Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
NIILO JÄÄSKINEN
föredraget den 16 april 2013 [1]

Förenade målen C-105/12–C-107/12

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

(tre fall av begäran om förhandsavgörande från Hoge Raad der Nederlanden (Nederländerna))

”Systemansvariga för energidistributionssystem — Totalförbud mot privatisering — Egendomsordning — Förbud mot att bilda koncerner som innefattar både systemansvariga för energidistributionssystem och bolag som handlar med, levererar eller producerar energi — Förbud för systemansvariga för energidistributionssystem att bedriva sidoverksamheter — Fri rörlighet för kapital — Restriktioner — Skäl — Proportionalitet — Skäl av ’rent ekonomisk’ art — Avsaknad av konkurrenssnedvridning”

I – Inledning

1. Hoge Raad der Nederlanden (Nederländernas högsta domstol) har begärt att domstolen ska tolka artiklarna 63 FEUF och 345 FEUF i förhållande till ett flertal bestämmelser i den nederländska lagstiftning som är tillämplig på sektorerna för el- och gasdistribution, inom ramen för tvister mellan å ena sidan Staat der Nederlanden (nederländska staten) och å andra sidan Essent NV och Essent Nederland BV (mål C-105/12) (Essent NV och Essent Nederland NV kallas nedan gemensamt för Essent), Eneco Holding NV (mål C-106/12) och Delta NV (mål C-107/12) (Essent, Eneco Holding NV och Delta NV kallas nedan gemensamt för bolagen), det vill säga ett antal bolag verksamma inom dessa sektorer i Nederländerna.

2. Inom ramen för dessa tre mål, som domstolen har förenat, har Hoge Raad der Nederlanden ställt tre tolkningsfrågor.

— Den första frågan avser bedömning, i förhållande till artikel 345 FEUF, av det ”privatiseringsförbud” som införs genom den nederländska lagstiftningen, enligt vilket systemansvariga för el- och gasdistributionssystem [2] inte får ägas av privata aktörer.

— Den andra frågan avser bedömning, i förhållande till den fria rörligheten för kapital, av två andra förbud enligt den nederländska lagstiftningen. Det ena av dessa förbud innebär att systemansvariga för sådana distributionssystem inte får ha kopplingar till företag som producerar, levererar eller

1 — Originalspråk: franska.

2 — I detta förslag avser termerna ”system” och ”systemansvarig” genomgående systemen för distribution av el eller gas i Nederländerna. I de fall där överföringssystem avses, anges detta uttryckligen.

handlar med el eller gas i Nederländerna (nedan kallade energibolag) (nedan kallat koncernförbudet), och det andra innebär att sådana systemansvariga inte får bedriva verksamheter som saknar anknytning till driften av systemet (nedan kallat förbudet mot sidoverksamheter).

— Den tredje frågan rör huruvida det föreligger ”tvingande skäl av allmänintresse” som motiverar en restriktion av den fria rörligheten för kapital, i den mån som koncernförbudet och förbudet mot sidoverksamheter, som avses i den andra frågan, faktiskt utgör en sådan restriktion.

3. De aktuella målen ger således domstolen anledning att ännu en gång yttra sig om tolkningen av EUF-fördraget, i synnerhet förhållandet mellan artiklarna 345 FEUF och 63 FEUF, såvitt avser åtgärder för liberalisering av en strategiskt viktig ekonomisk sektor. De aktuella målen skiljer sig emellertid på vissa punkter från dem som har gett upphov till domstolens rättspraxis kring ”gyllene aktier”. Till att börja med rör det sig inte om en partiell privatisering utan om ett privatiseringsförbud som yttrar sig i en tydlig rågång mellan å ena sidan egendomsordningen för systemansvariga för distributionssystem, vilka uteslutande kan ägas av offentliga aktörer, och å andra sidan egendomsordningen för företag som producerar, levererar eller handlar med el eller gas, vilka får överlåtas till privata aktörer. Vidare bygger de aktuella förbuden inte på någon ordning som innebär undantag från privaträtten och gynnar offentliga aktörer. Slutligen är de omtvistade bestämmelserna i den nederländska rättsordningen inte uteslutande ett resultat av ett spontant handlande på nationell nivå utan ingår dessutom i en liberaliseringspolitik som har initierats av Europeiska unionen och som har yttrat sig i antagandet av direktiv enligt vilka det ska göras åtskillnad mellan ansvariga för och användare av system för överföring och distribution av energi.

4. Det är därför lämpligt att inledningsvis påpeka att de båda direktiven i det andra energipaketet från 2003, det vill säga direktiven 2003/54/EG[3] och 2003/55/EG[4], och de båda direktiven i det tredje energipaketet från 2009, det vill säga direktiven 2009/72/EG[5] och 2009/73/EG[6] är betydelsefulla i sammanhanget trots att de inte omfattas av någon begäran om förhandsavgörande. Av dessa direktiv framgår nämligen vilken grad av liberalisering som gemenskapslagstiftaren eftersträvade mellan 2003 och 2009, och bolagen har gjort gällande att medlemsstaterna inte kunde gå längre i sin liberalisering utan att bryta mot de unionsrättsliga reglerna om de grundläggande friheterna. Dessutom innehåller dessa direktiv definitioner som är relevanta för de aktuella målen.

II – Tillämpliga bestämmelser

A – *Unionsrätten*

1. EUF-fördraget

5. Enligt artikel 63.1 FEUF ska alla restriktioner för kapitalrörelser mellan medlemsstater samt mellan medlemsstater och tredjeland vara förbjudna.

6. Enligt artikel 345 FEUF ska fördragen inte i något hänseende ingripa i medlemsstaternas egendomsordning.

3 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/54/EG av den 26 juni 2003 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om upphävande av direktiv 96/92/EG (EUT L 176, s. 37).

4 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/55/EG av den 26 juni 2003 om gemensamma regler för den inre marknaden för naturgas och om upphävande av direktiv 98/30/EG (EUT L 176, s. 57).

5 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/72 av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om upphävande av direktiv 2003/54/EG (EUT L 211, s. 55).

6 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/73 av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre marknaden för naturgas och om upphävande av direktiv 2003/55/EG (EUT L 211, s. 94).

2. Direktiven 2003/54 och 2003/55

7. Direktiven 2003/54/EG om el och 2003/55/EG om gas ingår i det andra energipaketet, som antogs med syftet att liberalisera energisektorn. De regler som avser el är i allt väsentligt identiska med dem som avser gas. För att undvika onödiga upprepningar återger jag därför här endast de bestämmelser som avser el.

8. I skälen 6–8 och 10 i direktiv 2003/54 anges följande:

”(6) En fungerande konkurrens kräver att nättillträdet garanteras utan diskriminering, på ett sätt som medger insyn och till rimliga priser.

(7) För att fullborda den inre marknaden för el är det av avgörande betydelse att tillträdet till nätet tillhörande den systemansvarige för överförings- eller distributionssystemet är icke-diskriminerande. Den systemansvarige för överförings- eller distributionssystemet kan utgöras av ett eller flera företag.

(8) För att se till att tillträdet till nätet är effektivt och icke-diskriminerande är det lämpligt att systemen för distribution och överföring drivs genom juridiskt åtskilda enheter när vertikalt integrerade företag existerar. …

Det måste garanteras att de systemansvariga för distributions- och överföringssystem är oberoende av framför allt produktions- och leveransintressen. Därför måste oberoende ledningsstrukturer införas i förhållandet mellan systemansvariga för distributions- och överföringssystem och produktions- eller leveransföretag.

Det är dock viktigt att skilja mellan en sådan juridisk åtskillnad och åtskillnad beträffande ägandet. Juridisk åtskillnad innebär inte ändringar beträffandet ägandet av tillgångarna, och ingenting hindrar att liknande eller identiska anställningsvillkor gäller i hela de vertikalt integrerade företagen. Ett icke-diskriminerande beslutsförfarande bör emellertid säkerställas genom organisatoriska åtgärder avseende de ansvariga beslutsfattarnas oberoende.

…

(10) Även om detta direktiv inte omfattar frågor om äganderätt erinras det om att när det gäller ett företag som bedriver överförings- eller distributionsverksamhet och som till sin juridiska form är åtskilt från de företag som bedriver produktions- och/eller leveransverksamhet får utsedda systemansvariga utgöras av samma företag som äger infrastrukturen.”

9. Av artikel 2.3 och 2.5 i direktiv 2003/54 framgår att ”överföring” i detta direktiv avser transport av el i sammanlänkade system med högspänningsnät samt nät med extra hög spänning för tillhandahållande till slutförbrukare eller distributörer, men inte leverans, och att ”distribution” i detta direktiv avser transport av el i system med högspännings-, mellanspännings- och lågspänningsnät för tillhandahållande till kunder, men inte leverans.

10. I artikel 15.1 i direktiv 2003/54, under rubriken ”Åtskillnad av systemansvariga för distributionssystemet”, föreskrivs följande:

”Om den systemansvarige för distributionssystemet utgör en del av ett vertikalt integrerat företag skall denne åtminstone vad avser juridisk form, organisation och beslutsfattande vara oberoende av annan verksamhet utan samband med distribution. Dessa regler skall inte ge upphov till någon skyldighet att skilja ägandet av tillgångar i distributionssystemet från det vertikalt integrerade företaget.”

