CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
van 2 april 2020 [1]

Zaak C-648/18

Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei (ANRE)
tegen
Societatea de Producere a Energiei Electrice în Hidrocentrale Hidroelectrica SA

[verzoek van de Tribunal București (rechter in tweede aanleg Boekarest, Roemenië) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Interne elektriciteitsmarkt – Artikel 35 VWEU – Vrij verkeer van goederen – Kwantitatieve uitvoerbeperkingen – Maatregelen van gelijke werking – Uitvoer van elektriciteit – Nationale maatregel die elektriciteitsproducenten verplicht om alle elektriciteit die zij produceren uitsluitend op een gecentraliseerde competitieve nationale markt te verhandelen"

1. De Roemeense regulerende instantie heeft een onderneming een sanctie opgelegd omdat deze onderneming een deel van de door haar geproduceerde elektriciteit naar Hongarije had geëxporteerd zonder die elektriciteit eerst op de binnenlandse markt te hebben aangeboden via een gecentraliseerd handelsplatform, zoals – zo stelde zij – de nationale wetgeving voorschrijft.

2. De Tribunal București (rechter in tweede aanleg Boekarest, Roemenië) wenst te vernemen of de nationale wetgeving zoals zij op die manier wordt toegepast, een kwantitatieve uitvoerbeperking of maatregel van gelijke werking inhoudt en dus onverenigbaar is met artikel 35 VWEU.

I. Rechtskader

A. Unierecht

1. Richtlijn 2009/72

3. Richtlijn 2009/72/EG [2] omvat de volgende overwegingen:

„[…]

[1] Oorspronkelijke taal: Spaans.

[2] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van richtlijn 2003/54/EG (PB 2009, L 211, blz. 55).

(3) De vrijheden die de burgers van de Unie in het Verdrag worden gegarandeerd, onder meer het vrij verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening, kunnen evenwel enkel verwezenlijkt worden in een volledig opengestelde markt waarop alle consumenten hun leveranciers vrijelijk kunnen kiezen en alle aanbieders vrijelijk aan hun afnemers leveren.

[…]

(25) De zekerheid van de energievoorziening is een essentieel element voor de openbare veiligheid en is daarom inherent verbonden met de efficiënte functionering van de markt voor elektriciteit en met de integratie van de geïsoleerde markten van de lidstaten. […] Functionerende elektriciteitsmarkten en met name de netten en andere activa die met de levering van elektriciteit verbonden zijn, zijn essentieel voor de openbare veiligheid, het concurrentievermogen van de economie en het welzijn van de burgers van de Unie. […]

[…]

(51) De consumentenbelangen zouden in deze richtlijn centraal moeten staan, en de kwaliteit van de dienstverlening zou een kerntaak van elektriciteitsbedrijven moeten zijn. Bestaande rechten van consumenten moeten worden versterkt en gewaarborgd, en dienen meer transparantie te omvatten. Consumentenbescherming zou moeten waarborgen dat alle consumenten in de ruimere context van de Gemeenschap profiteren van een concurrerende markt. Consumentrechten dienen te worden gehandhaafd door de lidstaten, of, indien een lidstaat hierin voorziet, door de regulerende instanties.

[…]”

4. Artikel 3 van die richtlijn („Openbaredienstverplichtingen en bescherming van de afnemer”) bepaalt in lid 1:

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

5. Artikel 4 van de richtlijn („Monitoren van de leverings- en voorzieningszekerheid”) bepaalt:

„De lidstaten zorgen ervoor dat aangelegenheden betreffende de voorzieningszekerheid worden gemonitord. Wanneer de lidstaten zulks nodig achten, kunnen zij deze taak toevertrouwen aan de in artikel 35 bedoelde regulerende instanties. Met name zullen het evenwicht tussen vraag en aanbod op de nationale markt, het niveau van de verwachte toekomstige vraag, geplande of in aanbouw zijnde extra capaciteit die wordt overwogen, en de kwaliteit en de staat van onderhoud van de netten, alsmede maatregelen ter dekking van de piekvraag en bij het in gebreke blijven van één of meer leveranciers gemonitord worden. […]”

6. Artikel 36 van de richtlijn („Algemene doelstellingen van de regulerende instantie”) schrijft het volgende voor:

„Bij de uitvoering van de in deze richtlijn omschreven reguleringstaken neemt de regulerende instantie alle redelijke maatregelen om de volgende doelstellingen te bereiken binnen het kader van haar taken en bevoegdheden zoals vastgesteld in artikel 37, waar nodig in nauw overleg met de andere betrokken nationale autoriteiten, waaronder de mededingingsautoriteiten, en zonder dat wordt geraakt aan hun bevoegdheden:

a) de bevordering, in nauwe samenwerking met het Agentschap, de regulerende instanties van andere lidstaten en de Commissie, van een door concurrentie gekenmerkte, zekere en vanuit milieuoogpunt duurzame interne markt voor elektriciteit binnen de Gemeenschap en van een daadwerkelijke openstelling van de markt voor alle afnemers en leveranciers in de Gemeenschap, en waarborging dat elektriciteitsnetten op een doeltreffende en betrouwbare manier werken, rekening houdend met doelstellingen op lange termijn;

b) de ontwikkeling van door concurrentie gekenmerkte en goed functionerende regionale markten binnen de Gemeenschap met het oog op het bereiken van de onder a) genoemde doelstelling;

c) het opheffen van alle beperkingen voor handel in elektriciteit tussen de lidstaten, inclusief de ontwikkeling van afdoende grensoverschrijdende transmissiecapaciteit om aan de vraag te voldoen en de integratie van nationale markten te versterken, hetgeen de elektriciteitsstromen in de Gemeenschap kan faciliteren;

[…]”

7. Artikel 37 van richtlijn 2009/72 („Taken en bevoegdheden van de regulerende instantie”) luidt:

„1. De regulerende instantie heeft de volgende taken:

[…]

c) samenwerken in verband met grensoverschrijdende kwesties met de regulerende instantie of instanties van de betrokken lidstaten en met het Agentschap;

[…]

i) toezicht houden op het niveau van transparantie, met inbegrip van groothandelsprijzen, en waken over de naleving van de transparantieverplichtingen door de elektriciteitsbedrijven;

j) toezicht houden op het niveau en de doeltreffendheid van openstelling van de markt en de mededinging […];

[…]”

8. Artikel 38 van die richtlijn („Reguleringsstelsel voor grensoverschrijdende kwesties”) luidt:

„1. De regulerende instanties werken onderling nauw samen en raadplegen elkaar, en voorzien elkaar en het Agentschap van alle informatie die zij nodig hebben voor de uitvoering van hun

taken overeenkomstig deze richtlijn. De ontvangende instantie zorgt ervoor dat ten aanzien van ontvangen informatie dezelfde graad van vertrouwelijkheid geldt als van de verzendende instantie wordt verlangd.

