



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
N. JÄÄSKINEN
fremsat den 16. april 2013¹

Forenede sager C-105/12 – C-107/12

De Staat der Nederlanden
mod
Essent NV og Essent Nederland BV (sag C-105/12)
Eneco Holding NV (sag C-106/12)
Delta NV (sag C-107/12)

(anmodninger om præjudiciel afgørelse indgivet af Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandene))

»Distributionssystemoperatører (energi) — absolut privatiseringsforbud — den ejendomsretlige ordning — forbud mod at danne koncerner, der på samme tid omfatter distributionssystemoperatører og selskaber, der handler med, leverer og producerer energi — forbud mod biaktiviteter pålagt distributionssystemoperatører — frie kapitalbevægelser — restriktioner — begrundelse — proportionalitet — såkaldt »rent økonomisk« begrundelse — lige konkurrencevilkår«

I – Indledning

1. Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes højesteret) anmoder Domstolen om at fortolke artikel 63 TEUF og artikel 345 TEUF i forbindelse med tvister mellem Staat der Nederlanden og Essent NV og Essent Nederland BV (sag C-105/12) og Eneco Holding NV (sag C-106/12) og Delta NV (sag C-107/12) (herefter samlet »selskaberne«), som alle driver virksomhed i sektoren for distribution af elektricitet og gas i Nederlandene, vedrørende forskellige bestemmelser i den nederlandske lovgivning, der finder anvendelse på disse sektorer.

2. I forbindelse med disse tre sager, som er blevet forenet af Domstolen, har Hoge Raad der Nederlanden stillet tre præjudicielle spørgsmål.

- Det første spørgsmål drejer sig om det i nederlandsk lovgivning fastsatte »privatiseringsforbud«, som er til hinder for, at el- og gasdistributionssystemoperatører² overgår til private parter, i lyset af artikel 345 TEUF.
- Det andet spørgsmål vedrører bedømmelsen i lyset af de frie kapitalbevægelser af to andre i nederlandsk lovgivning fastsatte forbud mod, at operatørerne af sådanne distributionssystemer har indbyrdes forbindelser med virksomheder, der producerer, leverer eller handler med elektricitet eller gas i Nederlandene (herefter »energiselskaber«) (herefter »koncernforbud«), eller at de beskæftiger sig med andre aktiviteter, der ligger uden for systemdrift (herefter »forbud mod biaktiviteter«).

¹ — Originalsprog: fransk.

² — I dette forslag til afgørelse henviser udtrykkene »system« og »systemoperatør« altid til systemerne til distribution af elektricitet og gas i Nederlandene. I de tilfælde, hvor det drejer sig om transmissionssystemer, nævnes dette udtrykkeligt.

— Det tredje spørgsmål vedrører spørgsmålet, om forekomsten af »tvingende almene hensyn« kan udgøre en begrundelse for en restriktion for de frie kapitalbevægelser, for så vidt som koncernforbuddet og forbuddet mod biaktiviteter, der er omhandlet i det andet spørgsmål, udgør en sådan restriktion.

3. I de foreliggende sager anmodes Domstolen således om atter at udtale sig om fortolkningen af EUF-traktaten, navnlig om sammenhængen mellem artikel 345 TEUF og artikel 63 TEUF vedrørende foranstaltninger til liberalisering af en økonomisk strategisk sektor. De foreliggende sager har imidlertid visse særegenheder i forhold til dem, der gav anledning til retspraksis i forbindelse med »golden shares«. Dels er der ikke tale om delvis privatisering, men om et forbud mod privatisering, som kommer til udtryk ved en klar adskillelse mellem distributionssystemoperatørernes ejendomsretlige ordning, som fungerer i et »lukket rum« mellem offentlige personer, og den ejendomsretlige ordning for virksomheder, der producerer, leverer og handler med elektricitet og gas, og som kan overdrages til private parter. Dels hviler de pågældende forbud ikke på en undtagelsesordning fra privatretten, som indrømmer et privilegium til offentlige personer. Endelig følger de anfægtede bestemmelser i nederlandsk ret ikke alene af en umiddelbar foranstaltning på nationalt plan, men indgår ligeledes i en af Den Europæiske Union indledt liberaliseringspolitik, som er kommet til udtryk ved vedtagelsen af direktiver, der pålægger en adskillelse mellem operatører og brugere af energitransmissions- og distributionssystemer.

4. Det skal i denne henseende indledningsvis præciseres, at de to direktiver i den anden energipakke af 2003, dvs. direktiv 2003/54/EF³ og direktiv 2003/55/EF⁴, og i den tredje energipakke af 2009, dvs. direktiv 2009/72/EF⁵ og direktiv 2009/73/EF⁶, som ikke er genstand for anmodningen om præjudiciel afgørelse, ikke desto mindre er vigtige. De definerer nemlig den grad af liberalisering, fællesskabslovgiver ønskede mellem 2003 og 2009, og som selskaberne gør gældende ikke kan overskrides af medlemsstaterne uden at overtræde de EU-retlige regler om de grundlæggende friheder. De to direktiver indeholder endvidere relevante definitioner som ramme for de foreliggende sager.

II – Retsforskrifter

A – EU-retten

1. EUF-traktaten

5. Ifølge artikel 63, stk. 1, TEUF er alle restriktioner for kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne indbyrdes og mellem medlemsstaterne og tredjelande forbudt.

6. Artikel 345 TEUF fastsætter, at traktaten ikke berører de ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne.

3 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 26.6.2003 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ophævelse af direktiv 96/92/EF, EUT L 176, s. 37.

4 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 26.6.2003 om fælles regler for det indre marked for naturgas og om ophævelse af direktiv 98/30/EF, EUT L 176, s. 57.

5 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 13.7.2009 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ophævelse af direktiv 2003/54/EF, EUT L 211, s. 55.

6 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 13.7.2009 om fælles regler for det indre marked for naturgas og om ophævelse af direktiv 2003/55/EF, EUT L 211, s. 94.

2. Direktiv 2003/54 og 2003/55

7. Direktiv 2003/54 om elektricitet og 2003/55 om gas er en del af den anden energipakke, der blev vedtaget med henblik på liberalisering af energisektoren. Reglerne for elektricitet er i det væsentlige de samme som dem for gas. For at undgå overlapninger gengives kun bestemmelserne om elektricitet her.

8. Sjette til ottende og tiende betragtning til direktiv 2003/54 har følgende ordlyd:

- »(6) Det er en forudsætning for velfungerende konkurrence, at der er ikke-diskriminerende, gennemsigtig adgang til nettene til rimelige priser.
- (7) En vigtig forudsætning for at få gennemført det indre marked for elektricitet er ikke-diskriminerende adgang til transmissions- og distributionssystemoperatørens net. En transmissions- eller distributionssystemoperatør kan omfatte et eller flere selskaber.
- (8) For at sikre reel, ikke-diskriminerende netadgang vil det være hensigtsmæssigt, at distributions- og transmissionssystemerne drives som selskabsretligt adskilte enheder, hvor der forekommer vertikalt integrerede selskaber. [...]

Det er nødvendigt, at distributionssystemoperatørers og transmissionssystemoperatørers uafhængighed sikres, særlig med hensyn til produktions- og forsyningsinteresser. Der bør derfor indføres uafhængige ledelsesstrukturer mellem distributionssystem- og transmissionssystemoperatører og produktions- og forsyningselskaber.

Det er imidlertid vigtigt at sondre mellem sådan selskabsretlig adskillelse og ejerskabsmæssig adskillelse. Selskabsmæssig adskillelse indebærer ikke nogen ændring med hensyn til ejerskab til aktiver, og der er intet til hinder for ensartede eller identiske beskæftigelsesvilkår i alle dele af et vertikalt integreret selskab. En ikke-diskriminerende beslutningsproces bør sikres gennem organisatoriske procedurer for de ansvarlige beslutningstageres uafhængighed.

[...]

- (10) Da dette direktiv ikke vedrører spørgsmål om ejerskab, erindres der om, at såfremt et selskab, der varetager transmission eller distribution og i sin retlige form er adskilt fra selskaber, der varetager produktions- og/eller forsyningsaktiviteter, kan de udpegede systemoperatører være det samme selskab som det, der ejer infrastrukturen.«

9. Det fremgår af direktivets artikel 2, nr. 3) og 5), at der ved »transmission« i direktiv 2003/54 forstås transport af elektricitet via det sammenkoblede system for meget høj spænding og højspænding med henblik på levering af elektricitet til endelige kunder eller distributionsselskaber, men ikke forsyning, mens der ved »distribution« forstås transport af elektricitet via høj-, mellem- og lavspændingsdistributionssystemer med henblik på levering af elektricitet til kunder, men ikke forsyning.

10. Artikel 15, stk. 1, i direktiv 2003/54 med overskriften »Adskillelse af distributionssystemoperatører« har følgende ordlyd:

»Er distributionssystemoperatøren en del af et vertikalt integreret selskab, skal vedkommende i det mindste være uafhængig, hvad angår retlig form, af organisation og beslutningstagning, fra andre aktiviteter, der ikke vedrører distribution. Disse regler indebærer ikke en forpligtelse til at adskille ejerskab til aktiver i distributionssystemoperatøren fra den vertikalt integrerede virksomhed«.