11. I artikel 15.2 i nämnda direktiv anges ytterligare skyldigheter för vertikalt integrerade företag. Det ska bland annat finnas garantier för att de personer som ansvarar för ledningen av den systemansvarige för distributionssystemet är oberoende av de strukturer som ansvarar för den dagliga driften avseende produktion, överföring och leverans. Dessutom ska den systemansvarige ha en faktisk beslutanderätt och upprätta en övervakningsplan avseende åtgärder för att motverka diskriminerande beteende.

3. Direktiven 2009/72 och 2009/73

12. Efter att ha konstaterat att tillämpningen av de tidigare direktiven resulterade i en otillräcklig åtskillnad, och i syfte att fortsätta liberaliseringen av sektorn, antog unionslagstiftaren inom ramen för det tredje energipaketet direktiven 2009/72 och 2009/73 om gemensamma regler för den inre marknaden för el respektive naturgas. Av tidsmässiga skäl är dessa båda direktiv inte relevanta i de aktuella målen, men parterna har hänvisat till dem i sina yttranden.

13. Enligt skäl 11 i direktiv 2009/72 kan en ”effektiv åtskillnad … bara säkras genom att man undanröjer incitamentet för vertikalt integrerade företag att diskriminera konkurrenterna i samband med nättillträde och investeringar. Åtskilt ägande, vilket innebär att nätägaren utses till systemansvarig och att nätägaren är oberoende av leverans- eller produktionsintressen, är helt klart en effektiv och stabil metod för att lösa inbyggda intressekonflikter och säkra försörjningstryggheten. Europaparlamentet hänvisar därför i sin resolution av den 10 juli 2007 om utsikterna för den inre gas- och elmarknaden[7] till åtskilt ägande av överföringsnäten som det effektivaste verktyget för att främja investeringar i infrastruktur på ett icke-diskriminerande sätt och trygga ett rättvist nättillträde för nya aktörer och transparens på marknaden. Vid åtskilt ägande bör det därför ställas krav på medlemsstaterna att säkerställa att en eller flera personer inte kontrollerar ett produktionsföretag eller ett elhandelsföretag samtidigt som den eller de utövar kontroll över eller rättigheter gentemot en systemansvarig för överföringssystemet eller ett överföringssystem. Omvänt bör kontroll över ett överföringssystem eller en systemansvarig för överföringssystemet utesluta möjligheten att utöva kontroll över eller rättigheter gentemot ett produktionsföretag eller ett elhandelsföretag. Inom dessa begränsningar bör ett produktionsföretag eller ett elhandelsföretag kunna inneha en minoritetsandel i en systemansvarig för ett överföringssystem eller ett överföringssystem.”

B – *Nederländsk rätt*

14. De bestämmelser i den nationella rätten som är relevanta i de nationella målen återfinns i lagen om produktion, transport och leverans av el (Wet houdende regels met betrekking tot de productie, het transport en de levering van elektriciteit) av den 2 juli 1998[8] och lagen om transport och leverans av gas (Wet houdende regels omtrent het transport en de levering van gas) av den 22 juni 2000[9], i deras lydelse enligt de ändringar som gjordes bland annat 2004 och 2006 (nedan kallade 1998 års ellag och gaslagen).

15. Dessa båda lagar ändrades till att börja med genom lagen om intervention och implementering (Interventie- en Implementatiewet) av den 1 juli 2004[10], bland annat med syftet att i den nationella rättsordningen införliva de direktiv som ingick i det andra energipaketet.

7 — EUT C 175 E, 2008, s. 206.

8 — Stb. 1998, nr 427.

9 — Stb. 2000, nr 305.

10 — Stb. 2004, nr 328.

16. Därefter ändrades de genom lagen om oberoende systemdrift (Wet onafhankelijk netbeheer) av den 23 november 2006[11] (nedan kallad systemdriftslagen), varvid skyldigheterna för systemansvariga utökades bland annat genom införande av det privatiseringsförbud, det koncernförbud och det förbud mot sidoverksamheter som har nämnts ovan. Det är framför allt de ändringar i 1998 års ellag och gaslagen som gjordes genom systemdriftslagen som ligger till grund för tvisten mellan parterna i målen vid den nationella domstolen.

17. Med stöd av dessa rättsakter tillämpas följande (i det aktuella fallet relevanta) förbud i Nederländerna:

1. Privatiseringsförbudet

18. Den egendomsordning som är tillämplig på systemansvariga följer av förordningen om andelar i systemansvariga (Besluit aandelen netbeheerders) av den 9 februari 2008[12] jämförd med artikel 93 i 1998 års ellag och artikel 85 i gaslagen.

19. Både andelarna i bolag utsedda till systemansvariga och kontrollen över systemen ska vara helt i händerna på andelsägare som tillhör ”den offentliga kretsen”. De enda som enligt förordningen om andelar i systemansvariga får vara eller bli ägare till andelar i en systemansvarig är offentliga organ som kommuner, provinser och staten samt juridiska personer som direkt eller indirekt är helt och hållet offentligägda – vilket innefattar Essent NV,[13] Eneco Holding NV och Delta NV.

20. Enligt förordningen om andelar i systemansvariga ska ekonomiministern inte utfärda tillstånd för ändringar i ägandeförhållandena för ett system eller ägandeförhållandena för andelar i en systemansvarig om den aktuella överlåtelsen kan resultera i att andelar hamnar i händerna på aktörer utanför den offentliga kretsen.

2. Koncernförbudet

21. Koncernförbudet följer av artikel 10b.1 i 1998 års ellag och artikel 2c.1 i gaslagen.

22. Dessa bestämmelser innebär att systemansvariga inte får ingå i en koncern – i den mening som avses i artikel 2:24b i den nederländska civillagen (Burgerlijk Wetboek) – där det också ingår ett energibolag, det vill säga en juridisk person som i Nederländerna producerar, levererar eller handlar med el eller gas. I förlängningen innebär koncernförbudet också att en systemansvarig inte får äga aktier eller andelar i ett energibolag eller i någon enhet i en koncern där det ingår ett energibolag. Omvänt får ett energibolag inte äga aktier eller andelar i en systemansvarig eller i någon enhet i en koncern där det ingår en systemansvarig.

23. Enligt detta förbud måste vertikalt integrerade företag med verksamhet inom energisektorn delas upp i en del med ansvar för drift av systemet och en del med ansvar för produktion av, leverans av och handel med energi, det vill säga i en eller flera systemansvariga och ett eller flera energibolag. En systemansvarig och de koncernbolag som är knutna till den systemansvarige får nämligen inte tillhöra en koncern som även innefattar energibolag. För denna skyldighet att dela upp sig använder den hänskjutande domstolen beteckningen ”uppdelningsregeln”.

11 — Stb. 2006, nr 614.

12 — Stb. 2008, nr 62.

13 — Se punkt 27 i detta förslag.

3. Förbudet mot sidoverksamheter

24. Förbudet mot sidoverksamheter slås fast i artikel 17.2–4 i 1998 års ellag och i artikel 10b.2–4 i gaslagen.[14] Detta förbud består av tre delar.

25. Till att börja med får en systemansvarig för ett distributionssystem och de koncernbolag som är knutna till den systemansvarige inte vidta åtgärder eller bedriva verksamheter som kan ge upphov till intressekonflikter med driften av systemet. På grund av detta är det vidare inte tillåtet för ett koncernföretag att bedriva verksamheter som saknar nära samband med de grundläggande uppgifterna vid drift av infrastruktur. Avslutningsvis hindrar förbudet mot sidoverksamheter även att en systemansvarig ställer säkerhet för andra koncernmedlemmars lån eller går i borgen för andra koncernmedlemmars skulder.

III – Målen vid den nationella domstolen, tolkningsfrågorna och förfarandet vid EU-domstolen

A – *Faktiska omständigheter*

26. Av den nederländska regeringens yttranden framgår att det vid tiden för systemdriftslagens ikraftträdande år 2006 fanns tre typer av företag på den nederländska energimarknaden. Företagen av den första typen ägnade sig uteslutande åt produktion eller leverans av eller handel med el eller gas. Till den andra typen hörde vertikalt integrerade företag som var verksamma såväl inom produktion och leverans av och handel med el eller gas som inom drift av distributionssystem för el och gas. Företagen av den tredje typen ägnade sig i huvudsak åt drift av system för el och gas och bedrev ingen verksamhet i fråga om produktion eller leverans av eller handel med el eller gas. Bolagen i de nationella målen var de största integrerade energiföretagen på den nederländska marknaden. De hörde således till den andra typen av företag.

27. Essent är verksamt på energimarknaderna i Nederländerna, Belgien och andra länder. För Essents del innebar koncernförbudet att Essent NV delades upp i två delar: Enexis Holding NV, ett systemdriftsföretag som i överensstämmelse med privatiseringsförbudet ägs till 100 procent av offentliga aktörer, och Essent NV, ett företag som handlar med, levererar och producerar el och gas. Uppdelningsregeln har medfört avsevärda kostnader för Essent, varför den nationella domstolen ansåg att Essent inom ramen för målet vid den domstolen hade intresse av att få rättsläget fastställt. Efter att ha blivit uppköpt av den tyska energikoncernen RWE ägs Essent NV numera till 100 procent av RWE Benelux Holding BV, ett dotterbolag inom koncernen RWE AG.

