

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

JÁN MAZÁK

föredraget den 13 december 2007¹

1. Begäran om förhandsavgörande i förevarande mål är den första som avser tolkningen av 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 (nedan kallat direktivet).²

4. Det system som avses i förevarande mål är beläget vid Leipzig/Halle flygplats och drivs av det företag som driver flygplatsen. Systemet används för leverans av el till det egna företaget och till 93 andra företag vid flygplatsen.

2. Den bestämmelse som domstolen skall tolka är artikel 20.1 i direktivet, som gäller fritt tillträde för tredje parter till system för överföring och distribution av el.

I — Tillämpliga bestämmelser*A — De gemenskapsrättsliga bestämmelserna*

3. Tolkningsfrågan har ställts eftersom energiförsörjningssystem som i sin helhet är belägna i ett företags lokaler ("företagsnät" eller "Betriebsnetze") enligt tysk lag på vissa villkor kan undantas från bland annat principen om tredje parts tillträde till elnät.

5. Artikel 2 i direktivet innehåller följande definitioner:

"5. distribution: transport av el i system med högspännings-, mellanspännings- och lågspänningsnät för tillhandahållande till kunder, men inte leverans,

1 — Originalspråk: engelska.

2 — EUT L 176, s. 37.

6. systemansvarig för distributionssystemet: en fysisk eller juridisk person som ansvarar för drift och underhåll och, vid behov, utbyggnad av distributionssystemet inom ett visst område och, i tillämpliga fall, dess sammanlänknings- till andra system och för att säkerställa att systemet på lång sikt kan uppfylla rimliga krav på distribution av el, ...
6. Artikel 3.8 i direktivet har följande lydelse:
- ”Medlemsstaterna får besluta att inte tillämpa bestämmelserna i artiklarna 6, 7, 20 och 22, om tillämpningen av dessa, rättsligt eller i praktiken, skulle hindra elföretagen från att fullgöra de förpliktelser som ålagts dem i det allmänna ekonomiska intresset och om handelns utveckling inte påverkas i en sådan utsträckning att det skulle strida mot gemenskapens intressen. Gemenskapens intressen omfattar bland annat konkurrens när det gäller berättigade kunder i enlighet med detta direktiv och artikel 86 i fördraget.”
26. litet enskilt system: varje system med en förbrukning på mindre än 3 000 GWh under 1996, där mindre än 5 % av årsförbrukningen erhålls genom sammanlänkning med andra system,
7. Artikel 13 i direktivet har följande lydelse:
- ”Utseende av systemansvarig för distributionssystemet
- Medlemsstaterna skall, för en tid som de själva bestämmer med beaktande av effektivitet och ekonomisk balans, utse eller ålägga företag som äger eller är ansvariga för distributionssystem att utse en eller flera systemansvariga för distributionssystemet. Medlemsstaterna skall se till att de systemansvariga för distributionssystemet handlar i överensstämmelse med artiklarna 14–16.”
27. enskilt mikrosystem: varje system med en förbrukning på mindre än 500 GWh år 1996 och där det inte finns någon koppling till andra system, ...”

8. Artikel 20 i direktivet har följande lydelse: B — *Den nationella lagstiftningen*

”Tillträde för tredje part

1. Medlemsstaterna skall se till att det införs en ordning för tredje parts tillträde till överförings- och distributionssystemen grundad på offentliggjorda tariffer, som skall gälla för alla berättigade kunder samt tillämpas objektivt och utan att någon diskriminerande åtskillnad görs mellan systemanvändarna. Medlemsstaterna skall se till att dessa tariffer, eller de metoder som använts för att beräkna dem, är godkända innan de träder i kraft i enlighet med artikel 23 samt att tarifferna – och metoderna om endast dessa har godkänts – offentliggörs innan de träder i kraft.

9. Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (lag om el- och gasförsörjningen), även kallad Energiewirtschaftsgesetz (EnWG), är den huvudsakliga rättsakten för genomförandet av direktiv 2003/54 i Tyskland.

10. I 3 § punkt 17 EnWG, under rubriken Definitioner, anges följande:

”System för allmän försörjning:

2. Den systemansvarige för överförings- eller distributionssystemet får vägra tillträde till systemet om det saknar nödvändig kapacitet. Väl grundade skäl som särskilt tar hänsyn till artikel 3 måste anföras för en sådan vägran. Vid behov, och om tillträde till systemet har vägrats, skall medlemsstaterna se till att den systemansvarige tillhandahåller relevant information om vilka åtgärder som skulle erfordras för att förstärka systemet. Den part som begär sådan information får åläggas en rimlig avgift för att täcka kostnaderna för tillhandahållande av informationen.”

Energiförsörjningssystem som används för distribution av energi till tredje parter och som på grund av sin storlek inte kan anses ha inrättats uteslutande för att försörja vissa på förhand fastställda eller bestämbara slutförbrukare med el, utan i princip är öppna för alla slutförbrukare.”

11. I 20 § EnWG fastställs principen om tredje parts tillträde till "energiförsörjningssystem" enligt följande:

"Tillträde till energiförsörjningssystem

(1) De ansvariga för energiförsörjningssystem skall bevilja tillträde till sina system på objektiva och icke-diskriminerande villkor. De skall publicera villkoren för tillträde till systemen, standardavtal och avgifter på Internet samt samarbeta med varandra i den mån som det krävs för att säkerställa ett effektivt tillträde till systemen....

(2) De ansvariga för energiförsörjningssystem har rätt att, med vederbörligt iakttagande av syftena i 1 § i denna lag, vägra sådant tillträde som avses ovan, om de kan visa att det, av omständigheter som har att göra med driften eller av andra skäl, är omöjligt eller orimligt betungande för dem att lämna tillträde till ett system...."

12. I 21 § om "Villkor och avgifter för tillträde till system" föreskrivs följande:

"(1) Villkoren och avgifterna för tillträde till system skall vara rimliga, icke diskriminerande och transparenta. De får inte vara mindre gynnsamma än de som tillämpas, faktureras eller debiteras avseende tjänster inom företaget eller till närstående eller associerade företag i jämförbara fall. ..."

