

Mål C-293/23

Begäran om förhandsavgörande

Datum för ingivande:

10 maj 2023

Domstol som begär förhandsavgörande:

Bundesgerichtshof (Tyskland)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

13 december 2022

Klagande:

ENGIE Deutschland GmbH

Motpart:

Landesregulierungsbehörde beim Sächsischen Staatsministerium für
Wirtschaft, Arbeit und Verkehr

BUNDESGERICHTSHOF

BESLUT

[utelämnas]

Meddelat den 13 december 2022 [utelämnas]

I det förvaltningsrättsliga målet beträffande energilagstiftningen mellan ENGIE Deutschland GmbH, [utelämnas] Essen, sökande och klagande, [utelämnas] [utelämnas] och Landesregulierungsbehörde beim Sächsischen Staatsministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr, [utelämnas] Dresden, motpart,

Ytterligare deltagare vid rättegången:

1. Zwickauer Energieversorgung GmbH, [utelämnas] Zwickau, svarande, [utelämnas] [utelämnas]

2. Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, [utelämnas] Bonn,

har avdelningen för konkurrensrättsliga mål vid Bundesgerichtshof, efter förhandling den 11 oktober 2022 [utelämnas] beslutat följande:

I. Målet förklaras vilande.

II. Följande fråga avseende tolkningen av artikel 2.28 och 2.29 samt artikel 30 och följande artiklar i Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/944 av den 5 juni 2019 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om ändring av direktiv 2012/27/EU har hänskjutits till Europeiska unionens domstol för förhandsavgörande:

Utgör artikel 2.28 och 2.29 samt artikel 30 och följande artiklar i direktiv 2019/944 hinder för en bestämmelse såsom 3 § punkt 24a jämförd med punkt 16 EnWG (Energiewirtschaftsgesetz, lagen om energiförsörjning), enligt vilken den driftsansvarige för en energianläggning för distribution av energi inte har de skyldigheter som föreskrivs för en systemansvarig för distributionssystem, när denne uppför och driver energianläggningen i stället för det hittillsvarande distributionsnätet för att försörja flera bostadshus med upp till 200 bostäder med en årlig mängd energi på upp till 1 000 Mwh med el som produceras från ett värmekraftverk, varvid slutkonsumenterna (hyresgästerna) bär kostnaderna för uppförandet och driften av energianläggningen som en del av en enhetlig månatlig grundavgift för den värme som levereras, och operatören säljer den el som produceras till hyresgästerna?

Skäl:

- 1 I. Klaganden (ENGIE Deutschland) är ett kraftföretag. Företaget driver bland annat kraftvärmeverk, närvärmenät och energianläggningar för distribution av energi på flera platser, genom vilka de försörjer slutkonsumenter med värme och el. År 2019 hade företaget en omsättning på över en miljard euro. Motparten (nedan kallad Zwickauer Energieversorgung) driver distributionssystemet för el i Zwickau. Parterna tvistar om huruvida Zwickauer Energieversorgung är skyldigt att ansluta två energianläggningar från ENGIE Deutschland som kundanläggningar till sitt nät enligt 3 § punkt 24a EnWG.
- 2 På grundval av ett avtal om värmeleveranser med fastighetsägaren, Zwickau Wohnungsbaugenossenschaft eG (nedan kallad bostadskooperativet) försörjde ENGIE Deutschland fyra bostadshus med 96 bostäder på ett område på 9 000 m² (nedan kallade område 1), samt sex bostadshus med 160 bostäder på ett område på 25 500 m² (nedan kallade område 2) med värme och varmvatten genom varsin energicentral och ett därtill anslutet närvärmenät. Områdena 1 och 2 gränsar till varandra, men närvärmenäten är inte anslutna till varandra. Bostadshusen i de

båda områdena var samtliga anslutna till Zwickauer Energieversorgungs distributionsnät.

