



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
PRIIT PIKAMÄE
föredraget den 9 september 2021¹

Mål C-179/20

Fondul Proprietatea SA
mot
Guvernul României,
SC Complexul Energetic Hunedoara SA, en liquidation,
Compania Națională de Transport al Energiei Electrice "Transelectrica" SA,
SC Complexul Energetic Oltenia SA,
intervenient:
Ministerul Economiei, Energiei și Mediului de Afaceri

(begäran om förhandsavgörande framställd av Curtea de Apel București (Appellationsdomstolen i Bukarest, Rumänien))

”Begäran om förhandsavgörande – Gemensamma regler för den inre marknaden för el – Fritt tillträde för tredje part till systemen – Skyldighet att tillhandahålla allmännyttiga tjänster – Försörjningstrygghet – Direktiv 2009/72/EG – Garanterad åtkomst till elnäten – Direktiv 2009/28/EG”

1. Får en medlemsstat bevilja vissa produktionsanläggningar som använder icke förnybara energikällor garanterad åtkomst till överförings- och distributionssystemen?
2. Bland de tolkningsfrågor som ställts av Curtea de Apel București (Appellationsdomstolen i Bukarest, Rumänien) är det denna fråga som på begäran av domstolen kommer att tas upp i förevarande riktade förslag till avgörande.
3. I det avgörande som domstolen kommer att meddela kommer den bland annat att få tillfälle att uttala sig om räckvidden av medlemsstaternas skyldighet att bevilja produktionsanläggningar som använder förnybara energikällor garanterad åtkomst till näten samt om den inverkan som ett beviljande av garanterad åtkomst för vissa produktionsanläggningar som använder icke förnybara energikällor har för åtkomsten till näten för de produktionsanläggningar som inte omfattas härav.

¹ Originalspråk: franska.

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

1. Direktiv 2009/28

4. I skäl 60 i direktiv 2009/28² anges följande:

”Prioriterad och garanterad tillgång till el från förnybara energikällor är viktigt för integrering av förnybara energikällor i den inre marknaden för el i linje med artikel 11.2 och är en ytterligare utveckling av artikel 11.3 i direktiv 2003/54/EG³. Krav angående upprätthållande av tillförlitlighet och säkerhet när det gäller nät och inmatning kan skilja sig åt beroende på det nationella nätets särdrag och dess säkra drift. Prioriterad tillgång till nätet ger anslutna producenter av el från förnybara energikällor säkerhet om att de vid varje tidpunkt kan sälja och överföra el från förnybara energikällor i enlighet med anslutningsreglerna närhelst källan blir tillgänglig. Om el från förnybara energikällor integreras på spotmarknaden, säkerställer garanterad tillgång att all el som säljs och stöds får tillgång till nätet, vilket möjliggör maximal användning av el från förnybara energikällor från anläggningar som är uppkopplade till nätet. Detta innebär emellertid inte någon skyldighet för medlemsstaterna att stödja eller införa köpskyldighet för energi från förnybara energikällor. I andra system bestäms ett fast pris för el från förnybara energikällor, i allmänhet i kombination med köpskyldighet för systemoperatören. I ett sådant fall har prioriterad tillgång redan givits.”

5. I artikel 16 i samma direktiv, med rubriken ”Åtkomst till och drift av näten”, föreskrivs i punkt 2 följande:

”I enlighet med krav som rör underhållet av nätets tillförlitlighet och säkerhet ska medlemsstaterna, på grundval av transparenta och icke-diskriminerande kriterier som fastställts av de behöriga nationella myndigheterna,

...

- b) sörja för att el från förnybara energikällor får antingen prioriterad åtkomst eller garanterad åtkomst till elnätet,
- c) se till att de systemansvariga för transmissionssystemen då de avgör inmatningsordningen mellan produktionsanläggningarna prioriterar anläggningar som använder förnybara energikällor, i den mån säkerheten för driften av det nationella elsystemet tillåter det och på grundval av transparenta och icke-diskriminerande kriterier. ...”

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/28/EG av den 23 april 2009 om främjande av användningen av energi från förnybara energikällor och om ändring och ett senare upphävande av direktiven 2001/77/EG och 2003/30/EG (EUT L 140, 2009, s. 16).

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, 2003, s. 37).

2. Direktiv 2009/72/EG

6. I artikel 3, med rubriken ”Skyldighet att tillhandahålla allmännyttiga tjänster och skyddet av kunderna”, angavs i punkterna 2 och 14 i direktiv 2009/72/EG⁴ följande:

”2. Medlemsstaterna får med beaktande fullt ut av tillämpliga bestämmelser i fördraget, särskilt artikel 86 i detta, för att tillgodose det allmänna ekonomiska intresset ålägga företag som bedriver verksamhet inom elsektorn att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, vilka kan avse tillförlitlighet, inbegripet försörjningstrygghet, regelbundenhet i leveranserna, kvalitet och pris samt miljöskydd, inbegripet energieffektivitet, energi från förnybara energikällor och klimatskydd. Dessa åligganden ska vara klart definierade, transparenta, icke-diskriminerande och kontrollerbara samt garantera att elföretag i gemenskapen kan nå ut till nationella konsumenter på lika villkor. När det gäller försörjningstrygghet, styrning av energieffektivitet/energiefterfrågan och för att uppfylla de miljömål och mål för energi från förnybara energikällor som avses i denna punkt får medlemsstaterna införa långtidsplanering, varvid hänsyn ska tas till att tredje part kan komma att ansöka om tillträde till systemet.

...

14. Medlemsstaterna får besluta att inte tillämpa bestämmelserna i artiklarna 7, 8, 32 och/eller 34, i den utsträckning som tillämpningen av dessa, rättsligt eller i praktiken, skulle hindra elföretagen från att fullgöra de förpliktelser som ålagts dem i det allmänna ekonomiska intresset och i den mån som handelns utveckling inte påverkas i en sådan utsträckning att det skulle strida mot gemenskapens intressen. Gemenskapens intressen omfattar bland annat konkurrens när det gäller berättigade kunder i enlighet med detta direktiv och artikel 86 i fördraget. ...”

7. I artikel 15, med rubriken ”Inmatningsordning och balans”, i direktiv 2009/72 föreskrevs följande:

”1. Utan att detta inverkar på leveranser av el som grundas på avtalsförpliktelser, inklusive sådana som härrör från anbudsspecifikationerna, ska den systemansvarige för överföringssystemet, när den systemansvarige har denna funktion, ansvara för inmatningsordningen mellan produktionsanläggningarna inom sitt område och bestämma hur sammanlänknings till andra system ska utnyttjas.

2. Inmatningsordningen mellan produktionsanläggningarna och utnyttjandet av sammanlänknings till andra system ska fastställas på grundval av kriterier som ska godkännas av de tillsynsmyndigheterna om de är behöriga och som måste vara objektiva, offentliggjorda och tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt som säkerställer att den inre marknaden för el fungerar väl. I kriterierna ska den ekonomiska rangordning som gäller el från tillgängliga installationer för elproduktion, eller från överföring genom sammanlänknings till andra system, samt de tekniska begränsningarna i systemet beaktas.

3. En medlemsstat ska ålägga de systemansvariga att, då de avgör inmatningsordningen mellan produktionsanläggningar som använder förnybara energikällor, agerar i enlighet med artikel 16 i direktiv 2009/28/EG. De får också ålägga den systemansvarige att, då denne avgör inmatningsordningen mellan produktionsanläggningar, ge kraftvärmeverk företräde.

⁴ 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).

4. En medlemsstat får med hänsyn till försörjningstryggheten bestämma att produktionsanläggningar som använder inhemska källor för primärenergi ska prioriteras i en utsträckning som inte under något kalenderår överstiger 15 procent av den totala mängd primärenergi som behövs för att producera den el som förbrukas i den berörda medlemsstaten. ...”

