



Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
NIILA JÄÄSKINENA
přednesené dne 16. dubna 2013¹

Spojené věci C-105/12 až C-107/12,

**Staat der Nederlanden
proti
Essent NV a Essent Nederland BV (C-105/12),
Eneco Holding NV (C-106/12),
Delta NV (C-107/12)**

[žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce podané Hoge Raad der Nederlanden (Nizozemsko)]

„Provozovatelé energetických distribučních soustav — Absolutní zákaz privatizace —
Úprava vlastnictví — Zákaz vytvářet skupiny zahrnující zároveň provozovatele energetických
distribučních soustav i společnosti prodávající, dodávající či vyrábějící energii — Zákaz vedlejších
činností uložený provozovatelům energetických distribučních soustav — Volný pohyb kapitálu —
Omezení — Odůvodnění — Proporcionalita — Takzvané ‚čistě hospodářské‘ odůvodnění —
Nenarušená hospodářská soutěž“

I – Úvod

1. Hoge Raad der Nederlanden (Nejvyšší soud Nizozemska) žádá Soudní dvůr o výklad článků 63 SFEU a 345 SFEU v rámci sporů mezi Staat der Nederlanden a společnostmi Essent NV a Essent Nederland BV (věc C-105/12), jakož i společností Eneco Holding NV (věc C-106/12) a společností Delta NV (věc C-107/12) (dále společně jen „společnosti“), tedy různými společnostmi působícími v oblasti distribuce elektřiny a plynu v Nizozemsku, ve věci několika ustanovení holandských právních předpisů vztahujících se na toto odvětví.

2. V rámci těchto tří věcí, které Soudní dvůr spojil, položil Hoge Raad der Nederlanden tři předběžné otázky:

- první otázka se týká „zákazu privatizace“ stanoveného nizozemskými právními předpisy, který brání tomu, aby se provozovatelé elektrických a plynových distribučních soustav² dostali do vlastnictví soukromých osob, z hlediska článku 345 SFEU;
- druhá otázka se týká posouzení dalších dvou zákazů stanovených nizozemskými právními předpisy, které brání tomu, aby provozovatelé takových distribučních soustav byli propojeni s podniky, které v Nizozemsku vyrábějí, dodávají nebo prodávají elektřinu či plyn (dále jen „energetické

¹ — Původní jazyk: francouzština.

² — V tomto stanovisku výrazy „soustava“ a „provozovatel soustavy“ odkazují vždy na elektrické a plynové distribuční soustavy v Nizozemsku. V případě, že se jedná o přenosovou soustavu, je to výslovně uvedeno.

společnosti“) (dále jen „zákaz skupiny“), nebo aby se věnovali činností nesouvisejícím s provozováním soustavy (dále jen „zákaz vedlejších činností“), z hlediska volného pohybu kapitálu, a

— třetí otázka se týká existence „naléhavých důvodů obecného zájmu“ jakožto odůvodnění omezení volného pohybu kapitálu v rozsahu, v němž zákaz skupiny a zákaz vedlejších činností uvedené v druhé otázce představují toto omezení.

3. V projednávaných věcech se má tedy Soudní dvůr znovu vyjádřit k výkladu Smlouvy o FEU, a zejména ke vztahu mezi články 345 SFEU a 63 SFEU, v souvislosti s opatřeními k liberalizaci strategického hospodářského odvětví. Projednávané věci se nicméně vyznačují určitými zvláštnostmi v porovnání s věcmi, v nichž byla vydána judikatura týkající se „golden shares“. Zaprvé nejde o částečnou privatizaci, nýbrž o zákaz privatizace, který se projevuje jasným oddělením vlastnictví provozovatelů distribuční soustavy, které funguje v „uzavřeném okruhu“ veřejnoprávních subjektů, a vlastnictví podniků vyrábějících, dodávajících nebo prodávajících elektřinu nebo plyn, které lze převést na soukromé osoby. Zadruhé dotčené zákazy nespočívají v mechanismu, který se odchyluje od soukromého práva a zvýhodňuje veřejnoprávní subjekty. Konečně, sporná ustanovení nizozemského práva nejsou pouze výsledkem spontánního kroku na vnitrostátní úrovni, ale jsou zasazena do politiky liberalizace zahájené Evropskou unií, která se projevila přijetím směrnic ukládajících oddělení provozovatelů energetických přenosových a distribučních soustav od uživatelů těchto soustav.

4. V této souvislosti je třeba rovnou upřesnit, že obě směrnice druhého energetického balíčku z roku 2003, tj. směrnice 2003/54/ES³ a 2003/55/ES⁴, a obě směrnice třetího energetického balíčku z roku 2009, tj. směrnice 2009/72/ES⁵ a 2009/73/ES⁶, které nejsou předmětem žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce, jsou přesto důležité. Vymezují totiž stupeň liberalizace, o který usiloval zákonodárce Společenství mezi roky 2003 a 2009 a společnosti o něm tvrdí, že členské státy jej nemohou překročit, aniž by porušily pravidla unijního práva o základních svobodách. Tyto směrnice kromě toho obsahují definice relevantní pro projednávané věci.

II – Právní rámec

A – Unijní právo

1. Smlouva o FEU

5. Podle čl. 63 odst. 1 ES jsou zakázána všechna omezení pohybu kapitálu mezi členskými státy a mezi členskými státy a třetími zeměmi.

6. Článek 345 SFEU stanoví, že Smlouvy se nijak nedotýkají úpravy vlastnictví uplatňované v členských státech.

3 — Směrnice Evropského parlamentu a Rady ze dne 26. června 2003 o společných pravidlech pro vnitřní trh s elektřinou a o zrušení směrnice 96/92/ES (Úř. věst. L 176, s. 37; Zvl. vyd. 12/02, s. 211).

4 — Směrnice Evropského parlamentu a Rady ze dne 26. června 2003 o společných pravidlech pro vnitřní trh se zemním plynem a o zrušení směrnice 98/30/ES (Úř. věst. L 176, s. 57; Zvl. vyd. 12/02, s. 230).

5 — Směrnice Evropského parlamentu a Rady ze dne 13. července 2009 o společných pravidlech pro vnitřní trh s elektřinou a o zrušení směrnice 2003/54/ES (Úř. věst. L 211, s. 55).

6 — Směrnice Evropského parlamentu a Rady ze dne 13. července 2009 o společných pravidlech pro vnitřní trh se zemním plynem a o zrušení směrnice 2003/55/ES (Úř. věst. L 211, s. 94).

2. Směrnice 2003/54 a 2003/55

7. Směrnice 2003/54 o elektřině a směrnice 2003/55 o plynu jsou součástí druhého energetického balíčku přijatého za účelem liberalizace odvětví energetiky. Pravidla týkající se elektřiny jsou v podstatě totožná s pravidly týkajícími se plynu. S cílem vyhnout se opakování uvedu pouze ustanovení týkající se elektřiny.

8. Body 6 až 8 a bod 10 odůvodnění směrnice 2003/40 uvádějí:

- „(6) Aby fungovala hospodářská soutěž, musí být přístup k soustavě nediskriminační, průhledný a za spravedlivé ceny.
- (7) Pro dotvoření vnitřního trhu s elektřinou má prvořadý význam nediskriminační přístup k soustavě provozovatele přenosové nebo distribuční soustavy. Provozovatel přenosové nebo distribuční soustavy se může skládat z jednoho nebo více podniků.
- (8) Aby se zajistil účinný a nediskriminační přístup k soustavě, je vhodné provozovat distribuční a přenosové soustavy prostřednictvím právně samostatných subjektů, v nichž existují vertikálně integrované podniky [je v případě existence vertikálně integrovaných podniků vhodné provozovat distribuční a přenosové soustavy prostřednictvím právně samostatných subjektů].
[...]

Je nezbytné, aby nezávislost provozovatelů přenosové a distribuční soustavy byla zaručena zejména v souvislosti se zájmy výroby a nabídky. Proto musí být mezi provozovateli přenosové a distribuční soustavy a veškerými výrobními či dodavatelskými podniky zřízeny nezávislé správní struktury.

Je však důležité rozlišovat mezi takovým právním oddělením a mezi oddělením, pokud jde o vlastnické poměry. Z právního oddělení nevyplývá změna vlastnictví aktiv a nic nebrání použití podobných nebo stejných podmínek zaměstnání v celém řetězci vertikálně integrovaných podniků. Mělo by však být zajištěno nediskriminační rozhodování prostřednictvím organizačních opatření týkajících se nezávislosti osob odpovědných za rozhodování.

[...]

- (10) Ač se tato směrnice nezabývá otázkami vlastnictví, je třeba připomenout, že v případě přenosového nebo distribučního podniku, který je svou právní formou oddělen od výrobních nebo dodavatelských podniků, mohou být určenými provozovateli soustav tytéž podniky, které vlastní infrastrukturu.“

9. Z článku 2 bodu 3 a 5 směrnice 2003/54 vyplývá, že „přenosem“ se rozumí přeprava elektřiny propojenou přenosovou soustavou velmi vysokého napětí a vysokého napětí s cílem dodávat elektřinu konečným spotřebitelům nebo distribučním podnikům, avšak s vyloučením dodávek samotných, zatímco „distribucí“ se rozumí přenos elektřiny distribuční soustavou vysokého, středního a nízkého napětí s cílem dodávat ji zákazníkům, avšak s vyloučením dodávek samotných.

