



## Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA  
föredraget den 2 april 2020<sup>1</sup>

**Mål C-648/18**

**Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei (ANRE)  
mot  
Societatea de Producere a Energiei Electrice în Hidrocentrale Hidroelectrica SA**

(begäran om förhandsavgörande från Tribunalul București (Distriktsdomstolen i Bukarest, Rumänien))

”Begäran om förhandsavgörande – Den inre marknaden för el – Artikel 35 FEUF – Fri rörlighet för varor – Kvantitativa exportrestriktioner – Åtgärder med motsvarande verkan – Export av el – Nationell bestämmelse om en skyldighet för elproducenterna att uteslutande saluföra den totala mängden producerad el via en nationell konkurrensutsatt och centraliserad marknad”

1. Den rumänska tillsynsmyndigheten bestraffade ett företag för att ha exporterat en del av den el som det producerade till Ungern, utan att först ha erbjudit den på den nationella marknaden genom en centraliserad handelsplattform, vilket – enligt vad myndigheten angav – krävs enligt den nationella lagstiftningen.
2. Tribunalul București (Förstainstansdomstolen i Bukarest, Rumänien) önskar få klarhet i huruvida den tillämpliga nationella lagstiftningen utgör en kvantitativ exportrestriktion eller en åtgärd med motsvarande verkan och om den således är oförenlig med artikel 35 FEUF.

### **I. Tillämpliga bestämmelser**

#### **A. Unionsrätten**

##### **1. Direktiv 2009/72/EG<sup>2</sup>**

3. I direktiv 2009/72 anges följande skäl:

”...

- (3) De friheter som Europeiska unionens medborgare garanteras genom fördraget – bland annat, fri rörlighet för varor, etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster – kan endast uppnås på en fullständig öppnad marknad, där alla konsumenter fritt kan välja handlare och där alla handlare kan leverera fritt till sina kunder.

<sup>1</sup> Originalspråk: spanska.

<sup>2</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/72/EG 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, 2009, s. 55).

...

- (25) En tryggad energiförsörjning är absolut nödvändig för den allmänna säkerheten och är därför till sin natur förknippad med en effektivt fungerande inre marknad för el och med en integration av medlemsstaternas separata elmarknader ... Fungerande elmarknader, och framför allt de nät och andra tillgångar som är förknippade med elförsörjningen, har en avgörande betydelse för den allmänna säkerheten, ekonomins konkurrenskraft och för unionsmedborgarnas välfärd ...

...

- (51) Konsumenternas intresse bör stå i centrum för detta direktiv och tjänsternas kvalitet bör höra till elföretagens centrala ansvarsområden. Befintliga konsumenträttigheter behöver stärkas och tryggas och bör innefatta ökad transparens. Konsumentskyddet bör säkerställa att alla konsumenter inom gemenskapens utökade ansvarsområde kan dra nytta av en konkurrensutsatt marknad. Medlemsstaterna eller, om en medlemsstat föreskrivit detta, tillsynsmyndigheterna, bör se till att konsumenträttigheterna tillgodoses.

...”

4. I artikel 3 ("Skyldighet att tillhandahålla allmännyttiga tjänster och skyddet av kunderna") föreskrivs i punkt 1 följande:

”Medlemsstaterna ska, utan att det påverkar tillämpningen av punkt 2, på grundval av sin institutionella organisation och med vederbörlig hänsyn till subsidiaritetsprincipen, se till att elföretag drivs i enlighet med principerna i detta direktiv för att uppnå en konkurrensutsatt, säker och miljömässigt hållbar elmarknad, och de får inte göra någon diskriminerande åtskillnad mellan dessa företag när det gäller deras rättigheter eller skyldigheter.”

5. Artikel 4 ("Övervakning av försörjningstryggheten") har följande lydelse:

”Medlemsstaterna ska se till att frågor som rör försörjningstrygghet övervakas. Vid behov får medlemsstaterna överlåta denna uppgift till de tillsynsmyndigheter som avses i artikel 35. Denna övervakning ska i synnerhet omfatta balansen mellan tillgång och efterfrågan på den inhemska marknaden, förväntad framtida efterfrågan, ytterligare kapacitet som planeras eller håller på att anläggas, samt nätens kvalitet och underhållsnivå samt åtgärder för att täcka efterfrågetoppar och hantera brister i leverans från en eller flera elhandlares sida ...”

6. Artikel 36 ("Tillsynsmyndighetens allmänna mål") har följande lydelse:

”När tillsynsmyndigheten utför de uppgifter som anges i detta direktiv ska den vidta alla rimliga åtgärder för att bidra till följande mål inom ramen för sina skyldigheter och befogenheter enligt artikel 37, i förekommande fall i samarbete med andra relevanta nationella myndigheter, inklusive konkurrensmyndigheterna, och utan att inkräkta på deras behörighet:

- a) I nära samarbete med [Byrån för samarbete mellan energitillsynsmyndigheter], andra medlemsstaters tillsynsmyndigheter och kommissionen främja en konkurrenskraftig, säker och miljömässigt hållbar inre marknad för el i gemenskapen och ett verkligt öppnande av marknaden för samtliga kunder och elhandlare i gemenskapen, och se till att det råder lämpliga villkor för att elnäten ska kunna fungera effektivt och tillförlitligt med beaktande av de långsiktiga målen.
- b) Utveckla konkurrenskraftiga och väl fungerande regionala marknader inom gemenskapen för att de mål som avses i led a ska kunna uppnås.

- c) Undanröja restriktioner för elhandeln mellan medlemsstater, utveckla den kapacitet för gränsöverskridande överföring som rimligen krävs för att tillgodose efterfrågan och förbättra integreringen av nationella marknader som kan underlätta för elflödet inom hela gemenskapen.

