

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
M. DARMON
van 8 februari 1994 *

*Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,*

1. Met deze prejudiciële verwijzing wordt het Hof — naar mijn weten voor het eerst — verzocht om een uitlegging van de mededingingsregels van het EEG-Verdrag in verband met de openbare elektriciteitsvoorziening. Is er op het gebied van de levering van elektriciteit ruimte voor mededinging? Moeten derden tot de openbare netten worden toegelaten om een doeltreffende mededinging tussen leveranciers van elektriciteit mogelijk te maken? Het is duidelijk, dat wij hier te maken hebben met een belangrijk vraagstuk.

2. De economische en fysieke aspecten van de elektriciteitsvoorziening zijn zeer specifiek. Elektriciteit kan slechts via geleidraden worden getransporteerd. Over lange afstanden gaat er heel wat energie verloren. Daar elektriciteit niet kan worden opgeslagen, moet de produktie steeds zijn afgestemd op het verbruik. Tegelijkertijd is elektriciteit, daar zij in een groot aantal behoeften voorziet, een onmisbaar produkt, waarvan de voorziening gegarandeerd, algemeen verbreid en betaalbaar moet zijn.

3. De voornaamste eigenaardigheid van de elektriciteitsmarkt zit hem in het feit dat, evenals dat bij het traditionele telefoonverkeer het geval is, de distributie plaatsvindt via een net en via vaste lijnen. Als gevolg hiervan is de afnemer gebonden en is er aan aanbod-en vraagzijde geen sprake van mobiliteit. Mobiliteit, in die zin dat men vrij is in de keuze van zijn medecontractant, is echter een wezenlijk kenmerk van een stelsel van onvervalste mededinging. Dat elektriciteitsnet wordt op *gecentraliseerde* wijze beheerd ten einde te allen tijde te verzekeren, dat aanbod en vraag met elkaar in evenwicht zijn en dus de elektriciteitsvoorziening gegarandeerd is.

4. Deze uitzonderlijke economische en technische wetmatigheden hebben hun weerslag op het op de uitwisseling van elektrische energie toepasselijke juridische regime en op de mate van communautaire integratie die op dit gebied is bereikt.

5. Een kort overzicht van de ontwikkeling van de desbetreffende gemeenschapswetgeving is hier op zijn plaats.

6. De Gemeenschap heeft zich lange tijd afzijdig gehouden van de elektriciteitsmarkt. Noch het oorspronkelijke Verdrag, noch de Europese Akte voorzag in een gemeenschappelijk beleid ter zake.

* Oorspronkelijke taal: Frans.

7. Van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap hebben slechts twee bepalingen betrekking op de energievoorziening: luidens artikel 3, sub t, omvat het optreden van de Gemeenschap maatregelen op het gebied van energie, en volgens artikel 129 B draagt de Gemeenschap bij tot de totstandbrenging en ontwikkeling van trans-europese netwerken op het gebied van energie-infrastructuur. In een in de slotakte van het Verdrag van Maastricht opgenomen verklaring betreffende energie staat echter te lezen, dat de opnemings in het Verdrag van een titel inzake energie zal worden behandeld op basis van een verslag dat de Commissie uiterlijk in 1996 aan de Raad zal voorleggen.

8. Aanvankelijk beperkte de gemeenschaps-wetgeving op dit gebied zich tot een coördinatie van het nationale beleid van de verschillende Lid-Staten¹, daar de energievoorziening fundamenteel tot de bevoegdheid van de Lid-Staten bleef behoren.

9. Onder aanvoering van de Commissie² wordt in het kader van het bepaalde in artikel 8 A van het Verdrag van Rome in etappen een interne elektriciteitsmarkt tot stand gebracht, zoals blijkt uit een voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit.³ Dat voorstel introduceert een beperkte vorm van „third party

access” (toegang van derden tot het net), een voorwaarde voor een doeltreffende mededinging tussen leveranciers: „(...) dat de interne markt voor elektriciteit geleidelijk aan tot stand dient te worden gebracht; dat dit proces in etappen dient te verlopen zodat het bedrijfsleven in staat wordt gesteld om zich op een soepel en geordende wijze aan zijn nieuwe leefklimaat aan te passen”.⁴ De Commissie heeft niet, zoals op het gebied van de telecommunicatie, gebruik gemaakt van de haar in artikel 90, lid 3, van het Verdrag verleende bevoegdheid tot het vaststellen van richtlijnen of beschikkingen, doch de voorkeur gegeven aan het nader tot elkaar brengen van de wettelijke regelingen (artikel 100 A).

10. De aan het Hof voorgelegde prejudiciële vragen vinden hun oorsprong in het Nederlandse systeem voor de distributie van elektriciteit.

11. Bij het Gerechtshof te Arnhem is beroep ingesteld tegen een arbitraal vonnis dat is gewezen in een geding tussen *lokale distributiebedrijven* van elektriciteit (of gemeenten die zelf die distributie verzorgen) en een regionaal distributiebureau („IJssselcentrale”).

12. In Nederland zijn er vier elektriciteitsproducenten, die samen aandeelhouder zijn van een gemeenschappelijke onderneming: de NV Samenwerkende Elektriciteitsproductiebedrijven (hierna: „SEP”).⁵ De geproduceerde elektriciteit wordt verkocht aan de

1 — Zie, bij voorbeeld, richtlijn 90/377/EEG van de Raad van 29 juni 1990 betreffende een communautaire procedure inzake de doorzichtigheid van de prijzen van gas en elektriciteit voor industriële eindverbruikers (PB 1990, L 185, blz. 16), en richtlijn 90/547/EEG van de Raad van 29 oktober 1990 betreffende de doorvoer van elektriciteit via de hoofdnetten (PB 1990, L 313, blz. 30).

2 — Witboek inzake de interne energiemarkt van 2 mei 1988, COM(88)238.

3 — 92/C 65/04 (PB 1992, C 65, blz. 4). Het voorstel is in die vorm niet door de Raad goedgekeurd.

4 — Ibidem, derde overweging van de considerans.

5 — Tot de statutaire taken van SEP behoren onder meer „het beheer van het hoogspanningsnet, alsmede het sluiten van overeenkomsten met buitenlandse elektriciteitsbedrijven met betrekking tot de in- en uitvoer van elektriciteit en het gebruik van de internationale koppelnetsverbindingen” (arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 18 november 1992, zaak T-16/91, Rendo e. a., Jurispr. 1992, blz. II-2417, r. o. 4).

regionale distributiebedrijven (zoals geïntimeerde in het hoofdgeding). Deze verkopen de elektriciteit door aan de lokale distributiebedrijven (zoals appellanten in het hoofdgeding), die op hun beurt aan de afnemers leveren.

elektriciteit in en uit te voeren en dat de producenten gehouden zijn, in leveringsovereenkomsten met elektriciteitsdistributiebedrijven te stipuleren, dat deze laatste geen elektriciteit zullen invoeren of uitvoeren⁶;

13. Van 1985 tot en met 1988 legde IJsselcentrale (in 1988 omgedoopt tot IJsselmij; hierna: „IJM”) de gemeentelijke distributiebedrijven een „egalisatietoeslag” op. Die toeslag was bedoeld om de extra kosten van de distributie op het platteland te compenseren, zodat voor alle eindverbruikers in het bestreken gebied dezelfde tarieven zouden gelden.

14. Appellanten in het hoofdgeding zijn lokale distributiebedrijven die de verschuldigdheid betwisten van de hun in genoemde periode in rekening gebrachte egalisatietoeslag, die in totaal 20 707 942 HFL zou hebben bedragen.

15. Voor de lokale distributeurs gelden een exclusieve afnameverplichting en een invoerverbod, die voortvloeien uit twee verschillende overeenkomsten:

— een op 22 mei 1986 tussen de elektriciteitsproduktiebedrijven enerzijds en SEP anderzijds gesloten horizontale overeenkomst (de Overeenkomst van Samenwerking; hierna: „OVS”) bepaalt in *artikel 21*, dat alleen SEP bevoegd is

— de algemene voorwaarden voor de levering van elektrische energie aan de gemeenten⁷ (hierna: „AV”) bevatten een exclusiviteitsclausule die de gemeenten een exclusieve afnameverplichting — en dus een impliciet invoerverbod — oplegt (artikel 2, lid 2).⁸ Omgekeerd verbindt IJM zich ertoe, op het grondgebied van een gemeente geen elektrische energie aan derden te leveren zonder toestemming van die gemeente (artikel 2, lid 1). Er is dus sprake van *wederzijdse exclusiviteit*.

16. Artikel 34 van de Elektriciteitswet van 16 november 1989⁹ en het ministerieel besluit van 20 maart 1990 bepalen, dat alleen

6 — Volgens de Nederlandse regering vindt dit verbod zijn rechtvaardiging in het feit, dat de invoer van elektriciteit uitsluitend centraal — en volgens plan — door SEP geschiedt (punt 10 van de opmerkingen van de Nederlandse regering).

7 — De op 17 december 1964 tot stand gekomen en op 1 april 1965 van kracht geworden algemene voorwaarden voor de levering van elektrische energie aan gemeenten met een eigen distributiebedrijf in het concessiegebied van de te Zwolle gevestigde IJsselcentrale.

8 — „De gemeente verbindt zich voor de elektriciteitsvoorziening binnen haar grondgebied uitsluitend elektrische energie te betrekken van IJsselcentrale en deze energie slechts te benutten voor eigen verbruik, of voor de levering aan derden voor verbruik binnen het grondgebied van de gemeente.”

9 — Stbl. 535. De Elektriciteitswet van 16 november 1989 heeft de Nederlandse elektriciteitsmarkt, zij het zeer beperkt, opengesteld: de distributiebedrijven mogen binnen Nederland hun eigen distributeur kiezen („horizontaal winkelen”) en de industriële verbruikers mogen elektriciteit voor eigen gebruik invoeren, zolang daarvoor geen gebruik wordt gemaakt van het openbare distributienet.

SEP voor de openbare voorziening bestemde elektriciteit mag invoeren, tenzij het gaat om elektriciteit met een spanning van minder dan 500 V.

17. De verwijzende rechter acht het aanneemelijk, dat zonder het invoerverbod de egalisatietoeslag niet had kunnen worden opgelegd. Het is volgens die rechter immers niet uitgesloten, dat de lokale distributiebedrijven die toeslag — althans ten dele — hadden kunnen vermijden, indien zij elektriciteit hadden kunnen betrekken uit het buitenland.¹⁰ Om te weten of die toeslag verschuldigd was, moet dus worden onderzocht, of dat importverbod in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht.

