

Mål C-648/18**Begäran om förhandsavgörande****Datum för ingivande:**

17 oktober 2018

Domstol som begär förhandsavgörande

Tribunalul București (Rumänien)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

26 januari 2017

Klagande:Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei
(ANRE)**Motpart:**Societatea de Producere a Energiei Electrice în Hidrocentrale
Hidroelectrica SA

BEGÄRAN OM FÖRHANSAVGÖRANDE

På begäran av Societatea de Producere a Energiei Electrice în Hidrocentrale Hidroelectrica SA, motpart, [utelämnas] hänskjuter Tribunalul București, i enlighet med artikel 267 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, till

EUROPEISKA UNIONENS DOMSTOL

följande tolkningsfråga angående artikel 35 FEUF, eftersom den är relevant för att kunna avgöra tvisten i det överklagande som har anhängiggjorts vid Tribunalul București, Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal [utelämnas]:

Utgör artikel 35 FEUF hinder för en tolkning av artiklarna 23.1 och 28 c i Legea energiei electrice și a gazelor naturale nr. 123/2012 som innebär att Rumäniens elproducenter är skyldiga att handla med hela den producerade elmängden enbart på en rumänsk centraliserad konkurrensutsatt marknad, med tanke på att el uteslutande får exporteras genom tradingbolag och inte direkt?

Föremålet för tvisten. Relevanta faktiska omständigheter

1. Genom ansökan som ingavs till Judecătoria Sectorului 1 București väckte sökanden Societatea de Producere a Energiei Electrice în Hidrocentrale Hidroelectrica SA (nedan kallat Hidroelectrica) talan (*plângere contravențională*) mot Autoritatea Națională de Reglementare în Domeniul Energiei (den nationella tillsynsmyndigheten för elbranschen, nedan kallad ANRE) och yrkade att rapport nr 36119/11.05.2015 om lagöverträdelse och påföljder till följd av administrativ överträdelse skulle ogiltigförklaras och att de exporttransaktioner som Hidroelectrica genomförde under perioden mellan december 2014 och februari 2015 skulle förklaras vara rättsenliga.
2. Till stöd för sin talan gjorde sökanden gällande att ANRE belade Hidroelectrica med påföljder, eftersom bolaget exporterade el till en annan EU-medlemsstat. Rapporten är ogiltig, eftersom den åsidosätter principen om fri rörlighet för varor inom unionen. Rapporten har antagits på grundval av en tolkning i form av ett pressmeddelande som ANRE har offentliggjort på sin webbplats efter det att Hidroelectrica har inkommit med uppgifter om de genomförda exporttransaktionerna. ANRE:s tolkning saknar rättslig grund, strider mot tvingande unionsrättsliga bestämmelser och motsägs av såväl Consiliul Concurenței (konkurrensmyndigheten) som ANRE:s egna rättsakter och tidigare tolkningar. Dessutom tillämpas ifrågakvarande tolkning uppenbarligen med retroaktiv verkan på de konstaterade omständigheterna.
3. I sitt svaromål som ingavs den 24 juni 2015 gjorde svaranden ANRE gällande att sökanden under perioden mellan december 2014 och februari 2015 inte saluförde hela den el som sökanden förfogade över på ett öppet sätt på den rumänska konkurrensutsatta elmarknaden, utan exporterade en del av den producerade elen till den ungerska elmarknaden i strid med gällande lagstiftning.

Avgörandet i första instans

Genom civilrättslig dom [utelämnas] biföll Judecătoria Sectorului 1 București Hidroelectricas talan mot ANRE. Rapport nr. 36119/11.05.2015 om lagöverträdelse och påföljder till följd av administrativ överträdelse ogiltigförklarades. Sökanden slapp betala 50 000 RON i böter.

