



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
P. PIKAMÄE
fremsat den 9. september 2021¹

Sag C-179/20

**Fondul Proprietatea SA
mod
Guvernul României,
SC Complexul Energetic Hunedoara SA, under likvidation,
Compania Națională de Transport al Energiei Electrice »Transelectrica« SA,
SC Complexul Energetic Oltenia SA,
procesdeltager:
Ministerul Economiei, Energiei și Mediului de Afaceri**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest, Rumænien))

»Præjudiciel forelæggelse – fælles regler for det indre marked for elektricitet – tredjeparters frie adgang til nettene – offentlige serviceforpligtelser – forsyningssikkerhed – direktiv 2009/72/EF – garanteret adgang til elnettet – direktiv 2009/28/EF«

1. Kan en medlemsstat tildele elproduktionsanlæg, der anvender ikke-vedvarende energikilder, garanteret adgang til transmissions- og distributionsnettene?
2. Blandt de spørgsmål, der er genstand for den af Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest, Rumænien) indgivne anmodning om præjudiciel afgørelse, er det dette spørgsmål, der på Domstolens foranledning er genstand for dette forslag til afgørelse.
3. I sin kommende dom vil Domstolen navnlig få lejlighed til at tage stilling til dels rækkevidden af medlemsstaternes forpligtelse til at tildele produktionsanlæg, der anvender vedvarende energikilder, garanteret adgang til nettene, dels den indvirkning, som tildelingen af en garanteret adgang til visse produktionsanlæg, der anvender ikke-vedvarende energikilder, har på adgangen til nettene for de produktionsanlæg, der ikke er omfattet af den garanterede adgang.

¹ – Originalsprog: fransk.

I. Retsforskrifter

A. EU-retten

1. Direktiv 2009/28/EF

4. Følgende fremgår af 60. betragtning til direktiv 2009/28/EF²:

»Prioriteret adgang og garanteret adgang for elektricitet fra vedvarende energikilder er vigtig for at kunne integrere vedvarende energikilder i det indre marked for elektricitet i overensstemmelse med artikel 11, stk. 2, og for en yderligere udvikling af artikel 11, stk. 3, i direktiv 2003/54/EF^[3]. Krav vedrørende opretholdelse af elnettets pålidelighed og sikkerhed og lastfordeling kan variere i overensstemmelse med det nationale elnets karakteristika og sikre funktion. Prioriteret adgang til nettet giver sikkerhed for, at tilsluttede anlæg, der producerer elektricitet fra vedvarende energikilder, til enhver tid vil kunne sælge og overføre deres elektricitet fra vedvarende energikilder i overensstemmelse med tilslutningsregler, når kilden bliver tilgængelig. Hvis elektricitet fra vedvarende energikilder integreres på spotmarkedet, sikrer garanteret adgang, at al elektricitet, der sælges og støttes, får adgang til elnettet, hvilket gør det muligt at anvende mest mulig elektricitet fra vedvarende energikilder fra anlæg, der er tilsluttet elnettet. Dette medfører imidlertid ikke nogen forpligtelse for medlemsstaten til at støtte eller indføre købsforpligtelse for energi fra vedvarende energikilder. I andre systemer er der fastsat en fast pris for elektricitet fra vedvarende energikilder, normalt sammen med en købsforpligtelse for systemoperatøren. I sådanne tilfælde er der allerede givet prioriteret adgang.«

5. Dette direktivs artikel 16 med overskriften »Adgang til og drift af nettene« fastsætter i stk. 2:

»Med forbehold af de krav, der er knyttet til opretholdelsen af nettets pålidelighed og sikkerhed, baseret på gennemsigtige og ikke-diskriminerende kriterier fastlagt af de kompetente nationale myndigheder:

[...]

- b) sørger medlemsstaterne desuden for, at der er enten prioriteret eller garanteret adgang til nettet for elektricitet fra vedvarende energikilder
- c) sikrer medlemsstaterne, at transmissionssystemoperatørerne ved lastfordeling mellem elproduktionsanlæg giver forrang til anlæg, der bruger vedvarende energikilder, i det omfang den sikre drift af det nationale elforsyningssystem tillader det, og på grundlag af gennemsigtige og ikke-diskriminerende kriterier. [...]

² – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 23.4.2009 om fremme af anvendelsen af energi fra vedvarende energikilder og om ændring og senere ophævelse af direktiv 2001/77/EF og 2003/30/EF (EUT 2009, L 140, s. 16).

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 2003, L 176, s. 37).

2. Direktiv 2009/72/EF

6. Artikel 3 i direktiv 2009/72/EF⁴ med overskriften »Offentlige serviceforpligtelser og forbrugerbeskyttelse« bestemmer i stk. 2 og 14:

»2. Medlemsstaterne kan under fuld iagttagelse af de relevante bestemmelser i traktaten, særlig artikel 86, ud fra almindelig økonomisk interesse pålægge virksomheder i elektricitetssektoren offentlige serviceforpligtelser, som kan omfatte leveringernes sikkerhed, herunder forsyningssikkerhed, regelmæssighed, kvalitet og pris samt miljøbeskyttelse, herunder energieffektivitet, energi fra vedvarende energikilder og klimabeskyttelse. Disse forpligtelser skal være klart definerede, og de skal være gennemsigtige, ikke-diskriminerende og kontrollerbare, og de skal sikre elektricitetsvirksomheder i Fællesskabet lige adgang til de nationale forbrugere. I relation til forsyningssikkerhed, energieffektivitet gennem efterspørgselsstyring og opfyldelse af miljømålsætningerne og målene for produktion af energi fra vedvarende energikilder, som omhandlet i dette stykke, kan medlemsstaterne indføre langtidsplanlægning, idet de tager hensyn til, at tredjeparter eventuelt ønsker at få adgang til systemet.

[...]

14. Medlemsstaterne kan beslutte ikke at anvende artikel 7, 8, 32 og/eller 34, for så vidt anvendelsen retligt eller faktisk ville hindre opfyldelsen af de forpligtelser, der er pålagt elektricitetsvirksomheder under hensyn til almen økonomisk interesse, og for så vidt udviklingen af samhandelen ikke påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesse. I henhold til dette direktiv og til traktatens artikel 86 omfatter Fællesskabets interesse bl.a. konkurrence i forbindelse med privilegerede kunder.«

7. Artikel 15 i direktiv 2009/72 med overskriften »Lastfordeling og balancering« fastsætter:

»1. Uden at det berører den elektricitetsforsyning, som sker i henhold til aftalemæssige forpligtelser, herunder de forpligtelser, der følger af udbudsbetingelserne, er transmissionssystemoperatøren, når han udøver denne aktivitet, ansvarlig for lastfordelingen af produktionsanlæggene i sit område og for brugen af samkøringslinjer med andre systemer.

2. Lastfordelingen af produktionsanlæggene og brugen af samkøringslinjerne sker på grundlag af objektive kriterier, som godkendes af de nationale regulerende myndigheder, hvis de er kompetente, og som skal offentliggøres og anvendes på en ikke-diskriminerende måde, der sikrer et velfungerende indre marked for elektricitet. Kriterierne tager hensyn til den økonomiske rangfølge af elektricitet fra disponible produktionsanlæg eller fra overførsel via samkøringslinjer, og der tages hensyn til de tekniske begrænsninger i systemet.

3. En medlemsstat skal kræve, at systemoperatører handler i overensstemmelse med artikel 16 i direktiv 2009/28/EF, og at de ved lastfordelingen af produktionsanlæg bruger vedvarende energikilder. De kan også anmode systemoperatøren ved lastfordelingen af produktionsanlæg om at give forrang til kombineret produktion af varme og elektricitet.

4. En medlemsstat kan af hensyn til forsyningssikkerheden bestemme, at produktionsanlæg, der anvender indenlandske primære energikilder som brændsel, skal gives forrang, dog højst i et

⁴ – 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 2009, L 211, s. 55).

omfang pr. kalenderår på 15% af den totale mængde primærenergi, der er nødvendig for at producere den elektricitet, der forbruges i den pågældende medlemsstat.

[...]«

8. Artikel 32 i direktiv 2009/72 med overskriften »Tredjeparts adgang« bestemmer:

»1. Medlemsstaterne drager omsorg for, at der indføres en ordning for tredjeparts adgang til transmissions- og distributionssystemerne, som bygger på offentliggjorte tariffer, der gælder for alle privilegerede kunder, og som anvendes objektivt og uden forskelsbehandling mellem systembrugerne. Medlemsstaterne sikrer, at tarifferne eller de metoder, de er beregnet efter, er godkendt forud for deres ikrafttræden i overensstemmelse med artikel 37, og at disse tariffer – og metoderne, hvor kun disse godkendes – offentliggøres, inden de træder i kraft.

