Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKATEN
GIOVANNI PITRUZZELLA
föredraget den 14 januari 2021 [1]

Mål C-718/18

Europeiska kommissionen
mot

Förbundsrepubliken Tyskland

”Fördragsbrott – Inre marknaderna för el och naturgas – Direktiv 2009/72 och direktiv 2009/73 – Begreppet vertikalt integrerat företag – Effektiv åtskillnad mellan drift av överföringssystem och produktions- och leveransverksamhet – Oberoende för personal och företagsledning hos systemansvarig för överföringssystemet – De nationella tillsynsmyndigheternas exklusiva befogenheter och oberoende – Demokratiprincipen”

1. Vilken räckvidd har begreppet vertikalt integrerat företag inom el- och gassektorn? Omfattar begreppet även verksamhet som bedrivs utanför Europeiska unionen? Hur omfattande är den exklusiva behörighet som de nationella tillsynsmyndigheterna (nedan kallade tillsynsmyndigheterna) har tilldelats inom el- och gassektorerna genom unionsrätten? Vilka lagstiftningsmarginaler har medlemsstaterna i detta avseende?

2. Det är huvudfrågorna i Europeiska kommissionens talan, vilken syftar till att domstolen ska slå fast att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt flera bestämmelser 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 [2] och 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 [3] (nedan kallade direktiven).

[1] Originalspråk: italienska.

[2] EUT L 211, 2009, s. 55. Direktiv 2009/72 upphävs från och med den 1 januari 2021 genom 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 (omarbetning) (EUT L 158, 2019, s. 125).

[3] EUT L 211, 2009, s. 94.

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätt

1. Direktiv 2009/72

3. I artikel 2.21 i direktiv 2009/72 anges följande: ”I detta direktiv avses med … vertikalt integrerat företag: ett elföretag eller en grupp av elföretag där samma person(er) direkt eller indirekt har rätt att utöva kontroll och där det berörda företaget eller den berörda företagsgruppen bedriver verksamhet inom minst ett av områdena överföring eller distribution och minst ett av områdena produktion eller leverans av el.”

4. I artikel 19 i direktiv 2009/72, som har rubriken ”Oberoende för den oberoende systemansvarige för överförings personal och företagsledning”, föreskrivs följande i punkterna 3, 5 och 8:

”3. Ingen yrkesmässig position eller affärsförbindelse eller yrkesmässigt ansvar eller intresse, vare sig direkt eller indirekt, i eller med det vertikalt integrerade företaget eller någon del av detta, eller med någon annan majoritetsaktieägare än den oberoende systemansvarige för överföring får utövas under en treårsperiod före utnämningen av personer med ansvar för företagsledning och/eller ledamöter av den oberoende systemansvarige för överförings administrativa organ, vilka omfattas av denna punkt. …

5. Personer som ansvarar för företagsledningen och/eller är ledamöter i administrativa organ samt den oberoende systemansvarige för överförings anställda får inte ha något intresse eller erhålla ekonomiska förmåner, vare sig direkt eller indirekt, från någon annan del av det vertikalt integrerade företaget än den oberoende systemansvarige för överföring. Deras lön får inte bero på det vertikalt integrerade företagets verksamhet eller resultat som inte härrör från den oberoende systemansvarige för överföring. …

8. Punkt 3 ska tillämpas på majoriteten av de personer som ansvarar för företagsledningen och/eller är ledamöter i det administrativa organet för den oberoende systemansvarige för överföring.

De personer som ansvarar för företagsledningen och/eller är ledamöter i det administrativa organet för den systemansvarige för överföringssystemet och som inte omfattas av punkt 3 får inte ha utövat någon ledningsverksamhet eller någon annan relevant verksamhet i det vertikalt integrerade företaget under minst sex månader före sin utnämning.

Första stycket i denna punkt och punkterna 4–7 ska gälla samtliga personer som tillhör den verkställande ledningen samt dem som rapporterar direkt till dessa personer i frågor som rör drift, underhåll och utveckling av nätet.”

5. I artikel 35 i direktiv 2009/72, med rubriken ”Tillsynsmyndigheternas utnämning och oberoende”, föreskrivs följande:

”1. Varje medlemsstat ska utse en nationell tillsynsmyndighet på nationell nivå. …

4. Medlemsstaterna ska garantera tillsynsmyndighetens oberoende och säkerställa att den utövar sina befogenheter på ett opartiskt och transparent sätt. I detta syfte ska medlemsstaterna se till att tillsynsmyndigheten, när den utför de uppgifter som den tilldelas i enlighet med detta direktiv och tillhörande lagstiftning,

a) är juridiskt åtskild från och funktionellt oberoende av alla andra offentliga och privata organ,

b) att dess personal och de personer som svarar för dess ledning

   i) agerar oberoende av marknadsintressen, och

   ii) inte söker eller tar emot direkta anvisningar från någon regering eller annat offentligt eller privat organ när de utför sina tillsynsuppgifter. Detta krav inkräktar inte i förekommande fall på ett nära samarbete med andra berörda nationella myndigheter eller på de allmänna politiska riktlinjer som regeringen utfärdat och som inte avser tillsynsskyldigheter och tillsynsbefogenheter enligt artikel 37.

5. För att bevara tillsynsmyndighetens oberoende ställning ska medlemsstaterna i synnerhet se till

a) att tillsynsmyndigheten kan fatta självständiga beslut oberoende av något politiskt organ …”

6. I artikel 37 i direktiv 2009/72, med rubriken ”Tillsynsmyndighetens skyldigheter och befogenheter”, föreskrivs följande:

”1. Tillsynsmyndigheten ska ha följande skyldigheter:

a) Fastställa eller godkänna, enligt transparenta kriterier, överförings- eller distributionstariffer eller metoder för beräkning av dem. …

6. Tillsynsmyndigheterna ska ansvara för att tillräckligt lång tid i förväg innan dessa träder i kraft, fastställa eller godkänna åtminstone metoder för att beräkna eller fastställa villkoren för

a) anslutning och tillträde till nationella nät, inklusive överförings- och distributionstariffer eller deras beräkningsmetoder; dessa tariffer eller metoder ska utformas så att nödvändiga investeringar i näten kan göras på ett sätt som gör det möjligt att säkra nätens funktion,

b) tillhandahållande av balanstjänster, vilka ska utföras så ekonomiskt som möjligt och ge nätanvändarna goda incitament för nätanvändarna att balansera sin inmatning och sitt uttag; balanstjänsterna ska tillhandahållas rättvist och utan diskriminering och bygga på objektiva kriterier, …”.

2. Direktiv 2009/73

7. Artiklarna 2.20, 19.3, 19.5, 19.8, 39.1, 39.4, 39.5, 41.1 a, 41.6 a och 41.6 b i direktiv 2009/73 motsvarar i tillämpliga delar, med avseende på naturgassektorn, de ovan angivna bestämmelserna i direktiv 2009/72.

B. Tysk rätt

8. I 3 § punkt 38 i Energiewirtschaftsgesetz (lag om energiförsörjning) (nedan kallad EnWG)[4] anges att ett vertikalt integrerat energiförsörjningsföretag är ”ett företag som bedriver verksamhet i Europeiska unionen inom el- eller gassektorn eller en grupp av el- eller gasföretag, i den mening som avses i artikel 3.2 i förordning nr 139/2004 … om kontroll av företagskoncentrationer[5], förutsatt att företaget eller företagsgruppen i fråga bedriver verksamhet i Europeiska unionen inom elsektorn på minst ett av områdena transport eller leverans och minst ett av områdena produktion eller leverans av el eller, inom naturgassektorn, på minst ett av områdena transport, leverans, drift av en LPG-anläggning eller lagring och samtidigt på områdena utvinning eller leverans av naturgas”.

9. I 10c § punkt 2 EnWG föreskrivs följande:

”Majoriteten av de personer som har ansvar för företagsledningen hos den systemansvarige för överföringssystemet får inte, under de senaste tre åren före utnämningen, ha varit anställda vid, eller ha haft affärsförbindelser med, ett företag i det vertikalt integrerade företaget, eller någon av dess majoritetsaktieägare, som bedriver verksamhet inom elsektorn på något av områdena produktion, leverans, tillhandahållande eller inköp av el och, inom naturgassektorn, på något av områdena produktion, leverans, tillhandahållande, inköp eller lagring av naturgas eller som utför uppgifter av kommersiell eller teknisk art eller som avser underhåll med anknytning till sådana områden. Övriga personer som har ansvar för företagsledningen hos den oberoende systemansvarige för överföringssystemet får inte, under minst sex månader före utnämningen, ha fullgjort ledningsuppgifter eller uppgifter som liknar de uppgifter som utförs hos den oberoende systemansvarige för överföringssystemet hos ett företag i det vertikalt integrerade företaget, eller hos någon av dess majoritetsaktieägare, som bedriver verksamhet inom elsektorn på något av områdena produktion, leverans, tillhandahållande eller inköp av elenergi och, inom naturgassektorn, på något av områdena produktion, leverans, tillhandahållande, inköp eller lagring av naturgas eller som utför uppgifter av kommersiell eller teknisk art eller som avser underhåll med anknytning till sådana områden …”

10. I 10c § punkt 4 EnWG anges följande:

”Den oberoende systemansvarige för överföringssystemet och det vertikalt integrerade energiföretaget ska garantera att de personer som har ansvar för företagsledningen och andra anställda hos den oberoende systemansvarige för överföringssystemet inte förvärvar andelar i det vertikalt integrerade energiföretaget eller i någon del därav efter den 3 mars 2012, såvida det inte rör sig om andelar i den oberoende systemansvarige för överföringssystemet. Personer som har ansvar för företagsledningen ska senast den 31 mars 2016 överlåta sina andelar i det vertikalt integrerade energiförsörjningsföretaget eller i delar av detta. …”

11. Enligt 10c § punkt 6 EnWG ska 10c § punkt 2 gälla i tillämpliga delar för alla personer som är direkt underordnade de personer som har ansvar för företagsledningen och som har ansvar för drift, underhåll eller utveckling av nätet.

4 Energiewirschaftsgesetz av den 7 juli 2005 (BGBl. I, s. 1970 och 3621) i dess ändrade lydelse.

5 Rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer (EUT L 24, 2004, s. 1).

12. 24 § EnWG, som har rubriken ”Bestämmelser om villkor och avgifter för tillträde till nätet samt om tillhandahållande och inköp av balanstjänster; regleringsbefogenhet” har följande lydelse:

”1. Förbundsregeringen får genom förordning, med samtycke från Bundesrat,

1. fastställa villkoren för tillträde till nätet, däribland inköp och tillhandahållande av balanstjänster, och metoder för att fastställa dessa villkor samt metoder för fastställande av tillträdestariffer …,

2. fastställa i vilka fall och på vilka villkor tillsynsmyndigheten får fastställa dessa villkor eller metoder eller godkänna dem på begäran av systemansvarig,

3. fastställa i vilka särskilda fall av nätanvändning eller under vilka förutsättningar tillsynsmyndigheten, i enskilda fall, får godkänna eller vägra godkänna enskilda tariffer för tillträde till nätet.”

II. Det administrativa förfarandet och förfarandet vid domstolen

13. Den 20 maj 2014 ställde kommissionen en rad frågor till Förbundsrepubliken Tyskland angående införlivandet av direktiven 2009/72 och 2009/73, i samband med att kommissionen på eget initiativ granskade införlivandet av dessa direktiv i tysk rätt för att kontrollera om det förelåg några oförenligheter med unionsrätten. De tyska myndigheterna besvarade dessa frågor genom skrivelse av den 12 september 2014.

14. Kommissionen fann att den nationella rätten var oförenlig med direktiven på flera punkter och översände därför den 27 februari 2015 formell underrättelse om fördragsbrott nr 2014/2285 till Förbundsrepubliken Tyskland. Denna medlemsstat besvarade underrättelsen genom skrivelse av den 24 juni 2015.

15. Den 29 april 2016 översände kommissionen ett motiverat yttrande till Förbundsrepubliken Tyskland. Kommissionen upprepade härvid samma ståndpunkt som i den formella underrättelsen, att några bestämmelser i tysk rätt inte var förenliga med direktiven 2009/72 och 2009/73. Förbundsrepubliken Tyskland svarade genom en skrivelse av den 29 augusti 2016 och angav att lagstiftningen var på väg att ändras på några av de punkter som togs upp i det motiverade yttrandet. Den 19 september 2017 översände Förbundsrepubliken Tyskland den ändrade lagtexten, som varit i kraft sedan den 22 juli 2017.

16. Kommissionen ansåg att de bestämmelser som Förbundsrepubliken Tyskland hade antagit fortfarande inte var helt förenliga med de två direktiven och väckte därför den nu aktuella talan.

III. Rättslig bedömning

17. Kommissionen har grundat sin talan på fyra anmärkningar som alla rör Förbundsrepubliken Tysklands felaktiga införlivande av direktiven 2009/72 och 2009/73 genom EnWG.

A. Den första anmärkningen: felaktigt införlivande av begreppet vertikalt integrerat företag

1. Parternas argument

18. Kommissionen har anfört att definitionen av begreppet vertikalt integrerat företag i 3 § punkt 38 EnWG strider mot artikel 2.21 i direktiv 2009/72 och artikel 2.20 i direktiv 2009/73 och att Förbundsrepubliken Tyskland därmed inte har fullgjort sina skyldigheter enligt dessa bestämmelser i direktiven.

19. Kommissionen har framhållit att begreppet vertikalt integrerat företag enligt definitionen i EnWG är begränsat till företag som bedriver verksamhet inom unionen. Det innebär att företag som bedriver verksamhet utanför unionen inte omfattas av definitionen, även om de kontrolleras av ett vertikalt integrerat företag. Verksamhet avseende produktion eller leverans som bedrivs utanför unionen faller till exempel utanför definitionens tillämpningsområde. Den tyska tillsynsmyndigheten tar inte hänsyn till verksamhet som bedrivs utanför unionen när den fastställer huruvida ett företag ska betraktas som ett vertikalt integrerat företag. Således undersöker den inte huruvida sådan verksamhet ger upphov till intressekonflikter.

20. Kommissionen menar att de tyska bestämmelserna strider mot såväl bestämmelserna i artikel 2.21 i direktiv 2009/72 och artikel 2.20 i direktiv 2009/73 som syftena med direktivens bestämmelser om effektiv åtskillnad mellan verksamheter.