13. 110 § punkt 1 EnWG gäller särskilt "interna nät" ("Objektnetze"). I denna punkt anges följande:

"Delarna 2 och 3 samt 4, 52 och 92 §§ i förevarande lag tillämpas inte på energiförsörjningssystem som är

1. belägna på fysiskt sammanhörande verksamhetsområden och till övervägande del används för leverans av el till det egna

företaget eller till närstående företag i den mening som avses i 3 § punkt 38,³

3. belägna på fysiskt små sammanhörande områden och till övervägande del används för eget bruk,⁵

2. belägna på fysiskt sammanhörande privata områden och används av den systemansvarige eller dennes ombud för leverans av el till bestämda slutförbrukare för ett gemensamt kommersiellt syfte som

under förutsättning att energiförsörjningssystemet inte används för allmän försörjning i den mening som avses i 3 § punkt 17 och att den ansvarige för det interna nätet eller dennes ombud förfogar över de tekniska och ekonomiska resurser samt den personal som krävs för att säkerställa att systemet på lång sikt drivs i enlighet med bestämmelserna i denna lag.”

- a) går utöver rena arrende- eller hyresförhållanden, och

- b) på ett orimligt sätt skulle hindras genom tillämpningen av de bestämmelser som anges i den inledande meningen till 110 §,⁴

14. Om ett internt nät uppfyller kriterierna i 110 § punkt 1 momenten 1, 2 eller 3 EnWG är vissa av bestämmelserna i EnWG, inbegripet bestämmelserna om tredje parts tillträde, inte tillämpliga på det.

3 — Så kallade företagsnät (Betriebsnetze).

4 — Så kallade servicenät (Dienstleistungsnetze).

5 — Så kallade nät för eget bruk (Eigenversorgungsnetze).

II — Bakgrund, förfarandet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

15. Flughafen Leipzig/Halle GmbH (nedan kallat FLH) driver Leipzig/Halle flygplats. I denna egenskap förvaltar FLH ett energiförsörjningssystem som levererar el till FLH och 93 andra företag vid flygplatsen. År 2004 uppgick den mängd energi som konsumerades via systemet till omkring 22 200 MWh. Överskottet efter FLH:s egen förbrukning på 85,4 procent, det vill säga omkring 3 800 MWh eller 14,6 procent, levererades till andra företag vid flygplatsen.

16. Sedan början av 2004 har citiworks AG (nedan kallat citiworks) varit elleverantör till DFS Deutsche Flugsicherung GmbH, som ligger vid Leipzig/Halle flygplats.

17. Efter en ansökan av FLH antog Sächsisches Staatsministerium für Wirtschaft und Arbeit (ekonomi- och arbetsministeriet för Freistaat Sachsen) den 12 juli 2006 ett beslut i egenskap av delstatens tillsynsmyndighet om att det energiförsörjningssystem som FLH förvaltar vid Leipzig/Halle flygplats utgör

ett ”internt nät” som uppfyller kraven i 110 § punkt 1 momenten 1 och 2 EnWG.

18. Eftersom citiworks ansåg att beslutet innebar att tredje parter såsom citiworks, som levererar el till kunder vid Leipzig/Halle flygplats, hindrades från att få tillträde till det system som FLH driver, överklagade citiworks beslutet till Oberlandesgericht Dresden.

19. Oberlandesgericht Dresden ansåg att eftersom tillämpning av de relevanta bestämmelserna i EnWG inte innebär en orimlig börda för FLH, kan det aktuella systemet inte betraktas som ett ”servicenät” i enlighet med 110 § punkt 1 moment 2 EnWG. Systemet uppfyller emellertid kraven i 110 § punkt 1 moment 1 EnWG och kan således betraktas som ett ”företagsnät” och bland annat undantas från bestämmelserna i EnWG om tillträde för tredje parter. Citiworks överklagande är därför i princip ogrundat enligt nationell rätt. Oberlandesgericht Dresden är emellertid osäker på huruvida 110 § punkt 1 moment 1 EnWG är förenlig med kraven i artikel 20.1 i direktiv 2003/54.

20. Kartellsenat vid Oberlandesgericht Dresden (Tyskland) beslutade därför att vilandeförklara målet och ställde genom begäran om förhandsavgörande av den 17 oktober 2006, som inkom till domstolens kansli den 24 oktober 2006, följande tolkningsfråga till domstolen:

22. Muntlig förhandling hölls den 20 september 2007.

IV — Parternas argument

”Är 110 § punkt 1 moment 1 i Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (lag om el- och gasförsörjningen, även kallad EnWG) förenlig med artikel 20.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/54/EG, till den del som det däri föreskrivs att de allmänna bestämmelserna om tillträde till system (20–28a §§ EnWG) inte är tillämpliga på så kallade företagsnät (Betriebsnetz) när de i den förstnämnda bestämmelsen angivna villkoren är uppfyllda, även när sådant tillträde till systemet inte innebär en orimlig börda?”

A — Citiworks

23. Citiworks har gjort gällande att 110 § punkt 1 moment 1 EnWG inte är förenlig med artikel 20 i direktivet.

24. Citiworks har påpekat att ett av direktivets viktigaste syften är att elleverantörerna garanteras rätt till tillträde till hela elnätet för att säkerställa att kunderna fritt kan välja elleverantör. Emellertid strider 110 § punkt 1 moment 1 EnWG mot skyldigheten att garantera tillträde till elnätet.

III — Förfarandet vid domstolen

21. Skriftliga yttranden har inkommit till domstolen från citiworks, ekonomi- och arbetsministeriet för Freistaat Sachsen i egenskap av delstatens tillsynsmyndighet, FLH, kommissionen, den tyska regeringen, den polska regeringen och Förenade kungarikets regering.

