



Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ

Г-Н N. JÄÄSKINEN

представено на 16 април 2013 година¹

Съединени дела C-105/12, C-106/12 и C-107/12

De Staat der Nederlanden

срещу

Essent NV и Essent Nederland BV (C-105/12) De Staat der Nederlanden

срещу

Eneco Holding NV (C-106/12) De Staat der Nederlanden

срещу

Delta NV (C-107/12)

(Преюдициални въпроси, отправени от Hoge Raad der Nederlanden (Нидерландия))

„Оператори на енергийни разпределителни мрежи — Абсолютна забрана за приватизация — Режим на собственост върху имущество — Забрана за образуване на групи, включващи едновременно оператори на енергийни разпределителни мрежи и дружества търговци, доставчици или производители на енергия — Наложена на операторите на енергийни разпределителни мрежи забрана за извършване на други дейности — Свободно движение на капитали — Ограничения — Обосноваване — Пропорционалност — Обосновка, известна като „чисто икономическа“ — Ненарушена конкуренция“

I – Въведение

1. Hoge Raad der Nederlanden (Върховен съд на Нидерландия) иска от Съда да тълкува членове 63 ДФЕС и 345 ДФЕС в рамките на спорове на Staat der Nederlanden с Essent NV и Essent Nederland BV (дело C-105/12), както и с Eneco Holding NV (дело C-106/12) и с Delta NV (дело C-107/12) (заедно наричани по-нататък „дружествата“), тоест с различни дружества, които осъществяват дейности, свързани с разпределението на електроенергия и газ в Нидерландия, които спорове са възникнали по повод на редица разпоредби от приложимото в тези отрасли нидерландско законодателство.

2. В рамките на тези три дела, които Съдът съедини, Hoge Raad der Nederlanden поставя три преюдициални въпроса:

— първият въпрос се отнася до въведената в нидерландското законодателство „забраната за приватизация“, която не допуска операторите на електроразпределителни и газоразпределителни мрежи² да се притежават от частни лица, разгледана от позицията на член 345 ДФЕС,

¹ — Език на оригиналния текст: френски.

² — В настоящото заключение понятията „мрежа“ и „мрежов оператор“ се отнасят във всички случаи съответно до електроразпределителните и газоразпределителните мрежи в Нидерландия. Изрично са посочени случаите, в които става дума за преносни мрежи.

- вторият въпрос е относно преценката с оглед на свободното движение на капитали на две други забрани, въведени от нидерландското законодателство, които не допускат съответно операторите на такива разпределителни мрежи да имат връзка с предприятия, които произвеждат, доставят или търгуват с електроенергия или газ в Нидерландия (наричани по-нататък „енергийните дружества“, а забраната — „забрана на групите от дружества“) или да осъществяват други дейности извън управлението на мрежата (наричана по-нататък „забрана за извършване на други дейности“),
- третият въпрос е свързан с наличието на „съображения от по-висш обществен интерес“, обосноваващи ограничаването на свободното движение на капитали, доколкото забраната на групите от дружества и забраната за извършване на други дейности, за които се отнася вторият въпрос, представляват ограничение на това движение.

3. В този смисъл с настоящите дела Съдът е приканен отново да се произнесе относно тълкуването на Договора за функционирането на ЕС, и по-специално относно съотношението между членове 345 ДФЕС и 63 ДФЕС, във връзка с мерки за либерализирането на даден икономически сектор със стратегическо значение. Същевременно обаче настоящите дела разкриват някои особености в сравнение с делата, поставили началото на съдебната практика относно „златната акция“. От една страна, не става дума за частична приватизация, а за забрана за приватизация, която се изразява в ясно разделение между режима на собственост на операторите на разпределителни мрежи, който действа като „затворена система“, запазена за публичноправни субекти, и режима на собственост на предприятията, които произвеждат, доставят или търгуват с електроенергия или газ, при което собствеността може да преминава у частноправни субекти. От друга страна, разглежданите забрани не се основават на механизъм, изключващ действието на частното право и предоставящ привилегии на публичноправните субекти. Накрая, спорните разпоредби на нидерландското право не произтичат единствено от спонтанни действия на национално равнище, а се вписват в политика за либерализация, чието начало поставя Европейският съюз и която се изразява в приемането на директиви, налагащи отделянето на операторите от ползвателите на енергийните преносни и разпределителни мрежи.

4. Във връзка с това е полезно да се уточни в самото начало, че двете директиви от втория енергиен пакет от 2003 г., а именно Директива 2003/54/ЕО³ и Директива 2003/55/ЕО⁴ и директивите от третия енергиен пакет от 2009 г., а именно Директива 2009/72/ЕО⁵ и Директива 2009/73/ЕО⁶, които, въпреки че не са предмет на преюдициалното запитване, са от значение. Те всъщност определят желаната от общността законодател степен на либерализация между 2003 г. и 2009 г., която дружествата твърдят, че държавите членки не могат да превишат, без да нарушат правните норми на Съюза относно основните свободи. Те освен това съдържат релевантните определения, с които да се очертае рамката на настоящите дела.

3 — Директива на Европейския парламент и на Съвета от 26 юни 2003 година относно общите правила за вътрешния пазар на електроенергия и отменяща Директива 96/92/ЕО (ОВ L 176, стр. 37; Специално издание на български език, 2007 г., глава 12, том 2, стр. 61).

4 — Директива на Европейския парламент и на Съвета от 26 юни 2003 година относно общите правила за вътрешния пазар на природен газ и отменяне на Директива 98/30/ЕО (ОВ L 176, стр. 57; Специално издание на български език, 2007 г., глава 12, том 2, стр. 80).

5 — Директива на Европейския парламент и на Съвета от 13 юли 2009 година относно общите правила за вътрешния пазар на електроенергия и за отмяна на Директива 2003/54/ЕО (ОВ L 211, стр. 55).

6 — Директива на Европейския парламент и на Съвета от 13 юли 2009 година относно общите правила за вътрешния пазар на природен газ и за отмяна на Директива 2003/55/ЕО (ОВ L 211, стр. 94).

II – Правната уредба

A – Правото на Съюза

1. Договорът за функционирането на ЕС

5. Съгласно член 63, параграф 1 ДФЕС всички ограничения върху движението на капитали между държавите членки и между държавите членки и трети страни се забраняват.

6. Член 345 от ДФЕС предвижда, че договорите по никакъв начин не засягат разпоредбите в държавите членки, отнасящи се до режима на собственост върху имущество.

2. Директиви 2003/54 и 2003/55

7. Директива 2003/54 относно електроенергията и Директива 2003/55 относно газта са част от втория енергиен пакет, приет с оглед на либерализацията на енергийния сектор. По същество правилата относно електроенергията са идентични с тези относно газта. За да се избегнат повторения, по-долу се възпроизвеждат единствено разпоредбите относно електроенергията.

8. Съображения 6—8 и 10 от Директива 2003/54 предвиждат:

„(6) За да има реална конкуренция, достъпът до мрежата трябва да бъде недискриминационен, прозрачен и със справедливи цени.

(7) За да се завърши вътрешният пазар на електроенергия, от първостепенно значение е наличието на недискриминационен достъп до мрежата на оператора на преносната или разпределителната мрежа. Операторът на преносна или разпределителна мрежа може да се състои от едно или повече предприятия.

(8) За да се осигури ефективен и недискриминационен достъп до мрежата, в случаите, когато съществуват вертикално интегрирани предприятия, уместно е разпределителните и преносните мрежи да се управляват от юридически разделени образувания. [...]

Необходимо е независимостта на операторите на разпределителни мрежи и операторите на преносни мрежи да бъде гарантирана, особено по отношение на интересите на производството и снабдяването. Следователно трябва да бъдат въведени независими управленски структури между операторите на разпределителни мрежи и операторите на преносни мрежи и дружества за производство/снабдяване.

Важно е обаче да се направи разграничение между подобно юридическо разделяне и отделяне на собствеността. Юридическото разделяне не предполага промяна на собствеността на активите и нищо не пречи подобни или същите условия на наемане на работа да бъдат прилагани във всички вертикално интегрирани предприятия. Недискриминационен процес на вземане на решения следва да бъде осигурен чрез организационни мерки относно независимостта на лицата, отговорни за вземането на решения.

[...].

(10) Въпреки че настоящата директива не разглежда въпроси, свързани със собствеността, напомня се, че ако предприятие извършва пренос или разпределение и то е отделено в своята юридическа форма от предприятията, занимаващи се с производство и/или снабдяване, определеният оператор на мрежа може да бъдат същото предприятие, което притежава инфраструктурата“.

9. От член 2, точки 3 и 5 от Директива 2003/54 е видно, че по смисъла на тази директива „пренос“ означава транспортирането на електроенергия по свързана мрежа на свръхвисоко и високо напрежение с цел нейната доставка до крайния потребител или разпределители, но без да се включва пласмент, а „разпределение“ означава транспортирането на електроенергия по разпределителни мрежи на високо, средно и ниско напрежение, с цел доставката ѝ до потребители, но без да се включва пласмент.