- 3 År 2018 planerade ENGIE Deutschland att uppföra och driva två kraftvärmeverk med en kapacitet på 20 kW (område 1) och 40 kW (område 2) och två elledningssystem som var delade genom galvanisk isolering [utelämnas], till vilka slutkonsumenterna (hyresgästerna) skulle anslutas. Företaget planerade att sälja den el som producerades i värmekraftverken utöver värme och varmvatten till hyresgästerna i bostadshusen. Därvid beräknades en årlig mängd energi överföras till område 1 på 288 MWh och på 480 MWh till område 2. ENGIE Deutschland anmälde därför nätanslutning för två separata kundanläggningar med huvudsaklig elektrisk anslutning i områdena 1 och 2 till Zwickauer Energieversorgung och ansökte om anslutning till bolagets nät samt att det skulle tillhandahålla den kapacitet (*Zählpunkte*) som krävs enligt 20 § stycke 1d EnWG. Zwickauer Energieversorgung avslag ansökan, eftersom bolaget fann att det inte var frågan om några kundanläggningar.
- 4 ENGIE Deutschland ansökte om omprövning av ansökningarna till Landesregulierungsbehörde (nedan kallad myndigheten) samt att Zwickauer Energieversorgung skulle åläggas att ansluta anläggningarna som kundanläggningar till sitt nät och möjliggöra en avräkning enligt 20 § stycke 1d EnWG. Myndigheten fann ingen anledning att ändra beslutet. Under överklagandeförfarandet vid Oberlandesgericht ingick ENGIE Deutschland och bostadskooperativet ett nytt avtal om värmeleveranser den 21 respektive den 27 april 2020. Enligt detta avtal skulle de båda värmekraftverken preliminärt vara uppförda till december 2020.
- 5 II. För avgörandet av överklagandet är bestämmelser i den tyska lagen om energiförsörjning (Energiewirtschaftsgesetz, nedan kallad EnWG) avgörande, vilka har följande lydelse:

3 § EnWG

I denna lag avses med

3. systemansvarig för eldistributionssystem

fysiska eller juridiska personer eller organisatoriska enheter från ett kraftföretag som inte är självständiga i rättsligt hänseende, som fullgör uppgiften att distribuera elektricitet och är ansvariga för drift, tryggnad av underhåll av och, vid behov, utbyggnad av distributionssystemet inom ett visst område och, i tillämpliga fall, sammanlänkningar med andra system.

15. Energianläggningar

Anläggningar för produktion, lagring, överföring eller distribution av energi, såvida de inte enbart tjänar till att överföra signaler, detta inbegripet distributionsanläggningar för slutkonsumenter [...].

16. Kraftförsörjningsnät

Försörjningsnät för elektricitet och gas med en eller flera spänningsnivåer eller trycknivåer, med undantag för kundanläggningar i den mening som avses i punkterna 24a [...].

18. Kraftföretag

Fysiska eller juridiska personer som levererar energi till andra, driver ett kraftförsörjningsnät eller förfogar över ett kraftförsörjningsnät i egenskap av ägare. Drift av en kundanläggning eller kundanläggning för företagsinternt bruk medför inte att operatören utgör ett kraftföretag.

24a. Kundenläggningar

Energianläggningar för distribution av energi

- a) som är belägna på ett sammanhörande område,
- b) som är anslutna till ett kraftförsörjningsnät eller till en produktionsanläggning,
- c) som är försumbara för säkerställandet av en effektiv och sund konkurrens vid leveransen av elektricitet och gas, och
- d) som utan diskriminering och kostnadsfritt är allmänt tillgängliga för leveranser till anslutna slutkonsumenter genom överföring oberoende av val av energileverantör,

20 § stycke 1d EnWG [...]

Den driftsansvarige för ett kraftförsörjningsnät, till vilket en kundanläggning [...] är ansluten ska tillhandahålla den kapacitet som krävs för att registrera den mängd el som tas ut och matas in genom kundanläggningen från/till det allmänna försörjningsnätet samt tillhandahålla den kapacitet som är nödvändig för beviljande av tillgång till nätet för underordnade elmätare inom kundanläggningen genom överföring (underordnade elmätare som är relevanta för avräkningen). Vid leveranser från tredje man till slutkonsumenter ska en avräkning av mätarställningen via underordnade elmätare göras i den utsträckning som krävs. [...]