2. En transmissions- eller distributionssystemoperatør kan nægte adgang, hvis systemet ikke har den nødvendige kapacitet. Afslaget skal begrundes behørigt på grundlag af objektive samt teknisk og økonomisk forsvarlige kriterier, særlig under hensyn til artikel 3. [...]«

B. Rumænsk ret

9. Rumænien har for at gennemføre direktiv 2009/72 i rumænsk ret vedtaget en række retsakter, herunder *Legea energiei electrice și a gazelor naturale* nr. 123/2012 (lov nr. 123/2012 om elektricitet og naturgas) af 10. juli 2012 (*Monitorul Oficial al României*, nr. 485 af 16.7.2012) (herefter »lov nr. 123/2012«), og i henhold til denne lov *Hotărârea Guvernului* nr. 138/2013 privind adoptarea unor măsuri pentru siguranța alimentării cu energie electrică (den rumænske regerings beslutning nr. 138/2013 om foranstaltninger til sikring af elforsyningen) af 3. april 2013 (*Monitorul Oficial al României*, nr. 196 af 8.4.2013) (herefter »beslutning nr. 138/2013«).

10. Artikel 5, stk. 3, i lov nr. 123/2012 med overskriften »Energiprogram« bestemte først følgende:

»Af hensyn til elforsyningsikkerheden kan der ved regeringsbeslutning tildeles garanteret adgang til elnettene for elektricitet produceret i kraftværker, som anvender brændsel af indenlandsk produktion, dog højst i et omfang pr. år på 15% af den totale mængde primærenergi, der er nødvendig for at producere den elektricitet, der udgør statens udvidede endelige energiforbrug.«

11. Ved artikel 1 i beslutning nr. 138/2013 blev dernæst følgende bestemt:

»Der tildeles en garanteret adgang til elnettene for elektricitet produceret af kraftvarmeværket Mintia, som tilhører *Societatea Comercială Complexul Energetic Hunedoara SA*, hvilket sikrer selskabet uafbrudt drift med en gennemsnitlig elkapacitet på mindst 200 MW.«

12. Denne beslutnings artikel 2 fastsatte i samme retning:

»Der tildeles en garanteret adgang til elnettene for elektricitet produceret af *Societatea Comercială Complexul Energetic Oltenia SA*, hvilket sikrer selskabet uafbrudt drift med en gennemsnitlig elkapacitet på mindst 500 MW.«

13. Artikel 3 i beslutning nr. 138/2013 bestemte:

»Compania Națională de Transport al Energiei Electrice »Transelectrica« SA har i sin egenskab af transmissionssystemoperatør pligt til at garantere prioriteret lastfordeling af elektricitet produceret af de kraftvarmeverker, der er omhandlet i artikel 1 og 2, på de betingelser, der er fastsat i forordningerne fra Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei [(ANRE) den nationale regulerende myndighed for energisektoren].«

14. Artikel 4 i beslutning nr. 138/2013 fastsatte:

»Med henblik på at opretholde sikkerhedsniveauet i det nationale elektricitetssystem har Societatea Comercială Complexul Energetic Hunedoara SA pligt til at levere systembærende ydelser til transmissionssystemoperatøren med en elkapacitet på mindst 400 MW i overensstemmelse med de af [ANRE] vedtagne forordninger.«

15. Den nævnte beslutnings artikel 5 fastsatte i samme retning:

»Med henblik på at opretholde sikkerhedsniveauet i det nationale elektricitetssystem har Societatea Comercială Complexul Energetic Oltenia SA pligt til at levere systembærende ydelser til transmissionssystemoperatøren med en elkapacitet på mindst 600 MW i overensstemmelse med de af [ANRE] vedtagne forordninger.«

16. Beslutning nr. 138/2013 fastsatte i artikel 6, at »de foranstaltninger, der er omhandlet i nærværende beslutning, finder anvendelse fra den 15. april 2013 til den 1. juli 2015«.

17. Ved regeringens beslutning nr. 941/2014 blev den frist, der var fastsat for selskabet Complexul Energetic Hunedoara SA's anvendelse af foranstaltningerne i artikel 1, 3 og 4 i beslutning nr. 138/2013, forlænget indtil den 31. december 2017.

II. De faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

18. SC Complexul Energetic Hunedoara og SC Complexul Energetic Oltenia er to elproduktionselskaber, som anvender ikke-vedvarende energikilder. Rumænsk ret, som jeg netop har gjort rede for, fastsætter tre foranstaltninger for disse selskaber, som kan sammenfattes som følger:

- en prioriteret lastfordeling, tildelt af Transelectrica⁵, af elektricitet produceret af henholdsvis kraftvarmeverket Mintia, der tilhører SC Complexul Energetic Hunedoara, og SC Complexul Energetic Oltenia (artikel 3 i beslutning nr. 138/2013)⁶
- en garanteret adgang til transmissions- og distributionssystemerne for elektricitet produceret af disse kraftvarmeverker, hvilket sikrer dem uafbrudt drift med en gennemsnitlig elkapacitet

⁵ – Transelectrica er Rumæniens eltransmissionssystemoperatør.

⁶ – Artikel 3 i beslutning nr. 138/2013 fastsætter efter min opfattelse ikke en grænse for den mængde elektricitet, der af Transelectrica gives forrang, for så vidt som grænsen på 15%, der er fastsat i artikel 5, stk. 3, i lov nr. 123/2012, kun omhandler ordningen for garanteret adgang. Det er imidlertid muligt, at den mængde elektricitet, der er blevet produceret af de produktionsanlæg, der er omhandlet i artikel 3 i beslutning nr. 138/2013, og som har fået forrang, ikke har oversteget den grænse på 15%, der er fastsat i artikel 15, stk. 4, i direktiv 2009/72.

på mindst henholdsvis 200 MW og 500 MW (artikel 5, stk. 3, i lov nr. 123/2012 og artikel 1 og 2 i beslutning nr. 138/2013, herefter »den omhandlede foranstaltning«)

- en forpligtelse for SC Complexul Energetic Hunedoara og SC Complexul Energetic Oltenia til at levere systembærende ydelser til Transelectrica med en elkapacitet på mindst henholdsvis 400 MW og 600 MW (artikel 4 og 5 i beslutning nr. 138/2013).

19. Fondul Proprietatea SA, der er aktionær i elproduktionselskabet Hidroelectrica SA, som anvender vedvarende energikilder, var af den opfattelse, at det led tab som følge af Rumæniens vedtagelse af disse foranstaltninger, for så vidt som de ifølge dette selskab udgør statsstøtte til fordel for SC Complexul Energetic Hunedoara og SC Complexul Energetic Oltenia, som selskabet opfatter som to af sine konkurrenter.

20. For at beskytte sine interesser anlagde Fondul Proprietatea derfor et søgsmål med påstand om annullation af beslutning nr. 138/2013 ved Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest). Ved dom af 10. marts 2015 frifandt appeldomstolen regeringen.

21. Appellanten iværksatte kassationsanke ved Înalta Curte de Casație și Justiție – Secția de Contencios Administrativ și Fiscal (kassationsdomstol – afdelingen for forvaltnings- og skatteretlige sager, Rumænien). Ved dom af 22. maj 2018 ophævede kassationsdomstolen delvist den anfægtede dom, fordi Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest) ikke havde undersøgt alle de af appellanten fremsatte ulovlighedsgrunde. Følgelig hjemviste Înalta Curte de Casație și Justiție (kassationsdomstol) sagen til Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest), for at denne kunne undersøge alle de nævnte grunde.

22. Under behandlingen af det hjemviste annullationssøgsmål har Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest) på appellants foranledning besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) [For så vidt angår artikel 107 TEUF og artikel 108, stk. 3, TEUF:] Udgør den rumænske stats vedtagelse af bestemmelser, der til fordel for to selskaber, hvori staten er majoritetsaktionær, fastsætter, at

- a) disse to selskaber tildeles prioriteret adgang ved lastfordelingen, samt at transmissionssystemoperatøren har pligt til at købe systembærende ydelser af dem, og at
- b) elektricitet produceret af disse to selskaber tildeles garanteret adgang til elnettene med henblik på at sikre disse selskabers uafbrudte drift,

statsstøtte som omhandlet i artikel 107 TEUF, dvs. er der tale om en foranstaltning, som er finansieret af staten eller ved hjælp af statsmidler, har selektiv karakter og kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne? Såfremt spørgsmålet besvares bekræftende, var denne statsstøtte da anmeldelsespligtig i medfør af artikel 108, stk. 3, TEUF?