11. Det omhandlede direktivs artikel 15, stk. 2, fastsætter supplerende forpligtelser for vertikalt integrerede virksomheder. Navnlig skal de personer, der har ansvaret for ledelsen af distributionssystemoperatøren, fremlægge garantier for, at de ikke indgår i virksomhedsstrukturer, der har ansvaret for driften af produktion, transport og forsyning af elektricitet, og distributionssystemoperatøren skal have reel beslutningskompetence og opstille et overvågningsprogram for at sikre, at diskriminerende adfærd er udelukket.

3. Direktiv 2009/72 og 2009/73

12. Under hensyn til manglerne ved den gennemførte adskillelse i henhold til de tidligere direktiver og med henblik på at videreføre liberaliseringen af denne sektor har EU-lovgiver inden for rammerne af den tredje energipakke vedtaget direktiv 2009/72 og direktiv 2009/73 om fælles regler for det indre marked for elektricitet henholdsvis naturgas. Af tidsmæssige årsager er de ikke relevante i hovedsagerne, men parterne henviser til dem i deres indlæg.

13. Ifølge 11. betragtning til direktiv 2009/72 »kan [effektiv adskillelse] kun sikres ved at fjerne de vertikalt integrerede virksomheders incitament til at diskriminere mod konkurrenter, hvad netadgang og investeringer angår. Ejerskabsmæssig adskillelse, der indebærer udpegning af netejeren som systemoperatør og dennes uafhængighed af alle forsynings- og produktionsinteresser, er klart en effektiv og stabil måde at løse den iboende interessekonflikt på og sikre forsyningssikkerheden. Derfor betegnede Europa-Parlamentet i sin beslutning af 10. juli 2007 om udsigterne for det indre gas- og elmarked [7] ejerskabsmæssig adskillelse på transmissionsniveauet som det mest effektive middel til at fremme investeringer i infrastruktur på en ikke-diskriminerende måde, fair netadgang for nytilkomne virksomheder og markedsgennemsigtighed. Medlemsstaterne bør derfor i forbindelse med ejerskabsmæssig adskillelse forpligtes til at sikre, at den eller de samme personer ikke har ret til at udøve kontrol over en produktions- eller forsyningsvirksomhed, samtidig med at vedkommende udøver kontrol eller rettigheder over en transmissionssystemoperatør eller et transmissionssystem. Omvendt bør kontrol over et transmissionssystem eller en transmissionssystemoperatør udelukke muligheden for at udøve kontrol eller rettigheder over for en produktions- eller forsyningsvirksomhed. En produktions- eller forsyningsvirksomhed bør inden for disse grænser have mulighed for at have en minoritetskapitalandel i en transmissionssystemoperatør eller et transmissionssystem«.

B – *Nederlandsk ret*

14. De relevante bestemmelser i national ret i hovedsagerne findes i *Wet houdende regels met betrekking tot de productie, het transport en de levering van elektriciteit (lov om regulering af produktion, transport og levering af elektricitet)* af 2. juli 1998⁸ og *Wet houdende regels omtrent het transport en de levering van gas (lov om regulering af transport og levering af gas)* af 22. juni 2000⁹, som bl.a. ændredes i 2004 og 2006 (herefter henholdsvis »*Elektriciteitswet 1998*« og »*Gaswet*«).

15. Disse love er blevet ændret først ved *Interventie- en Implementatiewet (interventions- og gennemførelsesloven)* af 1. juli 2004¹⁰, navnlig med henblik på at gennemføre direktiverne i den anden energipakke.

7 — EUT 2008 C 175 E, s. 206.

8 — Stb. 1998, nr. 427.

9 — Stb. 2000, nr. 305.

10 — Stb. 2004 nr. 328.

16. De er dernæst blevet ændret ved Wet onafhankelijk netbeheer (lov om uafhængig netdrift) af 23. november 2006¹¹ (herefter »Won-loven«). Denne lov har indført mere bindende forpligtelser for systemoperatøren, herunder forbud mod privatisering, koncernforbud og forbud mod de ovennævnte biaktiviteter. Det er navnlig de ændringer, der er indført ved Won-loven i Elektriciteitswet 1998 og i Gaswet, som er genstand for tvisten mellem parterne ved den nationale ret.

17. På grundlag af disse retsakter gælder følgende i nærværende sag relevante forbud i Nederlandene.

1. Privatiseringsforbud

18. Besluit aandelen netbeheerders (bekendtgørelse om andele i systemoperatører) af 9. februar 2008¹², sammenholdt med artikel 93 i Elektriciteitswet 1998 og artikel 85 i Gaswet, fastsætter den ejendomsretlige ordning, der finder anvendelse på systemoperatører.

19. Andelene i selskaber, der er udpeget til systemoperatører, og kontrollen med nettene skal fuldt ud tilhøre andelsejere, som hører til »kredsen af offentlige parter«. Ifølge bekendtgørelsen om andele i systemoperatører kan kun offentlige organer som kommuner, regioner og staten samt juridiske personer, såfremt alle deres andele direkte eller indirekte ejes af offentlige parter, herunder Essent NV¹³, Eneco Holding NV og Delta NV, være eller blive ejere af andele i en systemoperatør.

20. Ifølge bekendtgørelsen om andele i systemoperatører skal ministeren for økonomiske anliggender afslå at give tilladelse til ændringer i ejerskabet til nettet eller andele i en systemoperatør, såfremt overdragelsen kan medføre, at andelene overgår til personer uden for kredsen af offentlige parter.

2. Koncernforbuddet

21. Koncernforbuddet følger af artikel 10b, stk. 1, i Elektriciteitswet 1998 og Gaswet, artikel 2c, stk. 1.

22. På grundlag af disse bestemmelser må en systemoperatør ikke være del af en koncern som omhandlet i artikel 2:24b i Burgerlijk Wetboek (den nederlandske borgerlige lovbog), hvorved også forstås et energiselskab, nemlig en juridisk person, som i Nederlandene producerer, leverer eller handler med elektricitet eller gas. I forlængelse heraf må en systemoperatør ikke eje andele i et energiselskab eller et selskab i en koncern, som energiselskabet indgår i. Tilsvarende gælder det, at et energiselskab ikke kan eje andele i en systemoperatør eller i et selskab i en koncern, som systemoperatøren indgår i.

23. I medfør af ovennævnte forbud skal en vertikalt integreret energivirksomhed splittes op i en del, der har ansvaret for systemdriften, og en del, der har ansvaret for energiproduktion, -levering og -handel, med andre ord en eller flere systemoperatører og energiselskaber. En systemoperatør og de koncernselskaber, der er forbundet med den, kan ikke indgå i en koncern, som energiselskaberne også er en del af. Forpligtelsen til opsplnitning betegnes af den forelæggende ret som »opsplnitningspåbuddet«.

11 — Stb. 2006 nr. 614.

12 — Stb. 2008, nr. 62.

13 — Jf. punkt 27 i dette forslag til afgørelse.

3. Forbuddet mod biaktiviteter

24. Forbuddet mod biaktiviteter er fastsat i artikel 17, stk. 2-4, i Elektriciteitswet 1998 og i artikel 10b, stk. 2-4, i Gaswet¹⁴. Det er sammensat af tre dele.

25. Det er for det første ikke tilladt en systemoperatør og selskaber, som er forbundet med den, at drive nogen virksomhed eller aktivitet, som kan være i strid med hensynet til driften af det pågældende net. Dernæst er det i henhold til dette forbud ikke tilladt et selskab i koncernen at udøve virksomhed, som ikke har en tæt forbindelse med en infrastrukturens basisopgaver. Endelig forhindrer forbuddet mod biaktiviteter ligeledes, at systemoperatøren til støtte for netvirksomhedens aktiviteter stiller finansiell garanti eller sikkerhed for gæld for andre komponenter i systemoperatøren.

III – Tvisterne i hovedsagen, de præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne ved Domstolen

A – Faktiske omstændigheder

26. Det fremgår af den nederlandske regerings indlæg, at på tidspunktet for Won-lovens ikrafttrædelse i 2006 var der tre former for nederlandske energivirksomheder. Den første type var virksomheder, som kun beskæftigede sig med produktion, levering og handel med elektricitet eller gas. Den anden type var vertikalt integrerede virksomheder, som beskæftigede sig både med produktion, levering og handel med elektricitet eller gas og ledelse og drift af elektricitets- og gasnet med henblik på distribution af elektricitet og gas. Den tredje type virksomheder beskæftigede sig hovedsageligt med ledelse og drift af elektricitets- og gasnet og udøvede ikke nogen form for virksomhed inden for produktion, levering og handel med elektricitet eller gas. Selskaberne, der er sagsøgere i hovedsagen, var de vigtigste vertikalt integrerede energivirksomheder på det nederlandske marked. De indgik således i den anden type virksomheder.

