



Συλλογή της Νομολογίας

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
NIILO JÄÄSKINEN
της 16ης Απριλίου 2013¹

Συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-105/12 έως C-107/12

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

[αιτήσεις του Hoge Raad der Nederlanden (Κάτω Χώρες) για την έκδοση προδικαστικής απόφασης]

«Διαχειριστές δικτύων διανομής ηλεκτρικής ενέργειας — Απόλυτη απαγόρευση ιδιωτικοποίησης — Καθεστώς ιδιοκτησίας — Απαγόρευση σχηματισμού ομίλων που περιλαμβάνουν συγχρόνως διαχειριστές δικτύων διανομής και εταιρίες εμπορίας, προμήθειας ή παραγωγής ενέργειας — Απαγόρευση παράπλευρων δραστηριοτήτων στους διαχειριστές δικτύων διανομής ενέργειας — Ελεύθερη κυκλοφορία των κεφαλαίων — Περιορισμοί — Δικαιολόγηση — Αναλογικότητα — “Αμιγώς οικονομικός” δικαιολογητικός λόγος — Ανόθευτος ανταγωνισμός»

I – Εισαγωγή

1. Το Hoge Raad der Nederlanden (ανώτατο δικαστήριο των Κάτω Χωρών) ζητεί από το Δικαστήριο να ερμηνεύσει τα άρθρα 63 ΣΛΕΕ και 345 ΣΛΕΕ στο πλαίσιο των διαφορών μεταξύ, αφενός, του Staat der Nederlanden και, αφετέρου, της Essent NV και της Essent Nederland BV (υπόθεση C-105/12), της Eneco Holding NV (υπόθεση C-106/12) και της Delta NV (υπόθεση C-107/12) (στο εξής, από κοινού: εταιρίες), εταιριών που δραστηριοποιούνται στη διανομή ηλεκτρικής ενέργειας και φυσικού αερίου στις Κάτω Χώρες, σχετικά με διάφορες διατάξεις της εφαρμοστέας στους τομείς αυτούς ολλανδικής νομοθεσίας.

2. Στο πλαίσιο των τριών αυτών υποθέσεων, οι οποίες συνεκδικάστηκαν από το Δικαστήριο, το Hoge Raad der Nederlanden υπέβαλε τρία προδικαστικά ερωτήματα:

- το πρώτο προδικαστικό ερώτημα αφορά το κατά πόσον είναι σύμφωνη με το άρθρο 345 ΣΛΕΕ η προβλεπόμενη από την ολλανδική νομοθεσία «απαγόρευση ιδιωτικοποίησης», η οποία δεν επιτρέπει την ανάθεση της διαχείρισης δικτύων διανομής ηλεκτρικής ενέργειας και φυσικού αερίου σε ιδιώτες².
- το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα αφορά την εκτίμηση, υπό το πρίσμα της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων, των άλλων δύο απαγορεύσεων που προβλέπει η ολλανδική νομοθεσία, της απαγορεύσεως να διατηρούν οι διαχειριστές τέτοιων δικτύων διανομής δεσμούς με επιχειρήσεις

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γαλλική.

2 — Στις παρούσες προτάσεις, οι όροι «δίκτυο» και «διαχειριστής δικτύου» αναφέρονται πάντοτε στα δίκτυα διανομής ηλεκτρικής ενέργειας ή φυσικού αερίου στις Κάτω Χώρες. Όπου πρόκειται για δίκτυα μεταφοράς, τούτο θα αναφέρεται ρητώς.

παραγωγής, προμήθειας ή εμπορίας ηλεκτρικής ενέργειας ή φυσικού αερίου στις Κάτω Χώρες (στο εξής: εταιρίες ενέργειας) (στο εξής: απαγόρευση συμμετοχής σε όμιλο) και της απαγορεύσεως ασκήσεως άλλων δραστηριοτήτων, ξένων προς τη διαχείριση δικτύου (στο εξής: απαγόρευση παράπλευρων δραστηριοτήτων), και

- το τρίτο προδικαστικό ερώτημα αφορά την ύπαρξη «επιτακτικών λόγων γενικού συμφέροντος», οι οποίοι δικαιολογούν τον περιορισμό της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων, στο μέτρο που η απαγόρευση συμμετοχής σε όμιλο και η απαγόρευση παράπλευρων δραστηριοτήτων στις οποίες αναφέρεται το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα συνιστούν περιορισμό.

3. Στις κρινόμενες υποθέσεις, επομένως, το Δικαστήριο καλείται και πάλι να αποφανθεί επί της ερμηνείας της Συνθήκης ΛΕΕ, και ιδίως επί της σχέσεως μεταξύ των άρθρων 345 ΣΛΕΕ και 63 ΣΛΕΕ, όσον αφορά μέτρα ελευθερώσεως ενός στρατηγικής σημασίας οικονομικού τομέα. Οι κρινόμενες υποθέσεις, ωστόσο, παρουσιάζουν ορισμένες ιδιαιτερότητες σε σχέση με εκείνες που διαμόρφωσαν τη νομολογία για τις «golden shares». Αφενός, δεν πρόκειται στην παρούσα υπόθεση για μερική ιδιωτικοποίηση, αλλά για απαγόρευση ιδιωτικοποίησης η οποία συνεπάγεται τον σαφή διαχωρισμό της ιδιοκτησίας των διαχειριστών δικτύου διανομής, που λειτουργεί εν είδει «κλειστού δοχείου» μεταξύ των προσώπων δημοσίου δικαίου, από την ιδιοκτησία των επιχειρήσεων παραγωγής, προμήθειας ή εμπορίας ηλεκτρικής ενέργειας ή φυσικού αερίου, η οποία θα μπορούσε να μεταβιβαστεί σε ιδιώτες. Αφετέρου, οι εν λόγω απαγορεύσεις δεν στηρίζονται σε μηχανισμό ο οποίος παρεκκλίνει από τους κανόνες του ιδιωτικού δικαίου με την παροχή προνομίων σε πρόσωπα δημοσίου δικαίου. Τέλος, οι επίμαχες διατάξεις του ολλανδικού δικαίου δεν αποτελούν απλώς νομοθετική πρωτοβουλία σε εθνικό επίπεδο, αλλά εντάσσονται και στο πλαίσιο της πολιτικής της Ευρωπαϊκής Ένωσης για την ελευθέρωση του τομέα της ενέργειας, η οποία είχε ως αποτέλεσμα την έκδοση οδηγιών με σκοπό τον διαχωρισμό των διαχειριστών από τους χρήστες των δικτύων μεταφοράς και διανομής ενέργειας.

4. Για τον λόγο αυτόν, είναι σκόπιμο να διευκρινιστεί εκ προοιμίου ότι οι δύο οδηγίες της δεύτερης δέσμης μέτρων για την ενέργεια του 2003, δηλαδή οι οδηγίες 2003/54/ΕΚ³ και 2003/55/ΕΚ⁴, και εκείνες της τρίτης δέσμης μέτρων για την ενέργεια του 2009, δηλαδή οι οδηγίες 2009/72/ΕΚ⁵ και 2009/73/ΕΚ⁶, είναι σημαντικές για την υπόθεση, παρότι δεν αποτελούν το αντικείμενο της αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως. Πράγματι, οι οδηγίες αυτές προσδιορίζουν τον βαθμό στον οποίον ο κοινοτικός νομοθέτης επιδίωξε την ελευθέρωση του εν λόγω τομέα κατά την περίοδο 2003-2009, βαθμό του οποίου η υπέρβαση από τα κράτη μέλη συνιστά, σύμφωνα με τις εταιρίες, παράβαση των κανόνων της Ένωσης για τις θεμελιώδεις ελευθερίες. Επιπλέον, οι εν λόγω οδηγίες περιέχουν ορισμούς καθοριστικούς του πλαισίου στο οποίο εντάσσονται οι κρινόμενες υποθέσεις.

3 — Οδηγία του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Ιουνίου 2003, σχετικά με τους κοινούς κανόνες για την εσωτερική αγορά ηλεκτρικής ενέργειας και την κατάργηση της οδηγίας 96/92/ΕΚ (ΕΕ L 176, σ. 37).

4 — Οδηγία του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Ιουνίου 2003, σχετικά με τους κοινούς κανόνες για την εσωτερική αγορά φυσικού αερίου και την κατάργηση της οδηγίας 98/30/ΕΚ (ΕΕ L 176, σ. 57).

5 — Οδηγία του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 13ης Ιουλίου 2009, σχετικά με τους κοινούς κανόνες για την εσωτερική αγορά ηλεκτρικής ενέργειας και για την κατάργηση της οδηγίας 2003/54/ΕΚ (ΕΕ L 211, σ. 55).

6 — Οδηγία του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 13ης Ιουλίου 2009, σχετικά με τους κοινούς κανόνες για την εσωτερική αγορά φυσικού αερίου και την κατάργηση της οδηγίας 2003/55/ΕΚ (ΕΕ L 211, σ. 94).

II – Το νομικό πλαίσιο

A – Το δίκαιο της Ένωσης

1. Η Συνθήκη ΛΕΕ

5. Κατά το άρθρο 63, παράγραφος 1, ΣΛΕΕ, απαγορεύεται οποιοσδήποτε περιορισμός των κινήσεων κεφαλαίων μεταξύ κρατών μελών και μεταξύ κρατών μελών και τρίτων χωρών.

6. Το άρθρο 345 ΣΛΕΕ ορίζει ότι οι Συνθήκες δεν προδικάζουν με κανέναν τρόπο το καθεστώς της ιδιοκτησίας στα κράτη μέλη.

2. Οι οδηγίες 2003/54 και 2003/55

7. Οι οδηγίες 2003/54 για την ηλεκτρική ενέργεια και 2003/55 για το φυσικό αέριο αποτελούν μέρος της δεύτερης δέσμης μέτρων για την ενέργεια, η οποία θεσπίστηκε με σκοπό την ελευθέρωση του τομέα της ενέργειας. Οι κανόνες που διέπουν την ηλεκτρική ενέργεια ταυτίζονται, κατ' ουσίαν, με εκείνους που διέπουν το φυσικό αέριο. Για λόγους οικονομίας, μνημονεύονται εδώ μόνον οι διατάξεις που αφορούν την ηλεκτρική ενέργεια.

8. Οι αιτιολογικές σκέψεις 6 έως 8 και 10 της οδηγίας 2003/54 προβλέπουν τα εξής:

- «6) Για να είναι σε θέση να λειτουργήσει ο ανταγωνισμός, η πρόσβαση στο δίκτυο πρέπει να παρέχεται χωρίς διακρίσεις, με διαφάνεια και σε λογικές τιμές.
- 7) Προκειμένου να ολοκληρωθεί η εσωτερική αγορά ηλεκτρικής ενέργειας, η χωρίς διακρίσεις πρόσβαση του διαχειριστή του δικτύου μεταφοράς ή διανομής στο δίκτυο έχει ύψιστη σημασία. Ο διαχειριστής του δικτύου μεταφοράς ή διανομής μπορεί να περιλαμβάνει μία ή και περισσότερες επιχειρήσεις.
- 8) Προκειμένου να διασφαλισθεί η δίκαιη και αμερόληπτη πρόσβαση στο δίκτυο, είναι σκόπιμο τα δίκτυα διανομής και μεταφοράς, όπου υφίστανται κάθετα ολοκληρωμένες επιχειρήσεις, να έχουν νομικά διακριτή προσωπικότητα. [...]

Η ανεξαρτησία των διαχειριστών των δικτύων μεταφοράς [ΔΔΜ] και διανομής [ΔΔΔ] επιβάλλεται να διασφαλισθεί, ιδίως απέναντι στα συμφέροντα που συνδέονται με την παραγωγή και τον εφοδιασμό. Κατά συνέπεια, πρέπει επίσης να δημιουργηθούν πλήρως ανεξάρτητες διευθυντικές δομές μεταξύ [ΔΔΜ] και [ΔΔΔ] και κάθε εταιρείας παραγωγής/εφοδιασμού.

Εντούτοις, θα πρέπει να γίνεται διάκριση μεταξύ ενός τέτοιου νομικού διαχωρισμού και της αποσύνδεσης των ιδιοκτησιακών σχέσεων. Ο νομικός διαχωρισμός δεν συνεπάγεται μεταβολή της ιδιοκτησίας των περιουσιακών στοιχείων και τίποτα δεν εμποδίζει την εφαρμογή παρεμφερών ή όμοιων συνθηκών χρήσης σε ολόκληρες τις κάθετα ολοκληρωμένες επιχειρήσεις. Ωστόσο, η διαδικασία λήψεως αποφάσεων χωρίς διακρίσεις θα πρέπει να διασφαλίζεται με οργανωτικά μέτρα για την ανεξαρτησία των αρμοδίων για τη λήψη αποφάσεων.

[...]

10) Αν και η παρούσα οδηγία δεν ασχολείται με θέματα ιδιοκτησίας, υπενθυμίζεται ότι στην περίπτωση επιχείρησης μεταφοράς ή διανομής η οποία είναι διαχωρισμένη ως προς τη νομική της μορφή από τις επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στους τομείς της παραγωγής ή/και της προμήθειας, μπορεί να ορισθεί ως διαχειριστής του δικτύου η ίδια εταιρεία που είναι ιδιοκτήτης της υποδομής.»

9. Από το άρθρο 2, σημεία 3 και 5, προκύπτει ότι η οδηγία 2003/54 εννοεί ως «μεταφορά» τη μεταφορά ηλεκτρικής ενέργειας μέσω διασυνδεδεμένου δικτύου υπερυψηλής και υψηλής τάσεως με σκοπό την προμήθεια σε τελικούς πελάτες ή σε διανομείς, μη συμπεριλαμβανομένης, όμως, της προμήθειας, ενώ ως «διανομή» εννοεί τη μεταφορά ηλεκτρικής ενέργειας μέσω δικτύων διανομής υψηλής, μεσαίας και χαμηλής τάσεως με σκοπό την παράδοσή της σε πελάτες, μη συμπεριλαμβανομένης, όμως, της προμήθειας.

10. Το άρθρο 15, παράγραφος 1, της οδηγίας 2003/54, με τίτλο «Διαχωρισμός των διαχειριστών δικτύων διανομής», ορίζει τα εξής:

«Σε περίπτωση που ο διαχειριστής δικτύου διανομής αποτελεί μέρος κάθετα ολοκληρωμένης επιχείρησης, πρέπει να είναι ανεξάρτητος, τουλάχιστον από άποψη νομικής μορφής, οργάνωσης και λήψης αποφάσεων, από άλλες δραστηριότητες που δεν συνδέονται με τη διανομή. Οι κανόνες αυτοί δεν συνεπάγονται υποχρέωση διαχωρισμού του ιδιοκτησιακού καθεστώτος των περιουσιακών στοιχείων του δικτύου διανομής από την κάθετα ολοκληρωμένη επιχείρηση.»

