



## Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK  
NIIL O JÄÄSKINEN  
esitatud 16. aprillil 2013<sup>1</sup>

**Liidetud kohtuasjad C-105/12–C-107/12**

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

(eelotsusetaotlused, mille on esitanud Hoge Raad der Nederlanden (Madalmaad))

Energia jaotusvõrkude haldurid — Erastamise absoluutne keeld — Omandirežiim — Keeld asutada kontserne, millesse kuuluvad korraga nii energia jaotusvõrkude haldurid kui ka äriühingud, kes turustavad, tarnivad või toodavad energiat — Kolmandate tegevuste keeld, mis on pandud energia jaotusvõrkude halduritele — Kapitali vaba liikumine — Piirangud — Põhjendatus — Proportsionaalsus — Nn puhtmajanduslik põhjendus — Kahjustamata konkurents

### I. Sissejuhatus

1. Hoge Raad der Nederlanden (Madalmaade kõrgeim kohus) palub Euroopa Kohtul tõlgendada ELTL artikleid 63 ja 345 seoses vaidlusega, mis toimub ühelt poolt Staat der Nederlandeni ning teiselt poolt Essent NV ja Essent Nederland BV (kohtuasi C-105/12) ning Eneco Holding NV (kohtuasi C-106/12) ja Delta NV (kohtuasi C-107/12) (edaspidi koos „äriühingud”) ehk Madalmaades elektrienergia ja gaasi jaotamisega tegelevate erinevate äriühingute vahel ning mis puudutab nende sektorite suhtes kohaldatava Madalmaade õiguse paljusid sätteid.

2. Nendes kolmes kohtuasjas, mis Euroopa Kohus omavahel liitis, esitas Hoge Raad der Nederlanden kolm eelotsuse küsimust:

- esimene küsimus käsitleb Madalmaade õigusnormidega kehtestatud „erastamise keeld”, millega välistatakse, et elektrienergia ja gaasi jaotusvõrkude haldurid<sup>2</sup> lähevad eraõiguslike isikute omandisse, arvestades ELTL artiklit 345;
- teine küsimus puudutab seda, kuidas kapitali vaba liikumist arvestades hinnata Madalmaade õigusnormidega kehtestatud kahte ülejäänud keeldu, millega välistatakse vastavalt, et niisuguste jaotusvõrkude halduritel on sidemed ettevõtjatega, kes tegelevad elektrienergia või gaasi tootmise, jaotamise ja tarnimisega Madalmaades (edaspidi „energiaettevõtted”) (edaspidi „kontserni asutamise keeld”), või et nad tegelevad muu tegevusega, mis ei ole seotud võrguhaldamisega (edaspidi „kolmandate tegevuste keeld”), ning

1 — Algkeel: prantsuse.

2 — Käesolevas ettepanekus viitavad sõnad „võrk” ja „võrguhaldur” alati elektrienergia või gaasi jaotusvõrkudele Madalmaades. Juhul kui jutt on edastusvõrkudest, on seda sõnaselgelt mainitud.

— kolmas küsimus puudutab seda, kas esinevad „ülekaalukast üldisest huvist tulenevad põhjused”, mis õigustaksid kapitali vaba liikumise piirangut, niivõrd kui teises küsimuses viidatud kontserni asutamise keeld ja kolmandate tegevuste keeld kujutavad endast piirangut.

3. Käesolevates kohtuasjades palutakse seega Euroopa Kohtul taas kord võtta seisukoht EL toimimise lepingu tõlgendamise ning eelkõige ELTL artiklite 345 ja 63 liigenduse kohta seoses strateegilise majandussektori liberaliseerimise meetmetega. Siiski erinevad käesolevad kohtuasjad teataval määral nendest, mis olid aluseks *golden share*'e käsitlevale kohtupraktikale. Esiteks seisneb küsimus mitte osalises erastamises, vaid erastamise keelus, mis väljendub jaotusvõrgu haldurite omandi õigusliku režiimi, mis toimib „suletud ruumina” avalik-õiguslike isikute hulgas, selges eristamises elektrienergiat või gaasi tootvate, jaotavate või tarnivate ettevõtjate omandist, mille võib üle kanda eraõiguslikele isikutele. Teiseks ei põhine kõnealused keelud eraõigusest kõrvalekalduval mehhanismil, millega antakse avalik-õiguslikele isikutele eelis. Lõpuks ei tulene Madalmaade vaidlusalused õigusnormid pelgalt siseriiklikul tasandil toimuvast spontaansest tegevusest, vaid kuuluvad ka Euroopa Liidu algatatud liberaliseerimispoliitika hulka, mille raames võeti vastu direktiivid, millega pannakse kohustus energia edastus- ja jaotusvõrkude haldurid eraldada nende võrkude kasutajatest.

4. Sellega seoses on tarvilik kõigepealt täpsustada, et 2003. aasta teise energiapaketi kaks direktiivi ehk direktiivid 2003/54/EÜ<sup>3</sup> ja 2003/55/EÜ<sup>4</sup> ning 2009. aasta kolmanda energiapaketi kaks direktiivi ehk direktiivid 2009/72/EÜ<sup>5</sup> ja 2009/73/EÜ<sup>6</sup>, mis ei ole eelotsusetaotluse ese, on siiski olulised. Nimelt on neis määratletud ajavahemikuks 2003–2009 ühenduse seadusandja soovitud liberaliseerimise aste, mille kohta äriühingud väidavad, et liikmesriigid ei saa seda ületada, ilma et nad rikuksid põhivabadusi puudutavaid liidu õigusnorme. Lisaks sisaldavad need käesolevate kohtuasjade piiritlemiseks asjakohaseid mõisteid.

## II. Õiguslik raamistik

### A. Liidu õigus

#### 1. EL toimimise leping

5. Vastavalt ELTL artikli 63 lõikele 1 keelatakse kõik kapitali liikumise piirangud liikmesriikide vahel ning liikmesriikide ja kolmandate riikide vahel.

6. ELTL artiklis 345 on ette nähtud, et aluslepingud ei mõjuta mingil viisil omandi õiguslikku režiimi liikmesriikides.

#### 2. Direktiivid 2003/54 ja 2003/55

7. Elektrienergiat käsitlev direktiiv 2003/54 ja gaasi käsitlev direktiiv 2003/55 kuuluvad teise energiapaketti, mis on vastu võetud energiasektori liberaliseerimiseks. Elektrienergiat käsitlevad eeskirjad on sisuliselt identsed nendega, mis reguleerivad gaasi. Korduste vältimiseks on siin ära toodud üksnes elektrienergiat käsitlevad sätted.

3 — Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. juuni 2003. aasta direktiiv 2003/54/EÜ, mis käsitleb elektrienergia siseturu ühiseeskirju ning millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 96/92/EÜ (ELT L 176, lk 37; ELT eriväljaanne 12/02, lk 211).

4 — Euroopa Parlamendi ja nõukogu 26. juuni 2003. aasta direktiiv 2003/55/EÜ maagaasi siseturu ühiseeskirjade kohta ning direktiivi 98/30/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta (ELT L 176, lk 57; ELT eriväljaanne 12/02, lk 230).

5 — Euroopa Parlamendi ja nõukogu 13. juuli 2009. aasta direktiiv 2009/72, mis käsitleb elektrienergia siseturu ühiseeskirju ning millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2003/54/EÜ (ELT L 211, lk 55).

6 — Euroopa Parlamendi ja nõukogu 13. juuli 2009. aasta direktiiv 2009/73, mis käsitleb maagaasi siseturu ühiseeskirju ning millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2003/55/EÜ (ELT L 211, lk 94).

8. Direktiivi 2003/54 põhjendustes 6–8 ja 10 on ette nähtud:

- „(6) Konkurentsi toimimiseks peab võrkupäas olema mittediskrimineeriv, läbipaistev ja õiglaste hindadega.
- (7) Elektrienergia siseturu täielikuks väljakujundamiseks on esmatähtis mittediskrimineeriv juurdepääs edastusvõrgu või jaotusvõrgu halduri võrgule. Edastus- või jaotusvõrgu halduriks võivad olla üks või mitu ettevõtjat.
- (8) Tõhusa ja mittediskrimineeriva võrkupääsu tagamiseks on asjakohane, et seal, kus tegutsevad vertikaalselt integreeritud ettevõtjad, haldaksid edastus- ja jaotussüsteeme juriidiliselt eraldiseisvad isikud. [...]

Tarvis on tagada jaotusvõrkude haldurite ja edastusvõrkude haldurite sõltumatus, eelkõige elektri tootmise ja tarnimisega seotud huvide osas. Seepärast tuleks jaotusvõrkude haldurite ja edastusvõrkude haldurite ning elektritootjate/tarnijate vahele luua sõltumatud haldusstruktuurid.

Tähtis on siiski teha vahet kõnealusel juriidilisel eraldatusel ja omandisuhete eristamisel. Juriidiline eraldatus ei eelda varade omandisuhte muutmist ega takista loomast sarnaseid või võrdväärseid töötingimusi, mis kehtivad kogu vertikaalselt integreeritud ettevõttes. Mittediskrimineeriv otsuste tegemise kord peaks siiski olema tagatud organisatsiooniliste meetmetega, mis hõlmavad vastutavate otsustajate sõltumatust.

[...]

- (10) Kuigi käesolev direktiiv ei käsitle omandiküsimusi, tuletatakse meelde, et edastus või jaotusega tegelev ettevõtja, kes on juriidiliselt eraldatud elektritootmise ja/või tarnimisega tegelevatest ettevõtjatest, võib võrguhalduriks määrata sama ettevõtja, kellele kuulub infrastruktuur”.

9. Direktiivi 2003/54 artikli 2 punktides 3 ja 5 ilmneb, et „edastamine” on direktiivi tähenduses elektrienergia transport vastastikku seotud ülikõrgpinge- ja kõrgpingevõrkudes, mille eesmärk on edastada see lõpptarbijatele või jaotajatele, kuid mitte tarnimine, samas kui „jaotamine” all mõistetakse elektrienergia transporti kõrgpinge-, keskpinge- ja madalpinge jaotusvõrkudes, mille eesmärk on edastada see klientidele, kuid mitte tarnimine.