[…]

3. Nationale regulerende instanties hebben het recht om met elkaar regelingen aan te gaan ter bevordering van samenwerking op het gebied van regulering.

[…]"

2. Verordening nr. 1227/2011

9. Artikel 1 van verordening (EU) nr. 1227/2011 [3] („Onderwerp, toepassingsgebied en verband met andere wetgeving van de Unie") bepaalt in lid 1:

„Bij deze verordening worden voorschriften vastgesteld, die misbruik met gevolgen voor de groothandelsmarkten voor energie verbieden en die coherent zijn met de voorschriften die van toepassing zijn op de financiële markten, en met de goede werking van deze groothandelsmarkten voor energie, daarbij rekening houdend met hun specifieke kenmerken. De verordening voorziet in toezicht op de groothandelsmarkt voor energie door het Agentschap voor de samenwerking tussen energieregulators […] in nauwe samenwerking met de nationale regulerende instanties en rekening houdend met de interacties tussen het systeem voor de handel in emissierechten en de groothandelsmarkten voor energie."

3. Verordening 2015/1222

10. Artikel 5 van verordening (EU) 2015/1222 [4] („Aanwijzing van NEMO's [nominated electricity market operators] in het geval van een nationaal wettelijk monopolie voor handelsdiensten") bepaalt in lid 1, eerste alinea:

„Wanneer er in een lidstaat of in de biedzone van een lidstaat op het tijdstip van inwerkingtreding van deze verordening al een nationaal wettelijk monopolie voor day-ahead- en intradayhandelsdiensten bestaat, waarbij de aanwijzing van meer dan één NEMO wordt uitgesloten, stelt de desbetreffende lidstaat de Commissie daarvan binnen twee maanden na de inwerkingtreding van deze verordening in kennis en kan die lidstaat de aanwijzing van meer dan één NEMO per biedzone weigeren."

[3] Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende de integriteit en transparantie van de groothandelsmarkt voor energie (PB 2011, L 326, blz. 1).

[4] Verordening van de Commissie van 24 juli 2015 tot vaststelling van richtsnoeren betreffende capaciteitstoewijzing en congestiebeheer (PB 2015, L 197, blz. 24).

B. Nationaal recht

11. Artikel 2 van Legea energiei electrice și a gazelor naturale nr. 123/2012 [5] bepaalt:

„Activiteiten op het gebied van elektrische energie en warmte-energie opgewekt door warmtekrachtkoppeling dienen plaats te vinden omwille van de verwezenlijking van de volgende fundamentele doelstellingen:

[…]

c) het tot stand brengen en garanderen van de werking van competitieve markten voor elektriciteit;

[…]

h) verbetering van het concurrentievermogen van de interne markt voor elektriciteit en de actieve betrokkenheid bij het tot stand brengen zowel van de regionale markt als van de interne energiemarkt van de Europese Unie en de ontwikkeling van de grensoverschrijdende handel;

[…]”

12. Artikel 3, punt 49, van wet nr. 123/2012 definieert de gecentraliseerde elektriciteitsmarkt als „het georganiseerde verband waarbinnen de elektriciteitstransacties tussen de verschillende ondernemers plaatsvinden, via bemiddeling door de beheerder van de elektriciteitsmarkt of door de beheerder van het transmissienetwerk, op grond van specifieke regels die zijn goedgekeurd door de bevoegde autoriteit”.

13. In artikel 20, lid 1, van die wet is bepaald:

„De elektriciteitsmarkt bestaat uit de gereglementeerde markt en de competitieve markt, en de energietransacties geschieden via de groot- of detailhandel.”

14. Artikel 23, lid 1, van de wet luidt:

„Elektriciteitstransacties vinden plaats op de competitieve markt, op transparante, openbare, gecentraliseerde en niet-discriminerende wijze.”

15. Artikel 28 van wet nr. 123/2012 luidt:

„Producenten hebben hoofdzakelijk de volgende verplichtingen:

[…]

c) energie en technologische systeemdiensten op transparante en niet-discriminerende wijze verhandelen op de gereglementeerde en competitieve markt;

[…]”

[5] Wet nr. 123/2012 betreffende elektrische energie en aardgas (hierna: „wet nr. 123/2012”).

II. Hoofdgeding en prejudiciële vraag

16. De Societatea de Producere a Energiei Electrice în Hidrocentrale Hidroelectrica SA (hierna: „Hidroelectrica") is een privaatrechtelijke Roemeense vennootschap waarin de Staat een meerderheidsbelang heeft. Haar bedrijfsactiviteiten zijn onder andere het vervoer en de distributie van elektriciteit, en zij bezit vergunningen voor zowel de opwekking als de levering van elektriciteit.

17. Hidroelectrica bezit eveneens een handelsvergunning afgegeven door de regelgevende instantie voor energie van Hongarije.

18. Na verkrijging van deze vergunning, met ingang van december 2014, heeft deze vennootschap contracten afgesloten voor de verkoop van elektriciteit via een gecentraliseerd transactieplatform in Hongarije, dat behoort tot de markten die door het Agentschap voor de samenwerking tussen energieregulators (hierna: „Agentschap") worden erkend ter fine van samenwerking tussen regulerende instanties op het gebied van energie.

