

Vergeet de effectbeoordeling niet: het beginsel van energiesolidariteit en leveringszekerheid

Dr. L.S. Reins*

Op 10 september 2019 heeft het Gerecht van de Europese Unie arrest gewezen in zaak T-883/16, *Polen/Commissie*. Dit artikel bespreekt de belangrijkste elementen van het arrest, met name in het kader van het energiesolidariteitsbeginsel en de daaruit, aldus het Gerecht, voortvloeiende verplichting om een effectbeoordeling met betrekking tot de energieleveringszekerheid van andere lidstaten uit te voeren in het geval van vrijstellingsbesluiten op grond van de Derde Gasrichtlijn. Hierbij wordt onder meer besproken of het Gerecht met zijn interpretatie van dit beginsel de uitvoerende macht, dat wil zeggen de nationale regelgevende instantie en de Commissie, tot meer concrete actie heeft willen doen bewegen.

Gerecht 10 september 2019, zaak T-883/16, Polen/Commissie, ECLI:EU:T:2019:567

Inleiding

De ontwikkeling van het gemeenschappelijk energiebeleid van de Europese Unie (EU) vindt plaats binnen de parameters en beperkingen van artikel 194 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Deze bepaling bevat verwijzingen naar het beginsel van solidariteit tussen de EU-lidstaten maar ook naar het behoud van de soevereiniteit van deze EU-lidstaten met betrekking tot de exploitatie, de levering en het gebruik van energie. Op 10 september 2019 heeft het Gerecht van de Europese Unie arrest gewezen in zaak T-883/16, *Polen/Commissie*.¹ Het arrest is van groot belang aange-

zien het Gerecht heeft vastgesteld dat het besluit van de Europese Commissie om de vrijstellingsregeling voor de Ostseepipeline-Anbindungsleitung (de OPAL-pijpleiding) te wijzigen, in strijd is met het 'energiesolidariteitsbeginsel'.

Deze bijdrage gaat als volgt verder: eerst worden de feiten en de achtergrond van zaak T-883/16 uiteengezet gevolgd door een beschrijving van het beroep tot nietigverklaring. Daarna wordt het arrest besproken in het licht van het beginsel van energiesolidariteit en wordt aandacht besteed aan de praktische gevolgen van het arrest, zowel voor de lidstaten als voor de instellingen van de Unie.

Feiten en achtergrond van de zaak

De OPAL-pijpleiding verbindt de Nord Stream 1-pijpleiding met het bestaande leidingnet in Midden- en West-Europa.² In 2009 heeft de Commissie de Duitse regelgevende instantie Bundesnetzagentur (BNetzA) opdracht gegeven haar besluiten te wijzigen om de capaciteit voor grensoverschrijdend transport van de geplande OPAL-pijpleiding vrij te stellen van de toepassing van de regels inzake toegang van derden (TPA, dat wil zeggen *third party access*) en van tariefregulering zoals

193

* Dr. L.S. (Leonie) Reins is universitair docent aan het Tilburg Institute for Law, Technology and Society, Tilburg University.

1. Gerecht 10 september 2019, zaak T-883/16, *Polen/Commissie*, ECLI:EU:T:2019:567. Ten tijde van de opstelling van deze bijdrage was het arrest alleen in het Frans en het Pools beschikbaar. Alle vertalingen zijn gemaakt door de auteur.

2. De Nord Stream 1-pijpleiding loopt van Vyborg in Rusland naar Greifswald in Duitsland en is eigendom van, en wordt beheerd door Nord Stream AG, waarvan het Russische Staatsbedrijf Gazprom meerderheidsaandeelhouder is. Nord Stream 1 heeft een capaciteit van 55 miljard m³/jaar. De veelbesproken Nord Stream 2-pijpleiding zal de capaciteit om Russisch gas te transporteren verdubbelen naar 110 miljard m³/jaar en is om die reden omstreden. Verschillende actoren, waaronder enkele Oost-Europese EU-lidstaten zoals Polen, maar ook de Verenigde Staten, hebben kenbaar gemaakt tegenstander te zijn van de voltooiing van de pijpleiding omwille van het feit dat deze de Europese afhankelijkheid van Russisch gas zou vergroten.

vastgelegd in de Derde Gasrichtlijn.³ De Commissie voegde met name de voorwaarde toe dat een onderneming met een machtspositie, zoals Gazprom, slechts 50 procent van de grensoverschrijdende capaciteit van de OPAL-pijpleiding mag reserveren, tenzij zij een hoeveelheid gas van 3 miljard m³/jaar op die pijpleiding op de markt brengt (hierna: ‘de beschikking van 2009’).⁴ In 2016 heeft BNetzA de Commissie in kennis gesteld van haar voornemen om haar vrijstellingsbesluit te wijzigen door, in wezen,

‘de beperking van de capaciteit die door ondernemingen met een machtspositie kan worden gereserveerd [...] te vervangen door de verplichting voor OGT [de exploitant van het relevante deel van de OPAL-pijpleiding] om ten minste 50% van de door haar geëxploiteerde capaciteit te veilen’.⁵

Na goedkeuring van dit voornemen door de Commissie heeft BNetzA het vrijstellingsbesluit gewijzigd (hierna: ‘de beschikking van 2016’).⁶

