zijn neergelegd, zijn verplicht elektriciteit aan te bieden op de markten tegen voorwaarden die door de [AEEG] zijn vastgesteld, waarin mechanismen zijn opgenomen die waarborgen dat het systeem zo min mogelijk wordt belast en de producenten een billijke vergoeding ontvangen. Met name die installaties zijn essentieel voor de dekking van de behoeften van de systeemdiensten, doch uitsluitend gedurende de perioden waarin zich de hierna genoemde situaties voordoen, die technisch en structureel onmisbaar zijn voor het elimineren van netwerkcongestie of voor het behoud van een adequaat zekerheidsniveau van het nationale elektriciteitssysteem gedurende aanzienlijke perioden;

b) maatregelen worden vastgesteld om de werking van de markt voor systeemdiensten te verbeteren, om aan te zetten tot een verlaging van de kosten voor het verlenen van die diensten, om gebruik te maken van energieleveringscontracten met een lange duur en om de door de eindafnemers verschuldigde vergoeding te stabiliseren."

18 Op grond van voorlopig wetsbesluit nr. 185 heeft de AEEG op 29 april 2009 besluit nr. ARG/elt 52/09 (supplemento ordinario bij GURI nr. 133 van 11 juni 2009; hierna: „besluit nr. 52/09") vastgesteld. Artikel 1 van dat besluit wijzigt de artikelen 63, 64 en 65 van bijlage A bij besluit nr. 111/06. Bij besluit nr. 52/09 heeft de AEEG een nieuwe regeling inzake de inschakeling van installaties die van essentieel belang zijn voor de werking en de zekerheid van het elektriciteitssysteem ingevoerd.

19 Volgens artikel 63, lid 9, van bijlage A bij besluit nr. 111/06, zoals gewijzigd bij besluit nr. 52/09, moet de netwerkbeheerder jaarlijks een lijst opstellen en publiceren van de installaties en groepen installaties die van essentieel belang worden geacht voor de werking en de veiligheid van het elektriciteitssysteem. Die installaties zijn onderworpen aan de verplichting om elektriciteit aan te bieden en aan de vergoedingsregeling die zijn beschreven in de artikelen 63 tot en met 65 van bijlage A bij besluit nr. 111/06, zoals gewijzigd bij besluit nr. 52/09.

20 De regeling waarin is voorzien bij artikel 64 van bijlage A bij besluit nr. 111/06, zoals gewijzigd bij besluit nr. 52/09 (hierna: „gewone regeling"), bepaalt dat de eigenaar van een essentiële installatie gehouden is, voor de hoeveelheden waarvoor en de periode waarin zijn installatie wordt geacht van essentieel belang te zijn, onder de volgende voorwaarden elektriciteit aan te bieden:

— op de day-aheadmarkt en de intradaymarkt moet de elektriciteit worden aangeboden tegen een prijs gelijk aan nul en mogen de koopoffertes geen prijs vermelden, en

— op de markt voor systeemdiensten moeten de offertes gelijk zijn aan de prijs voor elektriciteit verkocht op de day-aheadmarkt.

21 Zoals blijkt uit het aan het Hof overgelegde dossier heeft de producent de mogelijkheid om de prijs vrij te bepalen voor de hoeveelheden en de uren die niet als essentieel worden beschouwd.

22 Besluit nr. 52/09 heeft bovendien in bijlage A bij besluit nr. 111/06 artikel 65 bis ingevoegd, dat voorziet in de mogelijkheid voor de eigenaar van essentiële installaties om voor zijn eigen installaties op contractuele basis te opteren voor andere offertemodaliteiten dan die van de artikelen 63 tot en met 65 van bijlage A bij besluit nr. 111/06, zoals gewijzigd bij besluit nr. 52/09, waardoor zijn productie-eenheden niet zullen worden opgenomen in de lijst van essentiële installaties tijdens het kalenderjaar waarop de overeenkomst betrekking heeft.

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

23 Enel heeft in haar hoedanigheid van elektriciteitsproducent en eigenares van installaties die van essentieel belang zijn verklaard, bij de verwijzende rechter beroep ingesteld tot nietigverklaring van besluit nr. 52/09, waarbij zij aanvoert dat dit besluit in strijd is met richtlijn 2003/54 en met name met artikel 11, leden 2 en 6, ervan.

24 Enel betoogt dat in het systeem dat door de bestreden regeling is ingevoerd, de terbeschikkingstelling van de energie die nodig is voor het verlenen van de systeemdiensten door de netwerkbeheerder, aan het spel van vraag en aanbod is onttrokken en in plaats daarvan wordt verricht op basis van „orders" gegeven aan de ondernemingen die installaties of groepen installaties van essentieel belang exploiteren, om bepaalde hoeveelheden energie ter beschikking te stellen op alle markten die de elektriciteitsbeurs vormen, te weten de day-aheadmarkt, de intradaymarkt, en de markt voor systeemdiensten, tegen een prijs die niet wordt vastgesteld door de producent in het

kader van zijn bedrijfsstrategie, maar wordt opgelegd door de AEEG onder verwijzing naar de gemiddelde beursprijs op de day-aheadmarkt en de intradaymarkt, op basis van tarieven die losstaan van de prijzen op de specifieke referentiebeurs, de markt voor systeemdiensten.