27. Essent er aktiv på energimarkedene i Nederlandene, Belgien og andre medlemsstater. For Essent betyder koncernforbuddet, at Essent NV er splittet op i to for dels at danne netvirksomheden Enexis Holding NV, som i overensstemmelse med privatiseringsforbuddet ejes 100% af offentlige andelsejere, dels handels-, leverings- og produktionsvirksomheden Essent NV. Opsplittingspåbuddet har medført betydelige udgifter for Essent, således at den nationale ret har fundet, at den i forbindelse med tvisten i hovedsagen havde søgsmålsinteresse i at nedlægge påstand om, at det fastslås, at de anfægtede bestemmelser ikke er bindende. Siden Essent NV blev købt af den tyske energispecialistkoncern RWE, ejes den 100% af RWE Benelux Holding BV, som er et datterselskab af RWE AG-koncernen.

28. Eneco Holding NV er en virksomhed, hvis aktivitet via dets datterselskaber består i at producere, købe, sælge, transportere og levere elektricitet og gas til navnlig energibrugere. Eneco Holding NV's kapital ejes af 60 kommuner. Dens leveringsaktivitet dækker hele landet, mens dens netvirksomhed dækker en zone, der omfatter seks nederlandske regioner.

29. Delta NV er ligeledes aktiv på markedene for produktion, transport, handel og levering af elektricitet. Derudover distribuerer og leverer Delta NV gas. Delta NV er endvidere aktiv på andre markeder. Energinettene spiller en vigtig rolle inden for rammerne af dens flerbrugsstrategi, som omfatter en majoritetsandel i en belgisk virksomhed med speciale i affaldsbehandling. Værdien af disse net styrker Delta NV's finansieringsgrundlag. Zélande-regionen er hovedandelsejeren heraf, og de resterende andele ejes af de nederlandske kommuner.

14 — I dette forslag til afgørelse afløser terminologien »interdiction des activités tierces« terminologien »interdiction des activités auxiliaires«, der er anvendt i den franske version af forelæggelsesafgørelserne, for at undgå enhver sammenblanding med begrebet »services auxiliaires« (»hjælpefunktioner«) som omhandlet i artikel 2, punkt 17, i direktiv 2003/54 og artikel 2, punkt 14, i direktiv 2003/55, idet det præciseres, at dette begreb er forskelligt i hvert af de omhandlede direktiver.

30. Selskaberne skal – i betragtning af elektricitets- og gasnettet – direkte eller indirekte være 100% ejet af (offentlige) andelshavere, der indgår i kredsen af offentlige parter. Det var disse virksomheder og deres andelsejere forbudt – helt eller delvis – at sælge nettet eller netoperatøren til private investorer. Som allerede anført er Essent NV efterfølgende blevet opsplittet i netoperatør og energiselskab, mens de to andre selskaber er forblevet vertikalt integrerede selskaber.

B – *Den nationale procedure*

31. Selskaberne har anlagt tre særskilte sager ved Rechtbank Den Haag (Nederlandene) med påstand om, at det fastslås, at koncernforbuddet og forbuddet mod biaktiviteter er i strid med de grundlæggende friheder i medfør af artikel 49 TEUF og artikel 63 TEUF og derfor ikke er bindende. Rechtbank Den Haag gav ikke sagsøgerne medhold i disse sager.

32. Selskaberne har iværksat appel til prøvelse af disse afgørelser ved Gerechtshof Den Haag. Gerechtshof Den Haag ophævede Rechtbanks afgørelser med den begrundelse, at de anfægtede bestemmelser var i strid med artikel 63 TEUF og derfor ikke var bindende.

33. Staat der Nederlanden har efterfølgende iværksat kassationsanke til prøvelse af Gerechtshof Den Haags domme og gjort gældende, at EU-retten ikke er til hinder for de anfægtede bestemmelser.

34. I forbindelse med den nævnte procedure har Hoge Raad der Nederlanden ved tre afgørelser af 24. februar 2012 besluttet at udsætte sagen og i de tre omhandlede sager forelægge følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Skal artikel 345 TEUF fortolkes således, at udtrykket »de ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne« også omfatter det i denne sag omhandlede absolutte privatiseringsforbud, således som det fremgår af bekendtgørelsen om andele i systemoperatører, sammenholdt med artikel 93 i [Elektriciteitswet 1998] og artikel 85 [i Gaswet], og hvorefter andele i en systemoperatør udelukkende må overdrages til offentlige parter?
- 2) Har en bekræftende besvarelse af det første spørgsmål til følge, at reglerne om de frie kapitalbevægelser ikke finder anvendelse på koncernforbuddet og forbuddet mod biaktiviteter [activités auxiliaires]¹⁵, eller i det mindste at koncernforbuddet og forbuddet mod biaktiviteter [activités auxiliaires] ikke skal efterprøves i forhold til reglerne om de frie kapitalbevægelser?
- 3) Udgør de også til grund for Won-loven liggende målsætninger om ved forebyggelse af krydssubsidiering i vid forstand (herunder også strategisk udveksling af oplysninger) at skabe gennemsigtighed på energimarkedet og forhindre konkurrencefordrejning udelukkende økonomiske hensyn, eller kan de også anses for ikke-økonomiske hensyn i den forstand, at de som tvingende almene hensyn efter omstændighederne kan begrunde en restriktion for de frie kapitalbevægelser?»

C – *Retsforhandlingerne for Domstolen*

35. Ved kendelse af 26. marts 2012 har Domstolens præsident besluttet at forene sag C-105/12, sag C-106/12 og sag C-107/12.

15 — Den terminologi, der er anvendt i dette forslag til afgørelse i forbindelse med vurderingen af det andet og det tredje spørgsmål, genoptager den konvention, som er forklaret i fodnote 14 i dette forslag til afgørelse (»activités tierces«).

36. Der er indgivet skriftlige indlæg af de pågældende selskaber, den nederlandske, den tjekkiske og den polske regering samt af Europa-Kommissionen, som alle, med undtagelse af Den Tjekkiske Republik og Republikken Polen, ligeledes var repræsenteret under retsmødet, der blev afholdt den 14. januar 2013.

IV – Bedømmelse

A – Det første præjudicielle spørgsmål, som omhandler »privatiseringsforbuddet«, i lyset af artikel 345 TEUF

37. Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om artikel 345 TEUF skal fortolkes således, at udtrykket »de ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne« også omfatter det i denne sag omhandlede absolutte privatiseringsforbud, som indebærer, at andele i en systemoperatør udelukkende må overdrages til offentlige parter.

38. Jeg konstaterer indledningsvis, at privatiseringsforbuddet i den nederlandske lovgivning med hensyn til nettene betyder, at kun »offentlige parter« som omhandlet i ovennævnte bekendtgørelse om andele i systemoperatører¹⁶ direkte eller indirekte kan være ejere af dem.

39. Virksomheder, der er forbundet med netdriften, ligesom direkte eller indirekte andele i nettene, er ikke res extra commercium, da der er tale om under privatretten henhørende helt ordinære ejendomsrettigheder, som kan sælges, købes og anvendes f.eks. som sikkerhed for en fordring. Overdragelsen af andele kan imidlertid kun finde sted inden for en særlig ejerkategori, nemlig de såkaldte »offentlige parter«.

40. Hoge Raad der Nederlanden finder på grundlag af den nationale lovgivning, der finder tidsmæssig anvendelse, at der er tale om et absolut privatiseringsforbud. Jeg deler denne opfattelse. Den omstændighed, at indholdet af denne begrænsning kun konkretiseres i en retsakt af forordningskarakter påvirker, i modsætning til hvad selskaberne har anført, ikke denne konklusion.

41. Som generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer har anført, er artikel 345 TEUF den eneste bestemmelse, hvis gyldighed er direkte afledt af Schumanplanen af 9. maj 1950, og den var oprindeligt fastsat i EKSF-traktatens artikel 83¹⁷. Dens oprindelige formål var at sikre, at oprettelsen af det nye fællesskab ikke greb ind i et på daværende tidspunkt ømtåleligt politisk spørgsmål vedrørende den retlige og sociale karakter af ejendomsretten til de tyske kartelopløste miner og virksomheder i stålsektoren¹⁸. Artikel 345 TEUF foreskriver således princippet om både offentligretlige og privatretlige »produktionsmidlers« og virksomheders ejendomsretlige neutralitet¹⁹.

16 — Det skal præciseres, at definitionen af offentlig part også omfatter juridiske personer, der er et helejet datterselskab af et energiselskab, som er omhandlet i bekendtgørelsen om andele i systemoperatører, herunder Essent NV (før dets opsplitning), Eneco Holding NV og Delta NV. Disse datterselskaber kan være udenlandske juridiske personer.

17 — Jf. generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forenede forslag til afgørelser fremsat i de sager, der gav anledning til dommene af 4.6.2002, sag C-367/98, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 4731, sag C-483/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 4781, og sag C-503/99, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 4809, punkt 45.

18 — Delta NV henviser i sine indlæg til professor Paul Reuters beskrivelse af den nævnte bestemmelses tilblivelseshistorie i bogen *La Communauté Européenne du Charbon et Acier* (Paris, 1953).

19 — Ifølge generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer vedrører artikel 345 TEUF ikke ejendomsretlige ordninger i civilretlig forstand om formueretlige forhold (jf. punkt 54 i de ovennævnte forslag til afgørelser i sag C-367/98, Kommissionen mod Portugal, sag C-483/99, Kommissionen mod Frankrig, og C-503/99, Kommissionen mod Belgien).

