

Sag C-775/23**Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement****Dato for indlevering:**

15. december 2023

Forelæggende ret:

Curtea de Apel București (Rumænien)

Afgørelse af:

6. oktober 2023

Sagsøger:

Bursa Română de Mărfuri SA

Sagsøgt:

Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei (ANRE)

Andre parter i sagen:

European Federation of Energy Traders (EFET) (europæisk sammenslutning af energiforhandlere)

London Energy Brokers' Association (LEBA)

European Venues and Intermediaries Association (EVIA)

Hovedsagens genstand

Sag, hvor sagsøgeren Bursa Română de Mărfuri SA har nedlagt påstand om, at Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest, Rumænien) dels annullerer den skrivelse, hvorved den sagsøgte Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei (den nationale myndighed for regulering af energisektoren, Rumænien, herefter »ANRE«) gav afslag på at udstede en licens til organisation og drift af centraliserede elektricitetsmarkeder til sagsøgeren, dels tilpligter den sagsøgte at udstede en sådan licens til sagsøgeren.

Genstand og retsgrundlag for anmodningen om præjudiciel afgørelse

I henhold til artikel 267 TEUF anmodes om en fortolkning af artikel 35 TEUF, 49 TEUF og 56 TEUF samt af artikel 102 TEUF og artikel 106, stk. 1, TEUF, de to sidstnævnte artikler sammenholdt med artikel 4, stk. 3, TEU, med henblik på at afklare, om disse bestemmelser er til hinder for en national lovgivning, hvorved det bestemmes, at der kun kan udstedes en enkelt licens til drift af elektricitetsmarkedet, og som pålægger de nationale og europæiske elektricitetsproducenter at udbyde al den elektricitet, som de råder over, på platforme, der forvaltes af en enkelt national elektricitetsmarkedsoperatør.

Præjudicielle spørgsmål

1. Udgør en national bestemmelse, hvorved det bestemmes, at der kun kan udstedes en enkelt licens til drift af elektricitetsmarkedet, en tilsidesættelse af etableringsfriheden i henhold til artikel 49 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde eller den frie udveksling af tjenesteydelser i henhold til artikel 56 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde?
2. Skal artikel 35 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde fortolkes således, at en national lovgivning, som pålægger de nationale og europæiske elektricitetsproducenter at udbyde al den elektricitet, som de råder over, på platforme, der forvaltes af den eneste udpegede operatør for handelsydelser på det nationale elektricitetsmarked, udgør en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ udførselsrestriktion, der ikke kan begrundes i hensyn til den offentlige sikkerhed i forbindelse med energiforsyningsikkerheden, for så vidt som en sådan lovgivning ikke står i et rimeligt forhold til det formål, der forfølges?
3. Skal artikel 102 og artikel 106, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, sammenholdt med artikel 4, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Union, fortolkes således, at en national lovgivning, hvorved det bestemmes, at der i denne medlemsstat kun kan udstedes en enkelt licens med henblik på leveringen af tjenesteydelser med formidling af bud på køb og salg af elektricitet på forward-engrosmarkedet, udgør en konkurrencebegrænsning i disse bestemmelsers forstand?

Anførte EU-retlige forskrifter og anført praksis fra Domstolen

Artikel, stk. 3, TEU samt artikel 35 TEUF, 49 TEUF, 56 TEUF, 102 TEUF og 106 TEUF

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF

Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2019/943 af 5. juni 2019 om det indre marked for elektricitet

Dom af 2. marts 2023, Bursa Română de Mărfuri (C-394/21)

Dom af 15. november 2016, Ullens de Schooten (C-268/15)

Anførte nationale forskrifter og retsafgørelser

Legea energiei electrice și a gazelor naturale nr. 123/2012 (lov om elektricitet og naturgas nr. 123/2012), artikel 10, stk. 2, litra a)–f), i den affattelse, som var gældende den 21. september 2021

»Den kompetente myndighed udsteder licenser til:

- a) erhvervmæssig udnyttelse af elektricitetsproduktionskapaciteter og energilagerfaciliteter, der supplerer produktionskapaciteten
- b) erhvervmæssig udnyttelse af elektricitets- og varmeproduktionskapaciteten i kraftvarmeværker og energilagerfaciliteter, der supplerer produktionskapaciteten
- c) levering af elektricitetstransmissionstjenesten
- d) levering af systemtjenesten
- e) levering af elektricitetsdistributionstjenesten
- f) drift af centraliserede markeder – der tildeles en enkelt licens til elektricitetsmarkedsoperatøren og en enkelt licens til operatøren af balancemarkedet.«