10. Článek 15 odst. 1 směrnice 2003/54, nadepsaný „Právní oddělení provozovatelů distribuční soustavy“, stanoví:

„Je-li provozovatel distribuční soustavy součástí vertikálně integrovaného podniku, musí být nezávislý, přinejmenším pokud jde o právní formu, organizaci a rozhodování, na ostatních činnostech, které nesouvisejí s distribucí. Tento požadavek nepředstavuje povinnost oddělit vlastnictví majetku provozovatele distribuční soustavy od vertikálně integrovaného podniku.“

11. Článek 15 odst. 2 uvedené směrnice stanoví další povinnosti týkající se vertikálně integrovaných podniků. Konkrétně, osoby odpovědné za řízení provozovatele distribuční soustavy musí zaručovat nezávislost vůči strukturám pověřeným provozem spojeným s výrobou, přenosem nebo dodávkami elektřiny a provozovatel soustavy musí mít účinná rozhodovací práva a musí přijmout program shody za účelem vyloučení diskriminačního chování.

3. Směrnice 2009/72 a 2009/73

12. S ohledem na nedostatečnost oddělení dosaženého na základě předchozích směrnic a za účelem pokračování v liberalizaci tohoto odvětví přijal unijní zákonodárce v rámci třetího energetického balíčku směrnice 2009/72 a 2009/73 o společných pravidlech pro vnitřní trh s elektřinou a zemním plynem. *Ratione temporis* nejsou tyto směrnice ve věcech v původních řízeních relevantní, avšak účastníci řízení na ně ve svých vyjádřeních odkazují.

13. Podle bodu 11 odůvodnění směrnice 2009/72, „[ú]činné oddělení je možné zajistit [pouze] odstraněním podnětu pro vertikálně integrované podniky, na jehož základě by tyto společnosti mohly diskriminovat konkurenci, pokud jde o přístup k sítím a investice. Oddělení vlastnictví, které vyžaduje, aby byl vlastník sítě určen jako provozovatel soustavy a aby byl nezávislý na veškerých zájmech v oblasti dodávek a výroby, je jednoznačně účinným a stabilním způsobem, jak vyřešit nevyhnutelný střet zájmů a zajistit bezpečnost dodávek. Z uvedeného důvodu Evropský parlament ve svém usnesení ze dne 10. července 2007 o perspektivách vnitřního trhu se zemním plynem a elektřinou [7] označil oddělení vlastnictví na úrovni přenosových soustav za nejúčinnější nástroj nediskriminační podpory investic do infrastruktury, spravedlivého přístupu k síti pro nové účastníky a transparentnosti trhu. V rámci oddělení vlastnictví by členské státy tedy měly mít povinnost zajistit, aby tatáž osoba nebo tytéž osoby nebyly oprávněny vykonávat kontrolu nad výrobním nebo dodavatelským podnikem a zároveň vykonávat kontrolu nad provozovatelem přenosové soustavy nebo nad přenosovou soustavou nebo uplatňovat ve vztahu k nim jakékoli právo. Kontrola nad přenosovou soustavou nebo provozovatelem přenosové soustavy by naopak měla vylučovat možnost vykonávat kontrolu nad výrobním nebo dodavatelským podnikem [nebo] uplatňovat ve vztahu k němu právo. V rámci těchto omezení by měly mít výrobní nebo dodavatelské podniky možnost vlastnit menšinový podíl v provozovateli přenosové soustavy nebo v přenosové soustavě“.

B – Nizozemské právo

14. Ustanovení vnitrostátního práva relevantní ve věcech v původních řízeních jsou obsažena v zákoně o pravidlech pro výrobu, přenos a dodávku elektřiny (*Wet houdende regels met betrekking tot de productie, het transport en de levering van elektriciteit*) ze dne 2. července 1998⁸ a v zákoně o pravidlech pro přenos a dodávku plynu (*Wet houdende regels omtrent het transport en de levering van gas*) ze dne 22. června 2000⁹, ve znění změn zejména z roku 2004 a 2006 (dále jen „*Elektriciteitswet 1998*“ a „*Gaswet*“).

15. Tyto zákony byly změněny nejprve intervenčním a prováděcím zákonem (*Interventie- en Implementatiewet*) ze dne 1. července 2004¹⁰, zejména za účelem provedení směrnic druhého energetického balíčku.

7 — Úř. věst. 2008, C 175 E, s. 206.

8 — Stb. 1998, č. 427.

9 — Stb. 2000, č. 305.

10 — Stb. 2004, č. 328.

16. Poté byly změněny zákonem o nezávislé správě soustavy (Wet onafhankelijk netbeheer) ze dne 23 listopadu 2006¹¹ (dále jen „zákon Won“). Uvedený zákon zavedl pro provozovatele soustavy přísnější povinnosti, mezi nimi výše zmíněné zákazy privatizace, skupiny a vedlejších činností. Předmětem sporu mezi účastníky řízení u vnitrostátního soudu jsou zejména změny provedené v Elektriciteitswet 1998 a Gaswet prostřednictvím zákona Won.

17. Na základě těchto předpisů relevantních v projednávaných věcech platí v Nizozemsku následující zákazy.

1. Zákaz privatizace

18. Vyhláška o akcích provozovatelů soustavy (Besluit aandelen netbeheerders) ze dne 9. února 2008¹², stanoví, ve spojení s článkem 93 Elektriciteitswet 1998 a článkem 85 Gaswet, režim vlastnictví vztahující se na provozovatele soustavy.

19. Akcie společností určených jako provozovatelé soustav a kontrola nad soustavami musí být plně v rukou akcionářů, kteří patří do „veřejné sféry“. Podle vyhlášky o akcích provozovatelů soustavy mohou být či stát se majiteli akcií provozovatele soustavy pouze veřejnoprávní subjekty, jako jsou obce, provincie či stát, anebo právnické osoby, které jsou přímo či nepřímo zcela vlastněny orgány; mezi tyto právnické osoby patří i společnosti Essent NV¹³, Eneco Holding NV a Delta NV.

20. Podle vyhlášky o akcích provozovatelů soustavy tedy ministr hospodářství musí odmítnout povolení jakékoliv změny týkající se vlastnictví soustavy nebo akcií provozovatele soustavy, pokud převod může vést k tomu, že se akcie dostanou do rukou osob, které nepatří do veřejné sféry.

2. Zákaz skupiny

21. Zákaz skupiny vyplývá z čl. 10b odst. 1 Elektriciteitswet 1998 a z čl. 2c odst. 1 Gaswet.

22. Na základě těchto ustanovení provozovatel soustavy nesmí být součástí skupiny ve smyslu článku 2:24b nizozemského občanského zákoníku (Burgerlijk Wetboek), ke které patří rovněž energetická společnost, tj. právnická osoba, která v Nizozemsku vyrábí, dodává nebo prodává elektřinu či plyn. V návaznosti na to zákaz skupiny brání i tomu, aby provozovatel soustavy vlastnil podíl nebo měl účast v energetické společnosti nebo jakékoliv jiné entitě skupiny, ke které patří energetická společnost. A opačně, energetická společnost nesmí vlastnit podíl nebo mít účast v provozovateli soustavy nebo v entitě, která je členem skupiny, ke které patří provozovatel soustavy.

23. Na základě uvedeného zákazu musí být vertikálně integrované podniky působící v odvětví energetiky rozděleny na část pověřenou provozováním soustavy a část pověřenou výrobou, dodávkami a prodejem energie, jinak řečeno na jednoho nebo více provozovatelů soustavy a jednu nebo více energetických společností. Provozovatel soustavy a společnosti skupiny, které jsou s ním propojeny, totiž nemohou patřit ke skupině, jejíž součástí jsou rovněž energetické společnosti. Povinnost rozdělit se označuje předkládající soud jako „povinnost rozdělení“.

11 — Stb. 2006, č. 614.

12 — Stb. 2008, č. 62.

13 — Viz bod 27 tohoto stanoviska.

3. Zákaz vedlejších činností

24. Zákaz vedlejších činností je stanoven v čl. 17 odst. 2 až 4 Elektriciteitswet 1998 a v čl. 10b odst. 2 až 4 Gaswet¹⁴. Skládá se ze tří součástí.

25. Provozovatel soustavy a společnosti skupiny, které jsou s ním propojeny, především nesmí vykonávat operace nebo činnosti, které mohou být v rozporu se zájmem na provozování soustavy. Na základě tohoto zákazu dále nesmí podnik skupiny provozovat činnost, která nemá úzkou souvislost se základními úlohami infrastruktury. Konečně, zákaz vedlejších činností brání rovněž tomu, aby provozovatel soustavy poskytl ve prospěch činností síťového podniku finanční záruky nebo aby ručil za dluhy jiných součástí provozovatele distribuční soustavy.

