



## Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (stora avdelningen)

den 22 oktober 2013\*

”Begäran om förhandsavgörande — Fri rörlighet för kapital — Artikel 63 FEUF —  
Egendomsordningar — Artikel 345 FEUF — Systemansvariga för distributionssystem för el och gas —  
Privatiseringsförbud — Förbud mot kopplingar till företag som producerar, levererar eller handlar med  
el eller gas — Förbud mot verksamhet som kan vara till nackdel för nätdriften”

I de förenade målen C-105/12–C-107/12,

angående beslut att begära förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, från Hoge Raad der  
Nederlanden (Nederländerna), av den 24 februari 2012 som inkom till domstolen den  
29 februari 2012 i målen

**Staat der Nederlanden**

mot

**Essent NV (C-105/12),**

**Essent Nederland BV (C-105/12),**

**Eneco Holding NV (C-106/12),**

**Delta NV (C-107/12),**

meddelar

DOMSTOLEN (stora avdelningen)

sammansatt av ordföranden V. Skouris, vice-ordföranden K. Lenaerts, avdelningsordförandena R. Silva  
de Lapuerta, M. Ilešič, L. Bay Larsen och M. Safjan samt domarna A. Rosas, J. Malenovský U. Löhmus,  
E. Levits, A. Ó Caoimh, A. Arabadjiev (referent), D. Šváby, M. Berger och A. Prechal,

generaladvokat: N. Jääskinen,

justitiesekreterare: förste handläggaren M. Ferreira,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 14 januari 2013,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Essent NV och Essent Nederland BV, genom W. Knibbeler och A. Pliego Selie, advocaten,

\* Rättegångsspråk: nederländska.

- Eneco Holding NV, genom C. Kroes, advocaat,
- Delta NV, genom T. Ottervanger och P. Glazener, advocaten,
- Nederländernas regering, genom C. Wissels och J. Langer, båda i egenskap av ombud,
- Tjeckiens regering, genom M. Smolek och T. Müller, båda i egenskap av ombud,
- Polens regering, genom B. Majczyna och M. Szpunar, båda i egenskap av ombud,
- Europeiska kommissionen, genom E. Montaguti, S. Noë och T. van Rijn, samtliga i egenskap av ombud,

och efter att den 16 april 2013 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

### Dom

- 1 Respektive begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 63 FEUF och 345 FEUF.
- 2 Respektive begäran har framställts i mål mellan å ena sidan Staat der Nederlanden och å andra sidan Essent NV, Essent Nederland BV, Eneco Holding NV och Delta NV (nedan tillsammans kallade Essentbolagen). Dessa bolag ägnar sig framför allt åt att producera, leverera och handla med el och gas i Nederländerna. Målen rör frågan huruvida det är förenligt med unionsrätten att ha en nationell lagstiftning som förbjuder, för det första, överlåtelse till privata aktörer av aktier i systemansvariga för distributionssystem för el och gas som är verksamma i Nederländerna (nedan kallat privatiseringsförbudet), för det andra, kopplingar i form av ägande eller kontroll mellan å ena sidan bolag som ingår i en koncern i vilken en systemansvarig för sådana distributionssystem också ingår och å andra sidan bolag som ingår i en koncern som äger ett företag som producerar, levererar eller handlar med el eller gas i Nederländerna (nedan kallat koncernförbudet), och, för det tredje, handlingar och verksamheter som utförs av den systemansvarige eller den koncern som denne ingår i som kan vara till nackdel för nätdriften (nedan kallat förbudet mot verksamhet som kan vara till nackdel för nätdriften).

### Tillämpliga bestämmelser

#### *Unionsrätt*

Direktiv 2003/54/EG

- 3 Skälen 4–8, 10 och 23 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/54/EG av den 26 juni 2003 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om upphävande av direktiv 96/92/EG (EUT L 176, s. 37), lydde på följande sätt:  
”(4) De friheter som de europeiska medborgarna garanteras genom [EG-]fördraget – fri rörlighet för varor, friheten att tillhandahålla tjänster och etableringsfriheten – kan endast säkras på en fullständigt öppen marknad där alla konsumenterna fritt kan välja leverantör och där alla leverantörer kan leverera fritt till sina kunder.

- (5) De största hindren på vägen mot en fullt fungerande och konkurrensutsatt inre marknad rör bland annat tillträde till näten, nätavgifter och skillnaderna medlemsstaterna emellan i fråga om marknadernas öppenhet.
- (6) En fungerande konkurrens kräver att nättillträdet garanteras utan diskriminering, på ett sätt som medger insyn och till rimliga priser.
- (7) För att fullborda den inre marknaden för el är det av avgörande betydelse att tillträdet till nätet tillhörande den systemansvarige för överförings- eller distributionssystemet är icke-diskriminerande. Den systemansvarige för överförings- eller distributionssystemet kan utgöras av ett eller flera företag.
- (8) För att se till att tillträdet till nätet är effektivt och icke-diskriminerande är det lämpligt att systemen för distribution och överföring drivs genom juridiskt åtskilda enheter när vertikalt integrerade företag existerar. [Europeiska k]ommissionen bör utvärdera åtgärder med motsvarande verkan som utvecklats av medlemsstaterna i syfte att uppnå målet med detta krav, och, när så är lämpligt, inkomma med förslag till ändringar av detta direktiv. Det är också lämpligt att den systemansvarige för distributions- och överföringssystemet har faktisk rätt att fatta beslut när det gäller de tillgångar som behövs för att underhålla, driva och utveckla nät när tillgångarna i fråga ägs och drivs av vertikalt integrerade företag.

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

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

...

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

...

- (23) Av försörjningstrygghetsskäl bör balansen mellan tillgång och efterfrågan i varje enskild medlemsstat bevakas, varefter en rapport bör utarbetas om situationen i gemenskapen som helhet med hänsyn till sammanlänkningskapaciteten mellan områden. ... Underhåll och anläggning av nödvändig nätinфраstruktur inbegripet sammanlänkningskapaciteten och decentraliserad elproduktion, är viktiga förutsättningar för att garantera en stabil elförsörjning.”

