FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT D. RUIZ-JARABO COLOMER
fremsat den 20. oktober 2009[1]

I — Indledning

1. Ved velfærdsstatens begyndelse unddrog visse økonomiske områder sig markedslogikken med henblik på at mindske afstanden mellem »det beherskede livsrum« og det »effektive livsrum«[2]. Under henvisning til værdier, der ikke var strengt økonomiske, og som er fastsat i det klassiske kontinentale retsbegreb offentlig tjenesteydelse, intensiveredes statslig indgriben på nogle områder, der dannedes monopoler, og reguleringen styrkedes.

2. Efter den europæiske fælles akt, hvor der »på de politiske idéers alter« blev indsat et nyt idol, konkurrencen, blev offentlige tjenesteydelser en forhindring, der skulle overvindes med henblik på en liberalisering, der var blevet kilde til alle forhåbninger[3].

3. Indførelsen af et åbent marked er det første skridt i denne politik, men efter fjernelsen af barriererne er der stadig visse behov, som markedet ikke kan opfylde alene. Derfor opstår der offentlig intervention i form af »tjenesteydelser af almen økonomisk interesse« og »offentlig serviceforpligtelse«, som myndighederne pålægger virksomhederne i de liberaliserede sektorer for at beskytte de offentlige interesser, hvis opfyldelse er tvingende nødvendige og ikke kan overlades til markedskræfternes frie spil.

4. Den store udfordring for den økonomiske ret består i dag i at afgrænse disse offentlige foranstaltninger. Hidtil er spørgsmålet kun blevet rejst i forbindelse med eksistensen af enerettigheder og finansiering af de pågældende tjenester, men sjældent vedrørende offentlige serviceforpligtelser. Det er i denne forbindelse, at det præjudicielle spørgsmål er forelagt i denne sag.

5. Siden det 19. århundrede har gas haft en særlig betydning for udviklingen af de

1 — Originalsprog: spansk.

2 — Terminologi udmøntet af Forsthoff i hans teori om »eksistentiel ydelse« (Daseinvorsorge) (E. Forsthoff: *Sociedad Industrial y Administración Pública,* Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1967 (1958)).

3 — Som T.R. Fernández mesterligt har bemærket i »Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy«, *Revista de Administración Pública,* nr. 150, september-december 1999, s. 57-73.

moderne samfund. Litteraturen afspejler den mistro, som gas gav anledning til i første omgang[4], og de følger, den senere fik[5], indtil den blev en del af borgernes dagligdag, som Pérez Galdós påpegede[6]. I henhold til direktiv 2003/55/EF[7] er den fuldstændige åbning af gasmarkedet fastsat til den 1. juli 2007, og Tribunale amministrativo regionale della Lombardia spørger, om det efter denne dato er muligt, at de italienske myndigheder undtagelsesvis deltager i fastsættelsen af salgsprisen for gas i en situation med manglende konkurrence.

6. For så vidt som offentlige tjenesteydelser ifølge det franske Conseil d'État defineres[8] som »forlængelse af markedet med andre midler, når markedet svigter, og ikke dets modsætning«, skal staten i en konjunktur med svækket konkurrence gribe ind for at overvinde følgerne af en sådan situation. Det offentlige indgreb på markedet skal imidlertid begrænses for ikke at udsætte *sine die* den egentlige liberalisering, og der må tages hensyn til beskyttelsen af forbrugernes rettigheder.

4 — I sin roman »La femme au collier de velours«, *Mil y un fantasmas,* Editorial Valdemar, Madrid, 1996, s. 20, forklarer Alexandre Dumas i 1846, at »Nodier nærede rædsel for alle opfindelser; gas fik ham til at tabe fatningen, damp gjorde ham vanvittig; i ødelæggelsen af skovene og udtømningen af kulminerne så han tegn på, at verden snart ville gå under«.