18. Bij arbitraal vonnis van 12 december 1986 zijn de vorderingen van de lokale distributeurs afgewezen op grond dat IJM zonder de wederzijdse exclusiviteit haar taak niet zou kunnen vervullen, dat die exclusiviteit het handelsverkeer niet noemenswaardig beïnvloedt en dat, door het van toepassing zijn van de uitzondering van artikel 90, lid 2, „het missen van de bevoegdheid van eisers om van derden elektriciteit te betrekken, niet in strijd is met artikel 85 van het EEG-Verdrag”. Ten aanzien van de egalisatietoeslag overwogen de arbiters, dat niet was aangetoond dat deze de handel tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloedde.

19. De lokale distributeurs zijn van dat vonnis in beroep gegaan bij het Gerechtshof te Arnhem, dat heeft besloten het Hof de twee volgende prejudiciële vragen voor te leggen:

„1) Is een nationale rechterlijke instantie, die in een bij de wet voorzien geval oordeelt in beroep van een arbitraal vonnis, een nationale rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 van het EEG-Verdrag, indien zij ingevolge de arbitrale overeenkomst van partijen moet oordelen als goede mannen naar billijkheid?

2) Verzetten de artikelen 37, 85, 86 en 90 EEG-Verdrag zich tegen een importverbod van elektriciteit, bestemd voor de openbare voorziening, in de algemene voorwaarden van een regionale distributiemaatschappij van elektriciteit in de jaren 1985 tot en met 1988, eventueel in samenhang met een importverbod in een overeenkomst van de elektriciteitsproduktiebedrijven in de betrokken Lid-Staat?”

20. Enkele aspecten van het Nederlandse systeem inzake de distributie van elektriciteit zijn reeds — of worden momenteel — door zowel de Commissie als de gemeenschapsrechter onderzocht.

21. Parallel aan de onderhavige procedure dienden enkele lokale distributiebedrijven (IMGO te Meppel, Centraal Overijsselse

10 — Zie punt 5.11 van het verwijzingsarrest.

Nutsbedrijven te Almelo, Regionaal Energiebedrijf Salland te Deventer en de gemeente Hoogeveen) op 26 mei 1988 bij de Commissie tegen IJM een klacht in wegens schending van artikel 85 EEG-Verdrag. Die klacht had haar oorsprong in „de civiele procedures met betrekking tot het toepassen door (IJM) van een in-en uitvoerverbod, gecombineerd met een exclusieve afnameplicht, alsmede het opleggen van een egalisatiekostentoeslag”.¹¹

22. In haar beschikking 91/50 stelde de Commissie vast: „Artikel 21 van de (...) Overeenkomst van Samenwerking (...) vormt een inbreuk op artikel 85, lid 1, van het Verdrag, voor zover genoemd artikel tot doel of tot gevolg heeft de invoer door *particuliere industriële verbruikers* en de uitvoer van de elektriciteitsproductie *buiten het kader van de openbare voorziening door distributiebedrijven en particuliere industriële verbruikers*, waaronder zelfopwekkers, te belemmeren.”¹²

23. Het tegen die beschikking ingestelde beroep heeft het Gerecht van eerste aanleg bij arrest van 18 november 1992 verworpen.¹³ Tegen dat arrest is hogere voorziening ingesteld bij het Hof (zaak C-19/93 P).

11 — Zie beschikking 91/50/EEG van de Commissie van 16 januari 1991 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (PB 1991, L 28, blz. 32, punt 1).

12 — Artikel 1 van het dispositief (eigen cursivering).

13 — Arrest Rendo, reeds aangehaald.

24. De Commissie gaf in haar beschikking geen oordeel over de door IJM toegepaste egalisatietoeslag¹⁴, noch over de *invoer*beperkingen zoals die vóór de inwerkingtreding van de Elektriciteitswet van 16 november 1989 golden voor de met de openbare voorziening belaste distributiebedrijven.¹⁵

25. Bij brief van 20 november 1991¹⁶ deelde de Commissie de indieners van de klacht echter mee, dat „de egalisatietoeslag, waartegen de oorspronkelijke klacht vooral was gericht, geen voorwerp van een procedure krachtens de artikelen 85 en/of 86 EEG-Verdrag kan vormen, omdat van deze toeslag geen merkbare beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten uitgaat”. Die brief vormde de aanleiding voor een tweede beroep, dat het Gerecht bij — de inmiddels definitief geworden — beschikking van 29 maart 1993 (zaak T-2/92, Rendo II) niet-ontvankelijk heeft verklaard.¹⁷

26. Tot slot moet worden opgemerkt, dat de Commissie de Nederlandse regering op 26 november 1992 een met redenen omkleed advies heeft doen toekomen: het bij de wet van 1989 aan SEP toegekende exclusieve invoerrecht zou een inbreuk vormen op

14 — Punt 1, voorlaatste alinea.

15 — Arrest Rendo, r. o. 58 en 61. Wat de door artikel 34 van de Elektriciteitswet van 1989 aan de distributiebedrijven opgelegde invoerbeperkingen betreft, sprak de Commissie zich niet uit over de vraag, of die beperkingen in de zin van artikel 90, lid 2, EEG-Verdrag gerechtvaardigd waren, daar zij voornemens was dienaangaande een nietnakomingsprocedure in te leiden (punt 50 van de beschikking en r. o. 46 en 47 van het arrest van het Gerecht).

16 — Ibidem, r. o. 27.

17 — Op grond dat de brief in geen enkel opzicht het karakter van een beschikking had en volstrekt geen rechtsgevolgen had teweeggebracht.

de artikelen 30 en 37 EEG-Verdrag en noch door artikel 36, noch door dwingende vereisten van algemeen belang worden gerechtvaardigd.¹⁸

27. Noch de Commissie, in haar beschikking 91/50, noch het Gerecht van eerste aanleg is ingegaan op de verenigbaarheid met het communautaire mededingingsrecht van het door een regionale distributiemaatschappij aan een *lokale distributiemaatschappij* opgelegde *verbod om via het openbare distributienet elektrische energie in te voeren*, zoals neergelegd in de algemene voorwaarden voor de levering van elektrische energie aan de gemeenten van 17 december 1964 en in de samenwerkingsovereenkomst zoals die vóór de inwerkingtreding van de Elektriciteitswet van 1989 gold.

28. Dit is precies waarom het in de tweede prejudiciële vraag draait. Maar nu eerst de eerste vraag.

De eerste prejudiciële vraag

29. Is een nationale rechter die in beroep van een arbitraal vonnis moet oordelen als goede mannen naar billijkheid, een rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 EEG-Verdrag?

18 — Punten 16 en 17 van de schriftelijke opmerkingen van de Commissie. Zie ook rechtsoverweging 26 van het arrest Rendo.

30. In het arrest Vaassen-Goebbels¹⁹ oordeelde het Hof, aansluiting zoekend bij de algemene beginselen welke aan het recht van de Lid-Staten gemeen zijn, dat aan een aantal criteria moet zijn voldaan om te kunnen spreken van een rechterlijke instantie in de zin van het gemeenschapsrecht: het moet gaan om een instantie die bij wet is ingesteld als een permanent orgaan, die over bindende rechtsmacht beschikt en die gehouden is om, na een procedure op tegenspraak, uitspraak te doen naar de regelen des rechts. In latere arresten heeft het Hof daaraan nog het criterium van de onafhankelijkheid toegevoegd.²⁰

31. Voor de beantwoording van de vraag, of een instantie als „rechterlijke instantie van een der Lid-Staten” in de zin van artikel 177 EEG-Verdrag kan worden aangemerkt, moet volgens het Hof ook worden nagegaan, of er tussen de voor die instantie gevoerde procedure en het algemene stelsel van rechtsbescherming in de betrokken Lid-Staat een voldoende nauwe band bestaat.²¹

32. Aan dat vereiste voldoen zonder meer de nationale procesregels die bepalen, dat het beroep van een arbitrale uitspraak moet worden gebracht voor de rechter die bij ontbreken van een compromis bevoegd zou zijn²², en die dus op bindende wijze een nationale rechter als beroepsinstantie aanwijzen, wanneer partijen zich het recht op een dergelijk beroep hebben voorbehouden.²³

19 — Arrest van 30 juni 1966 (zaak 61/65, Jurispr. 1966, blz. 258).

20 — Zie arresten van 11 juni 1987 (zaak 14/86, Pretore di Salò, Jurispr. 1987, blz. 2545, r. o. 7) en 21 april 1988 (zaak 338/85, Pardini, Jurispr. 1988, blz. 2041, r. o. 9).

21 — Arrest van 23 maart 1982 (zaak 102/81, Nordsee, Jurispr. 1982, blz. 1095, r. o. 13).

22 — Zie de opmerkingen van IJM, blz. 6.

23 — Zie artikel 647 van het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (oud), dat ten tijde van het hoofdgeding van toepassing was, en artikel 16 van de tussen partijen overeengekomen AV.

33. Aan de voorwaarden van artikel 177 is dus voldaan in het geval van een nationale rechterlijke instantie die bij wet is ingesteld als een permanent en onafhankelijk orgaan, waarvan de samenstelling niet ter vrije bepaling van partijen staat ²⁴ en dat over bindende rechtsmacht beschikt.

34. Overigens heeft het Hof in het arrest Nordsee met zoveel woorden erkend, dat elke gewone rechter die heeft te oordelen in beroep van een arbitraal vonnis, het Hof om een prejudiciële beslissing mag verzoeken. ²⁵

35. Maakt het in dit verband enig verschil, dat die rechter heeft te oordelen als goede mannen naar billijkheid? Kan de toepassing van het gemeenschapsrecht in een dergelijk geval worden uitgesloten?

36. Naar mijn mening dient een nationale rechter, ook indien hij heeft te oordelen als goede mannen naar billijkheid, dat recht toe te passen.

37. Uit de beginselen volgens welke het gemeenschapsrecht met voorrang en op een-vormige wijze moet worden toegepast, volgt immers, dat de verdragsbepalingen, vooral die op het gebied van de mededinging, in alle Lid-Staten absolute gelding hebben.