42. Jeg mener, at dette dels betyder, at for så vidt som dette system ikke er diskriminerende eller uforholdsmæssigt, kan en iboende konsekvens af det nævnte ejendomsretlige system ikke anses for en hindring henhørende under anvendelsesområdet for traktatfastsatte forbud. Andre restriktive konsekvenser end dem, der følger direkte og uundgåeligt af den offentlige eller private ejendomsretlige ordning er derimod omfattet af traktatens grundlæggende friheder²⁰.

43. Det følger eksempelvis af den omstændighed, at stålindustrien er nationaliseret i en medlemsstat, at virksomheder og endog direkte investeringer ved investorer fra andre medlemsstater er udelukket herfra. Som Kommissionen har anført, har Domstolen siden dommen i sagen *Costa mod E.N.E.L.*²¹ bekræftet nationaliserings forenelighed med EU-retten.

44. Der bør desuden efter min mening henvises til dommen afsagt af Domstolen for Den Europæiske Frihandelskommision (EFTA)²² i sagen mellem Tilsynsmyndigheden for Den Europæiske Frihandelsorganisation (EFTA) og Kongeriget Norge vedrørende koncessioner til erhvervelse af vandfald. EFTA-Domstolen har fortolket artikel 125 i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde²³, som modsvarer artikel 345 TEUF, således, at en stat i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS) har ret til at beslutte, om ejerskabet til vandkraftressourcer og de dermed forbundne installationer tilhører offentlige parter eller privatpersoner, ikke i sig selv berøres af aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde. Ifølge EFTA-Domstolen fulgte det heraf, at Kongeriget Norge lovligt kunne forfølge målet om at etablere en offentlig ejendomsretlig ordning for disse virksomheder, forudsat landet gjorde det på en forholdsmæssig og ikke-diskriminerende måde.

45. Efter denne logik kan den omstændighed, at ingen privat investor kan købe andele i et selskab, der er forbeholdt offentlige andelsejere, ikke anses for en af traktaten forbudt restriktion, for så vidt som det netop drejer sig om et element i et ejendomsretligt system, som traktaten ikke har til formål at ændre.

46. Som retspraksis i »golden shares«-sagerne derimod viser, er den særlige behandling af offentlige interesser inden for en principielt privat ejendomsretlig ordning, som den i selskabsretten fastsatte ordning for aktieselskaber, omfattet af traktatbestemmelserne om de grundlæggende friheder²⁴.

47. Det omhandlede nederlandske system hviler på et grundlæggende valg, hvorefter ejerskabet til energidistributionssystemet er forbeholdt et offentligt ejerskab (*res publica*), men ikke en enkelt ejer. Med dette mål for øje ejes ejendomsretten til nettet af forskellige subjekter, der svarer til definitionen af offentlig part i bekendtgørelsen om andele i systemoperatører. Heraf følger uundgåeligt nødvendigheden af at forbyde indirekte privat besiddelse.

48. Restriktioner for overdragelse af selskabsandele er således nødvendige, for at andelene kan købes og sælges mellem de forskellige subjekter, der har tilladelse hertil, uden at det pågældende selskab mister sin offentlige karakter. Privatiseringsforbuddet er således en uundgåelig konsekvens af valget af offentlig ejendom og opretholdelsen af ejendommen hos de offentlige parter. Jeg slutter heraf, at det i hovedsagerne drejer sig om en ejendomsretlig ordning som omhandlet i artikel 345 TEUF.

20 — Domstolen har for nylig i dom af 8.11.2012, sag C-244/11, Kommissionen mod Grækenland, præmis 15 og 16, erindret om, at »[...] artikel [295 EF] ikke fører til, at de ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne undtages fra traktatens grundlæggende regler [...]. Domstolen har nærmere bestemt fastslået, at selv om artikel 295 EF ikke griber ind i medlemsstaternes ret til at indføre en ordning med hensyn til erhvervelse af ejendomsretten til jordarealer, er en sådan ordning omfattet af de grundlæggende principper i EU-retten, navnlig forbuddet mod forskelsbehandling, etableringsfriheden og de frie kapitalbevægelser (dom af 23.9.2003, sag C-452/01, *Ospelt og Schlössle Weissenberg*, Sml. I, s. 9743, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis)«.

21 — Dom af 15.7.1964, sag 6/64, *Costa*, Sml. s. 1141.

22 — EFTA-Domstolens dom af 26.6.2007, sag E-2/06, EFTA-Tilsynsmyndigheden mod Norge (herefter »vandfald i Norge«), EFTA Court Report, s. 163, præmis 72.

23 — EFT 1994 L 1, s. 3.

24 — Jf. bl.a. dommen i sag C-367/98, Kommissionen mod Portugal, i sag C-483/99, Kommissionen mod Frankrig, og i sag C-503/99, Kommissionen mod Belgien.

49. Jeg foreslår derfor, at Domstolen besvarer det første spørgsmål således, at en medlemsstats ordning som de i hovedsagerne omhandlede, i henhold til hvilken andelene i en distributionssystemoperatør kun kan overdrages til offentlige organer og visse selskaber, som ejes 100% af offentlige parter (privatiseringsforbud), udgør en ejendomsretlig ordning i henhold til artikel 345 i TEUF og er på dette grundlag forenelig med EU-retten.

B – Det andet præjudicielle spørgsmål, som omhandler »koncernforbuddet« og »forbuddet mod biaktiviteter«, henset til de frie kapitalbevægelser

50. Det andet præjudicielle spørgsmål drejer sig om de frie kapitalbevægelser. Hoge Raad der Nederlanden ønsker oplyst, om en bekræftende besvarelse af det første spørgsmål medfører, at reglerne om kapitalernes frie bevægelighed ikke finder anvendelse på koncernforbuddet og forbuddet mod biaktiviteter²⁵, eller i det mindste om disse forbud ikke skal efterprøves i forhold til reglerne om denne frihed.

51. Det skal for det første i overensstemmelse med den ovenfor foreslåede sondring²⁶ afgøres, om disse to forbud kan anses for iboende konsekvenser af Staat der Nederlandens principbeslutning, som er drøftet i forbindelse med det første spørgsmål, om at forbeholde ejendomsretten til systemoperatører for offentlige parter, som ikke kan medføre hindringer. Det kan de efter min mening ikke.

52. Koncernforbuddet og forbuddet mod biaktiviteter er ikke direkte og uundgåelige konsekvenser af privatiseringsforbuddet, som henhører under den ejendomsretlige ordning i henhold til artikel 345 TEUF, men er snarere retsfor skrifter, som har til formål at forhindre, at distributionssystemoperatører drives med henblik på at fremme interesser, der er adskilte fra disses behov, navnlig interesser i forbindelse med levering og produktion af energi. Det drejer sig i realiteten om at forhindre omgåelse af princippet om opsplitning af nettenes ophavsretlige strukturer og af leverings- og produktionstjenesterne, uanset disse strukturers offentlige eller private karakter. Forbuddet mod biaktiviteter kan desuden isolere systemoperatøren fra de risici, der er forbundet med ikke-konnekse aktiviteter og tilsvarende undgå, at systemoperatøren anvendes som finansieringsgrundlag for ikke-konnekse aktiviteter.

53. Det drejer sig med andre ord ikke om foranstaltninger, der har til formål ved kontrol med de mellemliggende ejendomsled, at forbeholde netejerskabet for offentlige parter, men snarere om foranstaltninger, der har til formål at holde systemet, der er rettet mod at holde ejerskabsstrukturerne »rene«, således at energinettets og energisalgets interesser ikke sammenblandes. En tilsvarende bestemmelse ville efter min mening være ligeså nødvendig, såfremt ejerskabsmæssig adskillelse gennemførtes uden privatiseringsforbud. Selv om den nationale lovgivning tillader, at en systemoperatør ejes af private, vil det være ligeså nødvendigt at indføre tilsvarende forbud for at sikre overholdelsen af den ejendoms mæssige adskillelse²⁷ med henblik på at forebygge interessekonflikter.

54. Da koncernforbuddet og forbuddet mod biaktiviteter er uadskillelige fra privatiseringsforbuddet, må man overveje, om de udgør en restriktion for de frie kapitalbevægelser.

25 — Se ovenfor, punkt 21-25.

26 — I punkt 42 i dette forslag til afgørelse.

27 — Kommissionen har anført, at på tidspunktet for vedtagelsen af disse to forbud havde den nederlandske regering endnu ikke udelukket muligheden for en privatisering af systemoperatører. Jeg minder om, at ordninger, der begrænser koncerndannelse og/eller udøvelse af biaktiviteter, faktisk er forholdsvis almindelige i reguleringer, der finder anvendelse for sektorer, der er underlagt en styrket statslig kontrol, såsom dem, der finder anvendelse på den finansielle sektor eller sundhedssektoren.