...”

7. I artikel 37 (”Tillsynsmyndighetens skyldigheter och befogenheter”) föreskrivs följande:

”1. Tillsynsmyndigheten ska ha följande skyldigheter:

...

- c) Samarbeta om gränsöverskridande frågor med tillsynsmyndigheten eller tillsynsmyndigheterna i de andra berörda medlemsstaterna och med byrån.

...

- i) Övervaka graden av transparens, också i grossistpriser, och säkerställa att elföretagen fullgör sina skyldigheter vad gäller transparens.

- j) Övervaka graden och effektiviteten av marknadsöppnande och konkurrens ...

...”

8. I artikel 38 (”Regelverk för gränsöverskridande frågor”) anges följande:

”1. Tillsynsmyndigheterna ska nära samråda och samarbeta med varandra, och ska bistå varandra och byrån med sådan information som krävs för att de ska kunna fullgöra sina uppgifter enligt detta direktiv. När det gäller den information som utbyts ska den mottagande myndigheten säkerställa samma grad av konfidentialitet som den som krävs av den myndighet som lämnade informationen.

...

3. De nationella tillsynsmyndigheterna ska ha rätt att ingå samarbetsarrangemang med varandra i syfte att främja tillsynssamarbetet.

...”

## **2. Förordning (EU) nr 1227/2011<sup>3</sup>**

9. I artikel 1 (”Syfte, tillämpningsområde och förhållande till annan unionslagstiftning”) föreskriv i punkt 1 följande:

”I denna förordning fastställs bestämmelser som förbjuder marknadsmissbruk som påverkar grossistmarknaderna för energi, och som är förenliga med bestämmelserna för finansmarknaderna och med att grossistmarknaderna för energi ska fungera väl, samtidigt som hänsyn tas till särdragen hos dessa marknader. I denna förordning fastställs även att grossistmarknaderna för energi ska övervakas av byrån för samarbete mellan energitillsynsmyndigheter ..., i nära samarbete med de nationella tillsynsmyndigheterna och med hänsyn tagen till växelverkan mellan systemet för handel med utsläppsrätter och grossistmarknaderna för energi.”

<sup>3</sup> Europaparlamentets och rådets förordning av 25 oktober 2011 om integritet och öppenhet på grossistmarknaderna för energi (EUT L 326, 2011, s. 1).

### 3. Förordning (EU) 2015/1222<sup>4</sup>

10. I artikel 5 ("Utnämning av nominerade elmarknadsoperatörer när det finns ett lagstadgat monopol för handelstjänster") föreskrivs i punkt 1 första stycket följande:

"Om det i en medlemsstat eller medlemsstats elområde, vid denna förordnings ikraftträdande, redan finns ett nationellt lagstadgat monopol för tjänster inom dagen före- och intradagshandel, vilket utesluter utnämning av mer än en nominerad elmarknadsoperatör, måste den berörda medlemsstaten underrätta kommissionen inom två månader från dagen för denna förordnings ikraftträdande och får den berörda medlemsstaten avvisa utnämningen av mer än en nominerad elmarknadsoperatör per elområde."

### B. Rumänsk rätt. Legea energiei electrice și a gazelor naturale nr. 123/2012<sup>5</sup>

11. I artikel 2 föreskrivs följande:

"Verksamheterna i branschen för el och värme från kraftvärmeproduktion ska bedrivas i följande grundläggande syften:

...

c) upprätta och säkerställa funktionen av de konkurrensutsatta elmarknaderna.

...

h) förbättra konkurrenskraften på den inre elmarknaden och främja dels det aktiva deltagandet i uppbyggandet av både den regionala marknaden och unionens inre marknad för el, dels deltagandet i utvecklingen av den gränsöverskridande handeln.

..."

12. Enligt artikel 3.49 ska med "centraliserad elmarknad" förstås "det organiserade sammanhang där flera ekonomiska aktörer driver handel med el genom förmedling av marknadsoperatören för el eller överföringsystemoperatören på grundval av specifika regler som godkänns av den behöriga myndigheten".

13. I artikel 20.1 föreskrivs följande:

"Elmarknaden består av den reglerade marknaden och den konkurrensutsatta marknaden, och handel med el kan genomföras i grossist- eller detaljled."

14. I artikel 23.1 föreskrivs följande:

"Handel med el sker på den konkurrensutsatta marknaden på ett öppet, offentligt, centraliserat och icke-diskriminerande sätt."

<sup>4</sup> Kommissionens förordning (EU) av den 24 juli 2015 om fastställande av riktlinjer för kapacitetstilldelning och hantering av överbelastning (EUT L 197, 2015, s. 24).

<sup>5</sup> Lag nr 123/2012 om el och naturgas (nedan kallad lag nr 123/2012).

15. I artikel 28 anges följande:

”Producenterna har i huvudsak följande skyldigheter:

...

c) handla med el och tekniska systemtjänster på den reglerade marknaden och den konkurrensutsatta marknaden på ett öppet och icke-diskriminerande sätt.

...”

## II. Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

16. Societatea de Producere a Energiei Electrice în Hidrocentrale Hidroelectrica SA (nedan kallat Hidroelectrica) är ett rumänskt privaträttsligt bolag med staten som majoritetsaktieägare. Bolagets verksamhet omfattar bland annat transport och distribution av el. Bolaget innehar tillstånd för både produktion och leverans av el.

17. Hidroelectrica innehar även ett tillstånd för *handel* meddelat av den ungerska tillsynsmyndigheten för elbranschen.

18. Efter att ha beviljats detta tillstånd har bolaget från och med december 2014 ingått avtal om försäljning av el genom en ungersk centraliserad handelsplattform som räknas bland de marknader som av Byrån för samarbete mellan energitillsynsmyndigheter erkänns för samarbete mellan tillsynsmyndigheterna i elbranschen.