- 4 Artikel 15 i direktivet har rubriken ”Åtskillnad av systemansvariga för distributionssystemet” och där föreskrivs följande:

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

2. Utöver de krav som fastställts i punkt 1 skall den systemansvarige för distributionssystemet, om denne utgör en del av ett vertikalt integrerat företag, med avseende på sin organisation och sitt beslutsfattande vara oberoende av annan verksamhet utan samband med distribution. För att uppnå detta skall följande minimikriterier gälla:

- a) De personer som ansvarar för ledningen för den systemansvarige för distributionssystemet får inte ingå i företagsstrukturer i det integrerade elföretag som direkt eller indirekt ansvarar för den dagliga driften avseende produktion, överföring, leverans av el.
- b) Lämpliga åtgärder skall vidtas för att se till att de yrkesmässiga intressena hos de personer som ansvarar för ledningen för den systemansvarige för distributionssystemet beaktas på ett sätt som garanterar att dessa personer kan agera självständigt.
- c) Den systemansvarige för distributionssystemet skall ha faktisk beslutanderätt, oberoende av det integrerade elföretaget, när det gäller de tillgångar som behövs för att trygga drift, underhåll eller utbyggnad av nätet. Detta bör inte hindra förekomsten av lämpliga samordningsmekanismer för att garantera att moderbolagets ekonomiska och förvaltningsmässiga övervakningsrättigheter när det gäller avkastningen, som regleras indirekt i artikel 23.2, i ett dotterbolag skyddas. Detta skall särskilt göra det möjligt för moderbolaget att godkänna den årliga finansieringsplan eller det motsvarande instrument som upprättas av den systemansvarige för distributionssystemet och att fastställa övergripande gränser för dess dotterbolags skuldsättningsnivåer. Det skall inte vara tillåtet för moderbolaget att ge instruktioner för den löpande verksamheten eller om enskilda beslut beträffande uppförande eller renovering av distributionsnät, så länge dessa beslut inte överskrider villkoren i den godkända finansieringsplanen eller motsvarande instrument.
- d) Den systemansvarige för distributionssystemet skall upprätta en övervakningsplan, där det anges vilka åtgärder som vidtagits för att motverka diskriminerande beteende och se till att planen följs.  
...

...”

Direktiv 2003/55/EG

- 5 Skälen 4, 6 och 7 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/55/EG av den 26 juni 2003 om gemensamma regler för den inre marknaden för naturgas och om upphävande av direktiv 98/30/EG (EUT L 176, s. 57) var till sin lydelse identiska med skälen 4, 5 och 6 i direktiv 2003/54, och skälen 8 och 23 i direktiv 2003/55 motsvarade i tillämpliga delar skälen 7 och 23 i direktiv 2003/54.
- 6 I skälen 9 och 10 i direktiv 2003/55 angavs följande:

”(9) När det gäller ett gasföretag som bedriver överförings-, distributions- eller lagringsverksamhet eller verksamhet avseende kondenserad naturgas (LNG) och som i sin juridiska form är skilt från de företag som bedriver produktions- och/eller leveransverksamhet kan de som utsetts till systemansvariga vara samma företag som äger infrastrukturen.

- (10) För att se till att tillträdet till nätet är effektivt och icke-diskriminerande är det lämpligt att systemen för distribution och överföring drivs genom juridiskt åtskilda enheter när vertikalt integrerade företag existerar. Kommissionen bör utvärdera åtgärder med motsvarande verkan som utvecklats av medlemsstaterna i syfte att uppnå målet med detta krav, och, när så är lämpligt, inkomma med förslag till ändringar av detta direktiv.

Det är också lämpligt att den systemansvarige för överförings- eller distributionssystemet har faktisk rätt att fatta beslut när det gäller de tillgångar som behövs för att underhålla, driva och utveckla nät när tillgångarna i fråga ägs och drivs av vertikalt integrerade företag.

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

- 7 Artikel 13 i direktivet hade rubriken ”Åtskillnad av systemansvariga för distributionssystemet” och gavs efter viss anpassning samma lydelse som artikel 15 i direktiv 2003/54.

Direktiv 2009/72/EG

- 8 Följande anges i skälen 3, 4, 7, 9–12, 15, 16, 21, 25, 26 och 44 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 (EUT L 211, s. 55):

”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 fullständigt öppen marknad, där alla konsumenterna fritt kan välja handlare och där alla handlare kan leverera fritt till sina kunder.

(4) Det föreligger för närvarande hinder mot att sälja el på lika villkor och utan diskriminering eller nackdelar i [unionen]. Framför allt finns det ännu inte något icke-diskriminerande nättillträde eller någon myndighetstillsyn som är lika effektiv i alla medlemsstater.

...

(7) I kommissionens meddelande av den 10 januari 2007 med titeln ”En energipolitik för Europa” framhölls betydelsen av att fullborda den inre marknaden för el och skapa lika villkor för alla elföretag i [unionen]. Kommissionens meddelanden av den 10 januari 2007 ”Om utsikterna för den inre el- och gasmarknaden” och ”Utredning i enlighet med artikel 17 i förordning (EG) nr 1/2003 av de europeiska gas- och elsektorerna (slutrapport)” visade att nuvarande regler och åtgärder inte tillhandahåller den ram som krävs för att målet om en välfungerande inre marknad ska kunna uppnås.

...

(9) Utan effektiv åtskillnad mellan nätverksamhet och verksamheter som rör produktion och leverans (”effektiv åtskillnad”) finns det en inneboende risk för diskriminering, inte bara i samband med nätdriften utan även när det gäller incitamenten för de vertikalt integrerade företagen att göra de investeringar i näten som krävs.

- (10) De regler för rättslig och funktionell åtskillnad som anges i direktiv 2003/54/EG har emellertid inte medfört någon effektiv åtskillnad av systemansvariga för överföringssystem. Därför uppmanades kommissionen vid Europeiska rådets möte den 8 – 9 mars 2007 att utarbeta lagförslag för effektiv åtskillnad mellan leverans och produktion, å ena sidan, och nätverksamhet, å andra sidan.
- (11) Effektiv åtskillnad kan bara säkras genom att man undanröjer incitamentet för vertikalt integrerade företag att diskriminera konkurrenterna i samband med nättillträde och investeringar. Åtskilt ägande, vilket innebär att nätägaren utses till systemansvarig och att nätägaren är oberoende av leverans- eller produktionsintressen, är helt klart en effektiv och stabil metod för att lösa inbyggda intressekonflikter och säkra försörjningstryggheten. Europaparlamentet hänvisar därför i sin resolution av den 10 juli 2007 om utsikterna för den inre gas- och elmarknaden [EUT C 175 E, 2008, s. 206] till åtskilt ägande av överföringsnäten som det effektivaste verktyget för att främja investeringar i infrastruktur på ett icke-diskriminerande sätt och trygga ett rättvist nättillträde för nya aktörer och transparens på marknaden. Vid åtskilt ägande bör det därför ställas krav på medlemsstaterna att säkerställa att en eller flera personer inte kontrollerar ett produktionsföretag eller ett elhandelsföretag samtidigt som den eller de utövar kontroll över eller rättigheter gentemot en systemansvarig för överföringssystemet eller ett överföringssystem. Omvänt bör kontroll över ett överföringssystem eller en systemansvarig för överföringssystemet utesluta möjligheten att utöva kontroll över eller rättigheter gentemot ett produktionsföretag eller ett elhandelsföretag. Inom dessa begränsningar bör ett produktionsföretag eller ett elhandelsföretag kunna inneha en minoritetsandel i en systemansvarig för ett överföringssystem eller ett överföringssystem.
- (12) Ett system för åtskillnad bör effektivt undanröja eventuella intressekonflikter mellan producenter, elhandlare och systemansvariga för överföringssystem för att skapa incitament för nödvändiga investeringar och garantera nya marknadsaktörers tillträde inom ramen för ett transparent och effektivt regelverk, samt bör inte skapa ett alltför betungande regelverk för de nationella tillsynsmyndigheterna.
- ...
- (15) Vid åtskilt ägande bör, för att säkerställa att nätdriften är helt oberoende av leverans- och produktionsintressen och förhindra utbyte av konfidentiella uppgifter, inte samma person sitta i styrelsen för både en systemansvarig för överföringssystem eller ett överföringssystem och ett företag som bedriver produktions- eller leveransverksamhet. Av samma skäl bör samma person inte ha rätt att utse medlemmar till en styrelse för en systemansvarig för ett överföringssystem eller ett överföringssystem och inte heller utöva kontroll över eller rättigheter gentemot ett produktionsföretag eller ett elhandelsföretag.
- (16) Inrättandet av systemansvariga eller systemansvariga för överföringssystem vilka är oberoende av leverans- eller produktionsintressen bör göra det möjligt för vertikalt integrerade företag att bibehålla sitt ägande av nättillgångar, samtidigt som en effektiv intresseuppdelning säkras, förutsatt att den oberoende systemansvarige (ISO) eller den oberoende systemansvarige för överföring (ITO) utför den systemansvariges samtliga uppgifter samt att detaljerad reglering och omfattande myndighetstillsyn införs.
- ...
- (21) En medlemsstat har rätt att välja fullständigt åtskilt ägande på sitt territorium. Om en medlemsstat har valt fullständigt åtskilt ägande, har ett företag inte rätt att välja alternativet med en oberoende systemansvarig eller en oberoende systemansvarig för överföring. Företag som