25 Het bovenstaande zou niet stroken met de doelstellingen en de voorschriften van richtlijn 2003/54, waarin, in het streven de wetgeving van de lidstaten te harmoniseren, is bepaald dat de productie en het aanbod van elektriciteit door mededinging op een vrije markt tot stand dienen te komen en niet volgens een dirigistisch model. De regeling waarin is voorzien bij besluit nr. 52/09 zou tevens in strijd zijn met de leden 2 en 6 van artikel 11 van die richtlijn, waarin is bepaald dat bij de systeemdiensten rekening wordt gehouden met de economische rangorde van de energie uit de productie-eenheden, door de beschikbare offertes te selecteren op basis van het criterium van de economische verdienste, respectievelijk dat netwerkbeheerders de energie die zij gebruiken om energieverliezen te dekken en in reservecapaciteit in hun systeem te voorzien, kopen volgens transparante, niet-discriminerende en op de markt gebaseerde procedures.

26 De verwijzende rechter vraag zich af of de in geding zijnde nationale regeling verenigbaar is met de regels van het Verdrag inzake de vrijheid van vestiging, het vrij verrichten van diensten en het vrije verkeer van goederen en kapitaal. Het opleggen van een contracteerplicht vormt namelijk een substantiële inmenging in de contractvrijheid die ondernemers in beginsel genieten, en kan voor hen extra kosten meebrengen en leiden tot een wijziging in hun commerciële beleid. De vrijheid van vestiging wordt tevens belemmerd door de vaststelling vooraf van de verkoopprijs van de energie.

27 De verwijzende rechter betwijfelt of de maatregelen van de in geding zijnde nationale regeling hun rechtvaardiging kunnen vinden in de uitzonderingen waarin is voorzien bij artikel 86, lid 2, EG en artikel 3, lid 2, van richtlijn 2003/54, aangezien niet zeker is of deze maatregelen openbaredienstverplichtingen kunnen vormen.

28 De verwijzende rechter betwijfelt tevens of de hierboven bedoelde maatregelen evenredig zijn. Volgens hem zijn zij er namelijk niet op gericht de voorwaarden te scheppen voor een concurrerende markt voor systeemdiensten teneinde de macht te beperken van de exploitanten die sleutelposities innemen, maar reduceren zij, met het oog op de beperking van die macht, de rol van de markt voor systeemdiensten ten gunste van een administratief stelsel van energievoorziening door de netwerkbeheerder. Bovendien is niet aangetoond dat de marktmacht van die exploitanten niet kon worden gereduceerd door maatregelen die verenigbaar zijn met de keuze voor een vrijgemaakte markt.

29 De verwijzende rechter merkt ten slotte op dat de betrokken maatregelen een permanente uitzondering kunnen vormen op het regime van de interne markt voor energie. Dergelijke maatregelen kunnen volgens hem evenmin „beschermingsmaatregelen" in de zin van artikel 24 van richtlijn 2003/54 zijn.

30 In die omstandigheden heeft het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Staan de artikelen 23 [EG], 43 [EG], 49 [EG] en 56 [EG] en de artikelen 11, leden 2 en 6, en 24 van richtlijn 2003/54[...] in de weg aan een nationale regeling die, zonder aan de Europese Commissie te zijn meegedeeld, bepaalde producenten van elektriciteit die onder bepaalde omstandigheden van essentieel belang zijn om te voldoen aan de energiebehoefte voor de systeemdiensten, op permanente basis de verplichting oplegt elektriciteit aan te bieden op de elektriciteitsbeurs volgens programma's die door de externe netwerkbeheerder worden bepaald, en de vergoeding voor die aanbiedingen van energie onttrekt aan de vrije beslissing van de producent door haar te koppelen aan parameters die niet tevoren ‚volgens transparante, niet-discriminerende en op de markt gebaseerde procedures' zijn vastgelegd?"

Beantwoording van de prejudiciële vraag

Opmerkingen vooraf

31 Met zijn vraag verzoekt de verwijzende rechter het Hof zich uit te spreken over de uitlegging van de bepalingen van artikel 56 EG, waarin het gaat over het vrije verkeer van kapitaal.

32 In dat verband zij eraan herinnerd dat het Hof geen uitspraak kan doen op een prejudiciële vraag van een nationale rechter wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die voor hem noodzakelijk zijn om een nuttig antwoord te geven op de hem gestelde vragen (zie in die zin arresten van 5 december 2006, Cipolla e.a., C-94/04 en C-202/04, Jurispr. blz. I-11421, punt 25, en 31 januari 2008, Centro Europa 7, C-380/05, Jurispr. blz. I-349, punt 53). De verwijzingsbeslissing moet de precieze redenen vermelden waarom de nationale rechter twijfelt over de uitlegging van het Unierecht en het noodzakelijk acht om prejudiciële vragen aan het Hof te stellen. In deze context is het onontbeerlijk dat de nationale rechter minstens beknopt uiteenzet waarom hij om uitlegging van bepaalde communautaire voorschriften verzoekt, en dat hij aangeeft welk verband hij ziet tussen deze bepalingen en de in het hoofdgeding toepasselijke wettelijke regeling (arrest Centro Europa 7, reeds aangehaald, punt 54 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

33 De verwijzende rechter zet evenwel geenszins uiteen welk verband hij ziet tussen, enerzijds, de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van kapitaal en anderzijds, het hoofdgeding of het voorwerp van dat geding. De vraag is dus niet-ontvankelijk voor zover hij verband houdt met de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van kapitaal.