25. Citiworks har hävdat att undantaget enligt 110 § punkt 1 moment 1 EnWG i praktiken är automatiskt. Enligt en majoritet av de behöriga tillsynstjänstemännen på federal nivå och på delstatsnivå är 110 § punkt 1 moment 1 EnWG direkt tillämplig när villkoren i den är uppfyllda. Många

systemansvariga har ansökt om att bestämmelsen skall tillämpas på deras system, medan andra antar att de uppfyller kraven i bestämmelsen och inte ens ansöker om att få ett beslut om detta.

motiverar detta inte ett allmänt och automatiskt undantag såsom det som anges i 110 § punkt 1 moment 1 EnWG.

26. Direktivet innehåller dessutom inga bestämmelser som ger medlemsstaterna möjlighet att fritt välja under vilka förhållanden de kan avvika från principen om fritt tillträde till elnätet.

B — FLH

27. Det undantag som anges i artikel 26 i direktivet avseende små enskilda system motiverar inte en sådan bestämmelse som 110 § punkt 1 moment 1 EnWG, eftersom ingen begäran om undantag har lämnats in till kommissionen och eftersom de system som omfattas av den nationella bestämmelsen inte utgör enskilda mikrosystem eller små enskilda system enligt definitionerna i artikel 2.26 respektive 2.27 i direktivet.

29. FLH har för det första gjort gällande att begäran om förhandsavgörande inte kan tas upp till sakprövning, eftersom den tolkningsfråga som ställts till domstolen är hypotetisk. Den hänskjutande domstolen har i sin fråga nämligen hänvisat till en lydelse av 110 § punkt 1 moment 1 EnWG som inte existerar. Svaret på den ställda frågan är dessutom inte relevant för avgörandet av tvisten i målet vid den nationella domstolen.

28. Av direktivet kan man inte sluta sig till att det skulle vara möjligt att av strukturella skäl bevilja ett allmänt undantag från skyldigheten att ge tredje parter tillträde till system. Även om det kanske är riktigt att skyldigheten att ge tredje parter tillträde innebär en oproportionerligt tung börda för små system,

30. Vad beträffar prövningen i sak har FLH gjort gällande att 110 § punkt 1 moment 1 EnWG är förenlig med gemenskapsrätten. De system som omfattas av denna bestämmelse är interna system som företagen utvecklat med avseende på sin egen förbrukning och de påverkar inte konkurrensen. De omfattas därför inte av direktivets tillämpningsområde.

31. Detta framgår även av den omständigheten att förbrukningen i det aktuella systemet är mycket lägre än i ett "enskilt mikrosystem" såsom detta definieras i artikel 2.27 i direktivet.⁶ Ett undantag för ett sådant system kan därför knappast medföra en betydande snedvridning av konkurrensen på den inre marknaden för energi.

34. Av ovannämnda skäl är 110 § punkt 1 moment 1 EnWG förenlig med artikel 20.1 i direktivet.

C — Ekonomi- och arbetsministeriet för Freistaat Sachsen

32. 110 § punkt 1 moment 1 EnWG är ett uttryck för den tyska lagstiftarens utrymme för skönsmässig bedömning vid genomförandet av direktivet. I artiklarna 3.8, 13, 15.2 d, 15.2 sista meningen och 20.1 i direktivet ges ett antal möjligheter till undantag från bestämmelserna om åtskillnad, anslutning och tillträde till elnätet.

35. Denna part har gjort gällande att det system som är i fråga i förevarande mål och för vilket undantag kan beviljas enligt 110 § punkt 1 EnWG varken är ett överföringssystem eller ett distributionssystem i den mening som avses i direktivet, utan ett system som till övervägande del används för att förse FLH med den el företaget självt förbrukar. Systemet omfattas därför inte av direktivets tillämpningsområde och det finns ingen skyldighet att ge tredje parter tillträde till det systemet i enlighet med bestämmelserna i direktivet.

33. FLH har betonat att företaget tillhandahåller tjänster i det allmänna ekonomiska intresset i den mening som avses i artikel 3.8 i direktivet och inte endast är en vanlig elleverantör. Det är företagets plikt att driva en flygplats. Därför är företagets privata elförsörjningssystem inte ett distributionssystem i den mening som avses i direktivet.

36. Vidare kan FLH inte betraktas som systemansvarig för ett distributionssystem i den mening som avses i artikel 2.6 i direktivet, eftersom företagets huvudsyfte är att driva en flygplats och det följaktligen inte kan fullgöra alla de skyldigheter som åligger en systemansvarig för ett distributionssystem.

6 — Ett enskilt mikrosystem är ett system med en förbrukning på mindre än 500 GWh år 1996. Förbrukningen i det aktuella elnätet år 1996 är inte känd, men av handlingarna i målet framgår att den mellan 2000 och 2007 varierade mellan 19 GWh och 23 GWh.

37. 110 § punkt 1 moment 1 EnWG avser endast system som inte omfattas av direk-

tivets tillämpningsområde och bestämmelsen är således förenlig med artikel 20.1 i direktivet.

inga sådana tredje parter. Därför är reglerna om liberalisering av energimarknaden endast tillämpliga på system i vilka tredje parter deltar.

D — *Den tyska regeringen*

38. Den tyska regeringen har gjort gällande att det av en systematisk och teleologisk tolkning av direktivet framgår att dess tillämpningsområde inte omfattar "kundanläggningar". En kundanläggning är en slutförbrukares elanläggning och omfattar också system som denna kund inrättat och som distribuerar energi inom en sluten anläggning.

39. Det framgår tydligt av definitionen av "systemansvarig för distributionssystemet" i artikel 2.6 i direktivet och de skyldigheter som åligger en sådan systemansvarig enligt artikel 14 i direktivet att direktivet endast gäller företag som driver distributionsystem som är avsedda att leverera el till allmänheten, varför kundanläggningar inte omfattas.