bedriver något slags produktions- eller leveransverksamhet får dessutom inte direkt eller indirekt utöva kontroll över eller någon rättighet gentemot en systemansvarig för överföringssystem från en medlemsstat som har valt fullständigt åtskilt ägande.

...

- (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. ...
- (26) Icke-diskriminerande tillträde till distributionsnätet är avgörande för tillträdet för kunder i återförsäljarledet. Utrymmet för diskriminering när det gäller tredje parts tillträde och investeringar är dock mindre på distributionsnivå än på överföringsnivå, eftersom nätbegränsningar och produktions- eller leveransintressenas inflytande i allmänhet inte är så betydande på distributionsnivån som på överföringsnivån. I enlighet med direktiv 2003/54/EG blev rättslig och funktionell åtskillnad av systemansvariga för distributionssystemet dessutom obligatorisk först från och med den 1 juli 2007 och dess effekter på den inre marknaden för el har ännu inte utvärderats. De regler om rättslig och funktionell åtskillnad som för närvarande finns kan leda till effektiv åtskillnad förutsatt att de definieras tydligare, genomförs ordentligt och övervakas noggrant. För att skapa lika villkor i återförsäljarledet bör systemansvariga för distributionssystem övervakas, så att de hindras från att dra fördel av sin vertikala integration när det gäller konkurrensläget på marknaden, framför allt gentemot hushållskunder och små icke-hushållskunder.

...

- (44) Av försörjningstrygghetsskäl bör balansen mellan tillgång och efterfrågan på el i varje enskild medlemsstat bevakas, varefter en rapport bör utarbetas om situationen i gemenskapen som helhet med hänsyn till sammanlänkningskapaciteten mellan områden. ... Underhåll och anläggning av nödvändig nätinфраstruktur, inbegripet sammanlänkningskapaciteten och decentraliserad elproduktion, är viktiga förutsättningar för att garantera en stabil elförsörjning.”
- 9 Artikel 9 i direktiv 2009/72 handlar om ”Åtskillnad av överföringssystem och systemansvariga för överföringssystem” och i artikel 14 behandlas frågan om ”Åtskillnad av ägare till överföringssystem”. Artiklarna 18 och 19 syftar enligt sina rubriker till ”[o]beroende för den oberoende systemansvarige för överföring” respektive ”[o]beroende för den oberoende systemansvarige för överförings personal och företagsledning”.
- 10 I artikel 26.1–3, som har rubriken ”Åtskillnad av systemansvariga för distributionssystemet” föreskrivs följande:
- ”1. Om den systemansvarige för distributionssystemet utgör en del av ett vertikalt integrerat företag ska denne åtminstone vad avser juridisk form, organisation och beslutsfattande vara oberoende av annan verksamhet utan samband med distribution. Dessa regler ska inte ge upphov till någon skyldighet att skilja ägandet av tillgångar i distributionssystemet från det vertikalt integrerade företaget.

2. Utöver de krav som fastställts i punkt 1 ska den systemansvarige för distributionssystemet, om denne utgör en del av ett vertikalt integrerat företag, med avseende på sin organisation och sitt beslutsfattande vara oberoende av annan verksamhet utan samband med distribution. För att uppnå detta ska följande minimikriterier gälla:

- a) De personer som ansvarar för ledningen för den systemansvarige för distributionssystemet får inte ingå i företagsstrukturer i det integrerade elföretag som direkt eller indirekt ansvarar för den dagliga driften avseende produktion, överföring eller leverans av el.
- b) Lämpliga åtgärder ska vidtas för att se till att de yrkesmässiga intressena hos de personer som ansvarar för ledningen för den systemansvarige för distributionssystemet beaktas på ett sätt som säkerställer att dessa personer kan agera självständigt.
- c) Den systemansvarige för distributionssystemet ska ha faktisk beslutanderätt, oberoende av det integrerade elföretaget, när det gäller de tillgångar som behövs för att trygga drift, underhåll eller utveckling av nätet. För detta ändamål ska den systemansvarige för distributionssystemet förfoga över de resurser som krävs, inbegripet mänskliga, tekniska, fysiska och ekonomiska resurser. Detta bör inte hindra förekomsten av lämpliga samordningsmekanismer för att säkerställa att moderbolagets ekonomiska och förvaltningsmässiga övervakningsrättigheter när det gäller avkastningen på tillgångar, som regleras indirekt i enlighet med artikel 37.6, i ett dotterbolag skyddas. Detta ska särskilt göra det möjligt för moderbolaget att godkänna den årliga finansieringsplan eller det motsvarande instrument som upprättas av den systemansvarige för distributionssystemet och att fastställa övergripande gränser för dess dotterbolags skuldsättningsnivåer. Det ska inte vara tillåtet för moderbolaget att ge instruktioner för den dagliga driften eller om enskilda beslut beträffande uppförande eller uppgradering av distributionsnät, så länge dessa beslut inte överskrider villkoren i den godkända finansieringsplanen eller motsvarande instrument.
- d) Den systemansvarige för distributionssystemet ska upprätta en övervakningsplan, där det anges vilka åtgärder som vidtagits för att motverka diskriminerande beteende, och se till att det kontrolleras att planen följs. ...

3. Om den systemansvarige för distributionssystemet ingår i ett vertikalt integrerat företag ska medlemsstaterna se till att dennes verksamhet övervakas av tillsynsmyndigheterna eller andra behöriga organ, så att den systemansvarige inte kan dra fördel av sin vertikala integration för att snedvrída konkurrensen. Vertikalt integrerade systemansvariga för distributionssystem får i synnerhet inte, i samband med kommunikation och varumärkesprofilering, ge upphov till förvirring i fråga om den separata identitet som leveransdelen av det vertikalt integrerade företaget har.”