5 — En af de første praktiske anvendelser af gas blev opfundet af franskmanden Montgolfier med opsendelsen af hans berømte balloner ved udnyttelse af brints lethed.
Mariano José de Larra skrev i 1833 tre artikler under samme titel »Ascensión aerostática«, *Artículos completos,* Ed. RBA e Instituto Cervantes. I den første, s. 482 ff., fortæller han om spanieren García Rozos forsøg på at få en ballon til at flyve over parterre i Retiroparken i Madrid den 28.4.1833 under kongefamiliens tilstedeværelse og med en stærkt forventningsfuld menneskemasse. Forsøget mislykkedes af forskellige grunde, bl.a. fordi det regnede. I den anden artikel, s. 546 ff., beskriver han García Rozos andet forsøg på Orientepladsen nogle dage senere, hvor det ikke lykkedes ham at puste ballonen op. Dette minder om scenen med Don Quijote og Sancho, som siddende på Clavileño tror, at de rejser i ildens sfære, mens de kun mærkede den lette vind fra blæsebælgene i hertugens hus. Den tredje artikel, som er kortere og ikke er medtaget i det nævnte værk, henviser ligeledes til fiaskoen på Orientepladsen.
Senere blev gas beskrevet som et af de moderne tiders fremskridt:
I »La Reliquia«, *Obras Completas,* oversættelse ved Julio Gómez de la Serna, Ed. Aguilar, Madrid, 1954, bind I, s. 179 ff., lader José Maria Eça Queirós sin hovedperson sige: »Havde jeg uigenkaldeligt mistet min individualitet som Raposo, katolik og akademiker, samtidig med *Times* og gassen, og blevet forvandlet til en mand fra den klassiske oldtid, samtidig med Tiberius?«.
Efterfølgende bliver gas en del af hverdagslivet og lyser gader og boliger op:
Irene Nemirovsky beskriver i »Le Bal« (oversættelse ved George Raeders, nouvelles éditions latines, Paris, 1999, s. 245 og 246), hvordan hovedpersonen Antoinettes mor læste romaner under en stor lampe med en kuppel af matslebet glas, som omsluttede den skarpe gasflamme, og på s. 68 og 69 krydser Antoinette, mens skumringen falder på i Paris, en lygtetænder, som tændte den ene gaslygte efter den anden med en lang stang.
I nyere tid har Ana María Matute, vinder af Planeta-, Nadal- og Café de Gijón-prisen og kandidat til Nobelprisen i *Paraíso inhabitado* (Ed. Destino, Barcelona, 2008, s. 11), beskrevet en lygtetænder, som i skumringen i årene før den anden spanske republik »gik rundt og tændte små blålige, skælvende flammer i gaslygterne med en lang stang«.

6 — M. del C. Simón Palmer gengiver i »El gas en la obra de Galdós«, *Actas del IV Congreso internacional de estudios galdosianos de 1990,* offentliggjort af Cabildo Insular de Gran Canaria, Las Palmas, 1993, bind II, s. 565 ff., mange passager fra Episodios Nacionales, Fortunata y Jacinta, Tormento, La desheredada og Doña Perfecta.

7 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 26.6.2003 om fælles regler for det indre marked for naturgas og om ophævelse af direktiv 98/30/EF (EFT L 176, s. 57).

8 — »Rapport public du Conseil d'État, 1994, Considérations générales: Service public, services publics : déclin ou renouveau«, *Études et Documents* nr. 46, París, 1995.

II — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsbestemmelser: direktiv 2003/55*

7. Formålet med direktiv 2003/55 er gennemførelse af det indre marked for naturgas.

8. Ifølge direktivets anden betragtning viste erfaringerne fra gennemførelsen af direktiv 98/30/EF[9], som direktiv 2003 ophævede, de fordele, som det indre marked for naturgas kan føre til, men at der stadig er betydelige mangler og fortsat muligheder for at få markedet til at fungere bedre, navnlig med »konkrete foranstaltninger til sikring af lige konkurrencevilkår og mindskelse af risikoen for markedsdominans og aggressiv adfærd […], og sikring af, at små og sårbare kunders rettigheder beskyttes«.

9. Betragtning 18 til direktiv 2003/55 omhandler et af de væsentlige elementer i liberaliseringsprocessen, nemlig at gaskunderne frit kan vælge leverandør. For at opfylde denne målsætning anfører direktivet, at der bør gås etapevis frem ud fra en konkret tidsplan, således at virksomhederne kan tilpasse sig og sikre, at kundernes interesser beskyttes, og at de har en reel og effektiv ret til at vælge leverandør.

10. I betragtning 26 henvises til medlemsstaternes beslutninger med henblik på at opnå høje standarder for »offentlige tjenesteydelser i Fællesskabet«, og det anføres, at Kommissionen regelmæssigt skal underrettes herom, og at foranstaltningerne kan være forskellige for »husholdninger og små og mellemstore virksomheder«. I betragtning 27 henvises til offentlige tjenesteydelser, som er et »grundlæggende krav« i direktivet, og det anføres, at direktivet skal opstille »fælles minimumsstandarder, som alle medlemsstater skal overholde, og hvormed der tages hensyn til målsætningerne om forbrugerbeskyttelse, forsyningssikkerhed, miljøbeskyttelse og ensartede konkurrenceniveauer i alle medlemsstater«. Det understreges endvidere, at kravene til offentlige tjenesteydelser kan fortolkes nationalt på baggrund af nationale forhold, idet det forudsættes, at fællesskabslovgivningen overholdes.