40. Vidare syftar rättsreglerna om liberalisering av energimarknaden till att ge tredje parter rätt att fritt välja leverantör. När det gäller en kundanläggning finns emellertid

41. En del system som levererar el till flera fysiska eller juridiska personer som om de var kunder måste ändå anses vara kundanläggningar, om kunderna inte kan betraktas som tredje parter i egentlig mening. Detta är fallet med parter som är associerade med den systemansvarige för kundanläggningen i en "leveransgemenskap", som kan ha ingåtts på grund av faktiska eller rättsliga omständigheter. Eftersom sådana kunder inte är tredje parter i egentlig mening gentemot den systemansvarige, är det inte nödvändigt att säkerställa deras rätt att fritt välja elleverantör, och reglerna om liberalisering av energimarknaden är inte tillämpliga på dem.

42. Syftet med 110 § punkt 1 moment 1 EnWG är att just sådana system där det inte finns några tredje parter i egentlig mening skall kunna undantas från skyldigheten att ge tredje parter tillträde. Bestämmelsen är därför förenlig med artikel 20.1 i direktivet.

E — *Den polska regeringen*

43. Den polska regeringen anser att 110 § punkt 1 moment 1 EnWG inte är förenlig med direktivet.

44. Den polska regeringen har påpekat att det särskilt av skäl 11 och artikel 3.8 i direktivet framgår att medlemsstaterna kan föreskriva undantag från principen om tredje parts tillträde till elnät, men att det inte finns något utrymme för allmänna undantag.

45. Av skäl 11 i direktivet framgår tydligt att det för att systemansvariga för små system skall kunna undantas från skyldigheten att ge tredje parter tillträde krävs att tillträdet innebär en oproportionerlig ekonomisk och administrativ börda. Det är troligt att det är mer betungande för systemansvariga för små system att uppfylla de administrativa kraven i direktivet och att det, mot bakgrund av den relativt begränsade mängd el de säljer, är svårare för dem att få ersättning för de därmed sammanhängande kostnaderna. I förevarande fall måste den systemansvarige för överföringssystemet dessutom också bidra till elförsörjningstryggheten.

46. Innan en systemansvarig för ett litet system kan undantas från skyldigheten att

ge tredje parter tillträde, är det emellertid nödvändigt att bedöma huruvida fullgörandet av dessa skyldigheter medför oproportionerliga kostnader. För detta ändamål måste de behöriga nationella myndigheterna göra en omfattande ekonomisk utvärdering av den systemansvariges situation, och därvid beakta behovet av att garantera försörjningstryggheten för slutförbrukarna.

47. En sådan bestämmelse i nationell lagstiftning som 110 § punkt 1 moment 1 EnWG, som medger att systemansvariga för små distributionssystem undantas från skyldigheten att ge tredje parter tillträde, även när detta inte medför alltför stora svårigheter för den systemansvarige i fråga, är därför oförenlig med artikel 20.1 i direktivet.

F — *Förenade kungariket*

48. Förenade kungarikets regering anser att den ifrågavarande nationella bestämmelsen är förenlig med artikel 20.1 i direktivet.

49. Förenade kungarikets regering har erinrat om att ett av de viktigaste målen med direktivet är att skapa fri konkurrens och att det särskilt är inriktat på företag i

monopolställning eller i en monopolliknande ställning vilka hindrar en effektiv konkurrens. Gemenskapslagstiftarens huvudfokus låg inte på små elföretag och företag som inte levererar el till hushållskunder. De skyldigheter som systemansvariga för distributionssystem åläggs i artiklarna 14–20 i direktivet är dessutom kostsamma att fullgöra. Av detta följer att artikel 20 i direktivet måste tolkas så, att medlemsstaterna kan undanta noggrant och strikt angivna kategorier av enheter från skyldigheten att ge tillträde till elnät.

av den el som transporteras i dess system. FLH:s huvudsyfte är att driva en flygplats.

G — Kommissionen

50. Att tillämpa direktivets bestämmelser även på de minsta systemen är absurt och orimligt. Fullgörande av skyldigheten att ge tredje parter tillträde är alltför betungande för små och nya system och gör det svårare för dessa att konkurrera effektivt med stora elföretag. Om de däremot undantas från kravet på tillträde för tredje parter, inverkar detta endast försumbart på liberaliseringen av elmarknaden, mot bakgrund av deras mycket begränsade verksamhetsområde.

52. Kommissionen anser att 110 § punkt 1 moment 1 EnWG inte är förenlig med artikel 20.1 i direktivet.

53. Kommissionen har gjort gällande att artikel 20 i direktivet, enligt vilken tredje parter skall ges tillträde till överförings- och distributionssystem, är tillämplig på de faktiska omständigheter som föranledde tvisten i målet vid den nationella domstolen. Det aktuella systemet är ett distributions-system i den mening som avses i artikel 2.6 i direktivet, eftersom det används för att distribuera el till FLH och ytterligare 93 företag vid flygplatsen. Fritt tillträde till sådana system måste garanteras i enlighet med artikel 20.1 i direktivet.

51. Slutligen är ”distribution”, enligt lydelsen av definitionen i artikel 2.5 i direktivet, något som utförs ”för tillhandahållande till kunder”. Huvudsyftet med ett distributionssystem måste därför vara att leverera till kunder, men detta är uppenbarligen inte fallet när det gäller FLH, som självt förbrukar 85,4 procent

54. Som det framgår av skälen 6 och 7 i direktivet är principen om tredje parts tillträde grundläggande för att den inre marknaden för energi ska kunna genomföras till fullo. Begränsningar av denna princip kan därför tillåtas endast under klart fastställda

omständigheter. I direktivet föreskrivs ett enda allmänt undantag från skyldigheten att ge tredje parter tillträde. Detta undantag anges i artikel 20.2 och är kopplat till att ett system saknar nödvändig kapacitet. Denna bestämmelse i direktivet kan emellertid inte motivera ett allmänt undantag som fastställs i lag, eftersom företagsnät i den mening som avses i 110 § punkt 1 moment 1 EnWG inte ovillkorligen eller varaktigt saknar sådan kapacitet.