11 Enligt artikel 49.1 första stycket löpte fristen för införlivandet av direktivet ut den 3 mars 2011.

Direktiv 2009/73/EG

12 Skälen 3, 5, 6, 8, 9, 12, 13 och 18 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/73/EG av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre marknaden för naturgas och om upphävande av direktiv 2003/55/EG (EUT L 211, s. 94) har samma lydelse som skälen 3, 7, 9, 11, 12, 15, 16 och 21 i direktiv 2009/72. Skälen 4, 7, 22, 25 et 40 i direktiv 2009/73 motsvarar i tillämpliga delar skälen 4, 10, 25, 26 och 44 i direktiv 2003/72.



- 13 Artikel 9 i direktiv 2009/73 innehåller regler om "[å]tskillnad av överföringssystem och systemansvariga för överföringssystem" och artikel 15 regler om "[å]tskillnad av ägare till överföringssystem ... och systemansvariga för lagringssystem". Artiklarna 18 och 19 syftar enligt sina rubriker till att säkerställa "[o]beroende för den oberoende systemansvarige för överföring" och "[o]beroende för den oberoende systemansvarige för överförings personal och företagsledning".
- 14 Artikel 26.1–3 i direktivet har rubriken "Åtskillnad av systemansvariga för distributionssystemet", och har, efter viss anpassning, getts samma lydelse som artikel 26.1–3 i direktiv 2009/72.
- 15 Enligt artikel 54.1 första stycket i direktiv 2009/73 löpte fristen för införlivandet ut den 3 mars 2011.

#### *Nederländsk rätt*

##### Privatiseringsförbudet

- 16 Det framgår av respektive begäran om förhandsavgörande att privatiseringsförbudet, vid tiden för omständigheterna i de nationella målen, följde av artikel 93 i lagen om produktion, överföring och leverans av el (1998 års ellag) ((Wet van 2 juli 1998, houdende regels met betrekking tot de productie, het transport en de levering van elektriciteit) (Elektriciteitswet 1998)) av den 2 juli 1998 (*Staatsblad 1998*, s. 427) (nedan kallad ellagen) och artikel 85 i lagen om överföring och leverans av gas (gaslagen) ((Wet van 22 juni 2000, houdende regels omtrent het transport en de levering van gas (Gaswet)) av den 22 juni 2000 (*Staatsblad 2000*, s. 305) (nedan kallad gaslagen), jämförda med förordningen om beviljande av godkännande av ändringar avseende rättigheter knutna till aktier i en sådan systemansvarig som avses i 1998 års ellag och gaslagen (förordningen om aktier i systemansvariga) (Besluit van 9 februari 2008, houdende regels omtrent het verlenen van instemming met wijzigingen ten aanzien van rechten op aandelen in een netbeheerder als bedoeld in de Elektriciteitswet 1998 en in de Gaswet (Besluit aandelen netbeheerders)) av den 9 februari 2008 (*Staatsblad 2008*, s. 62) (nedan kallad 2008 års förordning), vilken antogs med stöd av artikel 93 punkt 4 i ellagen och artikel 85 punkt 4 i gaslagen.
- 17 För överlåtelse av aktier i en systemansvarig krävdes det ett godkännande från finansministern enligt artikel 93 punkt 2 i ellagen och artikel 85 punkt 2 i gaslagen). Enligt artiklarna 1 och 3 i 2008 års förordning fick godkännande inte beviljas för det fall överlåtelsen skulle leda till att aktierna kom att ägas av en aktör utanför den krets som består av nederländska staten, de nederländska provinserna och de nederländska kommunerna (nedan tillsammans kallade myndigheterna), och vissa andra juridiska personer, varibland Essentbolagen, i vilka nämnda myndigheter direkt eller indirekt ägde samtliga aktier.

##### Koncernförbudet

- 18 I likhet med privatiseringsförbudet infördes koncernförbudet i nederländsk lagstiftning genom lagen om ändring av ellagen och gaslagen med avseende på reglerna om en oberoende nät drift (lagen om oberoende nät drift) (Wet tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet in verband met nadere regels omtrent een onafhankelijk netbeheer (Wet onafhankelijk netbeheer)) av den 23 november 2006 (*Staatsblad 2006*, s. 614) (nedan kallad lagen om oberoende nät drift). Förbudet togs in i artikel 10b punkt 1 i ellagen och i artikel 2c punkt 1 i gaslagen. Lagen om oberoende nät drift innebar bland annat att de nationella bestämmelser som hade införts för att genomföra direktiven 2003/54 och 2003/55 (nedan tillsammans kallade 2003 års direktiv) ändrades.

19 I artikel 10b punkterna 1–3 i ellagen anges följande:

”1. En systemansvarig får inte ingå i en sådan koncern som avses i artikel 2:24b i civillagen och i vilken också en juridisk person eller ett bolag som producerar, levererar eller handlar med el i Nederländerna ingår.

2. Juridiska personer och bolag som ingår i en sådan koncern som avses i artikel 2:24b i civillagen och i vilken också en juridisk person eller ett bolag som producerar, levererar eller handlar med el i Nederländerna ingår får inte äga aktier i en systemansvarig eller i en juridisk person som ingår i en koncern i vilken också en systemansvarig ingår, och får inte inneha aktier i ett bolag som ingår i en koncern i vilken också en systemansvarig ingår.

3. En systemansvarig och de bolag som ingår i en sådan koncern som avses i artikel 2:24b i civillagen och som är knutna till den systemansvarige:

- a. får inte äga aktier i en juridisk person som producerar, levererar eller handlar med el i Nederländerna eller i en juridisk person som ingår i en koncern i vilken en juridisk person som producerar, levererar eller handlar med el i Nederländerna också ingår,
- b. får inte äga aktier i ett bolag som producerar, levererar eller handlar med el i Nederländerna eller i ett bolag som ingår i en koncern i vilken en juridisk person eller ett bolag som producerar, levererar eller handlar med el i Nederländerna också ingår.”

Förbudet mot verksamhet som kan vara till nackdel för nätdriften

20 Förbudet mot verksamhet som kan vara till nackdel för nätdriften, som också det infördes i den nederländska rättsordningen genom lagen om oberoende nätdrift, återfinns i artikel 17 punkterna 2 och 3 i ellagen och i artikel 10b punkterna 2 och 3 i gaslagen. Dessa bestämmelser gavs följande innehåll:

”2. Om en systemansvarig, som inte är systemansvarig för det rikstäckande högspänningsnätet, ingår i en sådan koncern som avses i artikel 2:24b i civillagen, får den koncernen inte utföra handlingar eller bedriva verksamhet som skulle kunna vara till nackdel för nätdriften.