2) [For så vidt angår artikel 15, stk. 4, i direktiv 2009/72:] Er den rumænske stats tildeling af en ret til garanteret adgang til elnettet, hvormed to selskaber, hvori staten er majoritetsaktionær, sikres uafbrudt drift, forenelig med bestemmelserne i artikel 15, stk. 4, i [dette direktiv]?«

III. Retsforhandlingerne for Domstolen

23. Fondul Proprietatea, SC Complexul Energetic Oltenia og Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg om disse spørgsmål.

24. Fondul Proprietatea og Kommissionen har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 2. juni 2021.

IV. Bedømmelse

25. Således som det er blevet illustreret ovenfor, vedrører dette forslag til afgørelse i overensstemmelse med Domstolens anmodning alene det andet spørgsmål.

A. Indledende bemærkninger om begreberne »prioriteret lastfordeling« og »garanteret adgang«

26. Henset til den manglende definition af begreberne »prioriteret lastfordeling« og »garanteret adgang« i bestemmelserne i direktiv 2009/28 og 2009/72 finder jeg det nødvendigt at præsentere dem.

1. Begrebet »prioriteret lastfordeling«

27. Som det er fastsat i artikel 15, stk. 1, i direktiv 2009/72, er det transmissionssystemoperatøren, der er ansvarlig for lastfordelingen af produktionsanlæggene. I denne forbindelse kan lastfordelingen, således som Domstolen gjorde i ENEL-dommen, defineres som »den transaktion, hvorved systemoperatøren »retter henvendelse til« de produktionsanlæg, som råder over en passende kapacitetsreserve, og som er beliggende i systemoperatørens område, ud fra efterspørgslen med henblik på at sikre, at der til enhver tid er balance mellem udbud og efterspørgsel på elektricitet i systemet[,] og således sikre en kontinuerlig elektricitetsforsyning«⁷.

28. Ifølge artikel 15, stk. 2, i direktiv 2009/72 sker denne lastfordeling af produktionsanlæggene på grundlag af objektive kriterier, som skal offentliggøres og anvendes på en ikke-diskriminerende måde, og som tager hensyn til især kriteriet om den økonomiske rangfølge. I denne henseende defineres dette kriterium som »rangfølgen af elektricitetsforsyningskilder ud fra økonomiske kriterier«⁸. Konkret rettes der i princippet henvendelse til produktionsanlæggene ifølge den økonomiske rangfølge, idet der begyndes med det laveste salgstilbud og herefter efter voksende værdi, indtil hele efterspørgslen er dækket⁹.

29. Lovgiver har dog tilpasset lastfordelingen således, som jeg netop har gjort rede for, ved at indføre begrebet »prioriteret lastfordeling«. Transmissionssystemoperatøren foretager den prioriterede lastfordeling på den måde, at der rettes henvendelse til produktionsanlæggene på grundlag af andre kriterier end kriteriet om økonomisk rangfølge. Efter vedtagelsen af direktiv 2009/72 definerede lovgiver nemlig prioriteret lastfordeling som »for den selvstændige lastfordelingsmodels vedkommende kraftværkers lastfordeling på grundlag af andre kriterier end

⁷ – Dom af 21.12.2011, ENEL (C-242/10, EU:C:2011:861, præmis 11).

⁸ – Artikel 2 i direktiv 2009/72.

⁹ – Jf. dom af 21.12.2011, ENEL (C-242/10, EU:C:2011:861, præmis 87).

den økonomiske rangfølge af bud, og for den centrale lastfordelingsmodels vedkommende kraftværkers lastfordeling på grundlag af andre kriterier end den økonomiske rangfølge af bud og end netbegrænsninger, idet der gives prioritet til bestemte produktionsteknologiers lastfordeling¹⁰. I det foreliggende tilfælde fastsættes i direktiv 2009/72 en prioriteret lastfordeling for to kategorier af produktionsanlæg.

30. For det første har medlemsstaterne pligt til ved lastfordelingen at prioritere de produktionsanlæg, der anvender vedvarende energikilder, i henhold til artikel 16, stk. 2, litra c), i direktiv 2009/28, hvortil artikel 15, stk. 3, i direktiv 2009/72 henviser¹¹. Denne forrang ved lastfordelingen, som er begrundet i miljøbeskyttelseshensyn¹², udgør en støttemekanisme for disse anlæg¹³.

31. For det andet kan medlemsstaterne ved lastfordelingen give forrang til produktionsanlæg, der anvender indenlandske primære energikilder som brændsel, i henhold til artikel 15, stk. 4, i direktiv 2009/72¹⁴. Denne prioriterede lastfordeling, som er begrundet i hensynet til forsyningssikkerheden, er dog begrænset til »et omfang pr. kalenderår på 15% af den totale mængde primærenergi, der er nødvendig for at producere den elektricitet, der forbruges i den pågældende medlemsstat«.

2. Begrebet »garanteret adgang«

32. I artikel 16 i direktiv 2009/28 med overskriften »Adgang til og drift af nettene« pålægges det i stk. 2, litra b), medlemsstaterne at sørge for, »at der er enten prioriteret eller garanteret adgang til nettet for elektricitet fra vedvarende energikilder«¹⁵.

33. Denne bestemmelse definerer imidlertid ikke begrebet »garanteret adgang« og indeholder ikke nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret med henblik på at fastlægge dets betydning og rækkevidde. Følgelig skal dette begreb i henhold til Domstolens faste praksis undergives en selvstændig og ensartet fortolkning, som skal søges under hensyntagen ikke alene til bestemmelsens ordlyd, men ligeledes til den sammenhæng, hvori bestemmelsen indgår, og det formål, som forfølges med den pågældende lovgivning¹⁶.

34. I denne forbindelse gøres der i 60. betragtning til direktiv 2009/28 rede for den garanterede adgangs funktion, virkningerne af dens gennemførelse og det forfulgte mål. Ifølge denne betragtning er den garanterede adgangs funktion at sikre, »at al elektricitet, der sælges og støttes,

¹⁰ – Artikel 2, nr. 20), i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2019/943 af 5.6.2019 om det indre marked for elektricitet (EUT 2019, L 158, s. 54).

¹¹ – Den prioriterede lastfordeling til fordel for produktionsanlæg, der anvender vedvarende energikilder, var allerede bestemt i de direktiver, der gik forud for direktiv 2009/72 (artikel 8, stk. 3, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/92/EF af 19.12.1996 om fælles regler for det indre marked for elektricitet (EFT 1997, L 27, s. 20), nu artikel 11, stk. 3, i direktiv 2003/54). I øvrigt kan denne forrang også gives til produktionsanlæg, der har kombineret produktion af varme og elektricitet (artikel 15, stk. 3, i direktiv 2009/72).

¹² – Jf. 28. betragtning til direktiv 96/92.

¹³ – Kommissionens meddelelse til Rådet og Europa-Parlamentet om gennemførelsen af det indre marked for energi (KOM(2001) 125 endelig, s. 25).

¹⁴ – Den prioriterede lastfordeling til fordel for produktionsanlæg, der anvender indenlandske primære energikilder som brændsel, var allerede bestemt i de direktiver, der gik forud for direktiv 2009/72 (artikel 8, stk. 4, i direktiv 96/92, nu artikel 11, stk. 4, i direktiv 2003/54).

¹⁵ – Direktiv 2009/28 efterfulgte Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/77/EF af 27.9.2001 om fremme af elektricitet produceret fra vedvarende energikilder inden for det indre marked for elektricitet (EFT 2001, L 283, s. 33). Artikel 7 i direktiv 2001/77 med overskriften »Spørgsmål vedrørende elforsyningsnettet« gav i stk. 1 medlemsstaterne mulighed for at tildele prioriteret adgang til elnettet for elektricitet fra vedvarende energikilder.

¹⁶ – Dom af 16.7.2015, Abcur (C-544/13 og C-545/13, EU:C:2015:481, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis).

får adgang til elnettet«. Henset til dens funktion gør gennemførelsen af den garanterede adgang det nødvendigvis muligt »at anvende mest mulig elektricitet fra vedvarende energikilder fra anlæg, der er tilsluttet elnettet«. Endelig består det af EU-lovgiver forfulgte mål i at »integrere vedvarende energikilder i det indre marked for elektricitet« og at udvikle den prioriterede lastfordeling til fordel for produktionsanlæg, der anvender vedvarende energikilder.