Volgens Polen zou het vrijstellingsbesluit Gazprom en Gazprom-gerelateerde bedrijven in staat stellen om aanvullende hoeveelheden gas op de Europese markt te brengen en zodoende de capaciteit van Nord Stream 1 volledig te benutten. Gelet op het gebrek aan significante groei in de vraag naar gas in Centraal-Europa zou dit noodzakelijkerwijs invloed moeten hebben op de leveringsvoorwaarden en het gebruik van leveringsdiensten van twee pijpleidingen die concurreren met OPAL, namelijk Braterstwo en Yamal.⁷ Polen vreest dat het gebruik van deze twee pijpleidingen drastisch zou kunnen verminderen, dan wel volledig stil zou kunnen vallen. Polen beargumenteerde dat dit:

- in het geval van Braterstwo zou leiden tot het mogelijke stilvallen van leveringen van gas aan Polen via Oekraïne, hetgeen zou leiden tot problemen in verband met de leveringszekerheid die door de Commissie onvoldoende in acht zouden zijn genomen;
- in het geval van Yamal zou leiden tot het vermindere of mogelijke stilvallen van leveringen, hetgeen o.a. de leveringszekerheid aan Polen vanuit Duitsland en Tsjechië in gevaar zou kunnen brengen.

In reactie hierop heeft Polen het Gerecht verzocht om nietigverklaring van de beschikking van 2016 op grond dat deze onder meer de beginselen van energiezekerheid en energiesolidariteit heeft geschonden.⁸

3. Richtlijn 2009/73/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en tot intrekking van Richtlijn 2003/55/EG, *PbEU* 2009, L 211/94.

4. Besluit C(2009) 4694 van 12 juni 2009.

5. CVRIA, Persbericht nr. 107/19, september 2019, <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-09/cp190107en.pdf> [eigen vertaling].

6. Beschikking C(2016) 6950 def. van de Commissie betreffende de herziening van de vrijstelling van de OPAL-pijpleiding van de vereisten inzake toegang van derden en tariefregulering.

7. *Polen/Commissie*, punt 62.

8. Beroep in zaak T-883/16, *Polen/Commissie*, ingesteld op 16 december 2016. Polen werd gesteund door Litouwen, zie punt 51 van het arrest.

Het beroep tot nietigverklaring

Artikel 194 lid 1 VWEU bepaalt:

‘1. In het kader van de totstandbrenging en de werking van de interne markt en rekening houdend met de noodzaak om het milieu in stand te houden en te verbeteren, is het beleid van de Unie op het gebied van energie, in een geest van solidariteit tussen de lidstaten, erop gericht:

(...)

b) de continuïteit van de energievoorziening in de Unie te waarborgen,

(...)

2. (...) Zij zijn, onverminderd artikel 192, lid 2, onder c), niet van invloed op het recht van een lidstaat de voorwaarden voor de exploitatie van zijn energiebronnen te bepalen, op zijn keuze tussen verschillende energiebronnen of op de algemene structuur van zijn energievoorziening.’

In artikel 194 VWEU wordt dan ook enerzijds gevraagd om solidariteit en gemeenschappelijk optreden van de lidstaten om de energie- en milieudoelstellingen⁹ te bereiken en tegelijkertijd de continuïteit van de energievoorziening in de Unie te waarborgen, maar anderzijds wordt het in lid 2 van dit artikel aan de lidstaten overgelaten om hun hulpbronnen te exploiteren en hun interne energievoorzieningsstructuur te kiezen.

De verwijzing naar solidariteit tussen de lidstaten ontbrak in de eerdere versie van deze bepaling in het ontwerp van het grondwettelijk verdrag.¹⁰ Zoals hieronder zal worden uiteengezet bevestigt het arrest van het Gerecht in zaak T-883/16 dat deze verwijzing van bijzonder belang is voor de totstandbrenging van een gemeenschappelijk EU-energiebeleid.

In het onderhavige geval heeft Polen betoogd dat deze bepaling als zodanig geïnterpreteerd dient te worden dat het een beginsel van energiesolidariteit bevat, dat volgens Polen

‘zowel de lidstaten als de instellingen van de Unie verplicht om het energiebeleid van de Unie in een geest van solidariteit uit te voeren. Met name de maatregelen van de instellingen van de Unie die de energiezekerheid van bepaalde regio’s of lidstaten ondermijnen, met inbegrip van hun gasvoorzieningszekerheid, zouden in strijd zijn met het beginsel van energiesolidariteit’.¹¹

Polen argumenteerde daarmee dat de Commissie, door onvoldoende te kijken naar de consequenties van het vrijstellingsbesluit voor de gasleveringen door twee andere pijpleidingen, dat wil zeggen Braterstwo en Yamal, onvoldoende aandacht gaf aan de effecten van

9. I. Pernice, ‘The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in action’, *Columbia Journal of European Law* 2009, afl. 15, p. 349-407, op p. 349.

10. *PbEU* 2004, C 310.