55. Att en del system är små och har begränsad ekonomisk betydelse motiverar inte att de av princip undantas från principen om fritt tillträde. Ett systems storlek spelar roll endast när det gäller frågor som rör juridisk åtskillnad mellan systemansvariga för distributionssystem, såsom det framgår av artikel 15.2 i direktivet.

56. Artikel 13 i direktivet motiverar inte att vissa system undantas från skyldigheten att ge tredje parter tillträde.

57. Inte heller det undantag för "enskilda mikrosystem" som anges i artikel 26.1 i direktivet kan utgöra grund för 110 § punkt 1 moment 1 EnWG, bland annat eftersom ingen begäran om detta har lämnats till kommissionen.

V — Uptagande till sakprövning

58. FLH har gjort gällande att tolkningsfrågan inte kan tas upp till sakprövning i huvudsak eftersom den innehåller ett antagande som inte motsvarar formuleringen i den aktuella nationella lagen och den därför är hypotetisk.

59. Enligt fast rättspraxis ankommer det uteslutande på den nationella domstolen att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen. En begäran från en nationell domstol kan bara avvisas då det är uppenbart att den begärda tolkningen av gemenskapsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen, eller då frågan är allmän eller hypotetisk.⁷

60. Detta är emellertid inte fallet här. Det framgår av begäran om förhandsavgörande att den hänskjutande domstolen är osäker

⁷ — Se bland annat dom av den 15 december 1995 i mål C-415/93, *Bosman* (REG 1995, s. I-4921), punkterna 59–61, av den 27 november 1997 i mål C-369/95, *Somalfruit och Camar* (REG 1997, s. I-6619), punkterna 40 och 41, och av den 13 juli 2000 i mål C-36/99, *Idéal tourisme* (REG 2000, s. I-6049), punkt 20.

på huruvida lydelsen av 110 § punkt 1 moment 1 EnWG är förenlig med artikel 20.1 i direktivet.

sammanhörande verksamhetsområde och som till övervägande del används för leverans av el till det egna företaget eller till närstående företag.

61. Det är riktigt att den tolkningsfråga som ställts till domstolen inte endast avser själva formuleringen i 110 § punkt 1 moment 1 EnWG, utan att satsen ”även när sådant tillträde till systemet inte innebär en orimlig börda” har lagts till. Den hänskjutande domstolen anger därigenom endast vari den anser att problemet avseende den nationella genomförandelagens förenlighet med direktivet ligger, nämligen i den omständigheten att undantag från skyldigheten att ge tredje parter tillträde beviljas utan att vidare hänsyn tas till den faktiska börda som fullgörandet av en sådan skyldighet kan innebära för den systemansvarige, medan det enligt den hänskjutande domstolens åsikt följer av direktivet att denna börda skall beaktas. Detta innebär emellertid inte att frågan är hypotetisk.

62. Begäran om förhandsavgörande kan således tas upp till sakprövning och den fråga som domstolen skall besvara är i huvudsak huruvida artikel 20.1 i direktivet utgör hinder för sådan nationell lagstiftning som 110 § punkt 1 moment 1 EnWG, enligt vilken bestämmelserna om tredje parts tillträde i regel inte skall tillämpas på så kallade företagsnät som är belägna inom ett fysiskt

VI — Prövning i sak

63. Genom direktiv 2003/54 inleddes den andra fasen av liberaliseringen av elmarknaden i Europeiska gemenskapen. Direktivets mål är att fullborda den inre marknad för el som lanserades genom direktiv 96/92/EG⁸ (nedan kallat det första eldirektivet).⁹

64. En av nyckelförutsättningarna för liberaliseringen av den inre elmarknaden är att tredje parter har tillträde till elnätet. I direktivet återfinns principen om tredje parts tillträde i artikel 20.1, där det anges att medlemsstaterna skall se till att det

8 — Europaparlamentets och rådets direktiv av den 19 december 1996 om gemensamma regler för den inre marknaden för el, EGT L 27, 1997, s. 20.

9 — Ett tredje lagstiftningspaket lades fram av kommissionen den 19 september 2007 (se kommissionens pressmeddelande IP/07/1361 och motiveringen till det tredje energipaketet som finns på Internetadressen http://ec.europa.eu/energy/electricity/package_2007/doc/2007_09_19_explanatory_memorandum_en.pdf). De föreslagna ändringarna gäller inte den bestämmelse som avses i förevarande mål.

införs en ordning för tredje parts tillträde till överförings- och distributionssystem. Av artikel 20.1 i direktivet följer att skyldigheten att ge tredje parter tillträde i enlighet med direktivet endast gäller "överföringssystem" och "distributionssystem" i den mening som avses i direktivet.

65. Det är klarlagt att ett sådant system som det som drivs av FLH inte är ett överföringssystem.¹⁰ För att utröna huruvida tredje parter icke desto mindre skall ges tillträde i enlighet med artikel 20.1 i direktivet, måste det även avgöras huruvida det aktuella systemet är ett distributionssystem.

66. I detta sammanhang bör det helt kort påpekas att det kan diskuteras huruvida FLH också kan anses vara till exempel en "leverantör" eller "grossist" i den mening som avses i direktivet. Dessa eventuella ytterligare egenskaper saknar emellertid betydelse för förevarande mål, eftersom det av direktivet inte går att sluta sig till att sådana egenskaper skulle innebära att FLH inte samtidigt kan vara systemansvarig för ett distributionsystem och som sådan i princip skyldig att ge tredje parter tillträde till det distributionsystem företaget driver.

67. Den relevanta frågan i förevarande mål är således huruvida ett sådant system som det som drivs av FLH, och för vilket undantag kan beviljas genom tillämpning av den omtvistade tyska lagstiftningen, egentligen är ett "distributionssystem" i den mening som avses i direktivet.