11. I henhold til direktivets artikel 2, nr. 25), forstås der i direktivet ved »privatkunder« kunder, der køber naturgas til deres eget

9 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 22.6.1998 om fælles regler for det indre marked for naturgas, EFT L 204, s. 1.

husholdningsforbrug, og ifølge artikel 2, nr. 28) ved »privilegerede kunder« kunder, som frit kan købe gas fra en leverandør efter eget valg, jf. direktivets artikel 23. I henhold til artikel 23, stk. 1, litra c), kræves det, at medlemsstaterne sikrer, at alle kunder fra den 1. juli 2007 er privilegerede kunder.

12. Direktivets artikel 3 omhandler offentlige serviceforpligtelser og kundebeskyttelse. I henhold til artikel 3, stk. 1, skal medlemsstaterne påse, »at naturgasselskaber drives efter dette direktivs principper [...] med henblik på at etablere et konkurrencebaseret, sikkert og miljømæssigt bæredygtigt naturgasmarked«, og afstå fra at »forskelsbehandle disse selskaber for så vidt angår såvel rettigheder som forpligtelser«.

13. Ovenstående skal imidlertid forstås med forbehold af artikel 3, stk. 2, hvori det hedder, at »[m]edlemsstaterne kan under fuld iagttagelse af de relevante bestemmelser i traktaten, særlig artikel 86, ud fra almindelig økonomisk interesse pålægge selskaber, der opererer inden for gassektoren, offentlige serviceforpligtelser, som kan omfatte […] leveringernes pris […]«. Disse forpligtelser skal være klart definerede, og de skal være gennemsigtige, ikke-diskriminerende samt kontrollerbare, og de skal sikre EU-naturgasselskaber lige adgang til nationale forbrugere.

14. I direktivets artikel 3, stk. 3, indføres en forpligtelse til beskyttelse af forbrugerne og navnlig af sårbare kunder — medlemsstaterne træffer passende foranstaltninger til at beskytte de endelige kunder, herunder passende sikkerhedsforanstaltninger, der beskytter sårbare kunder, herunder passende foranstaltninger for at hjælpe dem med at undgå afbrydelser af energiforsyningen, især for så vidt angår gennemsigtighed i generelle kontraktbetingelser og -vilkår, almindelig information og ordninger for bilæggelse af tvister. Medlemsstaterne sikrer, at privilegerede kunder reelt kan skifte til en ny leverandør. Med hensyn til i det mindste privatkunder omfatter disse foranstaltninger de tiltag, der omhandles i bilag A [10].

15. I henhold til direktivets artikel 3, stk. 6, underretter medlemsstaterne »efter gennemførelsen af dette direktiv Kommissionen om alle de foranstaltninger, der er truffet med henblik på at opfylde offentlige serviceforpligtelser, herunder forbrugerbeskyttelse og

10 — I henhold til litra g) i bilag A skal det sikres, at »kunder [...], som er tilsluttet gassystemet, [informeres], i henhold til gældende national lovgivning, om deres rettigheder med hensyn til levering af naturgas af en bestemt kvalitet til rimelige priser«.

miljøbeskyttelse, og deres mulige virkninger på den nationale og internationale konkurrence«, uanset om sådanne foranstaltninger kræver en undtagelse fra dette direktiv.

B — *Italiensk ret*

16. Få dage før den 1. juli 2007, som var fristen for den fuldstændige liberalisering af gasmarkedet i henhold til artikel 23 i direktiv 2003/55, vedtoges i Italien lovdekret nr. 73 af 18. juni 2007, hvorved Autorità per l'energia elettrica e il gas fik tildelt beføjelse til at fastsætte »referencepriser« for salg af gas til visse kunder, hvilket også gjaldt efter den fuldstændige åbning af markedet.

17. Det nævnte lovdekret blev stadfæstet ved lov nr. 125 af 3. august 2007, hvis artikel 1, stk. 3, bestemmer at:

»Autorità per l'energia elettrica e il gas udformer standardbetingelser for levering af tjenesteydelser og fastsætter på grundlag af de faktiske omkostninger til tjenesteydelsen referencepriser [...] for levering af naturgas til privatkunder, som distributions- eller salgsselskaberne er forpligtet til at anvende i deres egne salgstilbud, og giver også mulighed for at vælge mellem varierende tarif- og tidsprogrammer […]. Dette berører dog ikke de tilsyns- og interventionsbeføjelser, som tilkommer Autorità til beskyttelse af forbrugernes rettigheder, også i de tilfælde, hvor det er godtgjort, at der foreligger uberettigede prisforhøjelser og ændringer af betingelserne for levering af tjenesteydelser til kunder, som endnu ikke har gjort brug af deres ret til at vælge leverandør« [11].

18. Den italienske forelæggende ret finder, at denne bestemmelse etablerer »et retsgrundlag for, at Autorità kan udøve en regulerende beføjelse hvad angår gaspriser også efter den 1. juli 2007«.