38. Gelijk het Hof in de arresten Broekmeulen ²⁶ en Nordsee (reeds aangehaald) overwoog,

„moet het gemeenschapsrecht op het grondgebied van alle Lid-Staten volledig worden nageleefd; het staat partijen bij een overeenkomst dus niet vrij daarvan af te wijken”. ²⁷

39. Bovendien, aldus het Hof, mogen

„nationale wetgevingen of *rechtspraak*, zelfs wanneer ze aan alle Lid-Staten gemeen zijn, niet de doorslag (...) geven bij de toepassing van de mededingingsregels van het Verdrag”. ²⁸

40. Dergelijke praktijken zouden namelijk in strijd zijn met artikel 5, tweede alinea, EEG-Verdrag en aan de gemeenschapsregels hun nuttig effect kunnen ontnemen. ²⁹

41. Hieruit volgt, dat een nationale rechter, ook indien hij naar billijkheid heeft te

²⁴ — Zie voor dit aspect arrest van 17 oktober 1989 (zaak 109/88, Danfoss, Jurispr. 1989, blz. 3199, r. o. 8).

²⁵ — Zie rechtsoverweging 14 van het in voetnoot 21 aangehaalde arrest.

²⁶ — Arrest van 6 oktober 1981 (zaak 246/80, Jurispr. 1981, blz. 2311).

²⁷ — Arrest Nordsee, rechtsoverweging 14.

²⁸ — Zie arrest van 17 januari 1984 (gevoegde zaken 43/82 en 63/82, VBVB en VBBB, Jurispr. 1984, blz. 19, r. o. 40; eigen cursivering).

²⁹ — Zie arrest van 10 januari 1985 (zaak 229/83, Leclerc, Jurispr. 1985, blz. 1, r. o. 14).

oordelen, de communautaire mededingingsregels in acht dient te nemen en zich tot het Hof moet kunnen wenden met alle vragen betreffende de uitlegging of, in voorkomend geval, de geldigheid van die regels.³⁰

42. De verplichting om te oordelen als goede mannen naar billijkheid, kan dus niet leiden tot de niet-toepasselijkheid van regels die volgens het Hof overigens een *dwingend*³¹ karakter hebben.

43. Bovendien wil ik erop wijzen, dat de verwijzende rechter is verzocht om een „verklaring voor *recht*”.³²

44. De toepasselijkheid van artikel 177 EEG-Verdrag staat dus buiten kijf.

30 — Zie in dit verband mijn conclusie (punt 19) bij het arrest van 30 maart 1993 (zaak C-24/92, Corbiau, Jurispr. 1993, blz. I-1277).

31 — Zie de in verscheidene arresten van het Hof voorkomende overweging: „Overeenkomstig de vierde alinea van de preambule van het Verdrag en de artikelen 3, sub f, 85 en 86 EEG-Verdrag dienen deze regels [de mededingingsregels] om te voorkomen dat de mededinging wordt vervalst ten nadele van het algemeen belang, de individuele ondernemingen en de gebruikers. De uitoefening van de bij verordening nr. 17 aan de Commissie toegekende bevoegdheden draagt aldus bij tot de instandhouding van het door het Verdrag beoogde mededingingsstelsel, waarvan de eerbiediging voor de ondernemingen een *dwingende* plicht is” (arresten van 21 september 1989, gevoegde zaken 46/87 en 227/88, Hoechst, Jurispr. 1989, blz. 2859, r. o. 25; 17 oktober 1989, zaak 85/87, Dow Benelux, Jurispr. 1989, blz. 3137, r. o. 36; 17 oktober 1989, gevoegde zaken 97/87, 98/87 en 99/87, Dow Chemical Ibérica e. a., Jurispr. 1989, blz. 3165, r. o. 22, en 18 oktober 1989, zaak 374/87, Orkem, Jurispr. 1989, blz. 3283, r. o. 19) (eigen cursivering).

32 — Arrest van de verwijzende rechter van 24 april 1990.

De tweede prejudiciële vraag

45. Alvorens over te gaan tot de behandeling ten gronde van de tweede vraag, eerst het volgende: de Franse regering betoogt, dat die vraag slechts een hypothetisch verband heeft met het voor de verwijzende rechter aanhangig geding en dat zij bovendien onvoldoende duidelijkheid verschaft omtrent de feitelijke en juridische context waarin zij moet worden geplaatst.

46. Ik kan dit standpunt niet onderschrijven: het hoofdgeding heeft betrekking op de betaling van een door een Nederlandse regionale distributeur overeenkomstig de algemene voorwaarden voor de levering van energie opgelegde egalisatietoeslag. Het is mogelijk, dat de lokale distributeurs die toeslag, althans ten dele, hadden kunnen vermijden, indien zij in de betrokken periode elektriciteit hadden kunnen betrekken van een buitenlandse leverancier. Zij hebben er dus belang bij, door de rechter te doen vaststellen, dat het gemeenschapsrecht zich verzet tegen het impliciete invoerverbod dat hun wordt opgelegd.

47. Bovendien beschikt het Hof mijns inziens over alle gegevens, zowel feitelijk als rechtens, die nodig zijn om de gestelde vraag te kunnen beantwoorden. Zo heeft de nationale rechter terecht verwezen naar beschikking 91/50, waarvan de feitelijke context identiek was met die van de onderhavige zaak.

48. De tweede vraag, betreffende de uitlegging van de artikelen 37, 85, 86 en 90 EEG-Verdrag, heeft hoofdzakelijk betrekking op

het invoerverbod zoals dat in de periode 1985-1988 in de betrekkingen tussen de regionale en lokale distributeurs gold (maar niet op het voor de verbruikers geldende invoerverbod: hun situatie is in beschikking 91/50 onderzocht).

beheerd, noch bij het bestaan van regionale distributiemonopolies.

49. Zoals IJM opmerkt ³³: „De onderhavige procedure heeft precies betrekking op datgene wat de Commissie in haar IJsselcentrale-beschikking kennelijk welbewust ongemoeid heeft gelaten: de Nederlandse privaatrechtelijke regulering van de elektriciteitssector voor zover het betreft de openbare voorziening, zoals deze heeft gegolden tot de inwerkingtreding van de Elektriciteitswet van 1989.”

53. Het enige punt dat hier ter discussie staat, is het verbod op de invoer van voor de openbare voorziening bestemde elektriciteit.

54. Na de tweede vraag aldus te hebben afgebakend, zal ik de in die vraag genoemde artikelen één voor één behandelen.

Artikel 37

50. Wat die elektriciteitsmarkt betreft, moet de aan het Hof voorgelegde vraag goed worden afgebakend.

55. Om te bepalen, of artikel 37 van toepassing is, moeten drie vragen worden beantwoord, want:

51. Het beginsel, dat er slechts één elektriciteitsnet is, wordt in casu niet ter discussie gesteld: het voordeel dat de invoering van mededinging op het gebied van het transport van elektriciteit zou opleveren, zou overigens bij lange na niet opwegen tegen de nadelen van een extra net.

— de werkingssfeer van dat artikel is beperkt tot de handel in goederen;

52. Evenmin worden er vraagtekens geplaatst bij het beginsel, dat het net door slechts één onderneming (in casu SEP) wordt

— het heeft slechts betrekking op nationale monopolies van commerciële aard;

— het is erop gericht, elke discriminatie tussen de onderdanen van de Lid-Staten uit te sluiten.

33 — Op blz. 20 en 21 van haar opmerkingen.

56. Hoe zit het met deze drie punten?

1. Is elektriciteit een goed?

57. In het arrest Sacchi³⁴ verklaarde het Hof, dat „zowel uit de plaats van deze bepaling [artikel 37] in het hoofdstuk betreffende de afschaffing van de kwantitatieve beperkingen, als uit het gebruik van de woorden „invoer’ en „uitvoer’ in de tweede alinea van lid 1 en van het woord „produkten’ in de leden 3 en 4 blijkt, dat deze bepaling op het handelsverkeer in *goederen* doelt en niet een monopolie voor het verrichten van diensten kan betreffen”.

58. De omstandigheden waaronder elektriciteit wordt getransporteerd en gedistribueerd, zijn even belangrijk als de omstandigheden waaronder zij wordt geproduceerd: „(...) les conditions de transport et de distribution induisent inévitablement certaines déformations de ses caractéristiques (...)”.³⁵ Men moet zich dus afvragen, of elektriciteit wel als een goed kan worden aangemerkt.³⁶

59. Zo stelde de Franse regering in haar opmerkingen in zaak C-22/92 (EDF/Coramine)³⁷ vast: „Une des spéci-

cités de l'électricité est d'ailleurs que sa qualité ne dépend que du réseau de transport et de distribution et pratiquement pas de ses conditions de production. Cette caractéristique conduit d'ailleurs à considérer l'électricité davantage comme un service que comme une marchandise, le réseau n'assurant pas seulement une fonction de transport, mais aussi une fonction d'optimisation et d'élaboration d'éléments déterminants de l'électricité livrée aux consommateurs finals.”³⁸

60. Bovendien sluit artikel 2 van het op 11 april 1980 te Wenen ondertekende Verdrag der Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken, de verkoop van elektriciteit van de werkingssfeer van dat verdrag uit.

61. Tot slot laat ook het ontbreken van een gemeenschappelijk beleid ter zake³⁹ nog eens zien — wellicht ten overvloede —, dat het hier een zeer specifiek produkt betreft.

62. Toch lijdt het voor mij geen twijfel, dat elektriciteit als een goed in de zin van het Verdrag moet worden beschouwd.

34 — Arrest van 30 april 1974 (zaak 155/73, Jurispr. 1974, blz. 409, r. o. 10; eigen cursivering). Dit is inmiddels vaste rechtspraak: zie rechtsoverweging 8 van het arrest van 28 juni 1983 (zaak 271/81, Amélioration de l'élevage, Jurispr. 1983, blz. 2057) en rechtsoverweging 33 van het arrest van 27 oktober 1993 (gevoegde zaken C-46/90 en C-93/91, Lagauche en Evrard, Jurispr. 1993, blz. I-5267).

35 — P. Sablière: noot onder het arrest van de Cour d'appel d'Angers van 16 december 1987, *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, mei 1988, blz. 182.

36 — Zie punt 30 van de opmerkingen van de Nederlandse regering.

37 — Die zij vóór de intrekking van de prejudiciële vraag had ingediend.

38 — Bladzijde 7.

39 — Zie artikel 3, sub t, EG-Verdrag en de aan de slotakte van het Verdrag van Maastricht gehechte verklaring betreffende civiele bescherming, energie en toerisme.