3. Med sådana handlingar och verksamheter som avses i punkt 2 förstås i vart fall

- a. handlingar och verksamheter som helt saknar koppling till infrastruktur eller besläktad verksamhet,
- b. den systemansvarigas ställande av säkerhet för finansieringen av verksamhet som bedrivs av juridiska personer eller bolag som ingår i koncernen, och,
- c. den systemansvarigas borgensåtagande för lån tillhörande juridiska personer eller bolag som ingår i koncernen,

förutom om den systemansvariges ställande av säkerhet eller borgensåtagande för skulder

- 1°. sker till förmån för handlingar eller verksamheter som den systemansvarige själv skulle ha rätt att utföra,
- 2°. på annat sätt har anknytning till nätdriften, eller
- 3°. sker för att uppfylla villkor i samband med tillämpningen av lagbestämmelser.”

## Målen vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 21 Vid tiden för antagandet av lagen om oberoende nätdrift, genom vilken koncernförbudet och förbudet mot verksamhet som kan vara till nackdel för nätdriften infördes i ellagen och gaslagen, utgjorde Essentbolagen vertikalt integrerade företag som var verksamma såväl inom produktion, leverans och handel med el respektive gas i Nederländerna, som inom drift av distributionssystem för el och gas i samma land.
- 22 Till följd av antagandet av lagen om oberoende nätdrift, som bland annat innehöll koncernförbudet, skedde den 1 juli 2009 en uppdelning av Essent NV i två skilda bolag, å ena sidan Enexis Holding NV, vars verksamhetsföremål består i driften av ett distributionssystem för gas och el i Nederländerna och i vilket samtliga aktier ägs av myndigheter, och å andra sidan Essent NV, vars verksamhetsföremål består i produktion, leverans och handel med el och gas. Det sistnämnda bolaget köptes upp av dotterbolaget till en tysk koncern som specialiserat sig på energisektorn, nämligen RWE AG. Eneco Holding NV och Delta NV delades inte upp, men de utsåg i stället sina dotterbolag Stedin Netbeheer BV och Delta Netwerkbeprijf BV som systemansvariga för deras respektive distributionssystem i samma land.
- 23 Essentbolagen yrkade i tre separata mål vid Rechtbank Den Haag att de nationella bestämmelser som innehåller koncernförbudet och förbudet mot verksamhet som kan vara till nackdel för nätdriften är oförenliga med bland annat artikel 63 FEUF och att de således inte ska tillämpas.
- 24 Staat der Nederlanden, som talan riktas mot i vart och ett av målen, bestridde yrkandet, i första hand med åberopande av att det privatiseringsförbud som föreskrivs i den nationella lagstiftningen utgör en egendomsordning, i den mening som avses i artikel 345 FEUF. Nämnade förbud innebär dels att aktier i en systemansvarig som är verksam i Nederländerna inte kan bli föremål för privata investeringar, dels att reglerna i EUF-fördraget om fri rörlighet för kapital och etableringsfrihet inte är tillämpliga. Medlemsstaten gjorde i andra hand gällande att koncernförbudet och förbudet mot verksamhet som kan vara till nackdel för nätdriften inte medför några hinder för kapitalrörelserna och för etableringsfriheten, eller att en begränsning av dessa friheter är motiverad av tvingande skäl av allmänintresse.
- 25 Den 11 mars 2009 ogillade Rechtbank Den Haag talan i samtliga mål som väckts av Essentbolagen. I andra instans upphävdes den domen av Gerechtshof Den Haag den 22 juni 2010, vilken i sin dom slog fast att de nationella bestämmelserna är oförenliga med artikel 63 FEUF och att de således ska lämnas utan avseende. Staat der Nederlanden överklagade domen till Hoge Raad der Nederlanden.
- 26 Mot denna bakgrund beslutade Hoge Raad der Nederlanden att vilandeförklara målen och att till domstolen ställa följande frågor, vilka utformats på samma sätt i vart och ett av de förenade målen:
- ”1) Ska artikel 345 FEUF tolkas så, att begreppet ’medlemsstaternas egendomsordning’ även omfattar det absoluta privatiseringsförbud som är i fråga i de aktuella målen, vilket föreskrivs i [2008 års förordning] jämförd med artikel 93 i [ellagen] och artikel 85 i gaslagen och vilket innebär att aktier i en systemansvarig uteslutande kan överlätas inom myndighetskretsen?
  - 2) Om den första frågan ska besvaras jakande, blir följden av detta att reglerna om den fria rörligheten för kapital inte är tillämpliga på koncernförbudet och förbudet mot verksamhet som kan vara till nackdel för nätdriften, eller åtminstone att det inte behöver prövas huruvida koncernförbudet och förbudet mot verksamhet som kan vara till nackdel för nätdriften är förenliga med reglerna om den fria rörligheten för kapital?
  - 3) Är målen att skapa insyn på energimarknaden och förhindra konkurrensnedvridning genom att motverka korssubventionering i vid mening (inklusive utbyte av strategisk information), som ingår bland de skäl som ligger till grund för [lagen om oberoende nätdrift], att betrakta som rent

ekonomiska intressen eller kan de också betraktas som intressen av icke-ekonomisk art, så att de – i egenskap av tvingande skäl av allmänintresse – under vissa villkor kan motivera en restriktion av den fria rörligheten för kapital?”

### **Förfarandet vid domstolen**

- 27 Den 26 mars 2012 beslutade domstolens ordförande att förena målen C-105/12–C-107/12 vad gäller det muntliga förfarandet och domen.

### **Prövning av tolkningsfrågorna**

#### *Den första och den andra frågan*

- 28 Den hänskjutande domstolen har ställt den första och den andra frågan, som ska prövas tillsammans, för att få klarhet i huruvida artikel 345 FEUF ska tolkas så, att den omfattar en sådan ordning med ett privatiseringsförbud som den som är i fråga i de nationella målen och som innebär att aktier i en systemansvarig för distributionssystem för el eller gas som är verksam i Nederländerna måste innehas, direkt eller indirekt, av de statliga, regionala eller kommunala myndigheter som anges i den nationella lagstiftningen. Om så är fallet frågar sig den hänskjutande domstolen huruvida denna tolkning medför att artikel 63 FEUF inte är tillämplig på sådana nationella bestämmelser som de som är i fråga i de nationella målen, vilka dels förbjuder kopplingar i form av ägande eller kontroll mellan å ena sidan bolag som ingår i en koncern i vilken en systemansvarig för distributionssystem för el eller gas som är verksam i landet också ingår och å andra sidan bolag som ingår i en koncern i vilken ett företag som producerar, levererar eller handlar med el eller gas i landet också ingår, dels förbjuder handlingar och verksamheter som utförs av den systemansvarige och den koncern som denne ingår i ”som kan vara till nackdel för [driften av det aktuella nätet]”.
- 29 Artikel 345 FEUF uttrycker principen att fördragen är neutrala i förhållande till medlemsstaternas egendomsordning.
- 30 Det framgår av domstolens praxis att fördragen i princip inte utgör hinder för att företag nationaliseras (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 juli 1964 i mål 6/64, Costa, REG 1964, s. 1141, på s. 1163; svensk specialutgåva, volym 1, s. 211) eller privatiseras (se, för ett liknande resonemang, dom av den 8 november 2012, kommissionen mot Grekland, punkt 17).
- 31 Av detta följer att medlemsstaterna lagligen får eftersträva ett mål som innebär införandet eller bibehållandet av en ordning för offentligt ägande när det gäller vissa företag.
- 32 I de nationella målen framgår det av artikel 93 punkt 2 i ellagen, artikel 85 punkt 2 i gaslagen och artikel 1 i 2008 års förordning, vars innehåll sammanfattas ovan i punkt 17, att privatiseringsförbudet, i den ifrågavarande nationella lagstiftningens mening, i princip innebär att aktier i en systemansvarig för distributionssystem enbart får överlätas till myndigheter och till juridiska personer som direkt eller indirekt ägs av myndigheter, eftersom varje överlåtelse som leder till att aktierna kommer i andra personers ägo är förbjuden.
- 33 Detta betyder att privatiseringsförbudet hindrar att aktier i en systemansvarig för distributionssystem för el eller gas som är verksam i Nederländerna ägs av en privatperson. Syftet med förbudet är således att behålla en ordning för offentligt ägande med avseende på sådana systemansvariga.
- 34 Ett sådant förbud omfattas av artikel 345 FEUF.