11. Το άρθρο 15, παράγραφος 2, της ίδιας οδηγίας προβλέπει επιπλέον υποχρεώσεις όσον αφορά τις κάθετα ολοκληρωμένες επιχειρήσεις. Ειδικότερα, τα πρόσωπα που είναι υπεύθυνα για τη διαχείριση του δικτύου διανομής πρέπει να παρέχουν εγγυήσεις ανεξαρτησίας έναντι των δομών που φέρουν την ευθύνη για τη διαχείριση των δραστηριοτήτων παραγωγής, μεταφοράς και προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας και ο διαχειριστής του δικτύου πρέπει να διαθέτει ουσιαστικές εξουσίες λήψεως αποφάσεων και να καταρτίζει πρόγραμμα συμμορφώσεως για τον αποκλεισμό των πρακτικών που εισάγουν διακρίσεις.

3. Οι οδηγίες 2009/72 και 2009/73

12. Διαπιστώνοντας τις ελλείψεις του διαχωρισμού που επετεύχθη κατ' εφαρμογήν των προηγούμενων οδηγιών και προκειμένου να εξακολουθήσει την ελευθέρωση του εν λόγω τομέα, ο νομοθέτης της Ένωσης θέσπισε, στο πλαίσιο της τρίτης δέσμης μέτρων για την ενέργεια, τις οδηγίες 2009/72 και 2009/73, οι οποίες εισάγουν κοινούς κανόνες για την εσωτερική αγορά της ηλεκτρικής ενέργειας και του φυσικού αερίου, αντίστοιχα. *Ratione temporis*, οι οδηγίες αυτές δεν έχουν εφαρμογή στις υποθέσεις της κύριας δίκης, παρόλα αυτά οι διάδικοι αναφέρονται σε αυτές με τις παρατηρήσεις τους.

13. Κατά την αιτιολογική σκέψη 11 της οδηγίας 2009/72, «[ο] αποτελεσματικός διαχωρισμός μπορεί να γίνει μόνο με την άρση του κινήτρου για τις κάθετα ολοκληρωμένες επιχειρήσεις να κάνουν διακρίσεις κατά των ανταγωνιστών τους όσον αφορά την πρόσβαση στο δίκτυο και τις επενδύσεις. Ο διαχωρισμός της ιδιοκτησίας, πράγμα που προϋποθέτει ότι ο ιδιοκτήτης δικτύου ορίζεται ως ο διαχειριστής του δικτύου και είναι ανεξάρτητος από συμφέροντα προμήθειας και παραγωγής, είναι σαφώς αποτελεσματικός και σταθερός τρόπος για την επίλυση της εγγενούς σύγκρουσης συμφερόντων και την εγγύηση της ασφάλειας του εφοδιασμού. Για τον λόγο αυτό, το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, στο ψήφισμά του της 10ης Ιουλίου 2007 σχετικά με τις προοπτικές για την εσωτερική αγορά αερίου και ηλεκτρικής ενέργειας [7], αναφέρει τον διαχωρισμό της μεταφοράς από την ιδιοκτησία ως το πιο αποτελεσματικό μέσο για την προώθηση των επενδύσεων σε υποδομή χωρίς διακρίσεις, τη δίκαιη πρόσβαση των νεοεισερχομένων στο δίκτυο και τη διαφάνεια της αγοράς. Στο πλαίσιο του διαχωρισμού της ιδιοκτησίας, κατά συνέπεια, θα πρέπει να απαιτείται από τα κράτη μέλη

να εξασφαλίζουν ότι το αυτό πρόσωπο ή πρόσωπα δεν δικαιούνται να ασκούν έλεγχο επί επιχείρησης παραγωγής ή προμήθειας και, ταυτοχρόνως, να ασκούν έλεγχο ή δικαιώματα σε διαχειριστή συστήματος μεταφοράς ή σε σύστημα μεταφοράς. Αντιστρόφως, θα πρέπει να αποκλείεται η δυνατότητα να ασκεί έλεγχο ή δικαιώματα σε επιχείρηση παραγωγής ή προμήθειας όποιος ελέγχει σύστημα μεταφοράς ή διαχειριστή συστήματος μεταφοράς. Εντός των εν λόγω ορίων, επιχείρηση παραγωγής ή προμήθειας θα πρέπει να μπορεί να έχει μετοχές μειοψηφίας σε διαχειριστή συστήματος μεταφοράς ή σε σύστημα μεταφοράς».

B – Το ολλανδικό δίκαιο

14. Οι εφαρμοστέες στις υποθέσεις της κύριας δίκης διατάξεις του εθνικού δικαίου περιέχονται στον νόμο για τη ρύθμιση της παραγωγής, της μεταφοράς και της προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας (*Wet houdende regels met betrekking tot de productie, het transport en de levering van elektriciteit*), της 2ας Ιουλίου 1998⁸ και στον νόμο περί των κανόνων που διέπουν τη μεταφορά και την προμήθεια φυσικού αερίου (*Wet houdende regels omtrent het transport en de levering van gas*), της 22ας Ιουνίου 2000⁹, όπως τροποποιήθηκαν ιδίως το 2004 και το 2006 (στο εξής, αντίστοιχα: *Elektriciteitswet 1998* και *Gaswet*).

15. Οι νόμοι αυτοί τροποποιήθηκαν κατ' αρχάς από τον νόμο περί παρεμβάσεως και εφαρμογής (*Interventie- en Implementatiewet*) της 1ης Ιουλίου 2004¹⁰, μεταξύ άλλων με σκοπό τη μεταφορά στην εθνική έννομη τάξη των οδηγιών της δεύτερης δέσμης μέτρων για την ενέργεια.

16. Στη συνέχεια, οι ως άνω νόμοι τροποποιήθηκαν από τον νόμο για την ανεξάρτητη διαχείριση των δικτύων (*Wet onafhankelijk netbeheer*), της 23ης Νοεμβρίου 2006¹¹ (στο εξής: νόμος *Won*). Ο εν λόγω νόμος εισήγαγε δεσμευτικότερες υποχρεώσεις για τον διαχειριστή δικτύου, μεταξύ των οποίων τις προαναφερθείσες απαγορεύσεις της ιδιωτικοποίησης, της συμμετοχής σε όμιλο και των παράπλευρων δραστηριοτήτων. Αυτές, ιδίως, οι τροποποιήσεις του *Elektriciteitswet 1998* και του *Gaswet* από τον νόμο *Won* αποτελούν το αντικείμενο της διαφοράς μεταξύ των διαδίκων ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου.

17. Βάσει των νόμων αυτών, εφαρμόζονται στις Κάτω Χώρες οι ακόλουθες επίμαχες απαγορεύσεις.

1. Η απαγόρευση ιδιωτικοποίησης

18. Το διάταγμα περί των μετοχών των διαχειριστών δικτύου (*Besluit aandelen netbeheerders*), της 9ης Φεβρουαρίου 2008¹², σε συνδυασμό με το άρθρο 93 του *Elektriciteitswet 1998* και με το άρθρο 85 του *Gaswet*, καθορίζει το εφαρμοστέο στους διαχειριστές δικτύου καθεστώς ιδιοκτησίας.

19. Οι μετοχές των εταιριών που περιγράφονται ως διαχειριστές δικτύου και ο έλεγχος επί των δικτύων πρέπει να βρίσκονται εξ ολοκλήρου στα χέρια μετόχων ή εταιρών που ανήκουν στον «κύκλο των δημοσίων φορέων». Σύμφωνα με το διάταγμα περί των μετοχών των διαχειριστών δικτύου, μόνον δημόσιοι οργανισμοί, όπως είναι οι δήμοι, οι περιφέρειες ή το Δημόσιο, ή νομικά πρόσωπα που ανήκουν αμέσως ή εμμέσως εξ ολοκλήρου σε δημόσιους φορείς, συμπεριλαμβανομένης της *Essent NV*¹³, της *Eneco Holding NV* και της *Delta NV*, μπορούν να κατέχουν ή να αποκτήσουν μετοχές σε διαχειριστή δικτύου.

8 — *Stb.* 1998, σ. 427.

9 — *Stb.* 2000, σ. 305.

10 — *Stb.* 2004, σ. 328.

11 — *Stb.* 2006, σ. 614.

12 — *Stb.* 2008, σ. 62.

13 — Βλ. σημείο 27 στις παρούσες προτάσεις.

20. Κατά συνέπεια, σύμφωνα με το διάταγμα περί των μετοχών των διαχειριστών δικτύου, ο Υπουργός Οικονομικών οφείλει να αρνείται τη συγκατάθεσή του σε οποιαδήποτε μεταβολή στην ιδιοκτησία ενός δικτύου ή μετοχών διαχειριστή δικτύου, αν η σχετική μεταβίβαση θα είχε ως αποτέλεσμα να περιέλθουν οι μετοχές σε πρόσωπα εκτός του κύκλου των δημόσιων φορέων.

2. Η απαγόρευση συμμετοχής σε όμιλο

21. Η απαγόρευση συμμετοχής σε όμιλο απορρέει από το άρθρο 10b, παράγραφος 1, του *Elektriciteitswet* 1998 και του άρθρου 2c, παράγραφος 1, του *Gaswet*.

22. Βάσει των διατάξεων αυτών, οι διαχειριστές δικτύου δεν μπορούν να συμμετέχουν σε όμιλο, όπως αυτός ορίζεται από το άρθρο 2:24b του ολλανδικού αστικού κώδικα (*Burgerlijk Wetboek*), στον οποίον συμμετέχει και εταιρία ενέργειας, δηλαδή νομικό πρόσωπο το οποίο παράγει, προμηθεύει ή εμπορεύεται ηλεκτρική ενέργεια ή φυσικό αέριο στις Κάτω Χώρες. Κατ' επέκταση, σύμφωνα με την απαγόρευση συμμετοχής σε όμιλο, δεν επιτρέπεται σε διαχειριστή δικτύου να κατέχει μετοχές εταιρίας ενέργειας ή οποιουδήποτε άλλου μέλους ομίλου στον οποίο συμμετέχει εταιρία ενέργειας. Αντίστοιχα, μια εταιρία ενέργειας δεν μπορεί να κατέχει μετοχές σε διαχειριστή δικτύου ή σε εταιρία-μέλος ομίλου στον οποίον συμμετέχει διαχειριστής δικτύου.

23. Δυνάμει της απαγορεύσεως αυτής, οι κάθετα ολοκληρωμένες επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται στον τομέα της ενέργειας πρέπει να διασπαστούν σε δύο μέρη, από τα οποία το ένα θα δραστηριοποιείται στη διαχείριση δικτύου και το άλλο στην παραγωγή, προμήθεια και εμπορία ενέργειας, με άλλα λόγια σε έναν ή περισσότερους διαχειριστές δικτύου και σε μία ή περισσότερες εταιρίες ενέργειας. Ο διαχειριστής δικτύου και οι εταιρίες του ομίλου που συνδέονται με αυτόν δεν μπορούν, στην πραγματικότητα, να συμμετέχουν σε όμιλο στον οποίον συμμετέχουν και εταιρίες ενέργειας. Το αιτούν δικαστήριο χαρακτηρίζει τη σχετική υποχρέωση ως «υποχρέωση διαχωρισμού».

3. Η απαγόρευση παράπλευρων δραστηριοτήτων

24. Η απαγόρευση παράπλευρων δραστηριοτήτων προβλέπεται από το άρθρο 17, παράγραφοι 2 έως 4, του *Elektriciteitswet* 1998 και από το άρθρο 10b, παράγραφοι 2 έως 4, του *Gaswet*¹⁴ και συνίσταται σε τρία στοιχεία.

25. Κατ' αρχάς, δεν επιτρέπεται στον διαχειριστή δικτύου διανομής και στις εταιρίες του ομίλου που συνδέονται με αυτόν να επιδίδονται σε πράξεις ή δραστηριότητες οι οποίες θα μπορούσαν εν δυνάμει να έρθουν σε σύγκρουση με το συμφέρον της διαχείρισεως δικτύου. Επιπλέον, δυνάμει της απαγορεύσεως αυτής, δεν επιτρέπεται σε επιχείρηση του ομίλου να ασκεί δραστηριότητες που δεν συνδέονται στενά με τις βασικές λειτουργίες του δικτύου ως υποδομής. Τέλος, η απαγόρευση των παράπλευρων δραστηριοτήτων δεν επιτρέπει στον διαχειριστή του δικτύου ούτε να παρέχει οικονομικές εγγυήσεις προς όφελος των δραστηριοτήτων της επιχειρήσεως δικτύου ούτε να εγγυάται για τα χρέη άλλων τμημάτων του διαχειριστή δικτύου διανομής.

14 — Στις παρούσες προτάσεις, ο όρος «απαγόρευση παράπλευρων δραστηριοτήτων» υποκατέστησε τον όρο «απαγόρευση βοηθητικών δραστηριοτήτων», ο οποίος χρησιμοποιείται στη γαλλική απόδοση των αποφάσεων περί παραπομπής, προκειμένου να αποφευχθεί οποιαδήποτε σύγχυση με την έννοια των «βοηθητικών υπηρεσιών» κατά την έννοια των άρθρων 2, σημείο 17, της οδηγίας 2003/54, και 2, σημείο 14, της οδηγίας 2003/55 (διευκρινίζεται ότι καθεμιά από τις εν λόγω οδηγίες παρέχει διαφορετικό ορισμό της έννοιας αυτής).

III – Οι διαφορές της κύριας δίκης, τα προδικαστικά ερωτήματα και η διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου

A – Τα πραγματικά περιστατικά

26. Από τις παρατηρήσεις της Ολλανδικής Κυβερνήσεως προκύπτει ότι, όταν άρχισε να ισχύει ο νόμος Wop, το 2006, στην ολλανδική αγορά ενέργειας δραστηριοποιούνταν τρεις κατηγορίες επιχειρήσεων. Η πρώτη κατηγορία ήταν οι επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνταν αποκλειστικά στην παραγωγή, την προμήθεια ή την εμπορία ηλεκτρικής ενέργειας ή φυσικού αερίου. Η δεύτερη κατηγορία ήταν οι κάθετα ολοκληρωμένες επιχειρήσεις, οι οποίες δραστηριοποιούνταν τόσο στην παραγωγή, την προμήθεια ή την εμπορία ηλεκτρικής ενέργειας ή φυσικού αερίου όσο και στη διαχείριση και εκμετάλλευση δικτύων ηλεκτρικής ενέργειας και φυσικού αερίου για τη διανομή ηλεκτρικής ενέργειας και φυσικού αερίου. Η τρίτη κατηγορία περιελάμβανε τις επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνταν κυρίως στη διαχείριση και την εκμετάλλευση δικτύων ηλεκτρικής ενέργειας και φυσικού αερίου και δεν ασκούσαν καμιά δραστηριότητα σχετική με την παραγωγή, την προμήθεια ή την εμπορία ηλεκτρικής ενέργειας ή φυσικού αερίου. Οι προσφεύγουσες της κύριας δίκης εταιρίες ήταν οι σημαντικότερες κάθετα ολοκληρωμένες επιχειρήσεις ενέργειας στην ολλανδική αγορά. Ανήκαν, επομένως, στη δεύτερη κατηγορία επιχειρήσεων.