8. I artikel 32, med rubriken ”Tillträde för tredje part” i direktiv 2009/72 föreskrevs följande:

”1. Medlemsstaterna ska se till att det införs en ordning för tredje parts tillträde till överförings- och distributionssystemen grundad på offentliggjorda tariffer, som ska gälla för alla berättigade kunder samt tillämpas objektivt och utan att någon diskriminerande åtskillnad görs mellan systemanvändarna. Medlemsstaterna ska se till att dessa tariffer, eller de metoder som använts för att beräkna dem, är godkända innan de träder i kraft i enlighet med artikel 37 samt att tarifferna – och metoderna om endast dessa har godkänts – offentliggörs innan de träder i kraft.

2. Den systemansvarige för överförings- eller distributionssystemet får vägra tillträde till systemet om det saknar nödvändig kapacitet. Vederbörligen motiverade skäl, som särskilt tar hänsyn till artikel 3 och som grundas på objektiva och tekniskt och ekonomiskt motiverade kriterier, måste anges för en sådan vägran. ...”

B. Rumänsk rätt

9. Rumänien har, för att införliva direktiv 2009/72, antagit en rad rättsakter, däribland *Legea energiei electrice și a gazelor naturale nr. 123/2012* (lag nr 123/2012 om el och naturgas) av den 10 juli 2012 (*Monitorul Oficial al României*, nr 485, av den 16 juli 2012) (nedan kallad lag nr 123/2012) och, med tillämpning av denna, *Hotărârea Guvernului nr 138/2013 privind adoptarea unor măsuri pentru siguranța alimentării cu energie electrică* (regeringsbeslut nr 138/2013 om vidtagande av åtgärder för att trygga elförsörjningen) av den 3 april 2013 (*Monitorul Oficial al României*, nr 196, av den 8 april 2013) (nedan kallat beslut nr 138/2013).

10. I lag nr 123/2012 föreskrevs följande i artikel 5.3, vilken hade rubriken ”Energiprogram”:

”Med hänsyn till försörjningstryggheten kan regeringen besluta att el som produceras i kraftverk som använder bränslen från inhemsk produktion beviljas garanterad åtkomst till elnäten, i en utsträckning som inte under något år överstiger 15 procent av den totala bränslemängd som behövs för att producera den el som utgör statens slutliga bruttoenergianvändning.”

11. I artikel 1 i beslut nr 138/2013 föreskrevs följande:

”En garanterad åtkomst till näten beviljas för el från värmekraftverket Mintia tillhörande *Societatea Comercială Complexul Energetic Hunedoara SA*, varigenom detta företag garanteras en oavbruten drift med en genomsnittlig energimängd av minst 200 MW.”

12. På samma sätt föreskrevs i artikel 2 i samma beslut följande:

”En garanterad åtkomst till näten beviljas för el från *Societatea Comercială Complexul Energetic Oltenia SA*, varigenom detta företag garanteras en oavbruten drift med en genomsnittlig energimängd av minst 500 MW.”

13. I artikel 3 i beslut nr 138/2013 föreskrevs följande:

”Compania Națională de Transport al Energiei Electrice ”Transelectrica” SA, ska i sin egenskap av systemansvarigt för överföringssystemet säkerställa prioriterad åtkomst i inmatningsordningen för el från de värmekraftverk som anges i artiklarna 1 och 2 på de villkor som anges i de bestämmelser som antagits av Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei [(den nationella tillsynsmyndigheten på energiområdet)].”

14. I artikel 4 i beslut nr 138/2013 föreskrevs följande:

”För att vidmakthålla säkerhetsnivån inom det nationella elnätet ska Societatea Comercială Complexul Energetic Hunedoara SA tillhandahålla det systemansvariga organet för överföringssystemet stödtjänster med en energimängd av minst 400 MW, i enlighet med de bestämmelser som antagits av den nationella tillsynsmyndigheten på energiområdet.”

15. På samma sätt föreskrevs i artikel 5 i beslutet följande:

”För att vidmakthålla säkerhetsnivån inom det nationella elnätet ska Societatea Comercială Complexul Energetic Oltenia SA tillhandahålla det systemansvariga organet för överföringssystemet stödtjänster med en energimängd av minst 600 MW, i enlighet med de bestämmelser som antagits av den nationella tillsynsmyndigheten på energiområdet.”

16. I beslut nr 138/2013 föreskrevs i artikel 6 att de ”åtgärder som föreskrivs i detta beslut ska tillämpas från den 15 april 2013 till den 1 juli 2015”.

17. Genom regeringsbeslut nr 941/2014 förlängdes tillämpningen av de åtgärder som föreskrevs i artiklarna 1, 3 och 4 i regeringsbeslut nr 138/2013 i fråga om bolaget Complexul Energetic Hunedoara SA till den 31 december 2017.

II. Bakgrund, förfarandet och tolkningsfrågan

18. SC Complexul Energetic Hunedoara och SC Complexul Energetic Oltenia är två elproducerande bolag som använder icke förnybara energikällor. I den rumänska lagstiftningen har det, som jag kommer att redovisa, införts tre åtgärder med avseende på dessa, vilka kan sammanfattas enligt följande:

- Prioriterad åtkomst beviljas av Transelectrica⁵ vid inmatningsordningen för el från värmekraftverket Mintia tillhörande SC Complexul Energetic Hunedoara och för el från SC Complexul Energetic Oltenia (artikel 3 i beslut nr 138/2013).⁶
- Garanterad åtkomst till överförings- och distributionssystemen ges för el från ovan angivna värmekraftverk genom att det garanteras en oavbruten drift med en genomsnittlig energimängd av minst 200 MW respektive 500 MW (artikel 5.3 i lag nr 123/2012 och artiklarna 1 och 2 i beslut nr 138/2013) (nedan kallat den berörda åtgärden).

⁵ Transelectrica är systemansvarigt för överföringssystemet för el i Rumänien.

⁶ Det tycks mig som att det i artikel 3 i beslut nr 138/2013 inte fastställs någon mängdgräns för den el som ska prioriteras av Transelectrica, eftersom det gränsvärde på 15 procent som fastställs i artikel 5.3 i lag nr 123/2013 endast avser mekanismen för garanterad tillgång. Det är emellertid möjligt att den mängd el som har producerats av de produktionsanläggningar som avses i artikel 3 i beslut nr 138/2013 och som åtnjutit prioriterad åtkomst vid inmatningsordningen inte har överskridit det gränsvärde på 15 procent som anges i artikel 15.4 i direktiv 2009/72.

– SC Complexul Energetic Hunedoara och SC Complexul Energetic Oltenia åläggs att tillhandahålla Transelectrica stödtjänster med en energimängd av minst 400 MW respektive 600 MW (artiklarna 4 och 5 i beslut nr 138/2013).

19. Fondul Proprietatea SA, som är aktieägare i ett företag som producerar el från förnybara energikällor, Hidroelectrica SA, anser sig vara skadelidande på grund av att Rumänien har antagit nämnda åtgärder, därigenom att dessa, enligt företaget, innebär ett statligt stöd som gagnar SC Complexul Energetic Hunedoara och SC Complexul Energetic Oltenia, vilka det förstnämnda företaget betraktar som sina konkurrenter.

20. I syfte att skydda sina intressen har därför Fondul Proprietatea vid Curtea de Apel București (Appellationsdomstolen i Bukarest) väckt talan om ogiltigförklaring av beslut nr 138/2013. Genom dom av den 10 mars 2015 ogillades denna talan.

21. Käranden överklagade då nämnda dom till Înalta Curte de Casație și Justiție – Secția de Contencios Administrativ și Fiscal (Högsta domstolen – avdelningen för förvaltnings- och skatterättsliga mål, Rumänien). Genom dom av den 22 maj 2018 upphävde denna i vissa delar den överklagade domen med motiveringen att Curtea de Apel București (Appellationsdomstolen i Bukarest) inte hade prövat samtliga rättsstridighetsgrunder som käranden hade åberopat. Înalta Curte de Casație și Justiție (Högsta domstolen) återförvisade därför parterna till Curtea de Apel București (Appellationsdomstolen i Bukarest) för en prövning av samtliga grunder.