10. Direktiivi 2003/54 artikli 15 „Jaotusvõrgu haldurite sõltumatuse tagamine” lõikes 1 on sätestatud:

„Kui jaotusvõrgu haldur moodustab osa vertikaalselt integreeritud ettevõttest, peab ta olema vähemalt juriidilise staatuse osas, organisatsiooniliselt ja otsuste tegemises sõltumatu muust jaotamisega mitteseotud tegevusest. See ettekirjutus ei too kaasa kohustust eraldada jaotusvõrgu halduri vara vertikaalselt integreeritud ettevõtja omandist.”

11. Direktiivi artikli 15 lõikes 2 on vertikaalselt integreeritud ettevõtjale ette nähtud täiendavad kohustused. Täpsemalt peavad jaotusvõrgu halduri juhtimise eest vastutavad isikud tagama oma sõltumatuse elektri tootmise, jaotamise ja tarnimise igapäevase juhtimise eest vastutavast struktuuriüksusest, võrguhalduril peavad olema tõhusad otsuste tegemise õigused ja ta peab kehtestama nõuetele vastavuse programmi, mis käsitleb diskrimineeriva käitumise vältimist.

### 3. Direktiivid 2009/72 ja 2009/73

12. Kuna liidu seadusandja täheldas varasemate direktiivide kohaldamise tulemusel saavutatud eristamise ebapiisavust ja kuna ta soovis selle sektori liberaliseerimist jätkata, võttis ta kolmanda energiapaketi raames vastu direktiivid 2009/72 ja 2009/73, mis käsitlevad elektrienergia ja maagaasi siseturu ühiseeskirju. Ajaliselt ei ole need põhikohtuasjades asjakohased, kuid pooled viitavad neile oma seisukohtades.

13. Direktiivi 2009/72 põhjendusest 11 ilmneb, et „[t]egeliku eraldamise tagab üksnes see, kui kaotatakse vertikaalselt integreeritud ettevõtjate motivatsioon diskrimineerida konkurente võrgule juurdepääsul ja investeerimisel. Omandisuhete eraldamine ehk võrgu omaniku määramine võrguhalduriks ning tema täielik sõltumatus tarne- ja tootmishuvidest, on lihtne ja selge viis lahendada huvide konflikti ja tagada varustuskindlus. Seetõttu märkis Euroopa Parlament oma 10. juuli 2007. aasta resolutsioonis gaasi ja elektri siseturu väljavaadete kohta,<sup>[7]</sup> et ülekande omandisuhete eraldamine on kõige tõhusam vahend, et edendada investeeringuid infrastruktuuridesse mittediskrimineerival viisil, uute turule sisenejate õiglast juurdepääsu võrgule ning turu läbipaistvust. Omandisuhete eraldamise tingimustes peaksid liikmesriigid seoses sellega tagama, et samal isikul või samadel isikutel ei ole õigust kontrollida tootmise või tarnimisega tegelevaid ettevõtjaid ning kontrollida samal ajal mõnd põhivõrguettevõtjat või põhivõrku või teostada selle suhtes mis tahes õigusi. Põhivõrgu või põhivõrguettevõtja kontrollimise õigus peaks, vastupidi, välistama võimaluse kontrollida tootmise või tarnimisega tegelevaid ettevõtjaid või teostada nende suhtes mis tahes õigusi. Nendes piirides peaks tootmise või tarnimisega tegeleval ettevõtjal olema võimalik omada vähemusosalust põhivõrguettevõtjas või põhivõrgus”.

#### B. Madalmaade õigus

14. Põhikohtuasjades asjakohased siseriiklikud õigusnormid sisalduvad 2. juuli 1998. aasta *Wet houdende regels met betrekking tot de productie, het transport en de levering van elektriciteit*<sup>8</sup> (seadus, millega kehtestatakse elektrienergia tootmist, edastamist ja tarnimist käsitlevad normid; edaspidi „*Elektriciteitswet 1998*”) ning 22. juuni 2000. aasta *Wet houdende regels omtrent het transport en de levering van gas*<sup>9</sup> (seadus, millega kehtestatakse gaasi edastamist ja tarnimist käsitlevad normid; edaspidi „*Gaswet*”), mida on muudetud eelkõige 2004. ja 2006. aastal.

15. Neid seadusi muudeti kõigepealt 1. juuli 2004. aasta *Interventie- en Implementatiewet*<sup>10</sup> (sekkumis- ja rakendusseadus), selleks et võtta üle teise energiapaketi direktiivid.

16. Seejärel muudeti neid seadusi 23. novembri 2006. aasta *Wet onafhankelijk netbeheer*<sup>11</sup> (seadus võrkude sõltumatu haldamise kohta; edaspidi „*Won-seadus*”). Kõnealuse seadusega kehtestati võrguhaldurile piiravamad kohustused, nagu eespool nimetatud erastamise keeld, kontserni asutamise keeld ja kolmandate tegevuste keeld. Eelkõige kõnealuse *Won-seadusega* *Elektriciteitswet 1998*-sse ja *Gasweti* tehtud muudatused ongi siseriiklikus kohtus pooltevahelise vaidluse ese.

7 — ELT 2008, C 175 E, lk 206.

8 — *Stb.* 1998, nr 427.

9 — *Stb.* 2000, nr 305.

10 — *Stb.* 2004, nr 328.

11 — *Stb.* 2006, nr 614.

17. Nende õigusaktide alusel on Madalmaades kohaldatavad järgmised käesoleval juhul asjakohased keelud:

### 1. Erastamise keeld

18. 9. veebruari 2008. aasta Besluit aandelen netbeheerders'is<sup>12</sup> (võrguhaldurite aktsiaid käsitlev määrus) koostoiimes Elektricitwet 1998 artikliga 93 ning Gasweti artikliga 85 on ette nähtud võrguhalduritele kohaldatav omandi õiguslik režiim.

19. Võrguhalduriteks määratud äriühingute aktsiad ning kontroll võrkude üle peavad täielikult kuuluma aktsionäridele, kes kuuluvad „asutuste ringi”. Võrguhaldurite aktsiaid käsitleva määruse kohaselt võivad üksnes sellised avalik-õiguslikud isikud nagu vallad, provintsid või riik või niisugused juriidilised isikud, milles osalus kuulub otseselt või kaudselt täielikult asutustele, sealhulgas Essent NV<sup>13</sup>, Eneco Holding NV ja Delta NV, olla või saada võrguhalduri aktsiate omanikuks.

20. Sellest tulenevalt peab majandusminister võrguhaldurite aktsiaid käsitleva määruse kohaselt keelduma nõusoleku andmisest mis tahes muutusele, mis on seotud võrgu omandi või võrguhalduri aktsiatega, kui selle ülemineku tulemusel võivad aktsiad minna asutuste ringist väljaspool olevate isikute omandisse.

### 2. Kontserni asutamise keeld

21. Kontserni asutamise keeld tuleneb Elektricitwet 1998 artikli 10b lõikest 1 ja Gasweti artikli 2c lõikest 1.

22. Nende sätete kohaselt ei tohi võrguhaldurid kuuluda kontserni – nagu see on määratletud Burgerlijk Wetboeki (Madalmaade tsiviilseadustik) artiklis 2:24b –, millesse kuulub ka energiaettevõtte ehk juriidiline isik, kes toodab, tarnib või turustab Madalmaades elektrienergiat või gaasi. Edasi välistatakse kontserni asutamise keeluga ka see, et võrguhaldurile kuulub aktsia või osalus energiaettevõttes või niisuguse kontserni mis tahes üksuses, kuhu kuulub energiaettevõtte. Samamoodi ei või energiaettevõttele kuuluda ühtegi aktsiat ega osalust võrguhalduris või niisuguse kontserni mis tahes üksuses, kuhu kuulub võrguhaldur.

23. Sellest keelust tulenevalt peavad energiasektoris tegutsevad vertikaalselt integreeritud ettevõtjad jagunema võrguhaldusega tegelevaks üksuseks ning elektrienergia tootmise, tarnimise või turustamisega tegelevaks üksuseks, teisisõnu üheks või mitmeks võrguhalduriks ja energiaettevõtteks. Võrguhaldur ning kontserni need äriühingud, mis on võrguhalduriga seotud, ei või seega kuuluda kontserni, millesse kuuluvad ka energiaettevõtted. Kohustust jaguneda nimetab eelotsusetaotluse esitanud kohus „jagunemise kohustuseks”.

### 3. Kolmandate tegevuste keeld

24. Kolmandate tegevuste keeld on ette nähtud Elektricitwet 1998 artikli 17 lõigetes 2–4 ning Gasweti artikli 10b lõigetes 2–4.<sup>14</sup> Keeld koosneb kolmest osast.

12 — Stb. 2008, nr 62.

13 — Vt käesoleva ettepaneku punkt 27.

14 — Käesolevas ettepanekus on eelotsusetaotluse prantsuskeelses versioonis kasutatud väljend „abitegevuste keeld” asendatud väljendiga „kolmandate tegevuste keeld”, et vältida igasugust segiajamist mõistega „abiteenused” direktiivi 2003/54 artikli 2 punkti 17 ja direktiivi 2003/55 artikli 2 punkti 14 tähenduses, kusjuures selle mõiste määratlus on kummaski viidatud direktiivis erinev.

25. Kõigepealt ei ole jaotusvõrgu halduril ja kontserni nendel äriühingutel, mis on halduriga seotud, lubatud teha tehinguid või tegeleda tegevustega, mis võivad minna vastuollu võrguhaldamise huviga. Edasi ei ole selle keelu raames lubatud kontserni ettevõtjal hakata tegutsema tegevusalal, mis ei ole otseselt seotud infrastruktuuri põhiülesannetega. Lõpuks välistatakse kolmandate tegevuste keeluga ka see, et võrguhaldur annab võrguettevõtja tegevuseks finantstagatise või tagab jaotusvõrgu halduri teiste struktuuriüksuste kohustusi.

### III. Põhikohtuasjad, eelotsuse küsimused ja menetlus Euroopa Kohtus

#### A. Asjaolud

26. Madalmaade valitsuse seisukohtadest ilmneb, et Won-seaduse jõustumisel 2006. aastal tegutses Madalmaade energiaturul kolme liiki ettevõtjaid. Esimene liik puudutas ettevõtjaid, kes tegelesid üksnes elektrienergia või gaasi tootmise, tarnimise või turustamisega. Teine liik puudutas vertikaalselt integreeritud ettevõtjaid, kes tegelesid nii elektrienergia või gaasi tootmise, tarnimise või turustamisega kui ka elektrienergia- ja gaasivõrkude haldamise ja käitamisega elektrienergia ja gaasi jaotamise eesmärgil. Kolmas liik puudutas ettevõtjaid, kes tegelesid peamiselt elektrienergia- ja gaasivõrkude haldamise ja käitamisega ning ei alustanud mingit tegevust seoses elektrienergia või gaasi tootmise, tarnimise või turustamisega. Põhikohtuasjades hagejateks olevad äriühingud olid kõige olulisemad vertikaalselt integreeritud energiaettevõtted Madalmaade turul. Nad kuulusid seega teise liiki ettevõtjate hulka.