III – Spory v původních řízeních, předběžné otázky a řízení před Soudním dvorem

A – Skutkový rámec

26. Z vyjádření nizozemské vlády vyplývá, že při nabytí účinnosti zákona Won v roce 2006 působily na nizozemském trhu s energií tři typy podniků. V případě prvního typu šlo o podniky, které působily pouze v oblasti výroby, dodávek nebo prodeje elektřiny či plynu. Druhý typ zahrnoval vertikálně integrované podniky působící jak v oblasti výroby, dodávek nebo prodeje elektřiny či plynu, tak ve správě a provozování elektrických a plynových soustav pro distribuci elektřiny a plynu. Třetí typ podniků působil především v oblasti správy a provozování elektrických a plynových soustav a neprovozoval činnost v oblasti výroby, dodávek nebo prodeje elektřiny či plynu. Společnosti žalující v původních řízeních byly nejvýznamnějšími vertikálně integrovanými energetickými podniky na nizozemském trhu. Patřily tedy ke druhému typu podniků.

27. Essent působí na energetických trzích v Nizozemsku, Belgii a dalších státech. Pro společnost Essent zákaz skupiny znamená, že Essent NV se rozdělila na dvě společnosti, a vznikl tak síťový podnik Enexis Holding NV, který je v souladu se zákazem privatizace v 100% vlastnictví veřejných akcionářů, a podnik zabývající se prodejem, dodávkami a výrobou elektřiny a plynu, Essent NV. Povinnost rozdělení znamenala pro společnost Essent značné náklady, takže vnitrostátní soud dospěl k závěru, že v rámci sporu v původním řízení má právní zájem na podání žaloby. Od svého převzetí německou skupinou RWE, specializovanou na energetiku, je společnost Essent NV plně vlastněna společností RWE Benelux Holding BV, dceřinou společností skupiny RWE AG.

28. Eneco Holding NV je podnik, jehož činnost, prostřednictvím jeho dceřiných společností, spočívá ve výrobě, nákupu, prodeji, přepravě a dodávkách elektřiny a plynu, zejména uživatelům energie. Kapitál společnosti Eneco Holding NV vlastní 60 obcí. Její dodavatelská činnost pokrývá celou zemi, zatímco její síťový podnik pokrývá oblast zahrnující šest nizozemských provincií.

29. Společnost Delta NV rovněž působí na trzích výroby, přepravy, prodeje a dodávek elektřiny. Zároveň distribuuje a dodává zemní plyn. Delta NV je kromě toho činná na dalších trzích. Energetické soustavy hrají významnou roli v její víceúčelové strategii, která zahrnuje většinovou účast v belgickém podniku specializovaném na zpracování odpadů. Hodnota, kterou představují tyto soustavy, posiluje finanční základnu společnosti Delta NV. Jejím hlavním akcionářem je provincie Zeeland a zbývající akcie vlastní nizozemské obce.

¹⁴ — Tato poznámka pod čarou se netýká českého znění stanoviska.

30. Společnosti musely být – vzhledem k existenci elektrické nebo plynové soustavy – vlastněny přímo či nepřímo výlučně (veřejnými) akcionáři patřícími do veřejné sféry. Těmto podnikům a jejich akcionářům bylo zakázáno prodat soustavu nebo provozovatele soustavy, jako celek nebo částečně, soukromým investorům. Jak jsem již uvedl, společnost Essent NV byla od té doby rozdělena na provozovatele soustavy a energetickou společnost, přičemž obě zbývající společnosti zůstaly vertikálně integrovanými podniky.

B – Vnitrostátní řízení

31. Společnosti podaly k Rechtbank Den Haag tři samostatné žaloby, kterými se domáhaly určení, že zákaz skupiny a zákaz vedlejších činností jsou v rozporu se základními svobodami zakotvenými články 49 SFEU a 63 SFEU, a jsou tedy neúčinné. Rechtbank Den Haag uvedené žaloby zamítl.

32. Společnosti podaly proti těmto rozhodnutím odvolání ke Gerechthshof Den Haag. Ten rozhodnutí Rechtbank Den Haag zrušil z důvodu, že napadená ustanovení jsou v rozporu s článkem 63 SFEU, a tedy neúčinná.

33. Staat der Nederlanden poté podal proti rozsudkům Gerechthshof Den Haag kasační opravný prostředek a poukázal na to, že unijní právo napadeným ustanovením nebrání.

34. V rámci uvedeného řízení Hoge Raad der Nederlanden třemi rozhodnutími ze dne 24. února 2012 rozhodl o přerušení řízení a o tom, že ve třech dotčených věcech položí Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

- „1) Musí být článek 345 SFEU vykládán v tom smyslu, že pod pojem ‚úprava vlastnictví uplatňovaná v členských státech‘ spadá rovněž úprava absolutního zákazu privatizace ve smyslu vyhlášky o akcích provozovatelů soustavy ve spojení s článkem 93 [Elektriciteitswet 1998] a článkem 85 [Gaswet], dotčená v projednávaném případě, podle které mohou být podíly v provozovateli soustavy převáděny výlučně v rámci veřejné sféry?
- 2) V případě kladné odpovědi na první otázku, má toto za důsledek, že pravidla týkající se volného pohybu kapitálu nejsou použitelná na zákaz skupiny a na zákaz vedlejších činností¹⁵, nebo přinejmenším, že zákaz skupiny a zákaz vedlejších činností nemají být zkoumány s ohledem na pravidla týkající se volného pohybu kapitálu?
- 3) Jsou cíle, z nichž vychází rovněž zákon Won a které směřují k tomu, aby se prostřednictvím boje proti křížovým dotacím v širokém smyslu (včetně výměny strategických informací) zajistila transparentnost na trhu s energií a zabránilo narušením hospodářské soutěže, čistě hospodářskými zájmy, anebo mohou být považovány rovněž za zájmy, které nemají hospodářskou povahu v tom smyslu, že mohou za určitých okolností představovat, jakožto naléhavé důvody obecného zájmu, odůvodnění omezení volného pohybu kapitálu?“

C – Řízení před Soudním dvorem

35. Usnesením ze dne 26. března 2012 rozhodl předseda Soudního dvora o spojení věcí C-105/12, C-106/12 a C-107/12.

36. Písemná vyjádření předložily Soudnímu dvoru dotčené společnosti, nizozemská, česká a polská vláda, jakož i Evropská komise, které byly s výjimkou České republiky a Polské republiky rovněž zastoupeny na jednání, které se konalo dne 14. ledna 2013.

15 — Tato poznámka pod čarou se netýká českého znění stanoviska.

IV – Analýza

A – K první předběžné otázce týkající se zákazu privatizace s ohledem na článek 345 SFEU

37. Svou první předběžnou otázkou se předkládající soud táže, zda článek 345 SFEU musí být vykládán v tom smyslu, že pod pojem „úprava vlastnictví uplatňovaná v členských státech“ spadá rovněž úprava absolutního zákazu privatizace dotčená v projednávaném případě, podle které mohou být podíly v provozovateli soustavy převáděny výlučně v rámci veřejné sféry.

38. Na úvod konstatuji, že zákaz privatizace stanovený nizozemskými právními předpisy znamená, že vlastníky soustav, ať již přímo či nepřímo, mohou být pouze „orgány“ ve smyslu výše uvedené vyhlášky o akcích provozovatelů soustavy¹⁶.

39. Nicméně majetek související s provozováním soustavy, stejně jako přímé či nepřímé podíly nebo účast na soustavě, nejsou *res extra commercium*, neboť se jedná o úplně běžná vlastnická práva upravená soukromým právem, která mohou být prodána, koupena a použita mimo jiné k zajištění pohledávky. K převodu podílů však může dojít pouze v rámci zvláštní kategorie vlastníků, a to uvedených „orgánů“.

40. Hoge Raad der Nederlanden má s ohledem na vnitrostátní právní úpravu použitelnou *ratione temporis* za to, že se jedná o absolutní zákaz privatizace. Souhlasím s tím. Na rozdíl od toho, co tvrdí společnosti, skutečnost, že obsah tohoto omezení je konkretizován pouze v aktu správní povahy, nemá na tento závěr vliv.

41. Jak již připomněl generální advokát Ruiz-Jarabo Colomer, článek 345 SFEU je jediným ustanovením Smluv, které je přímo inspirováno Schumanovou deklarací ze dne 9. května 1950, a původně bylo stanoveno v článku 83 Smlouvy o ESUO¹⁷. Jeho původním cílem bylo zajistit, aby vytvoření nového společenství nezasahovalo do tehdy choulostivé politické otázky týkající se právní a sociální povahy vlastnictví „dekartelizovaných“ německých dolů a podniků působících v odvětví oceli¹⁸. Článek 345 SFEU tak zakotvuje zásadu *neutrality* ve vztahu k vlastnictví, veřejnému nebo soukromému, „výrobních prostředků“ a podniků¹⁹.

42. Podle mne to zaprvé znamená, že jestliže tento systém není diskriminační nebo nepřiměřený, nelze důsledek inherentní zvolenému systému vlastnictví považovat za překážku spadající do oblasti působnosti zákazů stanovených Smlouvou. Zadruhé jiné omezující důsledky než ty, které vyplývají přímo a nevyhnutelně z režimu veřejného nebo soukromého vlastnictví, naopak podléhají základním svobodám podle Smluv²⁰.

16 — Je třeba upřesnit, že definice orgánu zahrnuje rovněž právnické osoby, které jsou 100% dceřinou společností energetické společnosti uvedené ve vyhlášce o akcích provozovatelů soustavy, včetně společností Essent NV (před jejím rozdělením), Eneco Holding NV a Delta NV. Tyto dceřiné společnosti mohou být zahraniční právnické osoby.