19. Op 11 mei 2015 heeft de Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei (nationale regelgevende instantie op energiegebied; hierna: „ANRE") Hidroelectrica een proces-verbaal doen toekomen waarbij de vennootschap een geldboete van 50 000 Roemeense leu (RON) is opgelegd „aangezien zij niet op transparante wijze de totale hoeveelheid beschikbare elektriciteit heeft aangeboden op de competitieve elektriciteitsmarkt in Roemenië, maar een deel van de door haar opgewekte elektriciteit heeft geëxporteerd naar de elektriciteitsmarkt in Hongarije, waarmee zij heeft gehandeld in strijd met de geldende wettelijke bepalingen".

20. Bij het beboeten van Hidroelectrica heeft ANRE zich gebaseerd op artikel 23, lid 1, en artikel 28, onder c), van wet nr. 123/2012, die zij heeft uitgelegd in de zin dat de verplichting van nationale elektriciteitsproducenten om de totale hoeveelheid beschikbare elektriciteit openbaar en niet-discriminerend aan te bieden op de competitieve markt inhoudt dat deze producenten de verplichting hebben om de totale hoeveelheid elektriciteit aan te bieden op de platforms van Opcom SA (dus op de gecentraliseerde nationale elektriciteitsmarkt van Roemenië). [6]

21. In Roemenië heeft een producent volgens ANRE niet het recht om rechtsreeks elektriciteit te exporteren naar andere landen van de Europese Unie. Een dergelijk handelen is in strijd met de nationale wetgeving en, impliciet, met de voorwaarden van de opwekkingsvergunning, hetgeen wordt bestraft met een bestuurlijke boete.

22. Hidroelectrica heeft bij de Judecătorie Sectorului 1 București (rechter in eerste aanleg district 1, Boekarest, Roemenië) beroep ingesteld tegen de boete, stellende dat zij nietig moest worden verklaard omdat zij in strijd is met het beginsel van het vrije verkeer van goederen. In het bijzonder heeft Hidroelectrica aangevoerd dat ANRE artikel 23, lid 1, van wet nr. 123/2012 in strijd met de zienswijze van de Consiliul Concurenței (mededingingsautoriteit, Roemenië) en eerdere interpretaties van ANRE zelf heeft uitgelegd.

[6] Op 13 februari 2015 heeft ANRE op haar webpagina een bericht gepubliceerd onder de titel „Uitlegging door ANRE van de bepalingen van wet nr. 123/2012 met betrekking tot de mogelijkheden van export van elektriciteit door de producenten". Over de artikelen 23 en 28 van wet nr. 123/2012 verklaarde zij in dit bericht, zoals ook in de verwijzingsbeslissing is vermeld, dat „de uitleg van ANRE is dat alle beschikbare energie dient te worden aangeboden op een transparante, openbare, niet-discriminerende en gecentraliseerde wijze op de platforms van Opcom SA" – dat wil zeggen op de gecentraliseerde elektriciteitsmarkt in Roemenië. Volgens de Commissie gaat het bericht verder met de verklaring dat „een producent een handelsbedrijf in Roemenië of in een ander land kan oprichten, maar dat dit bedrijf de door de producent geproduceerde elektriciteit slechts kan kopen indien het deelneemt aan een van de door Opcom beheerde handelsplatforms waaraan ook de producent meedoet, en het desbetreffende contract aan zijn bod of aan een soortgelijk bod wordt toegewezen" (punt 20 van de opmerkingen van de Commissie).

23. Nadat Hidroelectrica in eerste aanleg in het gelijk was gesteld, heeft ANRE hoger beroep ingesteld bij de Tribunal București, die deze prejudiciële vraag voorlegt:

„Staat artikel 35 VWEU in de weg aan een uitlegging van artikel 23, lid 1, en artikel 28, onder c), van [wet nr. 123/2012] volgens welke elektriciteitsproducenten in Roemenië verplicht zijn de totale hoeveelheid opgewekte elektriciteit uitsluitend te verhandelen via een gecentraliseerde competitieve markt in Roemenië, hoewel de mogelijkheid bestaat om energie te exporteren, zij het niet rechtstreeks maar via handelsbedrijven?"

III. Procedure bij het Hof

24. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is bij het Hof ingekomen op 17 oktober 2018. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door ANRE, de Roemeense regering en de Europese Commissie.

25. ANRE, Hidroelectrica, de Roemeense regering en de Commissie zijn verschenen ter openbare terechtzitting van 23 januari 2020.

IV. Analyse

A. Ontvankelijkheid

26. ANRE heeft de ontvankelijkheid van de prejudiciële verwijzing ter discussie gesteld, aangezien zij meent dat de verwijzende rechter niet zozeer twijfelt over de uitlegging van het Unierecht, als wel een bepaalde interpretatie van een nationale wet wil toetsen aan het Unierecht. Zij voegt hieraan toe dat het Hof niet bevoegd is om zich te mengen in een debat over de uitlegging en toepassing van een bepaling van nationaal recht. [7]

27. Aan het geschil ligt een aan een aantal bepalingen van wet nr. 123/2012 gegeven interpretatie ten grondslag waarover partijen het niet eens zijn. ANRE interpreteert artikel 23, lid 1, en artikel 28, onder c), van wet nr. 123/2012 zo dat alle groothandelstransacties in elektriciteit uitsluitend via de platforms van Opcom mogen plaatsvinden. Volgens de verwijzingsbeslissing komen sommige Roemeense rechters echter tot andere conclusies. [8]

28. De rechter in eerste aanleg in deze zaak heeft de genoemde bepalingen op zodanige wijze uitgelegd dat het beroep van Hidroelectrica gegrond werd verklaard. In hoger beroep volhardt ANRE echter dat een strikte interpretatie op haar plaats is, welke interpretatie – indien zij wordt gehanteerd – de rechtmatigheid van de opgelegde boete tot gevolg zou hebben. [9]

7 Punt 1, zesde alinea, van de opmerkingen van ANRE.

8 In punt 6 van de verwijzingsbeslissing is er sprake van een vonnis van een rechter in eerste aanleg te Boekarest waarin wordt verklaard dat „het uitvoeren van transacties buiten de gecentraliseerde platforms van OPCOM niet noodzakelijkerwijs neerkomt op een schending van de bepalingen van artikel 23, lid 1, van wet nr. 123/2012".