27. Essent tegutseb Madalmaade, Belgia ja teiste riikide energiaturgudel. Essenti jaoks tähendab kontserni asutamise keeld seda, et Essent NV jagunes kaheks, mille tulemusel moodustus esiteks võrguettevõtja Enexis Holding NV, mis vastavalt erastamise keelule kuulub 100-protsendiliselt avalik-õiguslikele aktsionäridele, ning teiseks elektrienergia ja gaasi turustamise, tarnimise ja tootmise ettevõtja Essent NV. Jagunemise kohustus tõi Essenti jaoks kaasa märkimisväärsed kulud, mistõttu siseriiklik kohus leidis, et põhikohtuasjades oli Essentil huvi saada sisuline lahend. Alates sellest, kui Essenti omandas energiale spetsialiseerunud Saksa kontsern RWE, kuulub Essent NV 100-protsendiliselt RWE Benelux Holding BV-le, mis on RWE AG kontserni tütarettevõtja.

28. Eneco Holding NV on ettevõtja, kelle tegevus selle tütarettevõtjate kaudu seisneb elektrienergia ja gaasi tootmises, ostmises, müümises, edastamises ja tarnimises eelkõige energiatarbijatele. Eneco Holding NV kapital kuulub 60 omavalitsusüksusele. Tema tarnimistegevus hõlmab kogu riiki, samas kui tema võrguettevõtja tegutseb piirkonnas, mis hõlmab kuut Madalmaade provintsi.

29. Delta NV tegutseb samuti elektrienergia tootmise, edastamise, turustamise ja tarnimise turgudel. Samuti jaotab ja tarnib ta gaasi. Lisaks tegutseb Delta NV muudel turgudel. Energiavõrkudel on oluline roll tema paljude tegevusvaldkondadega strateegias, mis sisaldab enamusosalust Belgia äriühingus, mis on spetsialiseerunud jäätmekäitlusele. Nende võrkude väärtus suurendab Delta NV finantsseisundit. Zeelandi provintsi on peamine aktsionär ning ülejäänud aktsiad kuuluvad Madalmaade omavalitsusüksustele.

30. Äriühingud pidid – arvestades elektrienergia- või gaasivõrgu olemasolu – otseselt või kaudselt olema 100% ulatuses selliste (avalik-õiguslike) aktsionäride omandis, kes kuuluvad asutuste ringi. Nendel ettevõtjatel ja nende aktsionäridel on keelatud täielikult või osaliselt müüa võrk või võrguhaldur eraõiguslikele investoritele. Nagu ma juba märkisin, on Essent NV vahepeal jagunenud võrguhalduriks ja energiaettevõtteks, samas kui kaks ülejäänud äriühingut jäid vertikaalselt integreeritud äriühinguteks.

## B. Siseriiklik menetlus

31. Äriühingud esitasid Rechtbank Den Haagile kolm eraldi hagi, et viimane otsustaks, et kontserni asutamise keeld ja kolmandate tegevuste keeld on vastuolus ELTL artiklites 49 ja 63 ette nähtud põhivabadustega ning on järelikult tühised. Rechtbank Den Haag jättis hagrid rahuldamata.

32. Äriühingud esitasid nende otsuste peale Gerechtshof Den Haagile apellatsioonkaebuse. Gerechtshof Den Haag tühistas Rechtbank Den Haagi otsused põhjusel, et vaidlustatud sätted on vastuolus ELTL artikliga 63 ja järelikult tühised.

33. Staat der Nederlanden esitas seejärel kassatsioonkaebuse Gerechtshof Den Haagi otsuste peale, väites, et vaidlustatud sätted ei ole vastuolus liidu õigusega.

34. Selles menetluses otsustas Hoge Raad der Nederlanden seega 24. veebruaril 2012 tehtud kolme otsusega menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule kolmes kõnealusel kohtuasjas järgmised eelotsuse küsimused:

- „1. Kas ELTL artiklit 345 tuleb tõlgendada nii, et mõiste „omandi õiguslik režiim liikmesriikides” hõlmab ka käesolevas asjas käsitletavat erastamise absoluutse keelu normi võrguhaldurite aktsiaid käsitleva määruse tähenduses koostoimes [Elektriciteitswet 1998] artikliga 93 ja [Gasweti] artikliga 85, mille kohaselt võrguhalduri aktsiaid saab üle kanda üksnes asutuste ringi sees?
2. Kas juhul, kui vastus esimesele küsimusele on jaatav, ei ole selle tagajärjel kapitali vaba liikumise sätted kontserni asutamise keelule ja [kolmandate tegevuste]<sup>15</sup> keelule kohaldatavad, või vähemalt ei tule kontserni asutamise keeldu ja [kolmandate tegevuste] keeldu kontrollida kapitali vaba liikumise sätete alusel?
3. Kas ka Won-seadusega taotletavad eesmärgid – saavutada laias tähenduses ristsubsideerimise (sealhulgas strateegilise teabe vahetamine) vastu võitlemise teel energiaturu läbipaistvus ning hoida ära konkurentsi moonutamist – on puhtmajanduslikud huvid või võib neid käsitada ka mittemajanduslike huvidena selles mõttes, et olenevalt asjaoludest võivad need endast kujutada kapitali vaba liikumise piiramise õigustust ülekaaluka üldise huvi tõttu?”

## C. Menetlus Euroopa Kohtus

35. Euroopa Kohtu presidendi 26. märtsi 2012. aasta määrusega liideti kohtuasjad C-105/12, C-106/12 ja C-107/12.

36. Euroopa Kohtule esitasid kirjalikud seisukohad asjaomased äriühingud, Madalmaade, Tšehhi ja Poola valitsus ning Euroopa Komisjon, kes kõik peale Tšehhi Vabariigi ja Poola Vabariigi olid esindatud ka kohtuistungil, mis toimus 14. jaanuaril 2013.

15 — Käesolevas ettepanekus teise ja kolmanda küsimuse analüüsimisel kasutatud terminoloogia lähtub käesoleva ettepaneku 14. joonealusel märkuses selgitatud kokkuleppest („kolmandad tegevused”).

#### IV. Analüüs

##### *A. Esimene eelotsuse küsimus, mis käsitleb erastamise keeldu ELTL artikli 345 aspektist*

37. Esimese eelotsuse küsimusega palub eelotsusetaotluse esitanud kohus selgitada, kas ELTL artiklit 345 tuleb tõlgendada nii, et mõiste „omandi õiguslik režiim liikmesriikides” hõlmab ka käesolevas asjas käsitletavat erastamise absoluutse keelu normi, mille kohaselt võrguhalduri aktsiaid saab üle kanda üksnes asutuste ringi sees.

38. Olgu kõigepealt märgitud, et Madalmaade õigusnormides ette nähtud erastamise keeld tähendab võrkude puhul, et ainult „asutused” eespool viidatud võrguhaldurite aktsiaid käsitleva määruse tähenduses<sup>16</sup> võivad olla nende omanikud, olgu otseselt või kaudselt.

39. Võrgu käitamisega seotud vara, nagu ka aktsiad või otsesed või kaudsed osalused võrgus, ei ole siiski *res extra commercium*, kuna tegemist on eraõigusesse kuuluvate täiesti tavaliste omandiõigustega, mida võib müüa, osta ja kasutada muu hulgas nõude tagatisena. Sellegipoolest saab osaluste ülekandmine toimuda üksnes omanike erilise kategooria – milleks on kõnealused „asutused” – sees.

40. Hoge Raad der Nederlanden leiab lähtuvalt ajaliselt kohaldatavatest siseriiklikest õigusnormidest, et tegemist on erastamise absoluutse keeluga. Olen sellega nõus. Asjaolu, et selle piirangu sisu on täpsustatud üksnes määrusandlikus aktis, ei mõjuta seda järeldust vastupidi äriühingute väidetele.

41. Nagu kohtujurist Ruiz-Jarabo Colomer on meenutanud, on ELTL artikkel 345 aluslepingute ainus säte, mis lähtub otseselt 9. mai 1950. aasta Schumani deklaratsioonist, ning see oli algselt ette nähtud ESTÜ asutamislepingu artiklis 83.<sup>17</sup> Selle algne eesmärk oli tagada, et uue ühenduse loomine ei põrkuks toonase delikaatse poliitilise küsimusega, mis puudutas Saksamaa kaevanduste ja terasesektoris tegutsevate „enam mitte kartelli kuuluvate” ettevõtjate omandi õiguslikku ja sotsiaalset laadi.<sup>18</sup> Nii on ELTL artiklis 345 sätestatud neutraalsuse põhimõte „tootmisvahendite” ja ettevõtete omandi suhtes, kuulugu see siis avalik-õiguslikule või eraõiguslikule isikule.<sup>19</sup>

42. Minu hinnangul tähendab see esiteks, et kui see süsteem ei ole diskrimineeriv ega ebaproportsionaalne, ei saa omandi õiguslikule režiimile omast tagajärge pidada takistuseks, mis kuulub asutamislepingus ette nähtud keeldude kohaldamisalasse. Teiseks kuuluvad muud piiravad tagajärjed kui need, mis otse ja vältimatult tulenevad avalik-õigusliku või eraõigusliku omandi režiimist, seevastu asutamislepingus sätestatud põhivabaduste kohaldamisalasse.<sup>20</sup>

16 — Tuleb täpsustada, et asutuse määratlus hõlmab ka juriidilisi isikuid, kes on võrguhaldurite aktsiaid käsitlevas määruuses nimetatud energiaettevõtte 100-protsendilise osalusega tütarettevõtja, sealhulgas Essent NV (enne jagunemist), Eneco Holding NV ja Delta NV. Need tütarettevõtjatest äriühingud võivad olla välismaised juriidilised isikud.