11. *Polen/Commissie*, punt 61.

dat besluit op de leveringszekerheid en diversifiëring van leveringen in Polen en andere Centraal- en Oost-Europese lidstaten.¹² De Commissie was het niet eens met deze interpretatie en voerde in plaats daarvan aan, zoals het Gerecht heeft samengevat, dat

‘het solidariteitsbeginsel tussen de lidstaten, zoals neergelegd in artikel 194, lid 1, VWEU, in wezen is gericht tot de wetgever en niet tot de administratie die de wetgeving toepast, en [dit beginsel] anderzijds alleen betrekking heeft op crisissituaties in de levering of de werking van de interne gasmarkt, terwijl Richtlijn 2009/73 de beginselen betreffende de normale werking van deze markt vaststelt. In elk geval kan het in artikel 36, lid 1, van deze richtlijn neergelegde criterium van de verbetering van de voorzieningszekerheid, dat [de Commissie] in de bestreden beschikking heeft onderzocht, worden geacht rekening te houden met het begrip energiesolidariteit. Ten slotte merkt de Commissie op dat Nord Stream 1 een erkend project van gemeenschappelijk belang is dat de verwezenlijking van een prioritair project van Europees belang vormt in de zin van beschikking nr. 1364/2006/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 september 2006 tot opstelling van richtsnoeren voor trans-Europese netwerken in de energiesector en houdende intrekking van beschikking 96/391/EG en beschikking nr. 1229/2003/EG (PB L 262, blz. 1), en dat het feit dat de bestreden beschikking de mogelijkheid biedt om het gebruik van een dergelijke infrastructuur uit te breiden in overeenstemming is met het gemeenschappelijk en Europees belang.’¹³

De Commissie lijkt derhalve te hebben betoogd dat het beginsel van energiesolidariteit in de eerste plaats moet worden opgevat als een beginsel dat de wetgever moet leiden bij de ontwikkeling van nieuwe richtlijnen en verordeningen op energiegebied. Interessant is dat, hoewel dit niet onmiddellijk duidelijk wordt uit punt 65 van het arrest van het Gerecht, de Commissie het bestaan van een ‘beginsel van energiesolidariteit’ als zodanig niet lijkt te hebben betwist. Uit het citaat in punt 65 kan worden afgeleid dat de Commissie lijkt te hebben verwezen naar een ‘beginsel van solidariteit tussen de lidstaten’. De zinsnede ‘energiesolidariteit is een politiek begrip’ lijkt duidelijk te maken dat de Commissie slechts refereert aan het nauwere concept ‘energiesolidariteit’, in plaats van het bredere concept van de bevordering van solidariteit tussen de lidstaten van de EU, zoals bijvoorbeeld vastgelegd in artikel 3 lid 3 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU).

Het is mogelijk dat de Commissie heeft verwezen naar ‘het concept van energiesolidariteit’, dat aldus zou zijn verankerd in het criterium van de verbetering van de continuïteit van de (energie)voorziening, zoals bepaald in artikel 36 lid 1 Derde Gasrichtlijn. Evenzo kan worden afgeleid dat de Commissie projecten van

gemeenschappelijk belang (PGB’s) beschouwt als een weerspiegeling van de toepassing van het beginsel van energiesolidariteit zoals dat mogelijk is vervat in de tekst van artikel 194 lid 1 VWEU.¹⁴

(Energie)solidariteit in de EU

Het dient in herinnering gebracht te worden dat het solidariteitsbeginsel een van de essentiële waarden van de Europese Unie is, samen met de democratie en de rechtsstaat.¹⁵ In de Schuman-verklaring staat dat ‘Europa niet in één keer of volgens één enkel plan tot stand kan worden gebracht. Het zal worden opgebouwd door middel van concrete verwezenlijkingen die in de eerste plaats een feitelijke solidariteit tot stand brengen.’¹⁶ Het solidariteitsbeginsel is van toepassing op een groot aantal gebieden van Europees belang, waaronder het energiebeleid.¹⁷ In de preambule van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (1951) werd reeds erkend dat ‘Europa alleen kan worden opgebouwd door middel van concrete verwezenlijkingen die in de eerste plaats echte solidariteit tot stand zullen brengen, en door het leggen van gemeenschappelijke grondslagen voor economische ontwikkeling’.¹⁸ Het Verdrag van Maastricht introduceerde het idee dat de lidstaten ‘de solidariteit tussen hun volkeren willen verdiepen met respect voor hun geschiedenis, hun cultuur en hun tradities’.¹⁹ In het VWEU wordt het solidariteitsbeginsel erkend als een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur²⁰ en wordt er in meerdere gevallen naar dit beginsel verwezen, zoals in artikel 2, 3 en 21 VEU en artikel 67, 80, 122, 174-178 (impliciet), 194 en 222 VWEU, alsmede Protocol nr. 28, verklaring 37 en

195

12. Polen/Commissie, punt 61-64.

13. Polen/Commissie, punt 65 [cursivering toegevoegd].

14. De Europese Commissie heeft regels opgesteld voor grote investeringen in energie-infrastructuur (Verordening (EU) nr. 347/2013 betreffende richtsnoeren voor de trans-Europese energie-infrastructuur van 17 april 2013, *PbEU* 2013, L 115/39). Op basis van deze regels dienen lidstaten en nationale regulerende instanties ervoor te zorgen dat er passende stimulansen worden verleend wanneer een projectpromotor zich blootstelt aan grote risico's bij de ontwikkeling, bouw of uitbating, of bij het onderhoud van bepaalde projecten van gemeenschappelijk belang. Op basis van art. 3 van de verordening stelt de Commissie een Unielijst van PGB's op. PGB's dienen te voldoen aan de in art. 4 genoemde criteria, waaronder grensoverschrijdend effect, marktintegratie, duurzaamheid, energievoorzieningszekerheid.