34 Wat de door de verwijzende rechter aangehaalde verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen, het vrij verrichten van diensten en de vrijheid van vestiging betreft, zij enerzijds erop gewezen dat richtlijn 2003/54 is vastgesteld op basis van met name de artikelen 47, lid 2, EG en 55 EG, waarin het over die vrijheden gaat. Anderzijds ligt een beroep tegen de nationale regeling betreffende de systeemdiensten ten grondslag aan het hoofdgeding. Die diensten zijn nu juist specifiek aan de orde in artikel 11 van richtlijn 2003/54. In het kader van het hoofdgeding zorgt deze richtlijn voor de implementatie in de elektriciteitssector van de in het Verdrag neergelegde fundamentele vrijheden, waaronder het vrije verkeer van goederen, het vrij verrichten van diensten en de vrijheid van vestiging, en derhalve voor de waarborging daarvan. Het bestaan van eventuele belemmeringen voor die vrijheden moet dan ook in het licht van die richtlijn worden onderzocht.

35 Wat het door de verwijzende rechter aangehaalde artikel 24 van richtlijn 2003/54 betreft, zij opgemerkt dat dit artikel gaat over de beschermingsmaatregelen die een lidstaat mag nemen om het hoofd te bieden aan buitengewone gevaren voor het netwerk. Hoewel voorlopig wetsbesluit nr. 185 is vastgesteld „gelet op de [...] economische crisis op internationaal niveau en de effecten daarvan op de grondstoffenprijzen", blijkt uit het aan het Hof overgelegde dossier evenwel niet dat die regeling is vastgesteld als reactie op een plotselinge crisis op de energiemarkt of een bedreiging voor de fysieke veiligheid van personen, de veiligheid of betrouwbaarheid van apparatuur of installaties of de integriteit van een net, zoals bedoeld in voormeld artikel 24. Dat artikel is dus irrelevant voor de beantwoording van het verzoek om een prejudiciële beslissing.

36 Voor zover de verwijzende rechter betwijfelt of de betrokken maatregelen openbaredienstverplichtingen kunnen zijn, moet bovendien tevens rekening worden gehouden met artikel 3, lid 2, van richtlijn 2003/54, op grond waarvan de lidstaten dergelijke verplichtingen kunnen opleggen aan de elektriciteitsbedrijven.

37 In het licht daarvan, en om de verwijzende rechter een bruikbaar antwoord te geven met het oog op de oplossing van het geschil in het hoofdgeding, dient de prejudiciële vraag aldus te worden opgevat dat daarmee wordt gevraagd of richtlijn 2003/54, en in het bijzonder de artikelen 3, lid 2, en 11, leden 2 en 6, ervan, aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarbij aan de exploitanten van installaties of groepen installaties die volgens de door de nationale regelgevende instantie vastgestelde criteria worden geacht van essentieel belang te zijn om te voorzien in de elektriciteitsbehoeften die aan de systeemdiensten zijn verbonden, de verplichting wordt opgelegd om elektriciteit aan te bieden op de nationale elektriciteitsmarkten tegen voorwaarden die vooraf door deze instantie zijn vastgesteld.

Voorwaarden voor het optreden van de lidstaten

Openbaredienstverplichtingen

38 Artikel 3 van richtlijn 2003/54 bepaalt in lid 2 dat de lidstaten, met volledige inachtneming van artikel 86 EG, in het algemeen economisch belang aan elektriciteitsbedrijven openbaredienstverplichtingen mogen opleggen, die betrekking kunnen hebben op de zekerheid, waaronder zowel de leverings- en voorzieningszekerheid, de regelmaat, de kwaliteit en de prijs van de leveringen zijn begrepen.

39 Overeenkomstig artikel 3, lid 9, van richtlijn 2003/54 moeten de lidstaten de Commissie alle maatregelen meedelen die zijn vastgesteld om uitwerking te geven aan de openbaredienstverplichtingen, met inbegrip van de consumentenbeschermingsmaatregelen, alsmede de mogelijke gevolgen van die maatregelen voor de nationale en internationale mededinging, ongeacht of deze maatregelen een ontheffing van de bepalingen van deze richtlijn vereisen, en moeten zij haar om de twee jaar alle eventuele

wijzigingen van deze maatregelen meedelen (zie in die zin arrest van 20 april 2010, Federutility e.a., C-265/08, Jurispr. blz. I-3377, punt 23). De kennisgeving van die maatregelen maakt het mogelijk na te gaan of een lidstaat een openbaredienstverplichting heeft willen opleggen. Het ontbreken van de kennisgeving kan evenwel op zichzelf niet volstaan als bewijs dat de betrokken regeling geen openbaredienstverplichting vormt.

40 Artikel 86, lid 2, EG bepaalt enerzijds dat de ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang vallen onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert, en anderzijds dat de ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Unie.

41 Zoals het Hof heeft gepreciseerd, beoogt deze bepaling het belang van de lidstaten om bepaalde ondernemingen als instrument van economisch of sociaal beleid te benutten, te verzoenen met het belang van de Unie bij de naleving van de mededingingsregels en het behoud van de eenheid van de gemeenschappelijke markt (zie in die zin arrest van 21 september 1999, Albany, C-67/96, Jurispr. blz. I-5751, punt 103 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

42 Uit de bewoordingen van artikel 86 EG volgt dus dat de openbaredienstverplichtingen die krachtens artikel 3, lid 2, van richtlijn 2003/54 aan de ondernemingen kunnen worden opgelegd, het evenredigheidsbeginsel moeten eerbiedigen en dat deze verplichtingen dan ook enkel aan de vrije totstandkoming van de prijs voor de levering van elektriciteit mogen afdoen, voor zover dit noodzakelijk is ter verwezenlijking van de door deze verplichtingen beoogde doelstellingen van algemeen economisch belang (arrest Federutility e.a., reeds aangehaald, punt 33).