10. Съгласно член 15, параграф 1 от Директива 2003/54, озаглавен „Отделяне на операторите на разпределителни мрежи“:

„Когато операторът на разпределителна мрежа е част от вертикално интегрирано предприятие, той трябва да е независим поне с оглед на своята юридическа форма, организация и процес на вземане на решения от другите дейности, които не са свързани с разпределение. Тези правила не трябва да създават задължение за разделяне на собствеността на активите на оператора на разпределителната мрежа от вертикално интегрираното предприятие“.

11. Член 15, параграф 2 от посочената директива предвижда допълнителни задължения за вертикално интегрираните предприятия. По-специално лицата, отговорни за управлението на оператора на разпределителната мрежа, трябва да се ползват от гаранции за независимост по отношение на структурите, отговарящи за управлението на производството, преноса или пласмента; мрежовият оператор трябва да има ефективни права на вземане на решения и да приеме програма за съответствие с изискванията относно липсата на дискриминационни практики.

3. Директиви 2009/72 и 2009/73

12. Като отчита недостатъците в отделянето, осъществено в приложение на предходните директиви, и за да продължи либерализирането на сектора, в рамките на третия енергиен пакет законодателят на Съюза приема Директива 2009/72 и Директива 2009/73, съответно относно общите правила за вътрешния пазар на електроенергия и на природен газ. *Ratione temporis*, те не се приложими в главните производства, но страните се позовават на тях в становищата си.

13. Съгласно съображение 11 от Директива 2009/72 „[е]динствено отстраняването на стимулите за вертикално интегрираните предприятия да дискриминират конкурентите си по отношение на достъпа до мрежата и инвестициите може да осигури ефективно отделяне. Отделянето на собствеността, което предполага определянето на собственика на мрежата за системен оператор и неговата независимост от свързаните с доставката и производството интереси, е ефективен и стабилен начин за разрешаване на вътрешно присъщия конфликт на интереси и за гарантиране сигурността на доставките. Поради тази причина в своята резолюция от 10 юли 2007 г. относно перспективите за вътрешния пазар на газ и електроенергия^[7], Европейският парламент посочи отделянето на собствеността на равнище пренос като най-ефективния инструмент, чрез който да се стимулират инвестициите в инфраструктура по недискриминационен начин, равнопоставеният достъп на нови участници до мрежата и прозрачността на пазара. Ето защо във връзка с отделянето на собствеността, от държавите членки следва да се изисква да гарантират, че едно и също лице или едни и същи лица нямат право да упражняват контрол

7 — ОВ С 175 Е, 2008 г., стр. 206.

върху предприятие за производство или доставка, ако едновременно с това упражняват контрол или каквито и да е права върху оператор на преносна система или върху преносна система. Обратно, правото на контрол над преносна система или оператор на преносна система следва да изключва възможността за упражняване на контрол или други права по отношение на предприятие за производство или доставка. В тези рамки, предприятие за производство или доставка следва да може да има миноритарно дялово участие в оператор на преносна система или в преносна система“.

Б – Нидерландската правна уредба

14. Релевантните за главните производства националноправни разпоредби се съдържат в Закона за производството, преноса и доставката на електроенергия (*Wet houdende regels met betrekking tot de productie, het transport en de levering van elektriciteit*) от 2 юли 1998 г.⁸ и в Закона за правилата относно преноса и доставката на газ (*Wet van 22 juni 2000, houdende regels omtrent het transport en de levering van gas*) от 22 юни 2000 г.⁹, като двата закона са изменени по-специално през 2004 г. и през 2006 г. (наричани по-нататък съответно „*Elektriciteitswet 1998*“ и „*Gaswet*“).

15. Първоначално тези закони са изменени със Закона за интервенцията и транспонирането (*Interventie- en Implementatiewet*) от 1 юли 2004 г.¹⁰ по-специално с оглед транспонирането на директивите от втория енергиен пакет.

16. Впоследствие те са изменени със Закона за независимото управление на мрежите (*Wet onafhankelijk netbeheer*) от 23 ноември 2006 г.¹¹ (наричан по-нататък „Законът *Won*“). С посочения закон се въвеждат по-строги задължения за операторите на мрежи, сред които посочените по-горе забрана за приватизация, забрана на групите от дружества и забрана за извършване на други дейности. Пред националната юрисдикция страните спорят по-специално относно въведените с посочения Закон *Won* изменения в *Elektriciteitswet 1998* и в *Gaswet*.

17. На основание на посочените закони релевантни в случая са следните забрани, приложими в Нидерландия.

4. Забраната за приватизация

18. Декретът относно акциите в капитала на мрежовите оператори (*Besluit aandelen netbeheerders*) от 9 февруари 2008 г.¹² във връзка с член 93 от *Elektriciteitswet 1998* и с член 85 от *Gaswet* определя режима на собственост, приложим за мрежовите оператори.

19. Акциите в дружествата, определени като мрежови оператори, и контролът върху мрежите трябва изцяло да са съсредоточени у акционери, принадлежащи към „кръга на публичните органи“. Съгласно Декрета относно акциите в капитала на мрежовите оператори единствено публичноправни субекти като общините, провинциите или държавата или юридически лица, които пряко или непряко са собственост изцяло на публични органи, в това число *Essent NV*¹³, *Eneco Holding NV* и *Delta NV*, могат да имат или да придобият акции от капитала на мрежов оператор.

8 — *Stb.* 1998, бр. 427.

9 — *Stb.* 2000, бр. 305.

10 — *Stb.* 2004, бр. 328.

11 — *Stb.* 2006, бр. 614.

12 — *Stb.* 2008, бр. 62.

13 — Вж. точка 27 от настоящото заключение.

20. Следователно в съответствие с Декрета относно акциите в капитала на мрежовите оператори министърът на икономиката отказва да издаде разрешение във всички случаи на промени в собствеността на мрежата или на акциите в мрежовия оператор, ако в резултат на прехвърлянето лица извън кръга на публичните органи могат да придобият акции от капитала на посочените оператори.

5. Забраната на групите от дружества

21. Забраната на групите от дружества произтича от член 10b, параграф 1 от *Elektriciteitswet* 1998 и от член 2c, параграф 1 от *Gaswet*.

22. На основание на посочените разпоредби мрежовите оператори не могат да са част от група по смисъла на член 2:24b от нидерландския Граждански кодекс (*Burgerlijk Wetboek*), към която група принадлежи и енергийно дружество, тоест юридическо лице, което произвежда или доставя електроенергия или газ или което търгува с тях на територията на Нидерландия. Логическа последица от това положение е, че вследствие на забраната на групите от дружества мрежовият оператор не може да притежава дялове или акции в енергийно дружество, нито в образуване, част от група, към която принадлежи енергийно дружество. Съответно енергийно дружество не може да притежава никакви акции или дялове в мрежов оператор или в образуване, част от група, към която принадлежи мрежов оператор.

23. По силата на посочената забрана вертикално интегрираните предприятия, които осъществяват дейност в енергийния сектор, трябва да отделят определена част от предприятието си, с която да се осъществява управлението на мрежата, като друга част от предприятието им бъде натоварена с производството, доставката и търговията с енергия, или с други думи, да обособят един или няколко мрежови оператора и енергийни дружества. Мрежовият оператор и свързаните с него дружества от същата група всъщност не могат да принадлежат към група, част от която същевременно са и енергийни дружества. Това задължение за обособяване се нарича от запитващата юрисдикция „задължение за отделяне“.

6. Забраната за извършване на други дейности

24. Забраната за извършване на други дейности е предвидена в член 17, параграфи 2—4 от *Elektriciteitswet* 1998 и в член 10b, параграфи 2—4 от *Gaswet*¹⁴. Тя включва три компонента.

25. Най-напред, на оператора на разпределителна мрежа и на свързаните с него дружества от съответната група не е разрешено да извършват сделки или дейности, които могат да са в противоречие с интересите, свързани с управлението на мрежата или системата. По-нататък, на основание на посочената забрана не се допуска предприятие от групата да извършва дейности, които не са тясно свързани с основните задачи на съответната инфраструктура. Накрая, забраната за извършване на други дейности не позволява и мрежовият оператор да предоставя в полза на мрежовото предприятие финансови гаранции или по друг начин да обезпечава задълженията по други компоненти от дейността на оператора на разпределителната мрежа.

¹⁴ — В настоящото заключение изразът „забрана за извършване на други дейности“ заменя израза „забрана за извършване на спомагателни дейности“, използван във френския текст на акта за преюдициално запитване, за да се избегне всякаква възможност за объркване със „спомагателните услуги“ по смисъла на член 2, точка 17 от Директива 2003/54/ЕО и член 2, точка 14 от Директива 2003/55/ЕО, като се има предвид уточнението, че определението на това понятие е различно във всяка от посочените директиви.