21. Sett till den bokstavliga lydelsen innehåller ingen av de båda bestämmelserna någon begränsning i fråga om det geografiska område där det vertikalt integrerade företagets verksamheter ska bedrivas. Tvärtom framgår det av skäl 24 i direktiv 2009/72 och skäl 21 i direktiv 2009/73 att den effektiva åtskillnaden mellan nätverksamhet och leverans- och produktionsverksamhet bör gälla i hela unionen, för både unionsföretag och icke-unionsföretag.

22. Syftet med bestämmelserna om effektiv åtskillnad är att säkerställa att en systemansvarig för överföringssystem endast certifieras om den systemansvarige kan garantera en oberoende och icke-diskriminerande nätdrift. Bestämmelserna är avsedda att undanröja incitament för vertikalt integrerade företag att diskriminera konkurrenter vad beträffar tillträde till nätet, tillgång till affärsuppgifter och till investeringar. Kommissionen menar att en sådan intressekonflikt skulle kunna uppstå inte bara när det vertikalt integrerade företagets verksamhet bedrivs inom unionen, utan även när sådan verksamhet bedrivs utanför unionen.

23. Den omständigheten att tillämpningsområdet för begreppet vertikalt integrerat företag omfattar verksamhet som bedrivs utanför unionen innebär inte att utomeuropeiska företag direkt erhåller rättigheter och skyldigheter enligt EU-bestämmelserna och utvidgar inte heller unionens behörighetsområden. Systemansvariga för överföringssystem som omfattas av reglerna om effektiv åtskillnad är nämligen alltid verksamma inom unionen. Genom att verksamhet som bedrivs utanför unionen ingår i definitionen av vertikalt integrerat företag kan denna verksamhet bedömas i unionen. Det finns inte någon konkurrens- eller folkrättslig princip som hindrar en sådan tolkning.

24. Förbundsrepubliken Tyskland har bestritt kommissionens resonemang.

25. Sett till den bokstavliga lydelsen framgår det för det första av rättspraxis att medlemsstaterna inte är skyldiga att införliva direktiven ordagrant, förutsatt att de garanterar att de införlivas materiellt. Definitionen av begreppet vertikalt integrerat företag i 3 § punkt 38 EnWG strider inte

mot texten i artikel 2.21 i direktiv 2009/72 och i artikel 2.20 i direktiv 2009/73. Bestämmelserna innehåller nämligen ingen angivelse om den geografiska räckvidden och kräver således ett klargörande i det avseendet när medlemsstaterna införlivar dem med nationell rätt. Domstolen har för övrigt nyligen klargjort att det ankommer på medlemsstaterna att vid införlivandet gör de preciseringar som krävs om en bestämmelse i ett direktiv måste preciseras för att principen om rättssäkerhet ska tillgodoses. [6] Den tyska regeringen har grundat sin tolkning på skälen 24 och 25 i direktiv 2009/72 och skälen 21 och 22 i direktiv 2009/73.

26. Kommissionens uppfattning är för det andra inte förenlig med syftena med direktivens bestämmelser om effektiv åtskillnad. Kommissionen har först och främst inte uppfyllt sin bevisbörda för fördragsbrott och har inte lagt fram något exempel på möjliga intressekonflikter. Den tyska regeringen menar att syftena med bestämmelserna om effektiv åtskillnad inte innebär att verksamhet som energiförsörjningsföretag bedriver utanför unionen måste beaktas i definitionen av vertikalt integrerat företag. Intressekonflikter kan nämligen endast föreligga om de delar av ett vertikalt integrerat företag som bedriver verksamhet inom konkurrensutsatta sektorer för produktion och leverans av el och gas är verksamma inom unionen. Om det inte bedrivs någon verksamhet inom unionen finns ingen risk för att en systemansvarig för överföringssystem påverkas negativt.

27. För det tredje strider det mot såväl rättspraxis, enligt vilken unionsrätten endast ska tillämpas om det aktuella handlandet kommer att få en omedelbar och väsentlig verkan inom unionen, som mot folkrätten att låta definitionen av begreppet vertikalt integrerat företag omfatta verksamheter som bedrivs utanför unionen av företag i tredjeländer. Företag i tredjeländer skulle nämligen få rättigheter och skyldigheter utan att de verkar inom unionen och utan att den verksamhet de bedriver utanför unionen har några effekter inom unionen.

28. Den tyska regeringen har för det fjärde anfört att en tolkning av direktiven mot bakgrund av de rättsliga grunderna och de grundläggande fri- och rättigheterna ger stöd för dess ståndpunkt. Den tyska regeringen har understrukit att direktiven antagits med stöd av artikel 47.2 och artiklarna 55 och 95 FEG, [7] vilka syftar till att underlätta utövandet av näringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster och avser den inre marknadens upprättande och funktion. Dessa bestämmelser i fördraget kan följaktligen inte utgöra rättslig grund för bestämmelser som är tillämpliga på näringsverksamhet som företag bedriver i tredjeland. Direktiven innebär dessutom att vertikalt integrerade företag påförs skyldigheter som begränsar den fria rörligheten för kapital enligt artikel 63 FEUF, näringsfriheten för företag och arbetstagare enligt artikel 16 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan), och rätten till egendom enligt artikel 17.1 i stadgan. I och med att verksamhet som företag i tredjeländer bedriver utanför unionen inte påverkar den inre marknaden, är sådana inskränkningar i de grundläggande rättigheterna och friheterna inte nödvändiga för att uppnå målet att garantera att överföringssystemen i unionen fungerar effektivt och utan diskriminering.

2. Bedömning

29. Huruvida kommissionens första anmärkning är välgrundad beror på räckvidden av begreppet vertikalt integrerat företag enligt definitionen i artikel 2.21 i direktiv 2009/72 och artikel 2.20 i direktiv 2009/73. Det ska i synnerhet prövas huruvida sådana nationella bestämmelser som de tyska, som innebär att verksamhet som ett företag eller en företagsgrupp bedriver utanför

[6] Dom av den 30 januari 2019, Planta Tabak (C-220/17, EU:C:2019:76, punkt 33).

[7] Nu artiklarna 53.2, 62 och 114 FEUF.

unionen inte omfattas av detta begrepp och följaktligen inte ingår i tillämpningsområdet för bestämmelserna om effektiv åtskillnad mellan näten och verksamheter som avser produktion och leverans av el och gas, är förenliga med detta begrepp.

30. Jag vill först och främst framhålla att det inte anges vare sig i artikel 2.21 i direktiv 2009/72 eller i artikel 2.20 i direktiv 2009/73 att medlemsstaterna har rätt att definiera begreppet vertikalt integrerat företag.

31. Enligt EU-domstolens fasta praxis följer det såväl av kravet på en enhetlig tillämpning av unionsrätten som av likhetsprincipen, att ordalydelsen i en unionsbestämmelse som inte innehåller någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar för fastställandet av bestämmelsens innebörd och tillämpningsområde, i regel ska ges en självständig och enhetlig tolkning inom hela unionen, med beaktande av det sammanhang i vilket bestämmelsen förekommer och det mål som eftersträvas med den aktuella lagstiftningen. [8]

32. När det för det första gäller lydelsen i de två aktuella bestämmelserna, vill jag först och främst framhålla att dessa bestämmelser, i motsats till 3 § punkt 38 EnWG, inte innehåller någon uttrycklig geografisk begränsning av räckvidden av definitionen av begreppet vertikalt integrerat företag, i den meningen att det är avgränsat till verksamhet som bedrivs i unionen.

33. Enligt fast rättspraxis är en medlemsstat visserligen inte skyldig att införliva definitionerna i ett direktiv ordagrant och det är således inte något krav att direktivets bestämmelser när de införlivas med nationell rätt ska återges med samma lydelse i en regel i lag eller annan författning. Det är ändå nödvändigt att medlemsstaten säkerställer att direktivet tillämpas fullt ut på ett tillräckligt klart och precist sätt. [9]

34. Det blir således avgörande huruvida den begränsning av begreppet vertikalt integrerat företag som föreskrivs i tysk rätt, vilken innebär att definitionen enbart omfattar verksamhet som bedrivs i unionen, endast utgör en precisering av direktivens definition av begreppet, som den tyska regeringen har anfört, eller om den utgör en otillbörlig begränsning av definitionens räckvidd, som kommissionen har hävdat.

35. Även om det inte är möjligt att dra någon slutgiltig slutsats utifrån lydelsen, anser jag ändå att en systematisk och teleologisk analys av bestämmelserna talar för det andra alternativet och bekräftar att den omständigheten att det inte anges uttryckligen i direktivtexten att begreppet vertikalt integrerat företag enbart omfattar verksamhet som bedrivs i unionen innebär att definitionen inte enbart ska tillämpas på sådan verksamhet.

36. När det för det andra gäller det sammanhang som kringgärdar definitionen av begreppet vertikalt integrerat företag, ingår detta i de bestämmelser i direktiven som syftar till att säkerställa en effektiv åtskillnad mellan nätverksamhet och verksamheter som rör produktion och leverans av el och gas. [10]

37. Direktiven ger medlemsstaterna tre möjligheter att säkerställa en sådan effektiv åtskillnad. Det första alternativet är att föreskriva åtskilt ägande, vilket innebär att nätägaren utses till systemansvarig och att nätägaren ska vara oberoende i förhållande till alla intressen i leverans- och

8 Se, bland annat, dom av den 8 oktober 2020, Crown van Gelder (C-360/19, EU:C:2020:805, punkt 21 och där angiven rättspraxis).

9 Se, för ett liknande resonemang, bland annat dom av den 25 januari 2018, kommissionen/Republiken Tjeckien (C-314/16, EU:C:2018:42, punkt 35 och där angiven rättspraxis).

10 Se skäl 9 i direktiv 2009/72 och skäl 6 i direktiv 2009/73.

produktionsföretag. I direktivets systematik utgör detta det effektivaste sättet att undanröja den intressekonflikt som i direktiven definieras som ”inneboende” mellan producenter och leverantörer å ena sidan och systemansvariga för överföringssystem å andra sidan. [11]

38. Direktivet ger emellertid medlemsstaterna en möjlighet att tillåta ett elföretag (eller en grupp av elföretag) som bedriver produktions- eller leveransverksamhet att behålla äganderätten till systemtillgångarna genom att välja att inrätta en oberoende systemansvarig (det andra alternativet) eller en oberoende systemansvarig för överföring (det tredje alternativet), [12] dock under förutsättning att en effektiv åtskillnad säkerställs. [13]

39. Det är i detta sammanhang som begreppet vertikalt integrerat företag ska ses. [14] Begreppet är avgörande när det gäller att fastställa vilken enhet som har de skyldigheter som föreskrivs i direktiven i syfte att garantera den effektiva åtskillnaden, i avsaknad av åtskilt ägande, det vill säga, när det gäller oberoende systemansvariga, bestämmelserna i artiklarna 13 och 14 i direktiv 2009/72 och artiklarna 14 och 15 i direktiv 2009/73 och, när det gäller oberoende systemansvariga för överföring, bestämmelserna i kapitel V i direktiv 2009/72 och i kapitel IV i direktiv 2009/73. Begreppet vertikalt integrerade företag ska därmed tolkas inom den systematiska ramen av dessa bestämmelser och mot bakgrund av de mål som genom dessa bestämmelser eftersträvas med direktiven.

40. Fortfarande sett ur en systematisk synvinkel vill jag också framhålla att begreppet vertikalt integrerat företag hänför sig till kontrollbegreppet, vars definition, som kan härledas ur skäl 13 i direktiv 2009/2 och skäl 10 i direktiv 2009/73, har hämtats från rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer. [15] Jag anser emellertid inte att det är relevant för bedömningen av den nu aktuella anmärkningen att definiera detta begrepp. [16]

41. Det är inom denna således fastställda systematiska ram som det för det tredje finns anledning att hänföra sig till direktivets mål, i synnerhet bestämmelserna om effektiv åtskillnad.

42. Syftet med dessa bestämmelser är, såsom framgår av flera skäl i de båda direktiven [17] och såsom framhålls ovan, att undanröja den inneboende intressekonflikten mellan, å ena sidan, företag som bedriver verksamhet på områdena produktion och leverans av el och gas och, å andra

[11] Se skäl 11 i direktiv 2009/72 och skäl 8 i direktiv 2009/73.

[12] Se dom av den 26 oktober 2017, Balgarska energiyna borsa (C-347/16, EU:C:2017:816, punkt 33).

[13] Se skäl 16 i direktiv 2009/72 och skäl 13 i direktiv 2009/73.

[14] Se artikel 9.8 i direktiv 2009/72 och direktiv 2009/73.

[15] EUT L 24, 2004, s. 1.

[16] Inom ramen för kontroll av företagskoncentrationer avser nämligen begreppet kontroll i grund och botten kriterierna för den person som har kontrollen, fastställandet av föremålet för kontrollen (företag eller tillgångar), de medel genom vilka kontrollen utövas samt typerna av kontroll (exklusiv eller gemensam; se i detta avseende Kommissionens konsoliderade tillkännagivande om behörighet enligt rådets förordning (EG) nr 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer (EUT C 95, 2008, s. 1, i synnerhet avsnitt II). Den tyska regeringen har emellertid klargjort att beteckningen vertikalt integrerat företag enligt 3 § punkt 38 EnWG, såsom den tolkats av tillsynsmyndigheten, inte är beroende av att det vertikalt integrerade företaget kontrollerar företag som är etablerade i eller utanför unionen, utan att den innebär ett geografiskt kriterium som kräver att verksamheterna inom el- och gassektorn ska bedrivas inom unionen för att omfattas av beteckningen. Av detta följer att det inte är utövandet av kontrollen (och därmed begreppet kontroll) som är relevant för bedömningen av den nu aktuella anmärkningen, utan frågan huruvida ett el- eller naturgasföretag eller en koncern av sådana företag bedriver verksamhet utanför unionen, vilket är oberoende av huruvida kontroll utövas över ett företag som är etablerat i eller utanför unionen.

[17] Se skälen 9, 11, 12, 15, 16, 19 och 24 i direktiv 2009/72 och skälen 6, 8, 9, 12, 13, 16 och 21 i direktiv 2009/73.

sidan, systemansvariga för överföringssystemen, för att trygga ett rättvist nättillträde, främja investeringar i infrastruktur på ett icke-diskriminerande sätt, skapa transparens på marknaden och trygga energiförsörjningen, ytterst för att skapa en inre marknad för el och naturgas. [18]

43. Jag anser att det, som kommissionen har anfört, i detta avseende inte kan uteslutas att det finns intressekonflikter mellan en systemansvarig för överföringssystemet i unionen och företag som är verksamma inom produktion och leverans av el och gas när sådan verksamhet äger rum utanför unionen, så att det systematiskt kan uteslutas att sådan verksamhet kan inbegripas vid kvalificeringen av en enhet som vertikalt integrerat företag.