9 Tegenover deze interpretatie, die de Commissie als „restrictief" bestempelt (punt 18 van haar opmerkingen), zijn er ook aanhangers van een „ruime" interpretatie van die bepalingen (punt 21 van die opmerkingen). Ook de Roemeense mededingingsautoriteit heeft zich in een verslag van 25 februari 2015 voor laatstgenoemde interpretatie uitgesproken. Een deel van dat verslag wordt, zoals Hidroelectrica aangeeft, overgenomen in de verwijzingsbeslissing en luidt dat „de bepalingen van wet nr. 123/2012 […] die de marktdeelnemers ertoe verplichten alleen voor de gecentraliseerde markten groothandelstransacties aan te gaan, dienen te worden uitgelegd in de zin dat het aan energieproducenten toegestaan is om rechtstreeks (of via ondernemingen van de groep) verkoop voor de export te realiseren".

29. Het niet-ontvankelijkheidsbezwaar kan niet worden aanvaard. De verwijzende rechter verzoekt het Hof niet om uitspraak te doen over de uitlegging van wet nr. 123/2012 en te bepalen welke van de twee voorgestane interpretaties naar nationaal recht de juiste is. Hij vraagt zich evenwel af, nadat hij een van de twee interpretaties heeft gehanteerd (namelijk de „restrictieve"), of de nationale bepalingen verenigbaar zijn met het Unierecht.

30. Met de prejudiciële vraag wordt beoogd te vernemen of artikel 35 VWEU zich verzet tegen de regeling voor elektriciteitstransacties die gebaseerd is op de *restrictieve* interpretatie van de nationale wetgeving. Bij de beantwoording van deze vraag wordt van het Hof niet verlangd dat het het nationale debat over de *beste* interpretatie van de nationale wet beslecht. Het Hof dient, uitgaande van het door de verwijzende rechter geschetste wettelijke kader [10], zich uit te laten over de vraag of dat kader zich verdraagt met het Unierecht (hier artikel 35 VWEU), en aldus een uniforme uitlegging van het Unierecht te verzekeren die alle autoriteiten en rechterlijke instantie van alle lidstaten bindt. [11]

B. Toepasselijkheid van artikel 35 VWEU

31. De Roemeense regering en ANRE betogen dat, gelet op de harmonisatie van de wetgeving door middel van verordening 2015/1222, artikel 35 VWEU niet van toepassing is.

32. Het is vaste rechtspraak dat „wanneer een materie op Unieniveau uitputtend is geharmoniseerd, alle daarop betrekking hebbende nationale maatregelen moeten worden getoetst aan de bepalingen van die harmonisatiemaatregel en niet aan die van het primaire recht". [12]

33. Zonder dat hoeft te worden nagegaan of verordening 2015/1222 de materie uitputtend harmoniseert, kan wel worden vastgesteld dat die verordening op 26 juli 2015 in werking is getreden en dat de feiten die tot de boete hebben geleid, zich hebben voorgedaan tussen december 2014 en februari 2015. Verordening 2015/1222 is dus ratione temporis niet van toepassing.

34. Ook ratione materiae is dat overigens niet het geval, aangezien, zoals Hidroelectrica ter terechtzitting heeft opgemerkt, het in artikel 5 van die verordening bedoelde monopolie enkel betrekking heeft op kortetermijnmarkten (day-ahead- en intradaymarkten), en niet op de in het hoofdgeding aan de orde zijnde markten (transacties op middellange en lange termijn en bilaterale contracten).

[10] Het is de exclusieve taak van de verwijzende rechter het feitelijke en juridische kader te omschrijven waarin de gestelde prejudiciële vraag moet worden geplaatst. Zie onder meer arrest van 2 april 2009, Pedro IV Servicios (C-260/07, ECLI:EU:C:2009:215, punt 29). Dit ongeacht de mogelijkheid dat de hogere rechtelijke instanties die verantwoordelijk zijn voor de uniformiteit van de jurisprudentie over wat naar nationaal recht rechtmatig is, het uiteindelijk oneens zijn met de door de verwijzende rechter gehanteerde interpretatie. In dat geval is de door het Hof in deze procedure gegeven uitlegging van het Unierecht mogelijkerwijs niet voldoende om eventuele uit de *nieuwe* interpretatie van de nationale wetgeving voortvloeiende twijfels omtrent de verenigbaarheid met het Unierecht weg te nemen. Het gaat echter nog steeds om de gezaghebbende uitlegging van het Unierecht *in de feitelijke en juridische context* die aan dit verzoek om een prejudiciële beslissing ten grondslag ligt.

[11] Het gaat daarbij om een uitlegging die niet ziet op hypothetische vraagstukken, maar op reële geschillen (arrest van 16 december 1981, Foglia, 244/80, EU:C:1981:302, punt 18), en dus betrekking heeft op de toepassing van bepalingen waarvan de relevantie voor de beslechting van het geschil door de nationale rechter moet worden bepaald.

[12] Arrest van 1 juli 2014, Ålands Vindkraft (C-573/12, EU:C:2014:2037, punt 57 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

35. Zoals de Commissie heeft benadrukt [13], behelst richtlijn 2009/72, als de belangrijkste regeling van de interne markt voor elektriciteit, geen volledige harmonisatie. In het bijzonder bevat deze richtlijn geen specifieke bepalingen op het gebied van elektriciteitstransacties.

36. Aangezien de voorwaarden voor elektriciteitstransacties op de markten van de lidstaten niet volledig zijn geharmoniseerd, moet de nationale regeling worden getoetst aan de Verdragen. Ik herinner eraan dat elektriciteit een goed is in de zin van de artikelen 34 en 35 VWEU. [14]

C. Ten gronde

37. Volgens de door de verwijzende rechter gehanteerde interpretatie van de nationale regeling moeten transacties op de groothandelsmarkt voor elektriciteit plaatsvinden via een gecentraliseerd platform in Roemenië, en mogen producenten niet rechtstreeks elektriciteit naar de markt van een andere lidstaat exporteren.