17 — Viz bod 45 spojeného stanoviska generálního advokáta Ruiz-Jarabo Colomera ve věcech, v nichž byly vydány rozsudky ze dne 4. června 2002, Komise v. Portugalsko (C-367/98, Recueil, s. I-4731); Komise v. Francie (C-483/99, Recueil, s. I-4781), a Komise v. Belgie (C-503/99, Recueil, s. I-4809).

18 — Delta NV odkazuje ve svém vyjádření na popis vzniku uvedeného ustanovení uvedený profesorem Reuterem, P., v jeho knize *La Communauté européenne du charbon et acier*, Paříž, 1953.

19 — Podle generálního advokáta Ruiz-Jarabo Colomera se článek 345 SFEU netýká úpravy vlastnictví ve smyslu občanskoprávní úpravy majetkových vztahů (viz bod 54 jeho spojeného stanoviska ve výše uvedených věcech Komise v. Portugalsko [C-367/98]; Komise v. Francie [C-483/99] a Komise v. Belgie [C-503/99]).

20 — Soudní dvůr nedávno v rozsudku ze dne 8. listopadu 2012, Komise v. Řecko (C-244/11, body 15 a 16), připomněl, že „článek [295 ES] nevylučuje úpravu vlastnictví v členských státech ze základních pravidel Smlouvy [...] Soudní dvůr konkrétně rozhodl, že ačkoliv článek 295 ES nezpochybnuje možnost členských států zavést určitý režim pro nabývání nemovitostí, takový režim se nevymyká základním pravidlům unijního práva a zejména pravidlům o nediskriminaci, svobodě usazování a svobodě pohybu kapitálu (rozsudek ze dne 23. září 2003, Ospelt a Schlössle Weissenberg, C-452/01, Recueil, s. I-9743, bod 24 a citovaná judikatura)“.

43. Například ze skutečnosti, že odvětví ocelářského průmyslu je v členském státě zestátněno, vyplývá, že zařízení jiných členských států, nebo i přímé investice investorů z těchto států jsou v jeho případě vyloučeny. Jak uvedla Komise, Soudní dvůr potvrdil slučitelnost zestátnění s unijním právem již rozsudkem *Costa*²¹.

44. Kromě toho je podle mého názoru třeba odkázat na rozsudek vydaný Soudním dvorem Evropského sdružení volného obchodu (ESVO)²² ve věci týkající se sporu mezi Kontrolním úřadem Evropského sdružení volného obchodu (ESVO) a Norským královstvím o koncese na nabytí vodopádů. Soudní dvůr ESVO vyložil článek 125 Dohody o Evropském hospodářském prostoru²³ ze dne 2. května 1992, který odpovídá článku 345 SFEU, v tom smyslu, že právo státu Evropského hospodářského prostoru (EHP) rozhodnout, zda vlastnictví hydroelektrických zdrojů a s nimi souvisejících zařízení bude v rukou veřejných orgánů nebo soukromých osob, není samo o sobě Dohodou o Evropském hospodářském prostoru dotčeno. Podle uvedeného soudu z toho vyplývá, že Norské království může legitimně sledovat cíl spočívající v zavedení režimu veřejného vlastnictví těchto věcí, pod podmínkou, že to provede přiměřeným a nediskriminačním způsobem.

45. Podle této logiky skutečnost, že žádný soukromý investor nemůže koupit podíly nebo účast ve společnosti vyhrazené veřejným akcionářům, nelze považovat za omezení zakázané Smlouvou, jelikož se jedná právě o prvek úpravy vlastnictví, který Smlouva nechce měnit.

46. Naproti tomu, jak ukazuje judikatura o „golden shares“, zvýhodněné zacházení s veřejnými zájmy v rámci v zásadě soukromého režimu vlastnictví, jako je režim vlastnictví akciových společností upravený právem společností, není vyňato z působnosti ustanovení Smlouvy o základních svobodách²⁴.

47. Dotčený nizozemský systém vychází ze zásadního rozhodnutí, na základě kterého bylo vlastnictví energetické distribuční soustavy vyhrazeno veřejným akcionářům (*res publica*), avšak nikoliv jedinému vlastníkovi. V souladu s tímto cílem drží vlastnická práva k soustavě různé subjekty odpovídající definici orgánů ve smyslu vyhlášky o akcích provozovatelů soustavy. Z toho nevyhnutelně vyplývá nutnost zakázat nepřímé soukromé držení.

48. Omezení převodu podílů ve společnosti jsou tedy nutná k tomu, aby bylo možné podíly na věci kupovat a prodávat mezi různými subjekty, které jsou k tomu oprávněny, aniž by tato věc ztratila svou veřejnou povahu. Zákaz privatizace je tedy nevyhnutelným důsledkem volby veřejného vlastnictví a myšlenky zachování vlastnictví v rukou veřejné moci. Z toho vyvozují, že ve věcech v původních řízeních se skutečně jedná o úpravu vlastnictví ve smyslu článku 345 SFEU.

49. Navrhují tedy Soudnímu dvoru, aby na první otázku odpověděl v tom smyslu, že taková úprava členského státu, o jakou se jedná ve věcech v původních řízeních, podle které podíly v provozovateli distribuční soustavy mohou být převáděny pouze na veřejnoprávní subjekty a určité společnosti ve výlučném vlastnictví veřejných orgánů (zákaz privatizace), představuje úpravu vlastnictví ve smyslu článku 345 SFEU, a je tedy slučitelná s unijním právem.

21 — Rozsudek ze dne 15. července 1964 (6/64, Recueil, s 1141).

22 — Rozsudek Soudního dvora ESVO ze dne 26. června 2007, *ESA v. Norsko* (věc zvaná „vodopády v Norsku“) (E-2/06, Report of EFTA Court, s. 163, bod 72).

23 — Úř. věst. 1994, L 1, s. 3.

24 — Viz zejména výše uvedené rozsudky *Komise v. Portugalsko* (C-367/98), *Komise v. Francie* (C-483/99) a *Komise v. Belgie* (C-503/99).

B – Ke druhé předběžné otázce týkající se zákazu skupiny a zákazu vedlejších činností z hlediska volného pohybu kapitálu

50. Druhá předběžná otázka se týká volného pohybu kapitálu. Hoge Raad der Nederlanden se táže, zda důsledkem kladné odpovědi na první otázku je, že pravidla týkající se volného pohybu kapitálu nejsou použitelná na zákaz skupiny a na zákaz vedlejších činností²⁵, nebo přinejmenším, že tyto zákazy nemají být zkoumány s ohledem na pravidla týkající se volného pohybu kapitálu.

51. Nejprve je třeba, v souladu s rozlišením, které jsem navrhl výše²⁶, určit, zda tyto dva zákazy jsou inherentní důsledky zásadního rozhodnutí Staat der Nederlanden vyhradit vlastnictví provozovatelů soustav veřejným orgánům, diskutovaného v rámci první otázky, které nemohou představovat překážky. Podle mého názoru je odpověď záporná.

52. Zákaz skupiny a zákaz vedlejších činností nejsou přímými a nevyhnutelnými důsledky zákazu privatizace, který sám spadá pod úpravu vlastnictví ve smyslu článku 345 SFEU, nýbrž jsou spíše legislativními opatřeními, která mají zabránit tomu, aby správa distribučních soustav nebyla vykonávána s cílem podporovat zájmy nesouvisející s potřebami těchto soustav, zejména zájmy související s dodávkami nebo výrobou energie. Ve skutečnosti jde o to, zabránit obcházení zásady oddělení vlastnictví soustav na jedné straně a vlastnictví dodavatelských a výrobních služeb využívajících tyto soustavy na straně druhé, bez ohledu na veřejnou nebo soukromou povahu jednoho či druhého z těchto vlastnictví. Zákaz vedlejších činností může navíc izolovat provozování soustav od rizik spojených s nesouvisejícími činnostmi a naopak zabránit tomu, aby provozování soustav bylo využíváno jako základ financování nesouvisejících činností.

53. Jinak řečeno, nejedná se o opatření, která mají prostřednictvím kontroly zprostředkujících vlastnických článků vyhradit vlastnictví soustav veřejným orgánům, ale spíše o opatření, která mají udržet „čistotu“ systému zaměřeného na oddělení vlastnických struktur tak, aby nebyly směřovány zájmy soustavy a zájmy prodeje energie. Podle mého názoru by obdobná právní úprava byla nezbytná rovněž v případě, kdy by bylo oddělení vlastnictví zavedeno bez zákazu privatizace. I kdyby vnitrostátní právní úprava dovolovala, aby provozovatel soustavy byl vlastněn soukromými osobami, bylo by stejně nezbytné zavést obdobné zákazy, aby bylo zajištěno dodržení oddělení vlastnictví²⁷ za účelem předcházení střetu zájmů.

54. Vzhledem k tomu, že zákaz skupiny a zákaz vedlejších činností jsou neoddelitelné od zákazu privatizace, je třeba zvážit, zda představují omezení volného pohybu kapitálu.