III – Спорът в главните производства, преюдициалните въпроси и производството пред Съда

A– Фактическата обстановка

26. От становището на нидерландското правителство е видно, че при влизането в сила на Закона Wop през 2006 г. три вида дружества осъществяват дейност на нидерландския енергиен пазар. Първият вид са предприятията, които осъществяват единствено дейност по производство, доставка или търговия с електроенергия или газ. Вторият вид са вертикално интегрираните предприятия, които осъществяват както дейност по производство, доставка или търговия с електроенергия или газ, така и дейност по управление и експлоатация на електроразпределителни, съответно на газоразпределителни мрежи. Третият вид са предприятията, чийто основен предмет на дейност е управлението и експлоатацията на електрически и газови мрежи и не извършват никакви дейности в областта на производството, доставката или търговията с електроенергия или газ. Дружествата, жалбоподатели в главните производства, са най-значимите вертикално интегрирани енергийни предприятия на нидерландския пазар. В този смисъл те се числят към втория вид предприятия.

27. Essent осъществява дейност на нидерландския и белгийския енергиен пазар, както и на енергийния пазар в други държави. В конкретния случай забраната на групите от дружества води до преобразуване на Essent NV чрез отделяне, и от една страна, до учредяване на мрежовия оператор Enexis Holding NV, 100 % от чийто капитал е собственост на публичноправни акционери в съответствие със забраната за приватизация, и от друга страна, до обособяване на предприятието за търговия, доставка и производство на електроенергия и газ Essent NV. При изпълняване на задължението за отделяне Essent понася значителни разходи, поради което националният съд приема, че в производството по главното дело то има правен интерес да предяви своя установителен иск. След изкупуването му от специализираната в областта на енергетиката германска група RWE Essent NV е собственост изцяло на RWE Benelux Holding BV, дъщерно дружество на групата RWE AG.

28. Eneco Holding NV е предприятие, което чрез дъщерните си дружества осъществява дейност по производство, изкупуване, пренос и доставка на електроенергия и газ, по-специално предназначени за потребители на електроенергия и газ. Капиталът на Eneco Holding NV е собственост на 60 общини. Дейността му по доставка обхваща цялата страна, докато тази на неговия мрежов оператор покрива район, включващ 6 нидерландски провинции.

29. Delta NV също осъществява дейност на пазарите за производство, пренос, търговия и доставка на електроенергия. То осъществява дейност също и по разпределение и доставка на газ. Освен това Delta NV има дейности на други пазари. Енергийните мрежи играят важна роля в рамките на неговата стратегия за диверсификация на дейността му, която включва и мажоритарно дялово участие в специализирано белгийско предприятие за третиране на отпадъци. Стойността на тези мрежи укрепва финансовото състояние на Delta NV. Негов основен акционер е провинция Зеландия, а останалите акции от капитала му са собственост на нидерландски общини.

30. Тъй като са налице електрически и газови мрежи, 100 % от капитала на дружествата трябва да е собственост пряко или непряко на (публичноправни) акционери, принадлежащи към кръга на публичните органи. На тези предприятия и техните акционери е наложена забрана да продават изцяло или отчасти мрежата или мрежовия оператор на частни инвеститори. Както вече отбелязах, впоследствие от Essent NV са отделени мрежов оператор и енергийно дружество, а останалите две дружества продължават да са вертикално интегрирани предприятия.

Б – *Националното производство*

31. Дружествата предявяват три отделни иска пред Rechtbank Den Haag, с които целят да установят, че забраната на групите от дружества и забраната за извършване на други дейности противоречи на основните свободи, закрепени в членове 49 ДФЕС и 63 ДФЕС, и следователно не поражда действие. Rechtbank Den Haag отхвърля посочените искиове.

32. Дружествата подават въззивни жалби срещу посочените решения пред Gerechtshof Den Haag. Gerechtshof Den Haag отменя решенията на Rechtbank Den Haag, тъй като приема, че обжалваните разпоредби противоречат на член 63 ДФЕС и следователно не пораждат действие.

33. Впоследствие Staat der Nederlanden подава касационна жалба срещу решенията на Gerechtshof Den Haag, като твърди, че правото на Съюза не представлява пречка за обжалваните разпоредби.

34. В рамките на това производство с три решения от 24 февруари 2012 г. Hoge Raad der Nederlanden спира това производство и по трите разглеждани дела отправя до Съда следните преюдициални въпроси:

- „1) Следва ли член 345 ДФЕС да се тълкува в смисъл, че в понятието „режим на собственост върху имущество в различните държави членки“ следва да се включва и уредбата на разглежданата в настоящото дело абсолютна забрана за приватизация по смисъла на Декрета относно акциите в капитала на мрежовите оператори във връзка с член 93 от [Elektriciteitswet 1998] и член 85 от [Gaswet], според която акциите от капитала на мрежов оператор могат да бъдат прехвърляни изключително само между субекти от кръга на публичните органи?
- 2) При утвърдителен отговор на първия въпрос следва ли, че разпоредбите относно свободното движение на капитали не трябва да се прилагат по отношение на забраната за групите от дружества и на забраната за извършване на [други] дейности¹⁵, или най-малкото, че не следва да се проверява съответствието на забраната за групите от дружества и на забраната за извършване на [други] дейности с разпоредбите относно свободното движение на капитали?
- 3) Чисто икономически интереси ли представляват целите, които са също и в основата на Закона Wop, за постигане на прозрачност на енергийния пазар и за предотвратяване нарушаването на конкуренцията чрез възпрепятстване на кръстосаното субсидиране в широк смисъл (в това число и обмена на стратегическа информация) или тези цели могат да се разглеждат и като интереси, които не са от икономическо естество, в смисъл че при определени обстоятелства те могат да представляват съображения от по-висш обществен интерес, обосноваващи ограничение на свободното движение на капитали?“

В – *Производството пред Съда*

35. С Определение от 26 март 2012 г. председателят на Съда реши да бъдат съединени дела C-105/12, C-106/12 и C-107/12.

15 — Термините, използвани в настоящото заключение при анализа на втория и третия въпрос, възпроизвеждат направената в бележка под линия 14 от настоящото заключение уговорка (относно понятието „други дейности“).

36. Писмени становища в Съда внасят засегнатите дружества, нидерландското, чешкото и полското правителство, както и Европейската комисия, като с изключение на Чешката република и Република Полша техни представители се явяват и в заседанието, проведено на 14 януари 2013 г.

IV – Анализ

А – По първия преюдициален въпрос, отнасящ се до забраната за приватизация с оглед на разпоредбите на член 345 ДФЕС

37. С първия си преюдициален въпрос запитващата юрисдикция иска да установи дали член 345 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че в понятието „режим на собственост върху имущество в различните държави членки“ следва да се включва и уредбата на разглежданата в настоящото дело абсолютна забрана за приватизация, според която акциите от капитала на мрежов оператор могат да бъдат прехвърляни изключително само между субекти от кръга на публичните органи.

38. В самото начало констатирам, че съгласно забраната за приватизация, предвидена в нидерландското законодателство, единствено „публични органи“ по смисъла на посочения по-горе Декрет относно акциите в капитала на мрежовите оператори¹⁶ могат да бъдат собственици на мрежи, независимо дали пряко или не.

39. Независимо от това активите, свързани с експлоатацията на мрежата, както и преките или непреки участия в съответните мрежи, не са *res extra commercium*, тъй като са съвсем обикновени, попадащи в обхвата на частното право обекти на правото на собственост, които могат да бъдат продавани, купувани и използвани по-специално за обезпечаването на вземане. Прехвърлянето на дялове обаче може да се извърши единствено в рамките на определена категория собственици, а именно на посочените „публични органи“.

40. С оглед на приложимото във времето национално законодателство *Hoge Raad der Nederlanden* счита, че е налице абсолютна забрана за приватизация. Споделям това становище. Обстоятелството, че посоченото ограничение е конкретизирано по съдържание в подзаконов нормативен акт, не засяга този извод, противно на твърденията на дружествата.

41. Както напомня генералният адвокат Ruiz-Jarabo Colomer, член 345 ДФЕС е единствената разпоредба от Договорите, пряко вдъхновена от декларацията на Шуман от 9 май 1950 г. и първоначално тя е включена в член 83 от Договора за ЕОВС¹⁷. Нейната първоначална цел е да гарантира, че създаването на новата общност няма да засегне деликатния по онова време

16 — Следва да се уточни, че определението за публичноправен субект включва и юридическите лица, които са стопроцентови дъщерни дружества на някое от енергийните дружества, посочени в Декрета относно акциите в капитала на мрежовите оператори, в това число *Essent NV* (преди преобразуването му чрез отделяне), *Eneco Holding NV* и *Delta NV*. Тези дъщерни дружества могат да бъдат чуждестранни юридически лица.

17 — Вж. точка 45 от общото заключение на генерален адвокат Ruiz-Jarabo Colomer, представено на 3 юли 2001 г. по делата, по които на 4 юни 2002 г. са постановени Решение Комисия/Португалия (C-367/98, *Recueil*, стр. I-4731), Решение Комисия/Франция (C-483/99, *Recueil*, стр. I-4781) и Решение Комисия/Белгия (C-503/99, *Recueil*, стр. I-4809).