27. Η Essent δραστηριοποιείται στις αγορές των Κάτω Χωρών, του Βελγίου και άλλων χωρών. Για την Essent, η απαγόρευση συμμετοχής σε όμιλο είχε ως συνέπεια τη διάσπαση της Essent NV σε δύο μέρη, προκειμένου να σχηματιστούν, αφενός, η επιχείρηση δικτύου Enexis Holding NV, η οποία, σύμφωνα με την απαγόρευση ιδιωτικοποίησης, ανήκει κατά ποσοστό 100 % σε δημόσιους φορείς, και, αφετέρου, η επιχείρηση εμπορίας, προμήθειας και παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας και φυσικού αερίου Essent NV. Λόγω της υποχρέωσης διαχωρισμού, η Essent επιβαρύνθηκε με σημαντικά έξοδα και, ως εκ τούτου, το εθνικό δικαστήριο έκρινε ότι είχε έννομο συμφέρον να ασκήσει προσφυγή στο πλαίσιο της διαφοράς της κύριας δίκης. Από τότε που εξαγοράστηκε από τον γερμανικό όμιλο RWE, ο οποίος ειδικεύεται στην ενέργεια, η Essent NV ανήκει κατά ποσοστό 100 % στην RWE Benelux Holding BV, θυγατρική του ομίλου RWE AG.

28. Η Eneco Holding NV είναι επιχείρηση η οποία δραστηριοποιείται μέσω των θυγατρικών της στην παραγωγή, αγορά, πώληση, μεταφορά και προμήθεια ηλεκτρικής ενέργειας και φυσικού αερίου, ιδίως σε χρήστες ενέργειας. Το κεφάλαιο της Eneco Holding NV ανήκει σε 60 δήμους. Η δραστηριότητά της που αφορά την προμήθεια καλύπτει το σύνολο της χώρας, ενώ η επιχείρηση δικτύου της καλύπτει μια περιοχή αποτελούμενη από έξι ολλανδικές επαρχίες.

29. Η Delta NV δραστηριοποιείται επίσης στις αγορές της παραγωγής, μεταφοράς, εμπορίου και προμήθειας ηλεκτρικής ενέργειας. Επιπλέον, διανέμει και προμηθεύει φυσικό αέριο. Πέραν τούτου, η Delta NV δραστηριοποιείται και σε άλλες αγορές. Τα δίκτυα ενέργειας παίζουν σημαντικό ρόλο στο πλαίσιο της πολυχρηστικής πολιτικής της που συνίσταται στην παροχή υπηρεσιών κοινής ωφελείας, η οποία περιλαμβάνει την πλειοψηφική συμμετοχή σε βελγική επιχείρηση διαχείρισης αποβλήτων. Η αξία που αντιπροσωπεύουν τα δίκτυα αυτά ενισχύει την οικονομική θέση της Delta NV. Κύριος μέτοχός της είναι η Περιφέρεια της Ζηλανδίας, ενώ διάφοροι δήμοι των Κάτω Χωρών κατέχουν τις λοιπές μετοχές της.

30. Δεδομένης της παρουσίας του δικτύου ηλεκτρικής ενέργειας ή φυσικού αερίου, τις μετοχές των εν λόγω εταιριών έπρεπε να κατέχουν, αμέσως ή εμμέσως και κατά ποσοστό 100 %, νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου τα οποία ανήκουν στον κύκλο των δημόσιων φορέων. Στις επιχειρήσεις αυτές και στους μετόχους τους απαγορευόταν η εν όλω ή εν μέρει πώληση του δικτύου ή του διαχειριστή του δικτύου σε ιδιώτες επενδυτές. Όπως προαναφέρθηκε, η Essent NV χωρίστηκε σε διαχειριστή δικτύου και σε εταιρία ενέργειας, ενώ οι δύο άλλες εταιρίες παρέμειναν κάθετα ολοκληρωμένες επιχειρήσεις.

B – Η διαδικασία ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων

31. Οι εταιρίες άσκησαν τρεις χωριστές προσφυγές ενώπιον του Rechtbank Den Haag, ζητώντας να αναγνωριστεί ότι η απαγόρευση συμμετοχής σε όμιλο και η απαγόρευση παράπλευρων δραστηριοτήτων αντιβαίνουν προς τις θεμελιώδεις ελευθερίες των άρθρων 49 ΣΛΕΕ και 63 ΣΛΕΕ και είναι, κατά συνέπεια, ανίσχυρες. Το Rechtbank Den Haag απέρριψε τις εν λόγω προσφυγές.

32. Οι εταιρίες άσκησαν έφεση κατά των σχετικών αποφάσεων ενώπιον του Gerechtshof Den Haag. Το Gerechtshof Den Haag ακύρωσε τις αποφάσεις του Rechtbank Den Haag, κρίνοντας ότι οι προσβαλλόμενες διατάξεις ήσαν πράγματι αντίθετες προς το άρθρο 63 ΣΛΕΕ και, ως εκ τούτου, ανίσχυρες.

33. Κατόπιν τούτου, το Staat der Nederlanden άσκησε αναίρεση κατά των αποφάσεων του Gerechtshof Den Haag, υποστηρίζοντας ότι οι προσβαλλόμενες διατάξεις δεν ήταν αντίθετες προς το δίκαιο της Ένωσης.

34. Στο πλαίσιο αυτής ακριβώς της δίκης, το Hoge Raad der Nederlanden αποφάσισε, με τρεις διατάξεις της 24ης Φεβρουαρίου 2012, να αναστείλει την έκδοση αποφάσεως και να υποβάλει στο Δικαστήριο, ως προς τις τρεις σχετικές υποθέσεις, τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

- «1. Έχει το άρθρο 345 ΣΛΕΕ την έννοια ότι στο “καθεστώς της ιδιοκτησίας στα κράτη μέλη” υπάγεται επίσης το καθεστώς της επίμαχης εν προκειμένω απόλυτης απαγορεύσεως ιδιωτικοποίησης, όπως αυτό περιλαμβάνεται στο [διάταγμα περί των μετοχών των διαχειριστών δικτύου], σε συνδυασμό με το άρθρο 93 του Elektriciteitswet 1998 και το άρθρο 85 του Gaswet, το οποίο συνεπάγεται ότι οι μετοχές διαχειριστή δικτύου μπορούν να μεταβιβαστούν μόνον εντός του κύκλου των δημόσιων φορέων;
2. Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο πρώτο ερώτημα, έχει αυτό ως συνέπεια ότι οι κανόνες περί ελεύθερης κυκλοφορίας κεφαλαίων δεν έχουν εφαρμογή επί της απαγορεύσεως συμμετοχής σε όμιλο και της απαγορεύσεως παράπλευρων δραστηριοτήτων¹⁵, ή τουλάχιστον ότι δεν είναι αναγκαίο η απαγόρευση συμμετοχής σε όμιλο και η απαγόρευση παράπλευρων δραστηριοτήτων να εξεταστούν με γνώμονα τους κανόνες περί ελεύθερης κυκλοφορίας κεφαλαίων;
3. Συνιστούν αμιγώς οικονομικά συμφέροντα οι σκοποί, στους οποίους στηρίζεται και ο νόμος Wop, της διαφάνειας στην αγορά ενέργειας και της αποτροπής των στρεβλώσεων του ανταγωνισμού, μέσω της καταπολεμήσεως των διεπιδοτήσεων εν ευρεία έννοια (συμπεριλαμβανομένης της ανταλλαγής στρατηγικών πληροφοριών), ή μπορούν να θεωρηθούν και συμφέροντα μη οικονομικής φύσεως, υπό την έννοια ότι, αναλόγως των περιστάσεων, δύναται να δικαιολογήσουν περιορισμό της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων, ως επιτακτικοί λόγοι γενικού συμφέροντος;»

Γ – Η διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου

35. Με διάταξη της 26ης Μαρτίου 2012, ο Πρόεδρος του Δικαστηρίου διέταξε τη συνεκδίκαση των υποθέσεων C-105/12, C-106/12 και C-107/12.

15 — Για τον όρο που χρησιμοποιείται στις παρούσες προτάσεις για την εξέταση του δεύτερου και τρίτου προδικαστικού ερωτήματος ισχύει η σύμβαση που εκτέθηκε στην υποσημείωση 14 των προτάσεων αυτών («παράπλευρες δραστηριότητες»).

36. Γραπτές παρατηρήσεις υπέβαλαν στο Δικαστήριο οι ενδιαφερόμενες εταιρίες, η Ολλανδική, η Τσεχική και η Πολωνική Κυβέρνηση, καθώς και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή, οι οποίες, με εξαίρεση την Τσεχική και την Πολωνική Δημοκρατία, εκπροσωπήθηκαν και κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση της 14ης Ιανουαρίου 2013.

IV – Ανάλυση

A – Επί του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος, σχετικά με την «απαγόρευση ιδιωτικοποίησης» υπό το πρίσμα του άρθρου 345 ΣΛΕΕ

37. Με το πρώτο του προδικαστικό ερώτημα, το αιτούν δικαστήριο ζητεί να διευκρινιστεί αν το άρθρο 345 ΣΛΕΕ έχει την έννοια ότι στο «καθεστώς της ιδιοκτησίας στα κράτη μέλη» υπάγεται και το καθεστώς της επίμαχης εν προκειμένω απόλυτης απαγορεύσεως ιδιωτικοποίησης, το οποίο συνεπάγεται ότι οι μετοχές σε διαχειριστή δικτύου μπορούν να μεταβιβαστούν αποκλειστικά εντός του κύκλου των δημόσιων φορέων.

38. Διαπιστώνεται εκ προοιμίου ότι η προβλεπόμενη από την ολλανδική νομοθεσία απαγόρευση ιδιωτικοποίησης σημαίνει ότι μόνον οι «δημόσιοι φορείς» κατά την έννοια του ως άνω διατάγματος περί των μετοχών των διαχειριστών δικτύου¹⁶ μπορούν να είναι, κατά τρόπο άμεσο ή έμμεσο, ιδιοκτήτες δικτύων.

39. Βεβαίως, τα αγαθά που συνδέονται με την εκμετάλλευση του δικτύου, καθώς και οι μετοχές ή οι άμεσες ή έμμεσες εταιρικές συμμετοχές στα δίκτυα, δεν αποτελούν «πράγματα εκτός συναλλαγής», αφού πρόκειται για εντελώς κοινά δικαιώματα ιδιοκτησίας του ιδιωτικού δικαίου, τα οποία δύναται να πωληθούν, να αγοραστούν και να χρησιμοποιηθούν, μεταξύ άλλων, ως ασφάλεια για κάποια οφειλή. Ωστόσο, η μεταβίβαση των συμμετοχών μπορεί να πραγματοποιηθεί μόνον εντός ειδικής κατηγορίας ιδιοκτητών, των λεγόμενων «δημόσιων φορέων».

40. Το Hoge Raad der Nederlanden εκτιμά, υπό το πρίσμα της εθνικής νομοθετικής ρυθμίσεως που έχει εν προκειμένω εφαρμογή *ratione temporis*, ότι πρόκειται εδώ για απόλυτη απαγόρευση ιδιωτικοποίησης. Η άποψη αυτή με βρίσκει σύμφωνο. Το γεγονός ότι ο περιορισμός αυτός συγκεκριμενοποιείται σε μία μόνο πράξη κανονιστικής φύσεως δεν επηρεάζει το συμπέρασμα αυτό, σε αντίθεση με όσα υποστηρίζουν οι εταιρίες.

41. Όπως υπενθύμισε ο γενικός εισαγγελέας Ruiz-Jarabo Colomer, το άρθρο 345 ΣΛΕΕ αποτελεί τη μόνη διάταξη που αντλεί το κύρος της ευθέως από τη δήλωση Schuman της 9ης Μαΐου 1950 και περιεχόταν αρχικώς στο άρθρο 83 της ΕΚΑΧ¹⁷. Αρχικός της σκοπός ήταν να εξασφαλίσει ότι η ίδρυση της νέας κοινότητας δεν θα παρενέβαινε στο λεπτό πολιτικό ζήτημα της εποχής, τη νομική

16 — Διευκρινίζεται ότι ο ορισμός του δημόσιου φορέα περιλαμβάνει και τα νομικά πρόσωπα που αποτελούν κατά ποσοστό 100 % θυγατρική μιας από τις εταιρίες ενέργειας που προβλέπονται από το διάταγμα περί των μετοχών των διαχειριστών δικτύου, συμπεριλαμβανομένης της Essent NV (προ της διασπάσεώς της), της Eneco Holding NV και της Delta NV. Οι εν λόγω θυγατρικές εταιρίες δύναται να είναι αλλοδαπά νομικά πρόσωπα.

17 — Βλ. σημείο 45 των κοινών προτάσεων του γενικού εισαγγελέα Ruiz-Jarabo Colomer στις υποθέσεις επί των οποίων εκδόθηκαν οι αποφάσεις της 4ης Ιουνίου 2002, C-367/98, Επιτροπή κατά Πορτογαλίας (Συλλογή 2002, σ. I-4731), C-483/99, Επιτροπή κατά Γαλλίας (Συλλογή 2002, σ. I-4781), και C-503/99, Επιτροπή κατά Βελγίου (Συλλογή 2002, σ. I-4809).

και κοινωνική φύση της ιδιοκτησίας των γερμανικών ορυχείων, καθώς και των επιχειρήσεων του τομέα του χάλυβα οι οποίες κατά το παρελθόν συμμετείχαν σε συμπράξεις που διαλύθηκαν¹⁸. Έτσι, το άρθρο 345 ΣΛΕΕ καθιερώνει την αρχή της *ουδετερότητας* όσον αφορά τη δημόσια ή ιδιωτική ιδιοκτησία των «μέσων παραγωγής» και των επιχειρήσεων¹⁹.