Regeling van de Unie op de elektriciteitsmarkt en systeemdiensten

43 In het kader van de geleidelijke vrijmaking van de elektriciteitsmarkt zijn bijzondere taken toevertrouwd aan de door de lidstaten aangewezen regelgevende instanties. Overeenkomstig artikel 23, lid 1, sub b en g, van richtlijn 2003/54 zijn de regelgevende instanties, zoals de AEEG, immers verantwoordelijk voor het garanderen van non-discriminatie, daadwerkelijke mededinging en een doeltreffende marktwerking, door het monitoren van in het bijzonder de mechanismen voor het verhelpen van capaciteitsknelpunten binnen het nationale elektriciteitssysteem en de mate waarin transmissie- en distributiesysteembeheerders hun taken vervullen in overeenstemming met de artikelen 9 en 14 van deze richtlijn.

44 Artikel 9, sub a en b, van richtlijn 2003/54 bepaalt dat de netwerkbeheerder de verantwoordelijkheid heeft voor het zorgen dat het systeem op lange termijn kan voldoen aan een redelijke vraag naar transmissie van elektriciteit, en het bijdragen tot de leverings- en voorzieningszekerheid door te zorgen voor een toereikende transmissiecapaciteit en betrouwbaarheid van het systeem. In artikel 14, leden 1, 2 en 6, van deze richtlijn staat dat die netwerkbeheerder in zijn gebied zorg draagt voor een zeker, betrouwbaar en efficiënt systeem, en daarbij in geen geval tussen gebruikers van het systeem discrimineert.

45 Wat in het bijzonder de systeemdiensten betreft, heeft de netwerkbeheerder volgens de artikelen 9 en 11 van richtlijn 2003/54 de verantwoordelijkheid voor het beheer van de energiestromen op het systeem, om de zekerheid, de betrouwbaarheid en de efficiëntie ervan te verzekeren. Die richtlijn legt de netwerkbeheerder aldus de verantwoordelijkheid op voor het inschakelen van de productie-eenheden in zijn gebied.

46 Volgens artikel 11, lid 2, van richtlijn 2003/54 dient de inschakeling van de productie-eenheden te geschieden op basis van criteria waaraan de betrokken lidstaat zijn goedkeuring kan hechten en die objectief moeten zijn, bekendgemaakt moeten worden en

op een niet-discriminerende wijze moeten worden toegepast. Die criteria houden rekening met de economische rangorde van de elektriciteit uit beschikbare productie-eenheden en met de voor het net geldende technische beperkingen. Lid 6 van dat artikel bepaalt in wezen dat de netwerkbeheerder de door hem gebruikte energie koopt volgens transparante, niet-discriminerende en op de markt gebaseerde procedures.

47 Op grond van de artikelen 3, lid 2, en 11, leden 2 en 6, van richtlijn 2003/54 kan de betrokken lidstaat via de regelgevende instanties en de netwerkbeheerders openbaredienstverplichtingen opleggen aan ondernemingen die over productie-eenheden beschikken die nodig zijn om te voldoen aan de behoeften van de systeemdiensten, voor zover is voldaan aan de voorwaarden van die bepalingen.

48 Een regeling die voorziet in een dergelijke regulering moet een doelstelling van algemeen economisch belang nastreven en het evenredigheidsbeginsel in acht nemen. De openbaredienstverplichtingen moeten bovendien duidelijk gedefinieerd, transparant, niet-discriminerend en controleerbaar zijn en voor die ondernemingen een gelijke toegang tot nationale consumenten waarborgen. In elk geval moet de inschakeling van die installaties geschieden op basis van criteria die objectief moeten zijn, bekendgemaakt moeten worden en op een niet-discriminerende wijze moeten worden toegepast, en rekening houden met de economische rangorde van de elektriciteit uit die installaties en met de voor het systeem geldende technische beperkingen.

49 Het staat aan de verwijzende rechter om in het kader van het hoofdgeding te beoordelen of deze eisen zijn vervuld. Het Hof dient hem daartoe evenwel op basis van het recht van de Unie alle noodzakelijke aanwijzingen te verstrekken.

Algemeen economisch belang

50 De lidstaten hebben het recht om, met inachtneming van het recht van de Unie, de omvang en de organisatie van hun diensten van algemeen economisch belang te definiëren. Inzonderheid kunnen zij met doelstellingen van hun nationale beleid rekening houden (zie in die zin de reeds aangehaalde arresten Albany, punt 104, en Federutility e.a., punt 29).

51 Zoals blijkt uit artikel 3 van het decreto Bersani, vormt de inschakeling van elektriciteit een openbare dienst die beoogt te zorgen voor een evenwicht tussen vraag en aanbod van elektriciteit op het nationale transmissienet en aldus de zekerheid en de continuïteit van de energielevering te waarborgen.

52 Wat de vraag betreft of een onderneming zoals Terna belast is met het beheer van diensten van algemeen belang, moet worden opgemerkt dat de verantwoordelijkheid voor de systeemdiensten blijkens de verwijzingsbeslissing via een publiekrechtelijke concessie is toevertrouwd aan die onderneming.

53 Wat meer bepaald het stelsel van essentiële installaties betreft, zij opgemerkt dat dit overeenkomstig artikel 3, lid 10, van voorlopig wetsbesluit nr. 185 is vastgesteld om de lasten voor gezinnen en ondernemingen te verlichten en de elektriciteitsprijs te verlagen.