55. Při neexistenci vymezení pohybu kapitálu ve Smlouvě Soudní dvůr uznal orientační význam klasifikace pohybu kapitálu obsažené v příloze I směrnice 88/361/EHS²⁸, mimo jiné v rozsudku Komise v. Portugalsko²⁹. Podle této klasifikace pohyb kapitálu představují zejména tzv. „přímé“ investice ve formě účasti v podniku prostřednictvím držení akcií, které umožňuje skutečně se podílet na jeho řízení a kontrole, a „portfoliové investice“ uskutečněné pouze s cílem investovat bez úmyslu ovlivňovat řízení a kontrolu podniku³⁰. Uvedená klasifikace zahrnuje také ručení, jiné záruky a zástavní práva.

25 — Viz body 21 až 25 tohoto stanoviska.

26 — V bodě 42 tohoto stanoviska.

27 — Podle Komise v době přijetí těchto dvou zákazů nizozemská vláda ještě nevyloučila možnost privatizace provozovatelů soustav. Připomínám, že režimy omezující vytváření skupin nebo výkon vedlejších činností jsou ve skutečnosti v právních úpravách vztahujících se na odvětví podléhající silné státní kontrole, jako je právní úprava finančního nebo zdravotnického odvětví, dost běžné.

28 — Směrnice Rady ze dne 24. června 1988, kterou se provádí článek [67 ES] (Úř. věst. L 178, s. 5).

29 — Rozsudek ze dne 8. července 2010 (C-171/08, Sb. rozh. s. I-6817, bod 49). Viz též rozsudek ze dne 12. prosince 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, Sb. rozh. s. I-11753, bod 179).

30 — Viz zejména rozsudky ze dne 1. října 2009, Woningstichting Sint Servatius (C-567/07, Sb. rozh. s. I-9021, bod 19), a ze dne 8. července 2010, Komise v. Portugalsko (C-171/08), uvedený výše (body 49 a 50).

56. Soudní dvůr upřesnil, že jako omezení ve smyslu čl. 63 odst. 1 SFEU musí být kvalifikována vnitrostátní opatření, která mohou zabránit nebo omezit nabytí akcií v daných podnicích nebo mohou odradit investory z jiných členských států od investování do kapitálu těchto podniků³¹.

57. Mám za to, že zákaz skupiny a zákaz vedlejších činností jednoznačně spadají pod pohyb kapitálu ve smyslu čl. 63 odst. 1 SFEU a představují jeho omezení. Nadto vzhledem k tomu, že se jedná o absolutní zákazy zabráňující již z povahy věci všem transakcím spadajícím do jejich působnosti, není nezbytné prokazovat samostatně jejich charakter překážek volného pohybu kapitálu.

58. Předmětné zákazy tím, že brání jakékoliv strategii finanční nebo provozní diverzifikace dotyčných podniků, založené na komplementárnosti obou odvětví, zabráňují jak přímým, tak portfoliovým investicím. Omezují totiž investice zahraničních společností do subjektů působících v odvětví energetiky v Nizozemsku, jakož i investice posledně uvedených podniků do zahraničních subjektů, které mají podíly v jiných energetických skupinách v Nizozemsku. Zákaz vedlejších činností může rovněž změnit podmínky financování dotčených společností. Zákaz skupiny a zákaz vedlejších činností tedy představují omezení volného pohybu kapitálu ve smyslu čl. 63 odst. 1 SFEU, která nejsou-li odůvodněna, jsou zakázána.

59. Je vhodné upřesnit, že tyto dva zákazy by mohly být zkoumány rovněž z hlediska svobody usazování. Zákaz skupiny totiž brání získání menšinové i většinové účasti v provozovatelích soustavy a energetických společnostech, jakož i v subjektech, které jsou členy skupin, k nimž takové společnosti patří. Zákaz vedlejších činností zase omezuje oblast činnosti provozovatelů soustav a společností, které jsou s nimi v rámci skupiny propojeny, což představuje z hlediska dotčeného podniku potenciálně omezení svobody usazování. V tomto ohledu postačí uvést, že podle ustálené judikatury platí, že pokud dotčená vnitrostátní opatření vedou k omezením svobody usazování, jsou taková omezení přímým důsledkem překážek volného pohybu kapitálu, se kterými jsou neoddělitelně spojena. Není tedy nezbytné přezkoumávat dotčená opatření ve světle svobody usazování³².

60. Navrhuji tedy Soudnímu dvoru, aby odpověděl na druhou předběžnou otázku v tom smyslu, že ačkoliv takový zákaz privatizace provozovatelů distribuční soustavy, o jaký se jedná v původním řízení, představuje úpravu vlastnictví ve smyslu článku 345 SFEU slučitelnou s unijním právem, ostatní vnitrostátní úpravy, jako je zákaz skupiny zahrnující jak provozovatele energetické distribuční soustavy, tak právnické osoby, které v Nizozemsku prodávají, dodávají nebo vyrábějí elektřinu či plyn, a zákaz vedlejších činností vztahující se na provozovatele distribuční soustavy, spadají do oblasti působnosti volného pohybu kapitálu, a s ohledem na něj musí být ověřena jejich slučitelnost.

C – Ke třetí předběžné otázce týkající se existence naléhavých důvodů obecného zájmu představujících odůvodnění omezení volného pohybu kapitálu

61. Prostřednictvím třetí předběžné otázky se předkládající soud táže, zda cíle zákona Won, a sice zajištění transparentnosti na trhu s energií a zabránění narušením hospodářské soutěže prostřednictvím boje proti křížovým dotacím v širokém smyslu (včetně výměny strategických informací), jsou čistě hospodářskými zájmy, nebo zda je lze považovat rovněž za zájmy, které nemají hospodářskou povahu v tom smyslu, že mohou za určitých okolností představovat, jakožto naléhavé důvody obecného zájmu, odůvodnění omezení volného pohybu kapitálu.

31 — Výše uvedený rozsudek ze dne 8. července 2010, Komise v. Portugalsko (C-171/08, bod 50).

32 — Rozsudky ze dne 28. září 2006, Komise v. Nizozemsko (C-282/04 a C-283/04, Sb. rozh. s. I-9141, bod 43), jakož i ze dne 8. července 2010, Komise v. Portugalsko (C-171/08), uvedený výše (bod 80).

1. K charakteristikám elektrických a plynových distribučních soustav

62. Před přezkumem existence případného odůvodnění a jeho přiměřenosti je podle mne nezbytné připomenout charakteristiky elektrických a plynových distribučních soustav z konkurenčního a strategického hlediska.

63. Tyto soustavy spojují celostátní přenosovou soustavu se spotřebitelem na regionální, nebo místní úrovni. Představují takzvané „přirozené“ monopoly, jelikož je vzhledem k výrazným úsporám z rozsahu, které jsou s nimi spojeny, nelze rozumně zdvojit. Z hlediska hospodářské soutěže vlastník distribuční soustavy tedy kontroluje zásadní infrastrukturu („essential facility“) mezi dodávkou a spotřebou, což mu dává tržní sílu jak na vstupu, tak na výstupu.

64. Elektrické a plynové distribuční soustavy jsou pro spotřebitele důležité ve dvojitěm ohledu. Zaprvé je nezbytné, aby vlastník soustavy svého monopolního postavení nevyužíval k tomu, aby za svou službu, tj. přístup k dodávce energie prostřednictvím distribuční soustavy, požadoval nepřiměřenou odměnu. Sazba za přenos při distribuci energie proto může být kontrolována vnitrostátními orgány, což je zdá se případ Nizozemska³³. Zadruhé je nutné, aby kvalita provozování soustavy byla uspokojivá zejména z hlediska nápravy nedostatků ovlivňujících příjem energie a spolehlivosti fakturace spotřeby.

65. Z hlediska bezpečnosti zásobování energií jsou distribuční soustavy zásadní, neboť je zbytečné mít dostatečné zásoby energie, pokud ji nelze distribuovat spotřebitelům. Proto mají provozovatelé soustav význam i z hlediska národní bezpečnosti, jelikož ten, kdo kontroluje distribuci elektřiny, kontroluje i moderní společnost ve všech jejích funkcích. Stejně úvahy platí pro plyn v členských státech, kde představuje významný zdroj energie.

66. S ohledem na specifika odvětví provozujících soustavy na dodávku služeb nebo energie, které nelze „zdvojit“, je význam zajištění vhodné konkurenční struktury ještě jasnější. Z tohoto hlediska je nezbytné zajistit nediskriminační přístup třetích osob k těmto soustavám za účelem dovršení procesu liberalizace, tj. vytvoření konkurenčního trhu, na kterém je zajištěn volný pohyb služeb, při provozování takových soustav, jako jsou zejména elektrické a plynové distribuční soustavy nebo železniční soustavy. Unijní zákonodárce, stejně jako zákonodárci několika členských států, přijali za tím účelem strategii oddělení, jinak řečeno rozdělení provozování soustavy a jejího využívání k dodávání služeb. Sledovaný nebo dosažený stupeň oddělení se lišil podle dotčených odvětví a členských států, od účetního nebo funkčního oddělení k právnímu oddělení, a dokonce až k oddělení vlastnických struktur.

2. Vliv sekundárního unijního práva na posouzení vnitrostátní právní úpravy s ohledem na svobodu pohybu

67. Ve věcech v původních řízeních vyvstává problém vlivu opatření sekundárního unijního práva na posouzení odůvodněnosti vnitrostátního prováděcího opatření, které představuje omezení jedné ze svobod pohybu a které jde nad rámec požadavků směrnice, již provádí.