42. Κατά την άποψή μου, αυτό σημαίνει, αφενός, ότι μια συνέπεια εγγενής στο επιλεγέν σύστημα ιδιοκτησίας δεν μπορεί να θεωρείται ως εμπόδιο το οποίο εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των απαγορεύσεων της Συνθήκης, στον βαθμό, πάντοτε, που το σύστημα αυτό δεν εισάγει διακρίσεις και δεν παραβιάζει την αρχή της αναλογικότητας. Και, αφετέρου, ότι, αντιστρόφως, οι περιοριστικές συνέπειες, *πέραν όσων απορρέουν κατά τρόπο άμεσο και αναπόδραστο* από το καθεστώς δημόσιας ή ιδιωτικής ιδιοκτησίας, υπόκεινται στις θεμελιώδεις ελευθερίες της Συνθήκης²⁰.

43. Για παράδειγμα, από το γεγονός ότι ο τομέας της βιομηχανίας της σιδηρουργίας είναι κρατικοποιημένος σε ένα κράτος μέλος απορρέει ο αποκλεισμός της επιχειρηματικής συμμετοχής ή και των άμεσων επενδύσεων στη βιομηχανία αυτή από επενδυτές άλλων κρατών μελών. Όπως επισημαίνει η Επιτροπή, το Δικαστήριο έχει επιβεβαιώσει τη συμβατότητα των κρατικοποιήσεων με το δίκαιο της Ένωσης ήδη από την απόφαση *Costa*²¹.

44. Επιπλέον, επιβάλλεται, κατά τη γνώμη μου, η αναφορά στην απόφαση του Δικαστηρίου Ευρωπαϊκής Ζώνης Ελευθέρων Συναλλαγών (ΕΖΕΣ)²² επί της διαφοράς μεταξύ της Εποπτεύουσας Αρχής της Ευρωπαϊκής Ζώνης Ελευθέρων Συναλλαγών (ΕΖΕΣ) και του Βασιλείου της Νορβηγίας, σχετικά με τις παραχωρήσεις για την απόκτηση καταρρακτών. Το Δικαστήριο ΕΖΕΣ ερμήνευσε το αντίστοιχο του άρθρου 345 ΣΛΕΕ άρθρο 125 της Συμφωνίας για τον Ευρωπαϊκό Οικονομικό Χώρο, της 2ας Μαΐου 1992²³ υπό την έννοια ότι η Συμφωνία αυτή δεν θίγει το δικαίωμα καθεαυτού ενός κράτους του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (ΕΟΧ) να κρίνει αν η ιδιοκτησία των υδροηλεκτρικών πόρων και των σχετικών εγκαταστάσεων πρέπει να βρίσκεται στα χέρια δημόσιων φορέων ή ιδιωτών. Ως εκ τούτου, κατά το εν λόγω δικαστήριο, το Βασίλειο της Νορβηγίας μπορούσε θεμιτώς να επιδιώξει τον σκοπό της υπαγωγής των αγαθών αυτών σε καθεστώς δημόσιας ιδιοκτησίας, υπό την προϋπόθεση ότι το πράττει σεβόμενη τις αρχές της αναλογικότητας και της απαγορεύσεως των διακρίσεων.

45. Σύμφωνα με τη λογική αυτή, το γεγονός ότι κανένας ιδιώτης επενδυτής δεν δύναται να αγοράσει μετοχές εταιρίας η οποία έχει προβλεφθεί ότι θα ανήκει αποκλειστικά σε δημόσιους φορείς δεν μπορεί να θεωρηθεί ως περιορισμός απαγορευόμενος από τη Συνθήκη, στον βαθμό που συνιστά ακριβώς στοιχείο του καθεστώτος ιδιοκτησίας, το οποίο η Συνθήκη δεν θίγει.

18 — Η Delta NV αναφέρεται με τις παρατηρήσεις της στη γένεση της εν λόγω διατάξεως, όπως περιγράφεται από τον καθηγητή Paul Reuter στο βιβλίο του *La Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Παρίσι, 1953.

19 — Κατά τον γενικό εισαγγελέα Ruiz-Jarabo Colomer, το άρθρο 345 ΣΛΕΕ δεν αφορά το καθεστώς ιδιοκτησίας υπό την αστική έννοια των περιουσιακών σχέσεων (βλ. σημείο 54 των κοινών προτάσεων του στις προμνημονευθείσες υποθέσεις C-367/98, Επιτροπή κατά Πορτογαλίας, C-483/99, Επιτροπή κατά Γαλλίας, και C-503/99, Επιτροπή κατά Βελγίου).

20 — Το Δικαστήριο υπενθύμισε προσφάτως με την απόφαση της 8ης Νοεμβρίου 2012, C-244/11, Επιτροπή κατά Ελλάδας (σκέψεις 15 και 16), ότι «το άρθρο [295 ΕΚ] δεν έχει ως αποτέλεσμα την εξαίρεση των ισχυόντων εντός των κρατών μελών καθεστώτων ιδιοκτησίας από την εφαρμογή των θεμελιωδών κανόνων της Συνθήκης [...]. Ειδικότερα, το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι, μολονότι το άρθρο 295 ΕΚ δεν θίγει την ευχέρεια των κρατών μελών να θεσπίζουν ένα καθεστώς κτήσεως εγγείου ιδιοκτησίας, ένα τέτοιο καθεστώς εξακολουθεί να διέπεται από τους θεμελιώδεις κανόνες του δικαίου της Ένωσης, ιδίως τους κανόνες περί απαγορεύσεως των διακρίσεων, περί της ελευθερίας εγκαταστάσεως και περί της ελευθερίας κινήσεως των κεφαλαίων (απόφαση της 23ης Σεπτεμβρίου 2003, C-452/01, Ospelt και Schlössle Weissenberg, Συλλογή 2003, σ. I-9743, σκέψη 24 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία)».

21 — Απόφαση της 15ης Ιουλίου 1964, 6/64 (Συλλογή τόμος 1954-1964, σ. 1251).

22 — Απόφαση του Δικαστηρίου ΕΖΕΣ της 26ης Ιουνίου 2007, Εποπτεύουσα Αρχή της ΕΖΕΣ κατά Νορβηγίας (υπόθεση «νορβηγικοί καταρράκτες») (Ε-2/06, *Report of EFTA Court*, σ. 163, σκέψη 72).

23 — ΕΕ 1994, L 1, σ. 3.

46. Αντιθέτως, όπως αποδεικνύει η νομολογία για τις «golden shares», η προνομιακή μεταχείριση των δημόσιων συμφερόντων στο πλαίσιο ενός κατ' αρχήν ιδιωτικού καθεστώτος ιδιοκτησίας, όπως αυτό των μετοχικών εταιριών που προβλέπεται από το δίκαιο των εταιριών, υπόκειται στις διατάξεις της Συνθήκης για τις θεμελιώδεις ελευθερίες²⁴.

47. Το επίμαχο ολλανδικό σύστημα στηρίζεται σε μια θεμελιώδη επιλογή, δυνάμει της οποίας πρόσβαση στην ιδιοκτησία του δικτύου διανομής ενέργειας έχει μόνον μια ομάδα δημοσίων φορέων (res publica), αλλά όχι ένας μόνον ιδιοκτήτης. Σύμφωνα με τον σκοπό αυτόν, τα δικαιώματα ιδιοκτησίας επί του δικτύου κατέχουν διάφοροι μέτοχοι που ανταποκρίνονται στον ορισμό του δημόσιου φορέα κατά την έννοια του διατάγματος περί των μετοχών των διαχειριστών δικτύου. Ως εκ τούτου, προκύπτει αναπόδραστα η ανάγκη να απαγορευθεί η έμμεση κατοχή μετοχών από ιδιώτες.

48. Κατά συνέπεια, οι περιορισμοί στη μεταβίβαση μετοχών της εταιρίας είναι αναγκαίοι προκειμένου οι διάφοροι φορείς που έχουν σχετικό δικαίωμα να μπορούν να αγοράζουν και να πωλούν μεταξύ τους συμμετοχές στο αγαθό, χωρίς να αναιρείται ο δημόσιος χαρακτήρας του. Η απαγόρευση ιδιωτικοποίησης συνιστά, επομένως, αναπόδραστη συνέπεια της επιλογής περί δημόσιας ιδιοκτησίας και της ιδέας να παραμείνει η κυριότητα στον δημόσιο τομέα. Ως εκ τούτου, οι υποθέσεις της κύριας δίκης αφορούν, κατά την άποψή μου, σαφώς το καθεστώς ιδιοκτησίας, όπως αυτό προβλέπεται από το άρθρο 345 ΣΛΕΕ.

49. Προτείνω, επομένως, στο Δικαστήριο να δώσει στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα την απάντηση ότι καθεστώς κράτους μέλους όπως το επίμαχο στις κύριες δίκες, σύμφωνα με το οποίο οι μετοχές σε διαχειριστή δικτύου διανομής μπορούν να μεταβιβαστούν μόνο σε δημόσιους φορείς και σε ορισμένες εταιρίες που ανήκουν κατά ποσοστό 100 % σε δημόσιους φορείς (απαγόρευση ιδιωτικοποίησης), συνιστά καθεστώς ιδιοκτησίας κατά την έννοια του άρθρου 345 ΣΛΕΕ και είναι, ως εκ τούτου, συμβατό με το δίκαιο της Ένωσης.

B – Επί του δεύτερου προδικαστικού ερωτήματος, σχετικά με την «απαγόρευση συμμετοχής σε όμιλο» και την «απαγόρευση παράπλευρων δραστηριοτήτων» υπό το πρίσμα της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων

50. Το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα αφορά την ελεύθερη κυκλοφορία των κεφαλαίων. Το Hoge Raad der Nederlanden ερωτά αν μια καταφατική απάντηση στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα θα σήμαινε ότι οι κανόνες για την ελεύθερη κυκλοφορία των κεφαλαίων δεν έχουν εφαρμογή στην απαγόρευση της συμμετοχής σε όμιλο και στην απαγόρευση παράπλευρων δραστηριοτήτων²⁵ ή, τουλάχιστον, ότι δεν είναι αναγκαίο να εξεταστούν οι απαγορεύσεις αυτές υπό το πρίσμα των κανόνων της ελευθερίας αυτής.

51. Κατ' αρχάς, σύμφωνα με τη διάκριση που πρότεινα ανωτέρω²⁶, πρέπει να διαπιστωθεί αν οι δύο αυτές απαγορεύσεις αποτελούν εγγενείς συνέπειες της κατ' αρχήν επιλογής του Staat der Nederlanden, η οποία αναλύθηκε στο πλαίσιο του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος, να επιτρέπει την ιδιοκτησία των διαχειριστών δικτύων μόνον στους δημόσιους φορείς, και ως εκ τούτου δεν συνιστούν εμπόδια. Κατά την άποψή μου, η απάντηση είναι αρνητική.

52. Η απαγόρευση συμμετοχής σε όμιλο και η απαγόρευση παράπλευρων δραστηριοτήτων δεν αποτελούν άμεσες και αναπόδραστες συνέπειες της απαγορεύσεως ιδιωτικοποίησης –η οποία, πάντως, εμπίπτει στο καθεστώς ιδιοκτησίας κατά την έννοια του άρθρου 345 ΣΛΕΕ–, αλλά συνιστούν μάλλον νομοθετικά μέτρα προκειμένου να αποτραπεί η εκμετάλλευση της διαχείρισεως των δικτύων

24 — Βλ., μεταξύ άλλων, προμνημονευθείσες αποφάσεις C-367/98, Επιτροπή κατά Πορτογαλίας, C-483/99, Επιτροπή κατά Γαλλίας, και C-503/99, Επιτροπή κατά Βελγίου.

25 — Βλέπε σημεία 21 έως 25 των παρουσών προτάσεων.

26 — Σημείο 42 των παρουσών προτάσεων.

διανομής για την προώθηση συμφερόντων άσχετων προς τις ανάγκες των δικτύων αυτών και ιδίως των συμφερόντων που συνδέονται με την προμήθεια ή την παραγωγή ενέργειας. Στην πραγματικότητα, επιδιώκεται, εν προκειμένω, να αποτραπεί η καταστρατήγηση της αρχής του διαχωρισμού των δομών ιδιοκτησίας των δικτύων, αφενός, και των υπηρεσιών προμήθειας και παραγωγής που χρησιμοποιούν τα δίκτυα αυτά, αφετέρου, ανεξαρτήτως του δημόσιου ή ιδιωτικού χαρακτήρα οποιασδήποτε από αυτές τις δομές. Επιπλέον, η απαγόρευση των παράπλευρων δραστηριοτήτων προστατεύει τη διαχείριση των δικτύων από τους κινδύνους που συνδέονται με άσχετες προς αυτά δραστηριότητες και, συγχρόνως, αποτρέπει το ενδεχόμενο να χρησιμοποιηθεί η διαχείριση των δικτύων για τη χρηματοδότηση άσχετων προς αυτά δραστηριοτήτων.

53. Δεν πρόκειται, δηλαδή, για μέτρα που έχουν ως σκοπό, μέσω του ελέγχου των ενδιάμεσων αλυσίδων ιδιοκτησίας, να παρέχουν πρόσβαση στην ιδιοκτησία των δικτύων μόνον στους δημόσιους φορείς, αλλά μάλλον για μέτρα που στοχεύουν στο να διατηρήσουν «ανόθευτο» το σύστημα διαχωρισμού των δομών ιδιοκτησίας, έτσι ώστε τα συμφέροντα του δικτύου να μη συγχέονται με τα συμφέροντα της εμπορίας ενέργειας. Κατά την άποψή μου, μια τέτοια ρύθμιση θα ήταν εξίσου αναγκαία και σε περίπτωση που ο διαχωρισμός ιδιοκτησίας εφαρμοζόταν χωρίς να συντρέχει απαγόρευση της ιδιωτικοποίησης. Ακόμη και αν η εθνική νομοθεσία επέτρεπε την κατοχή διαχειριστή δικτύου από ιδιώτες, θα ήταν εξίσου αναγκαία η εισαγωγή ανάλογων απαγορεύσεων, προκειμένου να διασφαλιστεί η τήρηση της αρχής του διαχωρισμού της ιδιοκτησίας²⁷ και να προληφθούν, έτσι, οι συγκρούσεις συμφερόντων.

54. Δεδομένου ότι οι απαγορεύσεις συμμετοχής σε όμιλο και παράπλευρων δραστηριοτήτων δεν είναι αναπόσπαστα συνδεδεμένες με την απαγόρευση ιδιωτικοποίησης, πρέπει να εξεταστεί αν αποτελούν περιορισμό της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων.