54 De in het vorige punt bedoelde verplichtingen zijn in overeenstemming met het in artikel 3, lid 2, van richtlijn 2003/54 uitgedrukte streven om te beschikken over een zeker netwerk en de afnemer te beschermen. Bijgevolg dient in beginsel ervan te worden uitgegaan dat het stelsel van essentiële installaties een doelstelling van algemeen economisch belang nastreeft.

Inachtneming van het evenredigheidsbeginsel

55 Ofschoon artikel 3, lid 2, van richtlijn 2003/54, gelezen in samenhang met artikel 86 EG het mogelijk maakt om aan ondernemingen die met het beheer van een openbare dienst belast zijn verplichtingen op te leggen die met name verband houden met de vaststelling van de prijs voor de levering van elektriciteit, zoals blijkt uit punt 42 van het onderhavige arrest, moet een nationale regeling waarbij dergelijke verplichtingen worden opgelegd, de verwezenlijking van het gestelde doel kunnen waarborgen en mag zij niet verder gaan dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is, teneinde aan het evenredigheidscriterium te voldoen.

56 Bijgevolg moet worden onderzocht of een regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, geschikt is om de verwezenlijking van de aangevoerde doelstellingen, te weten de zekerheid van het netwerk en de bescherming van de afnemer, te waarborgen.

57 Blijkens het aan het Hof overgelegde dossier geldt deze nationale regeling uitsluitend voor ondernemingen met essentiële installaties, dus in gevallen waarin er slechts één productie-eenheid voorhanden is die wegens de technische kenmerken ervan en de snelheid waarmee zij haar vermogen kan aanpassen, in staat is de in het kader van het inschakelen noodzakelijke energie ter beschikking te stellen. Op een markt zoals de elektriciteitsmarkt, waarin de vraag niet-elastisch is en het betrokken product niet kan worden opgeslagen, zou een dergelijke installatie onmisbaar zijn voor het elimineren van congestie en/of voor het behoud van de zekerheidsniveaus van het stelsel. Als gevolg van dit onmisbare of essentiële karakter zou de exploitant die over een dergelijke installatie beschikt, het statuut van onderneming met een strategische en onontkoombare positie verkrijgen.

58 De Italiaanse Republiek heeft dienaangaande onweersproken benadrukt dat die situatie heeft geresulteerd in een ongerechtvaardigde stijging van de kosten en de eindprijs van de elektriciteit, die niet beantwoordt aan een werkelijke verhoging van de kosten en negatieve gevolgen kan hebben voor de voorzieningszekerheid.

59 In dat verband kan niet a priori worden uitgesloten dat een buitensporige stijging van de prijzen van de verkoopaanbiedingen als gevolg van het bestaan van dergelijke strategische en onontkoombare posities, verrekend wordt in de door de uiteindelijke afnemers en ondernemingen te betalen prijs.

60 In die omstandigheden kan de toepassing van het stelsel van essentiële installaties ten aanzien van producenten die worden geacht op de markt een strategische en onontkoombare positie te bekleden, geschikt zijn om de zekerheid van het netwerk en de bescherming van de afnemer te waarborgen.

61 Wat het stelsel van essentiële installaties betreft, zoals dit is gewijzigd bij besluit nr. 52/09, blijkt uit het aan het Hof overgelegde dossier dat voorlopig wetsbesluit nr. 185 en besluit nr. 52/09 zijn vastgesteld nadat was gebleken dat het toentertijd vigerende stelsel niet doeltreffend was, omdat slechts een gering aantal centrales van essentieel belang werd verklaard, maar tevens omdat uitsluitend afzonderlijke installaties en niet de eigenaren ervan van „essentieel" belang werden geacht. Daarom „kon het gebeuren dat het niet volstond een bepaalde installatie aan de bindende regeling te onderwerpen om de marktmacht van bepaalde marktpartijen te elimineren, omdat deze marktpartijen eigenaar waren van andere installaties die onmisbaar waren om de energiebehoefte voor de inschakeling te dekken, zodat zij niettemin eenzijdig de verkoopprijs konden bepalen voor de extra hoeveelheid energie die onder bepaalde omstandigheden noodzakelijk was voor het netwerk".

62 Aangezien Terna overeenkomstig artikel 63, lid 2, sub a, van bijlage A bij besluit nr. 111/06, zoals gewijzigd bij besluit nr. 52/09, elke installatie die onmisbaar is om de zekerheid van het netwerk te verzekeren, als essentieel aanmerkt, en aangezien het krachtens lid 3, sub a en b, van dat artikel gaat om productie-eenheden die absoluut noodzakelijk en onontbeerlijk zijn om te voldoen aan de behoeften van de systeemdiensten, kan een regeling zoals het stelsel van essentiële installaties de zekerheid van het netwerk en de bescherming van de afnemers waarborgen.

63 Niettemin moet worden nagegaan of deze vorm van regulering niet verder gaat dan ter bereiking van de nagestreefde doelstellingen van algemeen economisch belang noodzakelijk is.

64 Enel heeft dienaangaande onweersproken betoogd dat als gevolg van besluit nr. 52/09 een aanzienlijk deel van haar productiecapaciteit onderworpen werd aan het stelsel van essentiële installaties; de betrokken capaciteit was gestegen van 500 MW tot meer dan 10 000 MW. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of die bewering juist is.

65 In dat verband dienen de belangrijkste kenmerken van het stelsel van essentiële installaties, zoals dit is gewijzigd door besluit nr. 52/09, te worden onderzocht.