28. Eneco Holding NV är ett företag som via sina dotterbolag producerar, köper, säljer, överför och levererar el och gas, bland annat till energikonsumenter. Eneco Holding NV ägs av 60 kommuner. Dess leveransverksamhet omfattar hela Nederländerna medan dess systemdriftsföretag täcker ett område bestående av sex nederländska provinser.

29. Även Delta NV är verksamt inom produktion och överföring av, handel med och leverans av el. Dessutom distribuerar och levererar Delta gas. Utöver detta är Delta NV verksamt på andra marknader. Energisystem spelar en viktig roll i bolagets diversifieringsstrategi som går ut på att bedriva flera olika allmännyttiga verksamheter och som yttrar sig bland annat genom innehav av en majoritetsandel i ett belgiskt avfallshanteringsföretag. Det värde som energinäten representerar stärker Delta NV:s ekonomiska bas. Provinsen Zeeland är den huvudsakliga aktieägaren i Delta NV medan övriga aktier innehas av nederländska kommuner.

14 — [Motsvarande fotnot i originalversionen saknar relevans för den svenska versionen. Övers. anm.]

30. På grund av förekomsten av el- eller gassystem krävdes det att bolagen skulle ägas till 100 procent, direkt eller indirekt, av aktörer i den offentliga kretsen. Det var förbjudet för dessa bolag och för deras aktieägare att helt eller delvis sälja systemet eller den systemansvarige till privata investerare. Som jag redan har framhållit, har Essent NV sedermera delats upp i en systemansvarig och ett energibolag medan de båda andra bolagen fortfarande är vertikalt integrerade.

B – *De nationella målen*

31. Bolagen väckte vart för sig talan vid Rechtbank Den Haag och yrkade att nämnda domstol skulle slå fast att koncernförbudet och förbudet mot sidoverksamheter stred mot de grundläggande friheter som avses i artiklarna 49 FEUF och 63 FEUF och att dessa båda förbud således saknade verkan. Rechtbank Den Haag lämnade i samtliga fall talan utan bifall.

32. Bolagen överklagade till Gerechtshof Den Haag, som upphävde domarna från Rechtbank Den Haag med hänvisning till att de angripna bestämmelserna stred mot artikel 63 FEUF och därmed saknade verkan.

33. Därefter överklagade Staat der Nederlanden domarna från Gerechtshof Den Haag till Hoge Raad och gjorde därvid gällande att unionsrätten inte utgjorde något hinder mot de angripna bestämmelserna.

34. Hoge Raad der Nederlanden vilandeförklarade de tre berörda målen om överklagande genom tre beslut av den 24 februari 2012 och fann för gott att ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Ska artikel 345 FEUF tolkas så, att begreppet ’medlemsstaternas egendomsordning’ även omfattar det absoluta privatiseringsförbud som är i fråga i de aktuella målen, vilket föreskrivs i förordningen om andelar i systemansvariga jämförd med artikel 93 i 1998 års ellag och artikel 85 i gaslagen och innebär att andelar i en systemansvarig uteslutande kan överlåtas inom den offentliga kretsen?

2) Om den första frågan ska besvaras jakande, blir följden av detta att reglerna om den fria rörligheten för kapital inte är tillämpliga på koncernförbudet och förbudet mot sidoverksamheter,[15] eller åtminstone att det inte behöver prövas huruvida koncernförbudet och förbudet mot sidoverksamheter är förenliga med reglerna om den fria rörligheten för kapital?

3) Är målen att skapa öppenhet på energimarknaden och förhindra konkurrenssnedvridning genom att motverka korssubventionering i vid mening (inklusive utbyte av strategisk information), som även ligger till grund för [systemdriftslagen], att betrakta som rent ekonomiska intressen eller kan de också betraktas som intressen av icke-ekonomisk art, så att de – i egenskap av tvingande skäl av allmänintresse – under vissa villkor kan motivera en restriktion av den fria rörligheten för kapital?”

C – *Förfarandet vid domstolen*

35. Genom beslut av den 26 mars 2012 förordnade domstolens ordförande om förening av målen C-105/12, C-106/12 och C-107/12.

15 — [Motsvarande fotnot i originalversionen saknar relevans för den svenska versionen. Övers. anm.]

36. Skriftliga yttranden har inkommit till domstolen från de berörda bolagen, från den nederländska, den tjeckiska och den polska regeringen och från Europeiska kommissionen, vilka med undantag av Republiken Tjeckien och Republiken Polen även var företrädda vid den muntliga förhandlingen den 14 januari 2013.

IV – Bedömning

A – *Den första tolkningsfrågan: privatiseringsförbudet i förhållande till artikel 345 FEUF*

37. Den hänskjutande domstolen har ställt sin första tolkningsfråga för att vinna klarhet i huruvida artikel 345 FEUF ska tolkas så, att begreppet ”medlemsstaternas egendomsordning” även omfattar det ifrågavarande absoluta privatiseringsförbudet, som innebär att aktier i en systemansvarig endast får överlåtas inom den offentliga kretsen.

38. Inledningsvis konstaterar jag att det privatiseringsförbud som följer av den nederländska lagstiftningen innebär att energinät endast får ägas – direkt eller indirekt – av ”offentliga aktörer” i den mening som avses i förordningen om andelar i systemansvariga. [16]

39. De tillgångar som har samband med driften av systemet, liksom de aktier eller de andelar som representerar ett direkt eller indirekt ägande av systemen, utgör emellertid inte föremål som är undantagna från handel (*res extra commercium*), då det rör sig om helt ordinära privaträttsliga äganderätter som kan säljas, köpas och användas exempelvis som säkerhet för en fordran. Trots detta får överlåtelse av andelar endast ske inom en begränsad krets av ägare, nämligen nämnda ”offentliga aktörer”.

40. Hoge Raad der Nederlanden anser att den nationella lagstiftning som var tillämplig vid den aktuella tiden innebar ett absolut privatiseringsförbud. Jag delar denna uppfattning. Att det konkreta innehållet i denna begränsning endast anges i en rättsakt av typen ministerförordning påverkar inte den slutsatsen, i motsats till vad bolagen har hävdat.

41. Som generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer har erinrat om, är artikel 345 FEUF den enda fördragsbestämmelse som är direkt inspirerad av Schumanplanen av den 9 maj 1950. Denna bestämmelse återfanns till att börja med i artikel 83 i EKSG-fördraget. [17] Dess ursprungliga syfte var att se till att inrättandet av den nya gemenskapen inte skulle inverka på en känslig politisk fråga som då var aktuell, nämligen rättsliga och sociala aspekter på ägandet av ”dekartelliserade” tyska gruvor och stålföretag. [18] Vad som slås fast i artikel 345 FEUF är således en princip om *neutralitet* i förhållande till ägandet – offentligt eller privat – av ”produktionsmedel” och företag. [19]

16 — Här ska det förtydligas att definitionen av ”offentlig aktör” även innefattar juridiska personer som är helägda dotterbolag till sådana energibolag som avses i förordningen om andelar i systemansvariga, inbegripet Essent NV (före uppdelningen), Eneco Holding NV och Delta NV. Sådana dotterbolag kan vara utländska juridiska personer.

17 — Se punkt 45 i generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande i mål C-367/98, kommissionen mot Portugal (REG 2001, s. I-4731), i mål C-483/99, kommissionen mot Frankrike (REG 2001, s. I-4781), och i mål C-503/99, kommissionen mot Belgien (REG 2001, s. I-4809), där dom i samtliga fall meddelades den 4 juni 2002.

18 — Delta NV har i sitt yttrande hänvisat till den beskrivning av den aktuella bestämmelsens uppkomst som professor Reuter, P., ger i sin bok *La Communauté européenne du charbon et de l'acier*, Paris, 1953.

19 — Enligt generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer rör artikel 345 FEUF inte den civilrättsliga ordningen för ägandeförhållanden (se punkt 54 i förslaget till avgörande i de ovannämnda målen kommissionen mot Portugal (C-367/98), kommissionen mot Frankrike (C-483/99) och kommissionen mot Belgien (C-503/99)).

42. Enligt min uppfattning betyder detta att något som är en nödvändig följd av en vald egendomsordning inte – förutsatt att denna ordning inte är diskriminerande eller oproportionerlig – kan anses utgöra ett hinder som omfattas av förbuden i fördraget. Däremot är de grundläggande friheterna enligt fördraget tillämpliga på restriktiva följder *utöver* vad som *direkt* och *oundvikligen* följer av den offentliga eller privata egendomsordningen. [20]

43. Om järn- och stålindustrin till exempel är nationaliserad i en medlemsstat, följer det av detta att investerare i andra medlemsstater inte kan bedriva verksamhet eller ens göra direktinvesteringar inom järn- och stålsektorn i den medlemsstaten. Som kommissionen har påpekat, bekräftade domstolen redan i domen i målet Costa mot E.N.E.L. [21] att nationalisering är förenlig med unionsrätten.