55. Επειδή η Συνθήκη δεν περιέχει ορισμό των κινήσεων κεφαλαίων, το Δικαστήριο αναγνώρισε μια ενδεικτική αξία στην ονοματολογία των κινήσεων κεφαλαίων που περιέχονται στο παράρτημα Ι της οδηγίας 88/361/ΕΟΚ²⁸, μεταξύ άλλων, στην απόφαση Επιτροπή κατά Πορτογαλίας²⁹. Κατά την ονοματολογία αυτή, αποτελούν, μεταξύ άλλων, κινήσεις κεφαλαίων οι λεγόμενες «άμεσες» επενδύσεις, υπό τη μορφή συμμετοχής σε επιχείρηση μέσω της κατοχής μετοχών, η οποία παρέχει τη δυνατότητα πραγματικής συμμετοχής στη διαχείριση και τον έλεγχο της επιχείρησης, καθώς και οι λεγόμενες επενδύσεις «χαρτοφυλακίου», οι οποίες πραγματοποιούνται με μόνο σκοπό τη χρηματική επένδυση και χωρίς πρόθεση επηρεασμού της διαχείρισης και του ελέγχου της επιχείρησης³⁰. Η εν λόγω ονοματολογία περιλαμβάνει επίσης τις ασφάλειες, τις εγγυήσεις και τα δικαιώματα ενεχύρου.

56. Το Δικαστήριο έχει διευκρινίσει ότι πρέπει να χαρακτηρίζονται ως «περιορισμοί», κατά την έννοια του άρθρου 63, παράγραφος 1, ΣΛΕΕ, εθνικά μέτρα τα οποία είναι ικανά να εμποδίσουν ή να περιορίσουν την απόκτηση μετοχών σε επιχειρήσεις ή να αποτρέψουν τους επενδυτές από άλλα κράτη μέλη να επενδύσουν στο κεφάλαιο των επιχειρήσεων αυτών³¹.

27 — Σύμφωνα με την Επιτροπή, κατά τον χρόνο της θεσίσεως των δύο αυτών απαγορεύσεων, η Ολλανδική Κυβέρνηση δεν είχε ακόμη αποκλείσει το ενδεχόμενο ιδιωτικοποίησης των διαχειριστών δικτύου. Υπενθυμίζω ότι, στην πραγματικότητα, προβλέψεις που περιορίζουν τον σχηματισμό ομίλων ή/και την άσκηση παράπλευρων δραστηριοτήτων απαντούν συχνά στις νομοθετικές ρυθμίσεις που εφαρμόζονται στους υποκείμενους σε ενισχυμένο κρατικό έλεγχο τομείς, όπως είναι οι εφαρμοστές στον χρηματοοικονομικό τομέα ή στον τομέα της υγείας.

28 — Οδηγία του Συμβουλίου, της 24ης Ιουνίου 1988, για τη θέση σε εφαρμογή του άρθρου [67 ΕΚ] (ΕΕ L 178, σ. 5).

29 — Απόφαση της 8ης Ιουλίου 2010, C-171/08 (Συλλογή 2010, σ. I-6817, σκέψη 49). Βλ. επίσης απόφαση της 12ης Δεκεμβρίου 2006, C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (Συλλογή 2006, σ. I-11753, σκέψη 179).

30 — Βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 1ης Οκτωβρίου 2009, C-567/07, *Woningstichting Sint Servatius* (Συλλογή 2009, σ. I-9021, σκέψη 19), και προμνημονευθείσα απόφαση της 8ης Ιουλίου 2010, C-171/08, Επιτροπή κατά Πορτογαλίας (σκέψεις 49 έως 50).

31 — Προμνημονευθείσα απόφαση της 8ης Ιουλίου 2010, C-171/08, Επιτροπή κατά Πορτογαλίας (σκέψη 50).

57. Θεωρώ ότι η απαγόρευση συμμετοχής σε όμιλο και η απαγόρευση παράπλευρων δραστηριοτήτων εμπίπτουν σαφώς στο πεδίο των κινήσεων κεφαλαίων κατά την έννοια του άρθρου 63, παράγραφος 1, ΣΛΕΕ και συνιστούν περιορισμούς των κινήσεων αυτών. Επιπλέον, δεδομένου ότι πρόκειται για απαγορεύσεις οι οποίες υποτίθεται ότι εμποδίζουν όλες τις συναλλαγές που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής τους, δεν είναι απαραίτητο να αποδειχθεί χωριστά ο χαρακτήρας τους ως εμποδίων στην ελεύθερη κυκλοφορία των κεφαλαίων.

58. Εμποδίζοντας κάθε προσπάθεια των εν λόγω επιχειρήσεων να διευρύνουν το φάσμα των δραστηριοτήτων τους από οικονομικής ή λειτουργικής απόψεως με βάση τον συμπληρωματικό χαρακτήρα των δύο τομέων, οι επίμαχες απαγορεύσεις παρακωλύουν τόσο τις άμεσες επενδύσεις όσο και τις επενδύσεις χαρτοφυλακίου. Πράγματι, περιορίζουν τις επενδύσεις των αλλοδαπών εταιριών στις επιχειρήσεις του τομέα της ενέργειας στις Κάτω Χώρες, αλλά και τις επενδύσεις τους στις αλλοδαπές επιχειρήσεις που διαθέτουν συμμετοχές στους λοιπούς ομίλους της αγοράς ενέργειας των Κάτω Χωρών. Η απαγόρευση των παράπλευρων δραστηριοτήτων μπορεί επίσης να επηρεάσει τους όρους χρηματοδότησεως των εν λόγω εταιριών. Κατά συνέπεια, η απαγόρευση συμμετοχής σε όμιλο και η απαγόρευση παράπλευρων δραστηριοτήτων συνιστούν περιορισμούς των κινήσεων κεφαλαίων κατά την έννοια του άρθρου 63, παράγραφος 1, ΣΛΕΕ, οι οποίοι απαγορεύονται, εκτός εάν είναι δικαιολογημένοι.

59. Είναι χρήσιμη η διευκρίνιση ότι οι δύο αυτές απαγορεύσεις θα μπορούσαν να εξεταστούν και υπό το πρίσμα της ελευθερίας εγκαταστάσεως. Πράγματι, η απαγόρευση συμμετοχής σε όμιλο εμποδίζει την εξαγορά τόσο μειοψηφικών όσο και πλειοψηφικών συμμετοχών στους διαχειριστές δικτύου και στις εταιρίες ενέργειας, καθώς και στις εταιρίες-μέλη των ομίλων στους οποίους συμμετέχουν οι εταιρίες αυτές. Η δε απαγόρευση παράπλευρων δραστηριοτήτων περιορίζει το πεδίο δραστηριότητας των διαχειριστών δικτύων και των εταιριών που συνδέονται με αυτούς στο πλαίσιο ενός ομίλου, πράγμα που συνιστά για μια ενδιαφερόμενη επιχείρηση εν δυνάμει περιορισμό της ελευθερίας εγκαταστάσεώς της. Αρκεί, συναφώς, να αναφερθεί ότι, κατά πάγια νομολογία, στον βαθμό που τα επίδικα εθνικά μέτρα συνεπάγονται περιορισμούς της ελευθερίας εγκαταστάσεως, οι περιορισμοί αυτοί αποτελούν την άμεση συνέπεια των εμποδίων στην ελεύθερη κυκλοφορία των κεφαλαίων, με την οποία συνδέονται άρρηκτα. Ως εκ τούτου, παρέλκει η εξέταση των επίδικων μέτρων υπό το πρίσμα της ελευθερίας εγκαταστάσεως³².

60. Συνεπώς, προτείνω στο Δικαστήριο να δώσει στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα την απάντηση ότι, μολονότι η απαγόρευση ιδιωτικοποιήσεως των διαχειριστών δικτύου διανομής, όπως η επίμαχη στις κύριες δίκες, συνιστά συμβατό με το δίκαιο της Ένωσης καθεστώς ιδιοκτησίας κατά την έννοια του άρθρου 345 ΣΛΕΕ, άλλες εθνικές ρυθμίσεις όπως η απαγόρευση συμμετοχής σε όμιλο ο οποίος περιλαμβάνει τόσο τους διαχειριστές δικτύου διανομής ενέργειας όσο και νομικά πρόσωπα τα οποία εμπορεύονται, προμηθεύουν ή παράγουν ηλεκτρική ενέργεια ή φυσικό αέριο στις Κάτω Χώρες και η απαγόρευση παράπλευρων δραστηριοτήτων στους διαχειριστές δικτύου διανομής εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων και πρέπει να εξεταστεί η συμβατότητά τους με αυτήν.

32 — Απόφαση της 28ης Σεπτεμβρίου 2006, C-282/04 και C-283/04, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών (Συλλογή 2006, σ. I-9141, σκέψη 43), και προμνημονευθείσα απόφαση της 8ης Ιουλίου 2010, C-171/08, Επιτροπή κατά Πορτογαλίας (σκέψη 80).

Γ – Επί του τρίτου προδικαστικού ερωτήματος, σχετικά με την ύπαρξη «επιτακτικών λόγων γενικού συμφέροντος» που δικαιολογούν περιορισμό της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων

61. Με το τρίτο του προδικαστικό ερώτημα, το αιτούν δικαστήριο ζητεί να διευκρινιστεί αν οι σκοποί του νόμου Wop, δηλαδή η εξασφάλιση της διαφάνειας στην αγορά ενέργειας και η αποτροπή των στρεβλώσεων του ανταγωνισμού με την καταπολέμηση των διεπιδότησεων εν ευρεία έννοια (συμπεριλαμβανομένης της ανταλλαγής στρατηγικών πληροφοριών), αποτελούν αμιγώς οικονομικά συμφέροντα ή μπορούν να θεωρηθούν και ως συμφέροντα μη οικονομικής φύσεως, υπό την έννοια ότι, αναλόγως των περιστάσεων, δύνανται να δικαιολογήσουν περιορισμό της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων, ως επιτακτικοί λόγοι γενικού συμφέροντος.

1. Επί των χαρακτηριστικών των δικτύων διανομής ηλεκτρικής ενέργειας και φυσικού αερίου

62. Πριν εξετάσω την ύπαρξη τυχόν δικαιολογητικού λόγου και το κατά πόσον αυτός είναι ανάλογος του περιορισμού, θεωρώ αναγκαίο να υπενθυμίσω τα χαρακτηριστικά των δικτύων διανομής ηλεκτρικής ενέργειας και φυσικού αερίου από άποψη ανταγωνισμού και στρατηγικής σημασίας.

63. Τα δίκτυα αυτά συνδέουν το εθνικό δίκτυο μεταφοράς με τον καταναλωτή σε περιφερειακό ή ακόμη και τοπικό επίπεδο. Αποτελούν τα λεγόμενα «φυσικά» μονοπώλια, καθώς δεν μπορούν λογικά να διαχωριστούν, λαμβανομένων υπόψη των οικονομιών πολύ μεγάλης κλίμακας που συνδέονται με αυτά. Από άποψη ανταγωνισμού, επομένως, ο ιδιοκτήτης του δικτύου διανομής ελέγχει μια ουσιώδη υποδομή («essential facility») η οποία συνδέει την προμήθεια με την κατανάλωση και ενισχύει τη θέση του στην αγορά σε σχέση τόσο με τους προμηθευτές όσο και με τους καταναλωτές.

64. Τα δίκτυα διανομής ηλεκτρικής ενέργειας και φυσικού αερίου είναι σημαντικά για τους καταναλωτές από δύο απόψεις. Πρώτον, είναι απαραίτητο ο κύριος του δικτύου να μην εκμεταλλεύεται τη μονοπωλιακή του θέση για να απαιτεί δυσανάλογα μεγάλη αμοιβή για την παρεχόμενη υπηρεσία, δηλαδή την πρόσβαση στην παροχή ενέργειας μέσω του δικτύου διανομής. Για τον λόγο αυτόν, η τιμή μεταφοράς της ενέργειας προς διανομή συχνά ελέγχεται από τις εθνικές αρχές, όπως φαίνεται ότι συμβαίνει στις Κάτω Χώρες³³. Δεύτερον, απαιτείται η ποιότητα στη διαχείριση του δικτύου να είναι ικανοποιητική, ιδίως όσον αφορά την αποκατάσταση των δυσλειτουργιών που επηρεάζουν τον εφοδιασμό σε ενέργεια, καθώς και την τιμολόγηση της καταναλώσεως κατά τρόπο αξιόπιστο.

65. Από την άποψη της ασφάλειας στον εφοδιασμό ενέργειας, τα δίκτυα διανομής διαδραματίζουν ουσιώδη ρόλο, καθώς η συγκέντρωση επαρκών αποθεμάτων ενέργειας είναι άχρηστη αν η ενέργεια αυτή δεν μπορεί να διανεμηθεί στους καταναλωτές. Για τον λόγο αυτόν, οι διαχειριστές δικτύων είναι σημαντικοί και από την άποψη της εθνικής ασφάλειας, καθώς αυτός που ελέγχει τη διανομή της ηλεκτρικής ενέργειας ελέγχει και όλες τις λειτουργίες της σύγχρονης κοινωνίας. Η ίδια συλλογιστική ισχύει και για το φυσικό αέριο στα κράτη μέλη στα οποία αυτό αποτελεί σημαντική πηγή ενέργειας.

66. Αν ληφθούν υπόψη οι ιδιαιτερότητες των τομέων που εκμεταλλεύονται μη «διαχωρίσιμα» δίκτυα για την παροχή υπηρεσιών ή ενέργειας, καθίσταται σαφέστερη η σημασία ενός σχήματος ανταγωνισμού ειδικά προσαρμοσμένου στους τομείς αυτούς. Υπό το πρίσμα αυτό, είναι αναγκαίο να εξασφαλιστεί πρόσβαση στα δίκτυα αυτά χωρίς διακρίσεις εις βάρος των τρίτων, προκειμένου να ολοκληρωθεί η διαδικασία ελευθέρωσης του τομέα, δηλαδή η υλοποίηση μιας ανταγωνιστικής αγοράς στην οποία θα διασφαλίζεται η ελεύθερη παροχή υπηρεσιών στην εκμετάλλευση δικτύων όπως, μεταξύ άλλων, τα δίκτυα διανομής ηλεκτρικής ενέργειας και φυσικού αερίου ή οι σιδηροδρομικές μεταφορές. Ο νομοθέτης της Ένωσης όπως και οι νομοθέτες πολλών κρατών μελών υιοθέτησαν για τον σκοπό αυτόν την πολιτική του διαχωρισμού, δηλαδή την αποσύνδεση της

33 — Σύμφωνα με τα στοιχεία που έδωσε η Ολλανδική Κυβέρνηση κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση.

διαχειρίσεως του δικτύου από την εκμετάλλευσή του για την παροχή των υπηρεσιών. Ο βαθμός του επιδιωκόμενου ή του επιτευχθέντος διαχωρισμού ποικίλλει αναλόγως των εκάστοτε τομέων και κρατών μελών και κυμαίνεται από τον λογιστικό ή λειτουργικό διαχωρισμό μέχρι τον νομικό διαχωρισμό, φθάνοντας μέχρι και τον διαχωρισμό της ιδιοκτησίας.