Legea energiei electrice și a gazelor naturale nr. 123/2012 (lov om elektricitet og naturgas nr. 123/2012), artikel 10, stk. 2, litra a)–f), som ændret ved lovdekret nr. 143/2021 af 28. december 2021:

»ANRE udsteder licenser til:

- a) erhvervmæssig udnyttelse af elektricitetsproduktionskapaciteter og, når det er relevant, energilagerfaciliteter, der supplerer de respektive produktionskapaciteter
- b) erhvervmæssig udnyttelse af elektricitets- og varmeproduktionskapaciteten i kraftvarmeværker og, når det er relevant, energilagerfaciliteter, der supplerer de respektive produktionskapaciteter
- c) levering af elektricitetstransmissionstjenesten og systembalanceringstjenesterne

- d) levering af elektricitetsdistributionstjenesten
- e) drift af elektricitetsmarkedet
- f) levering af elektricitet.«

Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ (lov om forvaltningsretlige sager nr. 554/2004), artikel 1, ifølge hvilken enhver person, der anser sine legitime rettigheder eller interesser for krænket af en offentlig myndighed ved en forvaltningsakt eller ved, at et krav ikke behandles inden for den fastsatte frist, kan henvende sig til den kompetente ret for forvaltningssager; artikel 8, stk. 1 og 1¹, hvorefter fysiske og juridiske personer kun subsidiært kan anlægge søgsmål til beskyttelse af en legitim offentlig interesse, hvis skaden på den legitime offentlige interesse har en logisk sammenhæng med krænkelsen af den subjektive rettighed eller den private legitime interesse; og artikel 2, stk. 1, litra r), hvor den legitime offentlige interesse defineres som en interesse, der vedrører retsordenen og det konstitutionelle demokrati, garanti for borgernes grundlæggende rettigheder, friheder og pligter, opfyldelse af samfundets behov og udøvelse af de offentlige myndigheders beføjelser.

Decizia nr. 53/2014 a Curții Constituționale (afgørelse nr. 53/2014 fra Curtea Constituțională (forfatningsdomstol, Rumænien)), hvor det blev fastslået, at artikel 10, stk. 2, litra f), i lov om elektricitet og naturgas nr. 123/2012 er forenelig med forfatningen for så vidt angår de kritikpunkter, som Bursa Română de Mărfuri SA havde fremført i sag nr. 9 657/2/2012 ved Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest).

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

- 1 I medfør af *Legea privind bursele de mărfuri nr. 357/2005 (lov om varebørser nr. 357/2005)* har sagsøgeren siden 1992 haft status som selvstændig institution med almindelig kompetence inden for drift af markeder af offentlig interesse.
- 2 Den 20. august 2020 indgav sagsøgeren på grundlag af forordning 2019/943 en ansøgning til ANRE om udstedelse af en licens til organisation og drift af centrale elektricitetsmarkeder og fremlagde al den dokumentation, der kræves i henhold til ANRE's dekret nr. 12/2015.
- 3 Ved stævning nr. 5366/2/2020 indgivet til Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest) anlagde sagsøgeren sag med påstand om annullation af ANRE's skrivelse nr. 73800/21.09.2020 og om, at denne offentlige myndighed skulle tilpligtes at udstede licensen til organisation og drift af centraliserede elektricitetsmarkeder til sagsøgeren.
- 4 Til støtte for sit søgsmål gjorde sagsøgeren gældende, også under henvisning til forordning 2019/934, at ANRE var forpligtet til ikke blot at tillade, men også

effektivt at sikre konkurrence mellem elektricitetsmarkedsoperatøerne for at undgå et konkurrencebegrænsende monopol.