политически въпрос, свързан с правното и социално естество на собствеността на германските мини и на „декартелизираните“ предприятия, осъществяващи дейност в сектора на стоманодобива¹⁸. В този смисъл член 345 ДФЕС закрепва принципа на неутралитет на собствеността, публична или частна, върху „средствата за производство“ и предприятията¹⁹.

42. Според мен това означава, от една страна, че доколкото тази система не е дискриминационна или непропорционална, определена, присъща за установения режим на собственост, последица не може да се счита за пречка, попадаща в приложното поле на забраните, предвидени в Договора. От друга страна, ограничителните последици, освен произтичащите пряко и неизбежно от режима на публична или частна собственост, обратно, се подчиняват на основните свободи по Договора²⁰.

43. Например от обстоятелството, че секторът на стоманодобивната промишленост е национализиран в определена държава членка, следва, че от него са изключени възможностите за установяване и дори преките инвестиции от страна на инвеститори от други държави членки. Както отбелязва Комисията, Съдът потвърждава съвместимостта на национализациите с правото на Съюза още с Решение по дело *Costa*²¹.

44. Освен това смятам, че следва да се вземе предвид Решението, постановено от Съда на Европейска асоциация за свободна търговия (ЕАСТ)²² по делото между Надзорния орган на Европейска асоциация за свободна търговия (ЕАСТ) и Кралство Норвегия по повод концесии за придобиването на водни падове. Съдът на ЕАСТ тълкува член 125 от Споразумението за Европейското икономическо пространство от 2 май 1992 г.²³, който съответства на член 345 ДФЕС, в смисъл, че правото на държава от Европейското икономическо пространство (ЕИП) да реши дали собствеността върху водноенергийните ресурси и инсталациите, свързани с тях, да принадлежи на публични органи или на частноправни субекти, само по себе си не се засяга от Споразумението за Европейското икономическо пространство. Според посочения съд в резултат от това Кралство Норвегия може основателно да преследва целта, изразяваща се във въвеждането на режим на публична собственост върху тези обекти, при условие че предприетите действия са пропорционални и недискриминационни.

45. Съгласно изложената логика фактът, че нито един частен инвеститор няма възможност да закупи акции или дялови участия от запазен за публичноправни акционери капитал на дадено дружество, не може да се счита за забранено от Договора ограничение, доколкото става дума именно за елемент от режима на собствеността, който договарят няма за цел да променя.

18 — В своето становище *Delta NV* се позовава на описанието на процеса по изготвяне на посочената разпоредба, което прави проф. *Reuter P.* в книгата си *La Communauté Européenne du Charbon et Acier*, Paris, 1953.

19 — Според генералния адвокат *Ruiz-Jarabo Colomer* член 345 ДФЕС не се отнася за режимите на собственост върху имущество по смисъла на гражданскоправната уредба на имуществените правоотношения (вж. точка 54 от представеното от него общото заключение по по-горе посочените дела *Комисия/Португалия (C-367/98)*; *Комисия/Франция (C-483/99)* и *Комисия/Белгия (C-503/99)*).

20 — Наскоро в Решение от 8 ноември 2012 г. по дело *Комисия/Гърция (C-244/11, точки 15 и 16)* Съдът напомни, че „[...] член [295 ЕО] няма за последица да освободи съществуващите в държавите членки системи за собственост от задължението да спазват основните норми на договора [...]. По-конкретно Съдът е постановил, че макар член 295 ЕО да не поставя под въпрос възможността на държавите членки да въведат режим за придобиване на собственост върху земя, този режим остава в обхвата на основните норми на Съюза, по-специално тези за недопускане на дискриминация, за свобода на установяване и за свободно движение на капитали (Решение от 23 септември 2003 г. по дело *Ospelt и Schlössle Weissenberg, C-452/01, Recueil*, стр. I-9743, точка 24 и цитираната съдебна практика)“.

21 — Решение от 15 юли 1964 г. (6/64, *Recueil*, стр. I-1141).

22 — Решение на Съда на ЕАСТ от 26 юни 2007 г. по дело *ESA/Норвегия* (известно като делото за „водните падове в Норвегия“) (Е-2/06, *Report of EFTA Court*, стр. 163, точка 72).

23 — *ОВ L 1*, 1994 г., стр. 3; Специално издание на български език, 2007 г., том 11, глава 53, стр. 4.

46. За сметка на това, както личи от съдебната практика относно „златната акция“, преференциалното третиране на публичните интереси в рамките на принципно частен режим на собственост, както е установено в дружественото право режим на акционерните дружества, не излиза извън посветените на основните свободи разпоредби на Договора²⁴.

47. Разглежданият нидерландски режим се основава на направения основополагащ избор, по силата на който собствеността върху енергийната разпределителна мрежа е запазена за публичноправни акционери (*res publica*), но не и за един-единствен собственик. В съответствие с тази цел правата на собственост върху мрежата се притежават от различни субекти, които отговарят на определението за публичноправен орган по смисъла на Декрета относно акциите в капитала на мрежовите оператори. От това неизбежно следва необходимостта да се наложи забрана за непрякото придобиване от страна на частноправни субекти.

48. При това положение ограниченията относно прехвърлянето на части от имуществото на дружествата са необходими, за да може участията в дружествения капитал да се продават и купуват между различните субекти, на които това е разрешено, без имуществото да губи публичноправния си характер. Следователно забраната за приватизация е неизбежна последица от избора в полза на публичната собственост и от идеята собствеността да остане сред носителите на публична власт. Въз основа на това стигам до извода, че в главните производства действително става въпрос за режим на собственост върху имущество като посочения в член 345 ДФЕС.

49. Поради това предлагам на Съда да отговори на първия въпрос в смисъл, че установен в държава членка режим като разглеждания в главните производства, по силата на който акциите от капитала на оператори на разпределителни мрежи могат да се прехвърлят само на публичноправни субекти и на някои дружества, чийто капитал е 100 % собственост на публични органи (т.е. налице е забрана за приватизация), представлява режим на собственост върху имущество по смисъла на член 345 ДФЕС и на това основание е съвместим с правото на Европейския съюз.

Б – По втория преюдициален въпрос, свързан със „забраната на групи от дружества“ и „забраната за извършване на други дейности“, разгледани в светлината на свободното движение на капитали

50. Вторият преюдициален въпрос е свързан със свободното движение на капитали. Hoge Raad der Nederlanden иска да се установи дали при положителен отговор на първия въпрос би се стигнало до неприложимост на правилата относно свободното движение на капитали по отношение на забраната на групи от дружества и на забраната за извършване на други дейности²⁵, или най-малко до преценка на посочените забрани от гледна точка на правилата, свързани с тази свобода.

51. В съответствие с по-горе направеното разграничение²⁶ най-напред следва да се определи дали тези две забрани са последици, които са присъщи за направения от Staat der Nederlanden принципен избор, обсъден в рамките на първия въпрос, да бъде запазена собствеността на мрежовите оператори за публични органи, които не биха могли да представляват препятствия. Според мен отговорът е отрицателен.

24 — Вж. по-специално Решение по дело Комисия/Португалия (C-367/98), Решение по дело Комисия/Франция (C-483/99) и Решение по дело Комисия/Белгия (C-503/99), посочени по-горе.

25 — Вж. точки 21—25 от настоящото заключение.

26 — В точка 42 от настоящото заключение.

52. Забраната на групите от дружества и забраната за извършване на други дейности не са преки и непосредствени последици от забраната за приватизация, която от своя страна е част от режима на собственост върху имущество по смисъла на член 345 ДФЕС, а са по-скоро законодателни мерки, които целят да попречат управлението на разпределителни мрежи да се използва за насърчаване на интереси, които не са свързани с нуждите на тези мрежи, и по-специално на интереси, свързани с доставката и производството на енергия. В действителност целта е да не се допуска заобикалянето на принципа за отделяне на собствеността върху мрежите, от една страна, от услугите по доставка и производство, от друга страна, при предоставянето на които се експлоатират тези мрежи, без да се отчита публичноправният или частноправният характер на всяка от тези структури. В допълнение забраната за извършване на други дейности е в състояние да изолира управлението на мрежите от рисковете, характерни за несвързаните с това дейности, и обратно, да избегне използването на управлението на мрежите като основа за финансирането на несвързани с това дейности.

53. С други думи, това не са мерки, които имат за цел чрез контрол на междинните вериги на собственост да запазят собствеността върху мрежите за кръга от публични органи, а по-скоро това са мерки, имащи за цел да поддържат „чиста“ системата, насочена към отделяне на собствеността, така че да не се смесват интересите на мрежата и тези, свързани с продажбата на енергия. Според мен аналогична правна уредба би била също толкова необходима и в хипотезата, при която отделянето на собствеността би се прилагало в отсъствието на забрана за приватизация. Дори националното законодателство да допуска мрежовите оператори да бъдат притежавани от частноправни субекти, и в този случай би било също толкова необходимо да се въведат подобни забрани, за да се осигури спазване на изискването за разделяне на собствеността²⁷, с което да се предотвратят конфликтите на интереси.