2. Η επιρροή του παραγωγού δικαίου της Ένωσης στην εκτίμηση της εθνικής νομοθεσίας υπό το πρίσμα των ελευθεριών κυκλοφορίας

67. Οι κρινόμενες στις κύριες δίκες υποθέσεις θέτουν το ζήτημα της επιρροής που ασκούν τα μέτρα του παραγωγού δικαίου της Ένωσης στην εκτίμηση ενός εθνικού μέτρου μεταφοράς, το οποίο αποτελεί περιορισμό μιας από τις ελευθερίες κυκλοφορίας και εισάγει αυστηρότερες απαιτήσεις απ' ό,τι η ίδια η οδηγία την οποία μεταφέρει στο εθνικό δίκαιο.

68. Θεωρώ, πράγματι, σημαντικό, υπό το πρίσμα της προηγούμενης νομολογίας του Δικαστηρίου, να προσδιοριστεί αν ο έλεγχος του επίδικου στις κρινόμενες υποθέσεις μέτρου μεταφοράς προϋποθέτει τον έλεγχο του συμβατού της μεταφερόμενης οδηγίας με το πρωτογενές δίκαιο της Ένωσης.

69. Στις κρινόμενες υποθέσεις, η απαγόρευση συμμετοχής σε όμιλο και η απαγόρευση παράπλευρων δραστηριοτήτων απορρέουν από τον νόμο Wop, ο οποίος θεσπίστηκε, μεταξύ άλλων, για να μεταφέρει στην ολλανδική έννομη τάξη τις οδηγίες 2003/54 και 2003/55 της δεύτερης δέσμης μέτρων για την ενέργεια, οι οποίες δεν επιβάλλουν διαχωρισμό της κυριότητας των μετοχών του διαχειριστή δικτύου μεταφοράς ή διανομής από εκείνη των λοιπών επιχειρήσεων και δεν προβλέπουν ρητώς τον διαχωρισμό αυτόν ως προϋπόθεση για τη μεταφορά τους στην εθνική έννομη τάξη³⁴. Όπως και άλλοι εθνικοί νομοθέτες, οι οποίοι επέλεξαν τον διαχωρισμό των ιδιοκτησιακών δομών των διαχειριστών δικτύων μεταφοράς, αφενός, και των επιχειρήσεων παραγωγής και προμήθειας ενέργειας, αφετέρου³⁵, θεωρώ ότι, με τον νόμο Wop, το 2006, ο Ολλανδός νομοθέτης υπερέβη με δική του πρωτοβουλία τις απαιτήσεις του παραγωγού δικαίου της Ένωσης που ίσχυε τότε, επιλέγοντας τον διαχωρισμό των δομών ιδιοκτησίας των διαχειριστών δικτύων διανομής, αφενός, και των επιχειρήσεων παραγωγής και προμήθειας ενέργειας, αφετέρου. Επισημαίνω ότι με τις επίμαχες οδηγίες επιβάλλεται η κατ' ελάχιστον εναρμόνιση.

70. Έτσι, στο εφαρμοστέο *ratione temporis* στις κρινόμενες υποθέσεις νομικό πλαίσιο, ο νόμος Wop, μολονότι θεσπίστηκε για τη μεταφορά των οδηγιών του 2003 στην ολλανδική έννομη τάξη, εμφανίζεται ως εθνικό μέτρο ανεξάρτητο από αυτές. Δύναται, επομένως, να ελεγχθεί αυτοτελώς υπό το πρίσμα των ελευθεριών κυκλοφορίας.

71. Ωστόσο, θεωρώ ότι δεν μπορεί να αγνοηθεί η μεταγενέστερη θέσπιση των οδηγιών 2009/72 και 2009/73 –καίτοι δεν είναι εφαρμοστέες *ratione temporis* στις κρινόμενες υποθέσεις–, οι οποίες, με τη σειρά τους, προβλέπουν ρητώς ως έναν από τους όρους μεταφοράς τους στην εθνική έννομη τάξη τον διαχωρισμό των δομών ιδιοκτησίας. Υπενθυμίζω, μάλιστα, ότι η αιτιολογική σκέψη 11 της οδηγίας 2009/72 χαρακτηρίζει τον διαχωρισμό αυτόν ως αποτελεσματικό και σταθερό τρόπο για την επίλυση της εγγενούς στον τομέα συγκρούσεως συμφερόντων και ότι η αιτιολογική σκέψη 21 και των δύο ως άνω οδηγιών κατοχυρώνει το δικαίωμα επιλογής του πλήρους διαχωρισμού της ιδιοκτησίας³⁶.

34 — Βλ. την αιτιολογική σκέψη 8 και το άρθρο 15 της οδηγίας 2003/54, όπως μνημονεύονται ανωτέρω.

35 — Πριν από τη θέσπιση της τρίτης δέσμης μέτρων για την ενέργεια, δεκατρία κράτη μέλη είχαν επιλέξει τον διαχωρισμό της ιδιοκτησίας των διαχειριστών δικτύων μεταφοράς ηλεκτρικής ενέργειας έναντι έξι που έκαναν το ίδιο για τη μεταφορά φυσικού αερίου, σύμφωνα με τον Hunt, M., «Ownership Unbundling: The Main Legal Issues in a Controversial Debate», *EU Energy Law and Policy Issues*, εκδ. Delvaux, B., κ.λπ., Rixensart: Euroconfidentiel, 2008.

36 — Δεν πρόκειται, ωστόσο, για υποχρέωση. Συναφώς, το άρθρο 26 της οδηγίας 2009/72, με τίτλο «Διαχωρισμός των διαχειριστών συστημάτων διανομής», ορίζει, όπως και το άρθρο 15 της οδηγίας 2003/54, ότι «[ο]ι κανόνες αυτοί δεν συνεπάγονται υποχρέωση διαχωρισμού του ιδιοκτησιακού καθεστώτος των περιουσιακών στοιχείων του συστήματος διανομής από την κάθετα ολοκληρωμένη επιχείρηση».

72. Βεβαίως, μια γραμματική και περιοριστική ερμηνεία των εν λόγω αιτιολογικών σκέψεων θα μπορούσε να οδηγήσει στο συμπέρασμα ότι αφορούν μόνο τους διαχειριστές δικτύων μεταφοράς ενέργειας. Εντούτοις, συμφωνώ με την Ολλανδική Κυβέρνηση και την Επιτροπή στο ότι οι εν λόγω αιτιολογικές σκέψεις έχουν εφαρμογή και στα δίκτυα διανομής, λαμβανομένων υπόψη των ήδη προπεριγραφέντων χαρακτηριστικών τους, καθώς και της ανάγκης να εξαλειφθούν οι συγκρούσεις συμφερόντων μεταξύ των διαχειριστών και των χρηστών των δικτύων, ανάγκης η οποία, μάλιστα, θεωρώ ότι είναι μεγαλύτερη στον κλάδο της διανομής απ' ό,τι σε εκείνον της μεταφοράς, παρά το γεγονός ότι μόνο τα δίκτυα μεταφοράς έχουν καθοριστική σημασία από την άποψη της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών σε διασυνοριακό επίπεδο.

73. Κατά συνέπεια, θεωρώ ότι, εντός του ισχύοντος νομικού πλαισίου, η απαγόρευση συμμετοχής σε όμιλο και η απαγόρευση παράπλευρων δραστηριοτήτων δεν μπορούν να αμφισβητηθούν, τουλάχιστον επί της αρχής, αν δεν ελεγχθεί προηγουμένως ευθέως το συμβατό των οδηγιών του 2009 με την ελεύθερη κυκλοφορία των κεφαλαίων. Σημειώνω, ωστόσο, ότι ο διαχωρισμός των δομών ιδιοκτησίας τον οποίον προβλέπει η αιτιολογική σκέψη 11 των εν λόγω οδηγιών δεν φθάνει στο σημείο να απαγορεύει τη συμμετοχή σε όμιλο, όπως η ολλανδική ρύθμιση, αφού η εν λόγω σκέψη προβλέπει ρητώς τη δυνατότητα αμοιβαίων επενδύσεων σε μετοχές μειοψηφίας μεταξύ του διαχειριστή δικτύου και της επιχειρήσεως παραγωγής ή προμήθειας.

74. Η Επιτροπή επισημαίνει στις παρατηρήσεις της ότι το συμβατό της απαγορεύσεως συμμετοχής σε όμιλο με την ελεύθερη κυκλοφορία των κεφαλαίων πρέπει να κριθεί στο πλαίσιο των εφαρμοστέων κανόνων του παραγωγού δικαίου της Ένωσης και φαίνεται να υποστηρίζει ότι το συμβατό της απαγορεύσεως συμμετοχής σε όμιλο με τους σκοπούς των οδηγιών δύναται να δικαιολογήσει το εν λόγω μέτρο.

75. Κατά την άποψή μου, το πραγματικό ερώτημα είναι μάλλον το εξής: είναι ο διαχωρισμός της ιδιοκτησίας, ο οποίος προβλέφθηκε μεταγενέστερα από τις οδηγίες του 2009, συμβατός με τη Συνθήκη και ιδίως με τις ελευθερίες κυκλοφορίας τις οποίες ενδεχομένως θίγει;

76. Κατά πάγια νομολογία, ο νομοθέτης της Ένωσης υποχρεούται, κατ' αρχήν, να σέβεται τις καθιερωμένες από τη Συνθήκη ελευθερίες κυκλοφορίας, όπως, άλλωστε, και ο εθνικός νομοθέτης³⁷. Στους κύκλους της θεωρίας έγινε αντικείμενο έντονων συζητήσεων³⁸ το αν η παράγωγη νομοθεσία υπόκειται σε έλεγχο της ίδιας φύσεως και της ίδιας εντάσεως όσον αφορά το συμβατό της προς το πρωτογενές δίκαιο της Ένωσης, και ειδικότερα προς τις ελευθερίες κυκλοφορίας³⁹ ή ο έλεγχος αυτός πρέπει να προσαρμόζεται στις ιδιαιτερότητες και τους σκοπούς του δικαίου της Ένωσης.

77. Στην υπόθεση *Bauhuis*, το Δικαστήριο έκρινε ότι τα μέτρα τα οποία λαμβάνει το Συμβούλιο προς το γενικό συμφέρον της Κοινότητας, και όχι εκείνα τα οποία λαμβάνουν μονομερώς τα κράτη μέλη με σκοπό την προστασία των δικών τους συμφερόντων, δεν μπορούν να θεωρηθούν ως μέτρα που παρεμποδίζουν τις συναλλαγές⁴⁰. Επομένως, η παράγωγη νομοθεσία της Ένωσης φαίνεται να απολαύει ενός τεκμηρίου συμβατότητας προς τις ελευθερίες κυκλοφορίας τις οποίες εγγυάται η Συνθήκη. Ένα πλέον πρόσφατο παράδειγμα της ιδιαιτερότητας που αποδίδεται στον έλεγχο των μέτρων του παραγωγού δικαίου σε σχέση με τις ελευθερίες κυκλοφορίας προκύπτει από την απόφαση

37 — Βλ., σχετικά με την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων, απόφαση της 20ής Απριλίου 1978, 80/77 και 81/77, *Les Commissionnaires Réunis και Les Fils de Henri Ramel* (Συλλογή τόμος 1978, σ. 315), στην οποία αναφέρεται ότι: «Η απαγόρευση των ποσοτικών περιορισμών και των μέτρων ισοδύναμου αποτελέσματος ισχύει, όπως έχει κρίνει επανειλημμένως το Δικαστήριο, όχι μόνο για τα εθνικά μέτρα, αλλά και για τα μέτρα που λαμβάνονται από τα κοινοτικά όργανα». Βλ. επίσης απόφαση της 17ης Μαΐου 1984, 15/83, *Denkavit Nederland* (Συλλογή 1984, σ. 2171, σκέψη 15). Θεωρώ ότι παρέλκει η χρησιμοποίηση διαφορετικής συλλογιστικής όσον αφορά την ελεύθερη κυκλοφορία των κεφαλαίων.

38 — Βλ. επ' αυτού *Mortelmans, K.*, «The relationship between the Treaty rules and Community measures for the establishment and functioning of the internal market», *Common Market Law Review*, τόμος 39, 2002, σ. 1303.

39 — Υπέρ της απόψεως αυτής, *Petersmann, E.-U.*, *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, Φράμπουργκ, 1991.

40 — Απόφαση της 25ης Ιανουαρίου 1977, 46/76 (Συλλογή τόμος 1977, σ. 1, σκέψεις 27 έως 30).

Γερμανία κατά Κοινοβουλίου και Συμβουλίου⁴¹, με την οποία κρίθηκε ότι ο σκοπός της αποφυγής των διαταράξεων στην αγορά μπορούσε να δικαιολογήσει εμπόδιο στην ελευθερία εγκαταστάσεως η οποία απορρέει από την οδηγία περί των συστημάτων εγγυήσεως των καταθέσεων. Αναμφίβολα, ο σκοπός αυτός δεν θα μπορούσε να δικαιολογήσει παρόμοιο εθνικό μέτρο το οποίο θα είχε κριθεί ως αμιγώς οικονομικής φύσεως.

78. Έτσι, η νομολογία του Δικαστηρίου δέχθηκε ότι οι οικονομικοί σκοποί της Συνθήκης μπορούν να δικαιολογήσουν περιορισμούς των θεμελιωδών ελευθεριών οι οποίοι απορρέουν από τη νομοθεσία της Ένωσης. Στο πλαίσιο των κρινομένων υποθέσεων, επομένως, τίθεται το ερώτημα εάν και κατά πόσον ισχύει το ίδιο για τους σκοπούς μιας εθνικής νομοθετικής ρυθμίσεως με την οποία επιδιώκονται ακριβώς οι σκοποί της Συνθήκης. Το πρόβλημα αυτό τίθεται με τους ίδιους όρους και εκτός της ελευθέρωσης των τομέων των δικτύων διανομής ηλεκτρικής ενέργειας και φυσικού αερίου, ιδίως κατά την εξέταση μιας εθνικής νομοθετικής ρυθμίσεως σχετικής με τον ανταγωνισμό, η οποία, στο δικό της πεδίο εφαρμογής, αποδεικνύεται αυστηρότερη από εκείνη της Ένωσης και θα μπορούσε, έτσι, να περιορίζει την ελευθερία εγκαταστάσεως.

3. Επί των λεγόμενων «αμιγώς οικονομικών» δικαιολογητικών λόγων

79. Στο πλαίσιο του δεύτερου προδικαστικού ερωτήματος απέδειξα ότι τόσο η απαγόρευση συμμετοχής σε όμιλο όσο και η απαγόρευση παράπλευρων δραστηριοτήτων, οι οποίες επιβάλλονται στους διαχειριστές δικτύων διανομής, εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων, την οποία και περιορίζουν.