55. I mangel af en definition i traktaten af begrebet kapitalbevægelser har Domstolen anerkendt, at nomenklaturen for kapitalbevægelser i bilag I til direktiv 88/361/EØF²⁸ har vejledende værdi, eksempelvis i dommen i sag C-171/08, Kommissionen mod Portugal²⁹. Efter denne nomenklatur udgør navnlig de såkaldte »direkte« investeringer ved erhvervelse af kapitalinteresser i en virksomhed i form af aktiebesiddelse, som giver mulighed for faktisk at deltage i driften af og kontrollen med virksomheden og »porteføjeinvesteringer«, med det ene formål at investere uden at ville opnå indflydelse på virksomhedens drift og kontrollen med den³⁰, kapitalbevægelser. Nomenklaturen omfatter endvidere kautioner, andre former for garantier og panterettigheder.

56. Domstolen har fastslået, at nationale foranstaltninger, som kan hindre eller begrænse erhvervelsen af aktier i de omhandlede virksomheder, eller som kan afholde investorer fra andre medlemsstater fra at investere i disse virksomheders kapital, skal kvalificeres som »restriktioner« i den betydning, hvori begrebet er anvendt i artikel 63, stk. 1, TEUF³¹.

57. Jeg mener, at koncernforbuddet og forbuddet mod biaktiviteter klart henhører under kapitalbevægelser som omhandlet i artikel 63, stk. 1, TEUF, og at de udgør restriktioner for dem. Da der endvidere er tale om absolutte forbud, som hypotetisk set hindrer alle transaktioner, der falder ind under deres anvendelsesområde, er det ikke nødvendigt særskilt at konstatere deres karakter af hindring for de frie kapitalbevægelser.

58. Da de omhandlede forbud hindrer de omhandlede virksomheders finansielle og operationelle diversificering, baseret på de to sektorer komplementaritet, hindrer de både direkte investeringer og porteføjeinvesteringer. De begrænser nemlig udenlandske selskabers investeringer i erhvervsdrivende i energisektoren i Nederlandene samt de sidstnævntes investeringer i udenlandske erhvervsdrivende, som har andele i andre energikoncerner i Nederlandene. Forbuddet mod biaktiviteter kan ligeledes ændre de omhandlede selskabers finansiering. Koncernforbuddet og forbuddet mod biaktiviteter udgør følgelig restriktioner for kapitalbevægelserne som omhandlet i artikel 63, stk. 1, TEUF, som er forbudt med forbehold af en begrundelse.

59. Det skal bemærkes, at disse to forbud ligeledes kan analyseres under etableringsfrihedens synsvinkel. Koncernforbuddet er nemlig til hinder for erhvervelse af både minoritets- og majoritetsandele i systemoperatører og energiselskaber samt i virksomheder, der indgår i koncerner, som sådanne selskaber tilhører. Forbuddet mod biaktiviteter begrænser beskæftigelsesområdet for systemoperatører og selskaber, som er forbundet med dem inden for en koncerns rammer, hvilket potentielt udgør en restriktion for etableringsfriheden set fra den omhandlede virksomheds synspunkt. Det er i denne henseende tilstrækkeligt at anføre, at for så vidt som de omhandlede nationale foranstaltninger indebærer restriktioner for etableringsfriheden, er sådanne restriktioner ifølge fast restpraksis en direkte følge af de ovenfor behandlede hindringer for de frie kapitalbevægelser, som de er uløseligt forbundet med. Det er derfor ikke nødvendigt at undersøge de pågældende foranstaltninger i lyset af etableringsfriheden³².

28 — Rådets direktiv af 24.6.1988 om gennemførelse af artikel 67 [EF], EUT L 178, s. 5.

29 — Dom af 8.7.2010, sag C-171/08, Sml. I, s. 6817, præmis 49. Jf. ligeledes dom af 12.12.2006, sag C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation, Sml. I, s. 11753, præmis 179.

30 — Jf. bl.a. dom af 1.10.2009, sag C-567/07, Woningstichting Sint Servatius, Sml. I, s. 9021, præmis 19, og dommen af 8.7.2010 i sag C-171/08, Kommissionen mod Portugal, præmis 49 og 50.

31 — Dommen i sag C-171/08, Kommissionen mod Portugal, præmis 50.

32 — Dom af 28.9.2006, forenede sager C-282/04 og C-283/04, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 9141, præmis 43, og af 8.7.2010, sag C-171/08, Kommissionen mod Portugal, præmis 80.

60. Jeg foreslår følgende Domstolen at besvare det andet præjudicielle spørgsmål således, at selv om forbuddet mod privatisering af systemoperatører som det omhandlede i hovedsagen udgør en ejendomsretlig ordning i henhold til artikel 345 i TEUF, som er forenelig med EU-retten, henhører andre nationale ordninger, såsom koncernforbuddet, der omfatter både distributionssystemoperatører og juridiske personer, som forhandler, leverer og producerer elektricitet eller gas i Nederlandene, og forbuddet mod biaktiviteter, der finder anvendelse på distributionssystemoperatører, under anvendelsesområdet for de frie kapitalbevægelser, i forhold til hvilke deres forenelighed skal efterprøves

C – Det tredje præjudicielle spørgsmål, som omhandler spørgsmålet, om der foreligger »tvingende almene hensyn«, som kan udgøre en begrundelse for en restriktion for de frie kapitalbevægelser

61. Med sit tredje præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om formålene med Won-loven, nemlig at sikre gennemsigtighed på energimarkedet og forebygge konkurrencefordrejning ved bekæmpelse af krydssubsidiering i bred forstand (herunder strategisk informationsudveksling), er rent økonomiske interesser, eller om de ligeledes kan betragtes som interesser af ikke-økonomisk karakter, således at de, efter omstændighederne, som tvingende almene hensyn kan udgøre en begrundelse for en restriktion for de frie kapitalbevægelser.

1. El- og gasdistributionssystemernes karakteristika

62. Før jeg undersøger, om der kan foreligge en eventuel begrundelse og dens forholdsmæssighed, finder jeg det nødvendigt at erindre om el- og gasdistributionssystemernes karakteristika på det konkurrenceprægede og strategiske plan.

63. Disse systemer forbinder det nationale transmissionssystem med brugeren på regionalt og lokalt plan. De er såkaldt »naturlige« monopoler, eftersom de ikke med rimelighed kan opdeles i betragtning af de hermed forbundne meget store stordriftsøkonomier. Fra et konkurrencemæssigt synspunkt kontrollerer ejeren af distributionssystemet således en absolut nødvendig infrastruktur (»essential facility«) mellem levering og forbrug, som giver vedkommende en både downstream- og upstream-markedsstyrke.

64. El- og gasdistributionssystemerne er vigtige for forbrugerne i to henseender. Det er for det første afgørende, at ejeren af systemet ikke udnytter sin monopolagtige stilling til at kræve en uforholdsmæssig betaling for sin tjenesteydelse, dvs. adgang til energiforsyning via distributionssystemet. Af den grund kan transmissionstariffen for energidistribution kontrolleres af de nationale myndigheder, hvilket synes at være tilfældet i Nederlandene³³. For det andet er det nødvendigt, at systemoperatørens kvalitet er tilstrækkelig, navnlig med hensyn til udbedring af mangler, der påvirker modtagelsen af energi og afregningssystemernes troværdighed.

65. Fra et energiforsyningsmæssigt synspunkt er distributionssystemerne afgørende, da det er nytteløst at råde over tilstrækkelig energiforsyning, hvis den ikke kan distribueres til kunderne. Derfor har systemoperatørerne også betydning fra et nationalt sikkerhedssynspunkt, da den, der kontrollerer distributionen af elektricitet, også kontrollerer det moderne samfund i alle dets funktioner. Samme ræsonnement gælder for gas i de medlemsstater, hvor denne er en vigtig energikilde.

66. På baggrund af særegenhederne ved de sektorer, der driver de ikke-»delelige« systemer til levering af tjenesteydelser eller energi, fremstår vigtigheden af at sikre en konkurrencepræget struktur klarere. Ud fra dette synspunkt er det nødvendigt at sikre tredjeparters ikke-diskriminerende adgang til disse systemer for at færdiggøre liberaliseringsprocessen, dvs. gennemførelsen af et konkurrencepræget marked, hvor der sikres fri udveksling af tjenesteydelser inden for systemdrift som bl.a.

33 — Ifølge oplysninger fremlagt af den nederlandske regering under retsmødet.

distributionssystemer for elektricitet og gas eller jernbanetransport. EU-lovgiver har ligesom lovgiveren i en række medlemsstater med henblik herpå vedtaget adskillelsesstrategi, med andre ord en adskillelse af systemoperatøren og driften med henblik på levering af tjenesteydelserne. Den tilsigtede eller opnåede adskillelsesgrad har varieret efter sektor og de omhandlede medlemsstater og går lige fra regnskabsmæssig og funktionel adskillelse til juridisk adskillelse og ejerskabsmæssig adskillelse.

2. Afledt EU-rets indvirkning på vurderingen af en national lovgivning i forhold til den frie bevægelighed

67. De foreliggende hovedsager rejser problemet om afledt EU-rets indvirkning på vurderingen af begrundelsen for en national gennemførelsesforanstaltning, som udgør en restriktion for en af de frie bevægeligheder, og som går ud over kravene i det direktiv, den gennemfører.

68. Efter min mening er det nemlig vigtigt i forhold til Domstolens tidligere retspraksis at fastlægge, om kontrollen med den i de foreliggende hovedsager omhandlede gennemførelsesforanstaltning indebærer en kontrol af det gennemførte direktivs forenelighed med den primære EU-ret.