35. Under alle omstændigheder gør det sparsomme materiale, der kan belyse begrebet »garanteret adgang«, det unægteligt ikke lettere at forstå det. Uden at det er nødvendigt for behandlingen af det præjudicielle spørgsmål at definere dette begreb yderligere er jeg dog af den opfattelse, at garanteret adgang, jf. 60. betragtning til direktiv 2009/28, er en mekanisme, som sikrer produktionsanlæg, der anvender vedvarende energikilder, adgang til nettene med henblik på transmission af den afsatte elektricitet.

B. Omformulering af det andet præjudicielle spørgsmål

36. Det er ubestridt, at Rumænien med vedtagelsen af artikel 5, stk. 3, i lov nr. 123/2012 og artikel 1 og 2 i beslutning nr. 138/2013 har tildelt produktionsanlæg, der anvender ikke-vedvarende energikilder, garanteret adgang til nettene.

37. Ordlyden af artikel 5, stk. 3, i lov nr. 123/2012 kan imidlertid give anledning til forveksling mellem garanteret adgang og prioriteret lastfordeling, eftersom denne bestemmelse gør tildelingen af garanteret adgang betinget af overholdelsen af betingelser, der vedrører prioriteret lastfordeling som omhandlet i artikel 15, stk. 4, i direktiv 2009/72. I henhold til artikel 5, stk. 3, i lov nr. 123/2012 kan garanteret adgang til nettene nemlig kun tildeles »kraftværker, som anvender brændsel af indenlandsk produktion, dog højst i et omfang pr. år på 15% af den totale mængde primærenergi, der er nødvendig for at producere den elektricitet, der udgør statens udvidede endelige energiforbrug«¹⁷.

38. Den rumænske regering har endvidere gjort gældende for Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest), at formålet med artikel 5, stk. 3, i lov nr. 123/2012 var at gennemføre den prioriterede lastfordeling, jf. artikel 15, stk. 4, i direktiv 2009/72, i rumænsk ret. Denne omstændighed synes at have foranlediget den forelæggende ret til at henvise til dette direktivs artikel 15, stk. 4, da den affattede sit andet spørgsmål om foreneligheden med EU-retten af den garanterede adgang som fastsat i artikel 5, stk. 3, i lov nr. 123/2012.

39. Jeg finder imidlertid ikke artikel 15, stk. 4, i direktiv 2009/72 afgørende for besvarelsen af dette spørgsmål, som i det væsentlige omhandler en medlemsstats mulighed for at tildele visse elproduktionsanlæg, der anvender ikke-vedvarende energikilder, garanteret adgang til nettene. Denne bestemmelse i direktivet vedrører nemlig kun den prioriterede lastfordeling, på en række betingelser, til fordel for visse produktionsanlæg, der anvender indenlandske primære energikilder som brændsel.

40. Jeg gør modsat opmærksom på, at artikel 16, stk. 2, litra b), i direktiv 2009/28 er den eneste bestemmelse, der omhandler den garanterede adgang. Som den forelæggende ret har anført, angår medlemsstaternes pligt til at tildele garanteret adgang til nettene imidlertid kun produktion af elektricitet fra vedvarende energikilder (herefter »grøn elektricitet«). Jeg finder det derfor nødvendigt at fastslå, hvorvidt en sådan adgang ifølge denne artikel alene er forbeholdt grøn elektricitet.

¹⁷ – Beslutning nr. 138/2013 sondrer dog tydeligt mellem garanteret adgang (artikel 1 og 2) og prioriteret lastfordeling (artikel 3).

41. Det er i øvrigt min opfattelse, at den ifølge artikel 16, stk. 2, litra b), i direktiv 2009/28 garanterede adgang til nettene, delvist og alene for grøn elektricitet, tilpasser reglerne for tredjepartsadgang til nettene til de systemer, der er omhandlet i artikel 32 i direktiv 2009/72.

42. Artikel 32 i direktiv 2009/72, og nærmere bestemt stk. 1, indfører nemlig princippet om tredjeparts frie adgang til nettene, hvorefter det følger, at medlemsstaterne har forbud mod at fastsætte regler for adgang til nettene, der diskriminerer mellem brugerne. Da den garanterede adgang er en mekanisme, der sikrer de produktionsanlæg, der er omfattet heraf, adgang til nettene med henblik på transmission af den afsatte elektricitet, har den imidlertid en vis indflydelse på adgangen til de samme net for de produktionsanlæg, der ikke er omfattet af denne mekanisme. På grund af denne indvirkning finder jeg det nødvendigt at undersøge den garanterede adgang som fastsat i rumænsk ret i lyset af artikel 32, stk. 1, i direktiv 2009/72.

43. I forlængelse af denne undersøgelse er det efter min opfattelse ligeledes nødvendigt at kontrollere, om artikel 3, stk. 2 og 14, i direktiv 2009/72 er til hinder for den garanterede adgang som fastsat i rumænsk ret. Det fremgår nemlig af forelæggelsesafgørelsen, at tildelingen af den garanterede adgang er blevet begrundet for den forelæggende ret med hensyn til den nødvendige elforsyningsikkerhed. Når en sådan begrundelse er blevet gjort gældende for Domstolen, vil denne uvægerligt have undersøgt den i lyset af artikel 3, stk. 2 og 14, i direktiv 2009/72, som gør det muligt for medlemsstaterne på visse betingelser at begrænse den frie adgang til nettene for tredjepart som omhandlet i samme direktivs artikel 32, stk. 1, når anvendelsen af denne bestemmelse risikerer at hindre virksomheder i elektricitetssektoren i at opfylde deres offentlige serviceforpligtelser.

44. Under disse omstændigheder og for at give den forelæggende ret et anvendeligt svar med henblik på afgørelsen af tvisten finder jeg det nødvendigt at omformulere det andet spørgsmål, således som det er blevet forelagt Domstolen¹⁸.

45. Jeg foreslår derfor, at det andet spørgsmål affattes som følger:

»Skal bestemmelserne i artikel 16, stk. 2, litra b), i direktiv 2009/28 samt i artikel 3, stk. 2 og 14, og artikel 32, stk. 1, i direktiv 2009/72 fortolkes således, at de er til hinder for en national lovgivning som den i den foreliggende sag omhandlede, hvorefter der tildeles visse elproduktionsanlæg, der anvender ikke-vedvarende energikilder, garanteret adgang til transmissions- og distributionsnettene af hensyn til elektricitetsforsyningsikkerheden?«

C. Undersøgelse af det omformulerede præjudicielle spørgsmål

46. Som forklaret ovenfor vil jeg først søge at fastslå, om den garanterede adgang til nettene ifølge artikel 16, stk. 2, litra b), i direktiv 2009/28 alene er forbeholdt grøn elektricitet. Dernæst vil jeg undersøge den begrænsning, som den garanterede adgang som fastsat i rumænsk ret medfører for princippet om den frie adgang til nettene for tredjepart som omhandlet i artikel 32, stk. 1, i direktiv 2009/72, foruden den eventuelle begrundelse herfor i henhold til samme direktivs artikel 3, stk. 2 og 14.

¹⁸ – Jf. i denne retning dom af 14.5.2020, T-Systems Magyarorszá (C-263/19, EU:C:2020:373, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis).

1. Foreneligheden af en garanteret adgang til nettene for elektricitet fra ikke-vedvarende energikilder med den garanterede adgang i henhold til direktiv 2009/28

47. Ifølge artikel 16, stk. 2, litra b), i direktiv 2009/28 »sørger medlemsstaterne desuden for, at der er enten prioriteret eller garanteret adgang til nettet for elektricitet fra vedvarende energikilder«. For at fastslå, om EU-lovgivers hensigt med denne bestemmelses ordlyd har været alene at forbeholde grøn elektricitet garanteret adgang til nettene, vil jeg foretage en ordlydsfortolkning og en formålsfortolkning¹⁹. Denne analyse bør efter min opfattelse give det resultat, at tildeling af en garanteret adgang for visse produktionsanlæg, der anvender ikke-vedvarende energikilder, på bestemte betingelser er forenelig med direktiv 2009/28.

a) Ordlydsfortolkning

48. Ordlydsfortolkningen af artikel 16, stk. 2, litra b), i direktiv 2009/28 gør det ikke muligt for mig at konkludere, at det er forbudt medlemsstaterne at tildele visse produktionsanlæg, der anvender ikke-vedvarende energikilder, garanteret adgang til nettene.