80. Το Δικαστήριο έχει κρίνει επανειλημμένως ότι η ελεύθερη κυκλοφορία των κεφαλαίων δεν μπορεί να περιορίζεται από εθνική νομοθετική ρύθμιση, παρά μόνον εάν αυτή δικαιολογείται από κάποιον από τους λόγους του άρθρου 58 ΕΚ ή από επιτακτικούς λόγους γενικού συμφέροντος, κατά την έννοια της νομολογίας του Δικαστηρίου. Επιπλέον, τέτοιοι περιορισμοί πρέπει να ανταποκρίνονται στον επιδιωκόμενο σκοπό και να μην υπερβαίνουν το αναγκαίο για την επίτευξη του μέτρου⁴².

81. Το αιτούν δικαστήριο παρατηρεί ότι οι σκοποί της διαφάνειας στην αγορά ενέργειας και της αποτροπής των στρεβλώσεων του ανταγωνισμού με σκοπό τη δημιουργία ίσων όρων ανταγωνισμού («level playing field»), σκοποί τους οποίους επικαλέστηκε το Ολλανδικό Δημόσιο για να δικαιολογήσει την απαγόρευση συμμετοχής σε όμιλο και την απαγόρευση παράπλευρων δραστηριοτήτων, χρησιμοποιήθηκαν και από το Κοινοβούλιο και το Συμβούλιο ως νομική βάση των οδηγιών 2009/72 και 2009/73. Σύμφωνα με τα προοίμιά τους, οι οδηγίες αυτές έχουν, μεταξύ άλλων, ως σκοπό να εξασφαλίσουν δίκαιη πρόσβαση στο δίκτυο και διαφάνεια στην αγορά με την εφαρμογή διαφανών τιμολογίων τα οποία δεν εισάγουν διακρίσεις⁴³. Μολονότι οι εν λόγω οδηγίες δεν επιβάλλουν διαχωρισμό των δομών ιδιοκτησίας του διαχειριστή δικτύων διανομής και των εμπορικών δραστηριοτήτων, το αιτούν δικαστήριο παρατηρεί ότι τα επίμαχα μέτρα, και ιδίως αυτά του οικονομικού και του λειτουργικού διαχωρισμού, ελήφθησαν προκειμένου να επιτευχθούν οι ως άνω σκοποί.

82. Αντιθέτως, οι εταιρίες θεωρούν ότι η διαφάνεια και η αποτροπή των διεπιδοτήσεων έχουν κυρίως ως σκοπό την ενίσχυση του ανταγωνισμού στην ολλανδική αγορά ενέργειας. Στηριζόμενες σε πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, υποστηρίζουν ότι τέτοιοι σκοποί έχουν αμιγώς οικονομικό χαρακτήρα και δεν μπορούν, ως εκ τούτου, να αποτελέσουν επιτακτικό λόγο γενικού συμφέροντος⁴⁴.

41 — Απόφαση της 13ης Μαΐου 1997, C-233/94 (Συλλογή 1997, σ. I-2405, σκέψη 57).

42 — Βλ. απόφαση της 21ης Δεκεμβρίου 2011, C-271/09, Επιτροπή κατά Πολωνίας (Συλλογή 2011, σ. I-13613, σκέψεις 55 και 58).

43 — Βλ., μεταξύ άλλων, αιτιολογικές σκέψεις 4, 7, 26 και 32 της οδηγίας 2009/72 και αιτιολογικές σκέψεις 4, 5, 25 και 31 της οδηγίας 2009/73.

44 — Απόφασεις της 10ης Ιουλίου 1984, 72/83, Campus Oil κ.λπ. (Συλλογή 1984, σ. 2727, σκέψεις 35 και 36), της 17ης Μαρτίου 2005, C-109/04, Kranemann (Συλλογή 2005, σ. I-2421, σκέψη 34), και της 15ης Απριλίου 2010, C-96/08, CIBA (Συλλογή 2010, σ. I-2911, σκέψη 48).

83. Η Επιτροπή εκτιμά ότι η απαγόρευση συμμετοχής σε όμιλο και η απαγόρευση παράπλευρων δραστηριοτήτων καταλήγουν, βεβαίως, σε διαχωρισμό της ιδιοκτησίας των διαχειριστών δικτύων διανομής σε βαθμό που υπερβαίνει τον προβλεπόμενο από τις οδηγίες 2003/54 και 2003/55, αλλά ότι ο διαχωρισμός αυτός είναι σύμφωνος με την οικονομία και τους σκοπούς των οδηγιών αυτών.

84. Κατά την άποψή μου, τόσο από το προοίμιο των οδηγιών του 2009 όσο και από τις κοινοβουλευτικές συζητήσεις στις Κάτω Χώρες προκύπτει σαφώς ότι κύριοι σκοποί του διαχωρισμού της ιδιοκτησίας και της απαγορεύσεως συμμετοχής σε όμιλο είναι, αντίστοιχα, στο πλαίσιο της Ένωσης, η ανάπτυξη των επενδύσεων και του ανταγωνισμού στην αγορά ενέργειας και η πτώση των τιμών σε ευρωπαϊκό επίπεδο⁴⁵ και, στις Κάτω Χώρες, η καταπολέμηση, μέσω μιας μεγαλύτερης διαφάνειας, των πρακτικών εκείνων που νοθεύουν τον ανταγωνισμό⁴⁶. Αρκεί η επισήμανση ότι οι σκοποί αυτοί αποτελούν εκ πρώτης όψεως λόγους οικονομικής φύσεως κατά την έννοια της νομολογίας του Δικαστηρίου.

85. Ειδικότερα, παρά τους αποτελούντες εν προκειμένω αντικείμενο κριτικής οικονομικούς λόγους, θεωρώ ότι η απαγόρευση συμμετοχής σε όμιλο και η απαγόρευση παράπλευρων δραστηριοτήτων μπορούν να δικαιολογηθούν με τρεις τρόπους. Πρώτον, με το να θεωρηθούν οι οικονομικοί σκοποί όχι ως «αμιγώς» οικονομικοί, αλλά μάλλον ως τα μέσα για την εξυπηρέτηση μη οικονομικών σκοπών. Δεύτερον, με το να περιληφθεί στην έννοια του οικονομικού σκοπού και ένα στοιχείο προστατευτισμού, μια «ιδιοτελής» σκοπιμότητα του ελεγχόμενου μέτρου. Ή, τρίτον, με το να αγνοηθεί ο ενδεχόμενος οικονομικός χαρακτήρας του προβαλλόμενου λόγου και να δικαιολογηθούν οι επίδικες απαγορεύσεις σε σχέση με κάποιον από τους σκοπούς της Συνθήκης.

86. Το πρώτο επιχείρημα εντάσσεται στη γραμμή των προσαρμογών της απαγορεύσεως των οικονομικών λόγων, τις οποίες δέχεται πλέον το Δικαστήριο⁴⁷. Ειδικότερα, η Ολλανδική Κυβέρνηση επικαλείται μια τάση της νομολογίας η οποία δέχεται ως θεμιτά τα μέτρα εκείνα τα οποία, μολονότι επιβάλλονται από οικονομικούς λόγους, επιδιώκουν άλλον μη οικονομικού χαρακτήρα σκοπό⁴⁸.

87. Ωστόσο, η υιοθέτηση του σκεπτικού αυτού στις επίδικες υποθέσεις θα δημιουργούσε δύο προβλήματα. Το ένα αφορά τη διατύπωση του τρίτου προδικαστικού ερωτήματος του Hoge Raad der Nederlanden, το οποίο αναφέρεται μόνο στους σκοπούς της διαφάνειας στην αγορά ενέργειας και της αποτροπής των στρεβλώσεων του ανταγωνισμού, με αποτέλεσμα να μην επιτρέπεται στο Δικαστήριο να λάβει υπόψη τους μη οικονομικούς σκοπούς που προβάλλει η Ολλανδική Κυβέρνηση, δηλαδή, μεταξύ άλλων, την προστασία των πελατών, την εγγύηση της ασφάλειας του εφοδιασμού και την ανάγκη αποκλειστικής ενασχολήσεως των διαχειριστών δικτύων με τη δραστηριότητά τους αυτή.

88. Το δεύτερο πρόβλημα έγκειται στο γεγονός ότι δεν καθίσταται σαφής η σχέση της απαγορεύσεως συμμετοχής σε όμιλο και της απαγορεύσεως παράπλευρων δραστηριοτήτων με τη δημόσια ασφάλεια και την προστασία του καταναλωτή ούτε ως προς την καταλληλότητα των μέτρων αυτών ούτε ως προς την αναλογικότητά τους σε σχέση με τους εν λόγω σκοπούς⁴⁹, όπως ορθώς επισημαίνουν οι εταιρίες. Πράγματι, θεωρώ ότι η απαγόρευση ιδιωτικοποιήσεως καλύπτει ήδη επαρκώς τις απαιτήσεις για προστασία της δημόσιας ασφάλειας, καθώς αποκλείει, μεταξύ άλλων, τη διαχείριση των δικτύων

45 — Βλ., συναφώς, την αιτιολογική έκθεση της πρότασης οδηγίας COM(2007) 528 τελικό, σ. 5.

46 — Στις παρατηρήσεις τους οι Essent NV και Essent Nederland BV επαναλαμβάνουν τους λόγους που προέβαλε ο Ολλανδός νομοθέτης σε διάφορα στάδια της διαδικασίας.

47 — Για μια μελέτη εκλογικεύσεως των προσαρμογών αυτών, βλ. Snell, J., «Economic Aims as Justification for Restrictions on Free Movement», στο *Rule of reason: rethinking another classic of European legal doctrine*, εκδ. Schrauwen, A., Groningen: Europa Law Publishing, 2005.

48 — Προμνημονευθείσα απόφαση Campus Oil κ.λπ.

49 — Αυτό ισχύει πολλώ μάλλον, δεδομένου ότι, σύμφωνα με το Δικαστήριο, η εξαίρεση της δημόσιας ασφάλειας του νυν άρθρου 65, παράγραφος 1, ΣΛΕΕ πρέπει να εννοηθεί υπό στενή έννοια και δύναται να καλύπτει μόνο τις περιπτώσεις στις οποίες το δημόσιο συμφέρον απειλείται πράγματι και αρκούντως σοβαρά, βλ. απόφαση της 13ης Μαΐου 2003, C-463/00, Επιτροπή κατά Ισπανίας (Συλλογή 2003, σ. I-4581, σκέψη 72), και προμνημονευθείσα απόφαση της 8ης Ιουλίου 2010, C-171/08, Επιτροπή κατά Πορτογαλίας (σκέψη 73).

διανομής ηλεκτρικής ενέργειας από εταιρίες ελεγχόμενες από τρίτα κράτη. Αντιθέτως, οι απαιτήσεις για την προστασία των καταναλωτών θα έπρεπε να αποτελέσουν αντικείμενο ειδικής μέριμνας, ακόμη και στην περίπτωση που ο νομοθέτης είχε δεχθεί τη διατήρηση των κάθετα ολοκληρωμένων επιχειρήσεων.

89. Το δεύτερο επιχείρημα στηρίζεται στην άποψη ότι ο λόγος για τον οποίον τα μέτρα που προβλέπονται από το δίκαιο της Ένωσης δεν υπόκεινται σε τόσο αυστηρό έλεγχο υπό το πρίσμα των ελευθεριών κυκλοφορίας όσο τα αμιγώς εθνικά μέτρα είναι ότι κριτήριο του Δικαστηρίου κατά τη διάκριση των λόγων οι οποίοι μπορούν να δικαιολογήσουν ένα περιοριστικό μέτρο από τους λοιπούς λόγους δεν είναι τόσο η οικονομική φύση του επιδιωκόμενου σκοπού καθεαυτήν όσο ο υποκρυπτόμενος προστατευτικός σκοπός του εκπεφρασμένου δικαιολογητικού λόγου⁵⁰. Έτσι, για το σύστημα και τους σκοπούς της Συνθήκης, δεν έχει τόσο σημασία η στατική κατάσταση της νομοθετικής εκφράσεως μιας δημόσιας πολιτικής όσο οι σκοπιμότητες που εν δυνάμει εξυπηρετεί.

90. Η ανάλυση αυτή επιβεβαιώνεται από τη μελέτη ανάλογων μέτρων σε υποθέσεις στις οποίες το Δικαστήριο απέρριψε τη δικαιολόγηση περιορισμού της ελευθερίας εγκαταστάσεως ή της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων ως αμιγώς οικονομικής φύσεως.

91. Για παράδειγμα, στην προμνημονευθείσα υπόθεση Επιτροπή κατά Πορτογαλίας⁵¹, το Δικαστήριο δεν δέχθηκε ότι η επίδικη εθνική ρύθμιση, η οποία περιόριζε τον αριθμό των προερχόμενων από άλλο κράτος μέλος επενδυτών και εξαρτούσε από προηγούμενη έγκριση της Πορτογαλικής Δημοκρατίας την απόκτηση μετοχών πέραν ενός ορίου, μπορούσε να δικαιολογηθεί από την ενίσχυση της ανταγωνιστικής δομής της πορτογαλικής αγοράς ή από τον εκσυγχρονισμό και την ενίσχυση της αποτελεσματικότητας των μέσων παραγωγής βάσει του οικονομικού τους χαρακτήρα. Θεωρώ ότι ο πραγματικός λόγος πίσω από την κρίση αυτή έγκειται στην υποψία προστατευτισμού στην άσκηση της διακριτικής ευχέρειας την οποία διαθέτει η αρμόδια για τη χορήγηση μιας τέτοιας εγκρίσεως εθνική αρχή.

92. Κατά τα λοιπά, η εξαιρετική σημασία που αποδίδει το Δικαστήριο στον κίνδυνο να διολισθαίνει η φύση του προβαλλόμενου λόγου προς τον προστατευτισμό διαφαίνεται *a fortiori* στη νομολογία του η οποία δεν αφορά τους δικαιολογητικούς λόγους οικονομικής φύσεως. Έτσι, στην πρόσφατη απόφαση Επιτροπή κατά Ελλάδας⁵², το Δικαστήριο απέρριψε τη δικαιολόγηση μέτρου που εξαρτούσε από προηγούμενη έγκριση την απόκτηση μετοχών σε εταιρίες στρατηγικής σημασίας, λόγω της εξουσίας διακριτικής ευχέρειας των εθνικών αρχών κατά την άσκηση της σχετικής χορηγήσεως, παρά την ύπαρξη λόγου δημόσιας ασφάλειας, η οποία θα μπορούσε να δικαιολογήσει μια τέτοια διάταξη σε σχέση με την ασφάλεια του εφοδιασμού ενέργειας. Επομένως, η σκοπιμότητα της ελεγχόμενης εθνικής διατάξεως υπερσχύει του χαρακτηρισμού της ως οικονομικής ή μη οικονομικής φύσεως.