63. In de eerste plaats vormt elektriciteit het voorwerp van een handel en een markt die vergelijkbaar zijn met die van een goed, en moet zij kunnen profiteren van de gemeenschapsbepalingen die de belemmeringen van het handelsverkeer uit de weg beogen te ruimen.⁴⁰

64. In de tweede plaats vormen de diensten een restcategorie, zoals blijkt uit de bewoordingen van artikel 60 van het Verdrag.

65. In de derde plaats heeft het Hof reeds in zijn befaamde arrest Costa/ENEL — zij het impliciet — uitgemaakt, dat elektriciteit onder de werkingssfeer van artikel 37 valt.⁴¹

66. In de vierde plaats wordt elektriciteit ook door de tariefnomenclatuur als een goed aangemerkt (GN-code 27.16).

67. Tot slot worden de andere energiebronnen, zoals steenkool, aardgas of aardolie, door het gemeenschapsrecht als goederen gezien.⁴² Het lijkt dan ook logisch, elektriciteit op dezelfde voet te behandelen.

68. Indien elektriciteit een goed is, is er dan sprake van een commercieel monopolie in de zin van artikel 37?

2. *Is er sprake van een nationaal monopolie van commerciële aard?*

69. Uit het arrest Bodson⁴³ volgt, dat artikel 37 ook ziet op situaties waarin het monopolie slechts een gedeelte van het nationale grondgebied bestrijkt, zoals een regio.⁴⁴

70. Om artikel 37 te kunnen toepassen, moet er sprake zijn van een situatie waarin „de nationale autoriteiten in staat zijn het handelsverkeer tussen Lid-Staten te beheersen, te leiden of aanmerkelijk te beïnvloeden door middel van een hiertoe ingesteld lichaam of een gedelegeerd monopolie”.⁴⁵

71. De situatie die de verwijzende rechter aan het Hof heeft voorgelegd, voldoet niet aan die omschrijving. IJM beschikte immers tot in 1989 over een niet-exclusieve⁴⁶

40 — Vgl. U. Everling: "Der Binnenmarkt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften", in: *Ein EWG-Binnenmarkt für Elektrizität — Realität oder Utopie*, herausgegeben von Rudolf Lukes, 1988, blz. 142.

41 — Arrest van 15 juli 1964 (zaak 6/64, Jurispr. 1964, blz. 1203,1225).

42 — Zie, bij voorbeeld, arrest van 13 december 1990 (zaak C-347/88, Commissie/Griekenland, Jurispr. 1990, blz. I-4747), betreffende de invoer van ruwe olie en aardolieproducten.

43 — Arrest van 4 mei 1988 (zaak 30/87, Jurispr. 1988, blz. 2479, r. o. 13).

44 — Zoals advocaat-generaal Da Cruz Vilaça in zijn conclusie bij het arrest Bodson opmerkte, is in de toepassingsvoorwaarden van artikel 37 geen sprake van een territoriale dimensie: „Integendeel, de toepassingsvoorwaarden zijn geschreven met de invloed van het monopolie op de intracommunautaire handel voor ogen” (Jurispr. 1988, blz. 2494, punt 41).

45 — Arrest Bodson, rechtsoverweging 13.

46 — Zie hierover punt 1.1 van de opmerkingen van IJM en artikel 2, lid 1, van de concessievoorwaarden. Zie ook punt 9 van beschikking 91/50 van de Commissie.

overheidsconcessie voor het verzorgen van de openbare elektriciteitsvoorziening, zonder dat de concessievoorwaarden enig invoerverbod behelsden.⁴⁷

72. Dat verbod is neergelegd in de tussen de elektriciteitsproducenten en SEP gesloten samenwerkingsovereenkomst (artikel 21, lid 1) en, impliciet, in de algemene voorwaarden van IJM, die beide, zoals de Commissie in haar beschikking 91/50⁴⁸ terecht opmerkt met betrekking tot de OVS, een privaatrechtelijk karakter hebben.

73. Er is niets waaruit blijkt, dat dat invoerverbod in de periode 1985-1988 werd opgelegd of ook maar werd aanbevolen door de overheid.⁴⁹ Ingevolge de in de in geding zijnde periode toepasselijke wet inzake de invoer van elektriciteit was die invoer niet verboden, doch enkel afhankelijk van een vergunning.⁵⁰

74. De omstandigheid dat voor bedrijven met een concessie voor de distributie van elektriciteit op regionaal vlak, een invoerverbod geldt, dat die bedrijven op hun beurt opleggen aan hun afnemers, is dus niet het gevolg van het gedrag van de nationale autoriteiten, maar van dat van de ondernemingen zelf.

75. Overeenkomstig de in het arrest Bodson⁵¹ geformuleerde regel moet de door de verwijzende rechter bedoelde situatie derhalve worden getoetst aan de verdragsbepalingen betreffende de ondernemingen, en niet aan het op nationale monopolies betrekking hebbende artikel 37.⁵²

76. Om dezelfde reden valt ook het door de OVS ingestelde invoerverbod niet onder dat artikel. Het is immers pas sinds 1989, dat een overheidsregeling (de op 1 juli 1989 in werking getreden Elektriciteitswet) SEP als enige bevoegd verklaart om voor de openbare voorziening bestemde elektriciteit in te voeren. Het is overigens die regeling, die buiten het kader van deze zaak valt, waarop het op 26 november 1992 aan de Nederlandse regering toegezonden met redenen omkleed advies betrekking heeft.⁵³

77. Een en ander betekent, dat noch het invoerverbod, noch de exclusieve afnameverplichting binnen de werkingssfeer van artikel 37 valt, zodat de derde voorwaarde voor de toepassing van die bepaling verder buiten beschouwing kan blijven.

47 — Zie dat besluit alsmede Koninklijk Besluit nr. 54 van 13 juni 1918 (Stb. 15.6.1918, nr. 138). Zie ook de opmerkingen van IJM, blz. 17 en 18: de Nederlandse regeling stelt geen verbod op de invoer van elektriciteit, doch stelt die invoer enkel afhankelijk van een vergunning.

48 — Punt 21.

49 — Ibidem.

50 — Wet van 22 oktober 1938, Stbl. 523. Zie punt 3.2, in fine, van de opmerkingen van IJM.

51 — Rechtsoverwegingen 14 en 15.

52 — Zie ook arrest van 27 september 1988 (zaak 65/86, Bayer, Jurispr. 1988, blz. 5249, r. o. 12).

53 — Zie punt 25 van de opmerkingen van de Nederlandse regering.

Artikel 85

78. Een prealabele vraag: zijn de artikelen 85 tot en met 90 van het Verdrag van toepassing op de distributie van elektriciteit?

79. Het is vaste rechtspraak van het Hof, dat „wanneer het Verdrag bepaalde activiteiten aan de toepassing van de mededingingsregels heeft willen onttrekken, het ter zake een uitdrukkelijke uitzondering heeft voorzien”.⁵⁴ De uitzonderingen op dit beginsel moeten restrictief worden toegepast.⁵⁵

80. Voor elektriciteit is er geen bepaling die overeenkomt met het op landbouwprodukten betrekking hebbende artikel 42 EEG-Verdrag. Bovendien heeft de Raad op elektriciteitsgebied nooit gebruik gemaakt van de in artikel 87, lid 2, sub c, geboden mogelijkheid.

81. Sedert het arrest BNIC⁵⁶ erkent het Hof, dat een overeenkomst die betrekking heeft op een grondstof die wordt gebruikt bij de bereiding van een eindprodukt dat in de gehele Gemeenschap wordt verhandeld, binnen de werkingssfeer van artikel 85 valt.

82. De artikelen 85 en volgende moeten dus kunnen worden toegepast op overeenkomsten betreffende de produktie en de distributie van elektriciteit, juist zoals volgens 's Hofs rechtspraak artikel 90 van het Verdrag moet kunnen worden toegepast op de regels betreffende de bevoorrading van Ierland met aardolieprodukten.⁵⁷

83. Tussen 1985 en 1988 werd het systeem voor de distributie van elektriciteit in Nederland beheerst door een aantal rechtsbetrekkingen, die schematisch kunnen worden weergegeven als volgt:

1. een horizontaal niveau: het tussen producenten en SEP overeengekomen invoerverbod (artikel 21, lid 1, OVS);

2. een verticaal niveau, te weten, van boven naar beneden:

a) de betrekkingen producenten/regionale distributeurs:

artikel 21, lid 2, OVS;

⁵⁴ — Arresten van 30 april 1986 (gevoegde zaken 209/84, 210/84, 211/84, 212/84 en 213/84, *Asjes e. a.*, Jurispr. 1986, blz. 1425, r. o. 40) en 27 januari 1987 (zaak 45/85, *Verband der Sachversicherer*, Jurispr. 1987, blz. 405, r. o. 12).

⁵⁵ — Zie het definitieve arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 2 juli 1992 (zaak T-61/89, *Dansk Pelsdyravlerforening*, Jurispr. 1992, blz. II-1931, r. o. 54).

⁵⁶ — Arrest van 30 december 1987 (zaak 136/86, Jurispr. 1987, blz. 4789, r. o. 18).

⁵⁷ — Arrest van 10 juli 1984 (zaak 72/83, *Campus Oil e. a.*, Jurispr. 1984, blz. 2727).

- b) de betrekkingen regionale distributeurs/ lokale distributeurs:

artikel 2, lid 2, AV;

- c) de betrekkingen lokale distributeurs/ afnemers: bepalingen die eveneens een contractueel karakter hebben.

moet rekening worden gehouden met de economische en juridische context waarbinnen die overeenkomsten gelden, en met de werkelijke draagwijdte van die beperkende praktijken.⁵⁹ De handel in elektriciteit vertoont een aantal specifieke kenmerken, die ik hier in herinnering wil brengen.

87. De uitwisseling van elektriciteit tussen Nederland en de rest van de Gemeenschap vertoont een kenmerk dat aan alle Lid-Staten gemeen is: het is een „handel tussen hoofdnetten”⁶⁰, berustend op een „vrijwillige samenwerking tussen nationale monopolies”.⁶¹

88. Zoals wij hebben gezien, wordt de invoer van elektriciteit in Nederland gecentraliseerd door SEP, die zorgt voor het beheer van het transportnet en van het ruilverkeer met het buitenland.

89. De hoeveelheid elektriciteit die via koppelnetwerken wordt uitgewisseld, is aanzienlijk; in 1988 werd bijna een tiende van de Nederlandse elektriciteitsbehoefte gedekt door invoer.⁶²

90. De Gemeenschap tracht dit soort uitwisselingen te bevorderen, zoals blijkt uit

84. Vormen een invoerverbod als dat wat voortvloeit uit artikel 21, lid 1, van de OVS en een exclusieve afnameverplichting als die welke is opgenomen in de verticale overeenkomsten, inbreuken op artikel 85, lid 1?

