

Zaak C-580/21

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

22 september 2021

Verwijzende rechter:

Bundesgerichtshof (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

6 juli 2021

Verzoekster en verzoekster tot *Revision*:

EEW Energy from Waste Großräschen GmbH

Verweerster en verweerster in *Revision*:

MNG Mitteldeutsche Netzgesellschaft Strom GmbH

BUNDESGERICHTSHOF

BESLISSING

[OMISSIS]

Uitgesproken op:

6 juli 2021

[OMISSIS]

in de zaak

EEW Energy from Waste Großräschen GmbH, [OMISSIS] Großräschen,

verzoekster en verzoekster tot *Revision*,

[OMISSIS]

tegen

MNG Mitteldeutsche Netzgesellschaft Strom GmbH, [OMISSIS] Kabelsketal,
verweerster en verweerster in *Revision*

[OMISSIS]

Interveniënte aan de zijde van verwerende partij:

50Hertz Transmission GmbH, [OMISSIS] Berlin,

[OMISSIS]

De Kartellsenat (kamer voor kartelzaken) van het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland) heeft ter terechtzitting van 20 april 2021 [OMISSIS]

beslist:

- I. De behandeling van de zaak wordt geschorst.
- II. Het Hof van Justitie van de Europese Unie worden betreffende de uitlegging van artikel 16, lid 2, van richtlijn 2009/28/EG van het Europees parlement en de Raad van 23 april 2009 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en houdende wijziging en intrekking van richtlijn 2001/77/EG en richtlijn 2003/30/EG (PB 2009, L 140, blz. 16 e.v.) verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:
 1. Moet artikel 16, lid 2, onder c), juncto artikel 2, onder a), en onder e), van richtlijn 2009/28/EG aldus worden uitgelegd dat in verband met de toevoer van elektriciteit aan het net ook voorrang aan opwekkingsinstallaties moet worden verleend waarin elektriciteit wordt opgewekt door de thermische verwerking van gemengd afval, waarbij het afval een variabele biologisch afbreekbare fractie van industrieel en huishoudelijk afval bevat?
 2. Ingeval de eerste prejudiciële vraag bevestigend wordt beantwoord: hangt de verlening van voorrang bij de toevoer van elektriciteit op grond van artikel 16, lid 2, onder c), van richtlijn 2009/28/EG dan af van de hoogte van de biologisch afbreekbare fractie van industrieel en huishoudelijk afval die bij de elektriciteitsopwekking, zoals beschreven in punt 1, wordt gebruikt?
 3. Ingeval de tweede vraag bevestigend wordt beantwoord: bestaat er een materialiteitsdrempel voor de biologisch afbreekbare fractie van afval waaronder de regelingen voor elektriciteit uit

hernieuwbare energiebronnen niet van toepassing zijn op de opgewekte elektriciteit?

4. Ingeval de derde vraag bevestigend wordt beantwoord: bij welke fractie ligt deze drempel dan, of hoe moet deze worden bepaald?
5. Ingeval de eerste twee vragen bevestigend worden beantwoord, kan dan uit de bepaling van artikel 5, lid 3, tweede alinea, van richtlijn 2009/28/EG worden afgeleid dat deze regelingen enkel van toepassing zijn op het aandeel van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen en dat de bijdrage van elke energiebron wordt berekend op basis van haar energie-inhoud, voor zover de regelingen inzake elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen worden toegepast op elektriciteit die slechts gedeeltelijk uit biologisch afbreekbaar afval is opgewekt?