44. Vidare är det enligt min uppfattning lämpligt att hänvisa till den dom som Europeiska frihandelssammanslutningens domstol (Eftadomstolen) [22] meddelade i ett mål mellan Eftas övervakningsmyndighet och Konungariket Norge rörande tillstånd att förvärva vattenfall. Eftadomstolen tolkade artikel 125 i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) [23], av den 2 maj 1992, som motsvarar artikel 345 FEUF, på så sätt att en EES-stats rätt att besluta huruvida vattenkraftsresurser och därtill knutna anläggningar ska ägas av offentliga myndigheter eller privata aktörer inte i sig påverkas av EES-avtalet. Av detta följde enligt Eftadomstolen att Konungariket Norge hade rätt att eftersträva en egendomsordning med offentligt ägande av sådana tillgångar, förutsatt att detta skedde på ett proportionerligt och icke-diskriminerande sätt.

45. Den omständigheten att ingen privat investerare kan köpa aktier eller andelar i ett bolag som uteslutande får ha offentliga ägare kan mot bakgrund av ovanstående resonemang inte anses utgöra en restriktion som är förbjuden enligt fördraget, eftersom det just rör sig om ett inslag i en sådan egendomsordning som fördraget inte är avsett att ändra.

46. En mer förmånlig behandling av offentliga intressen inom ramen för en i princip privaträttslig egendomsordning, såsom den ordning för ägande av aktiebolag som följer av bolagsrätten, är däremot inte – som framgår av domstolens rättspraxis kring ”gyllene aktier” – undantagen från fördragets bestämmelser om de grundläggande friheterna. [24]

47. Det ifrågavarande nederländska systemet bygger på ett grundläggande val att begränsa ägandet av systemet för distribution av energi till offentliga aktörer, men inte till en enda ägare. I linje med detta syfte innehas äganderättigheter till systemet av olika aktörer som motsvarar definitionen av ”offentlig aktör” i förordningen om andelar i systemansvariga. Av detta följer oundvikligen att indirekt privat ägande måste förbjudas.

48. Det behövs således restriktioner i fråga om överlåtelse av andelar i bolag, så att därtill behöriga aktörer kan köpa och sälja delar i tillgångarna utan att dessa förlorar sin offentliga karaktär. Privatiseringsförbudet är därmed en oundviklig följd av valet av offentligt ägande och avsikten att låta tillgångarna förbli offentligägda. Av detta drar jag slutsatsen att vad som är i fråga i de nationella målen verkligen är en egendomsordning i den mening som avses i artikel 345 FEUF.

20 — Domstolen har nyligen – i sin dom av den 8 november 2012 i mål C-244/11, kommissionen mot Grekland, punkterna 15 och 16 – erinrat om att ”det inte följer av [artikel 295 EG] att medlemsstaternas egendomsordningar undantas från fördragets grundläggande regler … . Närmare bestämt har domstolen funnit att även om artikel 295 EG inte innebär att medlemsstaternas möjlighet att införa ett system för förvärv av fast egendom påverkas, omfattas ett sådant system ändå av de grundläggande unionsbestämmelserna, såsom bestämmelserna om diskrimineringsförbud, etableringsfrihet och fri rörlighet för kapital (dom av den 23 september 2003 i mål C-452/01, Ospelt och Schlössle Weissenberg, REG 2003, s. I-9743, punkt 24 och där angiven rättspraxis).”

21 — Dom av den 15 juli 1964 i mål 6/64 (REG 1964, s. 1141; svensk specialutgåva, volym 1, s. 211).

22 — Eftadomstolens dom av den 26 juni 2007 i mål E-2/06, ESA mot Norge (”vattenfall i Norge”) (*EFTA Court Report*, s. 163), punkt 72.

23 — EGT L 1, 1994, s. 3.

24 — Se, bland annat, domarna i de ovannämnda målen C-367/98, kommissionen mot Portugal, C-483/99, kommissionen mot Frankrike, och C-503/99, kommissionen mot Belgien.

49. Därför föreslår jag att domstolen ska besvara den första tolkningsfrågan så, att en sådan ordning i en medlemsstat som är i fråga i de nationella målen, enligt vilken andelar i en systemansvarig för ett distributionssystem endast kan överlåtas till offentliga organ och vissa bolag som ägs till 100 procent av offentliga aktörer (privatiseringsförbudet), är en egendomsordning i den mening som avses i artikel 345 FEUF och är därmed förenlig med unionsrätten.

B – *Den andra tolkningsfrågan: ”koncernförbudet”och ”förbudet mot sidoverksamheter”i förhållande till den fria rörligheten för kapital*

50. Den andra tolkningsfrågan gäller den fria rörligheten för kapital. Hoge Raad der Nederlanden vill få klarhet i huruvida ett jakande svar på den första frågan skulle innebära att reglerna om den fria rörligheten för kapital inte är tillämpliga på koncernförbudet och förbudet mot sidoverksamheter,[25] eller åtminstone att det inte behöver prövas huruvida dessa förbud är förenliga med dessa regler.

51. Med ledning av den distinktion som jag har föreslagit ovan[26] ska det först avgöras huruvida dessa båda förbud är en nödvändig följd av den nederländska statens principbeslut att låta endast offentliga aktörer äga systemansvariga – ett beslut som jag har diskuterat ovan inom ramen för den första tolkningsfrågan – och därmed inte kan utgöra hinder. Enligt min mening är så inte fallet.

52. Koncernförbudet och förbudet mot sidoverksamheter är nämligen inte direkta och oundvikliga följder av privatiseringsförbudet (som ingår i en egendomsordning i den mening som avses i artikel 345 FEUF) utan är snarare att betrakta som lagstiftningsåtgärder avsedda att förhindra att driften av distributionssystem utnyttjas för att gynna intressen utan samband med dessa system, bland annat intressen som har samband med leverans eller produktion av energi. I praktiken handlar det om att förhindra att aktörer kringgår principen om åtskillnad mellan ägandet av systemen och ägandet av de leverantörer och producenter som utnyttjar systemen för sina tjänster, oavsett om de berörda ägarna är offentliga eller privata. Dessutom är förbudet mot sidoverksamheter ägnat att se till att systemdriften inte exponeras för risker knutna till verksamheter utan samband med denna drift och omvänt att systemdriften inte används som bas för finansiering av verksamheter utan samband med denna drift.

53. Med andra ord rör det sig inte om åtgärder som är avsedda att via kontroll över mellanliggande ägarkedjor se till att ägandet av systemen förbehålls offentliga aktörer, utan snarare om åtgärder avsedda att undvika ”förorening” av det system som ska åstadkomma åtskillnad i fråga om ägandet i syfte att undvika att intressen som rör systemet och intressen som rör energiförsäljning blandas samman. Enligt min uppfattning skulle det ha funnits ett lika stort behov av motsvarande regler om åtskillnaden i fråga om ägandet hade genomförts utan ett privatiseringsförbud. Även om den nationella lagstiftningen hade medgett att en systemansvarig ägdes av privata aktörer, skulle det med andra ord ha funnits ett lika stort behov av att införa motsvarande förbud i syfte att garantera att åtskillnaden i fråga om ägandet iakttogs[27] och att intressekonflikter därmed undveks.

54. Koncernförbudet och förbudet mot sidoverksamheter är således inte oupplösligt förbundna med privatiseringsförbudet, utan det finns anledning att bedöma huruvida de utgör en restriktion av den fria rörligheten för kapital.

25 — Se ovan, punkterna 21–25.

26 — I punkt 42 i detta förslag.

27 — Enligt kommissionen hade den nederländska regeringen vid tidpunkten för beslutet om dessa båda förbud ännu inte uteslutit möjligheten att privatisera systemansvariga. Jag vill också erinra om att ordningar med begränsningar i fråga om koncernbildning och/eller bedrivande av sidoverksamheter i själva verket är tämligen vanligt förekommande i regelverk för sektorer som är föremål för en särskilt omfattande statlig kontroll, exempelvis finanssektorn och vårdsektorn.

55. Eftersom begreppet ”kapitalrörelse” inte definieras i fördraget har domstolen ansett att den nomenklatur för kapitalrörelser som återfinns i bilaga 1 till rådets direktiv 88/361/EEG [28] är vägledande, bland annat i domen i det ovannämnda målet C-171/08, kommissionen mot Portugal. [29] Enligt denna nomenklatur utgörs kapitalrörelser bland annat av ”direkta investeringar”, det vill säga investeringar i form av delägande i företag genom köp av aktier som ger möjlighet att faktiskt medverka i förvaltningen eller kontrollen av företaget, och av ”portföljinvesteringar”, det vill säga investeringar vars enda syfte är att genomföra en penningplacering utan avsikt att inverka på företagets förvaltning och kontrollen av detta. [30] Nämnda nomenklatur innefattar även borgen, andra garantiförbindelser och ställande av pant.

56. Domstolen har slagit fast att nationella åtgärder som kan hindra eller begränsa förvärv av aktier i de berörda företagen eller som kan avskräcka investerare från andra medlemsstater att investera i dessa företags kapital ska anses utgöra restriktioner i den mening som avses i artikel 63.1 FEUF. [31]

57. Enligt min uppfattning står det klart att koncernförbudet och förbudet mot sidoverksamheter berör kapitalrörelser i den mening som avses i artikel 63.1 FEUF och att dessa båda förbud utgör restriktioner av sådana kapitalrörelser. Eftersom det rör sig om absoluta förbud som av allt att döma förhindrar alla transaktioner som faller inom deras tillämpningsområden, är det inte nödvändigt att för vart och ett av förbuden separat slå fast att de utgör hinder för den fria rörligheten för kapital.