68. Begreppet "distributionssystem" definieras inte i direktivet, men "distribution" definieras som "transport av el i system med högspännings-, mellanspännings- och lågspänningsnät för tillhandahållande till kunder, men inte leverans".¹¹

69. Under dessa omständigheter är det, för att bestämma räckvidden av begreppet "distributionssystem" såsom det används i direktivet, nödvändigt att beakta inte endast lydelsen av den aktuella bestämmelsen i direktivet, utan också dess sammanhang och de syften som eftersträvas med de föreskrifter som den ingår i.¹²

70. Syftet med direktivet är att fullborda den inre marknaden för energi genom att

11 — Se artikel 2.5 i direktivet.

10 — Enligt artikel 2.3 i direktivet avses med "överföring" transport av el i sammanlänkade system med högspänningsnät samt nät med extra hög spänning för tillhandahållande till slutförbrukare eller distributörer, men inte leverans.

12 — Se, för ett liknande resonemang, bland annat dom av den 17 november 1983 i mål 292/82, Merck (REG 1983, s. 3781), punkt 12, av den 21 februari 1984 i mål 337/82, St. Nikolaus Brenneri (REG 1984, s. 1051), punkt 10, och av den 14 oktober 1999 i mål C-223/98, Adidas (REG 1999, s. I-7081), punkt 23.

liberalisera och samordna villkoren för hur elmarknaden fungerar, så att de nationella marknaderna smälter samman till en äkta och fullt fungerande inre marknad för energi.¹³

71. För att uppnå målet att åstadkomma likvärdiga konkurrensvillkor mellan medlemsstaterna i fråga om marknadernas öppenhet¹⁴ krävs en enhetlig tolkning av direktivets materiella tillämpningsområde. Detta innebär att inskränkningar i den allmänna principen om tredje parts tillträde måste tolkas strikt och begränsas till dem som anges i direktivet. Det innebär också att det är uteslutet att en bestämmelse såsom artikel 13 i direktivet, i vilken det anges att medlemsstaterna skall utse eller ålägga företag som äger eller är ansvariga för distributionssystem att utse en eller flera systemansvariga för distributionssystemet, kan ge medlemsstaterna fullständig frihet att definiera vad som avses med ett "distributionssystem".

72. Av direktivet framgår vidare att en av de grundläggande förutsättningarna för en liberalisering av energimarknaderna är att det säkerställs att elkunderna har rätt att fritt

välja elleverantör och att alla leverantörer har rätt att fritt leverera till sina kunder.¹⁵ Dessa två rättigheter är ovillkorligen kopplade till varandra, eftersom det för att kunderna fritt skall kunna välja elleverantör krävs att leverantörerna har rätt att mot en lämplig och icke-diskriminerande ersättning få tillträde till de olika överförings- och distributions-system som används för att transportera el till kunderna.

73. Den vikt som fästs vid principen om tredje parts tillträde framgår också av förarbetena till direktivet. Bestämmelsen om att medlemsstaterna skall garantera tredje parter tillträde var ett grundläggande element i kommissionens förslag om ändring av det första eldirektivet¹⁶ och den antogs i huvudsak oförändrad genom artikel 20 i direktivet.

74. Domstolen har i sin rättspraxis avseende det första eldirektivet betonat vikten av icke-diskriminerande tillträde till elnätet för tredje parter.¹⁷

75. Det är mot bakgrund av det ovan anförda som räckvidden av begreppet "distributionssystem" skall tolkas. Detta begrepp är

13 — Se kommissionens motivering i förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om ändring av direktiven 96/92/EG och 98/30/EG om gemensamma regler för de inre marknaderna för el och naturgas (KOM(2001) 125).

14 — Se motiveringen (ovan fotnot 13).

15 — Se skäl 4 i direktivet. Denna valfrihet måste vara fullständigt genomförd avseende andra kunder än hushållskunder senast den 1 januari 2003 och avseende samtliga kundkategorier senast den 1 januari 2005.

16 — KOM(2001) 125 (EGT C 240 E, s. 60).

17 — Se dom av den 7 juni 2005 i mål C-17/03, Vereniging voor Energie, Milieu en Water m.fl. (REG 2005, s. I-4983), punkterna 42–46.

grundläggande när det gäller att avgöra det faktiska tillämpningsområdet för bestämmelsen om tredje parts tillträde som anges i artikel 20.1 i direktivet. Som ett första steg skall jag utreda i vilken mån vissa kriterier, såsom systemets storlek eller syfte, är relevanta när det gäller att avgöra huruvida ett system skall betraktas som ett "distributionssystem".

76. Det kan för det första påpekas att det i direktivet inte anges någon tröskel för hur stort ett elsystem skall vara för att betraktas som ett "distributionssystem". Inom ramen för direktivet är ett systems storlek icke desto mindre relevant för tillämpningen av vissa grundläggande skyldigheter, framför allt kravet på åtskillnad av systemansvariga för ett distributionssystem.¹⁸

77. När det gäller skyldigheten att ge tredje parter tillträde verkar systemets storlek vara relevant endast i undantagsfall,¹⁹ nämligen vid definitionen av vad som avses med enskilda mikrosystem och små enskilda system, för vilka medlemsstaterna kan föreskriva undantag bland annat från skyldigheten att ge tredje parter tillträde.

Möjligheten att undanta enskilda mikrosystem motiveras emellertid inte främst av att de är små, utan av den omständigheten att sådana system antingen inte är kopplade till ett större system eller får mycket små mängder el från ett större system, vilket gör att de omfattas av väldigt specifika tekniska krav, särskilt när det gäller elförsörjningstryggheten för slutförbrukarna.²⁰ Tröskeln för enskilda mikrosystem har således fastställts för ett mycket specifikt syfte och kan inte betraktas som en övergripande indikator för storleken på de system gemenskapslagstiftaren avsåg att reglera.

78. Detta visar enligt min åsikt att direktivet av princip är avsett att tillämpas på vitt skilda system oavsett storlek. Det hindrar inte att tillämpningen av vissa grundläggande skyldigheter som anges i direktivet, till exempel kravet på åtskillnad av systemansvariga, kan anpassas beroende på det aktuella systemets storlek.