49. I den franske version af artikel 16, stk. 2, litra b), i direktiv 2009/28 anføres nemlig, at »les États membres prévoient, en outre, soit un accès prioritaire, soit un accès garanti au réseau pour l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables«. I den engelske version fastsætter den samme bestemmelse, at »Member States shall also provide for either priority access or guaranteed access to the grid-system of electricity produced from renewable energy sources«. I den estiske version af denne bestemmelse fastsættes det endelig, at medlemsstaterne »sätestavad ka taastuvatest energiaallikatest toodetud elektrienergia kas eelistatud või tagatud juurdepääsu võrgusüsteemile«.

50. Selv om der i hver af disse sprogversioner fastsættes en pligt, består denne således i, at medlemsstaterne skal tildele grøn elektricitet en prioriteret eller garanteret adgang til nettene uden dog at forbeholde alene denne type elektricitet en sådan adgang. Med andre ord gør ingen af de undersøgte versioner af artikel 16, stk. 2, litra b), i direktiv 2009/28 det muligt for mig at konkludere, at EU-lovgiver har forbudt medlemsstaterne at tildele andre produktionsanlæg end dem, der anvender vedvarende energikilder, en garanteret adgang til nettene.

b) Formålsfortolkning

51. Af hensyn til formålsfortolkningen af den omhandlede bestemmelse er det nødvendigt at påpege, at transmissionskapaciteten i transmissions- og distributionsnettene har en iboende begrænsning. Disse net kan således ikke nødvendigvis transportere al den elektricitet, der er produceret eller kan produceres af de anlæg, der er tilkøbet²⁰.

52. For så vidt angår artikel 16, stk. 2, litra b), i direktiv 2009/28 fremgår det af 60. betragtning til dette direktiv, at den garanterede adgang til nettene især har til formål at integrere de vedvarende energikilder i det indre marked for elektricitet gennem anvendelse af en maksimal mængde grøn elektricitet. Jeg udleder derfor, at systemoperatørerne tildeler produktionsanlæg med garanteret adgang en transmissionskapacitet svarende til den mængde grøn elektricitet, der kan forbruges.

¹⁹ – Dom af 10.9.2014, Ben Alaya (C-491/13, EU:C:2014:2187, præmis 22 og den deri nævnte retspraksis).

²⁰ – Denne situation er i øvrigt omfattet af artikel 32, stk. 2, i direktiv 2009/72, der fastsætter, at en »transmissions- eller distributionssystemoperatør kan nægte adgang, hvis systemet ikke har den nødvendige kapacitet«.

53. På baggrund af dels den iboende begrænsning af kapaciteten i transmissions- og distributionsnettene, dels den kapacitetsfordeling, som den garanterede adgang medfører, er det således min opfattelse, at tildeling af en garanteret adgang til nettene for elektricitet fra ikke-vedvarende energikilder kun under visse omstændigheder kan medføre, at den adgang, der er tildelt grøn elektricitet, ikke realiseres²¹.

54. Disse omstændigheder bør dog efter min mening ikke føre til den fortolkning, at artikel 16, stk. 2, litra b), i direktiv 2009/28 under alle omstændigheder forbyder tildeling af en garanteret adgang til nettene for visse produktionsanlæg, der ikke anvender vedvarende energikilder.

55. Det er nemlig ikke nødvendigt at antage, at artikel 16, stk. 2, litra b), i direktiv 2009/28 forbyder tildeling af garanteret adgang til nettene for de produktionsanlæg, der ikke anvender vedvarende energikilder, for at nå det mål, der forfølges med denne bestemmelse, og som er at integrere de vedvarende energikilder i det indre marked for elektricitet gennem anvendelse af en maksimal mængde grøn elektricitet.

56. En sådan fortolkning har i øvrigt så radikal en karakter, at den ikke forekommer mig forenelig med medlemsstaternes betydelige råderum på dette område. Domstolen er nemlig af den opfattelse, at EU-lovgiver med vedtagelsen af direktiv 2009/28 ikke har haft til hensigt at gennemføre en udtømmende harmonisering af nationale støtteordninger til produktionen af grøn energi²². Denne fortolkning er endvidere i tråd med Domstolens mere generelle konstatering af, at »EU-bestemmelserne på miljøområdet ikke tilsigter en fuldstændig harmonisering«²³. Det er følgelig min opfattelse, at medlemsstaterne fortsat har et betydeligt råderum i forbindelse med gennemførelsen af dette instrument²⁴.

57. Af samtlige disse grunde finder jeg i lighed med Kommissionen en medlemsstats tildeling af en garanteret adgang til nettene for produktionsanlæg, der anvender ikke-vedvarende energikilder, forenelig med den pligt, der pålægges dem i artikel 16, stk. 2, litra b), i direktiv 2009/28, så længe den garanterede adgang, der er tildelt grøn elektricitet, er sikret. Det tilkommer den forelæggende ret at undersøge, om den grønne elektricitet faktisk har haft garanteret adgang til nettene som fastsat i dette direktivs artikel 16, stk. 2, litra b)²⁵.

2. Foreneligheden af en garanteret adgang til nettene for visse produktionsanlæg med reglerne for adgang i henhold til direktiv 2009/72

58. I forbindelse med sin undersøgelse af foreneligheden af nationale bestemmelser med reglerne for tredjepartsadgang til nettene som omhandlet i direktiverne om fælles regler for det indre marked for elektricitet²⁶ udarbejdede Domstolen som følge af sammenhængen mellem de bestemmelser, der regulerer denne adgang, et særligt analysegrundlag, som jeg vil gøre rede for og dernæst følge.

²¹ – F.eks. hvis en medlemsstat tildelte alle de produktionsanlæg, der er tilkøbtet dens net, en garanteret adgang hertil, kunne ingen af disse anlæg i praksis påberåbe sig en sådan adgang. En medlemsstat, der har tildelt en sådan adgang, vil derfor tilsidesætte sine forpligtelser i henhold til artikel 16, stk. 2, litra b), i direktiv 2009/28.

²² – Dom af 1.7.2014, Ålands Vindkraft (C-573/12, EU:C:2014:2037, præmis 59), og af 4.10.2018, L.E.G.O. (C-242/17, EU:C:2018:804, præmis 53 ff.).

²³ – Dom af 21.7.2011, Azienda Agro-Zootecnica Franchini og Eolica di Altamura (C-2/10, EU:C:2011:502, præmis 48 og den deri nævnte retspraksis).

²⁴ – Dom af 4.10.2018, L.E.G.O. (C-242/17, EU:C:2018:804, præmis 54).

²⁵ – Artikel 16, stk. 2, litra b), i direktiv 2009/28 er øjensynlig blevet gennemført ved artikel 70, litra a), i lov nr. 123/2012.

²⁶ – Direktiv 2009/72 erstattede direktiv 2003/54, som selv erstattede direktiv 96/92.

59. Som omhandlet i artikel 32, stk. 1, i direktiv 2009/72 er princippet om tredjeparts frie adgang til nettene blevet betegnet af Domstolen som en »væsentlig foranstaltning«, der skal træffes til gennemførelse af det indre marked for elektricitet²⁷. Dette principps betydning bibragte således Domstolen den opfattelse, at enhver begrænsning, som en medlemsstat indfører, alene er tilladt i de tilfælde, der er omfattet af de i direktiv 2009/72 fastsatte undtagelser og afvigelser²⁸.

60. Med hensyn til sådanne undtagelser og afvigelser undersøgte Domstolen artikel 3, stk. 2 og 14, i direktiv af 2009/72, for så vidt som denne bestemmelse tillader medlemsstaterne på visse betingelser at begrænse tredjeparters frie adgang til nettene som omhandlet i dette direktivs artikel 32, stk. 1, hvis anvendelsen af denne bestemmelse ville hindre elektricitetsvirksomheder, hvortil hører produktionsanlæggene, i at udføre deres offentlige serviceforpligtelser, idet disse kan vedrøre forsyningsikkerheden²⁹.