38. Uit de verwijzingsbeslissing volgt dat wet nr. 123/2012 de export van elektriciteit niet absoluut verbiedt. Dat verbod geldt voor producenten, die de door hen opgewekte elektriciteit verplicht op de gecentraliseerde nationale markt moeten verkopen. Zoals ter terechtzitting is verklaard, kunnen de tussenpersonen (traders) die deze elektriciteit op die markt kopen, deze echter vervolgens naar andere lidstaten exporteren. [15]

39. Hoewel de kenmerken van de Roemeense elektriciteitsmarkt ter terechtzitting uitvoerig zijn besproken, ben ik bang dat het onmogelijk is gebleken om een exact beeld te krijgen en dat de verwijzende rechter een en ander dient na te gaan. Voor zover voor deze procedure van belang, lijkt er echter een zekere consensus te bestaan over de volgende punten:

– groothandelsproducenten zijn verplicht te handelen via Opcom, een platform waarop zij alle door hen opgewekte elektriciteit moeten verhandelen;

– deze producenten kunnen dus geen middellange- en langetermijncontracten sluiten om de door hen opgewekte elektriciteit naar andere lidstaten te exporteren, noch kunnen zij toegang hebben tot de gecentraliseerde markten van die andere lidstaten;

– bilaterale exportcontracten kunnen uitsluitend worden gesloten via tussenpersonen (traders) die daaraan voorafgaand elektriciteit op de groothandelsmarkt hebben gekocht;

– deze beperkingen bestaan niet op de kortetermijnmarkten (day-ahead en intraday), waar het aantal transacties geringer is dan op de groothandelsmarkt.

40. Zoals reeds gezegd, wordt in deze zaak opgekomen tegen een boete die overeenkomstig de door ANRE verdedigde interpretatie van de Roemeense wet aan Hidroelectrica is opgelegd wegens het exporteren van elektriciteit buiten het platform van Opcom om.

[13] Punten 25 tot en met 27 van haar opmerkingen.

[14] Zie in het algemeen arrest van 27 april 1994, Almelo (C-393/92, EU:C:1994:171, punt 28).

[15] De Roemeense regering wijst erop dat het exportniveau van elektriciteit vanuit Roemenië in 2014 en 2016 respectievelijk 8 200 GWh en 8 587 GWh was (punt 23 van haar opmerkingen).

1. Uitvoerbeperking

41. Allereerst moet worden vastgesteld of het verbod dat geldt voor een marktdeelnemer die in Roemenië elektriciteit produceert, om die elektriciteit naar een andere lidstaat te exporteren zonder daarbij gebruik te maken van het naar nationaal recht ingestelde platform, een maatregel van gelijke werking is als een kwantitatieve uitvoerbeperking in de zin van artikel 35 VWEU.

42. Het Hof heeft als maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve uitvoerbeperkingen gekwalificeerd „nationale maatregelen die een specifieke beperking van het uitgaande goederenverkeer tot doel of tot gevolg hebben en aldus tot een ongelijke behandeling van de binnenlandse handel en de uitvoerhandel van een lidstaat leiden, waardoor aan de nationale productie of de binnenlandse markt van de betrokken lidstaat ten koste van de productie of de handel van andere lidstaten een bijzonder voordeel wordt verzekerd”. [16]

43. ANRE legt wet nr. 123/2012 zo uit dat deze wet een verbod behelst van rechtstreekse transacties (dus zonder de tussenkomst van de platforms van Opcom) tussen Roemeense elektriciteitsproducenten en hun potentiële klanten in een andere lidstaat.

44. Hoewel dit verbod ook geldt voor producenten van voor binnenlands verbruik bestemde elektriciteit, volgt uit de rechtspraak van het Hof dat „een voor alle op het nationale grondgebied handelende marktdeelnemers geldende nationale maatregel die de facto nadeliger is voor de uitvoer van producten van de markt van de uitvoerende lidstaat dan voor de handel in producten op de nationale markt van die lidstaat, onder het in artikel 35 VWEU neergelegde verbod valt”. [17]

45. De Commissie betoogt dat in casu hiervan sprake is, welk standpunt ik deel. De nationale regeling heeft een afschrikkend effect op de export, en de door Opcom beheerde gecentraliseerde nationale markt wordt niet op dezelfde wijze als soortgelijke elektriciteitsmarkten in de rest van de Unie behandeld. Bovendien is de Commissie van mening dat, als het Roemeense systeem daadwerkelijk overeenkomt met het door partijen ter terechtzitting beschreven model, het betreffende systeem met het Unierecht onverenigbare directe discriminatie oplevert. [18]

46. De Roemeense regering erkent uiteindelijk de door de Commissie gelaakte beperkende werking. Zij voert aan dat de export van elektriciteit door middel van bilaterale contracten en buiten het gecentraliseerde platform om „leidt tot een vermindering van de beschikbare elektriciteit ter dekking van de binnenlandse verbruikscurve, hetgeen tot gevolg zou hebben dat de vermindering moet worden gedekt door import”. [19]

47. Uit dit argument blijkt dat het doel (of een van de doelen) van de wettelijke maatregel is om de export van elektriciteit afhankelijk te stellen van de voorafgaande voldoening van het binnenlandse verbruik. Hiermee wordt ondubbelzinnig erkend dat nationale producenten worden beperkt in hun toegang tot de buitenlandse markt, aangezien zij, zoals reeds is aangegeven, niet rechtstreeks mogen exporteren.

[16] Arrest van 16 december 2008, Gysbrechts en Santurel Inter (C-205/07, EU:C:2008:730, punt 40; hierna: „arrest Gysbrechts en Santurel Inter”). Zoals de Roemeense regering aangeeft, gaat die rechtspraak terug tot het arrest van 8 november 1979, Groenveld (C-15/79, EU:C:1979:253, punt 7).

[17] Arrest van 28 februari 2018, ZPT (C-518/16, EU:C:2018:126, punt 43; hierna: „arrest ZPT”).

[18] De Roemeense elektriciteitsproducenten mogen zich niet tot de markten van andere lidstaten wenden, of het nu gaat om gecentraliseerde markten dan wel om bilaterale contracten, waardoor hun de toegang wordt ontzegd tot een groter aantal potentiële kopers en zij niet kunnen onderhandelen over gunstigere verkoopvoorwaarden (bijvoorbeeld met betrekking tot prijzen of leveringstermijnen).