17 — Vt punkt 45 kohtujurist Ruiz-Jarabo Colomeri liidetud ettepanekus kohtuasjades, milles otsus tehti 4. juunil 2002 – kohtuasjas C-367/98: komisjon vs. Portugal (EKL 2002, lk I-4731); kohtuasjas C-483/99: komisjon vs. Prantsusmaa (EKL 2002, lk I-4781) ja kohtuasjas C-503/99: komisjon vs. Belgia (EKL 2002, lk I-4809).

18 — Delta NV viitab oma seisukohtades kõnealuse sätte tekkeloo kirjeldusele, mille esitas professor Reuter, P., oma raamatus *La Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Pariis, 1953.

19 — Kohtujurist Ruiz-Jarabo Colomeri hinnangul ei puuduta ELTL artikkel 345 omandi õiguslikku režiimi tsiviilõiguslike varaliste suhete regulatsiooni tähenduses (vt punkt 54 tema liidetud ettepanekus eespool viidatud kohtuasjades C-367/98: komisjon vs. Portugal, C-483/99: komisjon vs. Prantsusmaa, ja C-503/99: komisjon vs. Belgia).

20 — Euroopa Kohus märkis hiljuti 8. novembri 2012. aasta otsuses kohtuasjas C-244/11: komisjon vs. Kreeka (punktid 15 ja 16), et „[EÜ] artikkel [295] ei tähenda seda, et liikmesriikides kehtivad omandi õiguslikud režiimid jääksid asutamislepingu aluseeskirjade kohaldamisalast välja [...]. Täpsemalt on Euroopa Kohus otsustanud, et kuigi EÜ artikkel 295 ei väära liikmesriikide õigust kehtestada teatav kinnisvara omandamise kord, ei jää see kord siiski liidu õiguse aluseeskirjade, ning eelkõige diskrimineerimiskeelu, asutamisevabaduse ja kapitali vaba liikumist käsitlevate aluseeskirjade kohaldamisalast välja (23. septembri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-452/01: Ospelt ja Schlössle Weissenberg, EKL 2003, lk I-9743, punkt 24 ja seal viidatud kohtupraktika)“.



43. Näiteks asjaolust, et terasetööstuse sektor on teatud liikmesriigis riigistatud, ilmneb see, et on välistatud, et teiste liikmesriikide investorid võiksid ettevõtteid asutada või otseseid investeeringuid teha. Nagu komisjon märgib, on Euroopa Kohus riigistamiste kooskõla liidu õigusega kinnitanud alates kohtuotsusest Costa.<sup>21</sup>

44. Lisaks tuleb minu hinnangul viidata Euroopa Vabakaubanduse Assotsiatsiooni (EFTA)<sup>22</sup> Kohtu otsusele kohtuasjas, milles Euroopa Vabakaubanduse Assotsiatsiooni (EFTA) järelevalveamet vaidles Norra Kuningriigiga koskede omandamise kontsessioonide teemal. EFTA Kohus tõlgendas 2. mai 1992. aasta Euroopa Majanduspiirkonna lepingu<sup>23</sup> artiklit 125, mis vastab ELTL artiklile 345, nii, et Euroopa Majanduspiirkonna (EMP) riigi õigust otsustada, kas hüdroenergia ressursside ja nendega seotud rajatiste omand kuulub avalik-õiguslikele asutustele või eraõiguslikele isikutele, isenesest ei mõjuta Euroopa Majanduspiirkonna leping. Selle kohtu hinnangul järeldus sellest, et Norra Kuningriik võis õiguspäraselt taotleda eesmärki kehtestada nende varade avalik-õigusliku omandi režiim, tingimusel et ta teeb seda proportsionaalselt ja mittediskrimineerivalt.

45. Selle loogika kohaselt ei saa asjaolu, et ühelgi eraõiguslikul investoril ei ole võimalik osta avalik-õiguslikele aktsionäridele mõeldud äriühingu aktsiaid või osalusi, käsitada asutamislepinguga keelatud piiranguna, kuna tegemist on just omandi õigusliku režiimi elemendiga, mida asutamislepinguga ei soovita muuta.

46. Seevastu, nagu *golden share*'e käsitlevast kohtupraktikast ilmneb, ei jää avalike huvide eeliskohitlemine omandi õiguslikus režiimis, mis üldjuhul on eraõiguslik – nagu ühinguõiguses ette nähtud aktsiaseltse puudutavad normid –, välja põhivabadusi käsitlevate asutamislepingu sätete kohaldamisalast.<sup>24</sup>

47. Kõnealune Madalmaade süsteem rajaneb põhimõttelisel otsusel, mille kohaselt energia jaotusvõrgu omand jäeti avalik-õiguslikele aktsionäridele (*res publica*), kuid mitte üheleainsale omanikule. Selle eesmärgi kohaselt kuuluvad võrgu omandiõigused erinevatele isikutele, kes vastavad asutuse määratlusele võrguhaldurite aktsiaid käsitleva määruse tähenduses. Sellest tuleneb vältimatult vajadus keelata eraõiguslikule isikule kaudselt kuuluv omand.

48. Seetõttu on äriühingu osade ülekandmise piirangud vajalikud, et osalusi varas saaks osta ja müüa erinevate isikute vahel, kellel on selleks õigus, ilma et selle vara avalik-õiguslik laad kaoks. Erastamise keeld on seega selle vältimatu tagajärg, et on otsustatud avalik-õiguslike isikute omandi kasuks ning soovitakse jätta omand avalikule võimule. Ma järeldan sellest, et põhikohtuasjades on tõepoolest tegemist omandi õigusliku režiimiga, mida on silmas peetud ELTL artiklis 345.

49. Ma teen seega Euroopa Kohtule ettepaneku vastata esimesele küsimusele, et liikmesriigi sellised normid, mis on kõne all põhikohtuasjades ja mille kohaselt jaotusvõrgu halduri aktsiaid saab üle kanda üksnes avalik-õiguslikele isikutele ja teatud äriühingutele, kelle kapitalis kuulub 100-protsendiline osalus avalik-õiguslikele asutustele (erastamise keeld), kujutavad endast omandi õiguslikku režiimi ELTL artikli 345 tähenduses ning on selles suhtes liidu õigusega kooskõlas.

21 — 15. juuli 1964. aasta otsus kohtuasjas 6/64: Costa (EKL 1962, lk 1141).

22 — EFTA Kohtu 26. juuni 2007. aasta otsus kohtuasjas ESA vs. Norra (nn Norra koskede kohtuasi) (E-2/06, *Report of EFTA Court*, lk 163, punkt 72).

23 — EÜT 1994, L 1, lk 3; ELT erivaljaanne 11/52, lk 3.

24 — Vt eelkõige eespool viidatud kohtuotsused C-367/98: komisjon vs. Portugal, C-483/99: komisjon vs. Prantsusmaa, ja C-503/99: komisjon vs. Belgia.

*B. Teine eelotsuse küsimus, mis puudutab kontserni asutamise keeldu ja kolmandate tegevuste keeldu kapitali vaba liikumise aspektist*

50. Teine eelotsuse küsimus puudutab kapitali vaba liikumist. Hoge Raad de Nederlanden palub selgitada, kas juhul, kui vastus esimesele küsimusele on jaatav, ei ole selle tagajärjel kapitali vaba liikumise sätted kontserni asutamise keelule ja kolmandate tegevuste keelule kohaldatavad, või vähemalt ei tule kontserni asutamise keeldu ja kolmandate tegevuste keeldu<sup>25</sup> kontrollida kapitali vaba liikumise sätete alusel.

51. Kõigepealt tuleb vastavalt eespool<sup>26</sup> välja pakutud eristamisele kindlaks teha, kas kõnealused kaks keeldu on tagajärjed, mis tulenevad Staat der Nederlandeni põhimõttelisest valikust – mida arutati esimese küsimuse raames – jätta võrguhaldurite omand avalik-õiguslikele asutustele ning mis ei saa kujutada endast piiranguid. Minu arvates on vastus eitav.

52. Kontserni asutamise keeld ja kolmandate tegevuste keeld ei ole erastamise keeldu – mis ise kuulub ETL artikli 345 tähenduses omandi õigusliku režiimi kohaldamisalasse – otsesed ja vältimatud tagajärjed, vaid pigem seadusandlikud meetmed, mille eesmärk on välistada, et jaotusvõrkusid hallatakse nende võrkude vajadustega mitteseotud huvides, nimelt energia tarnimise ja tootmisega seotud huvides. Tegelikult püütakse välistada, et mööda minnakse põhimõttest, mille kohaselt eraldatakse ühelt poolt võrkude omandisuhted ja teiselt poolt nende võrkude abil osutatavad tarnimise- ja tootmisteenused, sõltumata sellest, kas neist üks või teine struktuur on avalik-õiguslik või eraõiguslik. Lisaks isoleeritakse kolmandate tegevuste keeluga võrkude haldamine mitteseotud tegevusi puudutavatest riskidest ning samas välistatakse, et võrkude haldamist kasutatakse mitteseotud tegevuste rahastamise alusena.

53. Teisisõnu on tegemist mitte meetmetega, mille eesmärk on vahendajate omandisuhete ahelate kontrollimise abil jätta võrkude omand avalik-õiguslikele asutustele, vaid pigem meetmetega, mille eesmärk on säilitada „puhtana” süsteem omandisuhete eraldamiseks, nii et võrgu huvid ja energiamüügihuvid ei segune. Minu hinnangul on analoogsed normid sama vajalikud juhul, kui omandi eraldamine toimub erastamise keelamiseta. Isegi kui siseriikliku õiguse kohaselt oleks lubatud, et võrguhaldur kuulub eraõiguslikele isikutele, on samuti vajalik kehtestada analoogsed keelud, et tagada omandi eraldamise järgimine<sup>27</sup>, selleks et ära hoida huvide konfliktid.

54. Kuna kontserni asutamise keeld ja kolmandate tegevuste keeld on lahutamatud erastamise keelust, siis tuleb kaaluda, kas need kujutavad endast kapitali vaba liikumise piiranguid.

55. Kuna asutamislepingus puudub kapitali liikumise mõiste määratlus, on Euroopa Kohus omistanud direktiivi 88/361/EMÜ<sup>28</sup> I lisas sisalduvale kapitali liikumise nomenklatuurile soovitusliku tähenduse eelkõige kohtuotsuses komisjon vs. Portugal<sup>29</sup>. Selle nomenklatuuri kohaselt on kapitali liikumine eelkõige nn otseinvesteeringud, kus osalus ettevõttes omandatakse aktsiate kujul, mis annavad võimaluse tegelikult osaleda selle juhtimises ja kontrollimises, ning nn portfelliinvesteeringud, mis tehakse üksnes kavatsusega teha finantspaigutus, soovimata mõjutada ettevõtja juhtimist ja kontrolli ettevõtja üle.<sup>30</sup> Nimetatud nomenklatuur hõlmab ka tagatise, muid garantiisid ja pandiõigusi.