- 6 III. Besvarandet av tolkningsfrågan är avgörande för huruvida klagomålet ska bifallas. Innan ett avgörande meddelas ska förfarandet således vilandeförklaras och begäran om förhandsavgörande inhämtas från Europeiska unionens domstol enligt artikel 267 första stycket b och tredje stycket FEUF.
- 7 1. Appellationsdomstolen fann inte att det var frågan om kundanläggningar, eftersom anläggningarna 1 och 2 inte är försumbara när det gäller säkerställandet av en effektiv, sund konkurrens vid leveransen av elektricitet och gas i den

mening som avses i 3 § punkt 24a c EnWG. Avtalet om värmeleveranser knyter i egenskap av gemensam ram samman områdena 1 och 2 till en gemensam enhet med tio bostadshus, ett område på nästan 30 000 m² och över 300 anslutna bostäder, varvid ENGIE Deutschland i egenskap av driftsansvarig för anläggningarna 1 och 2 samtidigt uppträdde som elleverantör gentemot hyresgästerna.

- 8 2. Om anläggningarna 1 och 2 ska klassificeras som kundanläggningar enligt 3 § punkt 24a EnWG ska överklagandet av detta beslut bifallas. Bundesgerichtshof anser mot bakgrund av de fastställda omständigheterna att denna fråga ska besvaras jakande.
- 9 a) Villkoren i 3 § punkt 24a a och b EnWG är uppfyllda. Anläggningarna 1 och 2 är båda belägna i ett geografiskt sammanhängande område (se Bundesgerichtshof, beslut av den 12 november 2019 – EnVR 66/18, WM 2020, 901 punkt 22 – Netze BW) och är anslutna till ett kraftförsörjningsnät och en produktionsanläggning. Enligt 3 § punkt 24a b EnWG krävs det trots bestämmelsens lydelse ("eller") inte att det endast föreligger en anslutning till kraftförsörjningsnätet eller endast till en produktionsanläggning. I bestämmelsen föreskrivs endast att det är tillräckligt med en anslutning till en produktionsanläggning som inte är ansluten till ett kraftförsörjningsnät (separata lösningar) (jämför utkastet till lag om ändring av energilagstiftningen av den 6 juni 2011, BT-Drucks. 17/6072, s. 51).
- 10 b) Anläggningarna är även tillgängliga för allmänheten utan diskriminering samt kostnadsfritt enligt 3 § punkt 24a d EnWG för tillhandahållande till anslutna slutkonsumenter genom överföring oberoende av val av energileverantör.
- 11 aa) Avgifter som grundas på förbrukningen utgör hinder mot att det föreligger ett kostnadsfritt tillhandahållande. Detta omfattar varje form av ersättning som grundas på mängden överförd energi (Oberlandesgericht Frankfurt, EnWZ 2018, 182, punkt 40 [utelämnas] [hänvisningar till doktrin]). Syftet med lagen är således endast att kundanläggningar inte ska regleras – vilken även är nödvändig vid naturliga monopol i fråga om prissättningen – om det redan från början inte föreligger någon risk för att kostnaderna för kundanläggningen påförs utan beaktande av användningen. En sådan risk föreligger även om den driftsansvarige för kundanläggningen själv uppträder som energileverantör (Bundesgerichtshof, beslut av den 25 januari 2022 – EnVR 20/18, ZNER 2022, 258, punkt 20 och där angivna rättspraxis).
- 12 bb) ENGIE Deutschland tar inte ut några avgifter som grundas på förbrukningen. Företaget erhåller en enhetlig månatlig grundavgift som inte grundas på förbrukningen för samtliga tjänster som ska tillhandahållas enligt avtalet om värmeleveranser, inbegripet alla kostnader som inte baseras på förbrukningen, bland annat för uppförandet av värmekraftverket och energianläggningarna från leveranspunkten från det offentliga distributionsnätet till leveransen till hyresgästerna och säkerställandet av förfarandet för utbyte av uppgifter med bland annat den systemansvarige för distributionssystemet enligt avtalet om

värmeleveranser (2 § punkt 1, 5 §, bilaga 7 – El till hyresgästerna) en enhetlig månatlig grundavgift oberoende av förbrukningen. Grundavgiften fördelas av bostadskooperativet på slutkonsumenterna på grundval av lägenhetens storlek.