44. Kommissionen har i sina inlagor och vid förhandlingen gett ett konkret exempel på en situation där gas och el som produceras utanför unionen av ett företag sedan överförs i ett överföringssystem i unionen som ägs av samma företag. I ett sådant fall är det uppenbart att det finns en risk för diskriminerande agerande vid nätdriften (till exempel uteblivna eller försenade investeringar), som missgynnar de delar av överföringssystemet som används för överföring av konkurrenters energiprodukter. I ett sådant fall har den systemansvarige dessutom tillgång till känsliga uppgifter om konkurrenter som den systemansvarige kan använda för sin egen vinning i den egna produktionen eller leveransen. Det råder inga tvivel om att sådana situationer, med hänsyn till de syften som eftersträvas med direktivens bestämmelser om effektiv åtskillnad, ska omfattas av tillämpningsområdet för dessa bestämmelser.

45. Av detta följer att den restriktiva tolkning av begreppet ”vertikalt integrerat företag” som den tyska regeringen förespråkat äventyrar den ändamålsenliga verkan av direktivets bestämmelser om effektiv åtskillnad och att det inte är förenligt med de mål som eftersträvas med direktiven att begreppet inte omfattar sådana potentiella intressekonflikter som den som anges i föregående punkt genom att dess räckvidd inskränks till att enbart omfatta verksamhet som bedrivs inom unionen, såsom är fallet enligt 3 § punkt 38 EnWG.

46. Domstolen har i detta avseende redan klargjort, i fråga om direktiv 2009/72, att det framgår av skälen 16, 17 och 19 i detta direktiv och av artikel 47.3 i samma direktiv att kraven på effektiv åtskillnad avser att säkerställa fullt och effektivt oberoende för de systemansvariga för överföringssystemen i förhållande till verksamheter som rör produktion och leverans. [19] Samma överväganden är giltiga i fråga om direktiv 2009/73. [20]

47. Det framgår vidare av skäl 24 i direktiv 2009/72 och skäl 21 i direktiv 2009/73 att en fullständig åtskillnad mellan nätverksverksamhet och leverans- och produktionsverksamhet bör gälla i hela unionen, både för företag i unionen och för företag utanför unionen. Sådana situationer som den som anges som ett exempel i punkt 44 ovan innebär att det inom unionen – där det överföringssystem som är föremål för reglering finns – inte kan garanteras en fullständig åtskillnad mellan nätverksverksamhet och verksamhet som avser leverans och produktion.

48. En tolkning av begreppet vertikalt integrerat företag som innebär att begreppet inbegriper produktions- och leveransverksamhet utanför unionen medför inte, tvärtemot vad den tyska regeringen har gjort gällande, vare sig en extraterritoriell tillämpning av unionsrätten som strider mot domstolens praxis eller folkrätten eller ett åsidosättande av de grundläggande fri- eller

[18] Se, vad gäller direktiv 2009/72, dom av den 11 juni 2020, Prezident Slovenskej republiky (C-378/19, EU:C:2020:462, punkt 22 och där angiven rättspraxis), och, vad gäller direktiv 2009/73, dom av den 19 december 2019, GRDF (C-236/18, EU:C:2019:1120, punkt 34 och där angiven rättspraxis). Se även ovan punkt 108.

[19] Dom av den 26 oktober 2017, Balgarska energiyna borsa (C-347/16, EU:C:2017:816, punkt 34).

[20] Ovannämnda skäl och bestämmelsen i direktiv 2009/72 motsvarar skälen 13, 14 och 16 samt artikel 52.3 i direktiv 2009/73.

rättigheterna för företag som inte verkar inom unionen. Som kommissionen mycket riktigt har framhållit, reglerar direktiven i själva verket inte verksamhet som bedrivs av ett vertikalt integrerat företag utanför unionen. I stället fastställer de villkor som sådana företag måste uppfylla för att kunna vara systemansvariga för överföringsnät för el och gas inom unionen. [21]

49. Av det ovan anförda följer att kommissionens första anmärkning enligt min mening ska godtas.

B. Den andra anmärkningen: bristfälligt införlivande av bestämmelserna om övergångsperioder inom ramen för modellen för en oberoende systemansvarig för överföringssystemet

1. Parternas argument

50. Kommissionen har anfört att bestämmelserna i 10c § punkterna 2 och 6 EnWG otillbörligen begränsar räckvidden av bestämmelserna i artiklarna 19.3 och 19.8 i direktiven och således utgör ett bristfälligt införlivande av dessa bestämmelser. Förbundsrepubliken Tyskland har därmed underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt dessa bestämmelser i direktiven.

51. Kommissionen menar att artiklarna 19.3 i direktiven ska gälla för alla positioner eller funktioner, alla affärsintressen och affärsförbindelser, såväl direkta som indirekta, i det vertikalt integrerade företaget med dess verksamhetsgrenar, ingående företag och majoritetsaktieägare. Dessa bestämmelsers räckvidd är inte begränsad till de delar av det vertikalt integrerade företaget eller av dess majoritetsaktieägare som bedriver de verksamheter inom energisektorn som anges i 10c § punkt 2 EnWG.

52. Den enligt tysk rätt föreskrivna begränsningen till sådan verksamhet strider således mot såväl ordalydelsen i artiklarna 19.3 och 19.8 i direktiven som mot syftet med bestämmelserna om effektiv åtskillnad. Modellen för en oberoende systemansvarig för överföringssystemet innebär nämligen att denna systemförvaltare endast kan fortsätta att vara en del av ett vertikalt integrerat företag om några stränga villkor som anges i direktiven, avseende organisation, ledning och investering, är uppfyllda, vilket garanterar deras faktiska oberoende från det vertikalt integrerade företaget i dess helhet. Intressen som innehas av den del av ett vertikalt integrerat företag som är verksamt inom energisektorn kan nämligen påverka hela det vertikalt integrerade företagets policy och intressen, även de delar av företaget som inte är verksamma inom energisektorn.

53. Om de delar av det vertikalt integrerade företaget som inte är direkt verksamma inom energisektorn inte inbegrips blir det möjligt att kringgå reglerna om effektiv åtskillnad. Ett vertikalt integrerat företags olika enheter är nämligen med nödvändighet nära beroende av varandra. I det nödvändiga samspelet mellan de olika delarna av detta företag kan det således inte på förhand uteslutas att de delar som inte är aktiva inom energisektorn påverkas av de intressen som det vertikalt integrerade företaget har inom produktions- och leveranssektorerna. Det var just för att undvika sådana risker och för att säkerställa en effektiv åtskillnad mellan en systemansvarig för överföring och ett vertikalt integrerat företag som unionslagstiftaren

[21] Se även, för ett liknande resonemang, dom av den 28 februari 2013, kommissionen/Österrike (C-555/10, EU:C:2013:115, punkt 60), och dom av den 28 februari 2013, kommissionen/Tyskland (C-556/10, EU:C:2013:116, punkt 64). Jag menar att artikel 11 i respektive direktiv, som den tyska regeringen har hänvisat till i sina inlagor och som rör certifieringsförfaranden i förhållande till tredjeländer, ska tolkas ur samma synvinkel. Jag anser inte att man utifrån dessa bestämmelser kan dra slutsatsen att verksamhet som bedrivs utanför unionen inom el- och gassektorerna ska undantas från begreppet vertikalt integrerat företag.

beslutade att alla delar av detta företag ska inbegripas i tillämpningsområdet för artikel 19.3 och 19.8 i direktiven och att inte begränsa bestämmelsernas tillämpningsområde till att endast omfatta de delar som är verksamma inom energisektorn, såsom är fallet i den tyska lagstiftningen för införlivande av direktiven.

54. Förbundsrepubliken Tyskland har bestritt kommissionens resonemang. Förbundsrepubliken Tyskland har för det första anfört att de relevanta bestämmelserna i direktiven och EnWG har samma räckvidd. Det följer nämligen av artikel 2.21 i direktiv 2009/72 och av artikel 20.20 i direktiv 2009/73 att ett vertikalt integrerat företag består av elföretag och naturgasföretag och inte av företag som verkar inom andra ekonomiska sektorer. Således är klassificeringen som el- eller naturgasföretag underordnad ett särskilt verksamhetsområde även i direktiven, precis som i den tyska lagstiftningen.

55. För att uppnå de syften som eftersträvas med direktiven, det vill säga att undanröja intressekonflikter mellan producenter, leverantörer och systemansvariga för överföringssystemen, är det för det andra nödvändigt, men också tillräckligt, att säkerställa att systemansvarig för överföringssystemen är oberoende från de delar av det vertikalt integrerade företaget som verkar inom energisektorerna. Däremot behöver tillämpningsområdet för bestämmelserna om övergångsperioder inte utvidgas till att omfatta de delar av företaget som inte är verksamma inom dessa områden för att intressekonflikter ska undvikas. Det skulle inte ens vara teoretiskt möjligt att överföring av personal från en del av företaget som inte är verksam inom energisektorn till den systemansvarige för överföringssystemet kan skapa en intressekonflikt mellan producenter, leverantörer och systemansvariga för överföringssystemet.

56. För det tredje kan bestämmelserna om övergångsperioder påverka den fria rörligheten för arbetstagare enligt artikel 45 FEUF och den grundläggande rätten till fritt yrkesval enligt artikel 15.1 i stadgan. Begränsningar av dessa rättigheter är endast motiverade om de eftersträvar mål av allmänt intresse och är nödvändiga och proportionerliga för att uppnå dessa mål. För att åtskillnaden ska bli effektiv och intressekonflikter förebyggas inom ramen för modellen med en oberoende systemansvarig för överföringssystemet krävs emellertid endast att överföring av personal skjuts upp mellan de olika delar av det vertikalt integrerade företaget som är aktiva inom energisektorn och inte med avseende på andra delar av detta företag.

2. Bedömning

57. För att kommissionens andra anmärkning ska kunna prövas måste räckvidden av bestämmelserna i artiklarna 19.3 och 19.8 i direktiven fastställas. I dessa bestämmelser föreskrivs att personer med ansvar för företagsledning och/eller ledamöter av den oberoende systemansvarige för överförings administrativa organ, och alla andra personer som anges i punkt 8 tredje stycket i dessa bestämmelser, under vissa övergångsperioder (tre år eller sex månader före deras första utnämning) inte får ha haft yrkesmässiga förbindelser och/eller affärsförbindelser med det vertikalt integrerade företaget eller någon del av detta, och inte heller med dess majoritetsaktieägare.

58. Det ska särskilt prövas huruvida sådan nationell lagstiftning om införlivande som den aktuella tyska lagstiftningen, vilken innebär att de nödvändiga övergångsperioderna som föreskrivs i den enbart gäller för personal hos eller majoritetsaktieägare i de delar av det vertikalt integrerade företaget som bedriver sådan verksamhet som anges i 10c § punkt 2 EnWG inom energisektorn, är förenlig med direktivets bestämmelser.

59. Räckvidden av de relevanta bestämmelserna i direktivet ska som framgår ovan av punkt 31 fastställas med beaktande av såväl de angivna tidsfristerna som det sammanhang som de ingår i och det syfte som eftersträvas med den aktuella lagstiftningen.

60. Bokstavligt sett innehåller bestämmelserna i artikel 19.3 och 19.8 i direktiven, till skillnad från bestämmelsen om införlivande i EnWG, ingen uttrycklig begränsning av deras räckvidd till att enbart omfatta personal hos de delar av det vertikalt integrerade företaget som är verksamma inom energisektorn. Tvärtom hänvisas det såväl i punkt 3 som i punkt 8 andra stycket till det vertikalt integrerade företaget i dess helhet, och i punkt 3 även till delar av detta företag utan någon ytterligare specificering.

61. Ur kontextuell och teleologisk synvinkel hör bestämmelserna i artikel 19.3 och 19.8 i direktiven till de ovan angivna reglerna i kapitel V i direktiv 2009/72 och i kapitel IV i direktiv 2009/73 vilka, inom ramen för det tredje alternativet i punkt 38 ovan, syftar till att säkerställa att en oberoende systemansvarig för överföring är oberoende från det vertikalt integrerade företaget. Syftet med detta är att undanröja den inneboende intressekonflikten mellan, å ena sidan, intressen som avser verksamhet för el- eller gasproduktion och för leverans och, å andra sidan, driften av överföringssystemet för att uppnå de andra mål som anges ovan i punkt 42.

62. Jag vill i detta avseende erinra om att bestämmelserna om en effektiv åtskillnad, som framhålls ovan i punkt 46, är avsedda att säkerställa ett *fullständigt* och *effektivt* oberoende för systemansvariga för överföring inom ett vertikalt integrerat företag, i de fall man väljer andra alternativ än åtskilt ägande, vilken lösning som framhålls ovan är att föredra i unionslagstiftarens ögon.[22] Av dessa överväganden följer att bestämmelserna om effektiv åtskillnad, vilka har en grundläggande betydelse i det system som inrättats genom direktiven, inte får tolkas restriktivt, utan i stället bör ses i vid bemärkelse i syfte att säkerställa ett fullständigt och effektivt oberoende för en systemansvarig för överföring i förhållande till ett vertikalt integrerade företaget.

63. Konkret anser jag, som kommissionen har gjort gällande, att det inte utan vidare kan uteslutas att det inom ett vertikalt integrerat företag kan uppstå en konflikt mellan det vertikalt integrerade företagets intressen i dess helhet och de intressen som den systemansvarige för överföringssystemet kan ha, vilket kan påverka den sistnämndes driftval. I en med nödvändighet komplex struktur, som ett vertikalt integrerat företag med verksamhet inom bland annat energisektorn kan vara, kan det inte uteslutas att intressen i produktions- och leveranssektorerna kan påverka verksamheten i delar av företaget som inte direkt bedriver verksamhet inom energisektorn. Jag menar att det just är av detta skäl som unionslagstiftaren, i bestämmelserna i artikel 19.3 och 19.8 i direktiven, har hänfört sig till ett vertikalt integrerat företag i dess helhet och inte uttryckligen har begränsat bestämmelsernas räckvidd till enbart till de delar av detta företag som verkar inom energisektorn.

64. Jag vill i detta avseende framhålla att definitionen av begreppet vertikalt integrerat företag i artikel 2.21 i direktiv 2009/72 och artikel 20.20 i direktiv 2009/73 förvisso, som den tyska regeringen har visat, hänför sig till ”elföretag” och ”naturgasföretag” (eller till en grupp av sådana företag), vilka definieras i punkt 35 respektive punkt 1 i nämnda artiklar. Även om det framgår av dessa definitioner att begreppen omfattar fysiska eller juridiska personer som utövar minst en av de funktioner som anges däri,[23] innebär detta emellertid inte att de inte ska omfattas av begreppet

[22] Se skäl 11 i direktiv 2009/72 och skäl 8 i direktiv 2009/73 samt punkt 37 i detta förslag till avgörande.