11 — Ordlyden af artikel 1, stk. 3, i lovdekretet var en smule forskellig fra den samme artikel i gennemførelsesloven, som præciserede, at Autoritàs beføjelse er midlertidig.

III — Hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

19. Den 29. marts 2007 vedtog Autorità per l'energia elettrica e il gas beslutning nr. 79/07 om ændring af de økonomiske betingelser for levering af gas i perioden mellem den 1. januar 2005 og den 31. marts 2007, samtidig med at den fastsatte kriterierne for justering af disse økonomiske betingelser. Ifølge aftalens punkt 1.3.1 finder den beregningsmetode, som er godkendt med henblik på justering af det variable vederlag, som er fastsat for engroshandelen, anvendelse indtil den 30. juni 2008. Punkt 1.3.2 gav desuden Autorità beføjelse til at efterprøve, om betingelserne for at forlænge denne beføjelse indtil den 30. juni 2009 er opfyldt.

20. Federutility, Assogas, Libarna Gas spa, Collino Commerciospa, Sadori gas spa, Egea Commerciale, E.On Vendita srl og Sorgenia spa (virksomheder og virksomhedssammenslutninger, som opererer på det italienske naturgasmarked) har anlagt fem sager til prøvelse af beslutning nr. 79/07 og til prøvelse af Autoritàs efterfølgende beslutninger (beslutning nr. 80/07, nr. 158/07, nr. 242/07 og nr. 346/07)[12].

21. De har som hovedargument påberåbt sig en formodet tilsidesættelse af direktiv 2003/55, i medfør af hvilket gassektoren skulle være fuldstændig liberaliseret fra den 1. juli 2007. Sagsøgerne anfører, at med henblik på at sikre alle kunder fra denne dato skal det frie valg af leverandør og salgsprisen for gas udelukkende bestemmes af forholdet mellem udbud og efterspørgsel uden offentlige myndigheders indgreb. De har således kritiseret, at »referencepriserne« efter det andet kvartal i 2007 (som omfattes af beslutning nr. 79/07) er i strid med fællesskabsretten.

22. Tribunale amministrativo regionale della Lombardia (Afdeling IV), som behandler de nævnte beslutninger, fandt, at afgørelsen af tvisten afhænger af fortolkningen af direktiv 2003/55, og har i henhold til artikel 234 EF forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 23 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/55/EF af 26. juni 2003, som indeholder regler om liberalisering af gasmarkedet, i overensstemmelse med EF-traktatens principper fortolkes således, at en national retsforskrift (og de hertil udstedte gennemførelsesbestemmelser) — som også efter den 1. juli 2007 giver den nationale regulerende myndighed beføjelse til at fastsætte referencepriser for levering af naturgas til privatkunder (en ubestemt kategori, som ikke er defineret i referenceangivelserne,

12 — Sag R.G. 1276/07, R.G. 1279/07, R.G. 1285/07, R.G. 1359/07 og R.G. 1490/07.

og som ikke i sig selv indebærer, at der foreligger særlige situationer med sociale og økonomiske vanskeligheder, der kan begrunde en fastsættelse af de nævnte referencepriser), som distributions- eller salgsselskaberne er forpligtet til at optage i deres egne salgstilbud som led i deres offentlige serviceforpligtelser — er i strid med denne bestemmelse og Fællesskabets principper?

2) Eller skal denne bestemmelse (nævnte artikel 23) fortolkes således i sammenhæng med artikel 3 i direktiv 2003/55/EF (hvorefter medlemsstaterne i den almindelige økonomiske interesse kan pålægge selskaber, der opererer inden for gassektoren, offentlige serviceforpligtelser, som efter omstændighederne kan omfatte leveringsprisen), at en national retsforskrift — som under hensyn til den særlige markedssituation, der er kendetegnet ved, at der stadig ikke findes nogen »effektiv konkurrence«, i det mindste ikke i engrosleddet, tillader, at referenceprisen på naturgas fastsættes administrativt og skal angives i de salgstilbud, som den enkelte sælger fremsætter over for sine privatkunder som led i sine offentlige serviceforpligtelser, selv om alle kunder skal anses for »frie« — ikke er i strid med de nævnte fællesskabsbestemmelser?«

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen

23. Den præjudicielle anmodning blev registreret på Domstolens Justitskontor den 20. juni 2008.

24. Federutility, Libarna Gas, Sorgenia og Assogas samt Kommissionen og den polske, den estiske og den italienske regering har afgivet skriftlige indlæg.