22. Prövningen efter det att ogiltighetstalan hade återförvisats föranledde Curtea de Apel București (Appellationsdomstolen i Bukarest) att på kärandens begäran besluta att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till EU-domstolen:

”1) Artiklarna 107 FEUF och 108.3 FEUF: Ska rumänska statens antagande av bestämmelser i vilka det till fördel för två av staten majoritetsägda bolag stadgas att

a) dessa bolag beviljas prioriterad åtkomst vid inmatningsordningen samt att den systemansvarige för överföringssystemet är skyldig att köpa stödtjänster av dessa bolag, och att

b) el som produceras av dessa båda bolag beviljas garanterad åtkomst till elnäten för att säkerställa dessa bolags oavbrutna drift,

anses utgöra statligt stöd i den mening som avses i artikel 107 FEUF, det vill säga en åtgärd som finansieras av staten eller vidtas med hjälp av statliga medel, som har selektiv karaktär och som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna? Om den frågan besvaras jakande, borde då detta statliga stöd ha anmälts enligt artikel 108.3 FEUF?

2) Artikel 15.4 i [direktiv 2009/72]: Är det förenligt med bestämmelserna i artikel 15.4 i [detta] direktiv ... att rumänska staten beviljar en rätt till garanterad åtkomst till elnätet varigenom två av staten majoritetsägda bolag garanteras oavbruten drift?”

III. Förfarandet vid EU-domstolen

23. Nämnda frågor har varit föremål för skriftliga yttranden från Fondul Proprietatea, SC Complexul Energetic Oltenia och Europeiska kommissionen.

24. Fondul Proprietatea och kommissionen utvecklade sin talan respektive ståndpunkt vid förhandlingen den 2 juni 2021.

IV. Bedömning

25. Som jag angett ovan kommer jag i förevarande förslag till avgörande att, i enlighet med domstolens begäran, endast ta upp den andra frågan.

A. Inledande synpunkter på begreppen prioriterad åtkomst vid inmatningsordningen och garanterad åtkomst

26. Eftersom det i direktiven 2009/28 och 2009/72 saknas en definition av begreppen prioriterad åtkomst vid inmatningsordningen och garanterad åtkomst i bestämmelserna tycks det mig nödvändigt att lägga fram sådana.

1. Begreppet prioriterad åtkomst vid inmatningsordningen

27. Som det anges i artikel 15.1 i direktiv 2009/72 tillkommer det den systemansvarige för överföringssystemet att avgöra inmatningsordningen mellan produktionsanläggningarna. I enlighet med vad domstolen gjorde i domen i målet Enel kan inmatningsordningen definieras som ”den systemansvariges ’anrop’ av de produktionsanläggningar inom dennes område som förfogar över tillräckliga kapacitetsreserver i syfte att – beroende på efterfrågan – se till att det i varje stund råder en balans mellan utbud och efterfrågan på el i elnätet, och således garantera kontinuitet i elförsörjningen”.⁷

28. Enligt artikel 15.2 i direktiv 2009/72 ska avgörandet av i vilken ordning som el från olika produktionsanläggningar ska inmatas ske utifrån kriterier som måste vara objektiva, offentliggjorda och tillämpliga på ett icke-diskriminerande sätt och som särskilt beaktar den ekonomiska rangordningen. Den ekonomiska rangordningen definieras som ”rangordning av källor som tillhandahåller elleveranser enligt ekonomiska kriterier”.⁸ Konkret ska inmatningen från produktionsanläggningar i princip ske genom att man börjar med det lägsta anbudet och fortsätter i stigande ordning till dess att hela efterfrågan har mättats.⁹

29. Lagstiftaren har emellertid, som jag kommer att redovisa, modererat inmatningen genom att införa begreppet prioriterad åtkomst vid inmatningsordningen. Den prioriterade åtkomsten vid inmatningsordningen innebär att den systemansvarige för överföringssystemet ska avgöra inmatningsordningen mellan produktionsanläggningarna på grundval av andra kriterier än den ekonomiska rangordningen. Efter antagandet av direktiv 2009/72, definierade lagstiftaren prioriterad åtkomst vid inmatningsordningen som, ”avseende modellen för självdirigering, inmatning från kraftverk på grundval av andra kriterier än den ekonomiska rangordningen av bud, och, avseende modellen för central dirigerad inmatning från kraftverk på grundval av andra kriterier än den ekonomiska rangordningen av bud eller nätbegränsningar, som ger

⁷ Dom av den 21 december 2011, Enel (C-242/10, EU:C:2011:861, punkt 11).

⁸ Artikel 2 i direktiv 2009/72.

⁹ Se dom av den 21 december 2011, Enel (C-242/10, EU:C:2011:861, punkt 87).

prioritet till inmatning från särskilda teknikformer för elproduktion”.¹⁰ I det aktuella fallet framgår av direktiv 2009/72 en prioriterad åtkomst vid inmatningsordningen för två kategorier av produktionsanläggningar.

30. För det första ska medlemsstaterna prioritera de produktionsanläggningar som använder förnybara energikällor i enlighet med artikel 16.2 c i direktiv 2009/28, till vilken det hänvisas i artikel 15.3 i direktiv 2009/72.¹¹ Denna prioriterade åtkomst vid inmatningsordningen, som har sin grund i hänsyn till miljöskyddet,¹² är avsedd att fungera som stöd för dessa anläggningar.¹³

31. För det andra får medlemsstaterna i enlighet med artikel 15.4 i direktiv 2009/72 prioritera de produktionsanläggningar som använder inhemska källor för primärenergi.¹⁴ Denna prioriterade åtkomst vid inmatningsordningen, som grundar sig på hänsyn till försörjningstrygghet, är dock begränsad till ”15 procent av den totala mängd primärenergi som behövs för att producera den el som under ett kalenderår konsumeras i den berörda medlemsstaten”.

2. Begreppet garanterad åtkomst

32. Genom artikel 16.2 b i direktiv 2009/28, med rubriken ”Åtkomst till och drift av näten” åläggs medlemsstaterna att bevilja ”el från förnybara energikällor ... antingen prioriterad åtkomst eller garanterad åtkomst till elnätet”¹⁵.

33. I denna bestämmelse definieras dock inte begreppet garanterad åtkomst och det förekommer ingen uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas lagstiftning för fastställande av bestämmelsens innebörd och räckvidd. Följaktligen bör detta begrepp enligt domstolens fasta praxis tolkas självständigt och enhetligt med beaktande av inte enbart dess lydelse utan även det sammanhang i vilket bestämmelsen förekommer och det mål som eftersträvas med den lagstiftning i vilken den ingår.¹⁶

34. I skäl 60 i direktiv 2009/28 redovisas vilken funktion som en garanterad tillgång har, vad dess tillämpning leder till samt vilket syfte som eftersträvas. Enligt detta skäl innebär garanterad tillgång ”att all el som säljs och stöds får tillgång till nätet”. Med hänsyn till denna funktion medför tillämpning av garanterad tillgång med nödvändighet en ”maximal användning av el från förnybara energikällor från anläggningar som är uppkopplade till nätet”. Slutligen består det av unionslagstiftaren eftersträvarade syftet i ”integrering av förnybara energikällor i den inre marknaden för el” och en ytterligare utveckling av den prioriterade åtkomst vid inmatningsordningen som beviljas produktionsanläggningar som använder förnybara energikällor.

¹⁰ Artikel 2.20 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2019/943 av den 5 juni 2019 om den inre marknaden för el (EUT L 158, 2019, s. 54).

¹¹ En prioriterad åtkomst vid inmatningsordningen för produktionsanläggningar som använder förnybara energikällor föreskrevs redan i de direktiv som föregick direktiv 2009/72 (artikel 8.3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 96/92/EG av den 19 december 1996 om gemensamma regler för den inre marknaden för el (EGT L 27, 1997, s. 20), numera artikel 11.3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/54). Denna inmatningsordning är dessutom till fördel även för kraftvärmeanläggningar (artikel 15.3 i direktiv 2009/72).

¹² Se skäl 28 i direktiv 96/92.

¹³ Meddelande från kommissionen till rådet och Europaparlamentet, Fullbordande av den inre marknaden för energi (KOM(2001) 125 slutlig, s. 25).

¹⁴ En prioriterad åtkomst vid inmatningsordningen för produktionsanläggningar som använder inhemska källor för primärenergi föreskrevs redan i de direktiv som föregick direktiv 2009/72 (artikel 8.4 i direktiv 96/92, numera artikel 11.4 i 2003/54).