Det påpekades att handel utanför de centraliserade plattformar som drivs av OPCOM SA (Operatorul Pietei de Energie Electrica și Gaze Naturale din România; den rumänska marknadsoperatören för el och naturgas) inte nödvändigtvis utgjorde en överträdelse av bestämmelserna i artikel 23.1 i Legea energiei electrice și a gazelor naturale nr. 123/2012 (lag nr 123/2012 om el och naturgas, nedan kallad lag nr 123/2012). Då det framgick av de bevis som lämnades in under förfarandet att sökanden inte överträdde bestämmelserna i artikel 23.1 i [Orig. s. 2] lag nr 123/2012, kan det konstateras att det inte förekom någon relaterad överträdelse av de villkor som är förknippade med tillståndet och

att omständigheterna inte utgjorde någon administrativ överträdelse (*contravenția*) enligt artikel 93.1 nr 4 i nämnda lag.

Svarandens överklagande

ANRE har överklagat domen i första instans och gjort gällande att Judecătoria Sectorului 1 București tillämpade lagen felaktigt när den meddelade sin civilrättsliga dom [utelämnas].

Begäran om förhandsavgörande

Sökanden, nu motpart, har yrkat att ett förhandsavgörande ska inhämtas från EU-domstolen angående tolkningen av bestämmelserna i artikel 35 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

4. Vad gäller de faktiska omständigheterna är Hidroelectrica ett rumänskt privaträttsligt bolag med staten som majoritetsaktieägare. Bolagets verksamhet omfattar bland annat produktion, transport och distribution av el. Bolaget innehar både tillstånd för produktion och tillstånd för leverans av el.

Hidroelectrica innehar ett tillstånd för handel meddelat av den ungerska tillsynsmyndigheten för elbranschen. Efter att ha beviljats detta tillstånd har bolaget från och med december 2014 ingått avtal om försäljning av el genom en ungersk centraliserad handelsplattform som räknas bland de marknader som erkänns av byrån för samarbete mellan energitillsynsmyndigheter.

Den 13 februari 2015 offentliggjorde ANRE ett meddelande med rubriken ”Interpretarea ANRE a prevederilor Legii energiei electrice și gazele naturale nr. 123/2012 cu privire la posibilitățile de export [de] energie electrică ale producătorilor” (”ANRE:s tolkning av bestämmelserna i lag nr 123/2012 angående producenternas möjlighet att exportera el”) på sin webbplats. Genom nämnda meddelande klargjorde ANRE sin ståndpunkt vad gäller myndighetens tolkning av artiklarna 23 och 28 i lag nr 123/2012: ”Enligt ANRE:s tolkning ska hela den tillgängliga elen saluföras på ett öppet, offentligt, icke-diskriminerande och centraliserat sätt på Opcom SA:s plattformar” – det vill säga på den rumänska centraliserade elmarknaden.

Den 11 maj 2015 skickade ANRE den rapport varigenom Hidroelectrica påfördes en administrativ påföljd (*amendă contravențională*), eftersom bolaget inte saluförde hela den el som bolaget förfogade över på ett öppet sätt på den rumänska konkurrensutsatta elmarknaden, utan exporterade en del av den producerade elen till den ungerska elmarknaden i strid med gällande lagstiftning (s. 1, punkt 3, i rapporten).

ANRE belade Hidroelectrica med påföljder på grundval av bestämmelserna i artiklarna 23.1 och 28 c i lag nr 123/2012, i och med att myndigheten tolkade dessa bestämmelser så, att skyldigheten för de nationella elproducenterna att på ett offentligt och icke-diskriminerande sätt saluföra hela den el som de förfogar över

på den konkurrensutsatta marknaden innebär att dessa producenter är skyldiga att saluföra hela elmängden på den nationella centraliserade elmarknaden.

Enligt ANRE:s tolkning och tillämpning av lag nr 123/2012 har en producent därmed inte rätt att exportera el direkt inom unionen, eftersom ett sådant agerande utgör en överträdelse av den nationella lagen och, implicit, av de villkor som är förknippade med produktionstillståndet, med den följd att det påförs en administrativ påföljd. Enligt artikel 93.4 i lag nr 123/2012 leder upprepad administrativ överträdelse (*contravenția*) till att de juridiska personer som verkar på elmarknaden påförs en administrativ påföljd i form av en avgift på mellan 1 och 5 procent av deras omsättning. Med upprepad administrativ överträdelse avses enligt lagen att samma gärning som utgör en administrativ överträdelse har begåtts minst tre gånger inom loppet av ett och samma år.