58. De aktuella förbuden hindrar de berörda enheterna från att tillämpa några som helst strategier för finansiell eller operativ diversifiering baserade på att de båda sektorerna kompletterar varandra. Därmed förhindrar förbuden både direkta investeringar och portföljinvesteringar. De begränsar också både utländska bolags investeringar i aktörer verksamma inom den nederländska energisektorn och sådana aktörers investeringar i utländska aktörer som äger andelar i andra energikoncerner i Nederländerna. Även förbudet mot sidoverksamheter kan ändra finansieringsförhållandena för de berörda bolagen. Därmed utgör koncernförbudet och förbudet mot sidoverksamheter restriktioner av kapitalrörelser i den mening som avses i artikel 63.1 FEUF, och sådana restriktioner är inte tillåtna såvida de inte är motiverade.

59. Det ska här påpekas att dessa båda förbud även skulle kunna bedömas i förhållande till etableringsfriheten. Koncernförbudet förhindrar nämligen förvärv av både minoritets- och majoritetsposter i systemansvariga, i energibolag och i andra enheter i de koncerner som sådana bolag tillhör. Förbudet mot sidoverksamheter begränsar verksamhetsområdet för systemansvariga och för de koncernmedlemmar som är knutna till dem, något som skulle kunna utgöra en restriktion av etableringsfriheten från det berörda företagets perspektiv. I detta hänseende är det emellertid tillräckligt att hänvisa till fast rättspraxis, av vilken framgår att i den mån som de aktuella nationella åtgärderna leder till restriktioner av etableringsfriheten är dessa restriktioner en direkt följd av – och är oupplösligt förbundna med – hindren för den fria rörligheten för kapital. Det är således inte nödvändigt att pröva de aktuella åtgärderna i förhållande till etableringsfriheten. [32]

60. Därför föreslår jag att domstolen ska besvara den andra tolkningsfrågan så, att ett sådant förbud mot privatisering av systemansvariga för distributionssystem som är i fråga i det nationella målet visserligen utgör en egendomsordning i den mening som avses i artikel 345 FEUF och är förenlig med unionsrätten, men att andra nationella ordningar – exempelvis det koncernförbud som omfattar både systemansvariga för energidistributionssystem och juridiska personer som handlar med, levererar eller

28 — Rådets direktiv av den 24 juni 1998 för genomförandet av artikel [67 EG] (EGT L 178, s. 5; svensk specialutgåva, område 10, volym 1, s. 44).

29 — Dom av den 8 juli 2010 i mål C-171/08 (REU 2010, s. I-6817), punkt 49. Se även dom av den 12 december 2006 i mål C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation (REG 2006, s. I-11753), punkt 179.

30 — Se, bland annat, dom av den 1 oktober 2009 i mål C-567/07, Woningstichting Sint Servatius (REG 2009, s. I-9021), punkt 19, och domen av den 8 juli 2010 i det ovannämnda målet C-171/08, kommissionen mot Portugal, punkterna 49 och 50.

31 — Domen i det ovannämnda målet C-171/08, kommissionen mot Portugal, punkt 50.

32 — Dom av den 28 september 2006 i de förenade målen C-282/04 och C-283/04, kommissionen mot Nederländerna (REG 2006, s. I-9141), punkt 43, och domen av den 8 juli 2010 i det ovannämnda målet C-171/08, kommissionen mot Portugal, punkt 80.

producerar el eller gas i Nederländerna och det förbud mot sidoverksamheter som är tillämpligt på systemansvariga för distributionssystem – faller inom tillämpningsområdet för den fria rörligheten för kapital, och att dessa ordningars förenlighet med unionsrätten ska prövas i förhållande till den fria rörligheten för kapital.

C – *Den tredje tolkningsfrågan: huruvida det föreligger ”tvingande skäl av allmänintresse” som kan motivera en restriktion av den fria rörligheten för kapital*

61. Den hänskjutande domstolen har ställt sin tredje tolkningsfråga för att vinna klarhet i huruvida de mål som eftersträvas genom systemdriftslagen – det vill säga att skapa öppenhet på energimarknaden och förhindra konkurrenssnedvridning genom att motverka korssubventionering i vid mening (inklusive utbyte av strategisk information) – är att betrakta som rent ekonomiska intressen eller även kan betraktas som intressen av icke-ekonomisk art, så att de i egenskap av tvingande skäl av allmänintresse under vissa villkor kan motivera en restriktion av den fria rörligheten för kapital.

1. Kännetecken för systemen för distribution av el och gas

62. Innan jag bedömer huruvida en restriktion eventuellt är motiverad och proportionerlig, anser jag det nödvändigt att erinra om vad som kännetecknar systemen för distribution av el och gas från konkurrens- och strategisynpunkt.

63. Dessa system knyter samman det nationella överföringssystemet med konsumenter på regional eller lokal nivå. De utgör så kallade naturliga monopol eftersom det med tanke på de mycket stora stordriftsfördelarna inte är rimligt att bygga upp parallella system. Från konkurrenssynpunkt innebär detta att ägaren till distributionssystemet kontrollerar en nödvändig infrastruktur mellan leverantör och konsument, något som ger denna ägare inflytande på marknaden i såväl tidigare som senare led i försörjningskedjan.

64. Distributionssystemen för el och gas är viktiga för konsumenterna på två sätt. För det första är det helt nödvändigt att systemägaren inte utnyttjar sin monopolställning till att ta ut överpriser för sin tjänst, det vill säga tillträde till energileveranser via distributionssystemet. Detta är skälet till att avgifterna för överföring av energi i distributionssyfte kan regleras av nationella myndigheter, något som verkar vara fallet i Nederländerna.[33] För det andra måste systemdriften hålla en tillfredsställande kvalitet, bland annat på så sätt att fel som påverkar mottagandet av energi avhjälps och att faktureringen av förbrukningen är tillförlitlig.

65. Dessutom är distributionssystemen ytterst viktiga för energiförsörjningstryggheten. En i sig tillräcklig energiförsörjning är nämligen meningslös om energin inte kan distribueras till konsumenterna. De systemansvariga är således även betydelsefulla för den nationella säkerheten, eftersom den som kontrollerar eldistributionen också kontrollerar det moderna samhällets alla funktioner. Samma resonemang är giltigt för gas i de medlemsstater där detta är en viktig energikälla.

66. Mot bakgrund av de särskilda kännetecknen för sektorer där olika system eller nät som utgör naturliga monopol utnyttjas för leverans av tjänster eller energi står det klart att det är viktigt att se till att det råder lämpliga konkurrensförhållanden. Tredje man måste garanteras tillträde till sådana system eller nät på icke-diskriminerande villkor om det ska vara möjligt att genomföra en liberaliseringsprocess – det vill säga att skapa en konkurrensutsatt marknad där rätten att fritt tillhandahålla tjänster iakttas – avseende utnyttjandet av system eller nät såsom distributionssystemen för el eller gas och järnvägsnäten. Både unionslagstiftaren och den nationella lagstiftaren i flera medlemsstater har för detta ändamål valt en strategi baserad på åtskillnad, det vill säga att en rågång

33 — Enligt de uppgifter som den nederländska regeringen lämnade vid förhandlingen.

dras mellan driften av systemet eller nätet och utnyttjandet av systemet eller nätet för tillhandahållande av tjänster. Den grad av åtskillnad som eftersträvas eller har uppnåtts har varierat mellan sektorer och medlemsstater: från redovisningsmässig eller funktionell åtskillnad till juridisk åtskillnad eller till och med åtskillnad mellan ägarstrukturerna.

2. Inverkan av unionens sekundärrätt på bedömningen av en nationell lagstiftning i förhållande till rättigheterna i fråga om fri rörlighet

67. I målen vid den nationella domstolen aktualiseras problemet med hur åtgärder i unionens sekundärrätt inverkar på bedömningen av det motiverade i en nationell införlivandeåtgärd som innebär en restriktion av en rättighet i fråga om fri rörlighet och som går utöver kraven i det direktiv som den införlivar.

68. Närmare bestämt anser jag det viktigt att utifrån domstolens tidigare rättspraxis avgöra huruvida prövningen av den införlivandeåtgärd som är i fråga i de aktuella målen ska innefatta en bedömning av huruvida det införlivade direktivet är förenligt med unionens primärrätt.

69. I det aktuella målet följer koncernförbudet och förbudet mot sidoverksamheter av systemdriftslagen, som bland annat antogs med syftet att i den nederländska rättsordningen införliva direktiven 2003/54 och 2003/55, vilka ingick i det andra energipaketet. Dessa direktiv innebär inte något krav på att ägandet av andelar i systemansvariga för överförings- eller distributionssystem ska vara skilt från ägandet av övriga aktörer, och detta anges inte heller uttryckligen som ett möjligt sätt att införliva direktiven.[34] Liksom andra nationella lagstiftare som valde att göra åtskillnad mellan ägarstrukturerna för systemansvariga för överföringssystem och ägarstrukturerna för företag som producerar och levererar energi,[35] förefaller mig den nederländska lagstiftaren år 2006, i och med systemdriftslagen, på eget initiativ ha gått längre än de skyldigheter som följde av unionens gällande sekundärrätt genom att välja att göra åtskillnad mellan ägarstrukturerna för systemansvariga för distributionssystem och ägarstrukturerna för företag som producerar och levererar energi. Här vill jag understryka att bestämmelserna i de aktuella direktiven anger minimikrav på harmonisering.