68. S ohledem na dřívější judikaturu Soudního dvora je podle mne skutečně důležité určit, zda přezkum prováděcího opatření, o které jde ve věcech v původních řízeních, vyžaduje přezkum slučitelnosti prováděné směrnice s primárním unijním právem.

33 — Podle údajů poskytnutých nizozemskou vládou na jednání.

69. Ve věcech v původním řízení zákaz skupiny a zákaz vedlejších činností vyplývají ze zákona Won, přijatého zejména za účelem provedení směrnic 2003/54 a 2003/55 druhého energetického balíčku, které nevyžadují oddělení vlastnictví akcií provozovatele přenosové nebo distribuční soustavy od vlastnictví akcií jiných subjektů a nečiní z něj výslovný způsob provedení³⁴. Stejně jako další vnitrostátní zákonodárci, kteří zvolili oddělení vlastnictví provozovatelů přenosových soustav na jedné straně a podniků vyrábějících a dodávajících energii na straně druhé³⁵, šel nizozemský zákonodárce podle mého názoru v roce 2006 zákonem Won z vlastní iniciativy nad rámec požadavků platného sekundárního unijního práva, když se rozhodl pro oddělení vlastnictví provozovatelů přepravních soustav na jedné straně a podniků vyrábějících a dodávajících energii na straně druhé. Zdůrazňuji, že předmětné směrnice jsou předpisy minimální úrovně harmonizace.

70. V právním rámci použitelném *ratione temporis* na věci v původních řízeních se zákon Won, třebaže byl přijat za účelem provedení směrnic z roku 2003, zdá být vnitrostátním opatřením, které lze od uvedených směrnic oddělit. Může tedy být s ohledem na svobody pohybu přezkoumán samostatně.

71. Nelze ovšem podle mého názoru odhlédnout od pozdějšího přijetí směrnic 2009/72 a 2009/73, třebaže nejsou *ratione temporis* na věci v původních řízeních použitelné; tyto směrnice činí z oddělení vlastnictví jeden z výslovných způsobů provedení. Připomínám totiž, že bod 11 odůvodnění směrnice 2009/72 označuje takové oddělení za účinný a stabilní způsob, jak vyřešit nevyhnutelný střet zájmů, a bod 21 jejího odůvodnění zakotvuje právo rozhodnout se pro plné oddělení vlastnictví³⁶.

72. Doslovný a restriktivní výklad uvedených bodů odůvodnění by mohl vést k přesvědčení, že se týkají pouze provozovatelů energetických přenosových soustav. Avšak stejně jako nizozemská vláda a Komise mám za to, že tyto body odůvodnění jsou relevantní rovněž pro distribuční soustavy vzhledem k jejich charakteristikám, které jsem již popsal, a nutnosti odstranit střety zájmů provozovatelů a uživatelů soustav, která je podle mého názoru stejně naléhavá jak v oblasti distribuce, tak samotného přenosu, třebaže z hlediska volného pohybu služeb přes hranice jsou rozhodující pouze přenosové soustavy.

73. Mám tedy za to, že v rámci stávajícího právního rámce již nelze zákaz skupiny a zákaz vedlejších činností zpochybňovat, přinejmenším pokud jde o jejich princip, aniž by to znamenalo přímo přezkoumání slučitelnosti směrnic z roku 2009 s volným pohybem kapitálu. Upozorňuji však, že oddělení vlastnictví, o kterém hovoří bod 11 odůvodnění těchto směrnic, nejde tak daleko jako oddělení vyplývající ze zákazu skupiny v nizozemském právu, jelikož tento bod odůvodnění výslovně vyhrazuje možnost vzájemných menšinových investic mezi provozovatelem soustavy a výrobním nebo dodavatelským podnikem.

74. Komise ve svém vyjádření zdůrazňuje, že slučitelnost zákazu skupiny s volným pohybem kapitálu musí být posouzena v rámci relevantních pravidel sekundárního unijního práva, a podle všeho uvádí, že pouhá slučitelnost zákazu skupiny s cíli směrnice může představovat odůvodnění tohoto opatření.

75. Podle mého názoru je skutečnou otázkou spíše to, zda oddělení vlastnictví stanovené později směrnicemi z roku 2009 je slučitelné se Smlouvou a zejména se svobodami pohybu, kterým může bránit.

34 — Viz výše uvedený bod 8 odůvodnění a článek 15 směrnice 2003/54.

35 — Před přijetím třetího energetického balíčku se pro oddělení vlastnictví elektrických přenosových soustav rozhodlo třináct států, šest v případě přepravy plynu; podle Hunt, M., „Ownership Unbundling: The Main Legal Issues in a Controversial Debate“, *EU Energy Law and Policy Issues*, ed. Delvaux, B., a další, Rixensart: Euroconfidentiel, 2008.

36 — Nejedná se však o povinnost. V tomto ohledu článek 26 směrnice 2009/72, nadepsaný „Oddělení vlastnictví provozovatelů distribuční soustavy“, stanoví, stejně jako článek 15 směrnice 2003/54, že „[t]ento požadavek nepředstavuje povinnost oddělit vlastnění aktiv provozovatele distribuční soustavy od vertikálně integrovaného podniku“.

76. Podle ustálené judikatury je unijní zákonodárce v zásadě povinen respektovat svobody pohybu zakotvené Smlouvou, stejně jako vnitrostátní zákonodárce³⁷. V právní nauce se rozvinula diskuse³⁸ za účelem určení, zda sekundární právo podléhá v rámci posouzení jeho slučitelnosti s primárním unijním právem, zejména se svobodami pohybu, kontrole stejné povahy a stejné intenzity³⁹, nebo zda uvedená kontrola musí být přizpůsobena specifickým znakům a cílům vlastním unijnímu právu.

77. Ve věci *Bauhuis* Soudní dvůr rozhodl, že opatření přijatá Komisí v obecném zájmu Společenství, a nikoliv jednostranně členskými státy za účelem ochrany vlastních zájmů, nelze považovat za opatření omezující obchod⁴⁰. Jinak řečeno, pro sekundární právní předpisy Unie zdá se platit domněnka souladu se svobodami pohybu zaručenými Smlouvou. Novější příklad specifčnosti kontroly opatření sekundárního práva z hlediska svobod pohybu vyplývá z rozsudku Německo v. Parlament a Rada⁴¹, v němž bylo rozhodnuto, že cíl boje proti jakémukoliv narušení trhu může odůvodnit překážku svobody usazování vyplývající ze směrnice o pojištění vkladů. Takový cíl by nepochybně neumožňoval odůvodnit podobné vnitrostátní opatření, které by bylo označeno za čistě hospodářské.

78. Judikatura Soudního dvora tak uznala, že hospodářské cíle Smlouvy mohou odůvodnit překážky základních svobod vyplývající z právních předpisů Unie. V rámci věci v původních řízeních je tedy třeba položit si otázku, zda a do jaké míry to mohou učinit rovněž cíle vnitrostátní právní úpravy sledující cíle Smlouvy. Tentýž problém může vyvstat i mimo oblast liberalizace elektrických a plynových distribučních sítí, zejména v rámci analýzy vnitrostátní právní úpravy v oblasti hospodářské soutěže, která by v oblasti své působnosti byla přísnější než unijní právní úprava, a mohla by tak představovat omezení svobody usazování.

3. K takzvaným „čistě hospodářským“ odůvodněním

79. V rámci druhé předběžné otázky jsem prokázal, že jak zákaz skupiny, tak zákaz vedlejších činností vztahující se na provozovatele distribučních soustav spadají do působnosti volného pohybu kapitálu a představují jeho omezení.

80. Soudní dvůr opakovaně judikoval, že volný pohyb kapitálu může být omezen vnitrostátní právní úpravou pouze tehdy, je-li tato právní úprava odůvodněna jedním z důvodů uvedených v článku 58 ES nebo naléhavými důvody obecného zájmu ve smyslu judikatury Soudního dvora. Taková omezení musí být nadto přiměřená sledovanému cíli a nesmí překračovat meze toho, co je k dosažení uvedeného cíle nezbytné⁴².

81. Předkládající soud uvádí, že cíle transparentnosti na trhu s energií a zabránění narušením hospodářské soutěže za účelem vytvoření spravedlivých podmínek hospodářské soutěže („level playing field“), kterých se stát dovolává k odůvodnění zákazu skupiny a zákazu vedlejších činností, použil rovněž Parlament a Rada jako odůvodnění směrnic 2009/72 a 2009/73. Podle svého odůvodnění mají tyto směrnice mimo jiné zajistit spravedlivý přístup k síti a transparentnost na trhu za účelem

37 — V oblasti volného pohybu zboží viz rozsudek ze dne 20. dubna 1978, *Les Commissionnaires Réunis a Les Fils de Henri Ramel* (80/77 a 81/77, Recueil, s. 927), v němž je uvedeno, že „[z]ákaz množstevních omezení, jakož i opatření s rovnocenným účinkem platí, jak Soudní dvůr opakovaně uvedl, nejen pro vnitrostátní opatření, ale rovněž pro opatření vydaná orgány Společenství“. Viz rovněž rozsudek ze dne 17. května 1984, *Denkavit Nederland* (15/83, Recueil, s. 2171, bod 15). Podle mne není důvodu použít odlišnou argumentaci v oblasti volného pohybu kapitálu.