- 35 I det aktuella fallet framgår det vidare att privatiseringsförbudet innefattar det förbud som återfinns i artikel 10b punkt 2 i ellagen och det förbud som återfinns i artikel 2c punkt 2 i gaslagen. Enligt dessa förbud är det inte tillåtet för företag i en annan medlemsstat som producerar, levererar eller handlar med el eller gas i Nederländerna, och för bolag i en annan medlemsstat som ingår i en koncern i vilken ett sådant företag ingår, att förvärva aktier i en systemansvarig för distributionssystem för el eller gas som är verksam i Nederländerna.
- 36 Artikel 345 FEUF leder dock inte till att de grundläggande reglerna i EUF-fördraget – framför allt reglerna om icke-diskriminering, etableringsfrihet och den fria rörligheten för kapital – inte ska tillämpas på medlemsstaternas befintliga egendomsordningar (se, för ett liknande resonemang, domen av den 6 november 1984 i mål 182/83, Fearon, REG 1984, s. 3677, punkt 7, svensk specialutgåva, volym 7, s. 679, av den 1 juni 1999 i mål C-302/97, Konle, REG 1999, s. I-3099, punkt 38, av den 23 september 2003 i mål C-452/01, Ospelt och Schlössle Weissenberg, REG 2003, s. I-9743, punkt 24, av den 8 juli 2010 i mål C-171/08, kommissionen mot Portugal, REU 2010, s. I-6817, punkt 64, av den 21 december 2011 i mål C-271/09, kommissionen mot Polen, REU 2011, s. I-13613, punkt 44, och i det ovannämnda målet kommissionen mot Grekland, punkt 16).
- 37 Således kan den omständigheten att Konungariket Nederländerna, vad gäller systemansvariga för distributionssystem för el eller gas som är verksamma i landet, har infört en ordning för offentligt ägande som omfattas av artikel 345 FEUF inte befria denna medlemsstat från sin skyldighet att, inom denna sektor, iaktta reglerna om fri rörlighet för kapital (se, analogt, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Polen, punkt 44 och där angiven rättspraxis).
- 38 Privatiseringsförbudet omfattas således av tillämpningsområdet för artikel 63 FEUF och ska, liksom koncernförbudet och förbudet mot verksamhet som kan vara till nackdel för nätdriften, prövas mot bakgrund av den artikeln.
- 39 Det följer av fast rättspraxis att artikel 63.1 FEUF innebär ett förbud mot alla restriktioner för kapitalrörelser mellan medlemsstater (dom av den 28 september 2006 i de förenade målen C-282/04 och C-283/04, kommissionen mot Nederländerna, REG 2006, s. I-9141, punkt 18 och där angiven rättspraxis, samt domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Portugal, punkt 48).
- 40 Eftersom begreppet ”kapitalrörelser”, i den mening som avses i artikel 63.1 FEUF, inte definieras i EUF-fördraget, har domstolen ansett att den nomenklatur för kapitalrörelser som finns i bilaga 1 till rådets direktiv 88/361/EEG av den 24 juni 1988 för genomförandet av artikel 67 i [EG-]fördraget (EGT L 178, s. 5; svensk specialutgåva, område 10, volym 1, s. 44) är vägledande. Domstolen har således slagit fast att så kallade direkta investeringar, det vill säga investeringar i form av deläggande i företag genom köp av aktier som ger möjlighet att faktiskt medverka i förvaltningen eller kontrollen av företaget, samt så kallade portföljinvesteringar, det vill säga förvärv av värdepapper på kapitalmarknaden med enda syfte att genomföra en penningplacering utan avsikt att inverka på företagets förvaltning och kontrollen av detta, utgör kapitalrörelser i den mening som avses i artikel 63.1 FEUF (se domarna i de ovannämnda förenade målen kommissionen mot Nederländerna, punkt 19, och kommissionen mot Portugal, punkt 49).
- 41 Domstolen har, vad gäller dessa två typer av investeringar, preciserat att nationella åtgärder som kan hindra eller begränsa förvärv av aktier i de berörda företagen eller som kan avskräcka investerare från andra medlemsstater att investera i dessa företag ska anses utgöra ”hinder” i den mening som avses i artikel 63.1 FEUF (se domarna av den 4 juni 2002 i mål C-367/98, kommissionen mot Portugal, REG 2002, s. I-4731, punkterna 45 och 46, och i mål C-483/99, kommissionen mot Frankrike, REG 2002, s. I-4781, punkt 40, domarna av den 13 maj 2003 i mål C-463/00, kommissionen mot Spanien, REG 2003, s. I-4581, punkterna 61 och 62, och i mål C-98/01, kommissionen mot Förenade kungariket, REG 2003, s. I-4641, punkterna 47 och 49, dom av den 2 juni 2005 i mål C-174/04, kommissionen mot Italien, REG 2005, s. I-4933, punkterna 30 och 31, och domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Nederländerna, punkt 20).