[19] Punt 41 van de opmerkingen van de Roemeense regering.

48. Die maatregel behoort dus tot de maatregelen die volgens het arrest Gysbrechts en Santurel Inter „een specifieke beperking van het uitgaande goederenverkeer […] tot gevolg hebben”.[20] Zelfs indien de maatregel op dezelfde wijze wordt toegepast op alle marktdeelnemers die elektriciteit produceren, is de toepassing ervan „nadeliger […] voor de uitvoer van producten van de markt van de uitvoerende lidstaat dan voor de handel in producten op de nationale markt van die lidstaat”, juist omdat er voorrang wordt gegeven aan binnenlandse levering en er daarmee sprake is van bevoordeling ten koste van de buitenlandse handel.

2. Mogelijke gronden ter rechtvaardiging van de beperking

49. Een beperkende maatregel kan zowel door de in artikel 36 VWEU genoemde redenen als door dwingende eisen in verband met het algemeen belang worden gerechtvaardigd, mits de maatregel evenredig is aan het nagestreefde legitieme doel.[21]

a) Rechtvaardigingsgrond of -eis

50. Volgens vaste rechtspraak is het aan de nationale autoriteiten om rechtvaardigingsgronden aan te voeren voor maatregelen waarbij wordt afgeweken van het beginsel van het vrije verkeer van goederen.[22]

51. In de verwijzingsbeslissing wordt geen melding gemaakt van een eventuele rechtvaardigingsgrond voor wet nr. 123/2012.

52. Er is echter niets op tegen om te erkennen dat – zoals de Commissie het ziet en de Roemeense regering stelt[23] – het de bedoeling van de wetgever kon zijn geweest om ervoor te zorgen dat groothandelstransacties in elektriciteit op de competitieve markt in het openbaar en gecentraliseerd plaatsvinden, in overeenstemming met de beginselen van transparantie en non-discriminatie, waardoor bilaterale en niet-transparante verkoop tussen producenten en andere marktdeelnemers wordt uitgesloten.[24]

53. Aan deze rechtvaardigingsgrond voegt de Roemeense regering een tweede grond toe, te weten de stabiliteit van de elektriciteitsvoorziening garanderen, en zelfs een derde, namelijk de consument beschermen.

54. Zij beroept zich immers op het doel om ten behoeve van de consument de continuïteit van de energievoorziening te waarborgen, en verwijst daarbij naar overweging 51 van richtlijn 2009/72, waarin is aangegeven dat de consumentenbelangen centraal staan in deze richtlijn.[25]

[20] Arrest Gysbrechts en Santurel Inter, punt 40.

[21] Onder meer arrest Gysbrechts en Santurel Inter, punt 45.

[22] Zie onder meer arrest van 23 december 2015, Scotch Whisky Association e.a. (C-333/14, EU:C:2015:845, punten 53 en 54; hierna: „arrest Scotch Whisky Association”).

[23] Punt 36 van haar opmerkingen.

[24] Punt 42 van de opmerkingen van de Commissie. Het doel van wet nr. 123/2012 zou derhalve zijn het waarborgen van de transparantie en integriteit van de markt door rechtstreekse transacties te voorkomen die zouden kunnen leiden tot wantrouwen als een concurrentiemechanisme zoals een gereguleerd en gecentraliseerd platform ontbreekt.

[25] Punt 37 van de opmerkingen van de Roemeense regering.

55. In dit verband benadrukt de Roemeense regering dat de export van elektriciteit door middel van bilaterale contracten leidt tot „een vermindering van de beschikbare elektriciteit ter dekking van de binnenlandse verbruikscurve" en mogelijkerwijs tot gevolg heeft dat elektriciteit moet worden geïmporteerd, waardoor de prijzen zouden stijgen. [26]

56. Er kan dus van worden uitgegaan dat de doelstellingen van de aan de orde zijnde wettelijke regeling de transparantie van de elektriciteitsmarkt en het verzekeren van een adequate elektriciteitsvoorziening voor binnenlands verbruik zijn.

57. Ik ben het met de Commissie eens dat de eerste van deze doelstellingen (waarborgen dat elektriciteitstransacties op transparante wijze plaatsvinden) aangemerkt kan worden als een „dwingend vereiste van algemeen belang" in de zin van de rechtspraak van het Hof en kan dienen ter rechtvaardiging van een eventuele uitvoerbeperking.

58. Wat de tweede doelstelling betreft, maakt volgens de rechtspraak de bescherming van de energievoorziening vanzelfsprekend deel uit van de in artikel 36 VWEU genoemde rechtvaardigingsgronden die zien op de openbare veiligheid. [27] De primaire Uniewetgever noemt in artikel 194, lid 1, onder b), VWEU het waarborgen van de continuïteit van de energievoorziening als een van de doelstellingen van het energiebeleid van de Unie. [28]

59. Het is echter aan de betreffende lidstaat om aan te tonen dat de uitgevaardigde regeling noodzakelijk en geschikt is om de nagestreefde doelstellingen te bereiken en dat zij in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel, waarbij geldt dat die doelstellingen niet zouden kunnen worden bereikt met verbodsbepalingen of beperkingen die minder ver gaan of minder nadelig zijn voor de handel binnen de Unie. [29]

b) Noodzaak en geschiktheid van de maatregel

60. De centralisatie van groothandelstransacties in elektriciteit op één enkel platform kan in theorie geschikt zijn zowel ter bescherming van de energievoorziening voor binnenlands verbruik als ter waarborging van de transparantie van dergelijke transacties.

61. Het is hoe dan ook aan de verwijzende rechter om te bepalen of – gelet op de kenmerken van dit platform (dat wordt beheerd door een door de nationale autoriteiten aangewezen exploitant) – de centralisatie van elektriciteitstransacties op dat platform: a) een geschikt, passend en doeltreffend middel is om de binnenlandse voorziening te waarborgen, en b) voldoende waarborgen omtrent transparantie en non-discriminatie biedt.

[26] Ibidem, punt 41.