- 5 I begrundelsen for sit afslag på at udstede den ansøgte licens henviste ANRE til bestemmelserne i artikel 10, stk. 2, litra f), i lov om elektricitet og naturgas nr. 123/2012, som fastsætter, at Operatorul Pieței de Energie Electrică și de Gaze Naturale (Elektricitets- og naturgasmarkedsoperatør), OPCOM SA – en offentlig virksomhed, der kontrolleres af den nationale elektricitetstransmissionssystemoperatør Transelectrica – har et lovbeskyttet monopol på driften af de centraliserede elektricitetsmarkeder. Endvidere præciserede ANRE, at forordning 2019/943 ikke indeholder nogen bestemmelse, der pålægger medlemsstaterne en forpligtelse til at udpege flere økonomiske operatører, der har til opgave at organisere og drive de centrale elektricitetsmarkeder med henblik på engrosforhandling af elektricitet.
- 6 European Federation of Energy Traders (herefter »EFET«), som har sæde i Amsterdam, Nederlandene, og hævder at varetage interesserne for mere end 100 selskaber på energimarkedet, der udøver virksomhed i mere end 27 europæiske lande, intervererede til støtte for sagsøgeren og præciserede, at sagsøgerens adgang til det rumænske elektricitetsmarked er begrænset som følge af ANRE's uberettigede afslag på at behandle den omhandlede ansøgning om udstedelse af en licens til organisation og drift af centraliserede elektricitetsmarkeder. Da sagsøgeren desuden er forpligtet til kun at operere på den platform, der forvaltes af OPCOM, er dens tradingaktiviteter stærkt begrænsede både i Rumænien og på tværs af grænserne, hvilket har alvorlige økonomiske konsekvenser.
- 7 Under sagen indgav Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest) en anmodning om præjudiciel afgørelse til Domstolen. Domstolen udtalte sig i dom af 2. marts 2023, Bursa Română de Mărfuri (C-394/21).
- 8 Under Domstolens behandling af sag C-394/21 blev artikel 10 i lov nr. 123/2012 ændret ved lovdekret nr. 143/2021 af 28. december 2021.
- 9 Den 20. marts 2022 udstedte ANRE licens nr. 2314 til drift af elektricitetsmarkedet til sagsøgeren i henhold til artikel 10, stk. 2, litra e), i lov nr. 123/2012, som ændret ved lovdekret nr. 143/2021.
- 10 Efter genoptagelsen af retssagen har London Energy Brokers' Association (herefter »LEBA«) og European Venues and Intermediaries Association (herefter »EVIA«) intervereret til støtte for sagsøgeren og hævdede, at deres medlemmer, som udgør en betydelig del af det europæiske energihandelsnetværk, ikke er i stand til at levere uafhængige formidlingstjenester på energimarkedet, fordi den eneste markedsoperatør er OPCOM, som er statsreguleret.
- 11 LEBA har understreget, at den er en afdeling af EVIA og repræsenterer europæiske formidlingsselskaber, der opererer på europæisk plan både på organiserede markedspladser, der er reguleret af forordning (EU) nr. 1227/2011,

og på organiserede handelsfaciliteter, der er reguleret af forordning (EU) nr. 600/2014.

- 12 LEBA's medlemmer repræsenterer en betydelig del af det europæiske energihandelsnetværk, fordi de håndterer mere end halvdelen af engrosforhandling af gas, elektricitet og emissioner.
- 13 Efter sagsøgerens anmodning har Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest) besluttet på ny at anmode Domstolen om en præjudiciel afgørelse.

De væsentligste argumenter, der anføres af hovedsagens parter

- 14 Ifølge sagsøgeren skader ANRE's manglende liberalisering af energimarkedet i væsentlig grad alle markedsoperatørers interesser. Eftersom OPCOM SA ikke tilbyder futuresprodukter eller andre afledte instrumenter, der er specifikke for energimarkedene, afskærer OPCOM SA desuden disse operatører fra at anvende finansielle instrumenter, der er specifikke for engrosmarkedet.

Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen

- 15 Den forelæggende ret har anført, at et af anbringenderne til støtte for søgsmålet er, at sagsøgerens legitime rettigheder og interesser blev krænket i perioden fra den 21. september 2020 til den 20. marts 2022 som følge af sagsøgtes afslag på at udstede den ansøgte licens til sagsøgeren.
- 16 Sagsøgeren har også påberåbt sig skaden på en legitim offentlig interesse og gjort gældende, at i mangel af effektiv konkurrence på markedet er produktomkostningerne fortsat omfattet af et loft og dikteret af en enkelt økonomisk aktør, hvilket gør det vanskeligt for operatører med begrænsede ressourcer at få adgang til børsen og de på børsen handlede produkter, og denne omstændighed er til væsentlig skade for alle markedsoperatørers interesser.
- 17 Appeldomstolen har endvidere anført, at EFET den 3. november 2020, efter registreringen af sagen, indgav en klage til Europa-Kommissionen mod OPCOM, hvor det blev anført, at elektricitetsproducenter og -forhandlere er forhindret i at markedsføre skræddersyede engrosprodukter og fleksibilitetsydelse i Rumænien på grund af det rumænske markeds isolering fra det regionale marked, som følger af pligten til at foretage handel via OPCOM.
- 18 EFET har desuden anført, at alle OPCOM's nuværende aktiviteter på elektricitetsmarkedet, med undtagelse af day-ahead- og intraday-markedet, bør frigøres fra den obligatoriske handelsordning, og at operatørerne bør have tilladelse til bilateralt at forhandle uden for børsen, således at de frit kan vælge børs, platform eller tjenesteudbydere.

- 19 EFET har for det første tilføjet, at OPCOM er en offentlig virksomhed som omhandlet i artikel 106, stk. 1, TEUF, er den eneste virksomhed, der har tilladelse til at forvalte en elektricitetsformidlingsplatform i Rumænien, og råder over enerettigheder, og for det andet at OPCOM udviser markedsmisbrug, hvorfor den er omfattet af bestemmelserne i artikel 102 TEUF.
- 20 Virkningerne af tilsidesættelsen af artikel 102 TEUF og 106 TEUF på det rumænske energimarked som følge af anvendelsen af bestemmelserne i artikel 10, stk. 2, litra f), i lov nr. 123/2012 er følgende: (i) mæglere og energiforhandlere forhindres i at levere uafhængige formidlingstjenester på engroselectricitetsmarkedet i Rumænien; (ii) elektricitetsforhandlere er afskåret fra at vælge handelskanal, børs eller platform; (iii) elektricitetsmarkedsoperatører er afskåret fra direkte at foretage over-the-counter-handel (OTC) uden for børsen på nationalt plan; (iv) elektricitetsforhandlere har ikke mulighed for at købe elektricitet direkte fra producenterne, hvilket forhindrer enhver grænseoverskridende bilateral forhandling af elektricitet; (v) skræddersyede engrosprodukter kan ikke markedsføres i Rumænien; (vi) de rumænske producenter har pligt til at sælge hele den producerede elektricitetsmængde via OPCOM, fordi elektriciteten ikke kan eksporteres uden først at handles via OPCOM, hvilket udgør en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ udførselsrestriktion.
- 21 Pligten til at foretage handel via OPCOM gør således aktiviteterne for forhandlere, der er etableret i andre medlemsstater, mindre fordelagtige samt begrænser både mæglernes frihed til at levere og markedsoperatørernes frihed til at erhverve elektricitetshandelsydelse, hvilket er i strid med artikel 56 TEUF, 102 TEUF og 106 TEUF.
- 22 Den 7. oktober 2020 indgav LEBA og EVIA en klage til Europa-Kommissionen mod OPCOM. De gjorde gældende, at OPCOM's monopol udgør en tilsidesættelse af friheden til at levere formidlingstjenester i hele EU, og at engrosformidling er en kommerciel aktivitet, som udøves mod betaling og kan anses for at være en tjenesteydelse som omhandlet i artikel 56 TEUF.
- 23 Desuden hindrer pligten til at foretage handel via OPCOM fuldstændigt enhver formidlingstjeneste i energisektoren, hvilket påvirker grænseoverskridende levering af formidlingstjenester til operatører på de rumænske nationale energimarkeder ved at begrænse de elektricitetsforsyningsmuligheder, der normalt tilbydes OTC-markedsoperatører andre steder.
- 24 Eftersom de nationale elektricitetsproducenter har pligt til at markedsføre hele den producerede elektricitetsmængde direkte og udelukkende via OPCOM, kan de heller ikke indgå mellemlange og langsigtede kontrakter med henblik på at eksportere den producerede elektricitetsmængde direkte til andre medlemsstater eller få adgang til de centraliserede markeder i andre medlemsstater.