[23] Det vill säga produktion, överföring, distribution, leverans eller inköp av el eller naturgas och ansvar för kommersiella, tekniska och/eller underhållsuppgifter som har samband med dessa uppgifter.

vertikalt integrerat företag och att de delar av detta företag som inte är verksamma inom dessa sektorer följaktligen inte ska omfattas av tillämpningsområdet för direktivens bestämmelser om effektiv åtskillnad. Såsom kommissionen har påpekat skulle en sådan restriktiv tolkning ge upphov till en konstlad uppdelning av företaget som inte stämmer överens med den ekonomiska verkligheten och som enligt min mening skulle strida mot det krav som anges ovan i punkt 62, nämligen att dessa bestämmelser ska ges en vid tolkning.

65. När det sedan gäller den fria rörligheten för arbetstagare enligt artikel 45 FEUF, som den tyska regeringen har åberopat, anser jag att bestämmelserna i artikel 19.3 och 19.8 i direktiven, även om de faktiskt, som den tyska regeringen har anfört, kan utgöra hinder för utövandet av denna frihet, ändå svarar mot mål av allmänintresse som eftersträvas av unionen och att de är motiverade och proportionerliga.

66. En åtgärd som utgör hinder för den fria rörligheten för arbetstagare kan enligt rättspraxis endast tillåtas om den eftersträvar ett av de legitima målen i EUF-fördraget eller är motiverad av tvingande skäl av allmänintresse. I ett sådant fall fordras även att åtgärdens tillämpning är ägnad att säkerställa att målet i fråga uppnås och att denna tillämpning inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål. [24]

67. Målet att säkerställa en effektiv åtskillnad, vilket eftersträvas med bestämmelserna i artikel 19.3 och 19.8 i direktiven, är nödvändigt för att säkerställa en fungerande inre marknad för energi enligt artikel 194.1 FEUF. Bestämmelserna är också ägnade att uppnå detta mål, i den del de föreskriver ”övergångsperioder” inom det vertikalt integrerade företaget eller för dess majoritetsaktieägare före utnämningen till ansvars- eller ledningspositioner hos systemansvarig för överföring i syfte att säkerställa den systemansvariges oberoende i förhållande till de strukturer i det vertikalt integrerade företaget som kan påverkas av intressen som är hänförliga till produktions- och leveransverksamhet för el eller gas. Jag anser inte heller, med hänsyn till den begränsade tiden för de föreskrivna begränsningarna, att dessa bestämmelser går längre än vad som är nödvändigt för att uppnå de uppställda målen.

68. Vad i stället beträffar den grundläggande rätten att utöva ett fritt valt yrke enligt artikel 15.1 i stadgan, utgör denna rätt enligt domstolens praxis inte någon absolut rättighet, utan den ska bedömas utifrån dess funktion i samhället. Följaktligen är det möjligt att begränsa denna rätt, under förutsättning att begränsningarna faktiskt tillgodoser de allmänintressen som unionen eftersträvar och att de, mot bakgrund av det eftersträvade målet, inte medför ett orimligt och oacceptabelt ingrepp som påverkar själva innehållet i de på detta sätt garanterade rättigheterna. [25]

69. Det följer av vad som anförs ovan i punkt 67 att bestämmelserna i artikel 19.3 och 19.8 i direktiven faktiskt svarar mot mål av allmänintresse som unionen eftersträvar. I och med att de är begränsade i tiden kan de enligt min mening inte heller betraktas som ett orimligt och oacceptabelt ingrepp som påverkar själva innehållet i den grundläggande rätten att fritt välja yrke enligt artikel 15.1 i stadgan.

70. Av det ovan anförda följer att kommissionens även andra anmärkning enligt min mening ska godtas.

[24] Se dom av den 23 april 2020, Land Niedersachsen (Tidigare relevanta anställningsperioder) (C-710/18, EU:C:2020:299, punkt 34 och där angiven rättspraxis), samt dom av den 16 mars 2010, Olympique Lyonnais (C-325/08, ECLI:EU:C:2010:143, punkt 38), och dom av den 10 oktober 2019, Krah (C-703/17, EU:C:2019:850, punkt 55).

[25] Se dom av den 5 juli 2017, Fries (C-190/16, EU:C:2017:513, punkt 73), och dom av den 6 september 2012, Deutsches Weintor (C-544/10, EU:C:2012:526, punkt 54 och där angiven rättspraxis).

C. Den tredje anmärkningen: bestämmelserna i artikel 19.5 i direktiv 2009/72 och 2009/73 har inte införlivats på ett tillfredsställande sätt

1. Parternas argument

71. Kommissionen har gjort gällande att Förbundsrepubliken Tyskland inte har införlivat bestämmelserna i artikel 19.5 i direktiven med nationell rätt på ett tillfredsställande sätt. I dessa bestämmelser anges att personer som ansvarar för företagsledningen och/eller är ledamöter i administrativa organ samt den oberoende systemansvarige för överförings anställda inte får ha något intresse eller erhålla förmåner från någon annan del av det vertikalt integrerade företaget än den oberoende systemansvarige för överföring.

72. Skyldigheten enligt 10c § punkt 4 EnWG att överlåta kapitalandelar i det vertikalt integrerade företaget som förvärvats före den 3 mars 2012 gäller nämligen enbart andelar som innehas av personer som ansvarar för företagsledningen i den systemansvarige för överföring, inte andelar som innehas av anställda, medan denna skyldighet enligt artikel 19.5 i direktiven gäller utan åtskillnad för personer som ingår i ledningen för nämnda systemansvarig och för dess anställda. Kommissionen menar att anställda hos en systemansvarig för överföring kan påverka arbetsgivarens verksamhet, även om de inte kan fatta ledningsbeslut, och att detta motiverar att även anställda ska omfattas av skyldigheten att överlåta sina kapitalandelar i det vertikalt integrerade företaget. En sådan skyldighet påverkar inte dessa arbetstagares rätt till egendom, eftersom den endast gäller för framtiden, och att tidigare utdelningar därmed inte berörs. Andelarna ska dessutom endast överlåtas med innehavarens medgivande och mot en lämplig ersättning.

73. Förbundsrepubliken Tyskland har bestritt kommissionens resonemang. Skälet till att personer som ansvarar för företagsledningen i en systemansvarig för överföring behandlas annorlunda än övriga anställda i fråga om skyldigheten att överlåta andelar i det vertikalt integrerade företaget är deras framträdande position. Det är nämligen brukligt att en del av ersättningen till personer som ansvarar för ledningen utgörs av ”stock options” eller kapitalandelar, vilket innebär att denna ersättning således är beroende av kursutvecklingen för dessa andelar. Dessa personer har dessutom ett avgörande strategiskt inflytande över ledningen av den systemansvarige för överföring, vilket medför en särskild risk för intressekonflikter. Övriga anställda kan däremot inte ha något avgörande inflytande över den löpande förvaltningen av nätet. Innan de skärpta kraven på oberoende enligt direktiven trädde i kraft utgjorde dessutom andelar i ett vertikalt integrerat företag vanligtvis en del av de anställdas förmögenhetsbildning eller enskilda sparande. För att inte skapa en orimlig inskränkning av deras författningsenliga rätt till egendom, beslutade man således att endast förbjuda anställda från att förvärva andelar i det vertikalt integrerade företaget i framtiden. Detta beslut blev följden av en avvägning mellan kraven på effektiv åtskillnad och skyddet för de anställdas rätt till egendom. I direktivet fastställs i varje fall inte vilken behandling som ska ges åt andelar som anställda förvärvat före sista dagen. Medlemsstaterna kunde därmed fritt anta de övergångsbestämmelser som de fann lämpliga.

2. Bedömning

74. Svaret på frågan huruvida kommissionens tredje anmärkning är välgrundad är beroende av vilken räckvidd bestämmelserna i artikel 19.5 i direktiven har. Det ska särskilt prövas huruvida en sådan nationell bestämmelse om införlivande som 10c § punkt 4 EnWG, enligt vilken skyldigheten

att överlåta kapitalandelar i det vertikalt integrerade företaget eller i en del av detta enbart gäller för personer som ansvarar för ledningen och således inte för övriga anställda hos den systemansvarige för överföringen, är förenlig med dessa bestämmelser.

75. Räckvidden av de relevanta bestämmelserna i direktivet ska som framgår ovan av punkt 31 fastställas med beaktande av såväl de angivna tidsfristerna som det sammanhang som de ingår i och det syfte som eftersträvas med den aktuella lagstiftningen.

76. Bokstavligt sett är bestämmelserna i artikel 19.5 i direktiven entydiga. Där anges att varken personer som ansvarar för företagsledningen och/eller ledamöter i administrativa organ eller anställda hos systemansvarig för överföring får ha något slag av intressen i det vertikalt integrerade företaget. Det görs ingen åtskillnad mellan den första och den andra kategorin av berörda personer i dessa bestämmelser.

77. Kontextuellt och teleologiskt sett anser jag att liknande överväganden som i punkterna 61 och 62 ovan, avseende artikel 19.3 och 19.8 i direktiven, även är giltiga när det gäller att fastställa räckvidden av artikel 19.5. Jag menar att det krav som ligger bakom bestämmelserna om effektiv åtskillnad, att ett *fullständigt* och *effektivt* oberoende måste säkerställas för systemansvariga för överföring inom ett vertikalt integrerat företag, i de fall andra alternativ än åtskilt ägande väljs,[26] motiverar att förbudet mot innehav av andelar i det vertikalt integrerade företaget ges en vid tolkning som är förenlig med bestämmelsernas bokstavliga innehåll och som därmed innebär en överlåtelseskyldighet för det fall att anställda innehar sådana andelar. Som kommissionen har framhållit kan det inte på förhand uteslutas att en anställd, även om han eller hon inte deltar i de val som görs i den löpande förvaltningen hos systemansvarig för överföring, kan ha möjlighet att påverka arbetsgivarens verksamhet och att intressekonflikter således kan uppstå om den anställde innehar andelar i det vertikalt integrerade företaget eller i delar av detta.

78. I detta sammanhang anser jag alltså att medlemsstaterna inte hade något utrymme för skönsmässig bedömning vid införlivandet av de aktuella bestämmelserna i direktivet så att de kunde undanta anställda hos en systemansvarig för överföring från skyldigheten att överlåta intressen i det vertikalt integrerade företaget.

79. Vad beträffar frågan om det är proportionerligt att förbudet mot att inneha intressen i det vertikalt integrerade företaget gäller för *samtliga* anställda hos en systemansvarig för överföring, framgår det av den aktuella bestämmelsens lydelse att unionslagstiftaren valt att inte göra någon skillnad mellan de olika typer av anställda hos en systemansvarig för överföring som berörs av förbudet. Att ompröva detta val vore mot den bakgrunden detsamma som att ifrågasätta lagenligheten av direktivens bestämmelser.

80. Jag vill emellertid erinra om att en medlemsstat enligt domstolens fasta praxis, i avsaknad av en bestämmelse i EUF-fördraget som ger den en uttrycklig rätt till detta, inte framgångsrikt kan göra gällande att ett till den riktat direktiv är rättsstridigt, för att försvara sig mot en talan om fördragsbrott som grundas på en underlåtenhet att genomföra nämnda direktiv. En annan slutsats skulle endast vara tänkbar om rättsakten i fråga var behäftad med sådana särskilt allvarliga och uppenbara fel att den kunde kvalificeras som en nullitet,[27] vilket inte är aktuellt i detta fall.

[26] Se ovan punkt 38.

[27] Se, bland annat, dom av den 11 oktober 2016, kommissionen/Italien, (C-601/14, EU:C:2016:759, punkt 33 och där angiven rättspraxis).

81. Vad slutligen gäller den tyska regeringens argument att de nationella bestämmelserna gör det möjligt att iaktta de anställdas rätt till egendom, vill jag erinra om att den rätt till egendom som garanteras i artikel 17.1 i stadgan inte är en absolut rättighet och att dess utövande kan bli föremål för inskränkningar för att tillgodose mål av allmänintresse som eftersträvas av unionen. Av detta följer, såsom framgår av artikel 52.1 i stadgan, att rätten till egendom kan inskränkas, under förutsättning att inskränkningarna faktiskt tillgodoser de allmänintressen som eftersträvas och att de, mot bakgrund av det eftersträvade målet, inte medför ett oproportionerligt och oacceptabelt ingrepp som påverkar själva innehållet i den på detta sätt garanterade rättigheten. [28]

82. För det första svarar faktiskt bestämmelserna i artikel 19.5 i direktiven om effektiv åtskillnad mellan förvaltningen av överföringssystemet och verksamheter för produktion och leverans av el och naturgas som framgår ovan i 67 mot ett allmänintresse som unionen eftersträvar.

83. För det andra anser jag att det förbud som föreskrivs i dessa bestämmelser inte kan påverka själva innehållet i den rätt till egendom som garanteras genom artikel 17.1 i stadgan. Domstolen har i detta avseende framhållit att det skydd som ges genom denna bestämmelse avser rättigheter som kan räknas som förmögenhetsvärden, eftersom de enligt den berörda rättsordningen ger en etablerad rättslig ställning på ett sådant sätt att rättighetsinnehavaren självständigt kan utöva dessa rättigheter för egen vinning. [29] De aktuella bestämmelserna i direktivet kan emellertid inte ifrågasätta förmögenhetsvärdet av de andelar som eventuellt innehas av de anställda. Direktiven utgör nämligen inte något hinder för att dessa andelar säljs till marknadspris eller att värdet av dessa andelar erkänns på annat sätt till förmån för de anställda som omfattas av överlåtelseskyldigheten.

84. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att även kommissionens tredje anmärkning ska godtas.

D. Den fjärde anmärkningen: åsidosättande av den nationella tillsynsmyndighetens exklusiva befogenheter

1. Parternas argument

85. Kommissionen har anfört att Förbundsrepubliken Tyskland har åsidosatt tillsynsmyndigheternas exklusiva befogenheter enligt unionsrätten genom att i 24 § punkt 1 EnWG tilldela regeringen befogenheter för att fastställa tariffer för överföring och distribution, villkor för tillträde till de nationella näten och villkor för tillhandahållande av balanstjänster och genom att med stöd av denna bestämmelse anta en rad förordningar om formerna för utövandet av tillsynsuppgifterna. [30] Denna medlemsstat har således införlivat artikel 37.1 a och 37.6 a och 37.6 b i direktiv 2009/72 och artikel 41.1 a och 41.6 a och 41.6 b i direktiv 2009/73 på ett felaktigt sätt.