15. I. Hartwig en P. Nicolaidis, 'Elusive Solidarity in an Enlarged European Union', *Eipascopes* 2003, afl. 3, p. 19.

16. De Schuman-verklaring, 9 mei 1950 [eigen vertaling].

17. Zie ook S. Andoura, *Energy Solidarity in Europe: From Interdependence to Interdependence*, Notre Europe Jacques Delors Institute 2013, p. 18.

18. A. Sangiovanni, 'Solidarity in the European Union', *Oxford Journal of Legal Studies* 2013, afl. 35/2, p. 1-29, op p. 1 [eigen vertaling].

19. Zie ook S. Fischer, 'Energie- und Klimapolitik im Vertrag von Lissabon: Legitimationserweiterung für wachsende Herausforderungen', *Integration* 2009, afl. 1/1, p. 50-62, op p. 52 [eigen vertaling].

20. Voor een gedetailleerde bespreking zie ook E. Küçük, 'Solidarity in EU Law: An Elusive Political Statement or a Legal Principle with Substance?', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2016, afl. 23/6, p. 965-983.

62.²¹ Aangezien er in het VEU of het VWEU²² geen algemene definitie van het begrip solidariteit bestaat, blijft het echter een feit dat het begrip solidariteit voor verschillende lidstaten verschillende betekenissen kan hebben, met name wat de daaruit volgende verplichtingen inzake energiesolidariteit betreft.²³ Daarom kan het arrest van het Gerecht ruimere gevolgen hebben dan alleen de gevolgen die van toepassing zijn op het onderliggende geschil.

Naast de verwijzing in artikel 194 lid 1 VWEU bevatten artikel 122 en 222 VWEU ook een verwijzing naar dit begrip. Artikel 122 lid 1 VWEU bepaalt:

‘Onverminderd de overige procedures waarin de Verdragen voorzien, kan de Raad op voorstel van de Commissie in een geest van solidariteit tussen de lidstaten bij besluit de voor de economische situatie passende maatregelen vaststellen, met name indien zich bij de voorziening van bepaalde producten, in het bijzonder op energiegebied, ernstige moeilijkheden voordoen.’

Deze zinsneden in artikel 122 VWEU zijn nieuw, aangezien artikel 100 EG-Verdrag deze invoeging nog niet (‘met name op het gebied van energie’) bevatte. De toevoeging weerspiegelt derhalve de inmiddels toegenomen bezorgdheid over de energieafhankelijkheid van de Unie van externe leveranciers en het tekort aan energie in de Unie. Het oorspronkelijke doel van deze clausule was de Unie in staat te stellen een krachtig signaal af te geven wanneer de energievoorziening van de lidstaten wordt bedreigd. Verklaring 35 bij artikel 194 VWEU bepaalt dat deze bepaling ‘geen afbreuk doet aan het recht van de lidstaten om onder de in artikel 347 bepaalde voorwaarden de nodige voorzieningen te treffen om hun energievoorziening te waarborgen’. Dit betekent dat in geval van oorlog of ernstige internationale spanningen de maatregelen van de Unie de bevoegdheid van de lidstaten om de energievoorziening zelf veilig te stellen, niet mogen beperken. Bovendien bevat artikel 222 VWEU een solidariteitsclausule voor door de mens veroorzaakte rampen. Zoals door Fleming is opgemerkt, kan een analogie worden getrokken met een crisis in de gasvoorziening, maar natuurrampen en door de mens

veroorzaakte rampen zijn slechts in een paar gevallen de oorzaak van een crisis.²⁴ Het begrip solidariteit is niet alleen toegepast in de primaire wetgeving, maar ook in de secundaire wetgeving in de energiesector,²⁵ met name in Verordening (EU) 2017/1938,²⁶ zoals hieronder besproken.²⁷

Het arrest van het Gerecht: naar de toepassing van het beginsel van energiesolidariteit?

De beslissing van het Gerecht in zaak T-883/16 strekt tot nietigverklaring van de beschikking van 2016, op grond van de overweging dat deze beslissing is genomen in strijd met het beginsel van energiesolidariteit zoals opgenomen in artikel 194 VWEU. Tegen de in de vorige paragraaf geschetste achtergrond heeft het Gerecht, anders dan de Commissie, het beginsel van energiesolidariteit dus aanmerkelijk ruimer geïnterpreteerd. Hiermee heeft het geconcludeerd dat het beginsel de instellingen en lidstaten ertoe kan verplichten om, bij het nemen van vrijstellingsbesluiten, de effecten op de leveringszekerheid voor andere lidstaten in acht te nemen. Hiermee is een effectbeoordelingsverplichting voor de uitvoerende macht in het leven geroepen, die verder strekt dan enkel het gebied van wetgeving.