19. Den 11 maj 2019 påförde Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei (den nationella tillsynsmyndigheten för elbranschen) (nedan kallad ANRE) Hidroelectrica böter på 50 000 rumänska lei (RON), eftersom ”bolaget inte saluförde hela den el som bolaget förfogade över på ett öppet sätt på den rumänska konkurrensutsatta elmarknaden, utan exporterade en del av den producerade elen till den ungerska elmarknaden i strid med gällande lagstiftning”.

20. ANRE grundade sin påföljd på artiklarna 23.1 och 28 c i lag nr 123/2012 och tolkade dem så, att de nationella producenternas skyldighet att erbjuda hela den tillgängliga elen på ett offentligt och icke-diskriminerande sätt på den konkurrensutsatta marknaden förutsätter att de måste göra detta via Opcom SA:s plattformar (det vill säga på Rumäniens centraliserade elmarknad).<sup>6</sup>

21. I Rumänien har, enligt ANRE, en producent inte rätt att direkt exportera elenergi till andra länder i Europeiska unionen. Ett sådant agerande utgör en överträdelse av den nationella lagen och, implicit, av de villkor som är förknippade med produktionstillståndet, med den följd att det påförs en administrativ påföljd.

<sup>6</sup> Den 13 februari 2015 hade ANRE på sin webbplats offentliggjort ett meddelande med rubriken ”ANRE:s tolkning av bestämmelserna i lag [nr 123/2012] angående producenternas möjlighet att exportera el”. Genom nämnda meddelande klargjorde ANRE sin ståndpunkt vad gäller myndighetens tolkning av artiklarna 23 och 28 i lag nr 123/2012: ”Enligt ANRE:s tolkning ska hela den tillgängliga elen saluföras på ett öppet, offentligt, icke-diskriminerande och centraliserat sätt på Opcom SA:s plattformar” – det vill säga på den rumänska centraliserade elmarknaden. I enlighet med kommissionens uppfattning, angav ANRE vidare i sitt meddelande att ”en producent får bilda ett handelsföretag i Rumänien eller i ett annat land, men att detta företag endast får förvärva el av elproducenten om avtalet, till följd av dess deltagande i ett av de handelssystem som drevs av Opcom i vilket procenten även deltar, tilldelas dess anbud eller ett liknande anbud” (punkt 20 i kommissionens skriftliga yttrande).

22. Hidroelectrica väckte vid Judecătoria Sectorului 1 Bucureşti (Förstainstansdomstolen för sektor 1 i Bukarest, Rumänien) talan mot beslutet om påföljden och yrkade att den skulle ogiltigförklaras då den stred mot principen om den fria rörligheten för varor. Bolaget gjorde i huvudsak gällande att ANRE hade tolkat artikel 23.1 i lag nr 123/2012 på ett sätt som stod i strid med såväl Consiliul Concurenţei (konkurrensmyndigheten) doktrin som ANRE:s egna tidigare tolkningar.

23. Hidroelectricas talan bifölls i första instans. ANRE överklagade domen till Tribunalul Bucureşti (Distriktsdomstolen i Bukarest), som har ställt följande tolkningsfråga till domstolen:

”Utgör artikel 35 FEUF hinder för en tolkning av artiklarna 23.1 och 28 c i [lag nr 123/2012] som innebär att Rumäniens elproducenter är skyldiga att handla med hela den producerade elmängden enbart på en rumänsk centraliserad konkurrensutsatt marknad, med tanke på att el uteslutande får exporteras genom tradingbolag och inte direkt?”

### III. Förfarandet vid domstolen

24. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolen den 17 oktober 2018. Skriftliga yttranden har inkommit från ANRE, den rumänska regeringen och kommissionen.

25. ANRE, Hidroelectrica, den rumänska regeringen och kommissionen närvarade vid förhandlingen den 23 januari 2020.

### IV. Rättslig bedömning

#### A. Huruvida tolkningsfrågan kan tas upp till prövning

26. ANRE har invänt att tolkningsfrågan inte kan tas upp till prövning, eftersom denna myndighet anser att den hänskjutande domstolen inte hyser några tvivel beträffande tolkningen av unionsrätten, utan har bett EU-domstolen att tolka nationella bestämmelser. ANRE har tillagt att EU-domstolen inte har behörighet att avgöra en fråga som rör tolkningen och tillämpningen av en nationell bestämmelse.<sup>7</sup>

27. Bakgrunden till tvisten utgörs av en kontroversiell tolkning av vissa bestämmelser i lag nr 123/2012. ANRE tolkar artiklarna 23.1 och 28 c) i lag nr 123/2012 så, att transaktioner i grossistledet uteslutande ska genomföras på Opcoms plattformar. Enligt beslutet om hänskjutande har emellertid andra rumänska domstolar kommit fram till andra slutsatser.<sup>8</sup>

28. Förstainstansdomstolen gjorde en tolkning av dessa bestämmelser som ledde till att den biföll Hidroelectricas talan. ANRE gjorde, i motsats till detta, i andra instans gällande att bestämmelserna skulle tolkas strikt, vilket ledde till en dom i vilken fastställdes att den utdömda påföljden var lagenlig.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Punkt 1 sjätte stycket i ANRE:s skriftliga yttrande.

<sup>8</sup> I punkt 6 i beslutet och hänskjutande hänförs till en dom som meddelats av förstainstansdomstolen i Bukarest, i den del den anger att ”genomförande av transaktioner utanför Opcoms centraliserade plattformar inte nödvändigtvis utgör en överträdelse av artikel 23.1 i lag [nr 123/2012]”.