[28] Dom av den 20 september 2016, Ledra Advertising m.fl./kommissionen och ECB (C-8/15 P–C-10/15 P, EU:C:2016:701, punkterna 69 och 70 och där angiven rättspraxis).

[29] Dom av den 21 maj 2019, kommissionen/Ungern (Nyttjanderätt till jordbruksmark) (C-235/17, EU:C:2019:432, punkt 69 och där angiven rättspraxis).

[30] Kommissionen har angett Stromnetzentgeltverordnung (StroNEV, förordning av den 25 juli 2005 om fastställande av priser för användning av överföringssystemet för el, BGBl. I s. 2225), Gasnetzentgeltverordnug (GasNEV, förordning av den 25 juli 2005 om fastställande av avgifter för utnyttjande av gasöverföringsnätet, BGBl. I, s. 2197), Anreizregulierungsverordnung (ARegV, förordning av den 29 oktober 2007 om reglering av energinätverk genom stimulansåtgärder, BGBl. I, s. 2529), Stromnetugangsverordnung (StromNZV, förordning av den 25 juli 2005 om tillträde till elöverföringsnätet, BGBl. I. 2243) och Gasnetzzugangsverordnug (GasNZV, förordning av den 3 september 2010 om tillträde till gasöverföringsnätet, BGBl. I, s. 1261).

86. Kommissionen har framhållit att de aktuella nationella bestämmelserna inte endast föreskriver ”allmänna politiska riktlinjer som regeringen utfärdat” enligt artikel 35.4 b ii) i direktiv 2009/72 och artikel 39.4 b ii) i direktiv 2009/73. I stället innebär de att regeringen direkt får vissa befogenheter som enligt direktiven enbart ska vara förbehållna tillsynsmyndigheterna och som rör tillsynsmyndigheternas uppgifter och befogenheter. De nationella förordningar som antagits med stöd av 24 § punkt 1 punkt 1 EnWG utgör ytterst detaljerade anvisningar riktade till den nationella tillsynsmyndigheten om hur den ska utföra sina tillsynsuppgifter. I dessa förordningar fastställs förfarandet och villkoren för att fastställa nättariffer varvid detaljerade uppgifter, såsom avskrivningsmetod och indexreglering, föreskrivs.

87. Förordningarna är mycket detaljerade, även om de ger de nationella tillsynsmyndigheterna ett visst utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller tillämpningen av dem. De inskränker således de nationella tillsynsmyndigheternas befogenheter när det gäller att fastställa vilka metoder, taxor och kostnader som ska medges. Förordningarna innehåller dessutom detaljerade regler om villkor för tillträde till nätet, såsom detaljerade anvisningar om avtal om sammanlänkning mellan systemansvariga för överföring eller om kapacitet som fritt får tilldelas eller antalet lokala marknader. Kommissionen menar att den omständigheten att så pass detaljerade bestämmelser har föreskrivits hindrar den nationella tillsynsmyndigheten från att göra sina egna bedömningar och således minskar dess utrymme för skönsmässig bedömning, varvid den fråntas exklusiva befogenheter som den tilldelats genom direktiven.

88. Vad beträffar den åberopade principen om maktdelning och bevarandet av lagstiftarens suveränitet, har kommissionen inte bestritt att de uppgifter som tilldelats de nationella tillsynsmyndigheterna ska fastställas i lagstiftningsakter, något som för övrigt är oundgängligt, eftersom direktiven måste införlivas med nationell rätt. Kommissionen har däremot bestritt att den tyska lagstiftarens vid införlivandet av direktiven inte har gett den nationella tillsynsmyndigheten de uppgifter som föreskrivits av unionslagstiftaren. I stället för att, som föreskrivs i direktiven, fastställa att dessa uppgifter är den nationella tillsynsmyndighetens exklusiva befogenheter har den tyska lagstiftaren angett i EnWG att villkoren för den nationella tillsynsmyndighetens utförande av dessa uppgifter ska fastställas genom förordning av regeringen. Enligt direktiven ankommer det emellertid på medlemsstaterna att garantera att den nationella tillsynsmyndigheten tilldelas exklusiv befogenhet att fullgöra de uppdrag som fastställs i artikel 37 i direktiv 2009/72 och artikel 41 i direktiv 2009/73.

89. Kommissionen menar att direktiven fastställer de nationella tillsynsmyndigheternas uppgifter och befogenheter på ett detaljerat sätt och att de innehåller krav av såväl processuell som materiell karaktär som de nationella tillsynsmyndigheterna måste iaktta när de fullgör sina uppgifter. Direktiven säkerställer, tillsammans med andra relevanta unionsrättsliga akter,[31] att de nationella tillsynsmyndigheterna ska utföra de uppgifter som de tilldelats av unionslagstiftaren inom ramen för de behörighetsområden som unionslagstiftaren fastställt. Unionsrättens bestämmelser är tillräckliga för att fastställa den nödvändiga rättsliga ramen för den nationella tillsynsmyndighetens administrativa verksamhet och för att iaktta principen om maktdelning. Andra föreskrifter i nationell rätt avseende fullgörandet av den nationella tillsynsmyndighetens uppgifter får inte leda till att den nationella tillsynsmyndighetens exklusiva befogenheter åsidosätts. De aktuella förordningar som antagits i Tyskland innehåller inte endast allmänna regler som de nationella organen ska iaktta i fråga om legitimiteten och grunden för

[31] Kommissionen har hänfört sig Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 714/2009 av den 13 juli 2009 om villkor för tillträde till nät för gränsöverskridande elhandel och om upphävande av förordning (EG) nr 1228/2003 (EUT L 211, 2009, s. 15, i dess ändrade lydelse) (nedan kallad förordning nr 714/2009) och Europaparlamentets och rådets förordning 715/2009 av den 13 juli 2009 om villkor för tillträde till naturgasöverföringsnäten och om upphävande av förordning (EG) nr 1775/2005 (EUT L 211, 2009, s. 36, i dess ändrade lydelse) (nedan kallad förordning nr 715/2009).

förvaltningsverksamheten. De utgör detaljerade bestämmelser som gäller för fullgörandet av de tillsynsuppgifter som föreskrivs i direktiven. Domstolen har redan i dom av den 29 oktober 2009, kommissionen/Belgien (C-474/08, ej publicerad, EU:C:2009:681) (nedan kallad domen kommissionen/Belgien) slagit fast att detta utgör ett fördragsbrott av medlemsstaten.

90. Förbundsrepubliken Tyskland har bestritt kommissionens resonemang med stöd av Konungariket Sverige. Förbundsrepubliken Tyskland anser inledningsvis att kommissionen i sin replik har anfört en ny anmärkning avseende åsidosättande av den nationella tillsynsmyndighetens oberoende. Den nya anmärkningen utgör en efterhandsutvidgning av föremålet för talan och kan därmed inte tas upp till sakprövning.

91. I sak har Förbundsrepubliken Tyskland anfört att EnWG grundar sig på principen om ”normativ reglering” (*normative Regulierung*) som innebär att den nationella tillsynsmyndigheten fattar konkreta tillsynsbeslut i fullt oberoende men, med avseende på fastställandet av metoder för tillträde till nätet, är bunden av den parlamentariska lagstiftarens principbeslut som konkretiseras i förordningar som antas av regeringen. Den nationella tillsynsmyndigheten har inom den ramen ett stort utrymme för skönsmässig bedömning, men utövandet av dess befogenhet struktureras på förhand (*vorstrukturiert*) i syfte att säkerställa att kedjan av demokratisk legitimitet inte bryts, enligt vad som föreskrivs i tysk konstitutionell rätt. Det ankommer på lagstiftaren, inte på den nationella tillsynsmyndigheten, att fatta principbeslut på det energipolitiska området, till exempel de beslut som krävs för övergången till förnybar energi.

92. EnWG ger inte förbundsregeringen några regleringsbefogenheter utan tillåter regeringen, genom en delegering av lagstiftningsbefogenhet, att utöva en normativ regleringsbefogenhet, med godkännande av Bundesrat (Förbundsrådet, Tyskland) enligt 80 § punkt 1 i Grundgesetz (Förbundsrepubliken Tysklands grundlag). De förordningar som förbundsregeringen antagit avser inte enskilda villkor för tillträde till nätet, utan fastställer på ett abstrakt och allmänt sätt metoder som den nationella tillsynsmyndigheten ska precisera och tillämpa i varje enskilt fall. Enligt tysk konstitutionell rätt utgör sådana förordningar inte riktlinjer för den allmänna politiken, utan materiella normativa rättsakter.

93. EnWG är förenlig med direktivens bestämmelser om de nationella tillsynsmyndigheternas uppgifter. Förbundsrepubliken Tyskland anser i själva verket, i detta avseende med stöd av Konungariket Sverige, att direktiven inte på något vis utesluter att den nationella lagstiftaren antar mer specifika och precisa bestämmelser än de allmänna bestämmelserna i direktiven i fråga om metoder för den reglering som den nationella tillsynsmyndigheten är skyldig att grunda sig på. Det skulle för övrigt strida mot den av domstolen erkända principen om medlemsstaternas processuella autonomi om direktivbestämmelserna inte gav medlemsstaterna något handlingsutrymme för att införliva bestämmelserna om de nationella tillsynsmyndigheternas befogenheter.

94. Direktiven ger medlemsstaterna möjlighet att införa olika tillsynssystem som alla utgör tillräckliga införlivanden av direktiven. Vad gäller den ”normativa regleringen”, ska lagstiftaren och den myndighet som har befogenhet att anta förordningar fastställa beräkningsmetoder i allmänna och abstrakta ordalag. Den nationella tillsynsmyndigheten är behörig att komplettera och delvis ändra dessa metoder. I så fall ska den nationella tillsynsmyndigheten även fatta ett exakt tillsynsbeslut på grundval av dessa beräkningsmetoder. Den tolkning som föreslagits av kommissionen innebär i stället att den nationella tillsynsmyndigheten är behörig såväl att fastställa tariffer som metoder, vilket skulle strida mot direktivens lydelse, andemening, syfte och uppkomst.

95. Domen kommissionen/Belgien är inte relevant, eftersom de förordningar som i det nu aktuella fallet antagits med stöd av 24 § EnWG utgör materiella lagar och inte instruktioner från regeringen i dess egenskap av verkställande myndighet som är hierarkiskt överordnad den nationella tillsynsmyndigheten. En ”förhandsstrukturering” av den nationella tillsynsmyndighetens handlingsutrymme genom föreskrifter i lagstiftning inskränker inte tillsynsmyndighetens oberoende, vilket oberoende ligger i att myndigheten inte är underordnade instruktioner från regeringen eller andra myndigheter. Detta villkor garanteras i tysk rätt.

96. Principen om ”normativ reglering” erkänns för övrigt även i unionsrätten, som framgår av att kommissionen själv bemyndigats att anta nätföreskrifter, vilka inte endast utgör allmänpolitiska riktlinjer utan regelrätta, detaljerade metodföreskrifter. I unionsrätten och särskilt i direktiven finns inga tillräckligt exakta materiella bestämmelser om fastställande av metoder i fråga om tillträde till nätet och fastställande av tariffer. Bestämmelserna i förordningarna nr 714/2009 och nr 715/2009 är inte tillämpliga på handel med el och gas inom en medlemsstat eller med avseende på distributionsnät. I det sammanhanget ankommer det på medlemsstaterna att ta fram egna kriterier för att reglera de nationella tillsynsmyndigheternas regleringsbefogenheter för att säkerställa ett korrekt införlivande av direktiven.

97. Slutligen har Förbundsrepubliken Tyskland anfört att de principer som slagits fast i rättspraxis enligt EU-domstolens dom av den 13 juni 1958, Meroni/Höga myndigheten (9/56, EU:C:1958:7) (nedan kallad domen Meroni), är tillämpliga även när unionslagstiftaren tilldelar oberoende nationella tillsynsmyndigheter vissa befogenheter. Dessa principer innebär att det endast är möjligt att delegera befogenheter till sådana myndigheter om lagstiftaren först har ställt upp tillräckligt preciserade krav vad gäller dessa myndigheters uppgifter och befogenheter. Unionslagstiftningen innehåller inte några sådana krav, varför det ankommer på medlemsstaterna att anta dem. Samma skyldighet följer av demokrati- och rättsstatsprinciperna, vilka utgör en del av Förbundsrepubliken Tysklands grundläggande politiska och konstitutionella strukturer, vilka unionen ska respektera enligt artikel 4.2 FEU.

2. Bedömning

98. Inledningsvis ska anges att Förbundsrepubliken Tysklands invändning om rättegångshinder, enligt vilken kommissionens resonemang om ett åsidosättande av den nationella tillsynsmyndighetens oberoende utgör en ny anmärkning som därför inte kan tas upp till prövning, inte kan godtas.

99. Kommissionen har genom den fjärde anmärkningen gjort gällande att Förbundsrepubliken Tyskland införlivat olika bestämmelser i direktiven på ett felaktigt sätt, eftersom den aktuella nationella lagstiftningen åsidosätter de exklusiva befogenheter som den nationella tillsynsmyndigheten tilldelats genom direktiven. Den nationella lagstiftningen ger regeringen vissa befogenheter som enligt direktiven ska vara förbehållna de nationella tillsynsmyndigheterna. Genom att föreskriva detaljerade regler för den nationella tillsynsmyndighetens utövande av sina befogenheter, ger den också denna tillsynsmyndighet ett betydligt mindre handlingsutrymme inom de befogenhetsområden som är förbehållna denna myndighet.

100. Den omständigheten att ett annat organ än den nationella tillsynsmyndigheten har tilldelats befogenhet att ingripa på områden som ska vara förbehållna denna tillsynsmyndighet liksom den omständigheten att tillsynsmyndigheten underordnats bestämmelser som antagits av andra organ och som på ett detaljerat sätt reglerar hur den ska utöva sina befogenheter på områden där den har

exklusiv behörighet, inverkar på tillsynsmyndighetens möjlighet att på dessa områden fatta beslut självständigt, i full frihet och utan yttre påverkan. Av detta följer att den fjärde anmärkningen avser frågor som rör ett åsidosättande av det oberoende som de nationella tillsynsmyndigheterna garanteras genom direktiven och att de argument som kommissionen har fört fram i detta avseende inte kan betraktas som en ny anmärkning som skiljer sig från den första och därmed inte kan tas upp till prövning.