69. I de foreliggende hovedsager følger koncernforbuddet og forbuddet mod biaktiviteter af Won-loven, der navnlig blev vedtaget for at gennemføre den anden energipakkes direktiv 2003/54 og 2003/55, som ikke kræver adskillelse af ejerskab til transmissions- og distributionssystemoperatørens andele og ejerskab til de øvrige operatører og ikke gør dette til en eksplicit gennemførelsesregel³⁴. Ligesom andre nationale lovgivere, som har valgt ejerskabsmæssig adskillelse af på den ene side transmissionssystemoperatører og på den anden side energiproduktions- og leveringsvirksomheder³⁵, mener jeg, at den nederlandske lovgiver i 2006 med Won-loven, på eget initiativ, er gået ud over kravene i gældende afledt EU-ret ved at vælge ejerskabsmæssig adskillelse af distributionssystemoperatører på den ene side og energiproduktions- og leveringsvirksomheder på den anden side. Jeg påpeger, at de pågældende direktiver er mindsteharmoniseringsbestemmelser.

70. I den lovgivning, der finder anvendelse ratione temporis i de foreliggende sager, nemlig Won-loven, fremstår denne, selv om den er blevet vedtaget med henblik på direktiverne af 2003, således som en national foranstaltning, der kan udskilles fra direktiverne. Den kan derfor prøves selvstændigt i forhold til den frie bevægelighed.

71. Selv om de ikke finder anvendelse ratione temporis på hovedsagerne, mener jeg ikke, at der kan ses bort fra den efterfølgende vedtagelse af direktiv 2009/72 og 2009/73, som gør ejerskabsmæssig adskillelse til en af de eksplicite regler for gennemførelse. Jeg erindrer om, at 11. betragtning til direktiv 2009/72 betegner en sådan adskillelse som en stabil og effektiv måde at løse den iboende interessekonflikt på, og at 21. betragtning hertil angiver retten til at vælge fuld ejerskabsmæssig adskillelse³⁶.

72. En restriktiv ordlydsfortolkning af de nævnte betragtninger kan ganske vist give anledning til den antagelse, at de kun vedrører operatører af energitransmissionssystemer. Ligesom den nederlandske regering og Kommissionen mener jeg imidlertid, at disse betragtninger ligeledes er relevante med hensyn til distributionssystemer på grundlag af deres allerede beskrevne karakteristika og med hensyn

34 — Jf. ottende betragtning til og artikel 15 i ovennævnte direktiv 2003/54.

35 — Inden vedtagelsen af den tredje energipakke havde 13 medlemsstater valgt at adskille ejerskab til systemoperatører for elektricitetstransmission og seks for gastransmission, ifølge M. Hunt: »Ownership Unbundling: The Main Legal Issues in a Controversial Debate«, *EU Energy Law and Policy Issues*, B. Delvaux (red.) m.fl., Rixensart: Euroconfidentiel, 2008.

36 — Der er imidlertid ikke tale om en forpligtelse. I denne henseende bestemmer artikel 26 i direktiv 2009/72, med overskriften »Udskillelse af distributionssystemoperatører«, ligesom artikel 15 i direktiv 2003/54, at »disse regler indebærer ikke en forpligtelse til at adskille ejerskab til aktiver i distributionssystemoperatøren fra den vertikalt integrerede virksomhed«.

til nødvendigheden af at løse interessekonflikter mellem operatører og brugere af systemerne, som forekommer mig ligeså akut inden for distribution som inden for transmission, selv om kun disse sidstnævnte systemer er afgørende set ud fra synspunktet fri udveksling af grænseoverskridende tjenesteydelser.

73. Inden for de gældende lovgivningsmæssige rammer mener jeg følgelig ikke, at koncernforbuddet og forbuddet mod biaktiviteter længere kan anfægtes, i det mindste i princippet, uden direkte at indebære en kontrol af, om direktiverne fra 2009 er forenelige med de frie kapitalbevægelser. Jeg bemærker imidlertid, at den ejerskabsmæssige adskillelse som omhandlet i 11. betragtning til disse direktiver ikke går så langt som den, der følger af koncernforbuddet i nederlandsk ret, for så vidt som den nævnte betragtning udtrykkeligt åbner mulighed for gensidige minoritetsinvesteringer mellem systemoperatøren og en produktions- eller leveringsvirksomhed.

74. Kommissionen har i sine indlæg påpeget, at koncernforbuddets forenelighed med de frie kapitalbevægelser skal vurderes inden for rammerne af de relevante regler i den afledte EU-ret, og den synes at gøre gældende, at alene koncernforbuddets forenelighed med direktivernes formål kan begrunde denne foranstaltning.

75. Efter min opfattelse er det egentlige spørgsmål snarere følgende, nemlig om den ejerskabsmæssige adskillelse, der efterfølgende blev fastsat i direktiverne af 2009, er forenelig med traktaten og navnlig med de frie kapitalbevægelser, som den kan hindre?

76. Det fremgår af fast retspraksis, at EU-lovgiver, ligesom nationale lovgivere, er forpligtet til at overholde de ved traktaten indførte bevægelsesfriheder³⁷. Der har udfoldet sig en retsteoretisk debat³⁸ om, hvorvidt den afledte lovgivning er underlagt kontrol af samme art og intensitet i forbindelse med vurderingen af dens overensstemmelse med den primære EU-ret, særligt med bevægelsesfrihederne³⁹, eller om denne kontrol skal tilpasses EU-rettens særlige omstændigheder og formål.

77. I Bauhuis-sagen fastslog Domstolen, at foranstaltninger, der var udstedt af Rådet og i Fællesskabets almene interesse og ikke af hver enkelt medlemsstat til beskyttelse af dennes særlige interesse, ikke kan anses som foranstaltninger, der hindrer samhandelen⁴⁰. Den afledte EU-ret synes med andre ord at være omfattet af en formodning om overensstemmelse med de traktatsikrede bevægelsesfriheder. En ny illustration af det særlige ved kontrollen af afledte retlige foranstaltninger i forhold til bevægelsesfrihederne følger af dommen i sagen Tyskland mod Parlamentet og Rådet⁴¹, hvori det blev fastslået, at målet om at hindre markedsforstyrrelser kan begrunde en hindring for den frie etableringsret, som følger af direktivet om indskudsgarantiordninger. Et sådant formål kunne utvivlsomt ikke have begrundet en tilsvarende national foranstaltning, som ville være blevet vurderet som værende af rent økonomisk karakter.

78. Domstolens praksis har således anerkendt, at traktatens økonomiske formål kan begrunde hindringer for de grundlæggende friheder, der følger af EU-lovgivningen. I forbindelse med de foreliggende sager må det således afgøres, om og i hvilket omfang en national lovgivnings formål, der omhandler traktatens formål, ligeledes kan begrunde sådanne hindringer. Dette problem kan rejses

37 — Jf. vedrørende varers frie bevægelighed dom af 20.4.1978, forenede sager 80/77 og 81/77, *Les Commissionnaires Réunis og Les Fils de Henri Ramel*, Sml. s. 927: »Forbuddet mod kvantitative restriktioner samt foranstaltninger med tilsvarende virkning gælder, som Domstolen gentagne gange har udtalt, ikke blot for nationale foranstaltninger, men også for foranstaltninger, der udgår fra fællesskabsinstitutionerne.« Jf. ligeledes dom af 17.5.1984, sag 15/83, *Denkavit Nederland*, Sml. s. 2171, præmis 15. Jeg mener ikke, at der er grund til at anvende et andet ræsonnement vedrørende de frie kapitalbevægelser.

38 — Vedrørende denne debat se K. Mortelmans: »The relationship between the Treaty rules and Community measures for the establishment and functioning of the internal market«, *Common Market Law Review* 39(2002), s. 1303.

39 — Til støtte for denne opfattelse se E.-U. Petersmann: *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, Freiburg 1991.

40 — Dom af 25.1.1977, sag 46/76, *Bauhuis*, Sml. s. 5, præmis 27-30.

41 — Dom af 13.5.1997, sag C-233/94, Sml. I, s. 2405, præmis 57.

med samme ordlyd uden for liberaliseringen af distributionssystemerne for elektricitet og gas, navnlig i forbindelse med undersøgelsen af en national konkurrenceretlig lovgivning, som på sit eget anvendelsesområde er strengere end EU-lovgivningen og således kan udgøre en restriktion for etableringsfriheden.

3. De såkaldte »rent økonomiske« begrundelser

79. Jeg har i forbindelse med det andet præjudicielle spørgsmål fastslået, at både koncernforbuddet og forbuddet mod biaktiviteter, der finder anvendelse på distributionssystemoperatører, er omfattet af anvendelsesområdet for de frie kapitalbevægelser, som de udgør restriktioner for.

80. Domstolen har gentagne gange fastslået, at de frie kapitalbevægelser alene kan begrænses af en national lovgivning, hvis denne lovgivning er begrundet af en af de i artikel 58 EF nævnte grunde eller af tvingende almene hensyn i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i Domstolens praksis. Sådanne begrænsninger skal endvidere være egnede i forhold til det mål, der forfølges, og må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå det forfulgte mål⁴².