<sup>9</sup> Mot en sådan tolkning, som kommissionen benämner ”restriktiv” (punkt 18 i dess skriftliga yttrande), råder det ingen brist på dem som föredrar en ”bred” tolkning (punkt 21 i nämnda yttrande) av dessa bestämmelser. Även den behöriga rumänska myndigheten angav i en rapport av den 25 februari 2015 att den förespråkade denna sistnämnda tolkning. I beslutet om hänskjutande återges, som Hidroeléctrica har påpekat, en del av denna rapport, enligt vilken ”bestämmelserna i lag nr 123/2012 ..., enligt vilka marknadsaktörerna enbart kan ingå grossisttransaktioner på centraliserade marknader, ska tolkas så, att elproducenter kan genomföra exportförsäljning direkt (eller genom ett koncernbolag)”.

29. Invändningen om rättegångshinder kan inte godtas. Den hänskjutande domstolen har inte bett EU-domstolen att uttala sig om tolkningen av lag nr 123/2012, genom att klargöra vilket av de båda existerande tolkningskriterierna som är det korrekta sett utifrån den nationella lagstiftningen. Tolkningsfrågan har uppkommit då den hänskjutande domstolen, efter att ha antagit en av dessa kontroversiella tolkningar (den ”restriktiva”), hyser tvivel beträffande huruvida dessa inhemska bestämmelser är förenliga med unionsrätten.

30. Tolkningsfrågan är begränsad till ett fastställande av huruvida artikel 35 FEUF utgör hinder för det system för eltransaktioner som följer av en *restriktiv* tolkning av de nationella bestämmelserna. Domstolen ska inte i sitt svar avgöra den inhemska diskussionen om vilken tolkning av den nationella lagstiftningen som är *bäst*. Den ska, med utgångspunkt från de bestämmelser som den hänskjutande domstolen har angett,<sup>10</sup> uttala sig om huruvida de är förenliga med unionsrätten (i förevarande fall artikel 35 FEUF) och därmed säkerställa en enhetlig tolkning av dessa som är bindande för alla myndigheter och domstolar i samtliga medlemsstater.<sup>11</sup>

## B. Huruvida artikel 35 FEUF är tillämplig

31. Den rumänska regeringen och ANRE har gjort gällande att artikel 35 FEUF, mot bakgrund av den harmonisering av lagstiftningen som har gjorts genom förordning 2015/1222, inte är tillämplig.

32. Enligt fast rättspraxis ”ska – på ett område där det har skett en uttömmande harmonisering på unionsnivå – nationella bestämmelser på området bedömas mot bakgrund av bestämmelserna i harmoniseringsåtgärden och inte mot bakgrund av bestämmelserna i primärrätten”.<sup>12</sup>

33. Utan att det behöver fastställas huruvida förordning 2015/1222 harmoniserar området på ett uttömmande sätt, kan det konstateras att den trädde i kraft den 26 juli 2015, medan de händelser som låg till grund för påföljden inträffade mellan december 2014 och februari 2015. Denna förordning är inte tillämplig i tiden (*ratione temporis*) på dessa händelser.

34. Under alla omständigheter är den inte heller materiellt tillämplig (*ratione materiae*), eftersom, liksom Hidroelectrica gjorde gällande vid förhandlingen, det monopol som avses i artikel 5 i förordningen endast avser kortsiktiga marknader (dagen före- och intradagsmarknader) och inte dem som är aktuella i målet (medel- och långsiktiga marknader och bilaterala avtal).

35. Som kommissionen har betonat,<sup>13</sup> innehåller inte direktiv 2009/72, såsom den inre elmarknadens huvudsakliga reglering, någon fullständig harmonisering. I synnerhet innehåller den inga specifika bestämmelser avseende eltransaktioner.

36. I avsaknad av en sådan fullständig harmonisering av villkoren för eltransaktioner på medlemsstaternas marknader, ska de nationella bestämmelserna prövas mot bakgrund av fördragen. Det ska erinras om att el utgör en vara i den mening som avses i artiklarna 34 FEUF och 35 FEUF.<sup>14</sup>

10 Det ankommer uteslutande på den hänskjutande domstolen att klargöra den faktiska och rättsliga bakgrunden till de frågor som ställs. Se dom av den 2 april 2009, Pedro IV Servicios (C-260/07, EU:C:2009:215), punkt 29. Detta gäller oberoende av att den hänskjutande domstolens tolkning slutligen kan motsägas av högre rättsliga instanser, på vilka det ankommer att göra nationell rättspraxis enhetlig. Om detta sker, skulle den tolkning av unionsrätten som domstolen gör i detta förfarande kunna vara otillräcklig för att skingra eventuella tvivel beträffande förenligheten med unionsrätten, som uppkommit till följd av denna *nya* tolkning av den nationella bestämmelsen. Men den kommer att fortsätta vara den tillåtna tolkningen av unionsrätten *mot den faktiska och rättsliga bakgrund* som har gett upphov till denna tolkningsfråga.

11 En tolkning som, dessutom, inte kan uppkomma ur tomma intet, utan alltid i med koppling till en faktiskt föreliggande tvist (dom av den 16 december 1981, Foglia, 244/80, EU:C:1981:302, punkt 18) och, således, i samband med tillämpningen av bestämmelser vars relevans för lösningen av tvisten ska fastställas av den nationella domstolen.