In punt 71 van zijn arrest heeft het Gerecht met betrekking tot artikel 194 lid 1 VWEU immers geoordeeld dat

‘[i]n tegenstelling tot wat de Commissie stelt, kan het beginsel van energiesolidariteit echter niet worden beperkt tot dergelijke buitengewone situaties, die uitsluitend onder de bevoegdheid van de Uniewetgever zouden vallen – een bevoegdheid die in het afgeleide recht ten uitvoer wordt gelegd door de vaststelling van verordening nr. 994/2010.’

Om die reden, aldus het Gerecht, dient te worden geconcludeerd dat het solidariteitsbeginsel ook een *algemene verplichting* inhoudt voor de Unie en de lidstaten om in het kader van de *uitoefening* van hun respectieve bevoegdheden rekening te houden met de belangen van de andere actoren.²⁸

In de praktijk blijkt het solidariteitsbeginsel dus te vereisen dat deze entiteiten niet alleen voor de rechtstreeks betrokken lidstaat, maar ook voor andere lidstaten en/of

21. Art. 2, 3 en 21 VEU en art. 67, 80, 122, 194 en 222 VWEU, alsmede Protocol nr. 28, verklaring 37 en 62. Het arrest van het Gerecht bevat de volgende verwijzing naar solidariteit in punt 69: ‘De “geest van solidariteit” waarnaar in artikel 194, lid 1, VWEU wordt verwezen, is de specifieke uitdrukking op dit gebied van het algemene beginsel van solidariteit tussen de lidstaten, dat met name wordt genoemd in artikel 2 VEU, artikel 3, lid 3, VEU en artikel 24, leden 2 en 3, VEU en artikel 122, lid 1, VWEU en artikel 222 VWEU. Dit beginsel ligt ten grondslag aan het gehele stelsel van de Unie, overeenkomstig de toezegging van artikel 4, lid 3, VEU (zie in die zin het arrest van 10 december 1969, Commissie/Frankrijk, 6/69 en 11/69, niet gepubliceerd, EU:C:1969:68, punt 16).’

22. Voor de algemene invulling van het begrip solidariteit in de EU en de verschillende vormen van solidariteit wordt verwezen naar: M. Knodt en A. Tews, ‘Boundaries of European Solidarity - Lessons from Migration and Energy Policy’, *Joint Working Paper Series of Mainz Papers on International and European Politics MPIEP* 2016, nr. 13.

23. Zie voor een overzicht van de verschillende interpretaties en begrippen van energiesolidariteit: Andoura 2013, p. 31-32.

24. R. Fleming, ‘A legal perspective on gas solidarity’, *Energy Policy* 2019, afl. 124, p. 102-110, op p. 107. De gascrises tussen Rusland en Oekraïne in 2006 en 2009 zijn twee relevante voorbeelden van crises in de gasvoorziening.

25. Zie voor voorbeelden Fleming 2019, p. 107.

26. Verordening (EU) 2017/1938 van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2017 betreffende maatregelen tot veiligstelling van de aardgasvoorziening en houdende intrekking van Verordening (EU) nr. 994/2010, *PbEU* 2017, L 280/1-56.

27. Voor een historisch overzicht van de ‘energiesolidariteit’ wordt verwezen naar: Andoura 2013, p. 22-31.

28. *Polen/Commissie*, punt 72.

de EU als geheel een effectbeoordeling van het te nemen besluit uitvoeren. In wat als een nogal algemene uitspraak kan worden omschreven, heeft het Gerecht namelijk gesteld dat de bovengenoemde algemene verplichting

‘impliceert dat de Unie en de lidstaten zich moeten inspannen (...) om maatregelen te vermijden die de belangen van de Unie en de andere lidstaten kunnen schaden op het gebied van de voorzieningszekerheid, de economische en politieke levensvatbaarheid van de Unie en de andere lidstaten en de diversificatie van de voorzieningsbronnen of de bronnen van de voorziening te vermijden, teneinde de onderlinge afhankelijkheid en de feitelijke solidariteit van deze landen te waarborgen’.²⁹

Volgens het Gerecht vereist het beginsel van energiesolidariteit dus dat de Commissie onderzoekt of een bepaald besluit, in dit geval het besluit van 2016, waarmee de OPAL-pijpleiding werd vrijgesteld van de toepassing van de regels inzake toegang van derden en regels met betrekking tot tariefregulering, gevolgen kan hebben voor de energiebelangen van andere lidstaten dan de lidstaat die het besluit heeft vastgesteld. Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, moet de Commissie deze belangen afwegen tegen het belang van de lidstaat die de beschikking vaststelt, in dit geval Duitsland. Het Gerecht heeft vastgesteld dat de Commissie in de onderhavige zaak alleen de gevolgen van de beschikking van 2009 en 2016 voor de voorzieningszekerheid in de EU in *het algemeen* heeft onderzocht. Het Gerecht heeft de Commissie dus verweten dat zij de wijziging van de vrijstellingsregeling voor de OPAL-pijpleiding niet heeft beoordeeld op de mogelijke gevolgen voor de Poolse voorzieningszekerheid. Bovendien heeft het Gerecht vastgesteld dat in de beschikking van 2016 andere aspecten van het beginsel van energiesolidariteit niet aan de orde zijn gekomen.