25. I et bilag til indkaldelsen til retsmødet blev parterne i hovedsagen og den italienske regering spurgt, om forpligtelsen til at fastslå »referencepriserne« for levering af naturgas til privatkunder i salgstilbuddene betyder, at virksomhederne skal foreslå og anvende disse priser over for deres kunder, og at det følgelig er dem forbudt at kontrahere til varierende tarifvilkår, eller om priserne har en rent vejledende karakter. De blev ligeledes anmodet om at præcisere anvendelsesområdet for denne

forpligtelse og oplyse, om de berørte kunder kun er privatpersoner, med udelukkelse af juridiske personer. Federutility, Libarna Gas, Sorgenia og Assogas samt den italienske regering har besvaret Domstolens spørgsmål i to dokumenter fra juli 2009.

26. Under retsmødet, der blev afholdt den 8. september 2009, blev der givet møde og afgivet mundtlige indlæg af repræsentanterne for Federutility, Assogas, Libarna Gas, Sorgenia, Kommissionen, den estiske og den italienske regering.

V — Indledende bemærkninger: tarifintervention i forbindelse med en rent formel konkurrence

A — *Manglende reel konkurrence på gasmarkedet*

27. Liberaliseringsprocessen i energisektoren, der blev indledt med direktiv 96/92/EF[13] og 98/30, opnåede et betydeligt fremskridt med vedtagelsen af direktiv 2003/54/EF[14] og 2003/55, som indeholdt bestemmelser om åbning af markedet for elektricitet og gas for alle erhvervskunder fra den 1. juli 2004 og for alle forbrugere, uanset kategori, fra den 1. juli 2007[15].

28. Gennemførelsen af denne ambitiøse dagsorden påhvilede medlemsstaterne. Fremskridtene er imidlertid blevet opnået i varierende omfang. Dette fastslog Kommissionen i meddelelse til Rådet og Europa-Parlamentet af 10. januar 2007[16], hvorí den anerkender, at skønt »de grundlæggende principper for det indre energimarked [er] blevet fast forankret i form af lovrammer, institutionelle ordninger og fysisk infrastruktur [...], er der i mange medlemsstater endnu ikke tale om egentlig konkurrence. Kunderne har ofte ikke nogen reel mulighed for at vælge en alternativ leverandør«, og der er endnu ikke stor tillid til det indre marked[17].

13 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 19.12.1996 om fælles regler for det indre marked for elektricitet, EFT L 27, s. 20.

14 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 26.6.2003 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ophævelse af direktiv 96/92, EFT L 176, s. 37.

15 — Artikel 21 i direktiv 2003/54 og artikel 23 i direktiv 2003/55.

16 — Meddelelse om udsigterne for det indre gas- og elmarked (KOM(2006) 841 endelig).

17 — Peter D. Cameron konstaterer desuden, at »fordelene ved energimarkedernes liberalisering hidtil ikke har været så åbenbare, som det var tænkt: Liberaliseringen fører ikke nødvendigvis til prisfald og heller ikke til mindre offentlig intervention; de allerede etablerede virksomheders kommercielle styrke er øget, og nye aktørers adgang til el- og gasmarkedet minder om »venter på Godot«« (P. Cameron: *Legal aspects of EU energy regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas Across Europe*, Oxford University Press, 2005, s. 36).

29. I bevidstheden om liberaliseringsprocessens ufuldstændige karakter har Kommissionen iværksat en »tredje energipakke« med sigte på at afhjælpe de gældende bestemmelsers utilstrækkelighed. Heri indgår et forslag om ændring af direktiv 2003/55, som bl.a. omfatter effektiv adskillelse af forsynings- og produktionsvirksomhed fra driften af net[18].

30. Kommissionen finder, at interventionen i gaspriserne (ligeledes i elpriserne) er en af årsagerne og samtidig en af følgerne af den manglende konkurrence i energisektoren. Blandt de vigtigste af de mangler, der er iagttaget ved gennemførelsen af de nye direktiver, anfører Kommissionen »[r]egulerede priser, der forhindrer adgangen for nye markedsaktører«[19]. Den har endvidere tilføjet, at med disse uregelmæssigheder »fastholder de etablerede el- og gasselskaber i vid udstrækning deres dominerende stilling«, hvilket »har ført til, at mange medlemsstater udøver streng kontrol med el- og gaspriserne for slutbrugerne. Desværre er dette ofte en alvorlig hindring for den frie konkurrence«[20].

31. Det er meget almindeligt blandt EU's medlemsstater at operere med åbne markeder og regulerede energipriser på en gang. Kommissionen har i sin rapport af 15. april 2008 anført[21], at det er tilfældet »på en tredjedel af gasmarkederne […] og på over halvdelen af elmarkederne. I de fleste medlemsstater med prisregulering er det ikke kun for små kunder, at reguleringen gælder — alle kundesegmenter kan få forsyninger til regulerede priser«.