12 Dom av den 1 juli 2014, Ålands Vindkraft (C-573/12, EU:C:2014:2037), punkt 57 och där angiven rättspraxis.

13 Punkterna 25–27 i dess skriftliga yttrande.

14 Se allmänt dom av den 27 april 1994, Almelo (C-393/92, EU:C:1994:171), punkt 28.

### C. Prövning i sak

37. Enligt den tolkning av de nationella bestämmelserna som den hänskjutande domstolen utgår från, ska eltransaktioner i grossistledet genomföras via en centraliserad plattform i Rumänien och producenterna får inte exportera denna el direkt till andra medlemsstaters marknader.

38. Det framgår av beslutet om hänskjutande att lag nr 123/2012 inte helt förbjuder export av el. Detta förbud gäller för anläggningar, som på ett påtvingat sätt måste sälja sin produktion på den centraliserade nationella marknaden. I motsats härtill får, enligt vad som framgick vid förhandlingen, förmedlare (*traders*) som köper denna el på nämnda marknad därefter exportera den till andra medlemsstater.<sup>15</sup>

39. Trots att den rumänska elmarknadens särdrag var föremål för omfattande diskussioner vid förhandlingen, är jag rädd att det har visat sig omöjligt att få en fullständig bild av dessa, vilka måste fastställas av den hänskjutande domstolen. Sammanfattningsvis förefaller det, avseende vad som är relevant i förevarande mål, föreligga en viss enighet på följande punkter:

- Grossistproducenterna har en skyldighet att handla via Opcom, en plattform på vilken de måste sälja all den el de producerar.
- Dessa producenter får vidare inte ingå avtal på medellång eller lång sikt för att exportera den el de producerat till andra medlemsstater. De får inte heller ha tillgång till de centraliserade marknaderna i dessa andra medlemsstater.
- Det är endast möjligt att ingå bilaterala exportavtal via förmedlare (*traders*) som först har förvärvat elen på grossistmarknaden.
- Dessa restriktioner gäller inte på den kortsiktiga marknaden (dagen före- och intradagsmarknaden), vars transaktionsvolym är mindre än volymerna på grossistmarknaden.

40. I detta mål har Hidroelectrica som sagt ålagts en påföljd för att ha exporterat el utanför plattformen Opcom, i enlighet med ANRE:s tolkning av den rumänska lagstiftningen.

#### 1. Huruvida det föreligger en exportrestriktion

41. Det ska inledningsvis klargöras huruvida förbudet mot att en ekonomisk aktör som producerar el i Rumänien exporterar denna till en annan medlemsstat, utan att använda den plattform som inrättats genom den nationella lagstiftningen, utgör en åtgärd med motsvarande verkan som en kvantitativ exportrestriktion, i den mening som avses i artikel 35 FEUF.

42. Domstolen har klassificerat åtgärder med motsvarande verkan som kvantitativa exportrestriktioner som "nationella åtgärder som särskilt har till syfte eller verkan att begränsa exportflödet och därigenom skapa en skillnad mellan en medlemsstats inrikes- respektive utrikeshandel, så att den berörda medlemsstatens inhemska produktion eller inhemska marknad tillförsäkras en särskild fördel till skada för handeln eller produktionen i andra medlemsstater, har ansetts utgöra åtgärder med motsvarande verkan som kvantitativa exportrestriktioner".<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Den rumänska regeringen har angett att nivån för export av el från Rumänien under åren 2014 och 2016 var 8 200 GWh respektive 8 587 GWh (punkt 23 i dess skriftliga yttrande).

<sup>16</sup> Dom av den 16 december 2008, Gysbrechts och Santurel Inter (C-205/07, EU:C:2008:730) (nedan kallad domen Gysbrechts och Santurel Inter), punkt 40. Detta resonemang härrör, liksom den rumänska regeringen har påpekat, från domen av den 8 november 1979, Groenveld (15/79, EU:C:1979:253), punkt 7.



43. Lag nr 123/2012 förbjuder, enligt ANRE:s tolkning, direkta transaktioner (utan förmedling genom Opcoms plattformar) mellan rumänska elproducenter och dess potentiella kunder i andra medlemsstater.

44. Även om detta förbud även gäller producenter av el som är avsedd för inhemsk konsumtion, har domstolen slagit fast att "en nationell åtgärd som är tillämplig på alla näringsidkare som bedriver verksamhet i medlemsstaten och som i själva verket har en större inverkan på exporten av medlemsstatens varor än på försäljningen av varor på medlemsstatens inhemska marknad, omfattas av förbudet i artikel 35 FEUF".<sup>17</sup>

45. Kommissionen har gjort gällande att detta är fallet i förevarande mål, vilket jag instämmer i. De nationella bestämmelserna har en avskräckande verkan på exporterna och behandlar inte den centraliserade nationella marknaden, som drivs av Opcom, och liknande elmarknader i resten av unionen på samma sätt. Vidare anser kommissionen att det rumänska systemet, om det verkligen överensstämmer med den bild som parterna gav vid förhandlingen, medför en direkt diskriminering som inte är förenlig med unionsrätten.<sup>18</sup>

46. Den rumänska regeringen har slutligen erkänt den restriktiva verkan som kommissionen har påtalat. Den har gjort gällande att export av el genom bilaterala avtal och utanför den centraliserade plattformen "medför en reduktion av disponibel el för att täcka den inhemska konsumtionskurvan, vilket underförstått leder till ett behov av att täcka den genom import".<sup>19</sup>

47. Detta argument visar att förslaget till lagstiftningsåtgärd (eller ett av förslagen) är att underställa export av el ett villkor om att den inhemska konsumtionen är säkrad. På detta sätt erkänns restriktionen för de nationella producenterna avseende tillgång till marknaden utanför Rumänien, eftersom direkt export förbjuds för dem på ovan beskrivna sätt.