Motivering:

- 1 I. Verzoekster exploiteert een thermische afvalverwerkingsinstallatie die elektriciteit en warmte produceert. In de installatie wordt een biologische fractie, waarvan de hoogte varieert en die volgens verzoekster maximaal 50 % bedraagt, door verbranding verwerkt, zonder dat deze wordt gescheiden van andere bestanddelen. Verzoekster brengt in de installatie opgewekte elektriciteit gedeeltelijk in het distributiesysteem van verweerster in, met wie zij een overeenkomst betreffende de aansluiting en toevoer heeft afgesloten.
- 2 In de jaren 2011 tot en met 2016 riep verweerster verzoekster in het kader van het management van de netveiligheid in tal van gevallen wegens knelpunten in het systeem op om de toevoer van elektriciteit tijdelijk te verminderen. Derhalve vordert verzoekster van verweerster schadevergoeding van 2,24 miljoen EUR, die zij onder meer baseert op de zogenoemde hardheidsregeling van het Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (wet betreffende de voorrang voor hernieuwbare energiebronnen) in de tussen 1 januari 2011 en 31 juli 2014 geldende versies en het Gesetz für den Ausbau Erneuerbarer Energien (wet ter bevordering van de productie van elektriciteit uit hernieuwbare bronnen) in de tussen 1 augustus 2014 en 31 december 2016 geldende versie (hierna gezamenlijk: „EEG”).
- 3 II. Voor de beslissing over het beroep in *Revision* zijn de bepalingen van de Duitse EEG in drie verschillende versies relevant, die qua inhoud identiek zijn dan wel wat de regelgeving betreft met elkaar overeenstemmen. Deze luiden in de versie van de EEG tussen 1 januari 2012 en 31 juli 2014 die met name van toepassing is op het geding (hierna: „EEG 2012”), als volgt:

§ 3 Begripsbepalingen

In de zin van deze wet wordt verstaan onder:

1. „installatie” elke inrichting voor de opwekking van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen (...)
3. „hernieuwbare energie” (...) energie uit biomassa (...) en de biologisch afbreekbare fractie van industrieel en huishoudelijk afval (...)

§ 5 Aansluiting

- (1) Netbeheerders zijn verplicht om installaties voor de opwekking van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen (...) onverwijld met voorrang (...) op hun net aan te sluiten (...)

§ 8 Afname, transmissie en distributie

- (1) Onder voorbehoud van § 11 zijn netbeheerders verplicht om onverwijld met voorrang zorg te dragen voor de afname, transmissie en distributie van alle aangeboden elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen (...). (...)

§ 11 Toevoermanagement

- (1) Netbeheerders zijn (...) bij wijze van uitzondering gerechtigd om direct of indirect op hun net aangesloten installaties (...) te reguleren, voor zover
 1. anders een knelpunt in het systeem in het netwerkgebied, met inbegrip van het voorgeschakelde net, zou ontstaan,
 2. voorrang wordt verleend aan elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen (...), tenzij andere opwekkingsinstallaties op het net aangesloten moeten blijven om de veiligheid en betrouwbaarheid van het systeem van elektriciteitsvoorziening te waarborgen, (...)

§ 12 Hardheidsregeling

- (1) Indien de toevoer van elektriciteit uit installaties voor de opwekking van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen (...) wegens een knelpunt in het systeem als bedoeld in § 11, lid 1, wordt verminderd, moet aan de door de maatregel getroffen exploitanten een compensatie worden betaald van 95 procent van de gedeerde inkomsten, vermeerderd met extra kosten en verminderd met bespaarde kosten. (...)

§ 16 Recht op vergoeding

- (1) Netbeheerders dienen tenminste overeenkomstig § 18 tot en met 33 een vergoeding aan exploitanten te betalen voor de elektriciteit uit

installaties die uitsluitend gebruikmaken van hernieuwbare energiebronnen (...). (...)