32. Den beskrevne situation er sammenfaldende med situationen for gassektoren i Italien. Som anført af den italienske regering i dens skriftlige indlæg, er det nationale marked for naturgas karakteriseret ved Enis fremtrædende rolle, idet denne virksomhed på samme tid har monopol på import af gas, ejer størstedelen af transportnettet, er indehaver af en absolut dominerende stilling inden for bearbejdningen af gas og største engrossælger. Denne manglende konkurrence på engrosmarkedet har muliggjort eksistensen af lokale salgsmonopoler i detailleddet, ofte vertikalt integrerede med distributionsnetoperatørerne. I denne sammenhæng synes det yderst kompliceret for andre leverandører at få adgang til markedet. For det første

18 — Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om ændring af direktiv 2003/55 (KOM(2007) 529 endelig).

19 — Den nævnte meddelelse af 10.1.2007, punkt 1.3.

20 — Den nævnte meddelelse af 10.1.2007, punkt 1.4.

21 — Rapport til Rådet og Europa-Parlamentet om opbygningen af det indre marked for gas og elektricitet (KOM(2008) 192 endelig).

fordi de skal købe gas af Eni, som vil pålægge dem de betingelser, der passer virksomheden, hvorved deres eventuelle fortjenstmargen vil blive reduceret til et minimum, og for det andet på grund af vanskeligheden ved inden for det lokale område at konkurrere med vertikalt integrerede operatører.

B — *Regulering af leveringspriserne i en situation med manglende konkurrence*

33. Ovennævnte omstændigheder sammen med en opadgående pristendens for olieprodukter på de internationale markeder var grunden til de italienske myndigheders her omhandlede foranstaltninger. For at forhindre, at de stigende udgifter til råvarer fik negative følger for kunderne, blev det besluttet at forlænge Autorità per l'energia elettrica e il gas' beføjelse til at fastsætte »referencepriser« for levering af naturgas til privatkunder også efter den 1. juli 2007, hvor det italienske gasmarked var blevet liberaliseret i henhold til gennemførelsesbestemmelserne i direktiv 2003/55.

34. I henhold til artikel 1, stk. 3, i den italienske lov af 3. august 2007, er den omhandlede beføjelse karakteriseret således:

— Den gør det muligt, for levering af naturgas, at fastsætte nogle »referencepriser«, som virksomhederne skal medtage i deres egne salgstilbud, med mulighed for at vælge mellem forskellige tarif- og tidsprogrammer.

På spørgsmål til parterne i hovedsagen og den italienske regering om rækkevidden af denne forpligtelse afviste de første i deres svar, at de nævnte »referencepriser« har en rent vejledende karakter. De gjorde gældende, at naturgasvirksomhederne i praksis ikke kunne foreslå deres kunder alternative og mere attraktive tariffer end de af den nationale myndighed angivne, idet dennes »referencepriser« lå under det europæiske gennemsnit. Under hensyn til det store antal forbrugere, på hvilke leverandørerne skal anvende disse beskyttede priser, måtte det ifølge sagsøgerne i hovedsagen konkluderes, at muligheden for andre tariffer var rent teoretisk[22].

— De nævnte »referencepriser« beregnes på grundlag af de »faktiske omkostninger til tjenesteydelsen«. Ifølge de oplysninger,

22 — Federutilitys skriftlige indlæg af 31.7.2009, punkt 7-9, og Sorgenias skriftlige indlæg af 31.7.2009, punkt 1.

der er fremlagt i sagen, er de af den nationale myndighed fastsatte økonomiske betingelser et resultat af summen af fire faktorer: distributionsprisen, transport- og lagerprisen, et varierende beløb svarende til detailsalget og et andet beløb vedrørende udgifter til erhvervelse af råvarer, herunder udgifter i forbindelse med køb af engrosgas. Tvisten omhandler beregningen af den sidstnævnte post. Til forskel fra engrosmarkedet, hvor gasprisen følger olieprodukterne, er tariffen for detailsalg omfattet af en »beskyttelsesklausul«, hvormed den nationale myndighed undgår at overvælte hele beløbet for råvarerne på kunderne, når det er meget højt. På denne måde fakturerer leverandørerne deres kunder en pris, som ikke indeholder hele det betalte beløb for råvarerne. For at hindre, at den økonomiske byrde ved operationen udelukkende overvæltes på disse virksomheder, har den nationale myndighed forpligtet grossisterne til at genforhandle kontrakterne om salg af gas[23].

— Hvad angår anvendelsesområdet for disse »referencepriser« kræves det i henhold til lovdekretets artikel 1, stk. 3, at de udelukkende tilbydes »privatkunder«. I kendelsen vedrørende forelæggelse af det præjudicielle spørgsmål betegnes denne kategori forbrugere som »ubestemt«, mens Kommissionen foreslår, at »referencepriserne finder anvendelse på husholdninger beliggende i bygninger med centralvarme, med et årsforbrug på under 200 000 kubikmeter«.