70. Mot bakgrund av de bestämmelser som av tidsmässiga skäl är tillämpliga i de nationella målen, förefaller således systemdriftslagen kunna anses utgöra en nationell åtgärd som är skild från 2003 års direktiv trots att den antogs med syftet att införliva de direktiven i den nationella rättsordningen. Detta betyder att systemdriftslagen kan prövas separat i förhållande till rättigheterna i fråga om fri rörlighet.

71. Jag vill emellertid tillägga att de båda nyare direktiven 2009/72 och 2009/73, som av tidsmässiga skäl inte är tillämpliga i de aktuella målen, enligt min mening trots detta inte är möjliga att helt bortse från. I dessa direktiv anges åtskillnad avseende ägarstrukturer uttryckligen som ett möjligt sätt att införliva direktiven. Jag vill här erinra om att en sådan åtskillnad i skäl 11 i direktiv 2009/72 betecknas som en effektiv och stabil metod för att lösa inbyggda intressekonflikter och att det i skäl 21 slås fast en rätt för medlemsstaterna att välja fullständigt åtskilt ägande.[36]

34 — Se de ovannämnda skäl 8 och artikel 15 i direktiv 2003/54.

35 — Innan det tredje energipaketet antogs hade tretton medlemsstater valt att göra åtskillnad i fråga om ägandet av systemansvariga för system för överföring av el och sex medlemsstater hade valt att göra detta i fråga om ägandet av systemansvariga för system för överföring av gas, enligt Hunt, M., ”Ownership Unbundling: The Main Legal Issues in a Controversial Debate”, i Delvaux, B., m.fl. (red.), *EU Energy Law and Policy Issues*, Rixensart: Euroconfidentiel, 2008.

36 — Det rör sig emellertid inte om någon skyldighet. I artikel 26 i direktiv 2009/72, med rubriken ”Åtskillnad av systemansvariga för distributionssystemet”, anges – liksom i artikel 15 i direktiv 2003/54 – att ”[d]essa regler … inte [ska] ge upphov till någon skyldighet att skilja ägandet av tillgångar i distributionssystemet från det vertikalt integrerade företaget”.

72. En bokstavlig och restriktiv tolkning av dessa skäl skulle förvisso kunna föranleda slutsatsen att de enbart avser systemansvariga för system för överföring av energi. Liksom den nederländska regeringen och kommissionen anser jag emellertid att dessa skäl även är relevanta för distributionssystem, dels med tanke på dessas kännetecken, som jag har beskrivit ovan, dels på grund av behovet av att undvika intressekonflikter mellan systemansvariga och systemanvändare, som enligt min uppfattning är precis lika stort i fråga om distribution som i fråga om överföring, även om det endast är överföringssystemen som har en avgörande betydelse för friheten att tillhandahålla tjänster över nationsgränser.

73. Mot bakgrund av de nu gällande bestämmelserna anser jag därför att det inte längre är möjligt att ifrågasätta koncernförbudet och förbudet mot sidoverksamheter, åtminstone inte principiellt, utan att en direkt följd av detta blir att det måste prövas huruvida 2009 års direktiv är förenliga med den fria rörligheten för kapital. Jag noterar emellertid att den åtskillnad mellan ägarstrukturer som avses i skäl 11 i dessa direktiv inte är lika långtgående som den åtskillnad som följer av koncernförbudet enligt nederländsk rätt, eftersom det i nämnda skäl uttryckligen hänvisas till en möjlighet för systemansvariga att inneha minoritetsandelar i produktions- eller leveransföretag och vice versa.

74. Kommissionen har i sitt yttrande framhållit att frågan huruvida koncernförbudet är förenligt med den fria rörligheten för kapital måste bedömas mot bakgrund av de relevanta reglerna i unionens sekundärrätt. Kommissionen förefaller göra gällande att den omständigheten att koncernförbudet är förenligt med direktivens mål är tillräcklig för att detta förbud ska anses vara motiverat.

75. Enligt min uppfattning är den egentliga frågan emellertid snarare huruvida den åtskillnad beträffande ägarstrukturer som sedermera har ställts i utsikt genom 2009 års direktiv är förenlig med fördraget, särskilt med de rättigheter i fråga om fri rörlighet som denna åtskillnad är ägnad att utgöra hinder för.

76. Enligt fast rättspraxis är unionslagstiftaren, liksom den nationella lagstiftaren, i princip skyldig att iaktta de rättigheter i fråga om fri rörlighet som införs genom fördraget.[37] Det har diskuterats i doktrinen[38] huruvida sekundärrätten ska bli föremål för en likartad och lika ingående prövning som nationella åtgärder med avseende på förenlighet med unionens primärrätt, särskilt rättigheterna i fråga om fri rörlighet,[39] eller huruvida prövningen ska anpassas med hänsyn tagen till unionsrättens särskilda kännetecken och syften.

77. I domen i målet Bauhuis fann domstolen att åtgärder som rådet vidtar i gemenskapens allmänna intresse – till skillnad från åtgärder som medlemsstater ensidigt vidtar för att skydda sina egna intressen – inte kan anses utgöra åtgärder som hindrar handeln.[40] Med andra ord förefaller det för unionens sekundärrätt gälla en presumtion om förenlighet med de rättigheter i fråga om fri rörlighet som garanteras i fördraget. En nyare illustration av de särskilda kännetecknen för prövningen av sekundärrättsliga åtgärder i förhållande till dessa rättigheter kan hämtas från domen i målet Tyskland

37 — Se, såvitt avser den fria rörligheten för varor, dom av den 20 april 1978 i de förenade målen 80/77 och 81/77, Les Commissionnaires Réunis och Les Fils de Henri Ramel (REG 1978, s. 927; svensk specialutgåva, volym 4, s. 95), där domstolen slog fast att förbudet mot kvantitativa restriktioner och åtgärder med motsvarande verkan, som domstolen redan tidigare hade förklarat vid upprepade tillfällen, inte endast gäller nationella åtgärder utan även åtgärder som utgår från gemenskapsinstitutionerna. Se även dom av den 17 maj 1984 i mål 15/83, Denkavit Nederland (REG 1984, s. 2171), punkt 15. Enligt min uppfattning saknas det anledning att resonera annorlunda såvitt avser den fria rörligheten för kapital.

38 — Se, på tal om denna diskussion, 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, s. 1303.

39 — För denna ståndpunkt argumenterar Petersmann, E.-U., *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, Fribourg, 1991.

40 — Dom av den 25 januari 1977 i mål 46/76, Bauhuis (REG 1977, s. 5; svensk specialutgåva, volym 3, s. 267), punkterna 27–30.

mot parlamentet och rådet [41], där domstolen fann att syftet att förhindra varje marknadsstörning kunde motivera ett hinder för etableringsfriheten som följde av direktivet om insättningsgarantier. Ett sådant syfte skulle sannolikt inte ha ansetts kunna motivera en liknande nationell åtgärd, som skulle ha befunnits vara av rent ekonomisk art.

78. Domstolen har således i sin rättspraxis godtagit att fördragets ekonomiska mål kan motivera sådana hinder för de grundläggande friheter som följer av unionslagstiftningen. I de aktuella målen ska det därför undersökas huruvida – och i vilken mån – även syftena med en nationell lagstiftning som eftersträvar samma mål som fördraget kan motivera sådana hinder. Exakt samma problem kan för övrigt aktualiseras även utanför liberaliseringen av sektorerna för distributionssystem för el och gas, exempelvis i bedömningen av en nationell konkurrenslagstiftning som inom sitt tillämpningsområde visar sig vara strängare än unionens konkurrensregler och därigenom skulle kunna utgöra en restriktion av etableringsfriheten.

3. Skäl av ”rent ekonomisk” art

79. Jag har inom ramen för den andra tolkningsfrågan slagit fast att det koncernförbud och det förbud mot sidoverksamheter som är tillämpliga på systemansvariga för distributionssystem båda faller inom tillämpningsområdet för den fria rörligheten för kapital och utgör restriktioner av denna fria rörlighet.

80. Domstolen har vid upprepade tillfällen funnit att den fria rörligheten för kapital inte kan begränsas genom nationell lagstiftning annat än om denna motiveras av något av de skäl som nämns i artikel 58 EG eller av tvingande skäl av allmänintresse i den mening som avses i domstolens rättspraxis. Dessutom måste sådana restriktioner vara ägnade att uppnå det eftersträvade ändamålet, och de får inte gå längre än vad som krävs för att uppnå detta. [42]

81. Den hänskjutande domstolen har påpekat att de syften som den nederländska staten har hänvisat till för att motivera koncernförbudet och förbudet mot sidoverksamheter – öppenhet på energimarknaden och förhindrande av konkurrenssnedvridning i syfte att skapa rättvisa konkurrensvillkor – även har anförts av parlamentet och rådet till stöd för direktiven 2009/72 och 2009/73. Enligt ingresserna syftar nämligen dessa direktiv bland annat till att garantera systemtillträde på rättvisa villkor och öppenhet på marknaden för att säkerställa transparenta och icke-diskriminerande tariffer. [43] Härvid har den hänskjutande domstolen framhållit att det i dessa direktiv visserligen inte ställs något krav på åtskillnad mellan ägarstrukturerna för systemansvariga för distributionssystem och ägarstrukturerna för handelsverksamheter, men att syftena med de föreskrivna åtgärderna, bland annat åtgärderna i fråga om lösgörande och funktionell åtskillnad, trots detta är de ovannämnda.