85. In beide gevallen is er sprake van overeenkomsten tussen ondernemingen. Uit rechtsoverweging 18 van het arrest Bodson volgt weliswaar, dat artikel 85 niet slaat op concessie-overeenkomsten tussen gemeenten handelend in hun hoedanigheid van overheid, en ondernemingen belast met de uitvoering van een openbare dienst, maar in casu heeft IJM niet alleen gemeenten, maar ook particuliere ondernemingen als medecontractant.⁵⁸

86. Bij de beoordeling van de gevolgen van dergelijke overeenkomsten uit het oogpunt van het communautaire mededingingsrecht

59 — Arrest van 28 februari 1991 (zaak C-234/89, Delimitis, Jurispr. 1991, blz. I-935, r. o. 14).

60 — Deze uitdrukking is van J. L. Guizée: noot onder beschikking 91/50 van de Commissie, *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz*, januari 1992, blz. 34.

61 — Punt 11 van beschikking 91/50.

62 — Ibidem, punt 12. Volgens het in voetnoot 2 aangehaalde Witboek van de Commissie inzake de energiemarkt heeft de EEG „één van de sterkst geïntegreerde internationale hoogspanningsnetwerken ter wereld” (blz. 69).

58 — Punt 1.2 van de opmerkingen van IJM.

richtlijn 90/547 betreffende de doorvoer van elektriciteit via de hoofdnetten.⁶³

91. Zoals in beschikking 91/50 staat te lezen, vindt er nagenoeg geen uitwisseling van elektriciteit met het buitenland plaats *buiten de hoofdnetten om*.⁶⁴

92. Blijkens de in de onderhavige zaak gemaakte opmerkingen beschikken de lokale distributeurs niet over „koppellijnen” die hen rechtstreeks met buitenlandse elektriciteitsnetten verbinden⁶⁵, en kan uitsluitend via het openbare net (dat in Nederland door SEP wordt beheerd) elektriciteit worden ingevoerd.

93. In geval van afschaffing van de exclusieve invoerrechten zou het lokale distributiebeprijf bijgevolg enkel elektriciteit kunnen betrekken van een in een andere Lid-Staat gevestigde producent, indien die elektriciteit via het openbare net kon worden getransporteerd.

94. Een dergelijke mogelijkheid, ook wel „third party access” of „common carrier” genoemd, houdt in, dat van het openbare net

gebruik mag worden gemaakt in het kader van bevoorradingsovereenkomsten tussen een verbruiker (of een lokale distributeur van elektriciteit) en een producent, of deze nu in dezelfde dan wel in een andere Lid-Staat gevestigd is.

95. Wanneer er sprake is van een totaal invoerverbod⁶⁶, kan dit dus op twee manieren een ongunstige invloed hebben op de handel. De regionale of lokale distributiebeprijven wordt de mogelijkheid ontnomen, zich via het openbare net te bevoorraden bij een in een andere Lid-Staat gevestigde producent. Bovendien kunnen de kosten van de elektriciteit in de Lid-Staat waar de invoer verboden is, een ongunstige invloed hebben op de exportmogelijkheden van de elektriciteitsverbruikende ondernemingen die daar hun productiecentrum hebben.

96. Hebben de OVS en de algemene voorwaarden, in hun onderling verband beschouwd, een beperking van de mededinging tot gevolg?⁶⁷

97. Artikel 21, lid 1, van de OVS legt de productiebedrijven een invoerverbod op. Lid 2 van die bepaling verbiedt de afnemers van elektriciteit, elektriciteit te betrekken van andere dan de bij SEP aangesloten producenten, en ontzegt hun hiermee elke toegang tot andere bevoorradingsbronnen.

63 — Zoals aangehaald in voetnoot 1. In deze richtlijn wordt erkend, dat in een Lid-Staat één enkel lichaam verantwoordelijk kan zijn voor een hoogspanningshoofdnet. Voor Nederland wordt de SEP als zodanig genoemd.

64 — Punt 16.

65 — Zie inzonderheid punt 3, in fine, van de opmerkingen van IJM.

66 — Wat in Nederland het geval lijkt te zijn: zie punt 27 van beschikking 91/50.

67 — Zie hierover de punten 25 en volgende van beschikking 91/50.

98. De AV leggen de lokale distributeur de verplichting op, zich uitsluitend bij de regionale distributeur te bevoorraden; deze exclusieve afnameverplichting wordt overeengekomen voor onbepaalde duur, met een opzegtermijn van drie jaar (artikel 17, lid 2, AV).

99. Het wederkerige karakter van de exclusiviteit heeft tot gevolg, dat de betrokken markt, die hierdoor ontoegankelijk wordt voor eventuele concurrenten zowel van de producenten als van de distributeurs, totaal wordt afgegrensd. Zo ontstaat er „een logisch sluitend systeem”⁶⁸, dat leidt tot een kanalisering van de markt, doordat elke onafhankelijke producent de toegang tot die markt wordt ontzegd. Het mededingingsbeperkend effect van dergelijke overeenkomsten staat dus buiten kijf.⁶⁹

100. Maar hebben die overeenkomsten een merkbare ongunstige invloed op de intracommunautaire handel?

101. In haar beschikking 91/50 heeft de Commissie aangetoond, hoe de OVS, wat de produktie betreft, de handel tussen Lid-Staten beïnvloedde, met name gelet op de duur en de territoriale werkingssfeer van die overeenkomst.⁷⁰

102. Een exclusieve afnameverplichting als die welke is geformuleerd in artikel 2, lid 2, van de AV, kan naar mijn mening eveneens

een dergelijk effect hebben voor zover het de betrekkingen tussen regionale en lokale distributeurs betreft.

103. De lokale distributeur wordt de mogelijkheid ontnomen, zich te bevoorraden bij een in een andere Lid-Staat gevestigde regionale distributeur of producent.

104. Men zou het merkbare effect van een dergelijke exclusiviteit in twijfel kunnen trekken, indien die exclusiviteit beperkt was tot een dunbevolkte streek van een Lid-Staat. Sedert de arresten *Brasserie de Haecht*⁷¹ en *Delimitis* (reeds aangehaald) staat echter vast, dat een dergelijke overeenkomst moet worden gezien binnen haar economische en juridische context en dat, wanneer er naast die overeenkomst nog andere, soortgelijke overeenkomsten bestaan, het eventuele cumulatieve effect van al die overeenkomsten op de mededinging in aanmerking moet worden genomen.⁷²

105. Het lijkt erop, dat de door IJM opgelegde algemene voorwaarden aansloten bij de (Model) Algemene Voorwaarden voor de levering, zoals die waren opgesteld door de Vereniging van Exploitanten van Elektriciteitsbedrijven in Nederland (VEEN).⁷³ Het is dus niet uitgesloten, dat het cumulatieve effect van die voorwaarden zich uitstrekte over het gehele grondgebied van een Lid-Staat. In dat geval zou een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt in geding

68 — Punt 28 van beschikking 91/50.

69 — Ibidem, punten 25 en 28.

70 — Ibidem, punt 32.

71 — Arrest van 12 december 1967 (zaak 23/67, Jurispr. 1967, blz. 512).

72 — Zie rechtsoverweging 14 van het arrest *Delimitis*.

73 — Zie de punten 6 en 28 van beschikking 91/50.

zijn.⁷⁴ Dit zou leiden tot een afscherming van een nationale markt, waardoor de totstandkoming van één gemeenschappelijke markt zou worden verhinderd. Het is aan de verwijzende rechter om te onderzoeken, of zulks het geval is.

106. Ik ben dan ook van mening, dat overeenkomsten als de thans in geding zijnde, volgens vaste rechtspraak van het Hof, „(...) met een voldoende mate van waarschijnlijkheid [kunnen] doen verwachten dat zij, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, op het ruilverkeer tussen Lid-Staten een zodanige invloed (kunnen) uitoefenen, dat de verwezenlijking van de doelstellingen van een gemeenschappelijke markt tussen de Lid-Staten wordt geschaad”.⁷⁵

107. Uit een en ander volgt, dat een dergelijk invoerverbod

1) geen ongunstige invloed heeft op de handel in elektriciteit tussen voor de openbare voorziening bestemde hoofdnetten,

2) maar wél een ongunstige invloed kan hebben op de intracommunautaire handel in elektriciteit, voor zover daarbij op regionaal en lokaal niveau gebruik moet worden gemaakt van het openbare net.

108. Ik wijs erop, dat artikel 85, lid 3, in casu niet van toepassing is. De OVS en de AV, die niet bij de Commissie zijn aangemeld⁷⁶, kwamen geen van beide voor een ontheffing in aanmerking. Bovendien vallen die overeenkomsten niet binnen de werkingssfeer van de groepsvrijstellingsverordeningen die de Commissie tot dusver heeft vastgesteld.⁷⁷

Artikel 86

109. Wat het eventuele bestaan van misbruik van een machtspositie betreft, is door partijen slechts gesproken over IJM en niet over een mogelijke schending van artikel 86 door SEP. Laatstgenoemde vennootschap is trouwens geen partij bij het hoofdgeding. Ik zal hier dus enkel de situatie van IJM onderzoeken.

110. Een vennootschap waarvan de concessie beperkt is tot het grondgebied van een dunbevolkte provincie van een Lid-Staat, neemt, geïsoleerd beschouwd, niet a priori een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt in.

⁷⁴ — Zie, bij voorbeeld, arrest van 9 november 1983 (zaak 322/81, Michelin, Jurispr. 1983, blz. 3461, r. o. 23-28).

⁷⁵ — Arrest van 11 juli 1985 (zaak 42/84, Remia e. a., Jurispr. 1985, blz. 2545, r. o. 22).

⁷⁶ — Zie, wat de OVS betreft, punt 53 van beschikking 91/50 van de Commissie.

⁷⁷ — Verordening (EEG) nr. 1983/83 van de Commissie van 22 juni 1983 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen alleenverkoopovereenkomsten (PB 1983, L 173, blz. 1), is ingevolge artikel 3, sub c, niet van toepassing op de AV.

111. Dit zou echter anders zijn, indien de concessie het gehele grondgebied van die staat — of zelfs maar een groot deel van dat grondgebied — bestreek.⁷⁸

112. Zoals wij hebben gezien, zijn andere Nederlandse regionale elektriciteitsdistributeurs met de lokale distributeurs verbonden middels hetzelfde soort overeenkomst als die waardoor IJM met appellanten in het hoofdinging verbonden is.