¹⁵ Direktiv 2009/28 har ersatt Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/77/EG av den 27 september 2001 om främjande av el producerad från förnybara energikällor på den inre marknaden för el (EGT L 283, 2001, s. 33). Genom artikel 7.1 i direktiv 2001/77, med rubriken ”Nätfrågor”, ges medlemsstaterna möjlighet att stadga om prioriterad åtkomst till näten för el från förnybara källor.

¹⁶ Dom av den 16 juli 2015, Abcur (de förenade målen C-544/13 och C-545/13, EU:C:2015:481, punkt 45 och där angiven rättspraxis).

35. I alla händelser kan man från det knapphändiga materialet kring begreppet garanterad åtkomst inte dra några säkra slutsatser. Utan att det för prövningen av tolkningsfrågan krävs någon ytterligare definition av detta begrepp anser jag dock att garanterad tillgång, så som det anges i skäl 60 i direktiv 2009/28, är en mekanism som ska tillförsäkra produktionsanläggningar som använder förnybara energikällor åtkomst till näten i syfte att transportera den el som säljs.

B. Omformulering av tolkningsfrågan

36. Det råder ingen tvekan om att Rumänien, genom att anta artikel 5.3 i lag nr 123/2012 och artiklarna 1 och 2 i beslut nr 138/2013, har beviljat produktionsanläggningar som använder icke förnybara energikällor en garanterad åtkomst till näten.

37. Lydelsen av artikel 5.3 i lag nr 123/2012 kan emellertid leda till förväxling mellan begreppen garanterad åtkomst och prioriterad åtkomst, eftersom garanterad åtkomst i denna bestämmelse förutsätter iakttagande av de villkor i fråga om prioriterad åtkomst vid inmatningsordningen som avses i artikel 15.4 i direktiv 2009/72. Enligt artikel 5.3 i lag nr 123/2012 kunde nämligen garanterad åtkomst till näten endast beviljas för ”kraftverk som använder bränslen från inhemsk produktion ... i en utsträckning som inte under något år överstiger 15 procent av den totala mängd primärenergi som behövs för att producera den el som utgör landets slutliga energianvändning (brutto)”.¹⁷

38. Den rumänska regeringen har dessutom vid Curtea de Apel București (Appellationsdomstolen i Bukarest) hävdad att syftet med artikel 5.3 i lag nr 123/2012 var att införliva den prioriterade åtkomst vid inmatningsordningen som avses i artikel 15.4 i direktiv 2009/72. Det förefaller mig som att detta förhållande utgjorde orsaken till att den hänskjutande domstolen hänvisade till artikel 15.4 i direktiv 2009/72 när den formulerade sin andra fråga, vilken rör den i artikel 5.3 i lag nr 123/2012 garanterade åtkomstens förenlighet med unionsrätten.

39. Artikel 15.4 i direktiv 2009/72 verkar emellertid inte vara av central betydelse för svaret på frågan om huruvida en medlemsstat får bevilja garanterad åtkomst till näten för vissa produktionsanläggningar som använder icke förnybara energikällor. Denna bestämmelse i direktivet gäller nämligen bara prioriterad åtkomst vid inmatningsordningen, under bestämda förhållanden, för vissa produktionsanläggningar som använder inhemska källor för primärenergi.

40. Tvärtom kan jag konstatera att artikel 16.2 b i direktiv 2009/28 är den enda bestämmelse som behandlar garanterad åtkomst. Som den hänskjutande domstolen har påpekat avser dock skyldigheten för medlemsstaterna att bevilja garanterad åtkomst till näten endast el från förnybara energikällor (nedan kallad grön el). Det tycks mig därför vara nödvändigt att fastställa om denna artikel förbehåller sådan åtkomst endast för grön el.

41. Det förefaller mig dessutom som att bestämmelserna om tillträde till näten för tredje part i artikel 32 i direktiv 2009/72 modifieras, delvis och endast för grön el, genom den garanterade åtkomsten till näten enligt artikel 16.2 b i direktiv 2009/28.

¹⁷ I beslut nr 138/2013 görs dock en tydlig åtskillnad mellan garanterad åtkomst (artiklarna 1 och 2) och prioriterad åtkomst vid inmatningsordningen (artikel 3).

42. Genom artikel 32 i direktiv 2009/72, och särskilt genom punkt 1 i denna, införs nämligen principen om fritt tillträde för tredje part till systemen, en princip som innebär förbud för medlemsstaterna att föreskriva bestämmelser för åtkomst till näten som gör åtskillnad mellan användarna. Garanterad tillgång, som är en mekanism som säkerställer att de produktionsanläggningar som omfattas härav får åtkomst till näten i syfte att transportera den el som säljs, har en klar inverkan på åtkomsten av dessa nät för produktionsanläggningar som inte omfattas av mekanismen. På grund av denna inverkan tycks det mig nödvändigt att med ledning av artikel 32.1 i direktiv 2009/72 pröva den garanterade åtkomst som föreskrivs i rumänsk lag.

43. I förlängningen av denna prövning förefaller det mig också bli nödvändigt att undersöka om artikel 3.2 och 3.14 i direktiv 2009/72 utgör hinder för den garanterade åtkomst som föreskrivs i den rumänska lagstiftningen. Det framgår nämligen av beslutet om hänskjutande att beviljandet av garanterad åtkomst vid den hänskjutande domstolen har motiverats som nödvändigt för att trygga elförsörjningen. När en sådan motivering har anförts vid EU-domstolen har den alltid prövats av denna med avseende på artikel 3.2 och 3.14 i direktiv 2009/72, genom vilken medlemsstaterna tillåts att under vissa förhållanden inskränka det fria tillträde för tredje part till de system som anges i artikel 32.1 i samma direktiv, om tillämpningen av denna bestämmelse riskerar att hindra företag som bedriver verksamhet inom elsektorn från att fullgöra sin skyldighet att tillhandahålla allmännyttiga tjänster.

44. För att kunna ge den hänskjutande domstolen ett ändamålsenligt svar i fråga om hur tvisten ska lösas förefaller det mig därmed nödvändigt att ändra den formulering av fråga 2 som lagts fram för EU-domstolen.¹⁸

45. Jag föreslår därför att fråga 2 ska omformuleras enligt följande:

”Ska bestämmelserna i artikel 16.2 b i direktiv 2009/28 och artiklarna 3.2, 3.14 och 32.1 i direktiv 2009/72 tolkas så, att de utgör hinder för en nationell lagstiftning som den som berörs i förevarande mål genom vilken en garanterad åtkomst till överförings- och distributionssystemen beviljas vissa produktionsanläggningar som använder icke förnybara energikällor i syfte att trygga elförsörjningen?”

C. Prövning av den omformulerade tolkningsfrågan

46. Som ovan angetts vill jag i ett första steg försöka avgöra om en garanterad åtkomst till näten genom artikel 16.2 b i direktiv 2009/28 är förbehållen endast grön el. I ett andra steg kommer jag att pröva den begränsning som den i rumänsk rätt garanterade åtkomsten innebär för principen om fritt tillträde för tredje part till systemen enligt artikel 32.1 i direktiv 2009/72, samt om denna kan vara berättigad med avseende på artikel 3.2 och 3.14 i samma direktiv.

1. Är en garanterad åtkomst till näten för el från icke förnybara energikällor förenlig med den garanterade åtkomst som införs genom direktiv 2009/28?

47. Enligt artikel 16.2 b i direktiv 2009/28 ska medlemsstaterna ”sörja för att el från förnybara energikällor får antingen prioriterad åtkomst eller garanterad åtkomst till elnätet”. För att avgöra huruvida unionslagstiftaren, genom denna lydelse, avsåg att förbehålla endast grön el den

¹⁸ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 maj 2020, T-Systems Magyarorszá (C-263/19, EU:C:2020:373, punkt 45 och där angiven rättspraxis).

garanterade åtkomsten till näten kommer jag att tolka lydelsen bokstavligt och teleologiskt.¹⁹ Denna bedömning tycks mig resultera i att beviljandet av garanterad åtkomst för vissa produktionsanläggningar som använder icke förnybara energikällor under vissa förhållanden är förenligt med direktiv 2009/28.

a) Ordagrann tolkning

48. Utifrån en bokstavstolkning av artikel 16.2 b i direktiv 2009/28 kan jag inte sluta mig till att det skulle vara förbjudet för medlemsstaterna att bevilja garanterad åtkomst till näten för vissa produktionsanläggningar som använder icke förnybara energikällor.