66 Artikel 63, lid 9, sub b, van bijlage A bij besluit nr. 111/06, zoals gewijzigd bij besluit nr. 52/09, bepaalt dat Terna bevoegd is om het aantal uren en het vermogen van de essentieel verklaarde installaties en/of groepen installaties vast te stellen. Terna neemt de eenheden en de installaties dus slechts op in de lijst voor de uren en de hoeveelheden waarvoor de productie-eenheid wordt geacht essentieel te zijn voor de zekerheid van het netwerk. Wat de hoeveelheden betreft die niet worden geacht van essentieel belang te zijn, voorziet het gewone stelsel in de mogelijkheid voor de producent om de door hem gewenste hoeveelheid op de markt aan te bieden tegen de door hem gewenste prijs.

67 Bovendien is in artikel 64, leden 3 en 4, van bijlage A bij besluit nr. 111/06, zoals gewijzigd bij besluit nr. 52/09, bepaald dat Terna bij de bepaling van de beperkingen en criteria voor de markt voor systeemdiensten rekening dient te houden met de resultaten op de day-aheadmarkt en de intradaymarkt. Wat meer bepaald de prijs van de op de markt voor systeemdiensten aanvaarde verkoop- en aankoopaanbiedingen betreft, heet het in artikel 64, lid 7, van bijlage A bij besluit nr. 111/06, zoals gewijzigd bij besluit nr. 52/09, dat deze prijs gelijk is aan de verkoopsprijs van elektriciteit op de dayaheadmarkt van het gebied waarin de productie-eenheid is gelegen. Hoewel die energie niet wordt verkocht tegen de prijs die de gebruiker van de systeemdiensten op die

markten had kunnen vragen en krijgen, aangezien het aanbod op de day-aheadmarkt en op de intradaymarkt gelijk moet zijn aan nul, moet bijgevolg worden vastgesteld dat de gebruiker voor de energie de gemiddelde marktprijs voor datzelfde gebied zal ontvangen.

68 Anders dan Enel stelt, staat de vergoeding die wordt betaald voor de op de markt voor systeemdiensten ter beschikking gestelde energie dus niet totaal los van de resultaten op de specifieke referentiebeurs. Aangezien artikel 64, lid 7, van besluit nr. 111/06, zoals gewijzigd bij besluit nr. 52/09, bepaalt dat voor die energie de gemiddelde marktprijs van het gebied waarin de productie-eenheid is gelegen, zal worden betaald, moet worden vastgesteld dat die regeling, zoals overigens ook is vastgesteld in artikel 3, lid 11, van voorlopig wetsbesluit nr. 185, lijkt te kunnen waarborgen dat de ondernemingen met dergelijke installaties een billijke vergoeding ontvangen.

69 Bovendien wordt in artikel 64, lid 8, van bijlage A bij besluit nr. 111/06, zoals gewijzigd bij besluit nr. 52/09, verklaard dat Terna, indien die prijs lager is dan de variabele kosten van de installatie, aan de exploitant van de installatie van essentieel belang een vergoeding betaalt die gelijk is aan het verschil, zo dit groter is dan nul, tussen de variabele kosten voor de productie-eenheden van die installatie en de verkoopprijs van de elektriciteit op de day-aheadmarkt. Blijkens het aan het Hof overgelegde dossier beoogt een dergelijk mechanisme aan de gebruiker van de systeemdiensten te verzekeren dat de vergoeding voor de op de markten beschikbare installaties van essentieel belang niet lager is dan de variabele kosten van de installatie zelf.

70 Het stelsel van essentiële installaties is bovendien in zekere mate flexibel en lijkt de exploitanten met essentiële installaties alternatieven te bieden om de gevolgen van de toepassing ervan te milderen.

71 Artikel 63, lid 5, van bijlage A bij besluit nr. 111/06, zoals gewijzigd bij besluit nr. 52/09, maakt het de gebruiker van de systeemdiensten immers mogelijk te kiezen welke van de door Terna geselecteerde minimumgroepen van productie-eenheden zal worden onderworpen aan het stelsel van essentiële installaties.

72 Op grond van artikel 63, lid 11, van bijlage A bij besluit nr. 111/06, zoals gewijzigd bij besluit nr. 52/09, kan de gebruiker van de systeemdiensten de AEEG verzoeken om toepassing van het „kostenvergoedingsstelsel", waarin hij een door de AEEG bepaald specifiek bedrag ontvangt dat gelijk is aan het verschil tussen de voor die productie-eenheid erkende productiekosten en de door die productie-eenheid gegenereerde opbrengsten gedurende de periode waarin deze op de lijst van essentiële installaties is opgenomen. Daartegenover staat dat de betrokken installatie voor de essentieel verklaarde periodes en productiecapaciteit onder de gewone regeling valt, en dat zij met betrekking tot de niet-essentiële of „vrije" hoeveelheden en periodes is onderworpen aan aanvullende beperkingen, die zijn vastgesteld in artikel 65 van bijlage A bij besluit nr. 111/06, zoals gewijzigd bij besluit nr. 52/09.

73 Wat de installaties betreft die zijn opgenomen in de lijst bedoeld in artikel 63, lid 1, van bijlage A bij besluit nr. 111/06, zoals gewijzigd bij besluit nr. 52/09, maar niet zijn toegelaten tot voormeld kostenvergoedingsstelsel, bepaalt artikel 64, lid 9, van dat besluit, zoals gewijzigd, dat de gebruiker van de systeemdiensten aan Terna kan voorstellen, binnen de termijnen en volgens de modaliteiten die vooraf zijn afgesproken, om een of meer productie-eenheden te vervangen door andere productie-eenheden waarvan hij eigenaar is.