- 13 cc) Mot bakgrund av dessa faktiska omständigheter måste ENGIE Deutschland inte kunna visa och styrka att det elpris som företaget erbjuder slutkonsumenterna inte omfattar någon användaravgift för anläggningen. Syftet med kravet på kostnadsfri överföring är uppfyllt. Bestämmelsen har redan enligt dess entydiga ordalydelse (endast) i syfte att säkerställa att leveranserna till slutkonsumenterna äger rum kostnadsfritt och utan diskriminering. Så är fallet här. Samtliga elleverantörer inbegripet ENGIE Deutschland behandlas lika, eftersom de använder anläggningen kostnadsfritt. Alla slutkonsumenter som är anslutna till energianläggningarna bär kostnaderna enhetligt och oberoende av val av elleverantör och elförbrukning. Det har inte framkommit några omständigheter som talar för oöverkomligt höga användaravgifter som är beroende av nätanvändningen. Huruvida en sådan fördelning av kostnaderna för uppförandet och driften av anläggningen på hyresgästerna är tillåten enligt de tyska bestämmelserna om fördelning av driftskostnader kan lämnas därhän [utelämnas]. Detta är inte avgörande för en kostnadsfrihet enligt 3 § punkt 24a d EnWG. En eventuell otillbörlighet mot bakgrund av bestämmelserna om driftskostnader som slutkonsumenterna och hyresgästerna måste göra gällande gentemot bostadskooperativet kan enligt nämnda principer emellertid inte medföra att kravet på kostnadsfrihet enligt 3 § punkt 24a d EnWG inte anses uppfyllt.
- 14 c) Anläggningarna 1 och 2 är enligt 3 § punkt 24a c EnWG även försumbara när det gäller säkerställandet av en effektiv och sund konkurrens vid leverans av elektricitet och gas.
- 15 aa) En energianläggning är försumbar för konkurrensen när den varken i ekonomiskt eller i försörjningshänseende uppnår en sådan omfattning att den kan påverka försörjningskonkurrensen och nätoperatörens särskilda situation som fastställts i lag. Därvid är anläggningens storlek avgörande (Bundesgerichtshof, beslut av den 12 november 2019 – EnVR 65/18, WM 2020, 897, punkterna 31 och 32 – Gewoba). Det är i regel inte frågan om en kundanläggning när flera hundra slutkonsumenter är anslutna, anläggningen försörjer ett område som är betydligt större än 10 000 m², flera byggnader är anslutna och den årliga mängd energi som beräknas överföras klart överskrider 1 000 MWh. Om energianläggningen till sin omfattning däremot inte överskrider de värden som föreskrivs i dessa punkter är det i regel frågan om en kundanläggning. Därvid ska den domstol som prövar målet i sak även i detta fall avgöra huruvida anläggningen trots detta vid en helhetsbedömning, särskilt vid beaktande av ytterligare omständigheter, inte längre kan anses försumbar för konkurrensen (Bundesgerichtshof, ibid, punkt 32 – Gewoba).
- 16 bb) Enligt dessa principer är anläggningarna 1 och 2 försumbara för konkurrensen. Anläggning 1 underskrider tre av de angivna värdena och anläggning 2 två av dem.