Den omständigheten att direkt export av el kvalificeras som en administrativ överträdelse resulterar således i att nämnda verksamhet i själva verket hindras med tanke på de allvarliga påföljder som myndigheten kan påföra.

Den 27 maj 2015 väckte Hidroelectrica talan vid Judecătoria Sectorului 1 București i syfte att angripa rapporten och yrkade att den av ANRE påförda påföljden skulle ogiltigförklaras. Till stöd för sin talan gjorde bolaget i huvudsak gällande följande:

- i. Rapporten är rättsstridig, eftersom den strider mot artikel 35 FEUF och de facto utgör en administrativ åtgärd som begränsar den fria rörligheten för el [**Orig. s. 3**] inom unionen. ANRE har inte motiverat nämnda åtgärd genom att åberopa ett samband med något av de undantag som stadgas i artikel 36 FEUF.
- ii. Den begränsning av distributionskanalerna som följer av skyldigheten att driva handel enbart genom vissa av staten kontrollerade/auktoriserade operatörer är oförenlig med unionsrätten.
- iii. Rapporten är rättsstridig, eftersom den strider mot den nationella lagstiftningen, i och med att det i artiklarna 23.1 och 28 c i lag nr 123/2012 uttryckligen varken stadgas någon på elproducenter tillämplig restriktion för export inom unionen eller hänvisas till det rumänska territoriet. Genom den påföljd som påförs mot bakgrund av rapporten begränsar ANRE en näringsidkares näringsfrihet trots att det inte finns något uttryckligt förbud i lagen. Detta strider mot de nationella principerna för tolkning av den rumänska lagstiftningen.
- iv. I rapporten om resultaten av branschundersökningen av elmarknaden i januari 2014 anför den rumänska konkurrensmyndigheten att ”bestämmelserna i lag [nr 123/2012], enligt vilka marknadsaktörerna enbart kan ingå grossisttransaktioner på centraliserade marknader, ska tolkas så, att elproducenter kan genomföra exportförsäljning direkt (eller genom ett koncernbolag)[”].
- v. ANRE:s åtgärd leder till en oacceptabel skillnad i behandling mellan producenter från Rumänien och andra medlemsstater. Medan de rumänska

producenterna enligt ANRE:s tolkning enbart kan handla på den rumänska centraliserade marknaden, kan producenter från andra medlemsstater handla, vilket de också faktiskt gör, både på den centraliserade marknaden i den egna ursprungsmedlemsstaten och på de centraliserade marknaderna i andra medlemsstater, däribland Rumänien.

Tillämpliga nationella bestämmelser. Relevant nationell rättspraxis

5. De materiella bestämmelser som tillämpas i förevarande fall återfinns i lag nr 123/2012.

Artikel 2 c: Verksamheterna i branschen för el och värme från kraftvärmeproduktion ska bedrivas i följande grundläggande syften: upprätta och säkerställa funktionen av de konkurrensutsatta elmarknaderna.

Artikel 2 h: förbättra konkurrenskraften på den inre elmarknaden och främja dels det aktiva deltagandet i uppbyggandet av både den regionala marknaden och unionens inre marknad för el, dels deltagandet i utvecklingen av den gränsöverskridande handeln.

Artikel 3 nr 49: I förevarande avdelning ska begreppen och uttrycken nedan förstås som följer: centraliserad elmarknad – det organiserade sammanhang där flera ekonomiska aktörer driver handel med el genom förmedling av marknadsoperatören för el eller överföringssystemoperatören på grundval av specifika regler som godkänns av den behöriga myndigheten.

Artikel 20.1: Elmarknaden består av den reglerade marknaden och den konkurrensutsatta marknaden, och handel med el kan genomföras i grossist- eller detaljled.

Artikel 23.1: Handel med el sker på den konkurrensutsatta marknaden på ett öppet, offentligt, centraliserat och icke-diskriminerande sätt.