Med større præcision angiver de svar fra hovedsagens parter og den italienske regering, der blev givet i slutningen af juli måned 2009, og de mundtlige indlæg på retsmødet, at forpligtelsen til at anvende »referencepriser« berører to kategorier af forbrugere, nemlig

a) endelige kunder, som var berettigede allerede før den 1. januar 2003 (fordi de har et årligt gasforbrug på over 200 000 kubikmeter eller af andre grunde), og endnu ikke har indgået en ny aftale om levering af gas

b) endelige kunder med et årsforbrug på under de nævnte 200 000 kubikmeter.

23 — I denne retning jf. Sorgenias skriftlige indlæg, s. 5 og 6.

Sagsøgerne i hovedsagen anførte under retsmødet og i deres dokumenter fra juli 2009, at begge kategorier af endelige kunder omfatter både privatpersoner og virksomheder, uden udelukkelse af juridiske personer[24]. De nævnte den nationale myndigheds beslutning nr. 64/09, hvis artikel 4 udvidede de beskyttede priser til at omfatte ejerforeninger, selv om indehaveren af distributionspunktet er en juridisk person, som varetager opgaven som administrator af den samejede ejendom. I artikel 5 i beslutning nr. 64/09 påpeges det imidlertid, at de endelige kunder, som ikke har indgået nye aftaler, og som ikke er privatpersoner, fortsat er omfattet af beskyttelsesordningen indtil den 30. september 2009 eller indtil den 30. september 2010, hvis deres årsforbrug ikke overstiger 200 000 kubikmeter.

Den italienske regering har derimod gjort gældende, at ordningen med »referencepriser« udelukkende gælder privatpersoner.

— I lovdekretet — i den version, der er vedtaget af det italienske parlament — tillægges den nationale myndigheds tarifbeføjelse midlertidig karakter og ændrer således den oprindelige affattelse af lovdekretet, som ikke nævnte noget om dette aspekt.

Sagsøgerne gjorde under retsmødet gældende, at den midlertidige karakter af tarifbeføjelsen ikke er tilstrækkelig, da der på intet tidspunkt er fastsat en udløbsfrist. De henviste i den forbindelse til den nye lov nr. 99 af 23. juli 2009, som efter deres mening giver den nationale myndighed en generel regulerende beføjelse uden tidsbegrænsning.

— Den italienske lovgiver har endelig tilføjet, at »referencepriserne« fastsættes »inden for rammerne af offentlige serviceforpligtelser« og med det formål at »sikre overholdelse af fællesskabsbestemmelserne på forsyningspligtområdet«.

35. Tribunale amministrativo regionale della Lombardia har spurgt Domstolen, om et offentligt indgreb af denne art, på et marked som gasmarkedet, der ganske vist er liberaliseret, men uden reel konkurrence, er i strid med artikel 23 i direktiv 2003/55, eller om det kan have hjemmel i direktivets artikel 3. Begge forskrifter må derfor analyseres.

24 — Federutilitys skriftlige indlæg af 31.7.2009, punkt 12 og 13, og Sorgenias skriftlige indlæg af 31.7.2009, punkt 2.

VI — Gennemgang af det præjudicielle spørgsmål

A — *Artikel 23 og liberalisering af priserne*

36. Etableringen af et indre marked for naturgas, som er det prioriterede formål med direktiv 2003/55, kræver, at der gennemføres en fuldstændig liberalisering.

37. Fællesskabslovgiver forstod hurtigt, at åbningen skulle gennemføres gradvist. Udgangspunktet var stærkt regulerede markeder og hyppigt monopolmarkeder[25]. Udfordringen bestod i at konvertere dem til et fuldstændigt frit europæisk indre marked, hvor alle forbrugere kunne købe gas hos den sælger, de selv havde valgt. Direktiv 98/30 udgjorde et forsigtigt første skridt, som blev efterfulgt af artikel 23 i direktiv 2003/55, som indeholdt en gradvis tidsplan til sikring af alle kundernes status som kvalificerede kunder, herunder privatkunder[26].

38. Fristen for at nå dette mål var den 1. juli 2007. For at det kunne lykkes, krævedes fjernelse af de barrierer, som var til hinder for konkurrence på gasmarkedet, herunder tarifreguleringer, som modvirkede investeringer. Direktivets artikel 3, stk. 1, forpligter medlemsstaterne til at påse, »at naturgasselskaber drives efter dette direktivs principper [...] med henblik på at etablere et konkurrencebaseret, sikkert og miljømæssigt bæredygtigt naturgasmarked«.