49. I den franska språkversionen av artikel 16.2 b i direktiv 2009/28 anges nämligen att "les États membres prévoient, en outre, soit un accès prioritaire, soit un accès garanti au réseau pour l'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables". I den engelska språkversionen av samma bestämmelse föreskrivs att "[m]ember States shall also provide for either priority access or guaranteed access to the grid-system of electricity produced from renewable energy sources". I den estniska språkversionen av bestämmelsen anges slutligen att medlemsstaterna "sätestavad ka taastuvatest energiaallikatest toodetud elektrienergia kas eelistatud või tagatud juurdepääsu võrgusüsteemile".

50. Trots att det i alla dessa språkversioner anges en skyldighet, innebär denna sålunda för medlemsstaterna att grön el ska ges antingen prioriterad eller garanterad åtkomst till systemen utan att åtkomsten är förbehållen endast detta slag av el. Med andra ord leder mig ingen av de språkversioner som prövats i fråga om artikel 16.2 b i direktiv 2009/28 till slutsatsen att unionslagstiftaren har förbjudit medlemsstaterna att bevilja garanterad åtkomst till näten för andra produktionsanläggningar än de som använder förnybara energikällor.

b) Teleologisk tolkning

51. För en teleologisk tolkning av den berörda bestämmelsen måste jag påpeka att överförings- och distributionssystemen till sin art har begränsad transportkapacitet. Dessa system kan således inte nödvändigtvis transportera all el som produceras eller kan produceras i anslutna anläggningar.²⁰

52. I fråga om artikel 16.2 b i direktiv 2009/28 framgår det av skäl 60 i detta att den garanterade åtkomsten till näten särskilt avser integrering av förnybara energikällor i den inre marknaden för el genom maximal användning av grön el. Jag sluter mig härav till att de systemansvariga för systemen ska ge de produktionsanläggningar som omfattas av garanterad åtkomst en transportkapacitet som motsvarar den mängd grön el som kan användas.

¹⁹ Dom av den 10 september 2014, Ben Alaya (C-491/13, EU:C:2014:2187, punkt 22 och där angiven rättspraxis).

²⁰ Denna situation är för övrigt beaktad i artikel 32.2 i direktiv 2009/72 där det stadgas att "[d]en systemansvarige för överförings- eller distributionssystemet får vägra tillträde till systemet om det saknar nödvändig kapacitet".

53. Jag anser dels på grund av överförings- och distributionssystemens naturligt begränsade kapacitet, dels på grund av den kapacitetstilldelning som följer av den garanterade åtkomsten, att garanterad åtkomst till systemen för el från icke förnybara energikällor endast under vissa förhållanden kan innebära att beviljad åtkomst för grön el inte kan säkerställas.²¹

54. Dessa förhållanden ska dock inte, enligt mig, leda till tolkningen att artikel 16.2 b i direktiv 2009/28 i samtliga fall innebär förbud mot att bevilja vissa produktionsanläggningar som inte använder förnybara energikällor garanterad åtkomst till näten.

55. Slutsatsen att denna bestämmelse innebär förbud mot att bevilja garanterad åtkomst till näten för de produktionsanläggningar som inte använder förnybara energikällor, är dock inte en förutsättning för att uppnå det syfte som eftersträvas med artikel 16.2 b i direktiv 2009/28, nämligen att integrera de förnybara energikällorna i den inre marknaden för el genom maximal användning av grön el.

56. En sådan tolkning är dessutom så långtgående att den förefaller mig oförenlig med medlemsstaternas stora utrymme för skönmässig bedömning på detta område. Domstolen anser nämligen att unionslagstiftaren vid antagandet av direktiv 2009/28 inte har avsett att företa en uttömmande harmonisering av de nationella systemen för stöd till produktionen av grön el.²² Denna tolkning stämmer dessutom överens med domstolens mer allmänna konstaterande att det ”med unionens miljölagstiftning inte eftersträvas en fullständig harmonisering”.²³ Jag finner därmed att medlemsstaterna behåller ett stort manöverutrymme när de genomför det berörda instrumentet.²⁴

57. Mot bakgrund av det ovan anförda finner jag, i likhet med kommissionen, att en medlemsstats beviljande av garanterad åtkomst till näten för produktionsanläggningar som använder icke förnybara energikällor tycks vara förenlig med skyldigheten i artikel 16.2 b i direktiv 2009/28 så länge som den garanterade åtkomst som beviljas grön el säkerställs. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera att grön el faktiskt har haft en garanterad åtkomst till näten så som föreskrivs i artikel 16.2 b i direktiv 2009/28.²⁵

2. Är den garanterade åtkomst till näten som beviljas vissa produktionsanläggningar förenlig med de regler för tillträde som infördes genom direktiv 2009/72?

58. Vid prövningen av nationella åtgärders förenlighet med de bestämmelser för tredje parts tillträde till de nationella näten som föreskrivs i direktiven om gemensamma regler för den inre marknaden för el²⁶ har domstolen tagit fram en särskild bedömningsmall som utgår från kopplingen mellan de bestämmelser som reglerar nämnda åtkomst, en mall som jag kommer att redovisa och därpå rekommendera att den följs.

²¹ Om t.ex. en medlemsstat beviljar alla produktionsanläggningar som är anslutna garanterad åtkomst till sina nät kan i praktiken ingen av dessa anläggningar göra anspråk på en sådan åtkomst. I sådant fall har således den medlemsstat som beviljat sådan åtkomst missbedömt sin skyldighet enligt artikel 16.2 b i direktiv 2009/28.

²² Dom av den 1 juli 2014, Ålands Vindkraft (C-573/12, EU:C:2014:2037, punkt 59), och dom av den 4 oktober 2018, L.E.G.O. (C-242/17, EU:C:2018:804, punkt 53 och följande punkter).

²³ Dom av den 21 juli 2011, Azienda Agro-Zootecnica Franchini och Eolica di Altamura (C-2/10, EU:C:2011:502, punkt 48 och där angiven rättspraxis).

²⁴ Dom av den 4 oktober 2018, L.E.G.O. (C-242/17, EU:C:2018:804, punkt 54).

²⁵ Det förefaller mig som att artikel 16.2 b i direktiv 2009/28 har införlivats i artikel 70 a i lag nr 123/2012.

²⁶ Direktiv 2009/72 ersatte direktiv 2003/54 som i sin tur ersatte direktiv 96/92.

59. Den princip om fritt tillträde för tredje part till systemen som anges i artikel 32.1 i direktiv 2009/72 har av domstolen betecknats som en ”grundläggande åtgärd” för att fullborda den inre marknaden för el.²⁷ Domstolen har på grundval av denna principens betydelse förklarat att inga begränsningar är tillåtna från en medlemsstats sida utom i de fall där det i direktiv 2009/72 särskilt föreskrivs undantag eller avvikelser.²⁸

60. I fråga om sådana undantag eller avvikelser prövar domstolen om artikel 3.2 och 3.14 i direktiv 2009/72 tillåter medlemsstaterna att under vissa förhållanden begränsa det fria tillträde för tredje part till system som anges i artikel 32.1 i direktivet, om tillämpningen av nämnda bestämmelse riskerar att hindra elföretagen från att fullgöra sina förpliktelser att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, vilket kan avse försörjningstrygghet, och vari produktionsanläggningarna ingår.²⁹