- 42 Det framgår också av domstolens praxis att en nationell bestämmelse som medför kvantitativa eller kvalitativa restriktioner när det gäller investeringar som görs i andra medlemsstater har en restriktiv verkan för de bolag som är etablerade i de andra medlemsstaterna i och med att den för dem utgör ett hinder för kapitalanskaffning, eftersom förvärvet av bland annat aktier är begränsat (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Polen, punkterna 51 och 52 och där angiven rättspraxis).
- 43 I de nationella målen betyder privatiseringsförbudet att ingen privat investerare kan förvärva aktier eller andelar i en systemansvarig för ett distributionssystem för el eller gas som är verksam i Nederländerna.
- 44 När det gäller koncernförbudet och förbudet mot verksamhet som kan vara till nackdel för nätdriften konstaterar domstolen dessutom att dessa förbud innehåller flera aspekter. För det första följer det av koncernförbudet att ett bolag i en annan medlemsstat som ingår i en koncern i vilken ett företag som producerar, levererar eller handlar med el eller gas i Nederländerna också ingår inte kan förvärva aktier i ett bolag som ingår i en koncern i vilken en systemansvarig för ett distributionssystem för el eller gas som är verksam i Nederländerna också ingår.
- 45 För det andra betyder förbudet också att ett bolag som ingår i en koncern i vilken en systemansvarig för ett distributionssystem för el eller gas som är verksam i Nederländerna också ingår inte kan investera i ett företag i en annan medlemsstat som producerar, levererar eller handlar med el eller gas i Nederländerna eller i ett bolag som ingår i en koncern i vilken ett sådant företag ingår.
- 46 För det tredje är förbudet mot verksamhet som kan vara till nackdel för nätdriften av sådan beskaffenhet att det kan medföra kvalitativa restriktioner för investeringar som görs i andra medlemsstater eftersom det, direkt eller indirekt, hindrar bolag som tillhör en koncern i vilken en systemansvarig för ett distributionssystem för el eller gas som är verksam i Nederländerna också ingår från att investera i företag som bedriver annan verksamhet än nät drift.
- 47 Följaktligen utgör dessa förbud hinder för den fria rörligheten för kapital i den mening som avses i artikel 63 FEUF.
- 48 Följaktligen ska den första och den andra frågan besvaras enligt följande. Artikel 345 FEUF ska tolkas så, att den omfattar en ordning med ett privatiseringsförbud, såsom den som är i fråga i de nationella målen och som innebär att aktier i en systemansvarig för ett distributionssystem för el eller gas som är verksam i Nederländerna måste innehas, direkt eller indirekt, av de statliga, regionala eller kommunala myndigheter som anges i den nationella lagstiftningen. Denna tolkning medför dock inte att artikel 63 FEUF inte är tillämplig på sådana nationella bestämmelser som de som är i fråga i de nationella målen, som förbjuder privatisering av systemansvariga för ett distributionssystem för el eller gas, eller som dels förbjuder kopplingar i form av ägande eller kontroll mellan å ena sidan bolag som ingår i en koncern i vilken en systemansvarig för ett distributionssystem för el och gas som är verksam i Nederländerna också ingår och å andra sidan bolag som ingår i en koncern i vilken ett företag som producerar, levererar eller handlar med el eller gas i landet också ingår, dels förbjuder den systemansvarige och den koncern som denne ingår i att utföra handlingar och bedriva verksamheter som kan vara till nackdel för driften av det aktuella nätet.

#### *Den tredje frågan*

- 49 Den nationella domstolen har ställt den tredje frågan för att få klarhet i huruvida målen att motverka korssubventionering i vid mening, inklusive utbyte av strategisk information, att skapa insyn på el- och gasmarknaden och att förhindra konkurrenssnedvridning utgör rent ekonomiska intressen eller tvärtom utgör tvingande skäl av allmänintresse som kan motivera en restriktion av den fria rörligheten för kapital.



- 50 Domstolen har vid upprepade tillfällen slagit fast att den fria rörligheten för kapital får inskränkas med stöd av nationella bestämmelser endast om de är motiverade med hänsyn till ett av de skäl som anges i artikel 65 FEUF, eller om de är motiverade av tvingande skäl av allmänintresse i den mening som avses i domstolens praxis (se dom av den 14 februari 2008 i mål C-274/06, kommissionen mot Spanien, punkt 35, och domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Polen, punkt 55).
- 51 Det framgår dessutom av fast rättspraxis att rent ekonomiska skäl inte kan utgöra sådana tvingande skäl av allmänintresse som kan motivera en inskränkning av en grundläggande frihet som garanteras i fördragen (domarna av den 16 januari 2003 i mål C-388/01, kommissionen mot Italien, REG 2003, s. I-721, punkt 22, och av den 17 mars 2005 i mål C-109/04, Kranemann, REG 2005, s. I-2421, punkt 34).
- 52 Domstolen har emellertid godtagit att en nationell lagstiftning som utgör ett hinder för en grundläggande frihet kan vara motiverad när den har införts på grund av ekonomiska skäl som syftar till att uppnå ett mål av allmänintresse (se, för ett liknande resonemang, domen av den 11 september 2008 i mål C-141/07, kommissionen mot Tyskland, REG 2008, s. I-6935, punkt 60 och där angiven rättspraxis).
- 53 När det gäller privatiseringsförbudet, som omfattas av artikel 345 FEUF, har det således visserligen slagits fast att denna artikel inte kan åberopas för att motivera ett hinder mot reglerna om den fria rörligheten för kapital (se domarna av den 8 juli 2010 i de ovannämnda målen kommissionen mot Portugal, punkt 64 och där angiven rättspraxis, och kommissionen mot Polen, punkt 44). Detta betyder för den skull inte att det intresse som låg bakom lagstiftarens beslut vid valet mellan offentligt och privat ägande för systemansvariga för distributionssystem för el eller gas inte kan beaktas såsom ett tvingande skäl av allmänintresse.
- 54 Det ska noteras att omständigheterna i de nu aktuella nationella målen och i de ovannämnda målen kommissionen mot Portugal och kommissionen mot Polen inte är jämförbara. I de aktuella målen vid den nationella domstolen rör det sig nämligen om ett absolut privatiseringsförbud. I domen av den 8 juli 2010 i det ovannämnda målet kommissionen mot Portugal handlade det däremot om hinder som hade uppstått till följd av vissa förmåner som medlemsstaterna hade knutit till sina aktieinnehav i ett privatiserat företag, och i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Polen, var det fråga om restriktioner av möjligheten för öppna pensionsfonder att investera i utlandet, som emellertid inte på något sätt påverkade egendomsordningen för dessa fonder.
- 55 Således kan de skäl som ligger bakom valet av ägandeform i den nationella lagstiftningen, vilken omfattas av artikel 345 FEUF, utgöra faktorer som kan motivera restriktioner av den fria rörligheten för kapital. I de nationella målen ankommer det således på den hänskjutande domstolen att göra en sådan prövning.
- 56 Vad beträffar de övriga förbuden konstaterar domstolen för det första att målen att motverka korssubventionering i vid mening, inklusive utbyte av strategisk information, att skapa insyn på el- och gasmarknaden och att förhindra konkurrenssnedvridning syftar till att säkerställa en fri konkurrens på marknaderna för produktion, leverans och handel med el och gas i Nederländerna, och för det andra att målet att motverka korssubventionering därutöver syftar till att säkerställa att tillräckliga investeringar görs i distributionssystemen för el och gas.
- 57 Det ska således prövas huruvida de nationella åtgärder som är i fråga vid den hänskjutande domstolen har vidtagits för att – medelst de ovannämnda målen – slutligen uppnå tvingande mål av allmänintresse.
- 58 Målet att det ska råda fri konkurrens på dessa marknader är också ett av EUF-fördragets mål. I ingressen framhålls bland annat att det finns ett behov av samordnade åtgärder för att garantera sund konkurrens, detta för att i slutändan skydda konsumenterna. Enligt domstolens fasta praxis utgör

konsumentskydd ett tvingande skäl av allmänintresse (domarna av den 13 september 2007 i mål C-260/04, kommissionen mot Italien, REG 2007, s. I-7083, punkt 27, av den 29 november 2007 i mål C-393/05, kommissionen mot Österrike, REG 2007, s. I-10195, punkt 52, och av den 18 november 2010 i mål C-458/08, kommissionen mot Portugal, REU 2010, s. I-11599, punkt 89).