54. Тъй като забраната на групите от дружества и забраната за извършване на други дейности могат да се отделят от забраната за приватизация, следва да се прецени дали те представляват ограничение на свободното движение на капитали.

55. Тъй като в Договора липсва определение за движение на капитали, Съдът е признал, че с указателен характер е номенклатурата на движенията на капитали, съдържаща се в приложение I към Директива 88/361/ЕИО²⁸ — по-конкретно в Решение по дело Комисия/Португалия (C-171/08)²⁹. Съгласно тази номенклатура движения на капитали са в частност т.нар. преки инвестиции под формата на акционерно участие, което предоставя възможност за ефективно участие в управлението и контрола на предприятието, както и т.нар. портфейлни инвестиции, извършени единствено с цел финансова инвестиция и без намерение да се оказва влияние върху управлението и контрола на предприятието³⁰. Посочената номенклатура включва също поръчителството, други гаранции и заложни права.

56. Съдът пояснява, че национални мерки, които може да възпрепятстват или ограничат придобиването на акции в засегнатите предприятия или да разубедят инвеститорите от други държави членки да инвестират в техния капитал, следва да се квалифицират като „ограничения“ по смисъла на член 63, параграф 1 ДФЕС³¹.

27 — Според Комисията в момента на приемането на двете забрани нидерландското правителство все още не е изключило възможността за приватизация на мрежовите оператори. Напомням, че всъщност режимите, ограничаващи създаването на групи и/или извършването на други дейности, са често срещани в правната уредба, приложима в секторите, подлежащи на засилен държавен контрол, както при правната уредба във финансовия сектор или в сектора на здравеопазването.

28 — Директива на Съвета от 24 юни 1988 година за прилагане на член [67 ЕО] (ОВ L 178, стр. 5; Специално издание на български език, 2007 г., глава 10, том 1, стр. 10).

29 — Решение от 8 юли 2010 г. (C-171/08, Сборник, стр. I-6817, точка 49). Вж. също Решение от 12 декември 2006 г. по дело Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, Recueil, стр. I-11753, точка 179).

30 — Вж. по-специално Решение от 1 октомври 2009 г. по дело Woningstichting Sint Servatius (C-567/07, Сборник, стр. I-9021, точка 19) и Решение от 8 юли 2010 г. по дело Комисия/Португалия (C-171/08, посочено по-горе, точки 49 и 50).

31 — Решение от 8 юли 2010 г. по дело Комисия/Португалия (C-171/08, посочено по-горе, точка 50).

57. Смятам за ясно, че забраната на групите от дружества и забраната за извършване на други дейности са свързани с движенията на капитали по смисъла на член 63, параграф 1 ДФЕС и ги ограничават. Освен това, тъй като става дума за абсолютни ограничения, които по дефиниция възпрепятстват всички сделки, попадащи в приложното им поле, не е необходимо отделно да се установява характера им на пречки за свободното движение на капитали.

58. Като не допускат никаква стратегия за финансова или оперативна диверсификация на засегнатите субекти, основаваща се на взаимодопълняемостта на двата сектора, въпросните забрани възпрепятстват както преките, така и портфейлните инвестиции. В действителност те ограничават инвестициите от страна на чуждестранни дружества в операторите, осъществяващи дейност в енергийния сектор в Нидерландия, както и инвестициите на последните в чуждестранните оператори, които притежават дялови участия в останалите групи в областта на енергетиката в Нидерландия. Забраната за извършване на други дейности също е в състояние да измени условията за финансиране на засегнатите дружества. Следователно забраната на групите от дружества и забраната за извършване на други дейности представляват ограничения на движенията на капитали по смисъла на член 63, параграф 1 ДФЕС, които са недопустими, освен ако са обосновани.

59. Полезно е да се уточни, че тези две забрани биха могли да бъдат анализирани и от гледна точка на свободата на установяване. Всъщност забраната на групите от дружества не допуска придобиването нито на миноритарни, нито на мажоритарни дялови участия в мрежови оператори, енергийни дружества и образуванията, членуващи в групите, към които принадлежат подобни дружества. От своя страна забраната за извършване на други дейности ограничаваше обхвата на дейността на мрежовите оператори и на свързаните с тях дружества в рамките на определена група, което представлява потенциално ограничение на свободата на установяване от гледна точка на засегнатото предприятие. Във връзка с това е достатъчно да се отбележи, че съгласно постоянната съдебна практика, доколкото спорните национални мерки съдържат ограничения на свободата на установяване, тези ограничения са пряка последица от разглежданите по-горе пречки пред свободното движение на капитали, с които те са неразривно свързани. Поради това не се налага спорните мерки да се разглеждат от гледната точка на свободата на установяване³².

60. Следователно предлагам на Съда да отговори на втория преюдициален въпрос в смисъл, че макар забраната за приватизация на операторите на разпределителни мрежи като разглежданата в главните производства да представлява съвместим с правото на Съюза режим на собственост върху имущество по смисъла на член 345 ДФЕС, други национални режими, например забраната на групи от дружества, които включват както операторите на енергийни разпределителни мрежи, така и юридически лица, осъществяващи търговия, доставка или производство на електроенергия или газ в Нидерландия, и забраната за извършване на други дейности, приложима за операторите на разпределителни мрежи, попадат в приложното поле на свободното движение на капитали с оглед на което следва да се провери тяхната съвместимост.

32 — Решение от 28 септември 2006 г. по съединени дела Комисия/Нидерландия (C-282/04 и C-283/04, Recueil, стр. I-9141, точка 43), както и Решение по дело Комисия/Португалия (C-171/08, посочено по-горе, точка 80).

В – По третия преюдициален въпрос относно наличието на „съображения от по-висш обществен интерес“, представляващи обосновка за ограничаването на свободното движение на капитали

61. С третия си преюдициален въпрос запитващата юрисдикция иска да установи дали целите на Закона Wop, а именно постигане на прозрачност на енергийния пазар и предотвратяване на нарушенията на конкуренцията чрез възпрепятстване на кръстосаното субсидиране в широк смисъл (в това число и обмяна на стратегическа информация), са чисто икономически интереси или могат да се разглеждат и като интереси, които не са от икономическо естество, в смисъл че при определени обстоятелства те могат да представляват съображения от по-висш обществен интерес, обосноваващи ограничението на свободното движение на капитали.

1. Относно характеристиките на електроразпределителните и газоразпределителните мрежи

62. Преди да се направи анализ дали е налице евентуална обосновка и дали тя е пропорционална, смятам, че е необходимо да се припомнят характеристиките на електроразпределителните и газоразпределителните мрежи в конкурентно и стратегическо отношение.

63. Тези мрежи свързват националната преносна мрежа с потребителя на регионално и дори на местно равнище. Те представляват т.нар. „естествени“ монополи, тъй като с оглед на свързаните с тях особено значителните икономии от мащаба не могат да бъдат разумно разделени. От гледна точка на конкуренцията следователно собственикът на разпределителната мрежа контролира абсолютно необходими съоръжения („essential facility“), които неминуемо се ползват между етапа на доставката и потреблението, което осигурява на собственика на разпределителната мрежа пазарна мощ както нагоре, така и надолу по веригата.

64. Електроразпределителните и газоразпределителните мрежи са важни за потребителите поради две причини. Първо, абсолютно необходимо е собственикът на мрежата да не се възползва от монополното си положение, за да изисква непропорционално възнаграждение за предоставяната от него услуга, а именно за предоставяне на достъп за извършване на доставка на енергия посредством разпределителната мрежа. Поради тази причина националните органи имат възможност да контролират цената за пренос при разпределението на енергия, което изглежда се прави в Нидерландия³³. Второ, необходимо е да е задоволително качеството при управлението на мрежата, що се отнася по-специално до отстраняването на недостатъците, засягащи доставката на енергия и надеждното съставяне на сметките за потребление.

65. Разпределителните мрежи изпълняват основна роля от гледна точка на сигурността на снабдяването с енергия, тъй като е безполезно да е налице разполагаемост на достатъчно количество енергия за снабдяване, ако тя не може да бъде доставена до потребителите. Поради това мрежовите оператори са също така значими и от гледна точка на националната сигурност, тъй като който контролира разпределението на електроенергията, контролира и съвременното общество във всички аспекти от функционирането му. Същото се отнася и за газта в държавите членки, в които тя е важен енергиен източник.

66. В секторите, в които се експлоатират „неподлежащи на разделяне“ мрежи, използвани за доставка на услуги или енергия, се откроява по-ясно значението от осигуряването на конкурентна структура, приспособена към спецификите на конкретния сектор. От тази перспектива при експлоатацията на мрежи, и по-специално на електроразпределителни или газоразпределителни мрежи или на железопътни мрежи, е необходимо да се осигури недискриминационен достъп на трети лица до тях, с което да приключи процесът на

33 — Според данните, представени от нидерландското правителство на заседанието.