61. Eftersom det vid prövningen av om de nationella åtgärderna är förenliga med artiklarna 32.1, 3.2 och 3.14 i direktiv 2009/72 krävs en proportionalitetskontroll, för var och en av dessa, företar domstolen en sådan kontroll i slutet av prövningen i syfte att, som det tycks mig, undvika eventuell onödig redundans.³⁰

a) Artikel 32.1 i direktiv 2009/72

62. Principen om fritt tillträde för tredje part till systemen formulerades, om än som en första ansats, redan vid antagandet av direktiv 96/92.³¹ Därefter har denna princip systematiskt upprepats och vidgats i de senare direktiven om gemensamma regler för den inre marknaden för el.³²

63. I artikel 32.1 i direktiv 2009/72 föreskrivs bland annat ”att det införs en ordning för tredje parts tillträde till överförings- och distributionssystemen”. Domstolen har i sin fasta praxis funnit att denna rätt är ”en av de grundläggande åtgärder som medlemsstaterna är skyldiga att vidta för att fullborda den inre marknaden för el”.³³

64. Enligt denna princip får medlemsstaterna inte heller inrätta tillträdet för tredje part till näten på ett diskriminerande sätt. I artikel 32.1 i direktiv 2009/72 föreskrivs nämligen att den berörda ordningen för tillträde ”ska ... tillämpas objektivt och utan att någon diskriminerande åtskillnad görs mellan systemanvändarna”.³⁴ Domstolen har fört förbudet för medlemsstaterna att

²⁷ Dom av den 22 maj 2008, citiworks (C-439/06, EU:C:2008:298, punkt 44), dom av den 29 september 2016, Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:732, punkt 76) och dom av den 17 oktober 2019, Elektorazpredelenie Yug (C-31/18, EU:C:2019:868, punkt 41).

²⁸ Dom av den 22 maj 2008, citiworks (C-439/06, EU:C:2008:298, punkt 55).

²⁹ Dom av den 22 maj 2008, citiworks (C-439/06, EU:C:2008:298, punkt 58).

³⁰ Dom av den 29 september 2016, Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:732, punkterna 86 och 94).

³¹ Se artikel 16 i direktiv 96/92 och där angiven rättspraxis (dom av den 7 juni 2005, VEMW m.fl., C-17/03, EU:C:2005:362, punkterna 37 och 46).

³² Se artikel 20 i direktiv 2003/54 och artikel 6 i Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/944 av den 5 juni 2019 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om ändring av direktiv 2012/27/EU (EUT L 158, 2019, s. 125).

³³ Dom av den 22 maj 2008, citiworks (C-439/06, EU:C:2008:298, punkt 44), dom av den 29 september 2016, Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:732, punkt 76), och dom av den 17 oktober 2019, Elektorazpredelenie Yug (C-31/18, EU:C:2019:868, punkt 41).

³⁴ Hidroelectrica SA har rätt att inte särbehandlas med tillämpning av artikel 32 i direktiv 2009/72 (se, i detta avseende, dom av den 29 september 2016, Essent Belgium, C-492/14, EU:C:2016:732, punkterna 71–75).

diskriminera tredje part närmare det mer allmänna förbudet i artikel 3.1 i samma direktiv³⁵, en bestämmelse om att medlemsstaterna inte får göra någon diskriminerande åtskillnad mellan elföretagen när det gäller deras rättigheter eller skyldigheter.

65. Domstolen har av detta dragit slutsatsen att dessa bestämmelser ”är särskilda uttryck för den allmänna likhetsprincipen”,³⁶ en princip som innebär ”att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling”.³⁷

66. Det finns således anledning att i förevarande mål söka svar på om en särbehandling förekommer.

67. I förevarande fall har åtkomst till näten i enlighet med artikel 5.3 i lag nr 123/2012 och artiklarna 1 och 2 i beslut nr 138/2013 garanterats för SC Complexul Energetic Hunedoara och SC Complexul Energetic Oltenia. Detta är för en energimängd av minst 700 MW, vilket är tillräckligt för att sluta sig till förekomst av en särbehandling till nackdel för de elproducenter som har haft åtkomst till de berörda näten och som har använt icke förnybara energikällor.

68. I motsats till vad kommissionen hävdar anser jag inte att det är nödvändigt att ytterligare förfina kategoriseringen av de produktionsanläggningar som påverkas av den särbehandling som jag just konstaterat. Om den berörda åtgärden hade avsett samtliga produktionsanläggningar som använder inhemskt bränsle, skulle jag ändå först och främst ha konstaterat förekomst av en särbehandling eftersom förbränningsmaterialet och energikällans geografiska lokalisering inte är differentieringskriterier som erkänns i artikel 32.1 i direktiv 2009/72, där det för övrigt inte erkänns några sådana. Det bör sedan fastställas om det finns andra produktionsanläggningar som kan tillhandahålla samma tjänster som de som utförs av de produktionsanläggningar som avses i den berörda åtgärden, vilket jag kommer att ta upp längre fram inom ramen för den prövning som utgår från artikel 3.2 och 3.14 i direktiv 2009/72.

69. Eftersom den berörda åtgärden har ett legitimt syfte räcker det i alla händelser inte att bara konstatera att särbehandling förekommer för att beteckna åtgärden som diskriminerande.³⁸

70. Vad avser ett tänkbart berättigande för sådan särbehandling bör det påpekas att beviljandet av garanterad tillgång till el från de kraftverk som använder inhemskt bränsle i artikel 5.3 i lag nr 123/2012 motiveras med hänsyn till elförsörjningen. Dessutom framgår det av beslutet om att begära förhandsavgörande att denna motivering har anförts av de parter som hävdar att den garanterade tillgången så som den fastställs i rumänsk rätt är förenlig med unionsrätten.

71. Jag anser förvisso att det inte råder tvekan om att det syfte som eftersträvas med den berörda åtgärden, nämligen elförsörjningen i Rumänien, är legitimt.

³⁵ Dom av den 7 juni 2005, VEMW m.fl. (C-17/03, EU:C:2005:362, punkt 46). Visserligen gällde det här direktiv 96/92 men artikel 3.1 i detta är här identisk med artikel 3.1 i direktiv 2009/72.

³⁶ Dom av den 7 juni 2005, VEMW m.fl. (C-17/03, EU:C:2005:362, punkt 47), och dom av den 29 september 2016, Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:732, punkt 79).

³⁷ Dom av den 28 november 2018, Solvay Chimica Italia m.fl. (C-262/17, C-263/17 et C-273/17, EU:C:2018:961, punkt 66).

³⁸ Dom av den 29 september 2016, Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:732, punkt 81).

72. Jag vill här erinra om att det enligt artikel 3.2 i direktiv 2009/72 är tillåtet för medlemsstaterna att ålägga kraftverk en skyldighet att tillhandahålla allmännyttiga tjänster som avser försörjningstrygghet.³⁹ I fråga om bestämmelserna i FEUF, och närmare bestämt artikel 36 i fördraget, konstaterar jag vidare att domstolen redan har slagit fast att upprätthållandet av en trygg energiförsörjning kan omfattas av begreppet hänsyn till allmän säkerhet.⁴⁰

73. Det räcker emellertid inte med att bara åberopa ett legitimt syfte för att avfärda kategoriseringen negativ särbehandling. Det berörda syftet måste nämligen kunna berättiga den ovannämnda särbehandlingen, ”det vill säga [att den måste vara] ... grundad på ett objektivt och skäligt kriterium, och stå... i proportion till det mål som eftersträvas”.⁴¹

74. I enlighet med den bedömningsmall som ovan framhållits avvaktar jag emellertid med mitt resonemang kring iakttagande av proportionalitetsprincipen till längre fram i mitt förslag till avgörande.

b) Artikel 3.2 och 3.14 i direktiv 2009/72

75. Medlemsstaternas utrymme för en skönsässig bedömning med avseende på vidtagandet av nödvändiga åtgärder för att inrätta en ordning för tillträde för tredje part, ger, som ovan angetts, inte dessa rätt att frånga principen om fritt tillträde för tredje part till systemen i artikel 32.1 i direktiv 2009/72, förutom de fall där det i direktivet föreskrivs undantag eller avvikelser.⁴²

76. Genom artikel 3.14 i direktiv 2009/72 tillåts medlemsstaterna att inte tillämpa bestämmelserna i direktivets artikel 32 ”i den utsträckning som tillämpningen av dessa, rättsligt eller i praktiken, skulle hindra elföretagen från att fullgöra de förpliktelser som ålagts dem i det allmänna ekonomiska intresset och i den mån som handelns utveckling inte påverkas i en sådan utsträckning att det skulle strida mot gemenskapens intressen”.