101. I syfte att pröva kommissionens fjärde anmärkning i sak anser jag att de relevanta bestämmelserna i direktivenen bör analyseras utifrån deras lydelse och de mål som eftersträvas med det regelverk de ingår i samt utifrån deras sammanhang. [32]

102. De bestämmelser i direktiven som avser utnämning, mål, uppgifter och befogenheter för de nationella tillsynsmyndigheterna för el- respektive naturgassektorn finns i kapitel IX (artiklarna 35–40) i direktiv 2009/72 och i kapitel VIII (artiklarna 39–44) i direktiv 2009/73.

103. I fråga om dessa bestämmelser har domstolen redan haft tillfälle att framhålla att medlemsstaterna enligt artikel 35.4 i direktiv 2009/72, vilken ordagrant motsvarar artikel 39.4 i direktiv 2009/73, ska garantera tillsynsmyndighetens oberoende och säkerställa att den utövar sina befogenheter på ett opartiskt och transparent sätt. [33] I samma bestämmelse anges sedan att medlemsstaterna för detta ändamål ska se till att de nationella tillsynsmyndigheterna, när de utövar sina befogenheter enligt direktiven och tillhörande lagstiftning, är juridiskt åtskilda från och ”funktionellt oberoende av alla andra offentliga och privata organ” och att dess personal och de personer som svarar för dess ledning ”agerar oberoende av marknadsintressen” och ”inte söker eller tar emot direkta anvisningar från någon regering eller annat offentligt eller privat organ när de utför sina tillsynsuppgifter.” I punkt 5 i samma artikel, som motsvarar artikel 39.5 i direktiv 2009/73, anges att medlemsstaterna, för att bevara tillsynsmyndighetens oberoende ställning, bland annat ska se till att tillsynsmyndigheten ”kan fatta självständiga beslut oberoende av något politiskt organ”. [34]

104. Begreppet oberoende ställning definieras inte vare sig i direktiv 2009/72 eller i direktiv 2009/73. Domstolen har emellertid redan uttalat, med särskild hänvisning till tillsynsmyndigheterna inom energisektorn, att detta begrepp, när det gäller offentliga organ, normalt betecknar en status som säkerställer att det berörda organet kan agera helt fritt utan instruktioner eller påtryckningar från de organ i förhållande till vilka oberoendet ska säkerställas. [35] Inom energisektorn innebär det oberoende med avseende på beslutsfattande som garanteras genom direktiven närmare bestämt att den nationella tillsynsmyndigheten, inom ramen för de uppgifter och tillsynsbefogenheter som avses i artikel 37 i direktivet 2009/72 och artikel 41 i direktiv 2009/73, ska fatta sina beslut självständigt, enbart på grundval av allmänintresset, för att säkerställa att de mål som eftersträvas med direktivet iakttas, utan att behöva följa några externa instruktioner från andra offentliga eller privata organ. [36]

[32] Se bland annat, för ett liknande resonemang, dom av den 16 juli 2020, kommissionen/Ungern (Avgifter för tillträde till näten för överföring av el och naturgas) (C-771/18, EU:C:2020:584, punkt 42 och där angiven rättspraxis).

[33] Se dom av den 11 juni 2020, Prezident Slovenskej republiky (C-378/19, EU:C:2020:462, punkt 31).

[34] Dom av den 11 juni 2020, Prezident Slovenskej republiky (C-378/19, EU:C:2020:462, punkt 50).

[35] Dom av den 11 juni 2020, Prezident Slovenskej republiky (C-378/19, EU:C:2020:462, punkt 32), i vilken det hänvisas till dom av den 13 juni 2018 (kommissionen/Polen, C-530/16, EU:C:2018:430, punkt 67).

[36] Se, med avseende på direktiv 2009/72, dom av den 11 juni 2020, Prezident Slovenskej republiky (C-378/19, EU:C:2020:462, punkt 54), som är analogt tillämplig på direktiv 2009/73. Se även dom av den 3 december 2020 i mål C-767/19, kommissionen/Belgien (EU:C:2020:984, punkt 111).

105. Domstolen har också redan haft tillfälle att uttryckligen klargöra att de krav som ställs genom direktiven, vilka anges ovan i punkt 103, innebär att den nationella tillsynsmyndigheten ska utföra sina tillsynsuppgifter *utan* påverkan utifrån.[37] Den omständigheten att det upprepade gånger anges i direktiven att tillsynsmyndighetens funktionella oberoende ska säkerställas ger inte utrymme för några tvivel om att detta oberoende ska säkerställas både i förhållande till enskilda personer och till affärsintressen och i förhållande till *alla* offentliga organ och alltså inte endast i förhållande till regeringen i egenskap av innehavare av den verkställande makten. De uttryck som används i direktiven är entydiga i den del de slår fast dels att det funktionella oberoendet ska garanteras i förhållande till *alla* politiska organ, alltså inte bara regeringen utan även parlamentet, dels att denna garanti ska vara fullständig och inte begränsad till vissa handlingar som identifierats till sin form eller sitt innehåll. Kravet på att den nationella tillsynsmyndigheten ska vara oberoende i förhållande till *alla* politiska intressen framgår för övrigt även uttryckligen av skäl 34 i direktiv 2009/72 och skäl 30 i direktiv 2009/73.

106. Detta innebär att det oberoende för tillsynsmyndigheten som garanteras enligt direktiven på de områden där den har exklusiva uppgifter och befogenheter enligt artikel 37 i direktiv 2009/72 och artikel 41 i direktiv 2009/73 inte får inskränkas vare sig genom parlamentets lagstiftning eller genom sådana rättsakter som enligt en traditionell klassificering i nationell konstitutionell rätt, för att använda de kategorier som den tyska regeringen gjorde gällande vid förhandlingen, är ”materiella lagar”, som regeringsförordningar.

107. Det är dessutom förenligt med målen i direktiven att tolka dem så, att ett omfattande funktionellt oberoende säkerställs för de nationella tillsynsmyndigheterna. Den teleologiska tolkningen bekräftar således bokstavstolkningen.

108. Domstolen har i detta avseende redan framhållit att direktiv 2009/72 har som huvudsakligt syfte att åstadkomma en öppen och konkurrenskraftig inre elmarknad som gör det möjligt för konsumenter att fritt välja sina leverantörer och för dessa leverantörer att fritt tillhandahålla sina produkter till konsumenterna, främja rättvisa konkurrensvillkor på marknaden samt att säkra försörjningstryggheten och bekämpa klimatförändringar.[38] Domstolen har fastställt syftet med direktiv 2009/73 i mycket liknande ordalag.[39]

109. Såsom framgår av flera skäl i direktiven[40] har huvudsyftet, att slutföra genomförandet av den inre marknaden inom el- och naturgassektorn och att skapa förutsättningar för enhetlig konkurrens för alla elföretag i unionen, sitt ursprung i det faktum att det tidigare regelverket inte var tillräckligt för att skapa förutsättningar för att inrätta en välfungerande inre marknad och samtidigt skydda konsumenterna genom att främja investeringar och garantera försörjningstryggheten. Det uttryckliga syftet med att anta nya direktiv var bland annat att undvika den ständiga risken att i avsaknad av en effektiv åtskillnad mellan näten och produktions- och leveransverksamhet – en åtskillnad som bestämmelserna i de tidigare direktiven[41] inte hade lyckats säkerställa – skapa diskrimineringar inte bara i nätförvaltningen,

[37] Se, vad beträffar direktiv 2009/72, dom av den 11 juni 2020, Prezident Slovenskej republiky (C-378/19, EU:C:2020:462, punkt 33). Min kursivering. Samma överväganden är analogt tillämpliga på direktiv 2009/73.

[38] Dom av den 11 juni 2020, Prezident Slovenskej republiky (C-378/19, EU:C:2020:462, punkt 22 och där angiven rättspraxis).

[39] Dom av den 19 december 2019, GRDF (C-236/18, EU:C:2019:1120, punkt 34 och där angiven rättspraxis).

[40] Se, bland annat, skälen 1, 6, 7, 19, 25, 37, 42, 46, 50, 5 i direktiv 2009/72 och skälen 1, 5, 16, 21, 22, 30, 57 och 58 i direktiv 2009/73.

[41] 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) och 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, 2003, s. 57).

utan även i incitamenten för vertikalt integrerade företag att investera i lämpliga åtgärder i de egna näten; härav syftet med direktiven att införa bestämmelser avsedda att förverkliga en effektiv åtskillnad mellan produktions- och leveransverksamhet och nätdrift. [42]

110. Såsom domstolen redan har framhållit är det just för att uppnå dessa mål som den nationella tillsynsmyndigheten enligt direktiven har långtgående befogenheter i fråga om reglering och övervakning av elmarknaden. [43]

111. Inom den ram som fastställs i direktiven kan de nationella tillsynsmyndigheterna säkerställa att systemet i sin helhet fungerar väl. De måste i synnerhet, som uttryckligen framgår av skäl 36 i direktiv 2009/72 och 32 i direktiv 2009/73 och som återspeglas i artikel 37.1 a respektive artikel 41.1 l, kunna fastställa eller godkänna tariffer eller metoder för beräkning av tariffer på grundval av ett förslag från den systemansvarige för överförings- eller distributionssystemet eller på grundval av ett förslag som en systemansvarig och nätanvändarna kommit överens om. Vid fastställandet eller godkännandet bör den nationella tillsynsmyndigheten se till att överförings- eller distributionstarifferna är icke-diskriminerande och kostnadseffektiva, och samtidigt ta hänsyn till de marginalkostnader som på lång sikt går att undvika med hjälp av distribuerad produktion och åtgärder för styrning av efterfrågan.

112. För att uppnå dessa mål krävs största möjliga garanti för den nationella tillsynsmyndighetens oberoende, i den vida bemärkelse som framgår av den ordagranna lydelsen i de bestämmelser som anges ovan i punkt 102 och följande punkter. Ett fullständigt oberoende i förhållande till ekonomiska och offentliga aktörer, som kan vara förvaltningsorgan eller politiska organ, och i det sistnämnda fallet innehavare av den verkställande makten eller lagstiftningsmakten, garanterar att de beslut som fattas verkligen är opartiska och icke-diskriminerande, varvid alla former av förmånlig behandling av företag och ekonomiska intressen med anknytning till regeringen, majoriteten eller till den politiska makten helt omöjliggörs. [44] På så sätt, som kommissionen mycket riktigt har framhållit, undanröjs risken för att inhemska företag eller företag med anknytning till den politiska makten gynnas – vilket om det inträffar utgör ett hot mot förverkligandet av en inre energimarknad som är öppen för gränsöverskridande tillträde för nya leverantörer av el från andra energikällor liksom för nya leverantörer av energiproduktion – och vilken risk är särskilt stor med hänsyn till att det vertikalt integrerade företaget i många länder fortfarande är det gamla offentliga monopolet med bibehållna kopplingar till regeringen, till exempel genom aktieinnehav. [45]

113. Såsom uttryckligen framgår av skäl 33 i direktiv 2009/72 och skäl 29 i direktiv 2009/73, är det för övrigt just mot den bakgrunden som direktiven specifikt syftar till att stärka den nationella tillsynsmyndighetens oberoende och som direktiven, som följer av skälen 34 och 30 i direktiven,

[42] Skälen 9 och 10 i direktiv 2009/72 och skälen 6 och 7 i direktiv 2009/73.

[43] Se, vad beträffar direktiv 2009/72, dom av den 11 juni 2020, Prezident Slovenskej republiky (C-378/19, EU:C:2020:462, punkt 23).

[44] En fullständig åtskillnad i förhållande till den politiska makten gör det möjligt för de nationella tillsynsmyndigheterna att i den egna verksamheten hålla sig till ett långsiktigt perspektiv, vilket är nödvändigt för att förverkliga direktivets mål, och frikoppla sina beslut från krav som följer av valperiodsrelaterade hänsyn som politiska befattningshavare är bundna av. Denna bindning, som utan tvekan möjliggör en koppling till efterfrågan och behoven i samhället och företrädare för den allmänna opinionen, är den representativa demokratins främsta dygd. Samtidigt kan den också bli dess ”Akilleshäl” när den i tekniska frågor blir ett hinder för ett långsiktigt perspektiv som kan stå emot påtryckningar från särintressen.

[45] Se analogt, beträffande kravet på att undanröja riskerna för denna typ av intressekonflikter genom att medge den nationella tillsynsmyndighetens oberoende, punkt 35 i dom av den 9 mars 2010, kommissionen/Tyskland (C-518/07, EU:C:2010:125) angående kontrollmyndighetens oberoende i fråga om skydd av personuppgifter.

för att den inre marknaden för el ska fungera väl, innehåller bestämmelser som gör så att energitillsynsmyndigheterna kan fatta beslut i alla relevanta tillsynsfrågor och så att den kan vara fullständigt oberoende av övriga offentliga eller privata intressen. [46]

114. Den sålunda utformade allmänna ramen för de nationella tillsynsmyndigheternas oberoende specificeras i de direktivbestämmelser som analytiskt fastställer tillsynsmyndigheternas mål, uppgifter och ansvarsområden. Den bokstavliga och teleologiska tolkningen bekräftas således av en systematisk tolkning. I artikel 37 i direktiv 2009/72 och artikel 41 i direktiv 2009/73 fastställs således punktvis vilka befogenheter som de nationella tillsynsmyndigheterna ska ha, vilka ska utgöras enbart av de befogenheter som anges i direktiven.