либерализация, т.е. да се създаде конкурентен пазар, на който е гарантирано свободното предоставяне на услуги. За постигането на тази цел законодателят на Съюза, както и законодателите в редица държави членки, възприема стратегията на отделянето, или казано с други думи, прекъсването на връзките между управлението на мрежата и нейната експлоатация за доставката на услуги. Целяната или постигнатата степен на отделяне е различна в различните сектори и държави членки и варира от счетоводно или функционално до юридическо отделяне и дори до разделяне на собствеността.

2. Значението на вторичното право на Съюза за преценката на националното законодателство от гледна точка на свободите на движение

67. В главните производства се повдига проблемът за значението на мерките на вторичното право на Съюза при преценката дали е обоснована дадена национална мярка за транспониране, която ограничава някоя от свободите на движение и надхвърля изискванията на транспонираната с нея директива.

68. С оглед на предходната практика на Съда считам, че действително е важно да се определи дали контролът на разглежданата в настоящите главни производство мярка за транспониране изисква да се провери съвместимостта на транспонираната директива с първичното право на Съюза.

69. В настоящите главни производства забраната на групите от дружества и забраната за извършване на други дейности произтичат от Закона Wop, приет по-специално с оглед на транспонирането на Директива 2003/54 и на Директива 2003/55 от втория енергиен пакет, които не изискват собствеността на дяловете в капитала на оператора на преносна или разпределителна мрежа да бъде отделена от собствеността на дяловете в капитала на останалите икономически субекти и не въвеждат такова изрично изискване във връзка с тяхното транспониране³⁴. По подобие на други национални законодатели, които избират разделянето на собствеността на операторите на преносни мрежи, от една страна, и предприятията за производство и доставка на енергия, от друга³⁵, според мен през 2006 г. със Закона Wop нидерландският законодател по собствена инициатива надхвърля изискванията на действащото вторично право на Съюза, като избира разделянето на собствеността на операторите на разпределителни мрежи, от една страна, и на предприятията за производство и доставка на енергия, от друга. Подчертавам, че въпросните директиви представляват актове, изискващи минимална хармонизация.

70. В рамките на приложимата *ratione temporis* правна уредба в настоящите главни производства Законът Wop, макар да е приет за тяхното транспониране, изглежда в известен смисъл отделена от директивите от 2003 г. национална мярка. Поради това той подлежи на самостоятелен контрол с оглед на свободите на движение.

34 — Вж. съображение 8 и член 15 от Директива 2003/54, посочена по-горе.

35 — Преди приемането на третия енергиен пакет 13 държави членки са избрали отделянето на собствеността на операторите на електропреносни мрежи и 6 — на газопреносните мрежи според *Hunt M., Ownership Unbundling: The Main Legal Issues in a Controversial Debate EU — Energy Law and Policy Issues*, éd. Delvaux, B., e. a., Rixensart: Euroconfidentiel, 2008.

71. Същевременно, макар *ratione temporis* да не са приложими в настоящите главни производства, според мен няма как не се вземат под внимание впоследствие приетите Директиви 2009/72 и 2009/73, които въвеждат като изрично изискване при транспонирането разделянето на собствеността. Напомням всъщност, че съображение 11 от Директива 2009/72 определя това разделяне като ефективен и стабилен начин за разрешаване на вътрешно присъщия конфликт на интереси, а съображение 21 от същата директива закрепва правото да се избере пълно отделяне на собствеността³⁶.

72. Действително буквалното и ограничително тълкуване на посочените съображения би могло да остави впечатлението, че те се отнасят единствено за операторите на преносни енергийни мрежи. Подобно на нидерландското правителство и Комисията обаче считам, че тези съображения са релевантни и за разпределителните мрежи предвид вече описаните им характеристики и необходимостта да се преодолеят конфликтите на интереси между операторите и ползвателите на мрежите, която според мен е също толкова остра в областта на разпределението, каквато е и в областта на преноса, макар единствено последният вид мрежи да е определящ от гледна точка на свободната доставка на услуги през граница.

73. Следователно при действащата правна уредба според мен няма основание забраната за групи от дружества и забраната за извършване на други дейности да бъдат оспорвани, поне що се отнася до техните принципи, без това да доведе до пряк контрол на съвместимостта на директивите от 2009 г. със свободното движение на капитали. Все пак ще отбележа, че разделянето на собствеността, предвидено в съображение 11 от тези директиви, е по-тясно по обхват от произтичащото от забраната за групи от дружества по нидерландското право, доколкото посоченото съображение запазва изрично възможността за реципрочни миноритарни инвестиции между мрежовия оператор и предприятия за производство или доставка.

74. В своето становище Комисията подчертава, че съвместимостта на забраната на групите от дружества със свободното движение на капитали трябва да се преценява в рамките на релевантните норми на вторичното право на Съюза, и изглежда твърди, че самата съвместимост на забраната на групите от дружества с целите на директивите може да представлява обосновка за тази мярка.

75. Смятам, че истинският въпрос е по-скоро дали е съвместимо с Договора, и по-специално със свободите на движение, предвиденото впоследствие с директивите от 2009 г. разделяне на собствеността, които това разделяне може да възпрепятства.

76. Съгласно постоянната съдебна практика по принцип законодателят на Съюза е длъжен да зачита свободите на движение, установени с Договора, също както националният законодател³⁷. В доктрината се развива дискусия³⁸, за да се установи дали вторичното право подлежи на контрол от същото естество и същия интензитет в рамките на преценката на неговото съответствие с първичното право на Съюза, и по-специално със свободите на движение³⁹, или посоченият контрол трябва да е съобразен със спецификите и с целите, присъщи за правото на Съюза.

36 — Все пак не е налице задължение. Във връзка с това член 26 от Директива 2009/72, озаглавен „Отделяне на операторите на разпределителни системи“, предвижда, подобно на член 15 от Директива 2003/54, че „[т]ези правила не създават задължение за отделяне на собствеността върху активите на оператора на разпределителна [мрежа] от вертикално интегрираното предприятие“.

37 — Вж. относно свободното движение на стоки Решение от 20 април 1978 г. по дело *Les Commissionnaires Réunis и Les Fils de Henri Ramel* (80/77 и 81/77, Recueil, стр. 927), в което се посочва, че „[з]абраната на количествените ограничения, както и на мерките с равностоен ефект се отнася, както Съдът многократно заявява, не само за националните мерки, но и за мерките, приети от институциите на Общностите“. Вж. също Решение от 17 май 1984 г. по дело *Denkavit Nederland* (15/83, Recueil, стр. 2171, точка 15). Считам, че в областта на свободното движение на капитали не следва да се възприемат по-различни съображения.

38 — Във връзка с който вж. *Mortelmans K.*, *The relationship between the Treaty rules and Community measures for the establishment and functioning of the internal market* — *Common Market Law Review*, vol. 39, 2002, p. 1303.

39 — В подкрепа на това твърдение вж. *Petersmann E.-U.*, *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, Fribourg, 1991.

77. По делото *Vauhuus* Съдът постановява, че приетите от Съвета мерки в общ интерес на Общността, а не едностранно от държавите членки с цел защита на собствените им интереси, не биха могли да се считат за мерки, пречатващи търговията⁴⁰. С други думи вторичното законодателство на Съюза изглежда се ползва от презумпция за съответствие с гарантираните от Договора свободи на движение. Спецификата на контрола на мерките на вторичното право по отношение на свободите на движение се илюстрира наскоро с Решение по дело *Германия/Парламент и Съвет*⁴¹, в което се постановява, че целта за преодоляване на всички смущения на пазара може да обоснове възпрепятстването на свободата на установяване, произтичащо от Директивата относно схемите за гарантиране на депозити. Подобна цел без съмнение не би позволила да се обоснове сходна национална мярка, за която се счита, че е от чисто икономическо естество.

78. В този смисъл практиката на Съда допуска, че икономическите цели на Договора могат да обосновават пречки за основните свободи, произтичащи от законодателството на Съюза. Поради това в настоящите главни производства следва да се постави въпросът дали и до каква степен предназначението на национално законодателство, което следва да осъществи заложените в Договора цели, може да обоснове наличието на такива пречки. Този проблем може да възникне по идентичен начин извън либерализацията на секторите на електроразпределителните и газоразпределителните мрежи, и по-специално при анализа на национално законодателство в областта на конкуренцията, което в собственото си приложно поле би се оказало по-стриктно от това на Съюза и по този начин би могло да представлява ограничение на свободата на установяване.

3. По т.нар. чисто икономически обосновки

79. В рамките на втория преюдициален въпрос установих, че както забраната на групите от дружества, така и забраната за извършване на други дейности, приложими за операторите на разпределителни мрежи и системи, попадат в приложното поле на свободното движение на капитали, което ограничават.