- 4 Bovengenoemde bepalingen komen overeen met § 3, lid 1, punten 1 en 3, § 5, lid 1, § 8, lid 1, § 11, lid 1, § 12, lid 1, en § 16, lid 1, van de EEG in de tussen 1 januari 2009 en 31 december 2011 geldende versie (hierna: „EEG 2009”) en § 5, lid 1, punten 1 en 14, § 8, lid 1, § 11, lid 1, § 14, lid 1, § 15, lid 1, en § 19, lid 1, van de EEG in de tussen 1 augustus 2014 en 31 december 2016 geldende versie (hierna: „EEG 2014”).
- 5 III. Of het beroep in *Revision* zal slagen, hangt af van de beantwoording van de prejudiciële vragen. Voor de beslechting van het geschil dient derhalve de behandeling ervan te worden geschorst en het Hof van Justitie van de Europese Unie krachtens artikel 267, eerste alinea, onder b), en derde alinea, VWEU te worden verzocht om een prejudiciële beslissing.
- 6 1. De rechter in tweede aanleg heeft verzoeksters vorderingen op grond van de hardheidsregeling in § 12, lid 1, EEG 2009, § 12, lid 1, EEG 2012 en § 15, lid 1, EEG 2014 (hierna gezamenlijk: „hardheidsregeling”) afgewezen. Aangezien de elektriciteit in verzoeksters installatie niet uitsluitend uit hernieuwbare energiebronnen wordt opgewekt, kan de installatie volgens de rechter niet worden gekwalificeerd als „installatie voor de opwekking van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen” (hierna: „EEG-installatie”).
- 7 2. Het tegen deze beslissing ingestelde beroep in *Revision* zou kunnen slagen, indien verzoeksters installatie dient te worden gekwalificeerd als een EEG-installatie in de zin van de hardheidsregeling. In de installatie wordt gemengd afval met een variabele biologisch afbreekbare fractie van industrieel en huishoudelijk afval verwerkt. Overeenkomstig de definitie in § 3, punt 3, EEG 2009 en EEG 2012 en § 5, punt 14, EEG 2014 wordt er dus ook – zij het voor maximaal 50 % – gebruikgemaakt van „hernieuwbare energiebronnen”.
- 8 a) Anders dan de rechter in tweede aanleg heeft geoordeeld, is de toepassing van de hardheidsregeling niet uitgesloten omdat de elektriciteit in verzoeksters installatie niet uitsluitend uit hernieuwbare energiebronnen wordt opgewekt.
- 9 aa) In de eerste in 2000 in werking getreden versie was de werkingssfeer van de EEG beperkt tot elektriciteit die uitsluitend uit waterkracht, windenergie, zonne-energie, geothermische energie, stortgas, gas van rioolzuiveringsinstallaties, mijn gas of biomassa wordt opgewekt. In het kader van de omzetting van richtlijn 2001/77/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 september 2001 betreffende de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen op de interne elektriciteitsmarkt werd de werkingssfeer van de EEG echter in 2004 uitgebreid (zie wetsontwerp van de Duitse federale regering, BR-Drucks. 15/04, blz. 33). In artikel 2, onder c), van deze richtlijn werd „elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen” gedefinieerd als „elektriciteit, opgewekt in installaties die uitsluitend gebruikmaken van

hernieuwbare energiebronnen, alsmede elektriciteit die is opgewekt met hernieuwbare energiebronnen in hybride installaties die ook met conventionele energiebronnen werken”. In de EEG wordt sindsdien onderscheid gemaakt tussen enerzijds de verplichting tot vergoeding en bevordering, die gebaseerd is op het exclusiviteitsbeginsel (zie § 16, lid 1, EEG 2009 en EEG 2012, § 19, lid 1, EEG 2014), en anderzijds de regelingen betreffende de verplichting tot aansluiting, afname, transmissie en distributie (§ 5, § 8 en § 11, EEG 2009 en EEG 2012, § 8, § 11 en § 14, EEG 2014), die van toepassing zijn op alle installaties voor de opwekking van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen als bedoeld in richtlijn 2001/77/EG.