74 Voorts kunnen de eigenaars van essentiële installaties afwijken van de regeling inzake essentiële installaties door gebruik te maken van het contractuele instrument waarin is voorzien bij artikel 65 bis van bijlage A bij besluit nr. 111/06, zoals gewijzigd bij besluit nr. 52/09, dat hen in staat stelt met Terna een van de twee in dit artikel bedoelde types overeenkomsten te sluiten. Die overeenkomsten worden goedgekeurd door de AEEG voordat zij met de eigenaren worden gesloten. Volgens die overeenkomsten

verbindt de gebruiker van de systeemdiensten die eigenaar is van essentiële installaties zich ertoe om op de markt voor systeemdiensten bepaalde hoeveelheden productiecapaciteit aan Terna beschikbaar te stellen door deze in ruil voor de betaling van een premie door Terna voor aan- en verkoop aan te bieden tegen prijzen die vooraf door de AEEG zijn vastgesteld. Enel heeft overigens gekozen voor een dergelijk alternatief mechanisme.

75 De duur van de maatregelen waarin is voorzien bij de in geding zijnde regeling moet beperkt zijn tot wat strikt noodzakelijk is voor het bereiken van de daarmee nagestreefde doelstellingen. Dienaangaande moet worden vastgesteld dat aangezien de lijst van de essentiële installaties jaarlijks wordt herzien en bijgewerkt, de installaties daarin slechts voor een beperkte duur lijken te zijn opgenomen. In elk geval dient een installatie slechts zo lang op deze lijst te worden opgenomen als zij wordt geacht van essentieel belang te zijn, dus zolang geen andere installatie in staat is in een bepaald gebied de voor de inschakeling vereiste bronnen parallel ter beschikking te stellen.

76 In dat verband zij opgemerkt dat voorlopig wetsbesluit nr. 185 onder meer tot doel heeft het transmissienet te verbeteren en dat artikel 3, lid 11, sub b, ervan bepaalt dat de AEEG tevens andere soorten maatregelen vaststelt om de werking van de markt voor systeemdiensten te verbeteren, om aan te zetten tot een verlaging van de kosten voor het verlenen van die diensten, om gebruik te maken van energieleveringscontracten met een lange duur en om de door de eindafnemers verschuldigde vergoeding te stabiliseren.

77 Hieraan zij toegevoegd dat de Italiaanse Republiek heeft benadrukt dat het niet de bedoeling is dat het stelsel van essentiële installaties een permanent stelsel wordt en dat het zal kunnen worden afgeschaft wanneer de structurele maatregelen op middellange en lange termijn betreffende het netwerk, die reeds zijn doorgevoerd in de gebieden waar de situaties het meest kritiek is, zoals Sicilië of Sardinië, of door de nationale wetgever zijn gepland, de doeltreffendheid van het beheer van de systeemdiensten zullen hebben verbeterd door de verlaging van de concentratie van de lokale markmacht van die installaties.

78 Ten slotte moet worden vastgesteld dat het stelsel van essentiële installaties, zoals blijkt uit artikel 63, lid 2, sub b, van bijlage A bij besluit nr. 111/06, zoals gewijzigd bij besluit nr. 52/09, heeft bewerkstelligd dat niet alleen de installaties die specifiek onmisbaar zijn om te voldoen aan de behoeften die aan een bepaalde systeemdienst zijn verbonden, onder het begrip essentiële installaties zijn gebracht, maar ook bepaalde installaties die globaal beschouwd onmisbaar zijn om te voorzien in de behoeften van de systeemdiensten.

79 Zoals de advocaat-generaal in punt 70 van zijn conclusie heeft opgemerkt, kunnen die laatste installaties bovendien economisch gezien noodzakelijk zijn, in die zin dat de eigenaren ervan zich in een positie bevinden waarin zij de markt domineren, waardoor zij de controle hebben over de elektriciteitsprijzen, met inbegrip van de prijzen voor systeemdiensten.

80 In die omstandigheden lijkt de in geding zijnde regeling niet verder te gaan dan ter bereiking van de daarmee nagestreefde doelstellingen noodzakelijk is. Het staat evenwel aan de verwijzende rechter om na te gaan of dat het geval is.

Inachtneming van de andere voorwaarden van de artikelen 3, lid 2, en 11, leden 2 en 6, van richtlijn 2003/54

81 Zoals blijkt uit punt 48 van het onderhavige arrest, moet nog worden nagegaan of de met de inschakeling verband houdende openbaredienstverplichtingen van Terna en van de exploitanten met essentiële installaties duidelijk gedefinieerd, transparant, bekendgemaakt en controleerbaar zijn.

82 In dat verband zij opgemerkt dat besluit nr. 111/06, zoals gewijzigd bij besluit nr. 52/09, alsook artikel 3, lid 11, van voorlopig wetsbesluit nr. 185 en de Codice di trasmissione, dispacciamento, sviluppo e sicurezza della rete (Italiaanse codex inzake

de transmissie, de inschakeling, de ontwikkeling en de zekerheid van het netwerk; hierna: „Codice"), nadere invulling geven aan de voorwaarden en de criteria op grond waarvan Terna een installatie of een groep van installaties van essentieel belang verklaart. Artikel 63 van bijlage A bij besluit nr. 111/06, zoals gewijzigd bij besluit nr. 52/09, bepaalt voorts dat Terna elk jaar een lijst van die installaties opstelt en bekendmaakt. Blijkens het dossier worden die criteria toegelicht in het technische rapport ter verklaring van de inhoud van besluit nr. 52/09 en gedetailleerd beschreven in hoofdstuk 4 van de Codice.