Artikel 28 c: Producenterna har i huvudsak följande skyldigheter: handla med el och tekniska systemtjänster på den reglerade marknaden och den konkurrensutsatta marknaden på ett öppet och icke-diskriminerande sätt.

6. Med hänvisning till dessa lagbestämmelser slog Judecătoria Sectorului 2 București [utelämnas], i ett liknande mål där en annan elproducent yrkade ogiltigförklaring av en rapport varigenom ANRE påförde påföljder till följd av påstådd överträdelse av artiklarna 23.1 och 28 c i lag nr 123/2012, fast följande:

”... svaranden [ANRE (den hänskjutande domstolens anmärkning)] har inte lagt fram bevisning eller framfört relevanta argument som styrker att sökanden har överträtt bestämmelserna i artikel 23.1 i lag nr 123/2012.

Den omständigheten att sökandens handelstransaktion med CEZ a.s. ingicks utanför OPCOM:s centraliserade plattformar [Orig. s. 4] stämmer med verkligheten och angrips inte, men trots att svaranden i sitt svaromål har gjort gällande att handel enligt artikel 23.1 ska ske på ett öppet, offentligt, centraliserat och icke-diskriminerande sätt på OPCOM:s centraliserade plattformar, ska det påpekas att ifrågavarande lagtext enbart hänvisar till egenskaper såsom öppenhet, offentlighet, centralisering och icke-diskriminering men däremot inte till skyldigheten att enbart driva handel på OPCOM:s centraliserade plattformar.

I rapporten har svaranden i förbigående anfört att 'utanför den konkurrensutsatta marknaden' är likalydande med 'utanför OPCOM:s centraliserade plattformar', men svaranden har varken i rapporten eller vid denna domstol lagt fram bevisning/framfört argument som styrker den omständigheten att OPCOM:s centraliserade plattformar utgör den enda konkurrensutsatta marknaden. På motsvarande sätt ska det påpekas att inte heller lag nr 123/2012 definierar begreppet konkurrensutsatt marknad ...

Dessutom har svaranden i handlingen med rubriken "document de poziție" (ställningstagande) av den 9 januari 2013 anfört att den extensiva tolkningen av bestämmelserna i artikel 23.1 i lag nr 123/2012 inför ett administrativt hinder för den gränsöverskridande handeln med el, när det beaktas att ifrågavarande verksamheter omfattas av unionslagstiftningen om avskaffande av alla restriktioner i syfte att upprätta den inre elmarknaden.

Denna domstol finner således att handel utanför OPCOM:s centraliserade plattformar inte nödvändigtvis utgör någon överträdelse av bestämmelserna i artikel 23.1 i lag nr 123/2012.

Därav följer att svaranden – för att understödja sin ståndpunkt att omständigheterna ska kvalificeras som administrativ överträdelse – borde ha lagt fram bevisning/framfört argument som styrker att sökandens handelstransaktion med CEZ a.s. genomfördes utanför den konkurrensutsatta marknaden på ett sätt som inte var öppet, offentligt, centraliserat och icke-diskriminerande.

Svaranden har inte framfört argument eller lagt fram bevisning utan baserat sitt försvar på uppfattningen om att handel utanför OPCOM:s centraliserade marknader är förbjuden enligt lag. Den hänskjutande domstolen anser som anförts ovan att denna uppfattning är felaktig."

Tillämpliga/relevanta unionsrättsliga bestämmelser

7. Artikel 35 FEUF (tidigare artikel 29 EG): Kvantitativa exportrestriktioner samt åtgärder med motsvarande verkan ska vara förbjudna mellan medlemsstaterna.
8. Artikel 36 [FEUF] (tidigare artikel 30 EG): Bestämmelserna i artiklarna 34 och 35 ska inte hindra sådana förbud mot eller restriktioner för import, export eller transitering som grundas på hänsyn till allmän moral, allmän ordning eller allmän

säkerhet eller intresset att skydda människors och djurs hälsa och liv, att bevara växter, att skydda nationella skatter av konstnärligt, historiskt eller arkeologiskt värde eller att skydda industriell och kommersiell äganderätt. Sådana förbud eller restriktioner får dock inte utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller innefatta en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna.