25 — Vt käesoleva ettepaneku punktid 21–25.

26 — Käesoleva ettepaneku punktis 42.

27 — Komisjoni sõnul ei olnud Madalmaade valitsus nende kahe keelu vastuvõtmise ajal veel välistanud võrguhaldurite erastamise võimalust. Olgu märgitud, et tegelikult on kontsernide asutamist ja/või kolmandate tegevustega tegelemist piiravad regulatsioonid küllaltki levinud õigusaktide puhul, mis on kohaldatavad riigi tugevdatud kontrolli alla kuuluvates sektorites, näiteks finants- või tervishoiusektorile kohaldatavad õigusaktid.

28 — Nõukogu 24. juuni 1988. aasta direktiiv 88/361/EMÜ [EÜ] artikli 67 rakendamise kohta (EÜT L 178, lk 5; ELT eriväljaanne 10/01, lk 10).

29 — 8. juuli 2010. aasta otsus kohtuasjas C-171/08: komisjon vs. Portugal (EKL 2010, lk I-6817, punkt 49). Vt samuti 12. detsembri 2006. aasta otsus kohtuasjas C-446/04: Test Claimants in the FII Group Litigation (EKL 2006, lk I-11753, punkt 179).

30 — Vt eelkõige 1. oktoobri 2009. aasta otsus kohtuasjas C-567/07: Woningstichting Sint Servatius (EKL 2009, lk I-9021, punkt 19) ning eespool viidatud 8. juuli 2010. aasta kohtuotsus C-171/08: komisjon vs. Portugal (punktid 49 ja 50).

56. Euroopa Kohus on täpsustanud, et piirangutena ELTL artikli 63 lõike 1 tähenduses tuleb käsitada siseriiklikke meetmeid, mis võivad takistada või piirata asjaomastes ettevõtjates aktsiate omandamist või mis võivad pärssida teiste liikmesriikide investorite tahet investeerida selliste ettevõtjate kapitali.<sup>31</sup>

57. Näib, et kontserni asutamise keeld ja kolmandate tegevuste keeld puudutavad selgelt kapitali liikumist ELTL artikli 63 lõike 1 tähenduses ning et need kujutavad endast piiranguid. Lisaks, kuna tegemist on absoluutsete keeldudega, mis hüpoteetiliselt keelavad kõik nende kohaldamisalasse kuuluvad tehingud, siis ei ole eraldi tarvilik tuvastada nende kapitali vaba liikumist piiravat laadi.

58. Luues takistused mis tahes strateegiale asjaomaste üksuste finantsalaseks ja tegevusalade mitmekesistamiseks, mis põhineb kahe sektori teineteist täiendaval olemusel, piiravad kõnealused keelud nii otseinvesteeringuid kui ka portfelliinvesteeringuid. Keelud piiravad välismaiste äriühingute investeerimist Madalmaade energiasektoris tegutsevatesse ettevõtjatesse ning viimaste investeerimist nendesse välismaistesse ettevõtjatesse, kellele kuuluvad osalused muudes energiakontsernides Madalmaades. Kolmandate tegevuste keeld võib ka moonutada asjaomaste äriühingute rahastamistingimusi. Järelkult kujutavad kontserni asutamise keeld ja kolmandate tegevuste keeld endast ELTL artikli 63 lõike 1 tähenduses kapitali liikumise piiranguid, mis on keelatud, välja arvatud juhul, kui need on põhjendatud.

59. Tarvilik on täpsustada, et neid kahte keeldu võib analüüsida ka asutamisevabaduse seisukohast. Kontserni asutamise keeld takistab nimelt omandada nii vähemus- kui enamusosalusi võrguhaldurites ja energiaettevõtetes, samuti üksustes, mis on niisuguste kontsernide liikmed, millesse kuuluvad energiaettevõtted. Kolmandate tegevuste keeld piirab omakorda võrguhaldurite ja nendega kontsernis seotud äriühingute tegevusala, mis tähendab asjaomase ettevõtja seisukohast võimalikku asutamisevabaduse piirangut. Sellega seoses piisab märkimisest, et väljakujunenud kohtupraktikast tuleneb, et kui kõnealuste siseriiklike meetmetega kaasnevad asutamisevabaduse piirangud, tulenevad need piirangud otseselt kapitali vaba liikumise eespool uuritud takistustest, millega need on lahutamatu seotud. Seega ei ole vajalik kõnealuseid meetmeid kontrollida asutamisevabaduse seisukohast.<sup>32</sup>

60. Niisiis teen ma Euroopa Kohtule ettepaneku vastata teisele eelotsuse küsimusele, et kuigi jaotusvõrgu haldurite erastamise keeld, nagu on kõne all põhikohtuasjades, kujutab endast ELTL artikli 345 tähenduses omandi õiguslikku režiimi, mis on liidu õigusega kooskõlas, siis muud siseriiklikud normid, nagu kontserni asutamise keeld, mis hõlmab nii energiajaotusvõrgu haldureid kui ka juriidilisi isikuid, kes turustavad, tarnivad või toodavad elektrienergiat või gaasi Madalmaades, ning kolmandate tegevuste keeld, mis kehtib jaotusvõrgu haldurite suhtes, kuuluvad kapitali vaba liikumise kohaldamisalasse, ning tuleb kontrollida nende normide kooskõla nimetatud vaba liikumisega.

*C. Kolmas eelotsuse küsimus, mis puudutab kapitali vaba liikumise piiramise õigustust ülekaaluka üldise huvi tõttu*

61. Kolmanda eelotsuse küsimusega palub eelotsusetaotluse esitanud kohus selgitada, kas Won-seaduse eesmärgid, milleks on tagada laias tähenduses ristsubsideerimise (sealhulgas strateegilise teabe vahetamine) vastu võitlemise teel energiaturu läbipaistvus ning hoida ära konkurentsi moonutamist, on puhtmajanduslikud huvid või võib neid käsitada ka mittemajanduslike huvidena selles mõttes, et olenevalt asjaoludest võivad need endast kujutada kapitali vaba liikumise piiramise õigustust ülekaaluka üldise huvi tõttu.

31 — Eespool viidatud 8. juuli 2010. aasta kohtuotsus C-171/08: komisjon vs. Portugal (punkt 50).

32 — 28. septembri 2006. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-282/04 ja C-283/04: komisjon vs. Madalmaad (EKL 2006, lk I-9141, punkt 43) ning eespool viidatud 8. juuli 2010. aasta kohtuotsus C-171/08: komisjon vs. Portugal (punkt 80).

## 1. Elektrienergia ja gaasi jaotusvõrkude tunnused

62. Enne kui asuda analüüsima võimaliku põhjenduse olemasolu ja selle proportsionaalsust, on minu hinnangul vajalik meenutada elektrienergia ja gaasi jaotusvõrkude tunnuseid konkurentsi ja strateegia aspektist.

63. Need võrgud ühendavad riiklikku edastusvõrku tarbijaga piirkondlikul või ka kohalikul tasandil. Need on nn „loomulikud” monopolid, kuna neid ei saa mõistlikult kaheks jagada, arvestades nendega seotud väga suurt mastaabisäästu. Konkurentsi seisukohalt kontrollib jaotusvõrgu omanik seega tarnimise ja tarbimise vahel olulist infrastruktuuri (*essential facility*), mis annab talle suure turujõu nii järgneval kui eelneval turul.

64. Elektrienergia ja gaasi jaotusvõrgud on tarbijate jaoks olulised kahel põhjusel. Esiteks on vältimatult vajalik, et võrgu omanik ei kasutaks oma monopoolset seisundit selleks, et nõuda ebaproportsionaalset tasu oma teenuse eest ehk juurdepääsu eest energia saamisele jaotusvõrgu kaudu. Seetõttu võivad siseriiklikud asutused energia jaotamise tariife kontrollida, nagu see Madalmaades näib ka toimuvat.<sup>33</sup> Teiseks on vajalik, et võrgu haldamise kvaliteet oleks rahuldav eelkõige selles tähenduses, et energia vastuvõtmist mõjutavad vead parandatakse ja tarbimise eest arve esitamine on usaldusväärne.

65. Energia varustuskindluse seisukohalt on jaotusvõrgud olulised seetõttu, et piisav energiaga varustamine on kasutu, kui seda ei ole võimalik tarbijatele jaotada. Seetõttu on võrguhaldurid olulised ka riikliku julgeoleku seisukohalt, kuna see, kes kontrollib elektrienergia jaotamist, kontrollib ka moodsa ühiskonna kõiki funktsioone. Sama arutluskäik kehtib gaasi suhtes liikmesriikides, kus see kujutab endast olulist energiaallikat.

66. Arvestades nende sektorite eripärasid, mis käitavad teenuste osutamiseks või energia tarnimiseks võrke, mida ei saa „kaheks jagada”, ilmneb vastavalt kohandatud konkurentsistruktuuri tagamise olulisus selgemalt. Seda silmas pidades on vaja kolmandatele isikutele tagada mittediskrimineeriv juurdepääs nendele võrkudele, et viia liberaliseerimise protsess lõpule ehk saavutada toimiva konkurentsi turg, kus on tagatud teenuste osutamise vabadus, niisuguste võrkude käitamisel nagu elektrienergia või gaasi jaotusvõrgud või raudteetranspordi võrk. Liidu seadusandja, nagu ka paljude liikmesriikide seadusandjad, on selleks vastu võtnud eraldamise strateegia ehk teisisõnu lahutanud võrgu haldamise selle käitamisest teenuste osutamiseks. Eraldamise taotletav või saavutatud määr varieerus olenevalt asjaomastest sektoritest ja liikmesriikidest, ulatudes raamatupidamisarvestuse eraldamisest või funktsionaalsest eraldamisest õigusliku eraldamiseni ja isegi omandisuhete eraldamiseni.

## 2. Liidu teisese õiguse mõju siseriiklike õigusnormide hindamisele liikumisvabaduste aspektist

67. Põhikohtuasjades tekib küsimus, milline mõju on liidu teisese õiguse meetmel siseriikliku ülevõtmismeetme põhjenduste hindamisele, kui siseriiklik meede kujutab endast liikumisvabaduse piirangut ja läheb kaugemale sellele direktiivi nõuetest, mille ülevõtmiseks see on mõeldud.