113. De vraag rijst dan ook, of er sprake is van een collectieve machtspositie.

114. Blijkens de bewoordingen van artikel 86, eerste alinea, is het mogelijk, dat „meer ondernemingen” misbruik maken van een machtspositie.

115. Zo is die bepaling volgens het Hof van toepassing op een reeks van gemeentelijke monopolies (betreffende de externe sector van de lijkbezorging) „die in concessie zijn overgedragen aan één groep van ondernemingen wier wijze van optreden op de markt bepaald wordt door de moedermaatschappij”⁷⁹, op voorwaarde, onder meer, dat die groep een machtspositie inneemt, die haar in staat stelt een daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt te verhinderen.

116. In het arrest „Vlaskglas” (SIV e. a.)⁸⁰ heeft het Gerecht van eerste aanleg het begrip machtspositie gepreciseerd:

„In beginsel kan niet worden uitgesloten, dat twee of meer *onafhankelijke* economische eenheden op een markt door zodanige economische banden zijn verenigd dat zij hierdoor te zamen ten opzichte van de andere ondernemingen op dezelfde markt een machtspositie bezitten. Dit kan bij voorbeeld het geval zijn, wanneer twee of meer *onafhankelijke* ondernemingen te zamen door middel van een overeenkomst of een licentie over een technologische voorsprong beschikken die het hun mogelijk maakt, zich jegens hun concurrenten, hun afnemers en, uiteindelijk de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen (...).”⁸¹

117. Geen collectieve machtspositie dus zonder een minimum aan banden waardoor het de betrokken ondernemingen mogelijk worden gemaakt, de markt collectief te domineren.

118. Het is aan de verwijzende rechter om na te gaan, of de regionale distributiebedrijven door voldoende economische banden zijn verenigd om collectief een dergelijke positie in te nemen. De in Nederland gevestigde regionale elektriciteitsdistributeurs lijken met elkaar gemeen te hebben, dat zij

78 — Arrest van 18 juni 1991 (zaak C-260/89, ERT, Jurispr. 1991, blz. I-2925, r. o. 31).

79 — Arrest Bodson (reeds aangehaald), rechtsoverweging 35.

80 — Definitief arrest van 10 maart 1992 (gevoegde zaken T-68/89, T-77/89 en T-78/89, Jurispr. 1992, blz. II-1403, r. o. 357 e. v.).

81 — Rechtsoverweging 358; eigen cursivering.

door *hetzelfde soort overeenkomst* verbonden zijn met de lokale distributeurs.⁸²

Artikel 90, lid 2

119. Maar is er ook sprake van misbruik?

120. De gemeenschapsrechter heeft herhaaldelijk overwogen, dat „als een onderneming op een markt een machtspositie inneemt, een binding van de kopers in dier voege dat zij zich, zij het op eigen wens, verplichten — dan wel beloven — zich voor al hun behoeften dan wel voor een groot gedeelte van hun behoeften uitsluitend bij bedoelde onderneming te bevoorraden, misbruik van een machtspositie in de zin van artikel EEG-vormt, om het even of zulk een verplichting zonder meer dan wel tegen toekenning van een korting wordt gestipuleerd”.⁸³

121. Dus ook al geldt voor de regionale distributeur een onvoorwaardelijke leveringsplicht, de exclusieve afnameverplichting die hij zijn afnemers oplegt, vormt een onoverkomelijke belemmering voor het doordringen van derden op de markt.

122. In de hierboven geschetste omstandigheden zou artikel 86 dan ook van toepassing zijn.

123. Zou het bestaan van met de artikelen 85 en 86 strijdige overeenkomsten of gedragingen van ondernemingen kunnen worden gerechtvaardigd met een beroep op de aan die ondernemingen opgedragen taak? Moet in casu worden aangenomen, dat de distributeurs van elektriciteit belast zijn met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang?

124. In verband hiermee rijst een prealabele vraag, namelijk of artikel 90, lid 2, al dan niet rechtstreekse werking heeft.

125. In zijn arrest „Haven van Mervort”⁸⁴ wees het Hof die rechtstreekse werking uitdrukkelijk van de hand. Het is echter duidelijk, dat het Hof, al heeft het dit niet met zoveel woorden gezegd, inmiddels van mening is, dat die bepaling rechtstreeks toepasselijk is.

126. Aanvankelijk was het Hof dus van oordeel, dat uitzonderingen op de mededingingsregels eerst moesten worden toegestaan door een beschikking van de Commissie krachtens artikel 90, lid 3.⁸⁵

82 — Punt 28 van beschikking 91/50.

83 — Laatste arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 1 april 1993 (zaak T-65/89, BPB Industries, Jurispr. 1993, blz. II-389, r. o. 68). Zie ook arresten van het Hof van 13 februari 1979 (zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461, r. o. 89) en 3 juli 1991 (zaak C-62/86, AKZO, Jurispr. 1991, blz. I-3359, r. o. 149).

84 — Arrest van 14 juli 1971 (zaak 10/71, Muller, Jurispr. 1971, blz. 723).

85 — Zie arresten van 14 juli 1971 (reeds aangehaald, r. o. 16) en 20 maart 1985 (zaak 41/83, Italië/Commissie, Jurispr. 1985, blz. 873, r. o. 30), alsmede punt 16 van beschikking 90/16/EEG van de Commissie van 20 december 1989 inzake het verrichten van koeriersdiensten in Nederland (PB 1990, L 10, blz. 47). Die beschikking is nietigverklaard bij arrest van 12 februari 1992 (gevoegde zaken C-48/90 en C-66/90, Nederland e. a./Commissie, Jurispr. 1992, blz. I-565).

127. Hoewel de vraag van de rechtstreekse werking het Hof in de zaak „BRT-II”⁸⁶ uitdrukkelijk was gesteld, behoefde het die vraag toen niet te beantwoorden, daar de onderneming die zich op artikel 90, lid 2, beriep, niet door de staat was belast met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang.

128. Het arrest Ahmed Saeed van 11 april 1989⁸⁷ markeert een ommekeer in die rechtspraak: volgens dat arrest immers beschikt de nationale rechter, wat de uitlegging en toepassing van artikel 90, lid 2, betreft, over een bevoegdheid die vergelijkbaar is met die van de Commissie. Professor Berlin heeft in dit verband opgemerkt: „(...) si le juge étatique peut procéder à cette appréciation, c'est bien que cette disposition a été invoquée, aux fins d'application, devant lui. C'est donc admettre implicitement cette invocabilité”.⁸⁸ Het staat aan de nationale rechter om 1) na te gaan, of de onderneming die zich op artikel 90, lid 2, beroept, inderdaad belast is met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang⁸⁹; 2) vast te stellen, om welke uit de vervulling van de betrokken taak van algemeen belang voortvloeiende vereisten het gaat, en welke invloed die vereisten hebben op de gelding van de mededingingsregels⁹⁰ („Het staat aan de nationale rechter om terzake het nodige feitelijke onderzoek te verrichten”⁹¹).

129. In het arrest ERT⁹² heeft het Hof zijn standpunt in de volgende bewoordingen bevestigd:

„De nationale rechter dient (...) te beoordelen of de gedragingen van een dergelijke onderneming [in casu houder van het monopolie op de doorgifte van buitenlandse televisie-uitzendingen] verenigbaar zijn met artikel 86, en na te gaan of die gedragingen, mochten die met deze bepaling in strijd zijn, kunnen worden gerechtvaardigd door hetgeen de vervulling van de bijzondere taak waarmee de onderneming eventueel is belast, vereist.”⁹³

130. Het arrest Corbeau⁹⁴ vormt, zoals het er nu voor staat, de laatste etappe van die ontwikkeling: indien het aan de verwijzende rechter is om na te gaan, of een onderneming een beroep kan doen op artikel 90, lid 2, dan dient hij hierbij toepassing te geven aan bepaalde — door het Hof vast te stellen — criteria waaraan moet zijn voldaan om aan de mededingingsregels te kunnen derogeren.

131. Zo moet een onderneming die belast is met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang, zoals de Regie der posten, het economisch evenwicht van haar functioneren kunnen verzekeren dank zij haar werkzaamheden in economisch winstgevendende sectoren.⁹⁵ Daarentegen kan de uitsluiting van de mededinging zich niet uitstrekken tot „specifieke, van de dienst van

86 — Arrest van 21 maart 1974 (zaak 127/73, BRT-II, Jurispr. 1974, blz. 313, r. o. 19-23). Zie ook arrest van 10 december 1991 (zaak C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, Jurispr. 1991, blz. I-5889, r. o. 27).

87 — Zaak 66/86, Jurispr. 1989, blz. 803.

88 — „L'application du droit communautaire de la concurrence par les autorités françaises”, *RTDE*, 1991, blz. 1,5.

89 — Rechtsoverweging 55 van het arrest Ahmed Saeed (reeds aangehaald).

90 — Rechtsoverweging 56.

91 — Rechtsoverweging 57.

92 — Reeds aangehaald in voetnoot 78. Zie ook rechtsoverweging 99 van het arrest Rendo van 18 november 1992 (reeds aangehaald).

93 — Rechtsoverweging 34.

94 — Arrest van 19 mei 1993 (zaak C-320/91, Jurispr. 1993, blz. I-2533).

95 — Rechtsoverweging 17.

algemeen belang dissocieerbare diensten, die beantwoorden aan bijzondere behoeften van de marktdeelnemers en een aantal bijkomende prestaties vergen, die de traditionele post niet aanbiedt".⁹⁶

132. Die rechtstreekse werking vloeit trouwens ook voort uit de systematiek van artikel 90.

133. In zijn arresten van 19 maart 1991 (Frankrijk/Commissie)⁹⁷ en 17 november 1992 (Spanje e. a./Commissie)⁹⁸, die betrekking hadden op richtlijnen betreffende de mededinging op de markten van telecommunicatie-eindapparatuur en van telecommunicatiediensten, bracht het Hof in herinnering, dat „artikel 90 EEG-Verdrag de Commissie slechts bevoegdheid verleent ten aanzien van overheidsmaatregelen”.⁹⁹

134. Dit impliceert, dat particulariseren artikel 90, lid 2, moeten kunnen inroepen met betrekking tot gedragingen van ondernemingen.