[27] De Roemeense regering beroept zich op het arrest van 10 juli 1984, Campus Oil e.a. (C-72/83, EU:C:1984:256), waarin in punt 34 is uiteengezet dat „aardolieproducten, vanwege hun uitzonderlijk belang als energiebron in de moderne economie, van fundamenteel belang zijn voor het bestaan van een staat, daar niet alleen de goede werking van de economie, doch vooral van de instellingen en belangrijkste overheidsdiensten en zelfs het overleven van de bevolking ervan afhankelijk zijn. Een onderbreking van de bevoorrading met aardolieproducten en de daaraan verbonden gevaren voor het bestaan van een staat kunnen derhalve in ernstige mate afbreuk doen aan de openbare veiligheid, die krachtens artikel 36 mag worden beschermd."

[28] In overweging 5 van richtlijn 2009/72 wordt verklaard dat „[d]e zekerheid van de elektriciteitsvoorziening […] van vitaal belang [is] voor de ontwikkeling van de Europese maatschappij, voor de uitvoering van een duurzaam beleid inzake klimaatverandering en voor de bevordering van het concurrentievermogen op de interne markt".

[29] Arrest Scotch Whisky Association, punten 37 en 53 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en arrest van 22 juni 2017, EON Biofor Sverige (C-549/15, EU:C:2017:490, punt 90).

62. Volgens de rechtspraak van het Hof moeten „[d]e rechtvaardigingsgronden die een lidstaat kan aanvoeren, […] gepaard gaan met deugdelijk bewijs of een onderzoek van de geschiktheid en evenredigheid van de door die lidstaat genomen beperkende maatregel, alsmede met specifieke gegevens ter onderbouwing van zijn betoog”. [30]

c) Evenredigheid van de beperking

63. Zelfs indien wordt aangenomen dat de (volgens ANRE) bij wet nr. 123/2012 opgelegde centralisering van transacties geschikt is om het nagestreefde legitieme doel te bereiken, gaat deze maatregel mijns inziens verder dan noodzakelijk is, aangezien maatregelen denkbaar zijn die de in artikel 35 VWEU gewaarborgde vrijheid minder beperken.

1) Transparantie

64. Ten aanzien van de waarborging van de transparantie deel ik volledig het standpunt van de Commissie: het is mogelijk om de in de artikelen 36 tot en met 38 van richtlijn 2009/72 bedoelde instrumenten voor samenwerking tussen de nationale regulerende instanties te gebruiken, zonder de rechtstreekse export naar andere lidstaten buiten het gecentraliseerde platform om te verbieden.

65. Een van de taken van die regulerende instanties is, voor zover hier van belang, het „toezicht houden op het niveau van transparantie, met inbegrip van groothandelsprijzen, en waken over de naleving van de transparantieverplichtingen door de elektriciteitsbedrijven”. [31]

66. De aan de regulerende instanties opgedragen taken hebben tot doel „de bevordering […] van een door concurrentie gekenmerkte, zekere en vanuit milieuoogpunt duurzame interne markt voor elektriciteit […] en van een daadwerkelijke openstelling van de markt voor alle afnemers en leveranciers in de Gemeenschap, en waarborging dat elektriciteitsnetten op een doeltreffende en betrouwbare manier werken, rekening houdend met doelstellingen op lange termijn”, steeds „in nauwe samenwerking met […] de regulerende instanties van andere lidstaten”. [32]

67. De samenwerkingsplicht is omschreven in artikel 38 van richtlijn 2009/72: de regulerende instanties werken onder andere samen om „de invoering van operationele regelingen te bevorderen, teneinde een optimaal beheer van het net mogelijk te maken, gemeenschappelijke elektriciteitsbeurzen en toewijzing van grensoverschrijdende capaciteit te stimuleren, en een adequaat niveau van interconnectiecapaciteit […] mogelijk te maken om de ontwikkeling van daadwerkelijke mededinging mogelijk te maken en de leverings- en voorzieningszekerheid te verbeteren zonder tussen leveranciers uit verschillende lidstaten te discrimineren”. [33]

[30] Arrest Scotch Whisky Association, punt 54.

[31] Artikel 37, lid 1, onder i), van richtlijn 2009/72.

[32] Artikel 36, onder a), van richtlijn 2009/72.

[33] Artikel 38, lid 2, onder a), van richtlijn 2009/72.

68. Tegen deze achtergrond staat niets eraan in de weg dat ANRE, zoals de Commissie betoogt, een lijst opstelt van *betrouwbare* handelsplatforms, dat wil zeggen handelsplatforms die transparante en niet-discriminerende transacties kunnen waarborgen. Daarbij kan een beroep worden gedaan op:

– artikel 38, lid 1, van richtlijn 2009/72, dat betrekking heeft op de omstandigheid dat die instanties onderling samenwerken en elkaar raadplegen, en bepaalt dat zij elkaar voorzien van „alle informatie die zij nodig hebben voor de uitvoering van hun taken", en

– de bevoegdheid die artikel 38, lid 3, aan deze instanties verleent om „met elkaar regelingen aan te gaan ter bevordering van samenwerking op het gebied van regulering".

69. Ook in verordening nr. 1227/2011, die de integriteit en transparantie van de groothandelsmarkt voor energie beoogt te waarborgen, is er sprake van mogelijkerwijs nuttige samenwerkingsmechanismen tussen regulerende instanties:

– in artikel 7, lid 2, eerste alinea, van die verordening wordt aangegeven dat „nationale regulerende instanties […] onderling [samenwerken] op regionaal niveau en [samenwerken] met het Agentschap voor het uitvoeren van het […] toezicht op de groothandelsmarkten voor energie". Volgens artikel 7, lid 1, kunnen zij zo „toezicht [houden] op de handel in voor de groothandel bestemde energieproducten en […] handel met voorwetenschap en marktmanipulatie [voorkomen]"[34];

– artikel 9 van die verordening voorziet in de oprichting van een Europees register van marktdeelnemers, waarin de meest relevante informatie over transacties op de groothandelsmarkt voor energie dient te worden vastgelegd, waaronder overeenkomstig artikel 8, lid 1, van de verordening ook „de precieze identiteit van de voor de groothandel bestemde energieproducten die zijn gekocht en verkocht, de overeengekomen prijs en hoeveelheid, de data en tijden van uitvoering, de bij de transactie betrokken partijen en de begunstigden van de transactie en enige andere relevante informatie". Krachtens artikel 9, lid 3, van de verordening hebben de nationale regulerende instanties toegang tot dit register.