68. Minu hinnangul on Euroopa Kohtu varasemat kohtupraktikat arvestades tõepoolest oluline kindlaks teha, kas põhikohtuasjades kõne all oleva ülevõtmismeetme kontrollimine tähendab seda, et kontrollitakse, kas ülevõetud direktiiv on kooskõlas liidu esmase õigusega.

33 — Andmete kohaselt, mis Madalmaade valitsus esitas kohtuistungil.

69. Põhikohtuasjades tulenevad kontserni asutamise keeld ja kolmandate tegevuste keeld Won-seadusest, mis on vastu võetud eelkõige selleks, et võtta üle teise energiapaketi direktiivid 2003/54 ja 2003/55, mis ei nõua edastamis- või jaotusvõrgu halduri aktsiate omandi eristamist teiste ettevõtjate omandist ega sea seda ülevõtmise sõnaselgeks tingimuseks.<sup>34</sup> Sarnaselt teiste liikmesriikide seadusandjatega, kes on otsustanud ühelt poolt edastusvõrkude haldurite ja teiselt poolt energia tootmise ja tarnimisega tegelevate ettevõtjate omandisuhete eraldamise kasuks,<sup>35</sup> näib Madalmaade seadusandja olevat Won-seadusega 2006. aastal omal algatusel läinud kaugemale liidu kehtiva teisese õiguse nõuetest, otsustades ühelt poolt jaotusvõrkude haldurite ja teiselt poolt energia tootmise ja tarnimisega tegelevate ettevõtjate omandisuhete eraldamise kasuks. Olgu rõhutatud, et kõnealused direktiivid on ühtlustamise miinimumnormid.

70. Põhikohtuasjadele ajaliselt kohaldatavas õiguslikus raamistikus osutub Won-seadus, mis on küll vastu võetud direktiivide ülevõtmise eesmärgil, seega 2003. aasta direktiividest eraldatavaks siseriiklikuks meetmeks. Järelikult võib seda liikumisvabaduste seisukohalt kontrollida autonoomselt.

71. Kuigi direktiivid 2009/72 ja 2009/73 ei ole põhikohtuasjas ajaliselt kohaldatavad, ei saa nende hilisemat vastuvõtmist minu hinnangul siiski tähelepanuta jätta, kuivõrd need seavad omakorda omandisuhete eraldamise üheks ülevõtmise sõnaselgeks tingimuseks. Olgu nimelt meenutatud, et direktiivi 2009/72 põhjenduses 11 on niisugune eraldamine kvalifitseeritud lihtsaks ja selgeks viisiks lahendada huvide konflikt ning et direktiivide põhjenduses 21 on ette nähtud õigus valida omandisuhete täielik eraldamine.<sup>36</sup>

72. Nende põhjenduste sõnasõnaline ja kitsas tõlgendus võiks jätta mulje, et need puudutavad vaid energia edastusvõrkude haldureid. Ma leian siiski sarnaselt Madalmaade valitsuse ja komisjoniga, et need põhjendused on asjakohased ka jaotusvõrkude suhtes, arvestades nende tunnuseid, mida ma juba kirjeldasin, ning võrguhaldurite ja võrgu kasutajate vahel huvide konfliktide kõrvaldamise vajadust, mis on minu hinnangul jaotamise valdkonnas sama terav kui edastamise puhul, kuigi ainult edastusvõrgud on piiriülesel tasandil teenuste vaba osutamise seisukohalt määrava tähtsusega.

73. Sellest tulenevalt olen ma seisukohal, et praeguses õiguslikus raamistikus ei saaks kontserni asutamise keeldu ja kolmandate tegevuste keeldu enam vaidlustada – vähemalt mitte põhimõtteliselt –, ilma et see tooks otseselt kaasa 2009. aasta direktiivide kapitali vaba liikumisele vastavuse kontrollimise. Olgu siiski märgitud, et direktiivide põhjenduses 11 silmas peetud omandisuhete eraldamine ei lähe nii kaugele kui see, mis tuleneb Madalmaade õiguses kehtivast kontserni asutamise keelust, kuna selles põhjenduses on sõnaselgelt alles jäetud võrguhalduri ning tootmise või tarnimisega tegeleva ettevõtja vastastikuste vähemusinvesteeringute tegemise võimalus.

74. Komisjon rõhutab oma seisukohtades, et kontserni asutamise keelu kooskõla kapitali vaba liikumisega tuleb hinnata liidu teisese õiguse asjakohaste normide alusel, ning ta näib väitvat, et ainuüksi see, kui kontserni asutamise keeld on kooskõlas direktiivide eesmärkidega, võib olla piisav selle meetme põhjendamiseks.

75. Minu hinnangul on tegelik küsimus pigem see, kas hiljem 2009. aasta direktiividega ette nähtud omandisuhete eraldamine on kooskõlas asutamislepingu ja eelkõige liikumisvabadustega, mida see võib takistada?

34 — Vt direktiivi 2003/54 põhjendus 8 ja artikkel 15.

35 — Enne kolmanda energiapaketi vastuvõtmist olid 13 liikmesriiki otsustanud elektrienergia edastusvõrkude haldurite omandisuhete eristamise kasuks ja kuus gaasi edastamise kasuks, nagu nähtub teosest Hunt, M., „Ownership Unbundling: The Main Legal Issues in a Controversial Debate”, *EU Energy Law and Policy Issues*, toim. Delvaux, B., jt, Rixensart: Euroconfidential, 2008.

36 — Sellegipoolset ei ole tegemist kohustusega. Sellega seoses on direktiivi 2009/72 artiklis 26 „Jaotusvõrguettevõtjate eristamine” sarnaselt direktiivi 2003/54 artikliga 15 sätestatud, et „[s]ee ettekirjutus ei too kaasa kohustust eristada jaotusvõrguettevõtja vara vertikaalselt integreeritud ettevõtja omandist.”

76. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt on liidu seadusandja üldjuhul kohustatud asutamislepinguga kehtestatud liikumisvabadusi järgima samamoodi nagu siseriiklik seadusandja.<sup>37</sup> Õiguskirjanduses<sup>38</sup> toimus vaidlus, et teha kindlaks, kas teiseste õigusnormide üle teostatakse samalaadset ja sama intensiivsusega kontrolli, kui hinnatakse nende vastavust liidu esmasele õigusele, täpsemalt liikumisvabadustele,<sup>39</sup> või peab see kontroll olema kohandatud liidu õiguse eripärale ja sellele omastele eesmärkidele.

77. Kohtuasjas Bauhuis leidis Euroopa Kohus, et meetmeid, mille oli kehtestanud nõukogu ühenduse üldistes huvides, mitte ühepoolset liikmesriigid omaenda huvide kaitseks, ei saa käsitada kaubandust takistavate meetmetena.<sup>40</sup> Teisisõnu näib liidu teiseste õigusnormide suhtes kehtivat eeldus, et need on asutamislepinguga tagatud liikumisvabadustega kooskõlas. Hiljutisem näide selle kohta, et teisese õiguse meetmete kontroll liikumisvabaduste suhtes on spetsiifiline, tuleneb kohtuotsusest Saksamaa vs. parlament ja nõukogu<sup>41</sup>, milles leiti, et eesmärk võidelda turu mis tahes häirete vastu võib õigustada tagatishoiuseid reguleerivast direktiivist tulenevat asutamislepingu piirangut. Niisugune eesmärk ei oleks kahtlemata võimaldanud põhjendada sarnast siseriiklikku meetet, mida oleks peetud puhtmajanduslikuks.

78. Nii on Euroopa Kohtu praktikas tunnustatud, et asutamislepingu majanduslikud eesmärgid võivad õigustada liidu õigusnormidest tulenevaid põhivabaduste piiranguid. Põhikohtuasjades tuleb seega kaaluda, kas ja millises ulatuses võivad seda teha ka siseriiklike õigusnormide eesmärgid, mis järgivad asutamislepingu eesmärgi. See probleem võib tekkida samamoodi ka väljaspool elektrienergia ja gaasi jaotusvõrkude sektorite liberaliseerimist, eelkõige seoses konkurentsi valdkonnas kehtestatud siseriiklike õigusnormidega, mis oma kohaldamisalas osutuvad liidu õigusnormidest rangemaks ja võivad seega asutamislepingu piirata.

### 3. Nn puhtmajanduslikud põhjendused

79. Teise eelotsuse küsimuse raames tõdesin, et nii kontserni asutamise keeld kui ka kolmandate tegevuste keeld, mis kehtivad jaotusvõrkude halduritele, kuuluvad kapitali vaba liikumise kohaldamisalasse ning kujutavad endast kapitali vaba liikumise piiranguid.

80. Euroopa Kohus on korduvalt otsustanud, et siseriiklike õigusnormidega võib kapitali vaba liikumist piirata üksnes siis, kui see on põhjendatud mõnel EÜ artiklis 58 nimetatud alusel või ülekaaluka üldise huviga Euroopa Kohtu praktika tähenduses. Lisaks peavad piirangud olema taotletava eesmärgi saavutamiseks sobivad ega tohi minna kaugemale sellest, mis on selle eesmärgi saavutamiseks vajalik.<sup>42</sup>

81. Eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib, et võrdsete konkurentsitingimuste (*level playing field*) loomisele suunatud energiaturu läbipaistvuse ja konkurentsimoontonutuste ärahoidmise eesmärgi, millele tugines riik kontserni asutamise keelu ja kolmandate tegevuste keelu põhjendamisel, kasutasid ka parlament ja nõukogu direktiivide 2009/72 ja 2009/73 alusena. Nende preambulite kohaselt on direktiivide eesmärk eelkõige tagada õiglane juurdepääs võrgule ning turu läbipaistvus, selleks et

37 — Vt kaupade vaba liikumise valdkonnas 20. aprilli 1978. aasta otsus liidetud kohtuasjades 80/77 ja 81/77: Les Commissionnaires Réunis ja Les Fils de Henri Ramel (EKL 1978, lk 927), milles on märgitud, et „[k]oguseliste piirangute ja samaväärse toimega meetmete keeld kehtib – nagu Euroopa Kohus on korduvalt leidnud – mitte ainult siseriiklike meetmete suhtes, vaid ka ühenduse institutsioonide meetmete suhtes”. Vt samuti 17. mai 1984. aasta otsus kohtuasjas 15/83: Denkavit Nederland (EKL 1984, lk 2171, punkt 15). Minu hinnangul ei ole vaja kapitali vaba liikumise valdkonnas lähtuda teistsugusest arutuskäigust.