- 17 1) Appellationsdomstolen har felaktigt beaktat båda anläggningarna gemensamt vid helhetsbedömningen. Eftersom de är delade genom galvanisk isolering är det frågan om två olika anläggningar för vilka villkoren i 3 § punkt 24a EnWG ska prövas separat. I förarbetena, enligt vilka exempelvis förekomsten av ett större antal ytterligare anslutna kundanläggningar ska beaktas (BT-Drucks. 17/6072, s. 51, se Bundesgerichtshof, ovan angivna dom, punkt 28 – Gewoba), hänvisas endast till ytterligare kundanläggningar som är anslutna till den aktuella energianläggningen (och inte ytterligare kundanläggningar som är anslutna till distributionsnätet i tidigare led [hänvisningar till doktrin] [utelämnas]).
- 18 2) Om den helhetsbedömning som krävs i samband med påverkan på konkurrensen endast genomförs separat för varje anläggning blir slutsatsen att anläggningarna 1 och 2 är försumbara i konkurrenshänseende. Bundesgerichtshof har visserligen hittills inte fastställt att en anläggning som – i likhet med den här aktuella anläggning 2 – underskrider nämnda värden på två punkter i regel ska anses utgöra en kundanläggning. Så är emellertid fallet. I sådana fall är det i regel inte frågan om någon storlek som är av betydelse för konkurrensen [utelämnas]. Med hänsyn till det mindre antalet slutkonsumenter som är anslutna till de respektive anläggningarna kan det inte förväntas uppkomma någon mer än försumbar inverkan på Zwickauer Energieversorgungs konkurrenssituation och på försörjningskonkurrensen. Denna slutsats påverkas inte heller av den omständigheten att ENGIE Deutschland i förhållande till slutkonsumenterna samtidigt uppträder som driftsansvarig för kundanläggningen och som elleverantör.
- 19 3. 3 § punkt 24a EnWG i den tolkning som har gjorts ovan där Bundesgerichtshof har beaktat dess lydelse och syfte samt tagit hänsyn till förarbetena till bestämmelsen, är emellertid inte förenlig med artikel 2.28 och 2.29 samt artikel 30 och följande artiklar i Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/944 av den 5 juni 2019 (nedan kallat elmarknadsdirektivet) om anläggningarna 1 och 2 utgör del av distributionsnätet i den mening som avses i artikel 2.28 och 2.29 i elmarknadsdirektivet. Denna tolkning bedömde även Bundesnetzagentur i egenskap av nationell tillsynsmyndighet vara korrekt vid den muntliga förhandlingen Enligt 3 § punkt 16 EnWG utgör kundanläggningar nämligen inte del av kraftförsörjningsnätet. De driftsansvariga utgör inte systemansvariga för distributionssystem enligt 3 § punkt 3 EnWG och omfattas således inte av regleringen enligt 11 § och följande paragrafer EnWG. Det reglerade nätet upphör vid kundanläggningens nätanslutningspunkt till distributionsnätet och där börjar den icke-reglerade kundanläggningen (se BT-Drucks. 17/6072, s. 51). EU-domstolen har ännu inte behandlat begreppet distributionsnät med hänsyn till frågan huruvida det även omfattar kundanläggningar i den mening som avses i 3 § punkt 24a EnWG. Detta kan inte heller med säkerhet fastställas.
- 20 a) Distribution utgör enligt artikel 2.28 i elmarknadsdirektivet transport av el i system med högspännings-, mellanspännings- och lågspänningsnät för tillhandahållande till kunder, men inte leverans. Leverans utgör försäljning,

inbegripet återförsäljning, av el till kunder (artikel 2.12 i elmarknadsdirektivet). Därvid ska vissa överförings- eller distributionssystem inte uteslutas från direktivets tillämpningsområde på grund av deras storlek eller elförbrukning (EU-domstolens dom av den 22 maj 2008 – C-439/06, EuZW 2008, 406, punkt 49 – citiworks AG m.fl. som rörde direktiv 2003/54/EG). Det är oklart vilka strukturer distributionsnät bildar och enligt vilka kriterier detta ska fastställas. Det förefaller stå klart att de distributionsanläggningar i hus som en hyresvärd driver inuti en byggnad inte utgör distributionsnät oberoende av deras storlek [hänvisning till doktrin] [utelämnas]. Detta gäller även för en energianläggning för distribution av energi som tillhör en samfällighetsförening, genom vilken leveranser äger rum i rättslig mening till 20 enfamiljshus på en fastighet (se Bundesgerichtshof, WM 2020, 901, punkt 22 – Netze BW). Med hänsyn till storleken på anläggningarna 1 och 2, vilka ska bedömas i det här aktuella fallet, och den omständigheten att ENGIE Deutschland uppträder både som ägare till och driftsansvarig för anläggningarna samt som elleverantör gentemot hyresgästerna [hänvisningar till doktrin] [utelämnas], kan det emellertid inte entydigt antas att anläggningarna inte utgör del av distributionsnätet i den mening som avses i artikel 2.28 och 2.29 samt artikel 30 och följande artiklar i elmarknadsdirektivet.