70. Mijn inziens kan transparantie derhalve ook worden bereikt zonder de verplichting op te leggen dat groothandelstransacties in elektriciteit uitsluitend worden uitgevoerd op door één enkele nationale exploitant beheerde platforms. Hierdoor worden platforms van andere lidstaten die dezelfde waarborgen omtrent transparantie en non-discriminatie bieden, uitgesloten.

71. Er bestaan immers voldoende regelgevende instrumenten om de transparantie van de elektriciteitsmarkt te waarborgen, zonder dat – anders dan ANRE ter terechtzitting heeft betoogd – de volledige harmonisatie van de sector hoeft te worden afgewacht.

2) Leveringsgarantie

72. Wat de energievoorziening voor binnenlands verbruik betreft, ben ik eveneens van mening dat het niet noodzakelijk is om producenten een algemeen verbod op te leggen om elektriciteit rechtstreeks, buiten het platform van Opcom om te exporteren, als er minder ingrijpende maatregelen kunnen worden genomen.

[34] Deze taak die op grond van artikel 7, lid 2, „de nationale regulerende instanties toegang [dienen] te hebben wordt vergemakkelijk doordat tot de relevante informatie die het Agentschap […] verzamelt".

73. Ik heb reeds aangegeven dat, aangezien energie van fundamenteel strategisch belang is voor de lidstaten, het veiligstellen van een regelmatige energievoorziening een essentieel doel van algemeen belang is.

74. „Regelmatige levering" staat evenwel niet noodzakelijkerwijs gelijk aan „levering tegen de beste prijs". Dit laatste lijkt het werkelijke doel van de aan de orde zijnde wettelijke regeling te zijn, die volgens de Roemeense regering ertoe strekt de prijsstijging te vermijden die voortvloeit uit de noodzaak om elektriciteit te importeren. [35]

75. Indien zuiver economische of commerciële overwegingen een verbod op rechtstreekse export konden rechtvaardigen, zou afbreuk worden gedaan aan het beginsel van de interne markt. Iets anders is dat wanneer er sprake is van door uitzonderlijke omstandigheden veroorzaakte noodsituaties, lidstaten zich kunnen beroepen op de openbare veiligheid en het algemeen belang om de export van elektriciteit te voorkomen. Dit systematisch doen, zonder enig ander doel dan het vrije spel van de markt te beperken en een betere prijs voor binnenlands verbruik te krijgen, gaat naar mijn mening echter verder dan de in artikel 36 VWEU genoemde legitieme redenen voor beperkingen en dan de eisen van algemeen belang die kwantitatieve uitvoerbeperkingen of maatregelen van gelijke werking rechtvaardigen.

76. Zoals ter terechtzitting is beklemtoond, betwist Hidroelectrica niet dat zij zich moet houden aan de wettelijke bepalingen die haar verplichten een bepaalde hoeveelheid elektriciteit beschikbaar te houden, juist om de nationale energievoorziening te beschermen. Wat zij wil, is dat haar wordt toegestaan de *rest* van de door haar geproduceerde elektriciteit te verhandelen, hetzij via bilaterale contracten, hetzij op andere markten dan het gecentraliseerde platform van Opcom.

77. In dat geval is het absolute verbod op de export van elektriciteit die niet strikt noodzakelijk is ter waarborging van de minimale voorziening, onevenredig.

78. Daarnaast lijkt de omstandigheid dat tussenpersonen (traders) elektriciteit op die groothandelsmarkt kunnen kopen en vervolgens – zonder soortgelijke beperkingen als die welke aan producenten worden opgelegd – naar andere lidstaten kunnen exporteren, niet erg consistent met het genoemde doel.

79. Ten slotte zij eraan herinnerd dat, zoals verordening 2015/1222 aangeeft, energievoorzieningszekerheid „inherent [is] verbonden met de efficiënte werking van de interne elektriciteitsmarkt en met de integratie van geïsoleerde elektriciteitsmarkten in de lidstaten". [36]

80. In diezelfde lijn komt uit overweging 44 van richtlijn 2009/72 naar voren dat de leverings- en voorzieningszekerheid toezicht op het evenwicht tussen vraag en aanbod in de afzonderlijke lidstaten impliceert, maar dat verder moet worden gekeken dan dat niveau, aangezien „een verslag [moet worden] uitgebracht over de situatie op het niveau van de Gemeenschap, met inachtneming van de interconnectiecapaciteit tussen de verschillende regio's".

81. De import en export van elektriciteit tussen lidstaten is dus een fundamenteel onderdeel ter waarborging van de energievoorziening in elke lidstaat en in de Unie als geheel. Het gaat uiteindelijk om een bescherming die op dezelfde wijze geldt voor de nationale en de Europese

[35] Punt 41 van de opmerkingen van de Roemeense regering.

[36] Overweging 2 van verordening 2015/1222.

dimensie van de elektriciteitsmarkt, ter wille van energievoorzieningszekerheid op beide niveaus, hetgeen met zich brengt dat in de behoeften van de binnenlandse markt kan worden voorzien met middelen van de markt van de Unie.

V. Conclusie

82. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging om de vraag van de Tribunal Bucureşti als volgt te beantwoorden:

„Artikel 35 VWEU staat in de weg aan een regeling van een lidstaat die, door de verplichting in te voeren om groothandelstransacties in elektriciteit te centraliseren op één enkel platform, dat wordt beheerd door een door de nationale autoriteiten aangewezen exploitant, producenten verbiedt elektriciteit rechtstreeks naar andere lidstaten te exporteren.

Een dergelijke maatregel kan in het algemeen niet worden gerechtvaardigd met een beroep op transparantie of voorzieningszekerheid als deze rechtvaardigingsgronden gebaseerd zijn op economische redenen die zien op de verhoging van de prijzen als gevolg van de eventuele import van elektriciteit."