79. Det bör även påpekas att även om ett undantag för ett "litet" system från direktivets tillämpningsområde inte nödvändigtvis

18 — I artikel 15 i direktivet, som gäller "åtskillnad av systemansvariga för distributionssystemet" anges i den sista meningen i punkt 2 att "[m]edlemsstaterna får besluta att inte tillämpa punkterna 1 och 2 på integrerade elföretag som har mindre än 100 000 anslutna kunder eller levererar till små, enskilda system". Se också skäl 11 i direktivet, där det anges att "[f]ör att undvika att små distributionsföretag får en oproportionerlig ekonomisk och administrativ börda bör medlemsstaterna vid behov kunna undanta sådana företag från krav på juridisk åtskillnad när det gäller distributionen".

19 — Se artikel 26 där det anges att enskilda mikrosystem och små enskilda system under vissa omständigheter kan undantas från skyldigheten att ge tredje parter tillträde.

20 — "Företagsnät" i den mening som avses i EnWG är i princip slutna, men detta innebär inte att de är "enskilda", eftersom de mycket väl kan ta emot el från ett större nät till vilket de är kopplade.

har någon betydande inverkan på konkurrensen och således på liberaliseringen av elsektorn, har detta inget samband med hur ett undantag för en hel kategori små system kan påverka konkurrensen.

systemet skall betraktas som ett "distributionssystem". Denna fråga föranleds av satsen "för tillhandahållande till kunder" i definitionen av "distribution" i artikel 2.5 i direktivet.

80. I varje fall finns det, även om man bortser från de uppenbara svårigheterna att definiera när ett system skall betraktas som "litet", inget som visar att endast relativt "små" system kommer att undantas enligt 110 § punkt 1 moment 1 EnWG. Så länge ett system uppfyller villkoren i bestämmelsen undantas det, oavsett den mängd el det levererar. Detta innebär till exempel att mycket större flygplatser än Leipzig/Halle flygplats kan undantas från skyldigheten att ge tredje parter tillträde genom tillämpning av 110 § punkt 1 moment 1 EnWG.

81. Jag anser därför att den omständigheten att ett system är litet inte är ett avgörande kriterium för att inte betrakta ett sådant system som det som drivs av FLH som ett "distributionssystem" och av princip undanta det från tillämpningen av principen om tredje parts tillträde.

82. För det andra måste det avgöras i vilken mån det syfte för vilket ett system drivs är relevant när det gäller att avgöra huruvida

83. Om undantag från skyldigheten att ge tredje parter tillträde beviljades för vissa system enbart på grundval av det syfte för vilket de drivs, skulle detta innebära en risk för att ett och samma system kunde undantas från skyldigheten att ge tredje parter tillträde eller också inte, beroende på om systemet drivs som en del av en annan verksamhet eller som en fristående verksamhet. Om FLH till exempel hade lagt ut driften av sitt elsystem på ett annat företag, vars enda syfte vore att driva systemet för att leverera el till flygplatsen och till andra slutförbrukare vid flygplatsen, skulle distributionen av el utan tvekan ha genomförts "för tillhandahållande till kunder" såsom det anges i artikel 2.5 i direktivet. Ett undantag för "företagsnät" från skyldigheten att ge tredje parter tillträde skulle således kunna resultera i att ett och samma system behandlades olika enbart på grundval av syftet med den systemansvariges verksamhet.

84. Om detta synsätt tillämpades skulle det också innebära att en och samma kund, till exempel en butik eller en restaurang, skulle ha rätt att fritt välja elleverantör eller också inte, beroende på vilket syfte med verksamheten den systemansvarige har som driver

det elsystem till vilket butiken/restaurangen är ansluten för att erhålla el. Om undantag från skyldigheten att ge tredje parter tillträde kunde beviljas för system enbart på grundval av det syfte för vilket de drivs, skulle detta resultera i olika behandling av slutförbrukarna.

85. Av det ovan anförda framgår att den situationen att ett system skulle betraktas som ett "distributionssystem" endast om dess huvudsyfte var att leverera el till allmänheten skulle leda till betydande diskriminering mellan systemansvariga och även mellan kunder. Detta är knappast förenligt med det mål som direktivet syftar till, det vill säga icke-diskriminerande tillträde för tredje parter och rätt för slutförbrukarna att fritt välja elleverantör.

86. Vidare anser jag inte att små eller slutna system av princip inte skall kunna betraktas som "distributionssystem" av strukturella skäl. Det har gjorts gällande att de skyldigheter som direktivet ålägger systemansvariga för distributionssystem, och särskilt skyldigheten att ge tredje parter tillträde, som sådan är alltför betungande för vissa systemansvariga, särskilt de som är små eller är nya på marknaden och/eller har ett annat huvudsyfte än att leverera el till kunder, och att

det därför inte kan vara meningen att sådana systemansvariga skall omfattas av de skyldigheter som systemansvariga för distributionsystem åläggs genom direktivet.

87. Detta synsätt kan inte tillämpas. Medlemsstaterna har ett stort utrymme för skönsässig bedömning när det gäller hur de i praktiken skall genomföra den skyldighet att ge tredje parter tillträde som föreskrivs i direktivet. Medlemsstaterna kan eventuellt fastställa mindre betungande administrativa bestämmelser för mindre eller nyinrättade system som har ett annat huvudsyfte än att leverera el till kunder. Den faktiska börda som fullgörandet av sådana skyldigheter innebär för enskilda systemansvariga beror i viss mån på vilka regleringsmetoder de enskilda medlemsstaterna väljer att använda.²¹ Detta räcker därför inte i sig som skäl för att tillåta att sådana system fullständigt undantas från de skyldigheter som systemansvariga för distributionssystem åläggs genom direktivet och särskilt skyldigheten att ge tredje parter tillträde.