61. Da undersøgelsen af de nationale bestemmelsers forenelighed med henholdsvis artikel 32, stk. 1, og artikel 3, stk. 2 og 14, i direktiv 2009/72 hver især nødvendiggjorde en proportionalitetsvurdering, udskød Domstolen samtidig en sådan vurdering til sidst i gennemgangen, øjensynlig for at undgå enhver unødigt analyse³⁰.

a) Artikel 32, stk. 1, i direktiv 2009/72

62. Princippet om tredjeparters frie adgang til nettene var allerede med vedtagelsen af direktiv 96/92 i sin vorden³¹. Dette princip voksede derefter til i takt med, at det systematisk blev gentaget i hvert af de efterfølgende direktiver om fælles regler for det indre marked for elektricitet³².

63. Artikel 32, stk. 1, i direktiv 2009/72 bestemmer bl.a., »at der indføres en ordning for tredjeparts adgang til transmissions- og distributionssystemerne [...], der gælder for alle privilegerede kunder [...]«. Domstolens faste praksis i denne henseende er, at denne ret udgør »en af de væsentlige foranstaltninger, som medlemsstaterne skal træffe til gennemførelse af det indre marked for elektricitet«³³.

64. Dette princip forbyder endvidere medlemsstaterne at forvalte tredjeparters adgang til nettene på en måde, som er udtryk for forskelsbehandling. I artikel 32, stk. 1, i direktiv 2009/72 bestemmes det nemlig, at det pågældende adgangssystem »skal anvendes objektivt og uden forskelsbehandling mellem systembrugerne«³⁴. Domstolen har sammenlignet det forbud, som er udstukket til medlemsstaterne mod at diskriminere tredjeparter, med det forbud, der mere

²⁷ – Dom af 22.5.2008, citiworks (C-439/06, EU:C:2008:298, præmis 44), af 29.9.2016, Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:732, præmis 76), og af 17.10.2019, Elektrorazpredelenie Yug (C-31/18, EU:C:2019:868, præmis 41).

²⁸ – Dom af 22.5.2008, citiworks (C-439/06, EU:C:2008:298, præmis 55).

²⁹ – Dom af 22.5.2008, citiworks (C-439/06, EU:C:2008:298, præmis 58).

³⁰ – Dom af 29.9.2016, Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:732, præmis 86 og 94).

³¹ – Jf. artikel 16 i direktiv 96/92 og den tilhørende retspraksis (dom af 7.6.2005, VEMW m.fl., C-17/03, EU:C:2005:362, præmis 37 og 46).

³² – Jf. artikel 20 i direktiv 2003/54 og artikel 6 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/944 af 5.6.2019 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ændring af direktiv 2012/27/EU (EUT 2019, L 158, s. 125).

³³ – Dom af 22.5.2008, citiworks (C-439/06, EU:C:2008:298, præmis 44), af 29.9.2016, Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:732, præmis 76), og af 17.10.2019, Elektrorazpredelenie Yug (C-31/18, EU:C:2019:868, præmis 41).

³⁴ – Hidroelectrica har i henhold til artikel 32 i direktiv 2009/72 ret til ikke at blive diskrimineret (jf. i denne forbindelse dom af 29.9.2016, Essent Belgium, C-492/14, EU:C:2016:732, præmis 71-75).

generelt udstedes i dette direktivs artikel 3, stk. 1³⁵, hvorefter medlemsstaterne skal afholde sig fra enhver forskelsbehandling af elektricitetsvirksomhederne for så vidt angår såvel disses rettigheder som deres forpligtelser.

65. Domstolen har heraf udledt, at disse bestemmelser »er et særligt udtryk for det almindelige lighedsprincip«³⁶, som indebærer, »at ensartede situationer ikke må behandles forskelligt, og at forskellige situationer ikke må behandles ens, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet«³⁷.

66. Det er derfor nødvendigt at undersøge, om der forekommer en forskelsbehandling i den foreliggende sag.

67. I den foreliggende sag garanteres SC Complexul Energetic Hunedoara og SC Complexul Energetic Oltenia adgang til nettene med mindst 700 MW i henhold til artikel 5, stk. 3, i lov nr. 123/2012 og artikel 1 og 2 i beslutning nr. 138/2013. Denne konstatering alene gør det muligt at konkludere, at der sker forskelsbehandling til ulempe for de elproducenter, der har haft adgang til de pågældende net, og som har anvendt vedvarende energikilder.

68. I modsætning til hvad Kommissionen har gjort gældende, tror jeg ikke, at det er nødvendigt at forfine de kategorier af produktionsanlæg yderligere, som er berørt af den forskelsbehandling, som jeg netop har påpeget. Selv om den omhandlede foranstaltning havde omfattet samtlige elproduktionsanlæg, der anvender indenlandsk brændsel, ville jeg for det første lige så vel have konstateret en forskelsbehandling, eftersom energikildens brændbarhed og dens geografiske oprindelse ikke er differentieringskriterier, der anerkendes i artikel 32, stk. 1, i direktiv 2009/72, som i øvrigt slet ikke anerkender nogen kriterier. Det skal dernæst i forbindelse med undersøgelsen af artikel 3, stk. 2 og 14, i direktiv 2009/72 fastslås, således som jeg vil beskrive nedenfor, hvorvidt der findes andre produktionsanlæg, der er i stand til at levere de samme tjenesteydelser som dem, der leveres af de produktionsanlæg, der er omfattet af den omhandlede foranstaltning.

69. Under alle omstændigheder er alene identificeringen af en sådan forskelsbehandling ikke tilstrækkelig til at betegne den omhandlede foranstaltning som diskriminerende, eftersom den forfølger et legitimt mål³⁸.

70. Med hensyn til den eventuelle begrundelse for en sådan forskelsbehandling skal det fremhæves, at artikel 5, stk. 3, i lov nr. 123/2012 begrundet tildelingen af en garanteret adgang for elektricitet, der er produceret af elværker, der anvender indenlandsk brændsel, med hensynet til elforsynings sikkerheden. Det fremgår i øvrigt af læsningen af forelæggelsesafgørelsen, at denne begrundelse er blevet gjort gældende af de parter, der har hævdet, at den garanterede adgang som fastsat i rumænsk ret er forenelig med EU-retten.

71. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at der ikke er nogen tvivl om legitimiteten af det mål, der forfølges med den omhandlede foranstaltning, nemlig elforsynings sikkerheden i Rumænien.

³⁵ – Dom af 7.6.2005, VEMW m.fl. (C-17/03, EU:C:2005:362, præmis 46). Om end det var direktiv 96/92, der var omhandlet heri, er dette direktivs artikel 3, stk. 1, identisk med artikel 3, stk. 1, i direktiv 2009/72 i denne henseende.

³⁶ – Dom af 7.6.2005, VEMW m.fl. (C-17/03, EU:C:2005:362, præmis 47), og af 29.9.2016, Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:732, præmis 79).

³⁷ – Dom af 28.11.2018, Solvay Chimica Italia m.fl. (C-262/17, C-263/17 og C-273/17, EU:C:2018:961, præmis 66).

³⁸ – Dom af 29.9.2016, Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:732, præmis 81).

72. I denne henseende minder jeg om, at artikel 3, stk. 2, i direktiv 2009/72 giver medlemsstaterne mulighed for at pålægge elproduktionsanlæggene offentlige serviceforpligtelser vedrørende forsyningsikkerheden³⁹. For så vidt angår EUF-traktatens bestemmelser og nærmere bestemt artikel 36 gør jeg opmærksom på, at Domstolen allerede har fastslået, at beskyttelsen af energiforsyningsikkerheden kan henhøre under hensynet til den offentlige sikkerhed⁴⁰.

73. Ikke desto mindre er påberåbelsen af et legitimt mål alene ikke tilstrækkelig til, at en forskelsbehandling ikke længere er at anse for »diskriminerende«. Det kræver nemlig også, at det pågældende mål kan begrunde den førnævnte forskelsbehandling, »dvs. nærmere bestemt om denne forskelsbehandling er baseret på et objektivt og rimeligt kriterium, som er proportionalt med det formål, som tilstræbes«⁴¹.

74. Henset til det førnævnte analysegrundlag udsætter jeg imidlertid min videre behandling af overholdelsen af proportionalitetsprincippet til et senere tidspunkt i mit forslag til afgørelse.

b) Artikel 3, stk. 2 og 14, i direktiv 2009/72

75. Som nævnt ovenfor giver det råderum, som medlemsstaterne har til at træffe de nødvendige foranstaltninger for at indføre en ordning for tredjepartsadgang, dem ikke adgang til at se bort fra princippet om fri adgang til nettene som omhandlet i artikel 32, stk. 1, i direktiv 2009/72 uden for de tilfælde, der er omfattet af de i direktivet fastsatte undtagelser og fravigelser⁴².