- 25 LEBA har endvidere præciseret, at pligten til udelukkende at foretage handel via OPCOM begrænser den frie bevægelighed for elektricitet i hele EU og udgør en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ udførselsrestriktion som omhandlet i artikel 35 TEUF.
- 26 Ifølge LEBA tillader den monopollignende udpegning af »markedsplatformsoperatører«, i lighed med OPCOM, ikke dens medlemmer at levere REMIT- og MiFID-formidlingstjenester på nye engrosmarkeder. OPCOM's nuværende monopol udgør en tilsidesættelse af den frie udveksling af formidlingstjenester i hele EU og påvirker hovedsageligt mæglere, operatører og elektricitetsproducenter; derfor bør den rumænske lovgivning først og fremmest vurderes i lyset af artikel 56 TEUF.
- 27 Ifølge LEBA synes den restriktion, som omfatter de rumænske energiproducenter, der ikke må eksportere elektricitet direkte, eksempelvis via et formidlingsselskab, og pligten for dem til først at forhandle denne elektricitet via OPCOM at være i strid med artikel 35 TEUF og ikke at være begrundet, fordi der ikke kan konstateres offentlige politiske målsætninger såsom dem, der vedrører elektricitetsforsynings sikkerheden, skadelig handelspraksis, sikring af markedsliv og sikring af den nationale energisektors stabilitet.
- 28 OPCOM's monopol fører til systemiske risici på det regionale elektricitetsmarked på grund af komplet mangel på risikoafdækningsløsninger. Rumænien er således blevet et af de mest risikable markeder i EU for operatører på det fysiske energimarked.
- 29 Den forelæggende ret har påpeget, at den sag, der er indbragt for den, ikke blot vedrører fastlæggelsen af en krænkelse af sagsøgerens private rettigheder og interesser, men også en skade på den legitime offentlige interesse, hvis væsentligste bestanddele er garanti for borgernes grundlæggende rettigheder og friheder, opfyldelse af samfundets behov og udøvelse af de offentlige myndigheders beføjelser.
- 30 Den måde, hvorpå markedsførings- og formidlingstjenester leveres på elektricitetsmarkedet i Rumænien, kan påvirke priserne på energitransaktioner, hvilket har stor indflydelse på både investeringer i energisystemet og den overordnede funktion af elektricitetsmarkedet i Rumænien.
- 31 Sagsøgeren og de tre intervenienter har gjort gældende, at der foreligger en grænseoverskridende interesse i denne nationale tvist, fordi artikel 10, stk. 2, litra f), i lov nr. 123/2012 i perioden fra den 21. september 2020 til den 31. december 2021 medførte en tilsidesættelse af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser for formidlingsselskaber, forhandlere og andre aktører i sektoren for elektricitetshandel i de øvrige EU-medlemsstater.
- 32 Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest) er af den opfattelse, at de betingelser, som Domstolen fastsatte i præmis 50 og 51 i dom af 15. november 2016, Ullens de Schooten (C-268/15), er opfyldt i den foreliggende situation,

eftersom det ikke kan udelukkes, at de tre intervenienters medlemmer, som er statsborgere etableret i andre medlemsstater, var interesserede i at gøre brug af disse grundlæggende friheder med henblik på at udøve aktivitet i form af forhandling og formidling af elektricitet på det rumænske område.

- 33 Desuden har ANRE anvendt de pågældende nationale bestemmelser uden forskel på nationale statsborgere og statsborgere i andre medlemsstater, hvorfor disse bestemmelser kan have retsvirkninger, der ikke er afgrænset til det rumænske område.
- 34 Tvistens grænseoverskridende karakter fremgår endvidere både af den omstændighed, at intervenienterne til støtte for sagsøgeren indgav en klage til Europa-Kommissionen i 2020, og af den omstændighed, at elektricitet kan være genstand for grænseoverskridende handel, og at markedsførings- og formidlingstjenesterne på det i hovedsagen omhandlede energimarked kan leveres af operatører etableret i andre medlemsstater, herunder de tre intervenienters medlemmer.
- 35 Domstolens præjudicielle afgørelse vil også få indflydelse på en sag, som verserer ved Curtea de Apel București (appeldomstolen i Bukarest), Niende Afdeling for forvaltningsretlige sager og er udsat i afventning af den forelæggende rets afgørelse i denne tvist; i den nævnte sag har Bursa Română de Mărfuri SA nedlagt påstand om, at ANRE tilpligtes at yde erstatning som følge af afslaget på at udstede licensen til organisation og drift af centraliserede elektricitetsmarkeder for perioden fra den 21. september 2020 til den 21. september 2021.