48. Denna förskrift ingår således bland dem som, enligt domen Gysbrechts och Santurel Inter, "har till ... verkan att begränsa exportflödet".<sup>20</sup> Även om den är tillämplig på samma sätt på alla ekonomiska aktörer som genererar el, tillförsäkras "den berörda medlemsstatens inhemska produktion eller inhemska marknad ... en särskild fördel till skada för handeln eller produktionen i andra medlemsstater", just på grund av att den prioriterar inhemska leveranser och därmed privilegierar dessa till nackdel för utrikeshandeln.

## ***2. Eventuella motiveringar till den konstaterade restriktionen***

49. En restriktiv åtgärd kan motiveras av en av de grunder som anges i artikel 36 FEUF samt av tvingande allmänintressen, under förutsättning att åtgärden står i proportion till det legitima mål som eftersträvas.<sup>21</sup>

### ***a) Huruvida det föreligger ett skäl eller krävs motiveringar***

50. Enligt fast rättspraxis ankommer det på nationella myndigheter att motivera förbud som utgör ett undantag från den fria rörligheten för varor.<sup>22</sup>

17 Dom av den 28 februari 2018, ZPT (C-518/16, EU:C:2018:126) (nedan kallad domen ZTP), punkt 43.

18 De rumänska elproducenterna fräntas tillträdet till marknaderna i de övriga medlemsstaterna, oberoende av om de är centraliserade eller om tillträde sker genom bilaterala avtal, genom att de är tvungna att finna ett större antal potentiella köpare och förhandla fram mer fördelaktiga försäljningsvillkor (exempelvis beträffande priser och leveranstider).

19 Punkt 41 i den rumänska regeringens skriftliga yttrande.

20 Domen Gysbrechts och Santurel Inter, punkt 40.

21 Se, bland annat, dom Gysbrechts y Santurel Inter, punkt 45.

22 Se, bland annat, dom av den 23 december 2015, Scotch Whisky Association m.fl. (C-333/14, EU:C:2015:845) (nedan kallad domen Scotch Whisky Association), punkterna 53 och 54.

51. I beslutet om hänskjutande nämns inte någon eventuell motivering till lag nr 123/2012.

52. Det finns emellertid ingen nackdel med att erkänna att lagstiftarens avsikt, såsom kommissionen har uppfattat den och liksom den rumänska regeringen har gjort gällande,<sup>23</sup> kan ha varit att säkerställa att grossisttransaktionerna av el på den konkurrensutsatta marknaden sker offentligt och på ett centraliserat sätt, i enlighet med principerna om öppenhet och icke-diskriminering, och därmed utesluter ömsesidiga och icke-transparenta förhållanden avseende köp mellan producenter och andra ekonomiska aktörer.<sup>24</sup>

53. Den rumänska regeringen har till denna motivering lagt ytterligare en, avseende energiförsörjningsgarantin, och en tredje, nämligen konsumentskydd.

54. Den har åberopat syftet att, i konsumenternas intresse, säkerställa en tryggad energiförsörjning och hänvisat till skäl 51 i direktiv 2009/72, enligt vilket konsumenternas intresse bör stå i centrum för detta direktiv.<sup>25</sup>

55. I samma anda har den rumänska regeringen understrukit att export av el genom bilaterala avtal medför ”en reduktion av el tillgänglig för att täcka den inhemska konsumtionskurvan” och skulle, i förekommande fall, tvinga den att importera el, vilket skulle medföra en prisökning.<sup>26</sup>

56. Det kan således konstateras att syftena med den omtvistade lagstiftningen är dels insyn i elmarknaden, dels säkerställande av en tillräcklig energiförsörjning för den inhemska konsumtionen.

57. Jag instämmer med kommissionen i det att det första av dessa syften (garantera att eltransaktionerna sker på ett transparent sätt) skulle kunna klassificeras som ”tvingande hänsyn av allmänintresse”, i den mening som avses i domstolens praxis, som kan motivera en eventuell exportrestriktion.

58. Beträffande det andra syftet ingår, enligt rättspraxis, skyddet av energiförsörjningen naturligt bland de motiveringar med hänsyn till allmänintresset som anges i artikel 36 FEUF.<sup>27</sup> Unionens primärlagstiftare har, i artikel 194.1 b) FEUF, som ett av målen med unionens politik på energiområdet angett ”att garantera energiförsörjningen i unionen”.<sup>28</sup>

59. Det ankommer emellertid på myndigheterna att styrka att den åtgärd som motiveras av dessa skäl är nödvändig och lämplig i förhållande till det eftersträfvade målet samt att den överensstämmer med proportionalitetsprincipen och att målet inte skulle kunna uppnås genom förbud eller begränsningar som är mindre omfattande eller som påverkar handeln inom unionen i mindre utsträckning.<sup>29</sup>

23 Punkt 36 i dess skriftliga yttrande.

24 Punkt 42 i kommissionens skriftliga yttrande. Syftet med lag nr 123/2012 skulle således vara att garantera insyn och integritet i marknaden samt undvika direkt handel som skulle kunna medföra misstro i avsaknad av en sådan konkurrensmekanism som präglar en centraliserad och reglerad plattform.

25 Punkt 37 i den rumänska regeringens skriftliga yttrande.

26 Se föregående fotnot, punkt 41.

27 Den rumänska regeringen har hänvisat till domen av den 10 juli 1984, *Campus Oil m.fl.* (72/83, EU:C:1984:256), i vilken det i punkt 34 anges att ”petroleumprodukterna på grund av sin speciella betydelse som energikälla i en modern ekonomi är av vital betydelse för en stat, eftersom inte bara dess ekonomi utan framför allt dess institutioner, dess väsentliga offentliga verksamheter och till och med invånarnas överlevnad beror av dem. Ett avbrott i försörjningen med petroleumprodukter och de risker detta skulle medföra för en stat kan således medföra ett allvarligt hot mot den allmänna säkerhet som medlemstaterna i enlighet med artikel 36 i fördraget har rätt att skydda”.