80. Съдът многократно е приемал, че свободното движение на капитали може да бъде ограничено от национална правна уредба само ако е обосновано от някое от упоменатите в член 58 ЕО съображения или от императивни съображения от общ интерес по смисъла на практиката на Съда. Освен това подобни ограничения трябва да съответстват на преследваната цел и да не надхвърлят необходимото за нейното постигане⁴².

81. Запитващата юрисдикция отбелязва, че целите за осигуряване на прозрачност на енергийния пазар и за предотвратяване на нарушенията на конкуренцията за създаването на равнопоставени условия за конкуренция („level playing field“), на които се позовава държавата, за да обоснове забраната на групите от дружества и забраната за извършване на други дейности, са били използвани и от Парламента и Съвета като основа за Директиви 2009/72 и 2009/73. Съгласно съображенията на тези директиви те имат по-специално за цел да осигурят достъп до мрежата при условията на равнопоставеност и прозрачност на пазара с цел прилагане на прозрачни и недискриминационни тарифи⁴³. Въпреки че тези директиви не налагат разделянето на собствеността на оператора на разпределителната мрежа и на търговските дейности, запитващата юрисдикция отбелязва, че предписаните мерки, по-специално за отделяне и функционално разделяне, са били въведени за постигането на току-що посочените цели.

40 — Вж. Решение от 25 януари 1977 г. (46/76, Recueil, стр. 5, точки 27—30).

41 — Решение от 13 май 1997 г. (C-233/94, Recueil, стр. I-2405, точка 57).

42 — Решение на Съда от 21 декември 2011 г. по дело Комисия/Полша (C-271/09, Сборник, стр. I-13613, точки 55 и 58).

43 — Вж. по-специално съображения 4, 7, 26 и 32 от Директива 2009/72 и съображения 4, 5, 25 и 31 от Директива 2009/73.

82. За сметка на това дружествата считат, че прозрачността и предотвратяването на кръстосаното субсидиране имат за цел най-вече да укрепят конкурентната структура на нидерландския енергиен пазар. Като се позовават на постоянната практика на Съда, те твърдят, че подобни цели са от чисто икономическо естество и като такива не могат да представляват императивно съображение от обществен интерес⁴⁴.

83. От своя страна Комисията счита, че действително забраната на групите от дружества и забраната за извършване на други дейности водят до разделяне на операторите на разпределителни мрежи и системи, което надхвърля въведеното с Директиви 2003/54 и 2003/55, но то е в съответствие със структурата и целите на тези директиви.

84. Смятам, че както от съображенията на директивите от 2009 г., така и от парламентарните обсъждания в Нидерландия личи ясно, че основните цели при разделянето на собствеността и забраната на групите от дружества са съответно, в Съюза — увеличаване на инвестициите и на конкуренцията на енергийния пазар и понижаване на цените на европейско равнище⁴⁵, а в Нидерландия — борба с антиконкурентните прояви чрез повече прозрачност⁴⁶. Достатъчно е да се отбележи, че на пръв поглед тези цели представляват икономически съображения по смисъла на практиката на Съда.

85. По-конкретно, независимо от критикуваните в настоящия случай икономически съображения, забраната на групите от дружества и на извършването на други дейности според мен могат да бъдат обосновани по три направления. Първо, като се приеме, че съображенията не са „чисто“ икономически, а по-скоро са средства, обслужващи неикономически цели. Второ, като се уточни понятието икономическа цел, за да се включи в него елемент, свързан с протекционистичното и дори „егоистично“ предназначение на контролираната мярка. Или пък трето, като спорните забрани бъдат обосновани чрез позоваване на някоя от целите на Договора, без да се държи сметка за икономическия или неикономически характер на изложените съображения.

86. Първата линия на разсъждение би се вписала във вече допуснатото от Съда коригиране на забраната на икономическите съображения⁴⁷. По-специално нидерландското правителство се позовава на тенденция в съдебната практика, която допуска легитимността на мерки, които макар да са икономически мотивирани, преследват и друга, неикономическа цел⁴⁸.

87. Ако се приеме тази линия на разсъждение обаче, биха възникнали две затруднения във връзка с настоящите главни производства. Едното е свързано с формулировката на третия преюдициален въпрос от Hoge Raad der Nederlanden, който се отнася единствено до целите на прозрачността на енергийния пазар и до нарушенията на конкуренцията, което не позволява на Съда да вземе под внимание изложените от нидерландското правителство неикономически цели, а именно закрилата на клиентите, гарантирането на сигурността на доставките и интересът мрежовите оператори да се съсредоточат над тази задача.

44 — Решение от 10 юли 1984 г. по дело Campus Oil и др. (72/83, Recueil, стр. 2727, точки 35 и 36), Решение от 17 март 2005 г. по дело Kranemann (C-109/04, Recueil, стр. I-2421, точка 34), както и Решение от 15 април 2010 г. по дело CIBA (C-96/08, Сборник, стр. I-2911, точка 48).

45 — Вж. по този въпрос обяснителния меморандум към Предложението за директива (COM(2007)528 окончателен, стр. 5).

46 — Становището на Essent NV и Essent Nederland BV възпроизвежда мотивите, изложени от нидерландския законодател на различни етапи от процеса.

47 — Относно опит за рационализиране на това коригиране вж. *Snell J., Economic Aims as Justification for Restrictions on Free Movement, in: Rule of reason: rethinking another classic of European legal doctrine*, éd. Schrauwen, A., Groningen, Europa Law Publishing, 2005.

48 — Решение по дело Campus Oil и др., посочено по-горе.

88. Другото се дължи на това, че връзката на забраната на групите от дружества и забраната за извършване на други дейности с обществената сигурност и закрилата на потребителя не се откроява ясно нито от гледна точка на адекватността на тези мерки, нито на тяхната пропорционалност за постигането на тези цели⁴⁹, както правилно подчертават дружествата. Всъщност още забраната за приватизация според мен отговаря в достатъчна степен на изискванията, извеждани от грижата за защита на обществената сигурност, тъй като изключва по-специално управлението на електроразпределителните мрежи от контролирани от трети държави дружества. За сметка на това изискванията вследствие на грижата за закрила на потребителите би трябвало да са обект на особено внимание, дори законодателят да допуска запазването на вертикално интегрираните дружества.

89. Втората линия на разсъждение се основава на идеята, че причината, поради която мерките от правото на Съюза не подлежат на толкова стриктен контрол по отношение на свободите на движение, на какъвто подлежат чисто националните мерки, е че това, което Съдът има предвид, като разграничава съображенията, годни да обосноват определена ограничителна мярка от останалите съображения, е не толкова самò по себе си икономическото естество на преследваната цел, колкото имплицитно протекционистичната цел на тази изрична обосновка⁵⁰. В този смисъл статичната класификация на използваната от законодателя формулировка за конкретна публична политика има по-малко значение от нейното динамично предназначение с оглед на системата и целите на Договора.

90. Този анализ се потвърждава, след като се проучат мерките, разгледани по някои дела, в които Съдът отхвърля обосновката на определено ограничение на свободата на установяване или на свободното движение на капитали, поради това че това ограничение е от чисто икономическо естество.

91. Например по делото Комисия/Португалия (C-367/98), посочено по-горе,⁵¹ Съдът не приема, че разглежданият национален режим, който е насочен към ограничаване на броя на инвеститорите — граждани на друга държава, и към въвеждане на предварително одобрение от Република Португалия за придобиването на дялове в капитала над определен праг, е обоснован поради укрепването на конкурентната структура на разглеждания пазар, както и поради модернизацията и оптимизирането на ефективността на средствата за производство, тъй като тези доводи са с икономически характер. Според мен имплицитните мотиви на това съдебно решение се крият в подозрението за наличие на протекционистични съображения при упражняване на правото на преценка, запазено за националния орган, който отговаря за издаването на подобно разрешение.

92. Впрочем отдаването на водещо значение на риска от прикриването на евентуална протекционистична цел с привидни съображения може на още по-силно основание да бъде открито в практиката на Съда, която не е свързана с обосновки по икономически съображения. В този смисъл в неотдавнашното дело Комисия/Гърция⁵² Съдът отхвърля обосновката на мярка, изразяваща се в необходимостта от издаване на предварително разрешение за придобиването на акции в стратегически дружества поради правото на свободна преценка на националните органи при упражняването на тази възможност, въпреки наличието на съображение, свързано с обществената сигурност, годно да обоснове подобна уредба, отнасяща се до сигурността на снабдяването с енергия. С други думи, целта на контролираната национална уредба има предимство пред неговата икономическа квалификация.

49 — Доколкото Съдът счита, че изключението, свързано с обществената сигурност по настоящия член 65, параграф 1 ДФЕС, трябва да се тълкуват стриктно и да обхваща единствено случаите на реална и достатъчно сериозна заплаха, засягаща основен обществен интерес — вж. Решение от 13 май 2003 г. по дело Комисия/Испания (C-463/00, *Rescuil*, стр. I-4581, точка 72) и Решение по дело Комисия/Португалия (C-171/08, посочено по-горе, точка 73).