- 21 b) En anslutning av anläggningarna 1 och 2 till distributionsnätet som kundanläggningar påverkar målsättningen med artikel 1 första och andra styckena i elmarknadsdirektivet, vilket är att skapa integrerade, konkurrensutsatta, konsumentorienterade, flexibla, rättvisa och transparenta elmarknader, samt att säkerställa överkomliga, transparenta energipriser och energikostnader för konsumenterna, en hög grad av försörjningstrygghet och en smidig övergång till ett hållbart koldioxidsnålt energisystem. Detta saknar emellertid betydelse för den enskilda anläggningen, vilken såsom anges ovan ska betraktas separat. Ju fler energianläggningar för distribution av energi av jämförbar art och storlek som ansluts som kundanläggningar till distributionsnätet, desto större vikt får den möjliga delvis missgynnade och – till vilket ENGIE Deutschland med rätta hänvisar – delvis fördelaktiga inverkan på nämnda mål.
- 22 aa) Energianläggningar för distribution av energi, såsom anläggningarna 1 och 2, som är anslutna till decentraliserade produktionsanläggningar kan visserligen underlätta övergången till ett hållbart koldioxidsnålt energisystem [hänvisning till doktrin]. När ett stort antal jämförbara kundanläggningar ansluts till distributionsnätet blir driften av nätet emellertid i allmänhet dyrare och mindre effektiv. Allt färre slutkonsumenter bär de sammanlagda kostnaderna för nätet. Enligt 20 § och följande paragrafer EnWG behöver kunderna nämligen inte betala några nätavgifter för el som produceras genom en decentraliserad produktionsanläggning och förbrukas i den kundanläggning som är ansluten till denna, medan den systemansvarige för distributionssystemet likväl är skyldig att tillhandahålla tillräckligt med nätkapacitet för att upprätthålla försörjningen om de decentraliserade produktionsanläggningarna upphör att fungera (se Bundesgerichtshof, beslut av den 28 juni 2005 – KVR 27/04, BGHZ 163, 296 [punkt 48], [hänvisningar till doktrin] [utelämnas]). Även med hänsyn till artikel 15.2 e och artikel 16.1 e i elmarknadsdirektivet, enligt vilka det ska

säkerställas att aktiva kunder och medborgarenergigemenskaper på ett lämpligt och balanserat sätt bidrar till systemets övergripande kostnadsfördelning, uppkommer således tvivel huruvida det är möjligt att undanta anläggningarna 1 och 2 från distributionsnätet.

23 bb) Den omständigheten att bostadskooperativet (och i slutänden slutkonsumenterna och hyresgästerna) bär kostnaderna för uppförande, drift och underhåll av anläggningarna 1 och 2 på grund av avtalet om värmeleveranser, medför en snedvridning av konkurrensen i förhållandet mellan ENGIE Deutschland och andra elleverantörer. ENGIE Deutschland måste varken bära kostnaderna för energianläggningarna för distribution av energi eller betala nätavgifter [utelämnas]. Ju fler anläggningar av samma slag och storlek som företaget driver, desto större återverkningar på konkurrensen kan således förväntas.

cc) Det föreligger dessutom även en inbyggd intressekonflikt i systemet i förhållande till slutkonsumenterna, eftersom ENGIE Deutschland både uppträder som ägare till och driftsansvarig för kundanläggningen samt som elleverantör i förhållande till dem. ENGIE Deutschland har i egenskap av elleverantör ett intresse av att genomdriva så höga elpriser som möjligt. Vid ett transparent angivande skulle detta intresse påverka de avgifter som företaget tar ut för uppförande, drift och underhåll av anläggningarna 1 och 2. Följaktligen anges användaravgiften inte separat i det avtal om värmeleveranser som parterna har ingått. Det är således inte möjligt för hyresgästerna att fastställa de sammanlagda avgifterna för den el som de använt.

Domstol i första instans:

Oberlandesgericht Dresden, dom av den 16 september 2020 - Kart 9/19 -