135. Deze oplossing dringt zich te meer op, daar de nationale rechter altijd de mogelijkheid heeft, het Hof om een prejudiciële

beslissing te verzoeken of de Commissie te raadplegen.¹⁰⁰

136. Nu dan de vraag, of de regionale en lokale distributeurs van elektriciteit kunnen worden gerekend tot de categorie van „ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang” in de zin van artikel 90, lid 2.

137. Waar het gaat om een bepaling die een derogatie aan de communautaire beginselen op het gebied van de mededinging mogelijk maakt, moet het begrip „diensten van algemeen economisch belang” eng worden uitgelegd.¹⁰¹ Onder dat begrip vallen alleen „activiteiten die de collectiviteit rechtstreeks ten goede komen”.¹⁰²

138. Wat het aangrenzende terrein van de telecommunicatie betreft, is het Hof van oordeel, dat het monopolie dat ertoe strekt, de gebruikers een openbaar telefoonnet ter beschikking te stellen, een dienst van algemeen economisch belang in de zin van artikel 90, lid 2, is.¹⁰³ Hetzelfde geldt voor het monopolie van de Regie der Belgische Posterijen, voor zover dit beperkt is tot het uitsluitend recht op het inzamelen, vervoeren en bestellen van de post.¹⁰⁴

⁹⁶ — Rechtsoverweging 19.

⁹⁷ — Zaak C-202/88, Jurispr. 1991, blz. I-1223.

⁹⁸ — Gevoegde zaken C-271/90, C-281/90 en C-289/90, Jurispr. 1992, blz. I-5833.

⁹⁹ — Rechtsoverweging 55 van het arrest Frankrijk/Commissie en rechtsoverweging 24 van het arrest Spanje e. a./Commissie. Het Hof is immers van oordeel, dat artikel 90, lid 2, niet enkel van toepassing is op de ondernemingen, maar ook op de staten, die er de bevoegdheid aan ontleven, aan ondernemingen die zij belasten met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, exclusieve rechten te verlenen, waardoor de toepassing van de mededingingsregels wordt verhinderd (arrest Corbeau, reeds aangehaald, r. o. 14). Hiermee is het praktische belang van die bepaling gegeven.

¹⁰⁰ — Zie bekendmaking 93/C 39/05 betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechterlijke instanties voor de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag (PB 1993, C 39, blz. 6).

¹⁰¹ — Zie arrest van 21 maart 1974 (BRT-II, reeds aangehaald, r. o. 19).

¹⁰² — Punt 27 van de conclusie van advocaat-generaal Van Gerven bij het in voetnoot 86 aangehaalde arrest van 10 december 1991 in de zaak *Merci convenzionali porto di Genova*.

¹⁰³ — Arresten van 20 maart 1985 (reeds aangehaald in voetnoot 85, r. o. 28-33) en 13 december 1991 (zaak C-18/88, *GB-INNO-BM*, Jurispr. 1991, blz. I-5941, r. o. 16).

¹⁰⁴ — Arrest *Corbeau* (reeds aangehaald, r. o. 15).

139. In haar beschikking 91/50 oordeelde de Commissie, dat SEP — en de in haar deelnemende productiebedrijven — diensten van algemeen economisch belang verrichten, daar (i) „SEP (...) tot hoofdtak (heeft) zorg te dragen voor het betrouwbaar en doelmatig functioneren van de landelijke openbare elektriciteitsvoorziening”¹⁰⁵, en (ii) die taak aan de productiebedrijven is toevertrouwd krachtens een publiekrechtelijke concessieverlening.¹⁰⁶

140. In haar beschikking 93/126/EEG van 22 december 1992¹⁰⁷ oordeelde de Commissie, dat de Duitse elektriciteitsmaatschappijen binnen de werkingssfeer van artikel 90 vielen, voor zover zij de basiselektriciteitsvoorziening verzorgden.¹⁰⁸

141. Wanneer zij door de overheid met het beheer van een dergelijke dienst is belast¹⁰⁹, lijkt zulks dus ook te moeten gelden voor een onderneming belast met de *openbare distributie* van elektriciteit, die als concessiehouder *verplicht* is te leveren (punt 7 van beschikking 91/50).

142. Nu wij hebben vastgesteld, dat artikel 90, lid 2, rechtstreeks toepasselijk is en dat een dergelijke onderneming binnen de

werkingssfeer van deze bepaling valt, rijst de vraag, onder welke voorwaarden is voldaan aan de in die bepaling geformuleerde evenredigheidsis.

143. 's Hofs uitlegging op dit punt is van ouds restrictief:

„Krachtens artikel 90, lid 2, EEG-Verdrag blijven ondernemingen, belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, aan de mededingingsregels onderworpen, zolang niet is aangetoond dat de toepassing van die bepalingen *onverenigbaar* is met de vervulling van hun bijzondere taak.”¹¹⁰

144. Het arrest Corbeau markeert een ommekeer: in dat arrest komt die beginseloverweging niet terug en worden de Lid-Staten niet herinnerd aan hetgeen hun op het gebied van exclusieve rechten verboden is, doch wordt gepreciseerd, wat hun op dit punt is toegestaan:

„(Artikel 90, lid 2) staat (...) de Lid-Staten toe, aan ondernemingen die zij belasten met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, exclusieve rechten te verlenen die de toepassing van de mededingingsregels van het Verdrag kunnen belemmeren, voor zover beperkingen van de mededinging van andere marktdeelnemers — of zelfs een

¹⁰⁵ — Punt 40.

¹⁰⁶ — Punt 41.

¹⁰⁷ — Inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag en artikel 65 van het EGKS-Verdrag („Jahrhundertvertrag”) (PB 1993, L 50, blz. 14).

¹⁰⁸ — Punt 28.

¹⁰⁹ — Dit is het geval met IJM, die over een overheidsconcessie beschikt.

¹¹⁰ — Rechtsoverweging 33 van het arrest van 18 juni 1991 (ERT, reeds aangehaald; eigen cursivering). Zie ook arresten van 30 april 1974 (Sacchi, reeds aangehaald, r. o. 15), 3 oktober 1985 (zaak 311/84, CBEM, Jurispr. 1985, blz. 3261, r. o. 17) en 23 april 1991 (zaak C-41/90, Höfner en Elsen, Jurispr. 1991, blz. I-1979, r. o. 24).

uitsluiting van elke mededinging ¹¹¹ — noodzakelijk zijn om te verzekeren, dat de aan de houders van de exclusieve rechten toevertrouwde bijzondere taak kan worden vervuld.” ¹¹²

145. Het Hof heeft gepreciseerd, dat de houder van het uitsluitend recht, om zijn taak van algemeen belang te vervullen, moet kunnen werken onder „economisch aanvaardbare omstandigheden” ¹¹³ of in „omstandigheden waarin er economisch evenwicht is”. ¹¹⁴

146. De mededingingsregels kunnen derhalve niet alleen buiten toepassing worden gelaten, wanneer zij de vervulling door de betrokken onderneming van de aan deze opgedragen taak van algemeen belang onmogelijk maken, maar ook, wanneer zij het financiële evenwicht van die onderneming in gevaar brengen.

147. Om die reden kan het de houder van de uitsluitende rechten worden toegestaan, winstgevende diensten op basis van exclusiviteit te verrichten ten einde de verliezen in andere sectoren van zijn bedrijvigheid te compenseren; een beperking, ja zelfs een

uitsluiting van de mededinging in deze sectoren is dus toelaatbaar, daar particuliere ondernemers niet tot een dergelijke compensatie verplicht zijn. ¹¹⁵

148. Daarentegen moeten „specifieke, van de dienst van algemeen belang dissocierbare diensten, die beantwoorden aan bijzondere behoeften van de marktdeelnemers en een aantal bijkomende prestaties vergen, die de traditionele post niet aanbiedt”, openstaan voor mededinging, mits zij het economisch evenwicht van de dienst van algemeen economisch belang niet in gevaar brengen. ¹¹⁶

149. Het Hof kwam tot de conclusie, dat de versnelde postbezorging onder die voorwaarde voor mededinging moest worden opengesteld en dat het aan de nationale rechter was om na te gaan, of aan die voorwaarde was voldaan.

150. Hierin ziet men de versoepeling die het arrest Corbeau heeft aangebracht in de voorwaarden voor toepassing van artikel 90, lid 2: het heeft „le mérite d'attirer l'attention sur les contraintes de service public que l'évolution récente du droit communautaire avait peut-être un peu trop négligées”. ¹¹⁷

111 — Met dit tussenzinnetje komt het Hof naar mijn mening terug van het overvogene in rechtsoverweging 19 van het in voetnoot 57 aangehaalde arrest van 10 juli 1984 (*Campus Oil e. a.*), te weten:

„(Artikel 90, lid 2) bevrijdt de Lid-Staat die een onderneming met een dergelijk beheer heeft belast evenwel niet van het verbod, om ten gunste van die onderneming en ter bescherming van haar activiteiten maatregelen te nemen die in strijd met artikel 30 EEG-Verdrag de invoer uit andere Lid-Staten belemmeren.” Moet men preciseren, dat dit voorbehoud, dat voortvloeyde uit een obiter dictum, in latere arresten nooit is bevestigd en enkel betrekking had op *overheidsmaatregelen*?

112 — Rechtsoverweging 14.

113 — Rechtsoverweging 16.

114 — Rechtsoverweging 17.

115 — Rechtsoverweging 18.

116 — Rechtsoverweging 19.

117 — F. Hamon: noot onder het arrest Corbeau (reeds aangehaald in voetnoot 94), *AJDA*, 20 december 1993, blz. 866, 869.

151. Wat zijn de „economisch aanvaardbare” omstandigheden van de voorziening met elektriciteit van een lokale distributeur? Of, om met het arrest GB-INNO-BM¹¹⁸ te spreken, wat zijn de „fundamentele vereisten” waaraan die elektriciteitsvoorziening moet voldoen?

152. In de lijn van het arrest Corbeau dient het Hof voor de nationale rechter criteria te formuleren aan de hand waarvan deze kan beoordelen, of de hem voorgelegde situatie een beperking van de mededinging, zoals een invoerverbod, rechtvaardigt.

153. Lag het op de weg van de produktiebedrijven om — in plaats van de regionale of lokale distributeurs te verbieden, via het openbare net elektriciteit in te voeren — derden, zij het in beperkte mate, tot dat net toe te laten?