81. Den forelæggende ret har bemærket, at målet om gennemsigtighed på energimarkedet og forebyggelse af konkurrencefordrejning med henblik på skabelse af lige konkurrencevilkår (»level playing field«), som staten har gjort gældende for at begrunde koncernforbuddet og forbuddet mod biaktiviteter, ligeledes er blevet anvendt af Parlamentet og Rådet som grundlag for direktiv 2009/72 og 2009/73. Ifølge disse direktivers præambel er deres formål navnlig at sikre lige adgang til nettet og gennemsigtighed på markedet med henblik på anvendelse af gennemsigtige, ikke-diskriminerende tariffer⁴³. Selv om disse direktiver ikke pålægger ejerskabsmæssig adskillelse af distributionssystemoperatørerne og forretningsaktiviteterne, har den forelæggende ret bemærket, at de foreskrevne foranstaltninger, bl.a. udskillelse og funktionel adskillelse, er blevet foreskrevet for at nå de mål, der er nævnt ovenfor.

82. Selskaberne mener derimod, at gennemsigtighed og forebyggelse af krydssubsidiering hovedsagelig tilsigter at styrke konkurrencen på det nederlandske energimarked. Under påberåbelse af Domstolens faste praksis har de gjort gældende, at sådanne mål er rent økonomiske og ikke som sådanne kan udgøre tvingende almene hensyn⁴⁴.

83. Kommissionen finder, at koncernforbuddet og forbuddet mod biaktiviteter ganske vist fører til en udskillelse af distributionssystemoperatørerne, der går ud over, hvad der foreskrives i direktiv 2003/54 og 2003/55, men at den er i overensstemmelse med disse direktivers opbygning og formål.

84. Efter min opfattelse følger det klart af både præambelen til direktiverne af 2009 og de parlamentariske debatter i Nederlandene, at hovedformålet med den ejerskabsmæssige adskillelse og med koncernforbuddet i Den Europæiske Union er henholdsvis øgede investeringer og øget konkurrence på energimarkedet samt lavere priser på europæisk plan⁴⁵ og i Nederlandene bekæmpelsen af konkurrencebegrænsende adfærd gennem bedre gennemsigtighed⁴⁶. Det er tilstrækkeligt at påpege, at disse mål prima facie udgør begrundelser af økonomisk karakter som omhandlet i Domstolens praksis.

42 — Jf. dom af 21.12.2011, sag C-271/09, Kommissionen mod Polen, Sml. I, s. 13613, præmis 55 og 58.

43 — Jf. bl.a. 4., 7., 26. og 32. betragtning til direktiv 2009/72 og 4., 5., 25. og 31. betragtning til direktiv 2009/73.

44 — Dom af 10.7.1984, sag 72/83, Campus Oil m.fl., Sml. s. 2727, præmis 35 og 36, af 17.3.2005, sag C-109/04, Kranemann, Sml. I, s. 2421, præmis 34, og af 15.4.2010, sag C-96/08, CIBA, Sml. I, s. 2911, præmis 48.

45 — Se vedrørende dette punkt begrundelsen til direktivforslaget KOM(2007) 528 endelig, s. 5.

46 — Essents NV's og Essent Nederland BV's indlæg gengiver de begrundelser, der er fremført af den nederlandske lovgiver på forskellige stadier af processen.

85. Konkret mener jeg, til trods for de i den foreliggende sag kritiserede økonomiske begrundelser, at koncernforbuddet og forbuddet mod biaktiviteter kan begrundes på tre måder. For det første ved at antage, at de økonomiske mål ikke er »rene«, men snarere er midler til fremme af ikke-økonomiske formål. For det andet ved at præcisere begrebet økonomisk mål for at indføre et element vedrørende den kontrollerede foranstaltnings protektionistiske, endog »egoistiske« formål. Og for det tredje ved at begrunde de omtvistede forbud ved henvisning til et af traktatens mål, idet der ses bort fra den fremførte begrundelses økonomiske eller ikke økonomiske karakter.

86. Det første ræsonnement ligger på linje med de af Domstolen allerede anerkendte foranstaltninger vedrørende forbud mod økonomiske hensyn⁴⁷. Den nederlandske regering har gjort en retning i retspraksis gældende, som anerkender lovligheden af foranstaltninger, som, selv om de har en økonomisk begrundelse, forfølger en andet formål af ikke-økonomisk karakter⁴⁸.

87. Det rejser imidlertid to vanskeligheder at følge dette ræsonnement i den foreliggende sag. Den ene vedrører affattelsen af Hoge Raad der Nederlandens tredje præjudicielle spørgsmål, som kun drejer sig om målene om gennemsigtighed på energimarkedet og om konkurrencefordrejning og ikke giver Domstolen mulighed for at tage hensyn til de af den nederlandske regering påberåbte ikke-økonomiske mål, navnlig beskyttelse af kunderne, garanti for forsyningssikkerheden og interessen i, at systemoperatørerne koncentrerer sig om denne opgave.

88. Det andet ræsonnement vedrører det forhold, at forbindelsen mellem på den ene side koncernforbuddet og forbuddet mod biaktiviteter og på den anden side den offentlige sikkerhed og forbrugerbeskyttelsen ikke fremstår klart hverken ud fra spørgsmålet, om disse foranstaltninger er tilstrækkelige, eller om de er forholdsmæssige ud fra disse mål⁴⁹, hvilket selskaberne med rette har påpeget. Efter min mening svarer privatiseringsforbuddet nemlig i tilstrækkelig grad til kravene i forbindelse med beskyttelse af den offentlige sikkerhed, da det bl.a. udelukker eldistributionssystemdrift ved selskaber, der kontrolleres af tredjelande. Kravene i forbindelse med forbrugerbeskyttelse bør omfattes af særlig opmærksomhed, selv om lovgiver har anerkendt opretholdelsen af vertikalt integrerede selskaber.

89. Det andet ræsonnement hviler på, at grunden til, at de EU-retlige foranstaltninger ikke er omfattet af en ligeså streng kontrol i forhold til bevægelsesfrihederne som den kontrol, rent nationale foranstaltninger er underlagt, er, at hvad Domstolen tilsigter ved at sondre mellem de grunde, der kan begrunde en restriktiv foranstaltning fra de øvrige grunde, ikke så meget er det forfulgte måls økonomiske karakter i sig selv som de implicite protektionistiske formål med den eksplicite begrundelse⁵⁰. Den statiske klassifikation af det lovgivningsmæssige udtryk for en offentlig politik er mindre væsentlig end dens dynamiske formål i forhold til traktatens system og mål.

90. Denne analyse bekræftes af undersøgelsen af de pågældende foranstaltninger i nogle sager, hvor Domstolen har forkastet begrundelsen for en restriktion af etableringsfriheden eller af de frie kapitalbevægelser som værende af rent økonomisk karakter.

47 — For et forsøg på at rationaliseres disse foranstaltninger, se J. Snell: »Economic Aims as Justification for Restrictions on Free Movement«, i *Rule of reason: rethinking another classic of European legal doctrine*, éd. A. Schrauwen, Groningen, Europa Law Publishing, 2005.

48 — Dommen i sagen Campus Oil m.fl.

49 — Ifølge Domstolen ikke mindst i betragtning af, at de krav, der følger af den offentlige sikkerhed i artikel 65, stk. 1, TEUF skal fortolkes strengt og kun kan omfatte tilfælde, hvor der foreligger en virkelig og tilstrækkelig alvorlig trussel mod offentlighedens interesse, jf. dom af 13.5.2003, sag C-463/00, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 4581, præmis 72, og dommen i sag C-171/08, Kommissionen mod Portugal, præmis 73.

50 — Som Kommissionen har gjort gældende under retsmødet.

91. I sagen Kommissionen mod Portugal⁵¹ godtog Domstolen ikke, at den omhandlede nationale ordning, som begrænsede antallet af investorer fra andre medlemsstater og forpligtede til ved erhvervelsen af kapitalandele, der oversteg et givet niveau, at indhente Den Portugisiske Republiks forudgående godkendelse, var begrundet af styrkelsen af konkurrencestrukturen på det pågældende marked og moderniseringen og styrkelsen af effektiviteten af produktionsmidlerne på grundlag af deres økonomiske karakter. Efter min opfattelse består den implicitte begrundelse for denne dom i en mistanke om protektionistiske hensyn i forbindelse med udøvelsen af den skønsbeføjelse, der var forbeholdt den nationale myndighed med ansvar for at udstede en sådan godkendelse.

92. Karakteren af overhængende risiko for protektionistisk omgåelse for den fremførte grund kommer så meget desto mere til udtryk i Domstolens praksis, som ikke henviser til økonomiske hensyn. I den nylige sag Kommissionen mod Grækenland⁵² har Domstolen afvist begrundelsen for at underlægge erhvervelser af kapitalandele i strategiske selskaber en godkendelsesordning på grund af de nationale myndigheders skønsbeføjelse i forbindelse med udøvelsen af denne rettighed, til trods for at der forelå et offentligt sikkerhedshensyn, der kunne begrunde en sådan foranstaltning, nemlig energiforsyningsikkerheden. Formålet med den prøvede nationale foranstaltning har med andre ord forrang for dens økonomiske kvalifikation.