77. Som en vidareutveckling av denna bestämmelse föreskrivs i artikel 3.2 i direktiv 2009/72 att medlemsstaterna med beaktande fullt ut av artikel 86 i EG-fördraget (numera artikel 106 FEUF) får ålägga företag som bedriver verksamhet inom elsektorn skyldighet att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, vilka kan avse försörjningstrygghet.⁴³

78. Dessa skyldigheter ska således tolkas som ”offentliga ingripanden i marknadens funktion, för att uppnå ett mål av allmänt ekonomiskt intresse, som ålägger företag inom elsektorn att agera på marknaden på grundval av kriterier som fastställts av myndigheter”.⁴⁴

79. Det finns emellertid gränser för den skyldighet att tillhandahålla allmännyttiga tjänster som en medlemsstat kan ålägga elföretag. I artikel 3.2 i direktiv 2009/72 föreskrivs nämligen att dessa åligganden ska vara ”klart definierade, transparenta, icke-diskriminerande och kontrollerbara samt garantera att elföretag i gemenskapen kan nå ut till nationella konsumenter på lika villkor”.

³⁹ Se även skäl 46 i direktiv 2009/72.

⁴⁰ Dom av den 17 september 2020, *Hidroelectrica* (C-648/18, EU:C:2020:723, punkt 36)

⁴¹ Dom av den 29 september 2016, *Essent Belgium* (C-492/14, EU:C:2016:732, punkt 85).

⁴² Dom av den 22 maj 2008, *citiworks* (C-439/06, EU:C:2008:298, punkt 55).

⁴³ Dom av den 21 december 2011, *Enel* (C-242/10, EU:C:2011:861, punkt 38), och dom av den 29 september 2016, *Essent Belgium* (C-492/14, EU:C:2016:732, punkt 87).

⁴⁴ Dom av den 19 december 2019, *Engie Cartagena* (C-523/18, EU:C:2019:1129, punkt 45).

80. I syfte att beakta artikel 106 FEUF har domstolen slagit fast att det av lydelsen i denna bestämmelse uttryckligen framgår att proportionalitetsprincipen måste iakttagas inom ramen för de skyldigheter att tillhandahålla allmännyttiga tjänster som enligt artikel 3.2 i direktiv 2003/54 kan åläggas företag.⁴⁵

81. Utifrån alla dessa bestämmelser sluter jag mig till att medlemsstaterna får ålägga produktionsanläggningar skyldighet att tillhandahålla allmännyttiga tjänster som avser försörjningstrygghet även om fullgörandet av dessa skyldigheter skulle hindra det fria tillträdet för tredje part till systemen.

82. Denna möjlighet för medlemsstaterna är dock inte obegränsad, eftersom de nationella åtgärderna ska antas i det allmänna ekonomiska intresset och under inga omständigheter får påverka handelns utveckling i en sådan utsträckning att det skulle strida mot unionens intressen. De åligganden som dessa åtgärder innebär ska dessutom vara klart definierade, transparenta, icke-diskriminerande och kontrollerbara. Framför allt bör skyldigheten att tillhandahålla allmännyttiga tjänster garantera att produktionsanläggningar i unionen kan nå ut till nationella konsumenter på lika villkor. Skyldigheten är slutligen underkastad ett iakttagande av proportionalitetsprincipen.

83. Trots att det ankommer på Curtea de Apel București (Appellationsdomstolen i Bukarest) att i det aktuella fallet kontrollera huruvida den berörda åtgärden faktiskt både ålägger en skyldighet att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, och tillgodoser alla ovan angivna krav, kan EU-domstolen tillhandahålla denna alla förtydliganden som behövs i fråga om kontrollen.

84. Jag konstaterar dessutom med viss förvåning att de parter som hävdar att den berörda åtgärden står i överensstämmelse med unionsrätten hänvisar till försörjningstrygghet utan att någon av dem åberopar artikel 3 i direktiv 2009/72 och följaktligen inte anger vilka skäl som får dem att anse att den garanterade tillgången, så som det föreskrivs i rumänsk lagstiftning, uppfyller kraven i denna bestämmelse.

85. I fråga om förekomsten av den skyldighet att tillhandahålla allmännyttiga tjänsters som åläggs de berörda produktionsanläggningarna anser jag inte att den garanterade åtkomsten, så som det föreskrivs i rumänsk rätt, innefattar en sådan skyldighet. Den garanterade åtkomsten till näten begränsar nämligen inte friheten för de produktionsanläggningar som åtnjuter denna att vara aktiva på elmarknaden. Tvärtom åtnjuter de som beviljats sådan åtkomst en viss ekonomisk fördel genom att de har tillförsäkrats transport av den el som säljs.

86. Vidare förstår jag inte det förfarande som tillämpats av den rumänska regeringen och heller inte varför denna har utsett de berörda produktionsanläggningarna. Vad till exempel avser en negativ särbehandling till följd av den berörda åtgärden ankommer det på den hänskjutande domstolen att avgöra om det fanns andra produktionsanläggningar än de som utsågs genom beslut nr 138/2013 som kunde fullgöra den berörda skyldigheten att tillhandahålla allmännyttiga tjänster.⁴⁶

⁴⁵ Dom av den 21 december 2011, Enel (C-242/10, EU:C:2011:861, punkt 42).

⁴⁶ Se dom av den 21 december 2011, Enel (C-242/10, EU:C:2011:861, punkt 86), och dom av den 29 september 2016, Essent Belgium (C-492/14, EU:C:2016:732, punkt 89).

87. Vad avser kravet att skyldigheten att tillhandahålla allmännyttiga tjänster ska garantera unionens elföretag att på lika villkor nå ut till de nationella konsumenterna, är den garanterade tillgången, som ovan angetts, en mekanism som tillförsäkrar de produktionsanläggningar som omfattas en åtkomst till näten i syfte att transportera den el som säljs.

88. Med hänsyn dels till överförings- och distributionssystemens inneboende begränsade kapacitet, dels till den kapacitetstilldelning som följer av den garanterade tillgången, drar jag slutsatsen att tilldelad kapacitet minskar den kapacitet som kan tilldelas och därför kan inverka på transporten av el från de anläggningar som inte åtnjuter sådan tillgång. Det blir då omöjligt för dessa anläggningar att helt eller delvis uppfylla villkoren i ingångna affärsavtal. Trots att systemens otillräckliga kapacitet inte beror på den garanterade åtkomsten, förvärrar med andra ord sådan åtkomst situationen för de anläggningar som inte omfattas därav.

89. Jag framhåller härvid att de berörda produktionsanläggningarna i det aktuella fallet genom artikel 5.3 i lag nr 123/2012 och artiklarna 1 och 2 i beslut nr 138/2013 har garanterats åtkomst till elnäten med en energimängd av minst 700 MW.

90. Således har den berörda åtgärden, åtminstone potentiellt och till viss del, hindrat de produktionsanläggningar som inte omfattas att uppfylla villkoren i ingångna affärsavtal och har därigenom kunnat påverka möjligheten för unionens elproducenter att nå ut till nationella konsumenter på lika villkor.

91. I händelse av att domstolen delar dessa synpunkter leder detta till konstaterandet att den berörda åtgärden är oförenlig med artiklarna 3.2, 3.14 och 32.1 i direktiv 2009/72. I annat fall kommer dock resonemanget nedan att utgöra en fortsatt prövning av om den berörda åtgärden är förenlig med de tillämpliga bestämmelserna.

92. Med avseende på beaktandet av artikel 106 FEUF har domstolen slagit fast att den nationella åtgärden, som ålägger skyldigheten att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, ska beakta proportionalitetsprincipen och därmed ”kunna säkerställa att det eftersträvade målet uppnås, och ... inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål”.⁴⁷

c) Iakttagande av proportionalitetsprincipen

93. Enligt vad Ministerul Economiei, Energiei și Mediului de Afaceri (Rumäniens ekonomi-, energi- och näringsministerium) har anfört vid den hänskjutande domstolen vidtogs den berörda åtgärden, som innebar prioriterad åtkomst vid inmatningsordningen och en skyldighet att tillhandahålla stödtjänster, i syfte att upprätta produktionskapacitet, vilket blivit nödvändigt av flera skäl som alla hotar elförsörjningen i Rumänien.