93. Η υπόθεση Επιτροπή κατά Ιταλίας⁵³ αφορούσε επίσης νόμο περί ιδιωτικοποίησης, ο οποίος προέβλεπε ως μεταβατικό μέτρο, εν όψει της πλήρους ελευθερώσεως του τομέα της ενέργειας, την αναστολή του δικαιώματος ψήφου όλων των μετοχών πέραν ενός καθορισμένου ορίου 2%. Η Ιταλική Δημοκρατία επιχείρησε να δικαιολογήσει το μέτρο αυτό προβάλλοντας τον σκοπό της προστασίας των υγιών και ίσων όρων ανταγωνισμού στις αγορές ενέργειας, αλλά το Δικαστήριο απέρριψε τον λόγο αυτόν. Ακόμη και στην περίπτωση αυτή, θεωρώ ότι ο πραγματικός λόγος για τον οποίον το Δικαστήριο απέρριψε τη δικαιολόγηση του μέτρου βάσει του ως άνω σκοπού δεν ήταν τόσο η οικονομική φύση του μέτρου όσο μάλλον το γεγονός ότι το μέτρο αυτό συνέβαλλε στη διατήρηση του *status quo*, δηλαδή, στη συγκεκριμένη περίπτωση, του ελέγχου των ιταλικών εθνικών αρχών επί των υπό ιδιωτικοποίηση εταιριών, πράγμα που συνιστά επί της ουσίας προστατευτική σκοπιμότητα.

50 — Όπως υποστήριξε η Επιτροπή στην επ' ακροατηρίου συζήτηση.

51 — C-367/98 (σκέψη 52).

52 — Προμνημονευθείσα (σκέψη 79).

53 — Απόφαση της 2ας Ιουνίου 2005, C-174/04 (Συλλογή 2005, σ. I-4933, σκέψη 37).

94. Ομοίως, στη νομολογία περί «golden shares», αυτό που οδήγησε το Δικαστήριο να αποφαινεται κατά σύστημα ότι τέτοιες διατάξεις ήταν ασύμβατες προς την ελεύθερη κυκλοφορία των κεφαλαίων και την ελεύθερη εγκατάσταση δεν είναι τόσο η οικονομική φύση του προβληθέντος δικαιολογητικού λόγου όσο ο υπερβολικός χαρακτήρας του δικαιώματος του οποίου επιφυλάχθηκε η εκεί κυβέρνηση, το οποίο και σε εκείνη την περίπτωση κατέληγε σε κρατικό προστατευτισμό⁵⁴.

95. Σκοπός a priori αντίθετος προς την κλασική νομολογία του Δικαστηρίου, θα μπορούσε, αντιθέτως, να κριθεί συμβατός με τη Συνθήκη κατόπιν εξετάσεως του σκοπού στο πλαίσιο μιας νέας προσεγγίσεως του οικονομικού λόγου. Θα οδηγούσε, μεταξύ άλλων, σε διάκριση μεταξύ, αφενός, των οικονομικών δικαιολογητικών λόγων που έχουν ως αποτέλεσμα την προστασία, με τον ένα ή τον άλλον τρόπο, των οικονομικών συμφερόντων των κρατών μελών και, αφετέρου, εκείνων που έχουν ως αποτέλεσμα την οργάνωση ενός τομέα σύμφωνα με τους οικονομικούς σκοπούς της Συνθήκης.

96. Εν προκειμένω, στο πλαίσιο της καταστάσεως όπως έχει στις Κάτω Χώρες, δεδομένου, δηλαδή, ότι τόσο οι διαχειριστές δικτύου όσο και οι κάθετα ολοκληρωμένες εταιρίες ενέργειας βρίσκονται στην κατοχή δημόσιων φορέων, δεν θεωρώ ότι η απαγόρευση συμμετοχής σε όμιλο ή η απαγόρευση παράπλευρων δραστηριοτήτων ευνοεί αμέσως ή εμμέσως τους επιχειρηματίες των Κάτω Χωρών. Αντιθέτως, η Essent NV, η οποία υποχρεώθηκε να διασπαστεί προκειμένου να ιδιωτικοποιηθεί, ισχυρίζεται ότι, όταν αναγκάστηκε να παραχωρήσει συμμετοχές στον διαχειριστή δικτύου διανομής Epexis Holding NV, περιήλθε σε δυσμενέστερη θέση έναντι των ανταγωνιστών της από άλλα κράτη μέλη, στα οποία εξακολουθεί να είναι αποδεκτό το πρότυπο της κάθετα ολοκληρωμένης επιχειρήσεως. Κατά συνέπεια, φαίνεται ότι η απαγόρευση συμμετοχής σε όμιλο δεν εμπνέεται από προστατευτισμό, σε αντίθεση με τα μέτρα που κρίθηκαν ασύμβατα με τις ελευθερίες κυκλοφορίας στις προμνημονευθείσες αποφάσεις.

97. Κατά τα λοιπά, η απαγόρευση συμμετοχής σε όμιλο και η απαγόρευση παράπλευρων δραστηριοτήτων ουδόλως επιδιώκουν προστατευτικές σκοπιμότητες υπέρ των δημόσιων φορέων, οι οποίοι διατηρούν, βεβαίως, την ιδιοκτησία των διαχειριστών δικτύου, αλλά αποκλείονται από την ιδιοκτησία των εταιριών ενέργειας, εφόσον είναι διαχειριστές δικτύου.

98. Το τρίτο επιχείρημα συνίσταται στο να αναγνωριστεί στη δικαιολόγηση των περιορισμών της ελεύθερης κυκλοφορίας μια νέα βάση, αντλούμενη από τη διάταξη της Συνθήκης σύμφωνα με την οποία στην εσωτερική αγορά εφαρμόζεται πάντοτε σύστημα το οποίο εξασφαλίζει τον ανόθευτο ανταγωνισμό. Η διάταξη αυτή, η οποία περιλαμβανόταν στο άρθρο 3, στοιχείο στ', της αρχικής Συνθήκης ΕΟΚ, περιλαμβάνεται σήμερα στο πρωτόκολλο 27 της Συνθήκης ΛΕΕ⁵⁵.

99. Η εθνική ρύθμιση, όμως, η οποία έχει ως σκοπό να αντικαταστήσει σε περιφερειακό ή και τοπικό επίπεδο τα ιστορικά μονοπώλια των κάθετα ολοκληρωμένων εταιριών ενέργειας με μια δομή η οποία, διαχωρίζοντας την ιδιοκτησία της διαχειρίσεως του δικτύου από εκείνη των υπηρεσιών που εκμεταλλεύονται το δίκτυο αυτό, επιτρέπει την εγκαθίδρυση μιας ανταγωνιστικής αγοράς εμπορίας, προμήθειας και παραγωγής ενέργειας αποτελεί μέτρο καθ' όλα ικανό να εξασφαλίσει τον ανόθευτο ανταγωνισμό.

100. Κατά την άποψή μου, οι περιορισμοί στην ελευθερία δράσεως τόσο του διαχειριστή δικτύου διανομής όσο και των εταιριών ενέργειας μπορούν να εξασφαλίσουν πρόσβαση χωρίς διακρίσεις στην αγορά ενέργειας, καθώς και ανόθευτο ανταγωνισμό όσον αφορά την εμπορία, την προμήθεια και την παραγωγή ενέργειας. Θεωρώ ότι ο σκοπός αυτός πρέπει να θεωρηθεί ως σημαντικός γενικού

54 — Βλ., μεταξύ άλλων, προμνημονευθείσα απόφαση της 8ης Ιουλίου 2010, C-171/08, Επιτροπή κατά Πορτογαλίας, αντικείμενο της οποίας ήταν μετοχές συνοδευόμενες από ειδικά δικαιώματα (δικαίωμα αρνησικυρίας), τις οποίες έπρεπε να κατέχουν υποχρεωτικώς και κατά πλειοψηφία το Δημόσιο ή άλλοι δημόσιοι φορείς.

55 — Για τη νομολογία επί του άρθρου 3, στοιχείο στ', της Συνθήκης ΕΟΚ, βλ. απόφαση της 10ης Ιανουαρίου 1985, 229/83, Association des Centres distributeurs Leclerc et Thouars Distribution (Συλλογή 1985, σ. 1, σκέψεις 20 επ.).

συμφέροντος δικαιολογητικός λόγος των εθνικών περιορισμών που δεν εισάγουν διακρίσεις και που καθίστανται αναγκαίοι για την ελευθέρωση μιας αγοράς χαρακτηριζόμενης από φυσικό μονοπώλιο. Μικρή σημασία έχει αν ο δικαιολογητικός αυτός λόγος χαρακτηρίζεται ως μη αμιγώς οικονομικός ή ως μη προστατευτικός.

101. Ειδικότερα, η απαγόρευση συμμετοχής σε όμιλο ενισχύει τον διαχωρισμό μεταξύ, αφενός, της προμήθειας και της παραγωγής ενέργειας και, αφετέρου, της διανομής ενέργειας και συνιστά, σύμφωνα με την ενδέκατη αιτιολογική σκέψη των οδηγιών 2009/72 και 2009/73, το πιο αποτελεσματικό μέσο για την προώθηση των επενδύσεων σε υποδομή χωρίς διακρίσεις, την επί ίσοις όροις πρόσβαση των νεοεισερχομένων στο δίκτυο και τη διαφάνεια της αγοράς.

102. Εξάλλου, η απαγόρευση των παράπλευρων δραστηριοτήτων απομονώνει συγχρόνως από τους άλλους τομείς, όπως, για παράδειγμα, από τη διαχείριση των αποβλήτων ενός «spill over», τους σημαντικούς πόρους από μια δραστηριότητα που έχει τον χαρακτήρα φυσικού μονοπωλίου, προστατεύοντας παράλληλα και τη διαχείριση των δικτύων από τους κινδύνους από τις μη συνδεδεμένες με τη διανομή δραστηριότητες. Ως εκ τούτου, μια τέτοια απαγόρευση μπορεί να εγγυηθεί ότι τα επιπλέον έσοδα από την εκμετάλλευση της διαχείρισης των δικτύων θα επενδύονται στη συντήρηση και στη βελτίωση του δικτύου και όχι σε εξωτερικές δραστηριότητες.

103. Όσον αφορά την αναλογικότητα, στο πλαίσιο της αποφάσεως επί της αρχής του εθνικού νομοθέτη, δηλαδή του διαχωρισμού της δομής της διαχείρισης των δικτύων διανομής από εκείνη της εμπορίας, της προμήθειας και της παραγωγής ηλεκτρικής ενέργειας και φυσικού αερίου, η εν λόγω απαγόρευση δεν υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο για την επίτευξη των σκοπών της διαφάνειας στην αγορά ενέργειας και της αποτροπής των στρεβλώσεων του ανταγωνισμού.

104. Κατά συνέπεια, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στο τρίτο προδικαστικό ερώτημα ότι οι επίδικες εθνικές ρυθμίσεις, δηλαδή η απαγόρευση συμμετοχής σε όμιλο που περιλαμβάνει τόσο τους διαχειριστές δικτύου διανομής ενέργειας όσο και νομικά πρόσωπα που δραστηριοποιούνται στην εμπορία, προμήθεια ή παραγωγή ηλεκτρικής ενέργειας ή φυσικού αερίου στις Κάτω Χώρες και η απαγόρευση παράπλευρων δραστηριοτήτων, απαγορεύει οι οποίες επιβάλλονται στους διαχειριστές δικτύου διανομής, μπορούν να θεωρηθούν ως δικαιολογημένοι περιορισμοί της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων, καθόσον δύναται να εξασφαλίσουν ότι ο ανταγωνισμός δεν νοθεύεται από την εκμετάλλευση της μονοπωλιακής θέσεως ενός διαχειριστή δικτύου διανομής στην εμπορία, την προμήθεια ή την παραγωγή ή σε άλλους τομείς μη συνδεδεμένους με τη διαχείριση δικτύου.

V – Πρόταση

105. Κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στα προδικαστικά ερωτήματα που υπέβαλε το Hoge Raad der Nederlanden ως εξής:

- 1) Καθεστώς κράτους μέλους όπως το επίδικο στις κύριες δίκες, σύμφωνα με το οποίο οι μετοχές σε διαχειριστή δικτύου διανομής μπορούν να μεταβιβαστούν μόνο σε δημόσιους φορείς και σε ορισμένες εταιρίες που ανήκουν κατά ποσοστό 100% σε δημόσιους φορείς (απαγόρευση ιδιωτικοποίησης), συνιστά καθεστώς ιδιοκτησίας κατά την έννοια του άρθρου 345 ΣΛΕΕ και είναι, ως εκ τούτου, συμβατό με το δίκαιο της Ένωσης.
- 2) Μολονότι η απαγόρευση ιδιωτικοποίησης των διαχειριστών δικτύων διανομής, όπως η επίμαχη στις κύριες δίκες, συνιστά συμβατό με το δίκαιο της Ένωσης καθεστώς ιδιοκτησίας κατά την έννοια του άρθρου 345 ΣΛΕΕ, άλλες εθνικές ρυθμίσεις όπως η απαγόρευση συμμετοχής σε όμιλο ο οποίος περιλαμβάνει τόσο τους διαχειριστές δικτύων διανομής ενέργειας όσο και νομικά πρόσωπα τα οποία εμπορεύονται, προμηθεύουν ή παράγουν ηλεκτρική ενέργεια ή

φυσικό αέριο στις Κάτω Χώρες και η απαγόρευση παράπλευρων δραστηριοτήτων στους διαχειριστές δικτύων διανομής εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων και πρέπει να εξεταστεί η συμβατότητά τους με αυτήν.

- 3) Οι επίδικες εθνικές ρυθμίσεις, δηλαδή η απαγόρευση συμμετοχής σε όμιλο που περιλαμβάνει τόσο τους διαχειριστές δικτύων διανομής ενέργειας όσο και νομικά πρόσωπα που δραστηριοποιούνται στην εμπορία, προμήθεια ή παραγωγή ηλεκτρικής ενέργειας ή φυσικού αερίου στις Κάτω Χώρες και η απαγόρευση παράπλευρων δραστηριοτήτων, απαγορεύσεις οι οποίες επιβάλλονται στους διαχειριστές δικτύου διανομής, μπορούν να θεωρηθούν ως δικαιολογημένοι περιορισμοί της ελεύθερης κυκλοφορίας των κεφαλαίων, καθόσον δύνανται να εξασφαλίσουν ότι ο ανταγωνισμός δεν νοθεύεται από την εκμετάλλευση της μονοπωλιακής θέσεως ενός διαχειριστή δικτύου διανομής στην εμπορία, την προμήθεια ή την παραγωγή ή σε άλλους τομείς μη συνδεδεμένους με τη διαχείριση δικτύου.