- 10 bb) De hardheidsregeling, die boven eventuele vorderingen tot compensatie of vergoeding wegens de vermindering van de elektriciteitsopwekking in installaties op grond van het energierecht voorrang heeft, is van toepassing op alle installaties die elektriciteit opwekken uit hernieuwbare energiebronnen in de voormelde bredere Unierechtelijke zin, en bijgevolg ook op installaties die niet uitsluitend gebruikmaken van hernieuwbare energiebronnen. Dit volgt enerzijds uit de bewoordingen – het bijvoeglijk naamwoord „uitsluitend” ontbreekt – en anderzijds uit de systematische context van de wet: De in 2009 in de EEG nieuw opgenomen hardheidsregeling regelt de toekenning van een compensatie aan installaties voor de opwekking van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen, wanneer tegenover deze installaties maatregelen in verband met het toevoermanagement op grond van § 11, lid 1, EEG 2009 en EEG 2012 en § 14, lid 1, EEG 2014 worden genomen. Zoals blijkt uit § 8, lid 1, EEG 2009 en EEG 2012, alsook uit § 11, lid 1, EEG 2014, vormen de maatregelen in verband met het toevoermanagement een uitzondering op de verplichting van netbeheerders om uit hernieuwbare energiebronnen opgewekte elektriciteit met voorrang af te nemen (zie toelichting van het wetsontwerp van de Duitse federale regering op de in 2009 in werking getreden versie van de EEG, BT-Drucks. 16/8148, blz. 46). Indien derhalve in een installatie „electriciteit uit hernieuwbare energiebronnen” wordt opgewekt die volgens de bepalingen van de EEG met voorrang dient te worden toegevoerd, leidt een vermindering of onderbreking van de afname van elektriciteit door de netbeheerder in het kader van het toevoermanagement op grond van de hardheidsregeling tot de compensatieplicht.
- 11 b) Ondanks deze uit het Unierecht voortvloeiende afwijking van het exclusiviteitsbeginsel is onduidelijk of naar Duits recht elke installatie voor de opwekking van elektriciteit die gedeeltelijk hernieuwbare energiebronnen – hoe klein het aandeel in voorkomend geval ook is – gebruikt, moet worden gekwalificeerd als een EEG-installatie, zodat zij met betrekking tot de aansluiting en de toevoer voorrang geniet. Aangezien de Duitse wetgever in de EEG 2004 de vereisten van richtlijn 2001/77/EG wilde omzetten en er geen aanwijzingen zijn dat hij verder wilde gaan dan deze vereisten, is voor de uitlegging van de in casu relevante bepalingen van Duits recht vooralsnog het Unierechtelijke begrip „electriciteit uit hernieuwbare energiebronnen” (artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/77/EG) doorslaggevend. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft

zich nog niet over de uitlegging van deze bepaling gebogen. De uitlegging is ook niet onomstotelijk.

- 12 aa) Volgens artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/77/EG is elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen elektriciteit opgewekt in installaties die uitsluitend gebruikmaken van hernieuwbare energiebronnen alsmede elektriciteit die is opgewekt met hernieuwbare energiebronnen in hybride installaties die ook met conventionele energiebronnen werken. Het begrip „hybride installatie” wordt in de richtlijn niet nader toegelicht. Het is ook geen duidelijk begrip. In de regel wordt in de techniek een installatie echter „hybride” genoemd wanneer deze gebruikmaakt van meerdere verschillende technologieën (zoals zonne-energie en gas) om energie op te wekken. Bij een dergelijke uitlegging zou het begrip „hybride installatie” geen installaties omvatten die in hetzelfde proces van elektriciteitsopwekking slechts verschillende – hernieuwbare en conventionele – energiebronnen combineren. Dit geldt zowel wanneer de verschillende energiebronnen (bijvoorbeeld houtpellets en kolen) pas ten behoeve van de energieopwekking worden gecombineerd, als wanneer in de installatie, zoals bij de in casu aan de orde zijnde vuilverbrandingsinstallatie, voor de opwekking van elektriciteit gebruik wordt gemaakt van hernieuwbare en fossiele energiebronnen in een reeds bestaand, variabel en onveranderbaar mengsel. De laatste twee soorten installaties zouden dan niet als EEG-installaties kunnen worden gekwalificeerd, waarop de bepalingen van de EEG inzake de toevoervoorrang en de compensatie op grond van de hardheidsregeling van toepassing zijn.
- 13 bb) Aan bovengenoemde definitie van het begrip „hybride installatie” overeenkomstig artikel 2, onder c), van richtlijn 2001/77/EG zou echter in de weg kunnen staan dat biomassa in deze richtlijn zelf wordt gedefinieerd als een hernieuwbare energiebron (artikel 2, onder a), van richtlijn 2001/77/EG en artikel 2, onder a), van richtlijn 2009/28/EG) en het begrip „biomassa” volgens deze definitie ook de „biologisch afbreekbare fractie van industrieel en huishoudelijk afval” bevat (artikel 2, onder b), van richtlijn 2001/77/EG en artikel 2, onder e), van richtlijn 2009/28/EG). Dit zou ervoor kunnen pleiten dat de door de verbranding van deze fractie opgewekte elektriciteit kan worden beschouwd als elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen en de betreffende installatie voor energieopwekking naar Duits recht kan worden gekwalificeerd als een EEG-installatie waaraan bij de toevoer voorrang dient te worden verleend.
- 14 cc) Ook moet in aanmerking worden genomen dat richtlijn 2001/77/EG inmiddels is ingetrokken en door richtlijn 2009/28/EG is vervangen. Deze richtlijn moest tot uiterlijk 5 december 2010 en dus al vóór de in casu relevante periode van 2011 tot en met 2016 door de lidstaten zijn omgezet. Het Duitse recht dient in casu bijgevolg overeenkomstig richtlijn 2009/28/EG te worden uitgelegd. Derhalve rijst de vraag of onder „opwekkingsinstallaties die gebruikmaken van hernieuwbare energiebronnen” in de zin van § 16, lid 2, onder c), van richtlijn 2009/28/EG niet alleen installaties moeten worden verstaan die gebruikmaken van meerdere verschillende technologieën voor de opwekking van energie (dus hybride installaties zoals hierboven bedoeld), maar ook installaties die elektriciteit