154. Het is symptomatisch, dat de Commissie in haar beschikking 91/50 het feit heeft veroordeeld, dat de rechtstreekse invoer (dus de invoer buiten het openbare net om) door particuliere industriële verbruikers niet is vrijgelaten¹¹⁹, doch geen standpunt heeft ingenomen ten aanzien van de invoer van elektriciteit via het openbare net.¹²⁰

155. De nieuwe Britse regeling is op dit punt verhelderend. Het is tekenend, dat volgens deze regeling elektriciteitsproducenten uit andere Lid-Staten, die elektriciteit wensen te exporteren naar het Verenigd Koninkrijk — de Lid-Staat waar er op het gebied van de distributie van elektriciteit de meeste ruimte is voor mededinging —, hun produkt slecht kunnen verkopen via de pool die onder beheer staat van de National Grid Company, de onderneming die het hoogspanningsnet in eigendom heeft en beheert. Het is niet mogelijk, het net te gebruiken om een bepaald lokaal distributiebedrijf rechtstreeks van elektriciteit te voorzien.¹²¹

156. Zoals wij hebben gezien, beoogt het voorstel voor een richtlijn betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit, de belemmeringen voor de levering van elektriciteit door de producenten aan hun afnemers uit de weg te ruimen, en introduceert het een *beperkte* vorm van „third party access”.

157. Het voorstel, dat een „tweede fase” van de liberalisatie inluidt, houdt rekening met de noodzaak, de efficiency bij produktie, transmissie en distributie van elektriciteit te vergroten, waardoor de continuïteit van de voorziening van de Gemeenschap wordt verbeterd, en concurrentievervalsing tussen zowel elektriciteitproducerende als elek-

118 — Arrest van 13 december 1991 (reeds aangehaald in voetnoot 103, r. o. 22).

119 — Punt 44, sub c.

120 — Punt 50.

121 — Zie hiervoor mededeling 90/C 191/04 krachtens artikel 19, lid 3, van verordening nr. 17 van de Raad betreffende de reorganisatie van de elektriciteitsbedrijven in Engeland en Wales (PB 1990, C 191, blz. 9). De verbruikers kunnen met de producenten zogeheten „contracts for differences” sluiten ten einde zich in te dekken tegen fluctuaties in de pool-prijs. Het is niet zo, dat de produktie van een bepaalde producent wordt geleverd aan een bepaalde verbruiker.

triciteitverbruikende industrieën te vermijden.¹²²

158. Volgens het voorstel dienen de transporteurs en distributeurs de „in aanmerking komende” bedrijven toegang te verlenen tot hun net, „mits er capaciteit beschikbaar is” en „tegen een redelijke vergoeding”.¹²³ Die liberalisatiemaatregel geldt voor de industriële grootverbruikers en voor de distributiemaatschappijen. Voor het gebruik van het net moet toestemming worden gevraagd aan de netbeheerder, die deze kan weigeren, „indien dat gebruik afbreuk zou doen aan de distributie van elektriciteit om aan een bij wet opgelegde verbintenis of aan verbintenissen uit overeenkomst te voldoen”.¹²⁴

159. Ervan uitgaande, dat algemene beginselen moeten worden vastgesteld waarmee een kader op communautair niveau wordt geschapen, laat het richtlijnvoorstel het, „in overeenstemming met het subsidiariteitsbeginsel”, aan de Lid-Staten over, „de omvang en de aard van de rechten van de distributiemaatschappijen vast te stellen (...), evenals hun openbare dienstverplichtingen”, met name op het gebied van de veiligheid van het net, de voldoening aan de vraag en de vaststelling van een tariefstructuur die een gelijke behandeling van alle verbruikers moet garanderen.¹²⁵

160. Het zal niemand ontgaan, dat er een zekere discrepantie is tussen de strekking van de aldus uitgewerkte regeling en het standpunt dat de Commissie in de onderhavige zaak inneemt.

161. Het richtlijnvoorstel, dat in zijn huidige vorm door de Raad is verworpen, ligt thans voor advies bij het Parlement.¹²⁶ Het is echter hoe dan ook duidelijk, dat zo men alle belemmeringen voor de levering van elektriciteit door de producenten aan hun afnemers — in het bijzonder die welke in een andere Lid-Staat zijn gevestigd — uit de weg wil ruimen, een aantal — overigens door de Commissie wel degelijk gesignaleerde — obstakels moeten worden overwonnen, wanneer het de openbare elektriciteitsvoorziening betreft.

162. Naar mijn mening kan de markt voor de levering van elektriciteit, gelet op de specifieke kenmerken van deze dienst van algemeen economisch belang, enkel worden opengesteld, indien aan de vier volgende — dwingende — voorwaarden is voldaan:

- er moet een verplichting zijn om alle verbruikers ononderbroken van elektriciteit te voorzien;
- alle verbruikers moeten gelijk worden behandeld;

122 — Tweede en zesde overweging van de considerans.

123 — Tiende overweging van de considerans.

124 — Artikel 21, lid 2, van het voorstel.

125 — Zeventiende overweging van de considerans.

126 — Zie *Agence Europe* van 19 november 1993, blz. 13, en het door de heer Matutes namens de Commissie gegeven antwoord op een schriftelijke vraag van een lid van het Europees Parlement (nr. 827/93) (PB 1993, C 333, blz. 14).

— concurrentievervalsing tussen producenten moet worden vermeden;

— het milieu moet op doeltreffende wijze worden beschermd.

163. De eerste voorwaarde houdt in, dat de bevoorradingszekerheid totaal moet zijn: de produktie moet te allen tijde aan de volledige vraag kunnen voldoen. De importen moeten dus via een gecentraliseerd beheer van het net worden gecoördineerd en worden afgestemd op de vraag.

164. In de tweede plaats geldt hier, nog meer dan bij de posterijen, dat de distributie moet worden verzekerd in het belang van alle gebruikers, op het gehele (toegewezen) grondgebied, tegen uniforme tarieven en tegen vergelijkbare kwaliteitsvoorwaarden, ongeacht de bijzondere situaties en ongeacht de mate van winstgevendheid.¹²⁷ Er moet dus rekening kunnen worden gehouden met de bijzondere lasten die verband houden met de elektriciteitsvoorziening van verbruikers in ver van de produktiecentra gelegen gebieden.

165. De openstelling van de markt voor de levering van elektriciteit onderstelt in de derde plaats, dat alle producenten in een gelijke concurrentiepositie verkeren. Want hoe kan de nationale producent die bepaalde taken op het gebied van de openbare

dienstverlening verricht, zoals die welke verband houden met het onderhoud van het net, of voor wie de belastingdruk hoog is als gevolg van de door de thermische centrales veroorzaakte vervuiling, in staat worden gesteld op normale wijze de concurrentie aan te gaan met een producent uit een naburige Lid-Staat, die niet met dergelijke lasten is opgezadeld? En moet men toelaten, dat de door een producent gerealiseerde schaalvoordelen de volledige nationale produktie van een andere Lid-Staat niet-concurrerend maken? En zal een nationale producent die van overheidswege wordt gedwongen tot het doen van langlopende investeringen, met gelijke wapens de concurrentiestrijd kunnen aanbinden met een volledig onafhankelijke producent, die het enkel te doen is om de op korte termijn te behalen winst?

166. Tot slot moet aan de openstelling van de markt voor de levering van elektriciteit de voorwaarde kunnen worden verbonden, dat bepaalde minimumnormen op het gebied van de milieubescherming in acht worden genomen.

167. In de vier bovenstaande voorwaarden zou men de objectieve rechtvaardiging kunnen zien van het door de Lid-Staten van de Gemeenschap toegepaste monopolie op de invoer van elektriciteit.

168. Maar is het bestaan van een dergelijk monopolie *absoluut noodzakelijk* om te verzekeren, dat aan die vier voorwaarden wordt voldaan? Kan hetzelfde niet worden bereikt met overeenkomsten — of met een regeling — waardoor de normale werking van de mededingingsregels minder wordt aangetast?

¹²⁷ — Zie rechtsoverweging 15 van het arrest Corbeau.

169. Het is aan de onderneming die zich op de uitzondering van artikel 90, lid 2, beroept, om de toepassing van die uitzondering te rechtvaardigen. Het zou bijgevolg aan IJM zijn om voor de verwijzende rechter aan te tonen, dat alleen het invoerverbod en de exclusieve afnameverplichting haar in staat stellen te verzekeren, dat aan die vier dwingende voorwaarden wordt voldaan.

170. Ik wijs erop, dat de elektriciteitsnetten van de verschillende Lid-Staten ook nu reeds met elkaar in verbinding staan, en leid hieruit af, dat bij de huidige stand van de communautaire ontwikkeling de handhaving van invoermonopolies niet tot gevolg heeft, dat het handelsverkeer wordt beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de

Gemeenschap, in de zin van artikel 90, lid 2. De operationele voorstellen van de Commissie op het gebied van de transeuropese netwerken in de sector energie, die de onderlinge koppeling van de netwerken van de Lid-Staten beogen te bevorderen, sterken mij in die opvatting.¹²⁸

171. Een laatste opmerking: de enorme heterogeniteit van het *energiebeleid* van de onderscheiden Lid-Staten maakt het noodzakelijk, de toegang van derden tot het net op het niveau van de *Gemeenschap* middels *harmonisatie* maatregelen te regelen. Dit wordt mijns inziens bevestigd door de rol die artikel 129 B de Commissie op dit punt toebe-deelt.

172. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging, voor recht te verklaren:

- „1) Een nationale rechterlijke instantie die in beroep van een arbitraal vonnis heeft te oordelen als „goede mannen naar billijkheid”, is een rechterlijke instantie in de zin van artikel 177 EEG-Verdrag.
- 2) Nu een gemeenschapsregeling inzake de toegang van derden tot het openbare distributienet ontbreekt, staat artikel 90, lid 2, EEG-Verdrag niet in de weg aan het uit een overeenkomst tussen ondernemingen voortvloeiende monopolie op de invoer van elektriciteit, noch aan de door regionale elektriciteitsdistributiemaatschappijen aan lokale distributiemaatschappijen opgelegde exclu-

128 — Zie *Agence Europe* van 20 januari 1994, blz. 8.

sieve afnameverplichting, wanneer voor de nationale rechter is aangetoond, dat alleen met dergelijke maatregelen kan worden verzekerd:

- dat er een verplichting is om alle verbruikers ononderbroken van elektriciteit te voorzien;
- dat alle verbruikers gelijk worden behandeld;
- dat concurrentievervalsing tussen producenten wordt vermeden;
- dat het milieu op doeltreffende wijze wordt beschermd.”