50 — Както твърди Комисията в заседанието.

51 — Решение по дело C-367/98 (точка 52).

52 — Посочено по-горе (точка 79).

93. Делото Комисия/Италия⁵³ също се отнася за закон за приватизацията, който въвежда като преходна мярка с оглед на пълното либерализиране на енергийния сектор лишаването от право на глас на всички акции над консолидирания праг от 2 %. Италианската република се опитва да обоснове тази мярка със запазването на стабилни и лоялни условия за конкуренция на енергийните пазари, но Съдът отхвърля тази цел. В последния случай според мен отново не толкова икономическото естество на мярката е пречка Съдът да допусне същата, колкото обстоятелството, че тя допринася за запазване на статуквото, тоест в случая на контрола от страна на кръга от публични органи в Италия над дружествата, които са в процес на приватизация — което е протекционистична по същността си цел.

94. Също във връзка със съдебната практика относно „златната акция“ не толкова икономическото естество на предлаганата обосновка, колкото прекомерното право, което си запазва правителството, води до публичноправен протекционизъм, което според мен обосновава обстоятелството, че Съдът систематично приема подобни разпоредби за несъвместими със свободното движение на капитали и със свободата на установяване⁵⁴.

95. Цел, която поначало е несъвместима с класическата практика на Съда, би могла, напротив, да се приеме за съвместима с Договора след проверка относно предназначението в рамките на обновен подход към икономическите съображения. Той би предполагал например да се направи разграничение между, от една страна, икономическите съображения, които по един или друг начин водят до защита на икономическите интереси на държавите членки, и от друга страна, икономическите съображения, които водят до организирането на сектора в съответствие с икономическите цели на Договора.

96. В настоящите дела в рамките на изходното положение в Нидерландия, а именно че мрежовите оператори, подобно на вертикално интегрираните енергийни дружества, са собственост на публичноправни субекти, според мен забраната на групите от дружества или на извършването на други дейности не благоприятстват пряко или непряко националните оператори. Напротив, тъй като Essent NV е принудено да се преобразува чрез отделяне, преди да може да бъде приватизирано, това дружество твърди, че поради наложеното му задължение да прехвърли свои дялови участия в оператора на разпределителна мрежа Enexis Holding NV, е било поставено в неблагоприятно конкурентно положение спрямо конкурентите от други държави членки, в които моделът на вертикално интегриране продължава да се ползва с одобрение. В резултат на това изглежда се оказва, че забраната на групите от дружества не преследва протекционистична цел за разлика от мерките, за които по посочените по-горе дела е прието, че са несъвместими със свободите на движение.

97. Впрочем забраната на групите от дружества или забраната за извършване на други дейности изобщо не преследват протекционистична цел в полза на публичните органи, за които действително е запазена собствеността на мрежовите оператори, но за които същевременно е изключена възможността да придобиват право на собственост върху енергийните дружества, при положение че са оператори на мрежи.

53 — Решение от 2 юни 2005 г. (C-174/04, Recueil, стр. I-4933, точка 37).

54 — Вж. по-специално Решение от 8 юли 2010 г. по дело Комисия/Португалия (C-171/08, посочено по-горе), в което предмет на разглеждане са акции, предоставящи специални права (право на вето), чийто мажоритарен собственик задължително трябва да бъде държавата или други публични акционери.

98. Третата линия на разсъждение се изразява в признаването на ново основание за обосновката на ограничаването на свободите на движение, изведено от разпоредбата на Договора, съгласно която вътрешният пазар винаги включва система, която гарантира, че конкуренцията не е нарушена. Посочената разпоредба, която се съдържа още в член 3, буква е) от първоначалния Договор за ЕИО, в момента се намира в Протокол 27 към Договора за функционирането на ЕС⁵⁵.

99. Поради това националната правна уредба, която си поставя за цел да замени на регионално и дори на местно равнище заварените монополи на вертикално интегрираните енергийни дружества със структура, която разделяйки собствеността върху операторите на разпределителни мрежи от собствеността в субектите, осъществяващи услуги по тяхната експлоатация, позволява изграждането на конкурентен пазар за търговия, доставка и производство на енергия, действително представлява мярка, която е годна да гарантира, че конкуренцията не е нарушена.

100. Смятам, че ограниченията на свободата на действие както на оператора на разпределителна мрежа, така и на енергийните дружества могат да гарантират недискриминационен достъп до енергийния пазар и да осигурят липсата на нарушаване на конкуренцията във връзка с търговията, доставката и производството на енергия. По мое мнение тази цел трябва да се счита за важна обосновка от обществен интерес на недискриминационните национални ограничения, които се оказват необходими, за да се създаде възможност за либерализирането на характеризиращ се с естествен монопол пазар. Няма голямо значение дали тази обосновка ще бъде квалифицирана като не чисто икономическа или непротекционистична.

101. По-конкретно забраната на групи от дружества укрепва разделянето между, от една страна, доставката и производството, и от друга страна, разпределението на енергия, което съгласно съображение 11 от Директиви 2009/72 и 2009/73 е най-ефективният инструмент, чрез който да се стимулират по недискриминационен начин инвестициите в инфраструктура, равнопоставения достъп на нови участници до мрежата и прозрачността на пазара.

102. Забраната за извършване на други дейности, от своя страна, същевременно изолира останалите сектори от ресурсите, натрупани в рамките на определена дейност с характер на естествен монопол — както например управлението на отпадъците при „spill over“ — и същевременно защитава управлението на мрежите от рисковете, произтичащи от несвързаните с него дейности. От това следва, че подобна забрана е в състояние да гарантира, че евентуалните излишъци от дейността, натрупани в рамките на управлението на мрежите, ще бъдат инвестирани в поддръжката и подобряването ѝ, а не във външни дейности.

103. Що се отнася до пропорционалността, в рамките на принципното решение, прието от националния законодател, а именно структурното отделяне на управлението на разпределителните мрежи от търговията, доставката и производството на електроенергия и газ, тази забрана не надхвърля необходимото за постигане на целите за прозрачност на енергийния пазар и за предотвратяване на нарушенията на конкуренцията.

104. Вследствие на това предлагам на Съда да отговори на третия преюдициален въпрос в смисъл, че разглежданите национални режими — например забраната на групите от дружества, приложима както за операторите на енергийноразпределителни мрежи, така и за юридическите лица, осъществяващи търговия, доставки или производство на електроенергия или газ в Нидерландия, и забраната за извършване на други дейности, приложима за операторите на разпределителни мрежи — могат да се считат за обосновани ограничения на свободното

55 — Относно съдебната практика по член 3, буква е) от Договора за ЕИО вж. Решение от 10 януари 1985 г. по дело *Association des Centres distributeurs Leclerc и Thouars Distribution* (229/83, Recueil, стр. 1, точка 20 и сл.).

движение на капитали, тъй като са в състояние да гарантират, че конкуренцията няма да бъде нарушена, когато оператор на разпределителни мрежи се възползва от монополното си положение във връзка с търговията, доставката или производството или в други, несвързани с управлението на мрежата сектори.

V – Заключение

105. С оглед на изложените по-горе съображения предлагам на Съда да отговори на поставените от Hoge Raad der Nederlanden преюдициални въпроси по следния начин:

- 1) Установен в държава членка режим като разглеждания в главните производства, по силата на който акциите от капитала на оператори на разпределителни мрежи могат да се прехвърлят само на публичноправни субекти и на някои дружества, чийто капитал е 100 % собственост на публични органи (т.е. налице е забрана за приватизация), представлява режим на собственост върху имущество по смисъла на член 345 ДФЕС и на това основание е съвместим с правото на Европейския съюз.
- 2) Макар забраната за приватизация на операторите на разпределителни мрежи или системи като разглежданата в главните производства да представлява съвместим с правото на Съюза режим на собственост върху имущество по смисъла на член 345 ДФЕС, други национални режими, например забраната на групи от дружества, които включват както операторите на енергийни разпределителни, така и юридически лица, осъществяващи търговия, доставка или производство на електроенергия или газ в Нидерландия, и забраната за извършване на други дейности, приложима за операторите на разпределителни мрежи, попадат в приложното поле на свободното движение на капитали, с оглед на което следва да се провери тяхната съвместимост.
- 3) Разглежданите национални режими — например забраната на групите от дружества, приложима както за операторите на енергийно разпределителни мрежи, така и за юридическите лица, осъществяващи търговия, доставки или производство на електроенергия или газ в Нидерландия, и забраната за извършване на други дейности, приложима за операторите на разпределителни мрежи, могат да се считат за обосновани ограничения на свободното движение на капитали, тъй като са в състояние да гарантират, че конкуренцията няма да бъде нарушена, когато оператор на разпределителни мрежи се възползва от монополното си положение във връзка с търговията, доставката или производството или в други, несвързани с управлението на мрежата сектори.