Den hänskjutande domstolens skäl för att begära förhandsavgörande

9. Hidroelectrica belades med påföljder, eftersom bolaget ”*inte saluförde hela den el som bolaget förfogade över på ett öppet sätt på den rumänska konkurrensutsatta elmarknaden, utan exporterade en del av den producerade elen till den ungerska elmarknaden i strid med gällande lagstiftning.*”

Samtidigt förbjuder artikel 35 FEUF, som utgör en av de rättsliga grunderna för talan, kvantitativa exportrestriktioner och åtgärder med motsvarande verkan. Därför är lösningen av förevarande tvist i hög grad beroende av EU-domstolens svar på tolkningsfrågan huruvida den tolkning av lag nr 123/2012 som har tillämpats av ANRE är förenlig med FEUF.

10. Europeiska unionens domstol har ännu inte uttalat sig om huruvida en lag, en förordning eller en administrativ praxis om exportrestriktioner, närmare bestämt skyldigheten för producenter att enbart sälja el genom en handelsplattform som är registrerad i den egna ursprungsmedlemsstaten, är förenlig med bestämmelserna i FEUF.
11. När en sådan fråga uppkommer inom ramen för ett pågående mål får den domstol som har att avgöra målet, om den anser att ett beslut i frågan är nödvändigt för att döma i saken, begära att domstolen meddelar ett förhandsavgörande i enlighet med artikel 267 [andra stycket] FEUF.

För att uppnå en enhetlig tillämpning av unionsrätten i medlemsstaterna är det å ena sidan nödvändigt att [Orig. s. 5] den domstol som har att avgöra målet hänskjuter en tolkningsfråga till EU-domstolen, om den hyser tvivel om huruvida en viss nationell praxis eller lagstiftning är förenlig med fördragen.

Å andra sidan finns det ett undantag, som ska tolkas restriktivt, från denna regel. När unionsrättens korrekta tillämpning är så uppenbar att svaret kan ges utan något rimligt tvivel, kan den nationella domstolen besluta att låta bli att begära EU-domstolens förhandsavgörande och direkt tillämpa unionsrätten.

Denna situation kallas i rättspraxis enligt domen *Cilfit acte clair*-doktrinen. Syftet med den är att undvika att EU-domstolen överbelastas med frågor som är av enbart teoretisk karaktär eller saknar anknytning till lösningen av tvisten.

Emellertid får de nationella domstolarna inte slå fast att en bestämmelse i fördraget är tydlig om inte EU-domstolen har klargjort den i sin praxis. Om en nationell domstol med hänvisning till *acte clair*-doktrinen vägrar att framställa en

begäran om förhandsavgörande till EU-domstolen utan att det finns något stöd därför i rättspraxis, kan det vara fråga om kränkning av rätten till en rättvis rättegång, som är fastställd i artikel 6.1 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. I detta avseende har Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna i domen Ullens de Schooten mot Belgien slagit fast att en nationell domstols vägran att framställa en begäran om förhandsavgörande kan ge upphov till frågor om förfarandets förenlighet med rätten till en rättvis rättegång, även för det fall att den domstol som handlägger målet inte är något organ som har till uppgift att genomföra en prövning av lagenligheten.

Om en domstol hyser tvivel om tolkningen av [EUF-]fördraget och den nationella lagstiftningens förenlighet med bestämmelserna i nämnda fördrag, är nämnda domstol skyldig att begära förhandsavgörande från EU-domstolen. Om klaganden kan vinna bifall även utan att det hänskjuts en tolkningsfråga, kan domstolen med andra ord i förevarande fall inte fatta beslut om att ogilla överklagandet utan att först genom begäran om förhandsavgörande ha fått klargjort att den tolkning som har tillämpats av ANRE är förenlig med unionsrätten. I annat fall skulle Hidroelectricas rätt till en rättvis rättegång kränkas.

[utelämnas]

[utelämnas] [underskrifter]

Bukarest, den 26 januari 2017