‘Met name lijkt de Commissie niet te hebben onderzocht wat de mogelijke gevolgen op middellange termijn, met name voor het energiebeleid van de Republiek Polen, zouden zijn van de overdracht van een deel van de eerder door de gaspijpleidingen Yamal en Braterstwo getransporteerde aardgasvolumes naar de doorvoerroute Nord Stream 1 / OPAL, en heeft zij deze effecten niet afgewogen tegen de toename van de voorzieningszekerheid op het niveau van de Unie, waarvan zij nota heeft genomen.’³⁰

Het Gerecht heeft aldus de formulering van artikel 194 lid 1 VWEU, waarin de lidstaten van de EU worden opgeroepen ‘in een geest van solidariteit’ te handelen, omgezet in een verplichting voor de instellingen en de lidstaten om de potentiële effecten van aspecten van het energiebeleid actief te beoordelen voordat op basis van de energiewetgeving uitvoeringsbesluiten worden vast-

gesteld. Bij gebrek aan een expliciete verplichting daartoe in een wetgevingsinstrument kan dit als een verstrekkende en verdere beperking van de energiesoevereiniteit van de lidstaten van de EU worden beschouwd. Concreet betekent dit dat een lidstaat (of de Commissie), in de context van een vrijstellingsbesluit met betrekking tot bijvoorbeeld de regels inzake toegang van derden of van tariefregulering, dient na te gaan wat de gevolgen van een dergelijk besluit zouden kunnen zijn voor de belangen van derde lidstaten met betrekking tot hun energieleveringszekerheid. Een dergelijke, op het energiesolidariteitsbeginsel stoelende, effectbeoordeling vormt op dit moment geen expliciet onderdeel van dit besluitvormingsproces en is ook niet expliciet opgenomen in de Derde Gasrichtlijn.

Het staat buiten kijf dat het fundamentele recht op soevereiniteit over natuurlijke hulpbronnen is beperkt door artikel 194 lid 1 VWEU. Of de verdere beperking van die soevereiniteit op basis van een niet uitdrukkelijk geformuleerd beginsel van energiesolidariteit in overeenstemming is met de door de verdragen opgelegde beperkingen, is de vraag.

De uitleg van het Gerecht *druist* ook in tegen de heersende academische opvatting over het begrip ‘geest van solidariteit tussen de lidstaten’. Fleming suggereert dat de verwijzing naar dit begrip ‘meer een programmatistische verklaring is die geen concrete definitie geeft’.³¹ Goldberg erkent dat artikel 194 VWEU ‘een nieuw solidariteitsbeginsel bevat’, maar kwalificeert het in dezelfde zin, door te stellen dat dit beginsel er slechts ‘voor zorgt dat, indien een land moeilijkheden ondervindt bij de levering van energie, andere lidstaten ertoe bijdragen dat het land in stand wordt gehouden’.³² Dit is een aanmerkelijk beperktere interpretatie dan die van het Gerecht.

Voorts is dit beginsel in het verleden geïnterpreteerd als een ‘correctie van het subsidiariteitsbeginsel’, in die zin dat de in artikel 194 VWEU genoemde doelstellingen niet alleen op nationaal niveau kunnen worden verwezenlijkt en dat samenwerking en actie op het niveau van de Unie nodig zijn.³³ EU-verordening 2017/1938 betreffende de continuïteit van de gasvoorziening³⁴ ondersteunt deze interpretatie. Deze verordening is opgesteld als reactie op de gascrises van 2006 en 2009 en het gebrek aan solidariteit tussen de lidstaten en ziet de verantwoordelijkheid voor de zekerheid van de gasvoorziening als ‘de gedeelde verantwoordelijkheid van de aardgasbedrijven, de lidstaten, (...), en de Commissie, elk binnen hun respectieve activiteitenterreinen en bevoegdheidsgebieden’.³⁵ De oude wetgeving was nog explicieter en voegde eraan toe: ‘Deze gedeelde verant-

29. Polen/Commissie, punt 73.

30. Polen/Commissie, punt 82.

31. Fleming 2019, p. 107.

32. S.M. Goldberg, ‘Regulation 994/2010: A Measure to Improve the Security of Gas Supply in the EU’, *European Energy Law Report*, afl. 8, p. 63-64.

33. J.C. Pielow en B.J. Lewendel, ‘The EU Energy Policy After the Lisbon Treaty’, in: A. Dorsman e.a., *Financial Aspects in Energy: A European Perspective*, Berlin/Heidelberg: Springer 2011, p. 147-165, op p. 153.

34. Verordening (EU) 2017/1938.

35. Art. 3 lid 1 Verordening (EU) 2017/1938.

woordelijkheid vraagt van hen een hoog niveau van onderlinge samenwerking.³⁶ Deze zin is echter in de huidige versie verwijderd.