opwekken uit vooraf gemengde energiebronnen, zoals gemengd afval met een variabele biologisch afbreekbare fractie van industrieel en huishoudelijk afval (eerste prejudiciële vraag). Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, rijst nog de vraag of aan een dergelijke installatie krachtens artikel 16, lid 2, onder b), zelfs dan bij de toevoer van elektriciteit voorrang moet worden verleend, wanneer de in de installatie opgewekte energie niet hoofdzakelijk afkomstig is van de biologisch afbreekbare fractie van het afval (tweede prejudiciële vraag).

- 15 c) De Senaat neigt er ook in het licht van het Unierecht toe om de bepalingen van de EEG betreffende de voorrang bij de toevoer en bijgevolg ook de hardheidsregeling aldus uit te leggen dat ze alleen van toepassing zijn op installaties die niet uitsluitend gebruikmaken van hernieuwbare energiebronnen, wanneer in deze installaties hernieuwbare en conventionele energiebronnen in gescheiden systemen worden verwerkt. In ieder geval zouden de voorrang bij de toevoer en de hardheidsregeling echter alleen dan van toepassing moeten zijn op installaties waarin, zoals bij de elektriciteitsopwekking door afvalverbranding, een reeds bestaand, variabel en onveranderbaar mengsel van hernieuwbare en conventionele energiebronnen wordt verwerkt, wanneer het aandeel van hernieuwbare energiebronnen gemiddeld groter is dan het aandeel van conventionele energiebronnen.
- 16 aa) Het is in overeenstemming met de geest en het doel van de EEG om aan een installatie voor de elektriciteitsopwekking die een reeds bestaand, variabel en onveranderbaar mengsel van hernieuwbare en conventionele energiebronnen verwerkt, alleen dan op grond van de hardheidsregeling voorrang bij de aansluiting en toevoer en de hiermee bij een vermindering van de toevoer samenhangende compensatie te verlenen, indien zij tenminste voor het grootste deel gebruikmaakt van hernieuwbare energiebronnen. Bij dergelijke installaties zou, anders dan bij installaties die twee of meer technologieën voor de energieproductie met elkaar combineren, de voorrang bij de aansluiting en toevoer noodzakelijkerwijs niet alleen aan het aandeel van de uit hernieuwbare energiebronnen opgewekte elektriciteit ten goede komen, maar ook aan het aandeel van elektriciteit uit conventionele energiebronnen. In situaties waarin de toevoer van elektriciteit wegens de veiligheid van het net moet worden verminderd, heeft een dergelijke installatie immers geen mogelijkheid om de elektriciteitsopwekking te beperken tot het aandeel van hernieuwbare energiebronnen, bijvoorbeeld door de windturbine te laten draaien en de gasturbine uit te schakelen. Dit zou niet alleen betekenen dat de netbeheerder bij maatregelen van het toevoermanagement in het algemeen en met alle daarin opgewekte elektriciteit de voorkeur aan een dergelijke „gemengde installatie” boven conventionele centrales zou moeten geven, maar hij zou deze ook met voorrang op het net moeten aansluiten. Dit zou in geval van schaarse netcapaciteit tot gevolg kunnen hebben dat de aansluiting van een later gebouwde installatie die uitsluitend gebruikmaakt van hernieuwbare energiebronnen, wordt belemmerd dan wel in elk geval wordt vertraagd. Of een dergelijke bevoorrechting ook gerechtvaardigd is bij een installatie die elektriciteit niet grotendeels uit hernieuwbare energiebronnen opwekt, lijkt des te twijfelachtiger.