82. Bolagen anser däremot att det huvudsakliga syftet med öppenhet och förebyggande av korssubventionering är att stärka den nederländska energimarknadens konkurrensstruktur. Med hänvisning till domstolens fasta rättspraxis har de gjort gällande att sådana syften är av rent ekonomisk art och därför inte kan utgöra tvingande skäl av allmänintresse. [44]

83. Kommissionen anser för sin del att koncernförbudet och förbudet mot sidoverksamheter förvisso resulterar i en mer långtgående åtskillnad av systemansvariga för distributionssystem än vad som krävs enligt direktiven 2003/54 och 2003/55 men att denna åtskillnad ligger i linje med de nämnda direktivens systematik och syften.

41 — Dom av den 13 maj 1997 i mål C-233/94, Tyskland mot parlamentet och rådet (REG 1997, s. I-2405), punkt 57.

42 — Se dom av den 21 december 2011 i mål C-271/09, kommissionen mot Polen (REU 2011, s. I-13613), punkterna 55 och 58.

43 — Se, bland annat, skälen 4, 7, 26 och 32 i direktiv 2009/72 och skälen 4, 5, 25 och 31 i direktiv 2009/73.

44 — Dom av den 10 juli 1984 i mål 72/83, Campus Oil m.fl. (REG 1984, s. 2727; svensk specialutgåva, volym 7, s. 633), punkterna 35 och 36, av den 17 mars 2005 i mål C-109/04, Kranemann (REG 2005, s. I-2421), punkt 34, och av den 15 april 2010 i mål C-96/08, CIBA (REU 2010, s. I-2911), punkt 48.

84. Enligt min uppfattning framgår det tydligt både av ingresserna till 2009 års direktiv och av debatterna i det nederländska parlamentet att de huvudsakliga syftena med åtskillnaden i fråga om ägarstruktur och med koncernförbudet är att inom unionen öka investeringarna och konkurrensen på energimarknaden och pressa ned priserna på europeisk nivå [45] respektive att i Nederländerna bekämpa konkurrensbegränsande beteenden genom ökad öppenhet. [46] Det är härvid tillräckligt att notera att dessa syften *prima facie* utgör skäl av ekonomisk art i den mening som avses i domstolens rättspraxis.

85. Konkret förefaller det mig, trots de kritiserade ekonomiska skälen i det aktuella fallet, som om koncernförbudet och förbudet mot sidoverksamheter kan motiveras på tre olika sätt. Det första sättet bygger på en hänvisning till att de ekonomiska skälen inte är ”rena” utan snarare är tänkta att bidra till att icke-ekonomiska mål uppnås. Det andra sättet innebär att begreppet ”ekonomiskt skäl” preciseras genom tillägg av en aspekt som rör förekomsten av ett protektionistiskt eller till och med ”egoistiskt” syfte med den prövade åtgärden. Det tredje sättet innebär att de omtvistade förbuden motiveras med hänvisning till ett av fördragets mål utan att någon hänsyn tas till huruvida det angivna skälet är av ekonomisk art eller inte.

86. Det första resonemanget skulle ligga i linje med de nyanseringar av förbudet mot ekonomiska skäl som domstolen redan har godtagit. [47] I synnerhet har den nederländska regeringen hänvisat till en rättspraxis enligt vilken det är möjligt att godta åtgärder som bygger på ett ekonomiskt skäl men också eftersträvar ett mål som inte är av ekonomisk art. [48]

87. Att tillämpa detta resonemang i de nationella målen skulle emellertid medföra två problem. Det ena har att göra med lydelsen av den tredje tolkningsfrågan från Hoge Raad der Nederlanden. Denna fråga avser uteslutande målen om öppenhet på energimarknaden och förebyggande av konkurrenssnedvridningar, vilket betyder att domstolen inte kan beakta de icke-ekonomiska mål som den nederländska regeringen har framhållit, nämligen bland annat konsumentskydd, försörjningstrygghet och intresset av att de systemansvariga koncentrerar sig på systemdriften.

88. Det andra problemet beror på att koncernförbudet och förbudet mot sidoverksamheter inte förefaller ha något tydligt samband med allmän säkerhet och konsumentskydd – vare sig när det gäller huruvida dessa åtgärder är ägnade att säkerställa att dessa mål uppnås eller huruvida åtgärderna står i rimlig proportion till målen [49] – något som bolagen också på goda grunder har framhållit. Jag anser att privatiseringsförbudet i sig är tillräckligt för att tillgodose kraven i fråga om skydd av allmän säkerhet, eftersom detta förbud bland annat utesluter att bolag kontrollerade av tredjeland ombesörjer driften av distributionssystem för el. När det gäller konsumentskyddskraven hade dessa behövt ägnas särskild uppmärksamhet även om lagstiftaren hade låtit vertikalt integrerade bolag fortsätta att finnas.

89. Det andra resonemanget bygger på ett antagande om anledningen till att åtgärder som härrör från unionsrätten inte blir föremål för en lika strikt prövning i förhållande till rättigheterna i fråga om fri rörlighet som rent nationella åtgärder blir. Vad domstolen enligt detta antagande primärt beaktar när den skiljer mellan skäl som kan motivera en restriktiv åtgärd och andra skäl är inte det eftersträvade

45 — Se härvid motiveringen i förslaget till direktiv (KOM(2007) 528 slutlig), s. 5.

46 — I Essent NV:s och Essent Nederland BV:s yttranden återges de skäl som den nederländska lagstiftaren redovisade i olika skeden av processen.

47 — Ett försök till logisk analys av dessa nyanseringar görs i Snell, J., ”Economic Aims as Justification for Restrictions on Free Movement”, i Schrauwen, A. (red.), *Rule of reason: rethinking another classic of European legal doctrine*, Groningen, Europa Law Publishing, 2005.

48 — Domen i det ovannämnda målet Campus Oil m.fl.

49 — Detta gäller i ännu högre grad då domstolen anser att undantaget avseende allmän säkerhet i vad som nu är artikel 65.1 FEUF ska tolkas restriktivt och endast kan omfatta fall där det föreligger ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot mot allmänintresset; se dom av den 13 maj 2003 i mål C-463/00, kommissionen mot Spanien (REG 2003, s. I-4581), punkt 72, och domen av den 8 juli 2010 i det ovannämnda målet C-171/08, kommissionen mot Portugal, punkt 73.

målets ekonomiska art i sig, utan i stället det underförstådda protektionistiska syfte som kan skönjas bakom den uttryckliga motivering som anförs.[50] Den statiska klassificeringen av det lagstiftningsmässiga uttrycket för en offentlig politik är således mindre viktig än politikens dynamiska syfte i förhållande till fördragets systematik och mål.

90. Denna bedömning får stöd i en granskning av de åtgärder som har varit i fråga i vissa mål där domstolen har underkänt en restriktion av etableringsfriheten eller den fria rörligheten för kapital med hänvisning till att de skäl som hade anförts som motivering till åtgärderna var av rent ekonomisk art.

91. I det ovannämnda målet kommissionen mot Portugal[51] ansåg domstolen exempelvis inte att den nationella ordning som var i fråga – enligt vilken antalet investerare från andra stater begränsades och förhandstillstånd från Republiken Portugal krävdes för förvärv av aktier utöver ett visst tröskelvärde – kunde motiveras med hänvisning till en strävan att stärka konkurrensstrukturen på den aktuella marknaden och att modernisera och effektivisera produktionsmedlen, eftersom dessa skäl var av ekonomisk art. Enligt min uppfattning är den underförstådda grunden för denna dom att domstolen misstänkte att den nationella tillståndsgivande myndigheten i sina bedömningar skulle kunna påverkas av protektionistiska bevekelsegrunder.

92. Hur allvarligt domstolen ser på risken att de anförda skälens art kan förvridas i protektionistisk riktning framgår emellertid som tydligast i den del av dess rättspraxis som inte avser ekonomiska skäl. Ett exempel är att domstolen nyligen i det ovannämnda målet kommissionen mot Grekland[52] inte ansåg att en åtgärd enligt vilken det krävdes förhandstillstånd för förvärv av aktier i strategiskt viktiga bolag var motiverad trots att det förelåg ett skäl avseende allmän säkerhet, närmare bestämt energiförsörjningstryggheten, som kunde ha motiverat en sådan åtgärd. Till stöd för sin bedömning anförde domstolen de nationella tillståndsgivande myndigheternas betydande utrymme för skönsmässiga bedömningar. Med andra ord är det viktigare vad det prövade nationella regelverket har för syfte än huruvida de anförda skälen bedöms vara ekonomiska.