De Europese Commissie zelf promoot de verordening betreffende de continuïteit van de voorziening immers als ‘de eerste toepassing van het solidariteitsbeginsel’.³⁷ Hoewel er in de verordening zelf geen duidelijke definitie van het begrip ‘solidariteit’ is opgenomen, blijkt uit de preambule al dat ‘solidariteit een *uiterste middel* is dat alleen in een noodsituatie en alleen onder beperkende voorwaarden van toepassing is’.³⁸ Artikel 1 Verordening (EU) 2017/1938 verduidelijkt dat het onderwerp van de verordening is om bepalingen vast te stellen ‘(...) waaronder een solidariteitsmaatregel als uiterste middel, wanneer de markt niet meer in staat is de gevraagde hoeveelheid gas te leveren’ en dat de verordening ‘in een geest van solidariteit, tevens transparante mechanismen in[stelt] voor de coördinatie van de planning voor, en reacties op, noodsituaties op nationaal, regionaal en Unieniveau’.

In de formulering van de verordening zelf wordt solidariteit gezien als een ‘laatste redmiddel’. Artikel 13 lid 3 Verordening (EU) 2017/1938 stelt verdere voorwaarden aan de solidariteit die ten aanzien van andere lidstaten moet worden betracht, namelijk alleen als de verzoekende lidstaat:

- ‘b. alle marktgebaseerde maatregelen en alle maatregelen uit zijn noodplan heeft uitgeput;
- c. een expliciet verzoek heeft gericht aan de Commissie en aan de bevoegde instanties van alle lidstaten (...);
- d. zich ertoe heeft verbonden snel een billijke compensatie te betalen aan de solidariteit verstreckende lidstaat, overeenkomstig lid 8.’

Artikel 18 lid 8 Verordening (EU) 2017/1938 bepaalt dat de ‘Solidariteit uit hoofde van deze verordening wordt verstrekt op basis van compensatie. De lidstaat die om solidariteit verzoekt, betaalt meteen, of zorgt voor de spoedige betaling van, een billijke compensatie aan de solidariteit verstreckende lidstaat’.

Het Gerecht is in zijn arrest in zaak T-883/16 dan ook veel verder gegaan dan deze interpretatie van solidariteit. De vraag die het arrest opwerpt, is of in toekomstige versies van de Gasrichtlijn en andere instrumenten die betrekking hebben op energieleveringszekerheid een explicietere effectbeoordelingsverplichting dient te worden opgenomen als uiting van het beginsel van energiesolidariteit. Een dergelijke explicitering zou passen binnen de bredere trend om over te gaan tot ‘informatieverplichtingen’ en ‘samenwerkingsmechanismen’, zoals ook zichtbaar is in, bijvoorbeeld, Verordening (EU)

36. Verordening (EU) nr. 994/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 20 oktober 2010 betreffende maatregelen tot veiligstelling van de gaslevering en houdende intrekking van Richtlijn 2004/67/EG van de Raad, *PbEU* 2010, L 295/1, blz. 22.

37. Europese Commissie, ‘New rules to secure gas supplies in Europe bring more solidarity’, persbericht, Brussel, 12 september 2017, IP/17/3203.

38. Zie Verordening (EU) 2017/1938, preambule bij 38, alsook Fleming 2019, p. 103 [cursivering toegevoegd].

2019/452 tot vaststelling van een kader voor de screening van buitenlandse directe investeringen in de Unie. Artikel 7 lid 1 van deze verordening bepaalt dat indien

‘een lidstaat van oordeel is dat een in een andere lidstaat geplande of voltooid buitenlandse directe investering die in die lidstaat niet aan screening wordt onderworpen, gevolgen kan hebben voor zijn veiligheid of openbare orde, of beschikt over relevante informatie in verband met die buitenlandse directe investering, kan hij opmerkingen indienen bij de andere lidstaat.’

Een soortgelijke mogelijkheid wordt aan de Commissie geboden in verband met projecten of programma’s van Uniebelang in artikel 8 lid 1 Verordening (EU) 2019/452. Hoewel deze samenwerkingsmechanismen slechts binnen hun eigen context passen, geven ze een trend weer waarbij de belangen van andere lidstaten dienen te worden meegewogen in beslissingen die betrekking hebben op de relatie met derde landen, of het hierbij nu gaat om investeringen of om de levering van gas en andere energiebronnen.

Conclusie en volgende stappen

Of het arrest de kloof heeft overbrugd tussen de schijnbare paradox van nationale soevereiniteit over energiebronnen en de noodzaak van een geest van solidariteit, valt nog te bezien.³⁹ Wat het Gerecht lijkt te hebben verduidelijkt is dat aan een besluit dat strekt tot vrijstelling van bepaalde verplichtingen in de Gasrichtlijn voorafgegaan dient te worden door een effectbeoordeling die de belangen van derde lidstaten op het vlak van energieleveringszekerheid in ogenschouw neemt. Deze verplichting vloeit, aldus het Gerecht, voort uit het beginsel van energiesolidariteit zoals vervat in artikel 194 VWEU dat, in tegenstelling tot hetgeen de Commissie beargumenteerde, niet slechts strekt tot de wetgevende macht, maar ook een verplichting voor de uitvoerende macht met zich brengt.