88. Inget av de ovan angivna skälen motiverar således som sådant att ett sådant system som det som drivs av Leipzig/Halle flygplats

21 — Den tyska lagstiftaren har till exempel valt att tillämpa förhandskontroll av avgifterna för tillträde till elnät, vilket är "ett störande och besvärligt regleringsinstrument som inte krävs enligt gemenskapsrätten, i stället för att begränsa sig till att kontrollera metoderna för att beräkna dessa avgifter". Se Thomas von Danwitz, "Regulation and Liberalisation of the European Electricity Market – A German View", 2006 *Energy Law Journal*, Vol. 27, s. 423, på s. 448.

undantas från räckvidden av begreppet ”distributionssystem” i den mening som avses i direktivet.

89. Det finns tvärtom en del som talar för att ett sådant system som det som drivs av FLH bör betraktas som ett distributionssystem i den mening som avses i direktivet.

90. Även om det framgår att det aktuella systemet till övervägande del används för FLH:s egen förbrukning,²² bör det inte glömmas att omkring 15 procent av den totala mängd el som förbrukades 2004 distribuerades till tredje parter, vilket enligt begäran om förhandsavgörande motsvarar förbrukningen i omkring 1 000 trepersonershushåll, och denna siffra ser ut att vara stadigt stigande.²³ Elleveranserna till tredje parter är, om än kanske inte dominerande, långt ifrån betydelselösa.

91. Jag kan inte heller se varför de 93 företag som ligger vid Leipzig/Halle flygplats inte

skulle betraktas som tredje parter i egentlig mening. De råkar ligga vid flygplatsen, men de har sina egna kommersiella syften. Deras avtalsförhållande med FLH utgörs i huvudsak av ett arrendekontrakt, vilket bekräftades vid den muntliga förhandlingen. Situationen för de 93 företagen skiljer sig därför inte fundamentalt från situationen för företag som hyr lokaler i en stads centrum eller i ett köpcentrum. Dessa företag bör därför i princip fritt kunna välja elleverantör. Av denna anledning bör det system via vilket el levereras till anslutningspunkten för dessa kunders privata anläggningar i princip vara tillgängligt för tredje parter.

92. Av ovan anförda skäl anser jag att ett sådant system som det som drivs av FLH måste betraktas som ett ”distributionssystem” i den mening som avses i direktivet.

22 — Som jag redan angett i punkt 15 i detta förslag till avgörande uppgick mängden energi som konsumerades via detta system år 2004 till omkring 22 200 MWh, varav omkring 3 800 MWh, eller 14,6 procent, levererades till andra företag vid flygplatsen.

23 — Enligt begäran om förhandsavgörande uppskattas det att mängden energi som levereras till andra företag vid flygplatsen år 2007 kommer att uppgå till omkring 8 000 MWh, vilket anges motsvara förbrukningen i 2 000 trepersonershushåll och på bara tre år innebär en fördubbling av den mängd energi som levereras till tredje parter via det aktuella elnätet.

93. Detta innebär emellertid inte att ett sådant system inte i överensstämmelse med direktivet kan undantas från skyldigheten att ge tredje parter tillträde. Direktivet innehåller ett antal bestämmelser om undantag för system från vissa skyldigheter, i ett försök att skapa balans mellan nödvändigheten att ge tredje parter tillträde till elnätet samtidigt som överordnade allmänintressen skyddas,

såsom försörjningstryggheten och tillhandahållandet av tjänster i det allmänna ekonomiska intresset.

det knappast godtas att ett undantag som grundas på avsaknad av kapacitet beviljas för obegränsad tid.

94. Enligt artikel 3.8 i direktivet får medlemsstaterna besluta att inte tillämpa bestämmelserna i artikel 20 "om tillämpningen av dessa, rättsligt eller i praktiken, skulle hindra elföretagen från att fullgöra de förpliktelser som ålagts dem i det allmänna ekonomiska intresset och om handelns utveckling inte påverkas i en sådan utsträckning att det skulle strida mot gemenskapens intressen". Även om det inte kan uteslutas att en del "företagsnät" som har rätt till undantag enligt 110 § punkt 1 moment 1 EnWG uppfyller dessa villkor, finns det ingen grund för slutsatsen att detta ovillkorligen är fallet, utan att en grundligare utvärdering har gjorts av de omständigheter under vilka ett givet system drivs.

96. Som det anges ovan föreskrivs i artikel 26 i direktivet undantag för enskilda mikro-system och små enskilda system från bland annat skyldigheten att ge tredje parter tillträde. Det finns emellertid inget som visar att vare sig det system som drivs av FLH eller alla de "företagsnät" som har rätt till undantag enligt 110 § punkt 1 moment 1 EnWG är enskilda i den mening som avses i direktivet. För att en medlemsstat skall få tillämpa detta undantag krävs det dessutom att den lämnar in en ansökan till kommissionen, vilket Tyskland inte har gjort. Båda dessa skäl innebär var för sig att ett regelmässigt undantag för "företagsnät" genom tillämpning av 110 § punkt 1 moment 1 EnWG inte kan grundas på artikel 26 i direktivet.

95. Även ett distributionssystem kan, i enlighet med artikel 20.2 i direktivet, undantas från skyldigheten att ge tredje parter tillträde "om det saknar nödvändig kapacitet". Det kan inte heller uteslutas att vissa "företagsnät" kan undantas enligt denna bestämmelse, men detta är förvisso inte fallet om det inte finns något som visar att systemet saknar den kapacitet som behövs för att tillträde skall kunna ges. Vidare kan

97. Av det ovan anförda följer att ett undantag för "företagsnät" i den mening som avses i EnWG från tillämpningen av bestämmelserna om tredje parts tillträde inte kan motiveras av direktivets lydelse, sammanhang eller syfte.

VII — Förslag till avgörande

98. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar tolkningsfrågan på följande sätt:

Artikel 20.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/54/EG av den 26 juni 2003 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om upphävande av direktiv 96/92/EG skall tolkas så att den utgör hinder för nationell lagstiftning som innebär att distributionssystem som är belägna på ett fysiskt sammanhörande verksamhetsområde, och till övervägande del används för leverans av el till det egna företaget eller till närstående företag, regelmässigt undantas från tillämpningen av bestämmelserna om tredje parts tillträde.