38 — Selle kohta vt Mortelmans, K., „The relationship between the Treaty rules and Community measures for the establishment and functioning of the internal market”, *Common Market Law Review*, vol. 39, 2002, lk 1303.

39 — Selle seisukoha kasuks räägib Petersmann, E.-U., *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, Freiburg 1991.

40 — 25. jaanuari 1977. aasta otsus kohtuasjas 46/76: Bauhuis (EKL 1977, lk 5, punktid 27–30).

41 — 13. mai 1997. aasta otsus kohtuasjas C-233/94: Saksamaa vs. parlament ja nõukogu (EKL 1997, lk I-2405, punkt 57).

42 — Vt 21. detsembri 2011. aasta otsus kohtuasjas C-271/09: komisjon vs. Poola (EKL 2011, lk I-13613, punktid 55 ja 58).

kohaldada läbipaistvaid ja mittediskrimineerivaid tariife.<sup>43</sup> Kuigi nendes direktiivides ei ole ette nähtud, et jaotusvõrgu halduri omandisuhted tuleb eraldada kaubandustegevusest, märgib eelotsusetaotluse esitanud kohus, et kirjeldatud meetmed, nimelt eristamine ja funktsionaalne eraldamine on võetud eespool mainitud eesmärkide saavutamiseks.

82. Seevastu äriühingud leiavad, et läbipaistvusega ja ristsubsideerimise vältimisega püütakse põhiliselt tugevdada konkurentsistruktuuri Madalmaade energiaturul. Tuginedes Euroopa Kohtu väljakujunenud praktikale, väidavad nad, et need eesmärgid on puhtmajanduslikud ning need ei saa sellisena kujutada endast ülekaalukast üldisest huvist tulenevat põhjust.<sup>44</sup>

83. Komisjon leiab omalt poolt, et kuigi kontserni asutamise keeld ja kolmandate tegevuste keeld viivad jaotusvõrkude haldurite eraldamiseni, mis läheb kaugemale sellest, mis on ette nähtud direktiivides 2003/54 ja 2003/55, on see kooskõlas nende direktiivide ülesehituse ja eesmärkidega.

84. Minu hinnangul tuleneb selgelt nii 2009. aasta direktiivide preambulistest kui ka aruteludest Madalmaade parlamendis, et omandisuhete eraldamise ja kontserni asutamise keelu põhieesmärgid on vastavalt liidus investeringute ja konkurentsi suurendamine energiaturul ja hindade langetamine Euroopa tasandil<sup>45</sup> ning Madalmaades võitlus konkurentsivastase tegevusega parema läbipaistvuse abil<sup>46</sup>. Piisab, kui märkida, et need eesmärgid kujutavad eelkõige endast majanduslikku laadi põhjust Euroopa Kohtu praktika tähenduses.

85. Vaatamata käesolevas asjas kritiseeritud majanduslikele põhjendustele näib, et kontserni asutamise keeldu ja kolmandate tegevuste keeldu võib põhjendada kolmel viisil. Esiteks asudes seisukohale, et majanduslikud eesmärgid ei ole „puhtad”, vaid pigem kujutavad endast vahendeid, mis teenivad mittemajanduslikke eesmärke. Teiseks täpsustades majandusliku eesmärgi mõistet, lisades sellesse kontrollitava meetme proteksionistlikku või „egoistlikku” eesmärki puudutava elemendi. Kolmandaks põhjendades vaidlusaluseid keeldusid viitega asutamislepingu ühele eesmärgile, jättes seejuures kõrvale esitatud põhjenduse majandusliku või mittemajandusliku laadi.

86. Esimene arutluskäik on kooskõlas kohandustega, mis Euroopa Kohus on juba teinud seoses majanduslike põhjenduste keeluga.<sup>47</sup> Täpsemalt tugineb Madalmaade valitsus hiljutisele kohtupraktikale, milles peetakse õiguspäraseks meetmeid, millel on küll majanduslikud põhjendused, kuid mis taotleavad muud mittemajanduslikku eesmärki.<sup>48</sup>

87. Selle arutluskäiguga nõustumine tekitaks põhikohtuasjades siiski kaks probleemi. Esimene on seotud Hoge Raad der Nederlandeni kolmanda eelotsuse küsimuse sõnastusega, mis puudutab vaid energiaturu läbipaistvuse ja konkurentsimoonutuste ärahoidmise eesmärke ning ei võimalda Euroopa Kohtul arvesse võtta Madalmaade valitsuse väljatoodud mittemajanduslikke eesmärke, milleks on klientide kaitse, tarnekindluse ja selle huvi tagamine, et võrguhaldurid keskenduksid sellele ülesandele.

43 — Vt eelkõige direktiivi 2009/72 põhjendused 4, 7, 26 ja 32 ning direktiivi 2009/73 põhjendused 4, 5, 25 ja 31.

44 — 10. juuli 1984. aasta otsus kohtuasjas 72/83: Campus Oil jt (EKL 1984, lk 2727, punktid 35 ja 36); 17. märtsi 2005. aasta otsus kohtuasjas C-109/04: Kranemann (EKL 2005, lk I-2421, punkt 34) ning 15. aprilli 2010. aasta otsus kohtuasjas C-96/08: CIBA (EKL 2010, lk I-2911, punkt 48).

45 — Vt selles küsimuses direktiivi ettepaneku seletuskiri, KOM(2007) 528 (lõplik), lk 5.

46 — Essent NV ja Essent Nederland NV seisukohtades on ära toodud põhjendused, mis Madalmaade seadusandja protsessi erinevates etappides esitas.

47 — Selle arengu ratsionaliseerimise püüde kohta vt Snell, J., „Economic Aims as Justification for Restrictions on Free Movement”, *Rule of reason: rethinking another classic of European legal doctrine*, toim Schrauwen, A., Groningen: Europa Law Publishing, 2005.

48 — Eespool viidatud kohtuotsus Campus Oil jt.

88. Teine probleem puudutab seda, et seos kontserni asutamise keelu ja kolmandate tegevuste keelu ning õiguskindluse ja tarbijakaitse vahel ei ilmne selgelt nende meetmete võrdväarsuse seisukohast ega nende eesmärkide proportsionaalsuse poolest<sup>49</sup>, nagu seda õigesti rõhutavad äriühingud. Erastamise keeld on minu hinnangul aga juba piisav, et täita nõuded, mis puudutavad muret õiguskindluse kaitse üle, kuna sellega välistatakse nimelt elektrienergia jaotusvõrkude haldamine äriühingute poolt, mida kontrollivad kolmandad riigid. Seevastu nõuded, mille aluseks on mure tarbijakaitse pärast, peaksid olema erilise tähelepanu all, isegi kui seadusandja oleks nõustunud sellega, et vertikaalselt integreeritud äriühingud jäävad alles.

89. Teine arutluskäik põhineb ideel, et põhjus, miks liidu õigusel põhinevaid meetmeid ei kontrollita liikumisvabaduste seisukohalt nii rangelt, nagu seda tehakse puhtalt siseriiklike meetmete suhtes, on asjaolu, et see, millele viitab Euroopa Kohus, kui ta muudest põhjustest eristab põhjusi, millega võib põhjendada piiravat meetet, ei ole niivõrd taotletava eesmärgi majanduslik laad, kuivõrd selle sõnaselge põhjenduse kaudne protektsionistlik eesmärk.<sup>50</sup> Nii on avaliku poliitika õigusloomelise väljenduse staatiline liigitus vähem oluline kui selle dünaamiline eesmärk, arvestades asutamislepingu süsteemi ja eesmärke.

90. Seda analüüsi kinnitab meetmete analüüs teatud kohtuasjades, milles Euroopa Kohus lükkas tagasi asutamisevabaduse või kapitali vaba liikumise piirangu põhjenduse, sest põhjendus oli puhtmajanduslik.

91. Näiteks eespool viidatud kohtuasjas komisjon *vs.* Portugal<sup>51</sup> ei nõustunud Euroopa Kohus sellega, et kõnealune siseriiklik kord, millega püüti piirata teise riigi kodanikest investorite arvu ning allutada Portugali Vabariigi eelnevale heakskiidule aktsiate omandamine üle teatava künnise, oleks põhjendatud kõnealuse turu konkurentsistruktuuri tugevdamisega ning tootmisvahendite moderniseerimise ja nende tõhususe suurendamisega, kuna põhjendused olid majanduslikku laadi. Minu hinnangul seisneb selle kohtuotsuse kaudne põhjendus selles, et niisuguse heakskiidu andmisega tegeleva siseriikliku asutuse poolt talle antud hindamispädevuse teostamisel kahtlustatakse protektsionistlikke põhjusi.

92. Pealegi ilmneb protektsionistliku kuritarvitamise ohu prevaleerimine esitatud põhjuse laadi suhtes seda enam Euroopa Kohtu praktikas, mis on seotud majanduslike põhjendustega. Nii ei pidanud Euroopa Kohus hiljutises kohtuasjas komisjon *vs.* Kreeka<sup>52</sup> põhjendatuks meetet strateegilistes äriühingutes aktsiate omandamise eelneva heakskiidu saamiseks, kuna heakskiidu andmisel oli siseriiklikel asutustel avatud kaalutlusõigus, ja seda vaatamata õiguskindluse kaalutlusele, millega võiks põhjendada niisugust normi, mille eesmärk on energia varustuskindlus. Teisisõnu on kontrollitud siseriikliku normi eesmärk kõrgemal selle majanduslikust kvalifikatsioonist.

93. Kohtuasi komisjon *vs.* Itaalia<sup>53</sup> puudutas samuti erastamiseadust, mille alusel võeti üleminekumeetmega energiasektori täielikuks liberaliseerimiseks hääleõigus kõigilt aktsiatelt, mis ületavad 2% suurust konsolideeritud künnist. Itaalia Vabariik püüdis põhjendada seda meetet eesmärgiga säilitada mõistlikud ja õiglased konkurentsitingimused energiaturgudel, millega Euroopa Kohus ei nõustunud. Siinkohal tundub mulle taas, et see, mis takistas Euroopa Kohtul meetet heaks kiita, oli mitte niivõrd meetme majanduslik laad, vaid asjaolu, et see meede aitas säilitada senise olukorra ehk kõnealusel juhul Itaalia ametiasutuste kontrolli erastamisel olevate äriühingute üle, mis oli oma olemuselt protektsionistlik eesmärk.