83 In het bijzonder bepaalt lid 9 van voormeld artikel 63 dat Terna gehouden is aan de AEEG en de gebruikers van de systeemdiensten de volgende gegevens mede te delen betreffende de essentiële installaties waarover zij beschikken: 1) een verslag waarin wordt uiteengezet waarom de opneming van de productie-eenheden van die groep op de lijst gerechtvaardigd is; 2) de perioden van het jaar en de omstandigheden waarin die installaties naar verwachting van Terna onmisbaar zullen zijn voor de zekerheid van het netwerk, met vermelding van de betrokken installaties; 3) de voornaamste te verwachten werkingsparameters en de betrokken perioden van het volgende kalenderjaar tijdens welke die parameters volgens Terna zouden moeten kunnen worden vastgesteld, en 4) een voor zover mogelijk voor elk van de beschouwde parameters afzonderlijk berekende raming van het waarschijnlijke gebruik van de productie-eenheden en van alle andere installaties die behoren tot een groep tijdens de perioden waarin deze onmisbaar zouden kunnen blijken te zijn voor het verzekeren van het zekere beheer van het elektriciteitsnet.

84 Op basis van die gegevens deelt de gebruiker van de systeemdiensten ten minste twaalf uur vóór het verstrijken van de termijn om aanbiedingen te doen op de dayaheadmarkt aan Terna mee welke eenheden van de essentiële installaties voor het elimineren van netwerkcongestie zullen worden ingezet bij de uitvoering van de verplichtingen om elektriciteit aan te bieden.

85 Voorts zijn de verplichtingen die rusten op de gebruikers van de systeemdiensten neergelegd in de artikelen 63, lid 7, en 64, leden 1 tot en met 10, van bijlage A bij besluit nr. 111/06, zoals gewijzigd bij besluit nr. 52/09, die de voorwaarden bepalen waaronder de aanbiedingen dienen te worden gedaan.

86 Het stelsel van essentiële installaties heeft niet het door Enel aangevoerde discriminerende karakter. Het geldt immers zonder onderscheid voor alle exploitanten die tijdens een bepaalde periode eigenaar zijn van een of meer installaties die volgens objectieve technische criteria essentieel kunnen blijken te zijn om te voldoen aan de elektriciteitsbehoeften van de systeemdiensten.

87 Wat de eis betreft dat bij de inschakeling rekening wordt gehouden met de economische rangorde van de elektriciteit, blijkt niet uit het dossier dat de verkoopaanbiedingen op de day-aheadmarkt en op de intradaymarkt niet door Terna worden geselecteerd op basis van het criterium van de zogenoemde „merit order", waarbij wordt uitgegaan van het gunstigste aanbod en vervolgens in oplopende volgorde wordt gewerkt.

88 Wat ten slotte de eis betreft dat de in geding zijnde regeling controleerbaar moet zijn, moet worden opgemerkt dat besluit nr. 52/09 een besluit van een bestuursorgaan is waartegen als zodanig voor de rechter lijkt te kunnen worden opgekomen, zoals Terna heeft gesteld in antwoord op een ter terechtzitting gestelde vraag. Dienaangaande zij opgemerkt dat een beroep tegen dat besluit de aanleiding vormde voor het hoofdgeding.

89 Uit hetgeen voorafgaat volgt dat op de prejudiciële vraag moet worden geantwoord dat richtlijn 2003/54, en in het bijzonder de artikelen 3, lid 2, en 11, leden 2 en 6, ervan, aldus moeten worden uitgelegd dat zij niet in de weg staan aan een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarbij, met het oog op de verlaging van de elektriciteitsprijs in het belang van de eindafnemers en op de zekerheid van het elektriciteitsnetwerk, aan de exploitanten van installaties of groepen installaties die volgens de door de nationale regelgevende instantie vastgestelde criteria worden geacht van essentieel belang te zijn om te voorzien in de elektriciteitsbehoeften die aan de systeemdiensten verbonden zijn, de verplichting wordt opgelegd om elektriciteit aan te bieden op de nationale elektriciteitsmarkten tegen voorwaarden die vooraf door deze instantie zijn vastgesteld, voor zover deze regeling niet verder gaat dan ter bereiking van het daarmee nagestreefde doel noodzakelijk is. De verwijzende rechter dient na te gaan of in het hoofdgeding aan die voorwaarde is voldaan.

Kosten

90 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Tweede kamer) verklaart voor recht:

Richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van richtlijn 96/92/EG, en in het bijzonder de artikelen 3, lid 2, en 11, leden 2 en 6, ervan, moeten aldus worden uitgelegd dat zij niet in de weg staan aan een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarbij, met het oog op de verlaging van de elektriciteitsprijs in het belang van de eindafnemers en op de zekerheid van het elektriciteitsnetwerk, aan de exploitanten van installaties of groepen installaties die volgens de door de nationale regelgevende instantie vastgestelde criteria worden geacht van essentieel belang te zijn om te voorzien in de elektriciteitsbehoeften die aan de systeemdiensten verbonden zijn, de verplichting wordt opgelegd om elektriciteit aan te bieden op de nationale elektriciteitsmarkten tegen voorwaarden die vooraf door deze instantie zijn vastgesteld, voor zover deze regeling niet verder gaat dan ter bereiking van het daarmee nagestreefde doel noodzakelijk is. De verwijzende rechter dient na te gaan of in het hoofdgeding aan die voorwaarde is voldaan.

ondertekeningen