38 — K tomuto tématu viz Mortelmans, K., „The relationship between the Treaty rules and Community measures for the establishment and functioning of the internal market“, *Common Market Law Review*, sv. 39, 2002, s. 1303.

39 — Ve prospěch této teze Petersmann, E.–U., *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, Fribourg 1991.

40 — Rozsudek ze dne 25. ledna 1977 (46/76, Recueil, s. 5, body 27 až 30)

41 — Rozsudek ze dne 13. května 1997 (C-233/94, Recueil, s. I-2405, bod 57).

42 — Viz rozsudek Soudního dvora ze dne 21. prosince 2011, *Komise v. Polsko* (C-271/09, Sb. rozh. s. I-13613, body 55 a 58).

uplatňování průhledných a nediskriminačních sazeb⁴³. Přestože tyto směrnice nestanoví povinnost oddělení vlastnictví provozovatele distribuční soustavy a komerčních činností, předkládající soud podotýká, že stanovená opatření, zejména funkční oddělení, byla přijata za účelem dosažení výše uvedených cílů.

82. Společnosti mají naproti tomu za to, že transparentnost a zamezení křížovým dotacím mají především posílit konkurenční strukturu nizozemského trhu s energií. S odvoláním na ustálenou judikaturu Soudního dvora poukazují na to, že takové cíle jsou čistě hospodářské povahy a nemohou samy o sobě představovat naléhavý důvod obecného zájmu⁴⁴.

83. Komise má za to, že zákaz skupiny a zákaz vedlejších činností sice vedou k oddělení provozovatelů distribučních soustav, které jde nad rámec oddělení, jaké vyžadují směrnice 2003/54 a 2003/55, avšak toto oddělení je v souladu se systematikou a cíli těchto směrnic.

84. Podle mého názoru jak z odůvodnění směrnic z roku 2009, tak z parlamentních debat v Nizozemsku jasně vyplývá, že hlavními cíli oddělení vlastnictví a zákazu skupiny jsou v Unii zvýšení investic a konkurence na trhu s energií a snížení cen na evropské úrovni⁴⁵ a v Nizozemsku boj s protisoutěžním jednáním prostřednictvím větší transparentnosti⁴⁶. Stačí uvést, že tyto cíle představují *prima facie* důvody hospodářské povahy ve smyslu judikatury Soudního dvora.

85. Konkrétně, navzdory hospodářským důvodům kritizovaným v projednávané věci mohou být zákazy skupiny a vedlejších činností podle mého názoru odůvodněny třemi způsoby. Zaprvé, budeme-li mít za to, že hospodářské důvody nejsou „čistě hospodářské“, ale jsou spíše prostředky sloužícími cílům, které nemají hospodářskou povahu. Zadruhé upřesněním pojmu hospodářský cíl tak, aby zahrnoval prvek týkající se ochranného, nebo „egoistického“ účelu přezkoumávaného opatření. Nebo zatřetí odůvodněním sporných zákazů odkazem na jeden z cílů Smlouvy, bez ohledu na to, zda uváděný důvod má hospodářskou povahu či nikoliv.

86. První odůvodnění zapadá do linie úprav zákazu hospodářských důvodů, které Soudní dvůr již připustil⁴⁷. Konkrétně nizozemská vláda se dovolává směru judikatury, který připouští legitimitu opatření, jež třebaže mají hospodářský důvod, sledují i jiný účel, který nemá hospodářskou povahu⁴⁸.

87. Budeme-li se však držet tohoto odůvodnění, vyvstávají ve věcech v původních řízeních dvě obtíže. Jedna souvisí s formulací třetí předběžné otázky Hoge Raad der Nederlanden, která se týká pouze cílů transparentnosti na trhu s energií a narušení hospodářské soutěže, což Soudnímu dvoru neumožňuje zohlednit cíle, které nemají hospodářskou povahu, uváděné nizozemskou vládou, a to zejména ochranu zákazníků, zajištění bezpečnosti dodávek a zájem na tom, aby se provozovatelé soustavy soustředili na tuto úlohu.

88. Druhá obtíž se týká toho, že souvislost mezi zákazem skupiny a zákazem vedlejších činností na jedné straně a veřejnou bezpečností a ochranou spotřebitelů na straně druhé není zřejmá ani z hlediska vhodnosti těchto opatření, ani jejich přiměřenosti těmto cílům⁴⁹, jak správně zdůrazňují společnosti. Zákaz privatizace totiž podle mého názoru již dostatečně odpovídá na požadavky

43 — Viz zejména body 4, 7, 26 a 32 odůvodnění směrnice 2009/72 a body 4, 5, 25 a 31 odůvodnění směrnice 2009/73.

44 — Rozsudky ze dne 10. července 1984, *Campus Oil* a další (72/83, Recueil, s. 2727, body 35 a 36), ze dne 17. března 2005, *Kranemann* (C-109/04, Sb. rozh. s. I-2421, bod 34), jakož i ze dne 15. dubna 2010, *CIBA* (C-96/08, Sb. rozh. s. I-2911, bod 48).

45 — K tomuto bodu viz důvodová zpráva k návrhu směrnice [COM(2007)528 final, s. 5].

46 — Vyjádření společnosti *Essent NV* a *Essent Nederland BV* přijímá důvody uváděné nizozemským zákonodárcem v různých fázích procesu.

47 — K pokusu o racionální odůvodnění těchto úprav viz *Snell, J.*, „Economic Aims as Justification for Restrictions on Free Movement“, v *Rule of reason: rethinking another classic of European legal doctrine*, ed. Schrauwen, A., Groningen, Europa Law Publishing, 2005.

48 — Výše uvedený rozsudek *Campus Oil* a další.

49 — Tím spíše, že Soudní dvůr má za to, že výjimka veřejné bezpečnosti podle stávajícího čl. 65 odst. 1 SFEU musí být vykládána restriktivně a může pokrývat pouze případy skutečného a dostatečně závažného ohrožení veřejného zájmu, viz rozsudky ze dne 13. května 2003, *Komise v. Španělsko* (C-463/00, Recueil, s. I-4581, bod 72), a ze dne 8. července 2010, *Komise v. Portugalsko* (C-171/08), uvedený výše (bod 73).

vycházející ze snahy o ochranu veřejné bezpečnosti, jelikož vylučuje mimo jiné provozování elektrických distribučních soustav společnostmi kontrolovanými třetími státy. Naproti tomu požadavky vyplývající ze snahy o ochranu spotřebitelů by měly být předmětem zvláštní pozornosti, i kdyby zákonodárce připustil zachování vertikálně integrovaných společností.

89. Druhé odůvodnění vychází z myšlenky, že důvodem, proč opatření vycházející z unijního práva nejsou předmětem tak přísné kontroly s ohledem na svobody pohybu, jako je kontrola, které podléhají čistě vnitrostátní opatření, je to, že Soudní dvůr se při odlišování důvodů, které mohou ospravedlnit omezující opatření, od ostatních důvodů, zaměřuje ne tolik na samotnou hospodářskou povahu sledovaného cíle, nýbrž na implicitní ochranný účel tohoto explicitního důvodu⁵⁰. Statické zařazení legislativního vyjádření veřejné politiky je tak s ohledem na systém a cíle Smlouvy méně významné než jeho dynamický účel.

90. Tuto analýzu potvrzuje prostudování opatření dotčených v některých věcech, v nichž Soudní dvůr odmítl odůvodnění omezení svobody usazování nebo volného pohybu kapitálu jako odůvodnění čistě hospodářské povahy.

91. Například ve výše uvedené věci *Komise v. Portugalsko*⁵¹ Soudní dvůr neuznal, že dotčený vnitrostátní režim, který se snažil omezovat počet investorů, kteří jsou státními příslušníky jiného státu, a podmiňovat nabytí akcií nad určitou hranici předchozím souhlasem Portugalské republiky, je odůvodněn posílením konkurenční struktury trhu, jakož i modernizací a zvýšením účinnosti výrobních prostředků na základě jejich hospodářské povahy. Domnívám se, že implicitním odůvodněním tohoto rozsudku je podezření na ochranné důvody při výkonu posuzovací pravomoci vyhrazené vnitrostátnímu orgánu pověřenému vydáním takového povolení.

92. Převaha rizika ochranného zneužití nad povahou uváděného odůvodnění se ostatně ukazuje tím spíše v judikatuře Soudního dvora nevztahující se k hospodářským odůvodněním. V nedávné věci *Komise v. Řecko*⁵² tak Soudní dvůr odmítl odůvodnění opatření spočívajícího v předchozím povolení nabytí akcií společností se strategický významem z důvodu diskreční posuzovací pravomoci vnitrostátních orgánů při výkonu této pravomoci, navzdory existenci důvodu veřejné bezpečnosti, způsobilého odůvodnit takový mechanismus, který souvisel s bezpečností zásobování energií. Jinak řečeno, účel přezkoumávaného vnitrostátního mechanismu převažuje nad jeho hospodářskou kvalifikací.