- 59 Målet att säkerställa att tillräckliga investeringar görs i distributionssystemen för el och gas syftar bland annat till att trygga energiförsörjningen, vilket är ett syfte som domstolen också har erkänt som ett tvingande skäl av allmänintresse (domen av den 10 juli 1984 i mål 72/83, *Campus Oil m.fl.*, REG 1984, s. 2727, punkterna 34 och 35, svensk specialutgåva, volym 7, s. 633, av den 4 juni 2002 i mål C-503/99, kommissionen mot Belgien, REG 2002, s. I-4809, punkt 46, och av den 2 juni 2005 i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, punkt 40).
- 60 Slutligen framhåller domstolen, vilket framgår av punkterna 18 och 20 i denna dom, att koncernförbudet och förbudet mot verksamhet som kan vara till nackdel för nätdriften infördes genom lagen om oberoende nät drift, vilken i sin tur bland annat innebar ändringar av de nationella bestämmelser som hade antagits för att införliva artikel 15 i direktiv 2003/54 och artikel 13 i direktiv 2003/55.
- 61 Det framgår av skälen 4–8 och 10 i direktiv 2003/54 samt av skälen 4 och 6–10 i direktiv 2003/55 att syftet med dessa direktiv bland annat är att säkerställa en öppen marknad som medger insyn, att garantera ett tillträde till nät som tillhör den systemansvarige för distributionssystemet som är icke-diskriminerande och medger insyn samt att säkra en sund konkurrens.
- 62 Det framgår av skäl 8 i direktiv 2003/54 och av skäl 10 i direktiv 2003/55 att medlemsstaterna utvecklar åtgärder i syfte att uppnå dessa mål. Vidare framhålls unionslagstiftarens önskan om att de systemansvariga för distributionssystemen ska ha faktisk rätt att fatta beslut när det gäller de tillgångar som behövs för att underhålla, driva och utveckla näten.
- 63 Dessutom framgår det av skäl 23 i direktiv 2003/54 och av skäl 23 i direktiv 2003/55 att underhåll och anläggning av nödvändig nätinфраstruktur är viktiga förutsättningar för att garantera en stabil el- och gasförsörjning.
- 64 Av detta följer att även om koncernförbudet och förbudet mot verksamhet som kan vara till nackdel för nätdriften inte föreskrivs genom dessa direktiv har Konungariket Nederländerna genom införandet av de aktuella åtgärderna eftersträvat vissa av de syften som har uppställts för 2003 års direktiv.
- 65 Detta konstaterande stöds av direktiven 2009/72 och 2009/73 som har samma syften, vilket framgår såväl av skälen 3, 4, 9–12, 15, 25 och 44 i direktiv 2009/72 som av skälen 3, 4, 6–13, 22 och 40 i direktiv 2009/73. Framför allt visar skälen 4, 9, 11, 15, 25, 26 och 44 i direktiv 2009/72 och skälen 4, 6, 8, 12, 22, 25 och 40 i direktiv 2009/73 på unionslagstiftarens vilja att säkerställa ett icke-diskriminerande tillträde till distributionssystem för el och gas samt transparens på marknaderna, att motverka korssubventionering, att säkerställa att tillräckliga investeringar görs i nätverken för att garantera en stabil el- och gasförsörjning samt att hindra utbyte av konfidentiella uppgifter mellan de systemansvariga och produktions- och leveransföretagen.
- 66 De syften som den hänskjutande domstolen har hänvisat till kan således i princip, i egenskap av tvingande skäl av allmänintresse, motivera de hinder för de grundläggande friheterna som har konstaterats.
- 67 Dock krävs det också att hindren i fråga är ägnade att säkerställa förverkligandet av de mål som eftersträvas med dem och att de inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå dessa mål (domarna av den 11 oktober 2007 i mål C-451/05, *ELISA*, REG 2007, s. I-8251, punkt 82, och i det ovannämnda målet kommissionen mot Polen, punkt 58), och det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva om så är fallet.

68 Mot denna bakgrund ska den tredje frågan besvaras enligt följande:

- Vad gäller den ordning med ett privatiseringsförbud som är i fråga i de nationella målen, och som omfattas av artikel 345 FEUF, kan de syften som ligger bakom lagstiftarens val av egendomsordning beaktas såsom tvingande skäl av allmänintresse, vilka kan motivera hindret för den fria rörligheten för kapital.
- Vad gäller de övriga förbuden kan syftena att motverka korssubventionering i vid mening, inklusive utbyte av strategisk information, att skapa insyn på el- och gasmarknaden och att förhindra konkurrensnedvridning – i egenskap av tvingande skäl av allmänintresse – motivera att den fria rörligheten för kapital begränsas genom sådana nationella bestämmelser som de som är i fråga i de nationella målen.

### Rättegångskostnader

69 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (stora avdelningen) följande:

- 1) **Artikel 345 FEUF ska tolkas så, att den omfattar en ordning med ett privatiseringsförbud, såsom den som är i fråga i de nationella målen och som innebär att aktier i en systemansvarig för distributionssystem för el eller gas som är verksam i Nederländerna måste innehas, direkt eller indirekt, av de statliga, regionala eller kommunala myndigheter som anges i den nationella lagstiftningen. Denna tolkning medför dock inte att artikel 63 FEUF inte är tillämplig på sådana nationella bestämmelser som de som är i fråga i det nationella målet, som förbjuder privatisering av systemansvariga för distributionssystem för el eller gas, eller som dels förbjuder kopplingar i form av ägande eller kontroll mellan å ena sidan bolag som ingår i en koncern i vilken en systemansvarig för distributionssystem för el och gas som är verksam i Nederländerna också ingår och å andra sidan bolag som ingår i en koncern i vilken ett företag som producerar, levererar eller handlar med el eller gas i landet också ingår, dels förbjuder den systemansvarige och den koncern som denne ingår i att utföra handlingar och bedriva verksamheter som kan vara till nackdel för driften av det aktuella nätet.**
- 2) **Vad gäller den ordning med ett privatiseringsförbud som är i fråga i de nationella målen, och som omfattas av artikel 345 FEUF, kan de syften som ligger bakom lagstiftarens val av egendomsordning beaktas såsom tvingande skäl av allmänintresse, vilka kan motivera hindret för den fria rörligheten för kapital. Vad gäller de övriga förbuden kan syftena att motverka korssubventionering i vid mening, inklusive utbyte av strategisk information, att skapa insyn på el- och gasmarknaden och att förhindra konkurrensnedvridning – i egenskap av tvingande skäl av allmänintresse – motivera att den fria rörligheten för kapital begränsas genom sådana nationella bestämmelser som de som är i fråga i de nationella målen.**

Underskrifter