- 17 bb) Deze uitlegging zou in casu betekenen dat verzoekster geen recht op een compensatie op grond van de hardheidsregeling van de EEG heeft. Haar installatie combineert immers niet verschillende technologieën voor de opwekking van energie en is bijgevolg geen hybride installatie in de bovengenoemde zin, maar maakt gebruik van vooraf gemengde energiebronnen met variabele fracties, waarbij volgens haar uiteenzettingen het aandeel van hernieuwbare energiebronnen niet overheerst.
- 18 d) Indien onder „opwekkingsinstallaties die gebruikmaken van hernieuwbare energiebronnen” volgens § 16, lid 2, onder c), van richtlijn 2009/28/EG niet alleen installaties in de bovengenoemde zin moeten worden verstaan, maar ook installaties die elektriciteit opwekken uit vooraf gemengde energiebronnen, zoals gemengd afval met een variabele biologisch afbreekbare fractie van industrieel en huishoudelijk afval, zonder dat de biologisch afbreekbare fractie van het afval overheerst, rees gelet op de geest en het doel van de EEG voorts de vraag of er bij de genoemde gemengde installaties in ieder geval een materialiteitsdrempel voor het verwerkte aandeel van hernieuwbare energiebronnen bestaat, waaronder een dergelijke gemengde installatie niet langer zou kunnen worden beschouwd als „een opwekkingsinstallatie die gebruikmaakt van hernieuwbare energiebronnen” (derde prejudiciële vraag).
- 19 e) Ingeval de derde prejudiciële vraag eveneens bevestigend wordt beantwoord, moet worden gepreciseerd bij welke fractie deze drempel ligt of hoe deze moet worden bepaald (vierde prejudiciële vraag).
- 20 f) Ingeval de eerste en de tweede prejudiciële vraag bevestigend worden beantwoord en verzoeksters installatie volgens het antwoord op de derde en vierde vraag een eventuele materialiteitsdrempel kan overwinnen, rijst tot slot de vraag of uit de bepaling van artikel 5, lid 3, tweede alinea, van richtlijn 2009/28/EG aldus kan worden afgeleid dat deze regelingen enkel van toepassing zijn op het aandeel van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen en dat de bijdrage van elke energiebron wordt berekend op basis van haar energie-inhoud, voor zover de regelingen inzake elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen worden toegepast op elektriciteit die slechts gedeeltelijk uit biologisch afbreekbaar afval is opgewekt (vijfde prejudiciële vraag). Dit is van belang, aangezien in dat geval naar het Duitse recht dat in het licht van het Unierecht dient te worden uitgelegd, een beslissing over de vraag zal moeten worden genomen of het recht op compensatie krachtens de hardheidsregeling betrekking heeft op de gedeerde inkomsten voor alle elektriciteit die in verzoeksters installatie is opgewekt, dan wel alleen op het – dan te berekenen – aandeel van de elektriciteit dat wordt opgewekt uit de biologische fractie van het afvalmengsel.

[OMISSIS]