49 — Niivõrd, kuivõrd Euroopa Kohus leiab, et õiguskindluse erandit praeguses ELTL artikli 65 lõikes 1 tuleb mõista kitsas tähenduses ning et see võib hõlmata üksnes juhtumeid, kus avalikku huvi tegelikult ja piisavalt tõsiselt ohustatakse, vt 13. mai 2003. aasta otsus kohtuasjas C-463/00: komisjon *vs.* Hispaania (EKL 2003, lk I-4581, punkt 72) ning eespool viidatud 8. juuli 2010. aasta kohtuotsus C-171/08: komisjon *vs.* Portugal (punkt 73).

50 — Nagu komisjon kohtuistungil väitis.

51 — Otsus kohtuasjas C-367/98 (punkt 52).

52 — Eespool viidatud kohtuotsus (punkt 79).

53 — 2. juuni 2005. aasta otsus kohtuasjas C-174/04: komisjon *vs.* Itaalia (EKL 2005, lk I-4933, punkt 37).



94. Samuti, mis puudutab *golden share*'e käsitlevat kohtupraktikat, siis ei ole see mitte niivõrd esitatud põhjenduse majanduslik laad, kuivõrd sellele valitsusele kuuluva õiguse ülemäärane suurus, mis siinkohal viib ka avaliku proteksionismini, mille alusel minu jaoks näib olevat põhjendatud, et Euroopa Kohus on korduvalt leidnud, et niisugused normid on vastuolus kapitali vaba liikumise ja asutamisvabadusega<sup>54</sup>.

95. Eesmärgi, mis on *a priori* Euroopa Kohtu väljakujunenud praktikaga vastuolus, võiks majandusliku põhjuse uuendatud lähenemise raames eesmärgi kontrollimisel vastupidi lugeda asutamislepinguga kokkusobivaks. Kõnealuse lähenemise puhul on nimelt eeldatav, et eristatakse ühelt poolt majanduslikke põhjusi, mille tõttu ühel või teisel viisil kaitstakse liikmesriikide majanduslikke huvisid, ning teiselt poolt põhjusi, mille tõttu korraldatakse sektor vastavalt asutamislepingu majanduslikele eesmärkidele.

96. Arvestades käesoleval juhul lähteolukorda Madalmaades, nimelt võrguhaldurid kui vertikaalselt integreeritud energiaettevõtted kuuluvad avalik-õiguslikele üksustele, siis minu arvates ei anna kontserni asutamise keeld ega kolmandate tegevuste keeld siseriiklikele ettevõtjatele otseselt ega kaudselt eelist. Vastupidi, kuna Essent NV oli sunnitud jagunema, enne kui seda oli võimalik erastada, leiab ta, et kuna ta oli sunnitud võõrandama osalused jaotusvõrgu halduris Enexis Holding NV-s, pandi ta halvemasse olukorda võrreldes nendes liikmesriikides tegutsevate konkurentidega, kus vertikaalselt integreeritud mudel oli jätkuvalt lubatud. Sellest tulenevalt näib, et kontserni asutamise keelul puudub proteksionistlik eesmärk erinevalt meetmetest, mis eespool viidatud kohtuasjades on tunnustatud liikumisvabadustega vastuolus olevaks.

97. Pealegi ei taotleta kontserni asutamise keelu ega kolmandate tegevuste keeluga ka proteksionistlikku eesmärki avalik-õiguslike asutuste kasuks, kes küll peavad säilitama võrguhaldurite omandi, kuid kelle puhul on samuti välistatud energiaettevõtete omamine, juhul kui nad on võrguhaldurid.

98. Kolmas argument seisneb liikumisvabaduste piirangu põhjenduse puhul uue aluse tunnustamises, mis on tuletatud asutamislepingu sättest, mille kohaselt siseturg hõlmab alati süsteemi, millega tagatakse, et konkurentsi ei kahjustata. See säte, mis asus juba algselt EMÜ asutamislepingu artikli 3 punktis f, on käesoleval ajal EL toimimise lepingu protokollis 27.<sup>55</sup>

99. Siseriiklikud õigusnormid, mille eesmärk on piirkondlikul või kohalikul tasandil asendada vertikaalselt integreeritud energiaettevõtete ajaloolised monopolid struktuuriga, mis – eraldades jaotusvõrgu haldamise ja selle võrgu abil osutatavate teenuste omandisuhted – võimaldab luua energia turustamise, tarnimise ja tootmise alal konkureeriva turu, kujutavad endast tõepoolest meetet, mis on suuteline tagama, et konkurentsi ei moonutataks.

100. Ma leian, et piirangud vabadusele tegutseda nii jaotusvõrgu halduri kui ka energiaettevõtetenä kindlustavad mittediskrimineeriva juurdepääsu energiaturule ning tagavad, et konkurentsi energia turustamise, tarnimise ja tootmise alal ei kahjustata. Minu hinnangul tuleb seda eesmärki pidada oluliseks üldisest huvist tulenevaks põhjenduseks mittediskrimineerivate siseriiklike piirangute puhul, mis on vajalikud, et oleks võimalik liberaliseerida loomuliku monopoli mõjutatavat turgu. Oluline ei ole, et seda põhjendust kvalifitseeritakse mitte puhtmajanduslikuks või mitte proteksionistlikuks põhjenduseks.

54 — Vt eelkõige eespool viidatud 8. juuli 2010. aasta kohtuotsus C-171/08: komisjon vs. Portugal, milles olid kõne all erioigustega (vetoõigus) aktsiad, millest enamik pidi kohustuslikult kuuluma riigile või teistele avalik-õiguslikele aktsionäridele.

55 — EMÜ asutamislepingu artikli 3 punkti f käsitleva kohtupraktika osas vt 10. jaanuari 1985. aasta otsus kohtuasjas 229/83: Association des Centres distributeurs Leclerc ja Thouars Distribution (EKL 1985, lk 1, punkt 20 jj).

101. Täpsemalt tugevdab kontserni asutamise keeld ühelt poolt tarnimise ja tootmise ning teiselt poolt energia jaotamise eraldamist, mis on direktiivide 2009/72 ja 2009/73 põhjenduse 11 kohaselt kõige tõhusam vahend, et edendada investeeringuid infrastruktuuridesse mittediskrimineerival viisil, uute turule sisenejate õiglast juurdepääsu võrgule ning turu läbipaistvust.

102. Kolmandate tegevuste keeld omalt poolt isoleerib samal ajal teised sektorid – näiteks *spill over* jätmete haldamine – ressurssidest, mis on saadud loomuliku monopoli iseloomuga tegevusest, kaitstes samas võrkude haldamist ohu eest, mis tuleneb mitteseotud tegevustest. Seega tagab selline keeld, et võrkude haldamisel tekkinud võimalik käitamise ülejääk investeeritakse võrgu hooldusesse ja täiustamisse, mitte välistesse tegevustesse.

103. Mis puudutab proportsionaalsust siseriikliku seadusandja vastuvõetud põhimõttelise otsuse puhul, nimelt struktuuriliselt eraldada jaotusvõrkude haldamine ning elektrienergia ja gaasi turustamine, tarnimine ja tootmine, siis ei lähe see keeld kaugemale sellest, mis on vajalik, et saavutada energiaturu läbipaistvuse ja konkurentsimoontuste ärahoidmise eesmärk.

104. Sellest lähtuvalt teen ma Euroopa Kohtule ettepaneku vastata kolmandale eelotsuse küsimusele, et kõnealuseid siseriiklikke õigusnorme, nagu sellise kontserni asutamise keeld, millesse kuuluvad nii energia jaotusvõrkude haldurid kui ka juriidilised isikud, kes turustavad, tarnivad või toodavad elektrienergiat või gaasi Madalmaades, ning kolmandate tegevuste keeld, mis on kohaldatavad jaotusvõrgu halduritele, võib pidada kapitali vaba liikumise piiranguteks, mis on põhjendatud, kuna need võimaldavad tagada, et konkurentsi ei kahjustata jaotusvõrgu halduri monopoolse seisundi ärakasutamise teel turustamisel, tarnimisel või tootmisel või muudes sektorites, mis on võrgu haldamisest eraldatud.

## V. Ettepanek

105. Eespool toodud kaalutlustest lähtudes teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Hoge Raad der Nederlandeni esitatud eelotsuse küsimustele järgmiselt:

1. Liikmesriigi sellised normid, mis on kõne all põhikohtuasjades ja mille kohaselt jaotusvõrgu halduri aktsiaid saab üle kanda üksnes avalik-õiguslikele isikutele ja teatud äriühingutele, kelle kapitalis kuulub 100-protsendiline osalus avalik-õiguslikele asutustele (erastamise keeld), kujutavad endast omandi õiguslikku režiimi ELTL artikli 345 tähenduses ning on selles suhtes liidu õigusega kooskõlas.
2. Kuigi jaotusvõrgu haldurite erastamise keeld, nagu on kõne all põhikohtuasjades, kujutab endast ELTL artikli 345 tähenduses omandi õiguslikku režiimi, mis on liidu õigusega kooskõlas, siis muud siseriiklikud normid, nagu kontserni asutamise keeld, mis hõlmab nii energiajaotusvõrgu haldureid kui ka juriidilisi isikuid, kes turustavad, tarnivad või toodavad elektrienergiat või gaasi Madalmaades, ning kolmandate tegevuste keeld, mis kehtib jaotusvõrgu haldurite suhtes, kuuluvad kapitali vaba liikumise kohaldamisalasse, ning tuleb kontrollida nende normide kooskõla nimetatud vaba liikumisega.
3. Kõnealuseid siseriiklikke õigusnorme, nagu sellise kontserni asutamise keeld, millesse kuuluvad nii energia jaotusvõrkude haldurid kui ka juriidilised isikud, kes turustavad, tarnivad või toodavad elektrienergiat või gaasi Madalmaades, ning kolmandate tegevuste keeld, mis on kohaldatavad jaotusvõrgu halduritele, võib pidada kapitali vaba liikumise piiranguteks, mis on põhjendatud, kuna need võimaldavad tagada, et konkurentsi ei kahjustata jaotusvõrgu halduri monopoolse seisundi ärakasutamise teel turustamisel, tarnimisel või tootmisel või muudes sektorites, mis on võrgu haldamisest eraldatud.