In dit verband is met name het volgende citaat van Andoura relevant:

‘Hoewel dit [solidariteits]beginsel, of de “geest van solidariteit”, voor alle vier de doelstellingen van het energiebeleid van de EU lijkt te gelden, is het Verdrag [VWEU] *niet langer toereikend om een kader of richtsnoeren vast te stellen voor de uitvoering ervan bij de ontwikkeling van een nieuw energiebeleid*. Er blijven verscheidene vragen over de praktische toepassing ervan en over de vraag of de EU en haar lidstaten

39. K. Szulecki, S. Fischer, A. Gullberg en O. Sartor, ‘Shaping the “Energy Union”: between national positions and governance innovation in EU energy and climate policy’, *Climate Policy* 2016, afl. 16/5, p. 548-567, op p. 548.

zich als gevolg daarvan aan eventuele verplichtingen zullen moeten houden.⁴⁰

In dit verband oordeelde het Gerecht dat het beginsel van energiezekerheid vereist dat een *effectbeoordeling moet worden uitgevoerd om rekening te houden met de belangen van de andere actoren*.⁴¹ Op basis van het beginsel van energiesolidariteit bestaat er, aldus het Gerecht, een verplichting voor de uitvoerende macht om een effectbeoordeling uit te voeren vooraleer wordt overgegaan tot het vrijstellen van bepaalde actoren of projecten van de verplichtingen als vervat in de Gasrichtlijn. Deze verplichting maakt hiermee deel uit van het energiebeleid van de Unie en is een direct voortvloeisel van een breed ‘energiesolidariteitsbeginsel’, zonder dat de wetgever zichzelf expliciet heeft uitgesproken over het bestaan van de noodzaak tot een dergelijke effectbeoordeling.

Het arrest heeft directe invloed op de rechtsgeldigheid van de beschikking van 2016, en de situatie als voortvloeiend uit de beschikking van 2009 werd hiermee hersteld. Als gevolg daarvan maakte BNetzA op 13 september 2019, drie dagen na bekendmaking van het arrest, duidelijk dat OGT geen verdere veilingen voor capaciteit op de OPAL-pijpleiding meer mag uitvoeren. Concreet betekent dit dat Gazprom geen aanvullende capaciteit meer kan boeken en haar contractuele verplichtingen aan Europese consumenten via andere pijpleidingen moet voldoen.⁴²

In dit stadium is het onduidelijk of de Commissie tegen het arrest van het Gerecht in beroep zal gaan.⁴³ In de pers wordt gesuggereerd dat de Europese Commissie dit niet zal doen omdat de EU poogt een compromis te sluiten met Rusland en Oekraïne met betrekking tot langetermijnleveringscontracten voor Russisch gas.⁴⁴ Door de beslissing van het Gerecht is de beschikking van 2016 geannuleerd en zijn de bepalingen van de beschikking van 2009 wederom van toepassing. In ieder geval zullen de voorwaarden voor toegang tot de OPAL-pijpleiding in de nabije toekomst van groot belang blijven, ongeacht

de uitkomst van een eventueel beroep tegen het arrest van het Gerecht. In dit kader is reeds gesuggereerd dat BNetzA een herwaardering van de beschikking van 2016 zal uitvoeren, met inachtnaam van de effecten op Polen, waarbij gesteld wordt dat een eventuele impact op Polen uiterst beperkt zou zijn.⁴⁵ De werkelijke draagwijdte van het arrest valt nog moeilijk te bezien, maar indien het arrest – en de daarin opgenomen interpretatie van het energiesolidariteitsbeginsel – daadwerkelijk geïnterpreteerd wordt als vereisend dat een effectbeoordeling ten aanzien van de leveringszekerheid in andere lidstaten wordt uitgevoerd bij capaciteitstoewijzingsbeslissingen, zou dit grote gevolgen kunnen hebben voor Gazproms toegang tot de EUGAL-pijpleiding die de koppeling moet verzorgen tussen Nord Stream 2 en het Europese gasdistributienetwerk.

40. Andoura 2013, p. 31 [eigen vertaling].

41. *Polen/Commissie*, punt 72.

42. Bundesnetzagentur, ‘Bundesnetzagentur orders immediate implementation of OPAL judgment of European Court’, september 2019, www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2019/20190913_Opal.html.

43. Dit blijkt ook uit de ‘vraag en antwoord’-sectie van de OGT website: www.opal-gastransport.de/nc/en/news/news/questions-and-answers-regarding-the-decree-of-the-bundesnetzagentur/: ‘OPAL Gastransport GmbH & Co. KG has taken note of the decision of the General Court of the European Union, which is not yet final. OPAL Gastransport GmbH & Co. KG is not involved and cannot take part either in the procedure at the General Court of the European Union. The rules of court procedures between Member States of the European Union apply to this procedure – the Member state Poland claimed against the European Commission. Therefore OPAL Gastransport GmbH & Co. KG cannot challenge the decision of the General Court of the European Union. To OPAL Gastransport GmbH & Co. KG it is unknown whether the involved parties will challenge the decision or not.’

44. Euractiv, ‘Brussels unlikely to appeal EU court decision hampering Nord Stream pipelines’, september 2019, www.euractiv.com/section/energy/news/brussels-unlikely-to-appeal-eu-court-decision-hampering-nord-stream-pipelines/.

45. Atlantic Council, ‘Impact of the European Court of Justice’s Opal decision’, oktober 2019, <https://atlanticcouncil.org/blogs/energysource/impact-of-the-european-court-of-justices-opal-decision/>.