115. Befogenheterna ingår dessutom i en rättslig struktur som på olika nivåer avgränsar vilka mål och kriterier som gäller för utövandet av dem. De nationella tillsynsmyndigheterna är nämligen skyldiga att utöva sina befogenheter i enlighet med de mål som anges i artikel 36 i direktiv 2009/72 och artikel 40 i direktiv 2009/73. Det rör sig om fastställda mål som kringgärdar området för de beslut som ska fattas av de nationella tillsynsmyndigheterna, vilka fastställer kriterier som ska vara uppfyllda för att de på förhand uppställda målen ska kunna uppnås. [47]

116. I vissa fall specificeras dessa kriterier ytterligare i artikel 37 i direktiv 2009/72 och i artikel 41 i direktiv 2009/73, med avseende på specifika befogenheter. När det till exempel gäller tariffer för överföring och distribution eller beräkningsmetoderna för dessa, enligt punkt 1 i båda dessa bestämmelser, ska således storleken på dessa avgifter fastställas på grundval av transparenta kriterier. Enligt punkt 6 a i samma bestämmelser ska även villkoren för anslutning och tillträde till de nationella näten fastställas med hänsyn till de investeringar som är nödvändiga för att näten för överföring av el och naturgas ska bli lönsamma. [48] Enligt punkt 10 i samma bestämmelser ska dessa villkor, avgifter och metoder vara proportionerliga och tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt. När det däremot gäller tillhandahållande av balanstjänster fastställs i artikel 37 i direktiv 2009/72 och i artikel 41.6 b i direktiv 2009/73 att dessa tjänster ska utföras så ekonomiskt som möjligt och ge goda incitament för nätanvändarna att balansera sin inmatning och sitt uttag och att balanstjänsterna ska tillhandahållas rättvist och utan diskriminering och bygga på objektiva kriterier. I punkt 8 i ovan angivna bestämmelser anges att tillsynsmyndigheterna när det gäller fastställande eller godkännande av tariffer eller metoder och av balanstjänsterna ska säkerställa att de systemansvariga för överförings- och distributionssystemen både på kort och lång sikt ges lämpliga incitament att öka effektiviteten, främja integrationen av marknaden och säkra leveranser samt stödja forskningsverksamheten på området. [49]

117. I direktiven föreskrivs även en rad processuella garantier som tillsynsmyndigheterna ska iaktta vid utövandet av deras uppdrag, såsom skyldigheten att offentliggöra sina beslut, skyldigheten att bevara den konfidentiella karaktären hos kommersiellt känsliga uppgifter och skyldigheten att fullt motivera sina beslut. [50]

[46] Dom av den 11 juni 2020, Prezident Slovenskej republiky (C-378/19, EU:C:2020:462, punkterna 24 och 25).

[47] Det framgår exempelvis av artikel 36 d i direktiv 2009/72 och artikel 40 i direktiv 2009/73 att målet att bidra till att det utvecklas säkra, pålitliga, effektiva och icke-diskriminerande system ska uppnås så kostnadseffektivt som möjligt och vara konsumentinriktat.

[48] Se dom av den 16 juli 2020, kommissionen/Ungern (avgifter för tillträde till överförings- och överföringssystemen för el och naturgas) (C-771/18, EU:C:2020:584, punkt 49).

[49] Se dom av den 16 juli 2020, kommissionen/Ungern (avgifter för tillträde till överförings- och överföringssystemen för el och naturgas) (C-771/18, EU:C:2020:584, punkt 50).

[50] Se artikel 37.7 och 37.16 i direktiv 2009/72 och artikel 41.7 och 41.16 i direktiv 2009/73.

118. De kriterier som anges i direktiven och som tillsynsmyndigheterna ska uppfylla när de utövar sina befogenheter specificeras ytterligare i andra rättsakter, däribland förordningarna nr 714/2009 och nr 715/2009. Artikel 14 respektive 13 i dessa två förordningar [51] innehåller exempelvis särskilda kriterier för fastställande av avgifter, tariffer och beräkningsmetoder för tillträde till näten, [52] och artikel 21 i förordning nr 715/2009 innehåller bestämmelser om balansregler.

119. Dessa bestämmelser har sedan integrerats och specificerats i olika nätföreskrifter som kommissionen har antagit genom förordningar med detaljerade bestämmelser om, bland annat, harmoniserade tariffstrukturer för överföring av gas, [53] krav för anslutning av förbrukningsanläggningar, distributionsanläggningar och distributionssystem, [54] EU-krav för nätanslutning av generatorer [55] och krav för nätanslutning av högspänningssystem. [56] I ett så pass detaljerat regelverk kan Förbundsrepubliken Tyskland enligt min mening inte hävda att medlemsstaterna för att införliva direktiven 2009/72 och 2009/73 på ett lämpligt sätt varit tvungna att ta fram egna kriterier för beräkning av tariffer. Dessutom är det som kommissionen mycket riktigt har gjort gällande traditionellt en uppgift för de nationella tillsynsmyndigheterna att fastställa ett rättvist tariffsystem, varför de förfogar över (och ska förfoga över) specialisttjänster som kan fullgöra denna uppgift.

120. Sättet på vilket de nationella tillsynsmyndigheternas befogenheter har fastställts och strukturerats medför två betydelsefulla konsekvenser. I det punktvisa fastställandet av befogenheter, mål och kriterier för utövandet av befogenheterna tycks unionslagstiftningen för det första inte ge något utrymme för nationella ingripanden mellan direktivet och de nationella tillsynsmyndigheternas fullgörande av de uppgifter som de tilldelats exklusivt genom direktiven. Den mångordiga beskrivningen av det funktionella oberoendet och befogenhetsreglerna talar för denna slutsats. Det kan således hävdas att direktiven föreskriver ett ”befogenhetsförbehåll” till förmån för de nationella tillsynsmyndigheterna med avseende på de uppgifter som räknas upp i artikel 37 i direktiv 2009/72 och artikel 41 i direktiv 2009/73. Av detta följer att alla former av förhandsstrukturering (*Vorstrukturierung*) av tillsynsmyndigheternas funktion som görs av en nationell lagstiftare inte får påverka utövandet av de centrala befogenheter som enligt direktiven är förbehållna dessa myndigheter. För det andra ska de nationella tillsynsmyndigheterna endast agera inom de ramar som ställts upp genom EU-lagstiftningen. De får inte införa nya intressen eller kriterier utöver dem som redan angetts av unionslagstiftaren. De nationella tillsynsmyndigheterna ska svara för det tekniska genomförandet av vad som fastställs i unionens sekundärrättsliga bestämmelser.

121. Den omständigheten att direktiven ger medlemsstaterna befogenhet att anta ”allmänna politiska riktlinjer” påverkar inte dessa slutsatser. [57]

[51] Se dom av den 16 juli 2020, kommissionen/Ungern (Avgifter för tillträde till överförings- och överföringssystemen för el och naturgas) (C-771/18, EU:C:2020:584, punkt 43 och följande punkter).

[52] Vad beträffar Förbundsrepubliken Tysklands argument, att kriterierna i dessa bestämmelser endast gäller för gränsöverskridande handel i fråga om överföringssystem, vilket har bestritts av kommissionen, vill jag framhålla att detta, även om så vore fallet, inte hindrar att tarifferna och beräkningsmetoderna för dessa ska fastställas och tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt och med avseende på inrättandet av en inre marknad för el och gas, vilket innebär att tariffer och beräkningsmetoder för dessa både för intern och gränsöverskridande handel ska fastställas utifrån enhetliga kriterier.

[53] Kommissionens förordning (EU) 2017/460 av den 16 mars 2017 om fastställandet av nätföreskrifter för harmoniserade tariffstrukturer för överföring av gas (EUT L 72, 2017, s. 29).

[54] Kommissionens förordning (EU) 2016/1388 av den 17 augusti 2016 om fastställande av nätföreskrifter för anslutning av förbrukare (EUT L 223, 2016, s. 10).

[55] Kommissionens förordning (EU) 2016/631 av den 14 april 2016 om fastställande av nätföreskrifter med krav för nätanslutning av generatorer (EUT L 112, 2016, s. 1).

[56] Kommissionens förordning (EU) 2016/1447 av den 26 augusti 2016 om fastställande av nätföreskrifter med krav för nätanslutning av system för högspänd likström och likströmsanslutna kraftparksmoduler (EUT L 241, 2016, s. 1).

[57] Artikel 35.4 b ii) i direktiv 2009/72 respektive artikel 39.4 b ii) i direktiv 2009/73.

122. Två påpekanden är relevanta i detta avseende. I och med att direktiven för det första uttryckligen endast medger riktlinjer av *allmän* karaktär, är *specifika* anvisningar eller regler, med *detaljerade* anvisningar, utan tvivel oförenliga med direktiven. För det andra, som domstolen redan har framhållit,[58] framgår det uttryckligen av de relevanta bestämmelserna i direktiven att de allmänna politiska riktlinjer som antagits av den berörda medlemsstatens regering inte får avse de uppgifter och tillsynsbefogenheter som avses i artikel 37 i direktiv 2009/72 och artikel 41 i direktiv 2009/73, däribland uppgifter och befogenheter avseende fastställande, godkännande och övervakning av olika taxor och priser, bland annat dem som anges i punkt 1 a i dessa artiklar, som består i att fastställa eller godkänna, enligt transparenta kriterier, överförings- eller distributionstariffer för el eller metoder för beräkning av dessa. Detta innebär, även om medlemsstaterna och därmed parlamentet och regeringen visserligen behåller befogenheter i fråga om energipolitik, vilket bekräftas i artikel 194 FEUF, att de allmänna politiska riktlinjerna ska avse andra områden än dem som omfattas av de nationella tillsynsmyndigheternas tillsynsförbehåll. Den tyska regeringen har i varje fall klargjort att de bestämmelser som kommissionen har ifrågasatt genom den nu aktuella anmärkningen inte utgör allmänna politiska riktlinjer i den mening som avses i direktiven.

123. Den ovannämnda tolkningen, som följer av en bokstavlig, teleologisk och systematisk tolkning av de relevanta bestämmelserna i direktiven, är för övrigt förenlig med det förhållningssätt som domstolen intagit i sin praxis.

124. I domen kommissionen/Belgien klargjorde domstolen, med särskilt avseende på elsektorn, att den omständigheten att en medlemsstat hade tilldelat en annan myndighet än den nationella tillsynsmyndigheten befogenhet att fastställa avgörande delar för beräkning av överförings- eller distributionstariffer, såsom fastställandet av avskrivningar eller vinstmarginaler, utgjorde fördragsbrott med avseende på de bestämmelser i direktiv 2003/54 som tilldelade de nationella tillsynsmyndigheterna befogenheter i detta avseende. Domstolen konstaterade att den omständigheten att sådana befogenheter tilldelades den verkställande makten innebar att vidden av de befogenheter som tilldelades enligt det aktuella direktivet minskade, eftersom tillsynsmyndigheten, vid fastställandet av tarifferna, var bunden av särskilda regler om fastställande av sådana uppgifter som fastställts av en annan myndighet.[59] Detta förhållningssätt bekräftades alldeles nyligen av domstolen i en dom som också avsåg Konungariket Belgien och särskilt artiklarna 37.6 a i direktiv 2009/72 och artikel 41.6 a i direktiv 2009/73.[60] Denna rättspraxis är i motsats till vad Förbundsrepubliken Tyskland har anfört relevant även för det fall de ifrågasatta bestämmelserna föreskriver ingripande på de befogenhetsområden som är förbehållna den nationella tillsynsmyndigheten genom materiella lagar och inte endast genom instruktioner från regeringen i dess egenskap av verkställande myndighet som är närmast överordnad den nationella tillsynsmyndigheten. De nationella tillsynsmyndigheternas exklusiva befogenheter enligt direktiven och deras oberoende måste nämligen, som framgår av punkterna ovan, säkerställas i förhållande till *alla* politiska organ, således inte bara i förhållande till regeringen, utan även till den nationella lagstiftaren vilken visserligen får, eller snarare ska, fastställa dessa befogenheter i rättsakter men dock inte får frånta de nationella tillsynsmyndigheterna en del och tilldela andra offentliga organ dessa befogenheter.

[58] Dom av den 11 juni 2020, Prezident Slovenskej republiky (C-378/19, EU:C:2020:462, punkt 52).

[59] Se punkt 27 och följande punkter i domen kommissionen/Belgien.

[60] Dom av den 3 december 2020, kommissionen/Belgien (C-767/19, EU:C:2020:984).

125. Domstolen har för övrigt gjort en vid tolkning av begreppet oberoende även i fråga om andra delar av unionsrätten, där det visat sig nödvändigt att inrätta oberoende myndigheter med uppgifter som varit avsedda att förverkliga en konkurrensutsatt marknad som samtidigt kan säkerställa ett skydd för andra, av unionslagstiftaren uttryckligen angivna och reglerade syften, till exempel skydd för specifika grundläggande rättigheter och konsumentskydd.

126. Som exempel kan nämnas domen av den 9 mars 2010, kommissionen/Tyskland (C-518/07, EU:C:2010:125). I det fallet var föremålet för diskussionerna innebörden av uttrycket ”fullständigt oberoende” med avseende på de nationella tillsynsmyndigheter som fått i uppdrag att se till att bestämmelserna om skydd för personuppgifter iakttas.[61] Målet avsåg två motsatta synsätt i fråga om tillsynsmyndigheternas oberoende. Å ena sidan en vid tolkning enligt vilken rekvisitet oberoende ska tolkas så, att en tillsynsmyndighet ska stå fri från alla former av påverkan, å andra sidan en mer restriktiv tolkning som gjordes gällande av Förbundsrepubliken Tyskland, vilken innebar att tillsynsmyndigheterna endast skulle vara oberoende i förhållande till den icke-offentliga sektor som var föremål för deras kontroll, medan en intern kontroll inom förvaltningen skulle medges. Domstolen, som betraktade oberoendet mot bakgrund av syftet med de aktuella direktiven, ställde sig bakom den förstnämnda tolkningen och uttalade att ”de tillsynsmyndigheter som är behöriga i fråga om övervakning av behandling av personuppgifter inom den icke-offentliga sektorn ska åtnjuta ett sådant oberoende att de kan utöva sina uppgifter utan påverkan utifrån. Detta oberoende utesluter inte bara all påverkan från de organ som är föremål för övervakning utan också varje åläggande eller all annan påverkan utifrån, direkt eller indirekt, som kan hindra nämnda myndigheter från att fullgöra sin uppgift att säkerställa en riktig avvägning mellan skyddet för rätten till privatliv och ett fritt flöde av personuppgifter.”[62]

127. Även inom sektorn för elektronisk kommunikation är domstolens praxis inriktad på att säkerställa iakttagande av de nationella tillsynsmyndigheternas utrymme för skönsmässig bedömning när de utövar sina befogenheter.[63]

128. Sammanfattningsvis anser jag att ett systematiskt synsätt ger fullt stöd för en vid tolkning av lagstiftningen om de nationella tillsynsmyndigheternas oberoende inom el- och gassektorerna, såsom bekräftas av domstolens praxis. Det unionsrättsliga systemet ger företräde åt ett vidsträckt oberoendebegrepp när det gäller de oberoende myndigheternas särskilda befogenheter.

129. Förbundsrepubliken Tysklands övriga argument påverkar inte denna slutsats.

130. När det för det första gäller Förbundsrepubliken Tysklands åberopande av principen om medlemsstaternas processuella autonomi, framgår det av artikel 288 FEUF att medlemsstaterna när de införlivar ett direktiv är skyldiga att säkerställa direktivets fulla verkan, samtidigt som de förfogar över ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning avseende valet av tillvägagångssätt för att säkerställa direktivets genomförande. Den friheten inverkar inte på skyldigheten för varje medlemsstat till vilken direktivet är riktat att vidta alla de åtgärder som är nödvändiga för att säkerställa att direktivet får full verkan i överensstämmelse med det syfte som det eftersträvar.[64]

[61] Enligt artikel 28.1 andra stycket i Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter (EGT L 281, 1995, s. 31).