94. Det var nämligen fråga om att upprätta produktionskapacitet med användning av icke förnybara energikällor i första hand för att kunna tillgodose efterfrågan när elförbrukningen är som högst, i andra hand för att förfoga över anläggningar som kan ersätta dem som använder förnybara energikällor om dessa källor inte kan tillgås och, i tredje och sista hand, för att möta den väntade ökningen av handeln med andra stater vid genomförandet av projektet 4M MC.⁴⁸

⁴⁷ Dom av den 21 december 2011, Enel (C-242/10, EU:C:2011:861, punkt 55).

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

95. Vad avser prövningen av proportionaliteten bör det för det första kontrolleras huruvida den berörda åtgärden kan medföra att målet att upprätta produktionskapacitet uppnås. Jag har frågat mig varför det både i beslut nr 138/2013 och i beslutet om hänskjutande anges att den garanterade åtkomsten, så som det anges i den rumänska lagen, har tillförsäkrat de produktionsanläggningar som åtnjuter denna en "oavbruten drift". Jag anser nämligen att den garanterade tillgången inte i sig kan garantera oavbruten drift hos en produktionsanläggning eftersom den endast utgör en garanterad åtkomst till näten. Det tycks mig av nedan angivna skäl vara mer korrekt att anse att den oavbrutna driften vid de anläggningar som tillhör SC Complexul Energetic Hunedoara och SC Complexul Energetic Oltenia följer av samverkan mellan prioriterad åtkomst vid inmatningsordningen och garanterad åtkomst, så som det anges i rumänsk lagstiftning.⁴⁹

96. Först och främst har den prioriterade åtkomsten vid inmatningsordningen gjort det möjligt för Transelectrica att inmata el från de anläggningar som tillhör SC Complexul Energetic Hunedoara och SC Complexul Energetic Oltenia utan att, som det ligger i sakens natur, beakta den ekonomiska rangordningen. Sålunda medför den garanterade tillgången för dessa anläggningar att de vad gäller den el som de producerar och som inmatas med prioritet, har tillgång till nätet även om de mot bakgrund av deras kapacitet troligtvis inte skulle ha fått det.

97. Jag konstaterar härvid att värdet av den garanterade tillgången är avhängigt kapaciteten inom överförings- och distributionssystemen. Den tillförsäkran som ges genom den garanterade tillgången är sålunda av stort värde för de produktionsanläggningar som omfattas om överförings- och distributionssystemen inom sin struktur lider av bristande kapacitet. Omvänt förlorar en garanterad tillgång till näten sin betydelse så snart som systemens kapacitet är högre än den mängd el som införs.

98. Genom att garantera oavbruten drift för de produktionsanläggningar som omfattas av garanterad åtkomst betvivlar jag inte att denna kan bidra till att upprätta en produktionskapacitet som gör det möjligt att trygga elförsörjningen i en medlemsstat, såsom Rumänien.⁵⁰

99. Vidare finns det anledning att behandla frågan om den berörda åtgärden kan anses nödvändig för att uppnå målet att upprätta produktionskapacitet. Det ankommer härvid på den hänskjutande domstolen att dels kontrollera om frånvaro av garanterad åtkomst riskerar att hindra de produktionsanläggningar som gagnas av åtgärden från att uppfylla sin skyldighet att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, dels undersöka huruvida skyldigheterna inte kan fullgöras på något annat sätt som inte påverkar rätten till tillträde till systemen.⁵¹

100. Vad avser risken för att produktionsanläggningarna ska hindras från att fullgöra sin skyldighet att tillhandahålla allmännyttiga tjänster om den berörda åtgärden undandras, tycks det mig som att den hänskjutande domstolen skulle kunna undersöka kapaciteten inom överförings- och distributionssystemen och närmare bestämt om denna till själva sin uppbyggnad är tillräcklig eller otillräcklig.

⁴⁹ Det förefaller mig dessutom som att den första bestämmelsen gällande prioriterad åtkomst vid inmatningsordningen och garanterad åtkomst hade samma syfte som en andra bestämmelse som innebar en skyldighet för SC Complexul Energetic Hunedoara och SC Complexul Energetic Oltenia att tillhandahålla Transelectrica stödtjänster av en energimängd av minst 1 000 MW.

⁵⁰ Som ovan nämnts anges i skäl 60 i direktiv 2009/28 att garanterad tillgång "möjliggör maximal användning av el från förnybara energikällor från anläggningar som är uppkopplade till nätet".

⁵¹ Domstolens dom av den 22 maj 2008, citiworks (C-439/06, EU:C:2008:298, punkt 60).

101. Vad avser förekomst av andra medel som inte gäller rätten till åtkomst till näten men som möjliggör en uppfyllelse av skyldigheten att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, kan domstolen med fördel hänvisa till sin praxis enligt vilken det "[ä]ven om det är riktigt att det är den medlemsstat som åberopar artikel 90.2 som skall visa att villkoren i denna bestämmelse är uppfyllda, kan denna bevisbörda inte innebära ett krav på att denna medlemsstat, när den på ett detaljerat sätt har redogjort för skälen till att fullgörandet av uppgifter av allmänt ekonomiskt intresse under godtagbara ekonomiska villkor enligt medlemsstaten skulle riskeras om de påtalade åtgärderna avskaffades, skall gå ännu längre för att faktiskt visa att ingen annan tänkbar åtgärd gör det möjligt att säkerställa fullgörandet av dessa uppgifter under samma villkor".⁵²

102. Sammanfattningsvis anser jag att den andra tolkningsfrågan bör besvaras så, att en medlemsstat, för att säkerställa försörjningstryggheten, får bevilja garanterad åtkomst till näten för vissa produktionsanläggningar som använder icke förnybara energikällor på villkor dels att man säkerställer den åtkomst till näten för el från förnybara energikällor som ska beviljas i enlighet med artikel 16.2 b i direktiv 2009/28, dels att kraven i artikel 32.1 och – för det fall att den hänskjutande domstolen fastställer att dessa produktionsanläggningar ålagts skyldigheter att tillhandahålla allmännyttiga tjänster – i artikel 3.2 och 3.14 i direktiv 2009/72 har iakttagits, och att denna lagstiftning inte går utöver vad som är nödvändigt för att målet ska kunna uppnås.

V. Förslag till avgörande

103. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska besvara den andra och omformulerade frågan för förhandsavgörande som ställts av Curtea de Apel București (Appellationsdomstolen i Bukarest, Rumänien) på följande sätt:

Artikel 16.2 b, i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/28/EG av den 23 april 2009 om främjande av användningen av energi från förnybara energikällor och om ändring och ett senare upphävande av direktiven 2001/77/EG och 2003/30/EG, artikel 3.2 och 3.14 samt artikel 32.1 i 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 ska tolkas så, att de inte utgör hinder för en nationell lagstiftning, såsom den som är aktuell i förevarande mål, genom vilken en garanterad åtkomst till överförings- och distributionssystemen för vissa produktionsanläggningar som använder icke förnybara energikällor beviljas i syfte att trygga elförsörjningen, på villkor att den åtkomst till näten för el från förnybara energikällor som ska beviljas med tillämpning av artikel 16.2 b i direktiv 2009/28 säkerställs, att kraven i artikel 32.1 och – för det fall att den hänskjutande domstolen fastställer att dessa produktionsanläggningar ålagts skyldigheter att tillhandahålla allmännyttiga tjänster – i artikel 3.2 och 3.14 i direktiv 2009/72 har iakttagits, och att denna lagstiftning inte går utöver vad som är nödvändigt för att målet ska kunna uppnås. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att i det nationella målet kontrollera om detta villkor är uppfyllt.

⁵² Dom av den 23 oktober 1997, kommissionen/Frankrike (C-159/94, EU:C:1997:501, punkt 101).