76. I henhold til artikel 3, stk. 14, i direktiv 2009/72 kan medlemsstaterne således beslutte ikke at anvende bestemmelserne i dette direktivs artikel 32, hvis denne anvendelse »ville hindre opfyldelsen af de forpligtelser, der er pålagt elektricitetsvirksomheder under hensyn til almen økonomisk interesse, og for så vidt udviklingen af samhandelen ikke påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesse«.

77. I forlængelse af denne bestemmelse fastsættes det i artikel 3, stk. 2, i direktiv 2009/72, at medlemsstaterne under fuld iagttagelse af artikel 86 EF (nu artikel 106 TEUF) kan pålægge elproduktionsanlæggene offentlige serviceforpligtelser, som kan omfatte forsyningsikkerhed⁴³.

78. Disse forpligtelser skal derfor forstås som »offentlige interventionsforanstaltninger i markedets funktion, som med henblik på at forfølge en almindelig økonomisk interesse pålægger virksomheder i elektricitetssektoren at handle på dette marked på baggrund af kriterier, der er pålagt af de offentlige myndigheder«⁴⁴.

79. De offentlige serviceforpligtelser, der kan pålægges elektricitetsvirksomhederne af medlemsstaterne, er imidlertid omfattet af regler. Disse forpligtelser skal nemlig i henhold til artikel 3, stk. 2, i direktiv 2009/72 være »klart definerede, gennemsigtige, ikke-diskriminerende og kontrollerbare, og de skal sikre EU-elektricitetselskaber lige adgang til de nationale forbrugere«.

³⁹ – Jf. ligeledes 46. betragtning til direktiv 2009/72.

⁴⁰ – Dom af 17.9.2020, Hidroelectrica (C-648/18, EU:C:2020:723, præmis 36).

⁴¹ – Dom af 29.9.2016, Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:732, præmis 85).

⁴² – Dom af 22.5.2008, citiworks (C-439/06, EU:C:2008:298, præmis 55).

⁴³ – Dom af 21.12.2011, ENEL (C-242/10, EU:C:2011:861, præmis 38), og af 29.9.2016, Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:732, præmis 87).

⁴⁴ – Dom af 19.12.2019, Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:1129, præmis 45).

80. For at tage højde for artikel 106 TEUF har Domstolen fastslået, at det fremgår af selve denne bestemmelses ordlyd, at de offentlige serviceforpligtelser, som artikel 3, stk. 2, i direktiv 2009/72 giver mulighed for at pålægge virksomhederne, skal overholde proportionalitetsprincippet⁴⁵.

81. Jeg udleder af samtlige disse bestemmelser, at medlemsstaterne kan pålægge produktionsanlæggene offentlige serviceforpligtelser vedrørende forsyningssikkerheden, selv om opfyldelsen af disse forpligtelser ville hindre tredjeparters frie adgang til nettene.

82. Denne mulighed, som medlemsstaterne har, er imidlertid ikke ubegrænset, eftersom de nationale foranstaltninger, der skal træffes under hensyn til almen økonomisk interesse, under ingen omstændigheder må påvirke udviklingen i samhandelen på en måde, der er i strid med Unionens interesse. De forpligtelser, som disse foranstaltninger indebærer, skal i øvrigt være klart definerede, gennemsigtige, ikke-diskriminerende og kontrollerbare. De offentlige serviceforpligtelser skal især garantere EU-produktionsanlæggene lige adgang til de nationale forbrugere. Endelig skal de samme forpligtelser overholde proportionalitetsprincippet.

83. Selv om det tilkommer Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest) at kontrollere, at den i den foreliggende sag omhandlede foranstaltning dels faktisk pålægger offentlige serviceforpligtelser, dels overholder samtlige førnævnte krav, kan Domstolen forsyne den med alle fornødne præciseringer med henblik på denne kontrol.

84. Endvidere må jeg med en vis forbavselse anføre, at de parter, der har gjort gældende, at den omhandlede foranstaltning er forenelig med EU-retten, har henvist til forsyningssikkerheden, uden at nogen af dem har påberåbt sig artikel 3 i direktiv 2009/72 og følgelig gjort rede for, hvorfor det er deres opfattelse, at den garanterede adgang som fastsat i rumænsk ret opfylder de i denne bestemmelse fastlagte krav.

85. For så vidt angår forekomsten af offentlige serviceforpligtelser, der er pålagt de omhandlede produktionsanlæg, er det ikke min opfattelse, at den garanterede adgang som fastsat i rumænsk ret er afhængig af sådanne forpligtelser. Den garanterede adgang til nettene begrænser nemlig ikke handlefriheden for de produktionsanlæg, der er omfattet af denne adgang. Tværtimod får dem, der får tildelt en sådan adgang, en vis økonomisk fordel, for så vidt som de får sikkerhed for transmission af den afsatte elektricitet.

86. I øvrigt forstår jeg ikke den procedure, som den rumænske regering har fulgt, eller de grunde, den har haft til at udpege de omhandlede produktionsanlæg. For så vidt angår f.eks. den omhandlede foranstaltnings diskriminerende karakter tilkommer det den forelæggende ret at fastslå, om der fandtes andre produktionsanlæg, der var i stand til at opfylde de samme offentlige serviceforpligtelser som dem, der er udpeget ved beslutning nr. 138/2013⁴⁶.

87. Hvad angår kravet om, at de offentlige serviceforpligtelser skal garantere EU-elektricitetsselskaberne lige adgang til de nationale forbrugere, er den garanterede adgang som nævnt ovenfor en mekanisme, som sikrer de produktionsanlæg, der er omfattet heraf, adgang til nettene med henblik på transmission af den afsatte elektricitet.

⁴⁵ – Dom af 21.12.2011, ENEL (C-242/10, EU:C:2011:861, præmis 42).

⁴⁶ – Jf. dom af 21.12.2011, ENEL (C-242/10, EU:C:2011:861, præmis 86), og af 29.9.2016, Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:732, præmis 89).

88. Jeg udleder af dels den iboende begrænsning af kapaciteten i transmissions- og distributionsnettene, dels den kapacitetsfordeling, som den garanterede adgang medfører, at den således fordelte kapacitet udløser en tilsvarende reduktion af den kapacitet, der kan afsættes til transmission af den elektricitet, der produceres af de anlæg, som ikke har en sådan adgang. Det er derfor umuligt for disse anlæg helt eller delvist at honorere de indgåede aftaler. Selv om nettenes utilstrækkelige kapacitet ikke skyldes den tildelte garanterede adgang, forværrer en sådan adgang med andre ord betydningen heraf for de anlæg, der ikke er omfattet heraf.

89. Jeg anfører i denne forbindelse, at der ved artikel 5, stk. 3, i lov nr. 123/2012 og artikel 1 og 2 i beslutning nr. 138/2013 i den foreliggende sag er tildelt produktionsanlæggene adgang til elnetten med mindst 700 MW.

90. Den omhandlede foranstaltning har derfor, i det mindste potentielt og delvist, hindret de produktionsanlæg, der ikke er omfattet heraf, i at honorere de indgåede aftaler og har derfor kunnet påvirke EU-elproducenternes lige adgang til de nationale forbrugere.

91. Disse betragtninger bør, hvis Domstolen er enig heri, føre til den konstatering, at den omhandlede foranstaltning er uforenelig med artikel 3, stk. 2 og 14, og artikel 32, stk. 1, i direktiv 2009/72. Hvis dette ikke bliver tilfældet, fortsætter jeg imidlertid herunder min undersøgelse af den omhandlede foranstaltnings forenelighed med de relevante bestemmelser.

92. For så vidt angår hensynet til artikel 106 TEUF har Domstolen fastslået, at den nationale foranstaltning, hvorved der pålægges offentlige serviceforpligtelser, skal overholde proportionalitetsprincippet og derfor »være egne[t] til at sikre gennemførelsen af de mål, som de[n] forfølger, og må ikke gå videre end nødvendigt for at nå disse mål«⁴⁷.

c) Overholdelse af proportionalitetsprincippet

93. Ifølge de udtalelser, som Ministerul Economiei, Energiei și Mediului de Afaceri (ministeriet for økonomi, energi og erhverv, Rumænien) afgav for den forelæggende ret, blev den omhandlede foranstaltning med den prioriterede lastfordeling og pligten til at levere systembærende ydelser vedtaget for at etablere produktionskapacitet, hvilket var blevet nødvendigt af en række årsager, som alle var en trussel mod elforsyningsikkerheden i Rumænien.