93. Även målet kommissionen mot Italien[53] rörde en privatiseringslag. Enligt den lagen fick aktieägare inom ramen för en övergångsordning inför fullständig liberalisering av energisektorn inte utöva rösträtt för mer än 2 procent av aktiekapitalet i ett bolag. Republiken Italien försökte motivera denna åtgärd med hänvisning till en strävan att garantera sunda och rättvisa konkurrensvillkor på energimarknaderna, men detta syfte underkändes av domstolen. Även i detta fall anser jag att domstolens bedömning att åtgärden inte skulle godkännas berodde mindre på att den var av ekonomisk art än på att den bidrog till att vidmakthålla status quo – det vill säga att den bidrog till att de italienska myndigheterna kunde behålla kontrollen över bolag under privatisering, vilket är ett syfte av protektionistisk art.

94. I den rättspraxis som rör ”gyllene aktier” är det likaså enligt min bedömning inte så mycket de anförda skälens ekonomiska art som det orimliga i de rättigheter som de berörda regeringarna har förbehållit sig – vilket också det leder till offentlig protektionism – som ligger bakom att domstolen genomgående har funnit att sådana bestämmelser är oförenliga med den fria rörligheten för kapital och etableringsfriheten.[54]

50 — Något som kommissionen gjorde gällande vid förhandlingen.

51 — Domen i det ovannämnda målet C-367/98, kommissionen mot Portugal, punkt 52.

52 — Domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Grekland, punkt 79.

53 — Dom av den 2 juni 2005 i mål C-174/04, kommissionen mot Italien (REG 2005, s. I-4933), punkt 37.

54 — Se, bland annat, domen av den 8 juli 2010 i det ovannämnda målet C-171/08, kommissionen mot Portugal. De aktier som var i fråga i det målet var förenade med särskilda rättigheter (vetorätt) och majoriteten av dem skulle obligatoriskt innehas av staten eller andra offentliga aktieägare.

95. Ett syfte som a priori skulle vara att anse som oförenligt med domstolens klassiska rättspraxis, skulle däremot kunna betraktas som förenligt med fördraget efter en bedömning av ändamålet inom ramen för ett nytt sätt att angripa frågan om ekonomiska skäl. Detta nya angreppssätt skulle bland annat medföra att en distinktion måste göras mellan å ena sidan ekonomiska skäl som på det ena eller andra sättet skyddar medlemsstaternas ekonomiska intressen och å andra sidan ekonomiska skäl som resulterar i att en ekonomisk sektor organiseras på ett sätt som stämmer överens med fördragets ekonomiska mål.

96. I det aktuella fallet, där situationen i Nederländerna innebär att såväl systemansvariga som vertikalt integrerade energibolag ägs av offentliga aktörer, förefaller det mig emellertid inte som om koncernförbudet eller förbudet mot sidoverksamheter vare sig direkt eller indirekt skulle gynna nationella aktörer. Essent NV, som behövde delas upp för att kunna privatiseras och som var tvunget att avyttra andelar i det för distributionssystem systemansvariga bolaget Enexis Holding NV, anser sig tvärtom ha missgynnats i konkurrenshänseende jämfört med sina konkurrenter i andra medlemsstater där modellen med vertikal integrering fortfarande godtas. Följaktligen torde koncernförbudet sakna protektionistiskt syfte, till skillnad från de åtgärder som domstolen i de ovannämnda målen har funnit vara oförenliga med rättigheterna i fråga om fri rörlighet.

97. Dessutom har koncernförbudet och förbudet mot sidoverksamheter knappast något protektionistiskt syfte till förmån för offentliga aktörer, som visserligen får ensamrätt att äga systemansvariga men som å andra sidan inte får äga energibolag, om de är systemansvariga.

98. Det tredje resonemanget innebär att det tillkommer en ny grund som kan motivera en restriktion av en rättighet i fråga om fri rörlighet. Denna nya grund bygger på den fördragsbestämmelse enligt vilken den inre marknaden alltid innefattar en ordning som säkerställer att konkurrensen inte snedvrids. Denna bestämmelse, som fanns med redan i artikel 3 f i det ursprungliga EEG-fördraget, återfinns numera i protokoll 27 till EUF-fördraget. [55]

99. Nationella regler med syftet att på regional eller till och med lokal nivå ersätta de vertikalt integrerade energibolagens traditionella monopol med en struktur som i fråga om ägandet skiljer driften av distributionssystemet från utnyttjandet av detta system för tillhandahållande av tjänster, så att det kan skapas en konkurrensutsatt marknad för handel med, leverans av och produktion av energi, måste betraktas just som en åtgärd ägnad att säkerställa att konkurrensen inte snedvrids.

100. Enligt min uppfattning är begränsningarna i handlingsfriheten både för systemansvariga för distributionssystem och för energibolag ägnade att garantera tillträde på icke-diskriminerande villkor till energimarknaden och att säkerställa att konkurrensen inte snedvrids såvitt avser handel med, leverans av och produktion av energi. Detta mål måste enligt min mening anses utgöra ett viktigt skäl av allmänintresse för sådana icke-diskriminerande nationella restriktioner som visar sig krävas för att en marknad kännetecknad av ett naturligt monopol ska kunna liberaliseras. Huruvida detta skäl betecknas som ”icke rent ekonomiskt” eller som ”icke-protektionistiskt” är därvid mindre viktigt.

101. Närmare bestämt förstärker koncernförbudet den åtskillnad mellan å ena sidan leverans och produktion av energi och å andra sidan distribution av energi som enligt skäl 11 i direktiven 2009/72 och 2009/73 är det effektivaste verktyget för att främja investeringar i infrastruktur på ett icke-diskriminerande sätt, trygga ett rättvist systemtillträde för nya aktörer och skapa öppenhet på marknaden.

55 — Se, såvitt avser rättspraxis kring artikel 3 f i EEG-fördraget, dom av den 10 januari 1985 i mål 229/83, Association des Centres distributeurs Leclerc och Thouars Distribution (REG 1985, s. 1; svensk specialutgåva, volym 8, s. 1), punkt 20 och följande punkter.

102. Förbudet mot sidoverksamheter har två relevanta funktioner: dels säkerställer det att övriga sektorer, exempelvis avfallshanteringssektorn, inte påverkas av resurser som har ansamlats i en verksamhet som utgör ett naturligt monopol, dels skyddar det systemdriften från risker som har samband med verksamheter utan anknytning till denna drift. Av detta följer att ett sådant förbud är ägnat att garantera att eventuella vinster från systemdriftsverksamheten investeras i underhåll och förbättring av systemet och inte i externa verksamheter.

103. När det gäller proportionalitetsaspekten går detta förbud – inom ramen för den nationella lagstiftarens principbeslut att såvitt avser el och gas göra strukturell åtskillnad mellan å ena sidan drift av distributionssystem och å andra sidan handel, leverans och produktion – inte längre än vad som är nödvändigt för att uppnå målen om att skapa öppenhet på energimarknaden och att förebygga konkurrenssnedvridningar.

104. Därför föreslår jag att domstolen ska besvara den tredje tolkningsfrågan så, att de aktuella nationella ordningarna – exempelvis det koncernförbud som omfattar både systemansvariga för energidistributionssystem och juridiska personer som handlar med, levererar eller producerar el eller gas i Nederländerna och det förbud mot sidoverksamheter som är tillämpligt på systemansvariga för distributionssystem – kan anses utgöra motiverade restriktioner av den fria rörligheten för kapital eftersom de är ägnade att garantera att konkurrensen inte snedvrids genom att en systemansvarig för distributionssystem utnyttjar sin monopolställning i samband med handel, leverans eller produktion eller i andra sektorer som saknar anknytning till systemdriften.

V – Förslag till avgörande

105. Av ovan anförda skäl föreslår jag att domstolen ska besvara tolkningsfrågorna från Hoge Raad der Nederlanden enligt följande:

1) En sådan ordning i en medlemsstat som är i fråga i de nationella målen, enligt vilken andelar i en systemansvarig för ett distributionssystem endast kan överlåtas till offentliga organ och vissa bolag som ägs till 100 procent av offentliga aktörer (privatiseringsförbudet), är en egendomsordning i den mening som avses i artikel 345 FEUF och är därmed förenlig med unionsrätten.

2) Trots att ett sådant förbud mot privatisering av systemansvariga för distributionssystem som är i fråga i det nationella målet utgör en egendomsordning i den mening som avses i artikel 345 FEUF och är förenlig med unionsrätten, finns det andra nationella ordningar – såsom det koncernförbud som omfattar både systemansvariga för energidistributionssystem och juridiska personer som handlar med, levererar eller producerar el eller gas i Nederländerna och det förbud mot sidoverksamheter som är tillämpligt på systemansvariga för distributionssystem – som faller inom tillämpningsområdet för den fria rörligheten för kapital, och dessa ordningars förenlighet med unionsrätten ska prövas i förhållande till den fria rörligheten för kapital.

3) De aktuella nationella ordningarna – såsom det koncernförbud som omfattar både systemansvariga för energidistributionssystem och juridiska personer som handlar med, levererar eller producerar el eller gas i Nederländerna och det förbud mot sidoverksamheter som är tillämpligt på systemansvariga för distributionssystem – kan anses utgöra motiverade restriktioner av den fria rörligheten för kapital eftersom de är ägnade att garantera att konkurrensen inte snedvrids genom att en systemansvarig för distributionssystem utnyttjar sin monopolställning i samband med handel, leverans eller produktion eller i andra sektorer som saknar anknytning till systemdriften.