93. Sagen Kommissionen mod Italien⁵³ vedrørte ligeledes en privatiseringslov, der som overgangsforanstaltning med henblik på energisektorens fuldstændige liberalisering fratog alle kapitalandele over en konsolideret tærskel på 2% af stemmeretten. Republikken Italien søgte at begrunde denne foranstaltning med bevarelse af sunde og lige konkurrencevilkår på energimarkederne, hvilket mål blev forkastet af Domstolen. Også i dette tilfælde mener jeg, at det i mindre grad var foranstaltningens økonomiske karakter, som forhindrede Domstolen i at godtage den, end den omstændighed, at denne foranstaltning bidrog til at opretholde status quo, det vil i den sag sige de italienske offentlige myndigheders kontrol med selskaber, der var ved at blive privatiseret, hvilket i det væsentlige er et protektionistisk mål.

94. Ligeledes med hensyn til retspraksis vedrørende »golden shares« er det ikke så meget den økonomiske karakter af den fremførte begrundelse som den overdrevne karakter af de rettigheder, der forbeholdes den pågældende regering, som fører til offentlig protektionisme, som forekommer mig at have begrundet, at Domstolen systematisk har fastslået, at sådanne foranstaltninger var uforenelige med de frie kapitalbevægelser og etableringsfriheden⁵⁴.

95. Et mål, der a priori kan udgøre et mål, der er uforeneligt med Domstolens klassiske retspraksis, kan derimod – efter en formålstest inden for rammerne af vurderingen af en økonomisk begrundelse for en national foranstaltning – fastslås at være foreneligt med traktaten i forbindelse med en ny tilgang til økonomiske hensyn, der bl.a. indebærer en sondring mellem på den ene side økonomiske hensyn, som har til virkning på den ene eller anden måde at beskytte medlemsstaternes økonomiske interesser og på den anden side dem, der har til virkning at organisere en sektor i overensstemmelse med traktatens økonomiske mål.

96. I forbindelse med udgangssituationen i Nederlandene i denne sag – at systemoperatørerne og vertikalt integrerede energiselskaber ejes af offentlige enheder – mener jeg ikke, at koncernforbuddet eller forbuddet mod biaktiviteter direkte eller indirekte begunstiger nationale erhvervsdrivende. Essent NV, der er blevet tvunget til at opsplittes, inden det kunne privatiseres, har tværtimod gjort gældende, at ved at være blevet tvunget til at afgive andele i distributionssystemoperatøren Enexis Holding NV, er

51 — Sag C-367/98, præmis 52.

52 — Præmis 79.

53 — Dom af 2.6.2005, sag C-174/04, Sml. I, s. 4933, præmis 37.

54 — Jf. eksempelvis dommen af 8.7.2010 i sag C-171/08, Kommissionen mod Portugal, som drejede sig om aktier, hvortil der er knyttet særlige rettigheder (vetoret), hvoraf flertallet skal ejes af staten eller andre offentlige aktionærer.

det blevet stillet i en konkurrencemæssig ringere situation i forhold til konkurrenter fra andre medlemsstater, hvor den vertikalt integrerede model fortsat godkendes. Jeg mener således ikke, at koncernforbuddet forfølger et protektionistisk formål i modsætning til de foranstaltninger, der er fastslået at være uforenelige med de frie bevægeligheder i de ovennævnte sager.

97. Koncernforbuddet og forbuddet mod biaktiviteter forfølger i øvrigt næppe et protektionistisk formål til fordel for offentlige parter, for hvem ejerskabet til systemoperatørerne ganske vist er forbeholdt, men som er udelukket fra ejerskabet til energiselskaberne, når de er systemoperatører.

98. Det tredje ræsonnement består i at anerkende et nyt grundlag for begrundelsen for en begrænsning af bevægelsesfrihederne efter den traktatbestemmelse, hvorefter det indre marked altid omfatter en ordening, som kan sikre, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes. Denne bestemmelse, som fandtes i den oprindelige EØF-traktats artikel 3, litra f), findes nu i protokol 27 til TEUF⁵⁵.

99. Den nationale lovgivning, som vedrører erstatning på regionalt og lokalt plan af vertikalt integrerede energiselskabers historiske monopoler med en struktur, som idet den adskiller ejerskabet til distributionssystemoperatøren fra ejerskabet til de tjenester, der driver den, giver mulighed for oprettelse af et konkurrenceorienteret marked for handel med, levering og produktion af energi, udgør en foranstaltning, der er egnet til at sikre, at konkurrencen ikke fordrejes.

100. Efter min mening kan begrænsningen af handlefriheden for både distributionssystemoperatører og energiselskaber garantere ikke-diskriminerende adgang til energimarkedet og sikre, at konkurrencen ikke fordrejes med hensyn til handel med, levering og produktion af energi. Dette mål bør efter min opfattelse anses som en vigtig begrundelse på grundlag af almene hensyn for ikke-diskriminerende nationale restriktioner, som viser sig at være nødvendige for at kunne liberalisere et marked, der er farvet af et naturligt monopol. Det er uden betydning, om denne begrundelse kvalificeres som en ikke rent økonomisk eller ikke-protektionistisk begrundelse.

101. Koncernforbuddet styrker nærmere bestemt adskillelsen mellem på den ene side forsyning og produktion og på den anden side distribution af energi, hvilket ifølge 11. betragtning til direktiv 2009/72 og direktiv 2009/73 er det mest effektive middel til at fremme investeringer i infrastruktur på en ikke-diskriminerende måde, fair netadgang for nytilkomne virksomheder og markedsgennemsigtighed.

102. Forbuddet mod biaktiviteter isolerer på samme tid de øvrige sektorer, som f.eks. forvaltning af en afsmitningseffekt, af øgede ressourcer i forbindelse med en aktivitet, der har karakter af et naturligt monopol, og beskytter netdriften mod de risici, der er forbundet med ikke-forbundne aktiviteter. Det følger heraf, at et sådant forbud kan sikre, at et potentielt øget driftsoverskud i forbindelse med netdriften investeres i vedligeholdelse og forbedring af nettet og ikke i eksterne aktiviteter.

103. Hvad angår proportionalitet går forbuddet i forbindelse med den af den nationale lovgivers vedtagne principbeslutning om strukturel adskillelse mellem distributionssystemoperatører og handel med, levering og produktion af elektricitet og gas ikke ud over, hvad der er nødvendigt for at nå målene om gennemsigtighed på energimarkedet og forebyggelse af konkurrencefordrejning.

104. Jeg foreslår følgelig Domstolen at besvare det tredje præjudicielle spørgsmål således, at de omhandlede nationale ordninger, såsom koncernforbuddet, der omfatter både distributionssystemoperatører og juridiske personer, der handler med, leverer og producerer elektricitet eller gas i Nederlandene, og forbuddet mod biaktiviteter, der finder anvendelse på

55 — Om retspraksis vedrørende EØF-traktatens artikel 3, litra f), se dom af 10.1.1985, sag 229/83, Association des Centres distributeurs Leclerc og Thouars Distribution, Sml. s. 1, præmis 20 ff.

distributionssystemoperatører, kan anses som begrundede restriktioner for de frie kapitalbevægelser, da de kan garantere, at konkurrencen ikke fordrejes ved udnyttelsen af en monopollignende stilling som distributionssystemoperatør inden for handel med, levering og produktion eller inden for andre sektorer, der er adskilt fra netdriften.

V – Forslag til afgørelse

105. På baggrund af de ovenfor anførte betragtninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer de af Hoge Raad de Nederlanden stillede spørgsmål som følger:

- »1) En medlemsstats ordning, såsom den i hovedsagerne omhandlede, i henhold til hvilken andelene i en distributionssystemoperatør kun kan overdrages til offentlige organer og visse selskaber, der ejes 100% af offentlige parter (privatiseringsforbud), udgør en ejendomsretlig ordning som omhandlet i artikel 345 TEUF og er på grundlag heraf forenelig med EU-retten.
- 2) Selv om forbuddet mod privatisering af distributionssystemoperatører som det i hovedsagen omhandlede udgør en ejendomsretlig ordning som omhandlet i artikel 345 TEUF, der er forenelig med EU-retten, er andre nationale ordninger, såsom koncernforbuddet, der omfatter både distributionssystemoperatører og juridiske personer, der handler med, leverer og producerer elektricitet og gas i Nederlandene, og forbuddet mod biaktiviteter, der finder anvendelse på distributionssystemoperatører, omfattet af anvendelsesområdet for de frie kapitalbevægelser, i forhold til hvilke deres forenelighed skal efterprøves.
- 3) De omhandlede nationale ordninger, såsom koncernforbuddet, der omfatter både distributionssystemoperatører og juridiske personer, der handler med, leverer og producerer elektricitet og gas i Nederlandene, og forbuddet mod biaktiviteter, der finder anvendelse på distributionssystemoperatører, kan anses som begrundede restriktioner for de frie kapitalbevægelser, da de kan garantere, at konkurrencen ikke fordrejes ved udnyttelsen af en monopollignende stilling som distributionssystemoperatør inden for handel med, levering og produktion eller inden for andre sektorer, der er adskilt fra netdriften.«