94. Det drejede sig nemlig om at sikre kapacitet til produktion af el fra ikke-vedvarende energikilder med henblik på for det første at være i stand til at opfylde efterspørgslen i spidsbelastningsperioder, for det andet at råde over anlæg, der kunne erstatte de anlæg, der anvendte vedvarende energikilder, hvis kilderne ikke var til rådighed, og for det tredje at imødekomme den forventede stigning i de grænseoverskridende udvekslinger i forbindelse med gennemførelsen af 4M MC-projektet⁴⁸.

95. Med hensyn til undersøgelsen af proportionaliteten skal det for det første kontrolleres, om foranstaltningen er egnet til at nå målet om at etablere produktionskapacitet. I denne henseende har jeg undersøgt grunden til, at det i såvel beslutning nr. 138/2013 som forelæggelsesafgørelsen anføres, at den garanterede adgang som fastsat i rumænsk ret har sikret »uafbrudt drift« på de produktionsanlæg, der er omfattet heraf. Efter min opfattelse er den garanterede adgang nemlig

⁴⁷ – Dom af 21.12.2011, ENEL (C-242/10, EU:C:2011:861, præmis 55).

⁴⁸ – »The 4M Market coupling is the day ahead electricity trading platform of the CEE region« (V. Sterpu, *The analysis of 4M MC electricity market*, Erasmus University Rotterdam, 2018, s. 8, <https://thesis.eur.nl/pub/44746/Sterpu-V.-447658-.pdf>).

ikke i sig selv i stand til at sikre uafbrudt drift af et produktionsanlæg, eftersom den kun udgør en garanti for adgang til nettene. Det forekommer mig af de nedennævnte grunde at være en mere nøjagtig antagelse, at den uafbrudte drift af SC Complexul Energetic Hunedoaras og SC Complexul Energetic Oltenias anlæg skyldtes kombinationen af den prioriterede lastfordeling og den garanterede adgang som fastsat i rumænsk ret⁴⁹.

96. For det første gjorde den prioriterede lastfordeling det muligt at give SC Complexul Energetic Hunedoaras og SC Complexul Energetic Oltenias anlæg forrang uden pr. definition at tage hensyn til den økonomiske rangfølge. Den garanterede adgang gav dernæst disse anlæg sikkerhed for, at den elektricitet, der blev produceret og fik forrang ved lastfordelingen, ville få adgang til nettene, selv om deres kapacitet sandsynligvis ikke var tilstrækkelig.

97. I denne forbindelse gør jeg opmærksom på, at værdien af den garanterede adgang afhænger af kapaciteten i transmissions- og distributionsnettene. Den sikkerhed, som den garanterede adgang medfører, får således desto højere værdi for de produktionsanlæg, der er omfattet heraf, fordi transmissions- og distributionsnettene strukturelt lider under utilstrækkelig kapacitet. Modsat mister en garanteret adgang sin betydning, så snart kapaciteten i nettene bliver højere end den tilførte mængde elektricitet.

98. Jeg er ikke i tvivl om, at den garanterede adgang, der til dels sikrer uafbrudt drift af de produktionsanlæg, der er omfattet heraf, er egnet til at bidrage til etableringen af produktionskapacitet, der kan garantere elforsyningssikkerheden i en medlemsstat som Rumænien⁵⁰.

99. For det andet skal det undersøges, om den omhandlede foranstaltning kan anses for at være nødvendig for at nå målet om at etablere produktionskapacitet. I denne henseende tilkommer det den forelæggende ret dels at prøve, om den manglende garanti for adgang ville hindre de produktionsanlæg, der var omfattet heraf, i at opfylde deres offentlige serviceforpligtelser, dels at undersøge, om opfyldelsen af disse forpligtelser kunne sikres gennem andre midler, som ikke krænkede retten til adgang til nettene⁵¹.

100. Med hensyn til risikoen for, at produktionsanlæggene hindres i at opfylde deres offentlige serviceforpligtelser, hvis de ikke er omfattet af den omhandlede foranstaltning, mener jeg, at den forelæggende ret kunne undersøge kapaciteten i transmissions- og distributionsnettene og navnlig deres strukturelle tilstrækkelighed eller mangel på samme.

101. Vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt der findes andre midler, der ikke krænker retten til adgang til nettene, og som gør det muligt at opfylde de offentlige serviceforpligtelser, vil Domstolen med fordel kunne henvise til sin praksis, hvorefter det »[s]elv om det er rigtigt, at det påhviler den medlemsstat, der påberåber sig artikel 90, stk. 2, at bevise, at betingelserne i henhold til denne bestemmelse er opfyldt, [...] ikke på grundlag af denne bevisbyrde tillige [kan] kræves, at medlemsstaten, når den detaljeret redegør for grundene til, at en opfyldelse på økonomisk acceptable vilkår af opgaverne af almindelig økonomisk interesse efter dens opfattelse ville blive

⁴⁹ – I øvrigt var der ud over denne første ordning med den prioriterede lastfordeling og den garanterede adgang endnu en, der synes at have forfulgt det samme mål som den første, og som bestod i en forpligtelse for SC Complexul Energetic Hunedoara og SC Complexul Energetic Oltenia til at levere systembærende ydelser til Transelectrica med en elkapacitet på mindst 1 000 MW.

⁵⁰ – Som nævnt i dette forslag til afgørelse anføres det i 60. betragtning til direktiv 2009/28, at den garanterede adgang »gør det muligt at anvende mest mulig elektricitet fra vedvarende energikilder fra anlæg, der er tilsluttet elnettet«.

⁵¹ – Domstolens dom af 22.5.2008, citiworks (C-439/06, EU:C:2008:298, præmis 60).

hindret, såfremt de anfægtede foranstaltninger blev ophævet, derudover positivt skal bevise, at ingen anden tænkelig foranstaltning, som i sagens natur er teoretisk, kan gøre det muligt at sikre opfyldelsen af disse opgaver på de samme vilkår«⁵².

102. Sammenfattende er det min opfattelse, at det andet præjudicielle spørgsmål skal besvares med, at en medlemsstat kan tildele en garanteret adgang til nettene for visse elproduktionsanlæg, der anvender ikke-vedvarende energikilder, for at garantere sin forsyningssikkerhed, forudsat dels at den adgang til nettene for elektricitet fra vedvarende energikilder, der er tildelt i medfør af artikel 16, stk. 2, litra b), i direktiv 2009/28, er blevet sikret, dels at kravene i artikel 32, stk. 1, i direktiv 2009/72 og, såfremt den forelæggende ret identificerer offentlige serviceforpligtelser, der er pålagt disse elproduktionsanlæg, i dette direktivs artikel 3, stk. 2 og 14, er opfyldt, og for så vidt som denne lovgivning ikke går videre end nødvendigt for at nå det forfulgte mål.

V. Forslag til afgørelse

103. I lyset af samtlige ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer det andet præjudicielle spørgsmål, som er forelagt af Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest, Rumænien), i den omformulerede version heraf, som følger:

»Artikel 16, stk. 2, litra b), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/28/EF af 23. april 2009 om fremme af anvendelsen af energi fra vedvarende energikilder og om ændring og senere ophævelse af direktiv 2001/77/EF og 2003/30/EF samt artikel 3, stk. 2 og 14, og artikel 32, stk. 1, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/72/EF af 13. juli 2009 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ophævelse af direktiv 2003/54/EF skal fortolkes således, at disse bestemmelser ikke er til hinder for en national lovgivning som i den foreliggende sag omhandlede, hvorefter der tildeles en garanteret adgang til transmissions- og distributionsnettene for visse elproduktionsanlæg, der anvender ikke-vedvarende energikilder, for at garantere elforsyningssikkerheden, forudsat at adgangen til nettene for elektricitet fra vedvarende energikilder, der er tildelt i medfør af artikel 16, stk. 2, litra b), i direktiv 2009/28, er blevet sikret, at kravene i artikel 32, stk. 1, i direktiv 2009/72 og, såfremt den forelæggende ret identificerer offentlige serviceforpligtelser, der er pålagt disse elproduktionsanlæg, i dette direktivs artikel 3, stk. 2 og 14, er opfyldt, og for så vidt som denne lovgivning ikke går videre end nødvendigt for at nå det forfulgte mål. Det påhviler den forelæggende ret at efterprøve, om denne betingelse er opfyldt i hovedsagen.«

⁵² – Dom af 23.10.1997, Kommissionen mod Frankrig (C-159/94, EU:C:1997:501, præmis 101).