[62] Se punkt 30 i domen.

[63] Se till exempel, för ett liknande resonemang, dom av den 3 december 2009, kommissionen/Tyskland (C-424/07, EU:C:2009:749, punkterna 80–83).

[64] Se dom av den 11 juni 2020, Prezident Slovenskej republiky (C-378/19, EU:C:2020:462, punkt 37), och dom av den 19 oktober 2016, Ormaetxea Garai och Lorenzo Almendros (C-424/15, EU:C:2016:780, punkt 29 och där angiven rättspraxis).

131. Av detta följer att medlemsstaterna, som domstolen redan har framhållit, åtnjuter institutionell autonomi vid organisationen och strukturering av sina tillsynsmyndigheter, vilken emellertid ska utövas med iakttagande av de mål och de skyldigheter som fastställts i detta direktiv, [65] däribland fullt iakttagande av de befogenhetsområden som direktiven garanterar de nationella tillsynsmyndigheterna.

132. För det andra anser jag, tvärtemot vad den tyska regeringen har anfört, att den ovan angivna tolkningen av de relevanta bestämmelserna i direktiven avseende de nationella tillsynsmyndigheternas oberoende och befogenheter är förenlig med den rättspraxis som härrör från domen Meroni, i vilken domstolen intog ett förhållningssätt som den sedan utvidgat till att omfatta unionens byråer i en senare dom om befogenheter som tilldelats Europeiska värdepappers- och marknadsmyndigheten. [66]

133. Av denna rättspraxis framgår i synnerhet att domstolen anser att en unionsbyrå inte genom delegering får tilldelas en ”diskretionär beslutanderätt” som innebär en vidsträckt bedömningsfrihet som i den praktiska användningen kan ge uttryck för verkliga politiska val och som innebär ”en verklig förändring av ansvarsförhållandena” genom att den delegerande myndighetens val ersätts med de val som görs av den myndighet som mottar befogenheterna. [67] Det som däremot är möjligt att tilldela dessa byråer är klart avgränsade verkställande befogenheter, vilkas användning därigenom är föremål för sträng kontroll med hjälp av objektiva kriterier. [68]

134. Även om denna rättspraxis vore tillämplig i ett sådant fall som det nu aktuella, vilket inte rör nationella myndigheter som inrättats av unionen själv utan nationella myndigheter som inrättas av medlemsstaterna i enlighet med ett direktiv, är den föreslagna tolkningen ändå förenlig med denna rättspraxis. De befogenheter som är förbehållna de nationella tillsynsmyndigheterna kan nämligen hänföras till verkställighet utifrån en teknisk specialistbedömning av verkligheten, de medför ingen befogenhet som går utöver vad som föreskrivs i det regelverk som fastställts i unionsrätten [69] eller som innebär politiska val. [70] Bestämmelserna i unionens rättsakter kringgärdar dessutom, såsom anges ovan i punkterna 114–119, innehållet i dessa befogenheter och reglerar kriterier och villkor som avgränsar de nationella tillsynsmyndigheternas verksamhetsområde. [71]

135. För det tredje kan Förbundsrepubliken Tysklands argument angående demokratiprincipen inte ifrågasätta den förslagna tolkningen.

136. Domstolen har redan lämnat flera anvisningar om samspelet mellan demokratiprincipen och de nationella tillsynsmyndigheterna i ovan angiven dom av den 9 mars 2010, kommissionen/Tyskland (C-518/07, EU:C:2010:125). I denna dom erinrade domstolen först och främst om att principen om demokrati utgör en del av gemenskapens rättsordning och slås

65 Se dom av den 11 juni 2020, Prezident Slovenskej republiky (C-378/19, EU:C:2020:462, punkt 38 och där angiven rättspraxis).

66 Dom av den 22 januari 2014, Förenade kungariket/rådet och parlamentet (C-270/12, EU:C:2014:18, punkt 41 och följande punkter).

67 Se dom Meroni, s. 41, och dom av den 22 januari 2014, Förenade kungariket/rådet och parlamentet (C-270/12, EU:C:2014:18, punkterna 41, 42 och 54).

68 Se dom Meroni, s. 41, och dom av den 22 januari 2014, Förenade kungariket/rådet och parlamentet (C-270/12, EU:C:2014:18, punkt 41).

69 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 22 januari 2014, Förenade kungariket/rådet och parlamentet (C-270/12, EU:C:2014:18, punkt 44).

70 Se närmare punkt 141 ovan.

71 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 22 januari 2014, Förenade kungariket/rådet och parlamentet (C-270/12, EU:C:2014:18, punkt 45).

uttryckligen fast i artikel 6.1 FEU som en av unionens grundvalar. Eftersom principen är gemensam för medlemsstaterna, ska den beaktas vid tolkningen av en sekundärrättslig rättsakt. [72]

137. Domstolen framhöll sedan att denna princip inte utgör något hinder för att det finns offentliga myndigheter som inte ingår i en klassisk hierarkisk förvaltning och som är mer eller mindre oberoende av regeringen. Bestämmelser om förekomsten av sådana myndigheter och om villkoren för deras funktion har i medlemsstaterna antagits i lag eller, i vissa medlemsstater, i grundlag. Sådana myndigheter är skyldiga att följa lagen, under de behöriga domstolarnas kontroll. Sådana oberoende förvaltningsmyndigheter, som för övrigt förekommer i det tyska rättssystemet, har ofta en regleringsfunktion eller utövar uppgifter som inte får utsättas för politisk påverkan, samtidigt som de är skyldiga att följa lagen, under behöriga domstolars kontroll. [73]

138. Domstolen framhöll vidare att unionsrätten inte föreskriver att det ”inte får förekomma något parlamentariskt inflytande”, med hänsyn till dels att parlamentet eller regeringen kan utnämna de personer som ska åta sig ledningen av tillsynsmyndigheterna, dels att lagstiftaren kan ålägga tillsynsmyndigheterna en skyldighet att inför parlamentet redogöra för sina verksamheter. [74]

139. Domstolens överväganden enligt föregående punkter gäller även för nationella tillsynsmyndigheter inom el- och gassektorn och ger stöd för att deras oberoende är förenligt med demokratiprincipen. I synnerhet framgår det uttryckligen av skäl 34 i direktiv 2009/72 och skäl 30 i direktiv 2009/73 att de nationella tillsynsmyndigheternas oberoende som säkerställs genom direktiven inte hindrar parlamentarisk övervakning enligt medlemsstaternas konstitutionella rätt. Av detta följer att även om de nationella tillsynsmyndigheterna inte får utsättas för någon form av förhandspåverkan av de politiska organen, är de inte befriade från skyldigheten att redovisa sin verksamhet för parlamentet. Kravet på att förenlighet med demokratiprincipen leder således till att de nationella tillsynsmyndigheterna påförs en form av ”accountability” som kan följas upp av de enskilda medlemsstaterna.

140. Ett viktigt förtydligande är också på sin plats. De nationella tillsynsmyndigheterna inom el- och gassektorn verkar, som anges ovan, inom sina exklusiva befogenhetsområden enligt unionsrätten, utan inblandning från nationella politiska organ eller formell eller materiell lagstiftning. Unionslagstiftningen intar den plats som parlamentets lagstiftning haft i den nationella förvaltningsmodellen för att knyta den till den demokratiska principen. Den beslutsprocess som ger upphov till unionens rättsakter är en demokratisk process där Europaparlamentet, som valts av unionsmedborgarna, och rådet, i vilket medlemsstaternas intressen företräds genom demokratiskt legitima regeringar, deltar, och därmed är de nationella tillsynsmyndigheterna på så sätt knutna till de demokratiska legitimeringsprocesserna.

141. Som framhålls ovan i punkterna 114–119 anges de nationella tillsynsmyndigheternas befogenheter specifikt i direktiven, men dessutom fastställs mål och kriterier för deras utövande i unionens sekundärrätt. De nationella tillsynsmyndigheterna verkställer de sekundärrättsliga bestämmelserna genom en i huvudsak teknisk verksamhet. De saknar således, i enlighet med den rättspraxis som härrör från domen Meroni, det vidsträckta utrymme för skönsmässig bedömning som tillkommer den politiska makten. Därmed kan de inte göra energipolitiska val, vilket i stället är en befogenhet som unionen delar med medlemsstaterna. De nationella tillsynsmyndigheterna

[72] Dom av den 9 mars 2010, kommissionen/Tyskland (C-518/07, EU:C:2010:125, punkt 41).

[73] Dom av den 9 mars 2010, kommissionen/Tyskland (C-518/07, EU:C:2010:125, punkt 42).

[74] Dom av den 9 mars 2010, kommissionen/Tyskland (C-518/07, EU:C:2010:125, punkterna 43–45).

har ingen politisk makt och de träder inte de politiska organens ställe, vilka verkar med stöd av demokratisk legitimitet. Denna avgränsning av de nationella tillsynsmyndigheternas verksamhetsområde innebär att den föreslagna tolkningen fullt förenlig med demokratiprincipen.

142. Den ram som fastställts med avseende på förhållandena mellan de nationella tillsynsmyndigheternas oberoende och befogenheter och de rättsakter som fastställer deras verksamhetsområde, föranleder också slutsatsen att den är fullt förenlig med rättsstatliga principer. Rättsstaten, som enligt artikel 2 FEU ska ligga till grund för unionen och som sådan även ska styra tolkningen av unionsrätten, ställer krav på att förvaltningen ska verka med stöd av lagen, i syfte att undvika alla former av godtycke, säkerställa de medborgerliga rättigheterna och möjliggöra en domstolsprövning av dess verksamhet. Enligt medlemsstaternas konstitutionella rätt måste förvaltningsverksamheten, för att använda den tyska regeringens uttryck, först struktureras genom lagstiftning. Förvaltningens befogenheter vilar på laglig grund, inte bara i den meningen att varje förvaltningsbefogenhet ska ha stöd i lag, utan även i den meningen att lagstiftning i stor utsträckning reglerar utövandet av dessa befogenheter genom att avgränsa förvaltningens utrymme för skönsmässig bedömning och säkerställa att medborgaren kan ges skydd vid en oberoende domstol för det fall att förvaltningen frångår en rättslig parameter. Tysk rätt hänför sig till ett lagförbehåll (*Vorbehalt des Gesetzes*, vilket kan härledas ur de principer om demokrati och rättsstat som garanteras i 20 § punkterna 2 och 3 i Grundgesetz), något som också förekommer i andra konstitutionella system. I den italienska konstitutionella doktrinen talas i stället om ”lagenlighet i materiell mening” för att ange att förvaltningsverksamheten måste regleras i förväg genom lagstiftning.

143. Det krav som är knutet till lagförbehållet avseende förvaltningen, det vill säga att utövandet av utrymmet för skönsmässig bedömning ska avgränsas och en bedömningsparameter ska fastställas med avseende på förvaltningsverksamheten, är fullt uppfyllt även med avseende på de nationella tillsynsmyndigheterna inom el- och gassektorn. Kravet uppfylls då inte längre genom en på förhand antagen lagstiftning utan genom det regelverk som på förhand fastställts i unionens rättsakter. Tack vare detta regelverk regleras de nationella tillsynsmyndigheternas utövande av sina befogenheter genom de mål och kriterier som angetts av unionslagstiftaren. För det fall de åsidosätts, eller vid ett åsidosättande av nationell lagstiftning som reglerar deras verksamhet med avseende på deras befogenheter enligt unionsrätten, kan den som berörs väcka talan vid en oberoende domstol för att tillvarata sin subjektiva ståndpunkt. [75]

144. Beträffande kommissionens fjärde anmärkning är det i det nu aktuella fallet ostridigt, mot bakgrund av samtliga överväganden ovan, att 24 § punkt 1 EnWG ger ett annat organ än den nationella tillsynsmyndigheten, det vill säga förbundsregeringen, befogenhet att fastställa villkoren för tillträde till nätet, däribland inköp och tillhandahållande av balanstjänster, metoder för fastställande av dessa villkor och metoder för fastställande av tillträdestaxor. Det är också ostridigt att de förordningar som förbundsregeringen antagit med stöd av denna bestämmelse i

[75] Se artikel 37.15 och 37.17 i direktiv 2009/72 och artikel 41.15 och 41.17 i direktiv 2009/73.

EnWG och som kommissionen har angett[76] syftar till att ge specifika och detaljerade anvisningar om viktiga faktorer för fastställande av överförings- och distributionstariffer,[77] villkor för tillträde till de nationella näten och villkor för tillhandahållande av balanstjänster.[78]

145. Jag anser, mot bakgrund av det ovan anförda, att även kommissionens fjärde anmärkning ska godtas och att det ska fastställas att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt artikel 37.1 a och 37.6 a och 37.6 b i direktiv 2009/72 och artikel 41.1 a och 41.6 a och 41.6 b i direktiv 2009/73.

IV. Förslag till avgörande

146. Mot bakgrund av vad som anförs ovan föreslår jag att domstolen ska fastställa följande:

1) Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt 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 och 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 i den del följande bestämmelser inte har införlivats på ett korrekt sätt:

   – Artikel 2.21 i direktiv 2009/72 och artikel 2.20 i direktiv 2009/73.

   – Artikel 19.3 och 19.8 i direktiven 2009/72 och 2009/73.

   – Artikel 19.5 i direktiven 2009/72 och 2009/73.

   – Artikel 37.1 a och 37.6 a och 37.6 b i direktiv 2009/72 och artikel 41.1 a och 41.6 a och 41.6 b i direktiv 2009/73.

2) Förbundsrepubliken Tyskland ska ersätta rättegångskostnaderna.

[76] Se ovan fotnot 30.

[77] Både StromNEV och GasNEV innehåller en del (Teil 2) som specifikt har rubriken ”Metod för fastställande av nättariffer” och som innehåller detaljerade bestämmelser om bland annat avskrivningsmetoder, tillämpliga prisindex, olika metoder för fördelning av nätkostnader på olika nättyper samt beräkningströsklar och beräkningsparametrar för de olika tarifferna. ARegV innehåller förteckningar över kostnadskomponenter som inte kan påverkas eller jämförelseparametrar avseende systemansvarigas effektivitet eller detaljerade formler för beräkning av intäktsgränser.

[78] Både StromNZV och GasNZV innehåller detaljerade uppgifter om avtal om samtrafik mellan systemansvariga, fritt tilldelad kapacitet och antal territoriella marknader. De innehåller även en rad bestämmelser om balanstjänster.