28 I skäl 5 i direktiv 2009/72 anges att ”[e]n trygg elförsörjning är av avgörande betydelse för samhällsutvecklingen i Europa, för genomförandet av en hållbar klimatförändringspolitik samt för främjandet av konkurrenskraften på den inre marknaden...”.

29 *Dom Scotch Whisky Association*, punkterna 37 och 53 samt där angiven rättspraxis, och dom av den 22 juni 2017, *EON Biofor Sverige* (C-549/15, EU:C:2017:490), punkt 90.

***b) Huruvida den omtvistade åtgärden är nödvändig och lämplig***

60. Centraliseringen av grossisttransaktioner av el till en plattform skulle, rent abstrakt, kunna vara lämplig såväl för att bevara försörjningen för nationell konsumtion som för att garantera insynen i dessa transaktioner.

61. Det ankommer, under alla omständigheter, på den hänskjutande domstolen att fastställa huruvida, när det gäller särdragen för denna plattform (vilken drivs av en aktör som de nationella myndigheterna utser), själva centraliseringen av eltransaktionerna a) utgör en lämplig åtgärd som är relevant och effektiv för att säkerställa den inhemska försörjningen och b) garanterar tillräckliga villkor beträffande insyn och icke-diskriminering.

62. Av domstolens praxis framgår att ”[d]e skäl som en medlemsstat kan åberopa som motivering [ska] åtföljas av lämplig bevisning eller en bedömning av huruvida den begränsande åtgärd som medlemsstaten antagit är lämplig och proportionerlig samt av de precisa omständigheter som stöder dess argumentation”.<sup>30</sup>

***c) Huruvida restriktionen är proportionerlig***

63. Även om det antas att den centralisering av transaktionerna som (enligt ANRE:s tolkning) införts genom lag nr 123/2012 var lämplig för att förverkliga det berättigade målet, skulle denna föreskrift enligt min uppfattning gå mycket längre än vad som är nödvändigt, eftersom det finns andra tänkbara åtgärder som är mindre restriktiva för den frihet som garanteras i artikel 35 FEUF.

***1) Insyn***

64. Vad gäller säkerställandet av insyn delar jag kommissionens ståndpunkt fullt ut. Det är, utan att sträcka sig så långt som att förbjuda direkt export till andra medlemsstater utanför den centraliserade plattformen, möjligt att använda de instrument för samarbete mellan de nationella tillsynsmyndigheterna som erkänns i artiklarna 36–38 i direktiv 2009/72.

65. En av dessa skyldigheter för tillsynsmyndigheter är, i för målet relevanta delar, att ”[ö]vervaka graden av transparens, också i grossistpriser, [liksom att] säkerställa att elföretagen fullgör sina skyldigheter vad gäller transparens”.<sup>31</sup>

66. De skyldigheter som åligger tillsynsmyndigheterna har till syfte att ”främja en konkurrenskraftig, säker och miljömässigt hållbar inre marknad för el ... och ett verkligt öppnande av marknaden för samtliga kunder och elhandlare i gemenskapen, och se till att det råder lämpliga villkor för att elnäten ska kunna fungera effektivt och tillförlitligt med beaktande av de långsiktiga målen” alltid ”[i] nära samarbete med ... andra medlemsstaters tillsynsmyndigheter”.<sup>32</sup>

67. Samarbetskyldigheten beskrivs i artikel 38 i direktiv 2009/72. Tillsynsmyndigheterna ska samarbeta för att ”främja skapandet av operativa arrangemang för att möjliggöra en optimal näthantering, främja gemensamma elbörser och fördela gränsöverskridande kapacitet, liksom för att möjliggöra en adekvat nivå på sammanlänkningskapaciteten, ..., så att en effektiv konkurrens kan utvecklas och leveranssäkerheten kan förbättras, utan diskriminering mellan leveransföretagen i de olika medlemsstaterna”.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> Domen Scotch Whisky Association, punkt 54.

<sup>31</sup> Artikel 37.1 i) i direktiv 2009/72.

<sup>32</sup> Artikel 36 a i direktiv 2009/72.

<sup>33</sup> Artikel 38.2 a i direktiv 2009/72.

68. Det finns i detta sammanhang, liksom kommissionen har påpekat, inget som hindrar att ANRE upprättar en förteckning över *tillförlitliga* handelsplattformar, det vill säga som har förmågan att säkerställa transparenta och icke-diskriminerande transaktioner. I detta syfte kan följande användas:

- artikel 38.1 i direktiv 2009/72 om nämnda myndigheters ömsesidiga samråd och samarbete, i vilken föreskrivs ett ömsesidigt bistående med ”sådan information som krävs för att de ska kunna fullgöra sina uppgifter”, och
- den möjlighet som dessa myndigheter ges i artikel 38.3 att ”ingå samarbetsarrangemang med varandra i syfte att främja tillsynssamarbetet”.

69. Även i förordning nr 1227/2011, vars mål är att säkerställa integritet och öppenhet på grossistmarknaderna för energi, föreskrivs mekanismer för samarbete mellan tillsynsmyndigheter som kan vara till nytta:

- I artikel 7.2 första stycket anges att ”[d]e nationella tillsynsmyndigheterna ska samarbeta på regional nivå och med byrån om att utföra ... övervakning[en] av grossistmarknaderna för energi”. Enligt artikel 7.1 ska de således kunna ”[övervaka] handeln med grossistenergi produkter i syfte att försöka upptäcka och förhindra handel som bedrivs utifrån insiderinformation och otillbörlig marknadspåverkan”.<sup>34</sup>
- I artikel 9 i förordningen föreskrivs inrättandet av ett europeiskt register över marknadsaktörer, i vilket de mest relevanta uppgifterna om transaktioner som sker på grossistmarknaden för el ska tas upp, inbegripet och i enlighet med artikel 8.1 i denna förordning ”en exakt identifiering av köpta och sålda grossistenergi produkter, överenskommet pris och överenskommen kvantitet, datum och tidpunkt för verkställande, transaktionsparterna och transaktionens mottagare samt annan relevant information. Detta register ska, i enlighet med artikel 3, liksom artikel 9, vara tillgängligt för de nationella tillsynsmyndigheterna.