93. Věc *Komise v. Itálie*⁵³ se týkala rovněž privatizačního zákona, který jako přechodné opatření za účelem úplné liberalizace odvětví energetiky zbavoval hlasovacích práv jakýkoliv akciový podíl přesahující konsolidovanou hranici 2 %. Italská republika se snažila toto opatření odůvodnit zajištěním zdravých a spravedlivých podmínek soutěže na trzích s energií, avšak Soudní dvůr tento cíl odmítl. I zde podle mne byla překážkou toho, aby Soudní dvůr opatření připustil, ani ne tak jeho hospodářská povaha, jako skutečnost, že toto opatření přispívalo k zachování *status quo*, tedy v daném případě kontroly italských veřejných orgánů nad privatizovanými společnostmi, což je cíl svou podstatou ochranný.

94. Stejně tak v případě judikatury týkající se „golden shares“ to není tolik hospodářská povaha uváděného odůvodnění, jako spíše nepřiměřený charakter práva, které si vyhrazuje taková vláda, který i zde vede k veřejnému protekcionismu, jež podle mne odůvodňuje to, že Soudní dvůr systematicky považuje takové mechanismy za neslučitelné s volným pohybem kapitálu a svobodou usazování⁵⁴.

50 — Jak uvedla Komise na jednání.

51 — C-367/98 (bod 52).

52 — Uvedený výše (bod 79).

53 — Rozsudek ze dne 2. června 2005 (C-174/04, Sb. rozh. s. I-4933, bod 37).

54 — Viz zejména výše uvedený rozsudek ze dne 8. července 2010, *Komise v. Portugalsko* (C-171/08), v němž se jednalo o akcie spojené se zvláštními právy (právo veta), jejichž většina musela být povinné ve vlastnictví státu nebo jiných veřejnoprávních akcionářů.

95. Cíl, který je *a priori* neslučitelný s klasickou judikaturou Soudního dvora, by po zohlednění kritéria účelu v rámci nového přístupu k hospodářskému důvodu naopak bylo možné považovat za slučitelný se Smlouvou. Tento přístup by mimo jiné znamenal rozlišovat mezi na jedné straně hospodářskými důvody, které tím či oním způsobem chrání hospodářské zájmy členských států, a na druhé straně těmi, jejichž účinkem je organizace odvětví v souladu s hospodářskými cíli Smlouvy.

96. V projednávané věci se mi v rámci výchozí situace v Nizozemsku, tedy kdy jsou jak provozovatelé soustav, tak vertikálně integrované energetické společnosti, vlastněny veřejnými subjekty, nezdá, že by zákaz skupiny nebo zákaz vedlejších činností přímo či nepřímo zvýhodňoval vnitrostátní provozovatele. Naopak, společnost Essent NV, která byla před svou privatizací nucena se rozdělit, má za to, že tím, že musela převést podíly v provozovateli distribuční soustavy Enexis Holding NV, byla z hlediska hospodářské soutěže znevýhodněna v porovnání s konkurenty z jiných členských států, v nichž je vertikálně integrovaný model i nadále povolen. Zdá se tedy, že zákaz skupiny na rozdíl od opatření, která byla posouzena jako neslučitelná se svobodami pohybu ve výše uvedených věcech, nesleduje ochranný účel.

97. Zákaz skupiny nebo zákaz vedlejších činností kromě toho stěžejně sledují ochranný účel ve prospěch veřejných orgánů, kterým je sice vyhrazeno vlastnictví provozovatelů soustavy, avšak jsou rovněž vyloučeny z vlastnictví energetických společností, jsou-li tyto společnosti provozovateli soustavy.

98. Třetí odůvodnění spočívá v uznání nového základu odůvodnění omezení svobod pohybu, vycházejícího z ustanovení Smlouvy, podle kterého vnitřní trh zahrnuje systém zajišťující, aby hospodářská soutěž nebyla narušována. Toto ustanovení, které bylo uvedeno již v čl. 3 písm. f) původní Smlouvy o EHS, se nyní nachází v protokolu 27 ke Smlouvě o FEU⁵⁵.

99. Vnitrostátní právní úprava, jejímž cílem je nahradit na regionální či místní úrovni tradiční monopoly vertikálně integrovaných energetických společností strukturou, která oddělením vlastnictví správy distribuční soustavy od vlastnictví služeb tuto soustavu využívajících umožňuje vytvoření konkurenčního trhu prodeje, dodávek a výroby energie, skutečně představuje opatření způsobilé zajistit, aby hospodářská soutěž nebyla narušována.

100. Podle mne omezení svobody jednání jak v případě provozovatele distribuční soustavy, tak v případě energetických společností mohou zaručit nediskriminační přístup k trhu s energií a zajistit, aby co se týče prodeje, dodávek a výroby energie, nebyla narušována hospodářská soutěž. Tento cíl je podle mého názoru třeba považovat za významné odůvodnění v obecném zájmu u těch nediskriminačních vnitrostátních omezení, která se ukazují být nezbytná k tomu, aby mohl být liberalizován trh vyznačující se přirozeným monopolem. Nezáleží na tom, zda je toto odůvodnění kvalifikováno jako nikoliv čistě hospodářské povahy nebo nikoliv ochranné.

101. Konkrétně zákaz skupiny posiluje oddělení mezi dodávkami a výrobou energie na jedné straně a distribucí energie na straně druhé, což je podle bodu 11 odůvodnění směrnic 2009/72 a 2009/73 nejúčinnější nástroj nediskriminační podpory investic do infrastruktury, spravedlivého přístupu k síti pro nové účastníky a transparentnosti trhu.

102. Zákaz vedlejších činností zase zároveň odděluje jiná odvětví, jako je například nakládání s odpady „spill over“ od zdrojů vytvořených v rámci činnosti, která má charakter přirozeného monopolu, a současně chrání provozování soustav před riziky spojenými s nesouvisejícími činnostmi. Z toho vyplývá, že takový zákaz může zajistit, aby potenciální provozní přebytky dosažené v rámci provozování soustav byly investovány do údržby a zlepšení soustavy, a nikoliv do jiných činností.

55 — K judikatuře týkající se čl. 3 písm. f) Smlouvy o EHS viz rozsudek ze dne 10. ledna 1985, Association des Centres distributeurs Leclerc a Thouars Distribution (229/83, Recueil, s. 1, bod 20 a násl.).

103. Pokud jde o přiměřenost, v rámci zásadního rozhodnutí přijatého vnitrostátním zákonodárcem, a sice strukturálního oddělení provozování distribuční soustavy a prodeje, dodávek a výroby elektřiny a plynu, nejde tento zákaz dále, než je nezbytné k dosažení cílů transparentnosti na trhu s energií a zabránění narušením hospodářské soutěže.

104. Navrhuji tedy Soudnímu dvoru, aby na třetí předběžnou otázku odpověděl v tom smyslu, že dotčené vnitrostátní úpravy, jako je zákaz skupiny zahrnující jak provozovatele energetické distribuční soustavy, tak právnické osoby, které v Nizozemsku prodávají, dodávají nebo vyrábějí elektřinu či plyn, a zákaz vedlejších činností vztahující se na provozovatele distribuční soustavy lze považovat za odůvodněná omezení volného pohybu kapitálu, jelikož mohou zajistit, aby hospodářská soutěž nebyla narušována využíváním monopolního postavení provozovatele distribuční soustavy v oblasti prodeje, dodávek či výroby nebo v jiných odvětvích nesouvisejících s provozováním soustavy.

V – Závěry

105. S ohledem na předcházející úvahy navrhuji Soudnímu dvoru, aby na předběžné otázky položené Hoge Raad der Nederlanden odpověděl následovně:

- „1. Taková úprava členského státu, o jakou se jedná ve věcech v původních řízeních, podle které podíly v provozovateli distribuční soustavy mohou být převáděny pouze na veřejnoprávní subjekty a určité společnosti ve vylučném vlastnictví veřejných orgánů (zákaz privatizace), představuje úpravu vlastnictví ve smyslu článku 345 SFEU, a je tedy slučitelná s unijním právem.
2. Ačkoliv takový zákaz privatizace provozovatelů distribuční soustavy, o jaký se jedná v původním řízení, představuje úpravu vlastnictví ve smyslu článku 345 SFEU slučitelnou s unijním právem, ostatní vnitrostátní úpravy, jako je zákaz skupiny zahrnující jak provozovatele energetické distribuční soustavy, tak právnické osoby, které v Nizozemsku prodávají, dodávají nebo vyrábějí elektřinu či plyn, a zákaz vedlejších činností vztahující se na provozovatele distribuční soustavy spadají do oblasti působnosti volného pohybu kapitálu a s ohledem na něj musí být ověřena jejich slučitelnost.
3. Dotčené vnitrostátní úpravy, jako je zákaz skupiny zahrnující jak provozovatele energetické distribuční soustavy, tak právnické osoby, které v Nizozemsku prodávají, dodávají nebo vyrábějí elektřinu či plyn, a zákaz vedlejších činností vztahující se na provozovatele distribuční soustavy lze považovat za odůvodněná omezení volného pohybu kapitálu, jelikož mohou zajistit, aby hospodářská soutěž nebyla narušována využíváním monopolního postavení provozovatele distribuční soustavy v oblasti prodeje, dodávek či výroby nebo v jiných odvětvích nesouvisejících s provozováním soustavy.“