70. Jag anser emellertid att insyn är möjlig utan att en skyldighet föreskrivs om att grossisttransaktioner endast får ske på plattformar som drivs av enda nationell aktör, det vill säga att de övriga medlemsstaternas plattformar som garanterar identiska villkor avseende insyn och icke-diskriminering utesluts.

71. Det finns i slutändan tillräckliga normativa instrument för att garantera insyn i elmarknaden, utan att det som ANRE gjorde gällande vid förhandlingen krävs någon fullständig harmonisering inom sektorn.

## 2) *Beträffande tryggad försörjning*

72. Beträffande tryggad försörjning av den inhemska elkonsumenterna, anser jag även att det inte är outhärligt med ett allmänt förbud mot direkt export av el utanför den plattform som drivs av Opcom, när det finns mindre radikala åtgärder att tillgå.

73. Jag har ovan angett att då el är en grundläggande strategisk produkt för medlemsstaterna, utgör en regelbunden tillgång till den ett primärt mål av allmänintresse.

<sup>34</sup> Denna uppgift underlättas, enligt artikel 7.2, av att ”de nationella tillsynsmyndigheterna [ska] ha tillgång till den relevanta information som byrån innehar”.

74. ”Regelbunden tillgång” motsvarar emellertid inte nödvändigtvis ”tillgång till bästa pris”. Detta förefaller vara det verkliga ändamålet med den omtvistade lagstiftningen som, enligt den rumänska regeringen, har till syfte att undvika den prisökning som behovet av att importera el innebär.<sup>35</sup>

75. Om rent ekonomiska eller kommersiella skäl kunde motivera ett förbud mot direkt export, skulle själva principen om en inre marknad äventyras. Däremot kan medlemsstaterna, i nödsituationer som uppkommit genom exceptionella omständigheter, åberopa skäl som är att hänföra till den allmänna säkerheten och allmänintresset för att förbjuda export av el. Men att göra detta systematiskt, utan något annat syfte än att undvika de fria marknadskrafterna går enligt min uppfattning långt utöver de legitima skäl för restriktion som tillåts i artikel 36 FEUF eller de skäl av allmänintresse som motiverar de kvantitativa restriktionerna av export eller åtgärderna med motsvarande verkan.

76. Som framhölls vid förhandlingen har Hidroelectrica inte bestritt att det ska rätta sig efter de rättsliga bestämmelser som föreskriver att en viss mängd el ska hållas tillgänglig, just för att bibehålla den inhemska försörjningen. Vad bolaget gör anspråk på är tillåtelse att sälja *resterande del* av den el som den producerar, antingen genom bilaterala avtal eller via Opcoms centraliserade plattform.

77. Om detta är fallet följer att det absoluta förbudet att exportera den el som inte är strikt nödvändig för minimigarantin avseende försörjningen är oproportionerligt.

78. Vidare förefaller det inte överensstämma med ovannämnda syfte att förmedlare (*traders*) får köpa el på denna grossistmarknad för att därefter, utan restriktioner analoga med dem som föreskrivs för producenterna, exportera den till andra medlemsstater.

79. Slutligen ska det erinras om att en trygg energiförsörjning, liksom anges i förordning 2015/1222, ”till sin natur [är] förknippad med en effektivt fungerande inre marknad för el och med en integration av medlemsstaternas separata elmarknader”.<sup>36</sup>

80. I samma anda anges i skäl 44 i direktiv 2009/72 att säkerställandet av en trygg elförsörjning kräver att balansen mellan tillgång och efterfrågan på el i varje enskild medlemsstat bevakas, dock utan att produktionen stannar på denna nivå, varefter ”en rapport bör utarbetas om situationen i gemenskapen som helhet med hänsyn till sammanlänkningskapaciteten mellan områden”.

81. Export/import av el mellan medlemsstaterna är således ett grundläggande element för att garantera försörjningen såväl i varje medlemsstat som inom unionen. Det rör sig i slutändan om ett skydd som på samma sätt rör de nationella och de europeiska dimensionerna av elmarknaden, i syfte att säkerställa försörjningen på båda dessa nivåer, vilket gör det möjligt att tillfredsställa den inre marknadens behov genom unionsmarknadens resurser.

## V. Förslag till avgörande

82. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen ska besvara den tolkningsfråga som Tribunalul București (Distriktsdomstolen i Bukarest, Rumänien) har ställt på följande sätt:

”Artikel 35 FEUF utgör hinder för en medlemsstats bestämmelse som förbjuder elproducenter att exportera el direkt till andra medlemsstater, genom att införa en skyldighet att centralisera grossisttransaktioner av el till en enda plattform, vilken drivs av en aktör som utsetts av de nationella myndigheterna.

35 Punkt 41 i den rumänska regeringens skriftliga yttrande.

36 Skäl 2 i förordning 2015/1222.

Denna åtgärd kan inte allmänt motiveras av skäl som är att hänföra till insyn eller försörjningstrygghet när dessa skäl härrör från ekonomiskt betingade skäl avseende prisökning till följd av en eventuell import av el.”