39. I henhold til direktivet, og henset til det ønske om liberalisering, der gennemsyrer det, er det vanskeligt at hævde, som den polske regering gør i sit skriftlige indlæg, at fastsættelsen af priserne på grundlag af forholdet mellem udbud og efterspørgsel ikke er en nødvendig betingelse for at sikre retten til at vælge den leverandør, man foretrækker. Hverken artikel 23 eller andre bestemmelser i direktivet forpligter i realiteten udtrykkeligt medlemsstaterne til at overlade fastsættelsen af leveringspriserne til de frie markedskræfter, uden at der i teorien er noget til hinder for at drøfte, om der er tale om en foranstaltning, som altid er til fordel for forbrugeren.

40. Det er imidlertid kendetegnende, at fællesskabslovgiver bestemmer, at de regulerende myndigheder skal godkende transmissions- og distributionstariffer for gas (direktivets artikel 25, stk. 2), mens det blot anses for en særlig beføjelse inden for rammerne af offentlige serviceforpligtelser at

25 — Det drejede sig ikke så sjældent om offentlige monopoler.

26 — Som omhandlet i direktivets artikel 2.

fastsætte prisen for leveringerne (artikel 3, stk. 2).

B — *Artikel 3 og offentlige serviceforpligtelser*

41. Liberaliseringen af markedet udelukker således ikke enhver form for indgreb i prisen på salg af gas. Direktivets artikel 3 åbner forskellige muligheder for at legitimere medlemsstaternes foranstaltninger på dette område.

42. I henhold til artikel 3, stk. 2, kan medlemsstaterne for det første »ud fra almindelig økonomisk interesse pålægge selskaber, der opererer inden for gassektoren, offentlige serviceforpligtelser« i forbindelse med leveringsprisen. For det andet hedder det i artikel 3, stk. 3, at medlemsstaterne træffer passende foranstaltninger til at beskytte de endelige kunder og sikrer en høj grad af forbrugerbeskyttelse og navnlig sikrer, at der er passende sikkerhedsforanstaltninger, der beskytter sårbare kunder.

43. De to stykker afspejler det dobbelte formål med direktiv 2003/55, nemlig indførelsen af et indre gasmarked som middel til beskyttelse af virksomhedernes og samtidig forbrugernes interesser. Liberalisering, men ikke for enhver pris, for privatkunder, og derfor kræves der en vis grad af regulering, når markedet ikke er velfungerende. Offentlige serviceforpligtelser optræder som et instrument til strukturering af denne undtagelsesvise offentlige intervention, også efter fristens udløb den 1. juli 2007.

44. På tidspunktet for vedtagelsen af den anden energipakke var denne metode allerede afprøvet. Da de offentlige monopoler[27] inden for sektoren var blevet fjernet, og sektoren var undergivet markedets regler, stod det stadig tilbage at sikre visse behov af almen interesse. I dette øjemed overvejede fællesskabslovgiver muligheden af at kræve offentlige serviceforpligtelser og forsyningspligt i de første liberaliserede sektorer, som f.eks. postsektoren, transportsektoren og telekommunikationssektoren. Domstolen har med særlig opmærksomhed behandlet disse undtagelser, navnlig i forbindelse med deres finansiering, og har fastslået, at støtte, der ydes som »kompensation« for offentlige serviceforpligtelser, og som ikke er i strid med traktaten, hvis de opfylder bestemte betingelser, ikke indebærer statsstøtte[28][29].

27 — Som ifølge C.W. Jones, *EU Energy Law, Volume I, The Internal Energy Market*, 2. udg., Leuven: Caléis & Castells, 2006, s. 223, »forudsattes altid at handle i den almene interesse«.

28 — Som omhandlet i artikel 87 EF, stk. 1.

29 — Dom af 24.7.2003, sag C-280/00, Altmark, Sml. I, s. 7747, præmis 84-95. I dom af 27.11.2003, forenede sager C-34/01 — C-38/01, Enirisorse, Sml. I, s. 14243, anvendte Domstolen de betingelser, der er nævnt i den foregående afgørelse, på en sag, der omhandlede karakteren af en havneafgift, der var delvis opkrævet af en offentlig virksomhed. Før Altmark-sagen havde dom af 22.11.2001, sag C-53/00, Ferring, Sml. I, s. 9067, allerede præciseret de betingelser, der krævedes opfyldt, for at en skattefritagelse, som er bevilget virksomheder, der udfører offentlige tjenesteydelser, er forenelig med traktaten.

45. Artikel 3, stk. 2, i direktiv 2003/55 medtager begrebet offentlige serviceforpligtelser i kataloget over instrumenter til strukturering af gassektoren og tillader medlemsstaterne at pålægge gasvirksomheder visse byrder, såfremt de er absolut nødvendige for at sikre en »almindelig økonomisk interesse«, hvis rækkevidde ikke defineres konkret[30].

46. Direktivets ubestemte formuleringer viser det betydelige råderum, som fællesskabslovgiver har givet medlemsstaterne. Dette bekræftes i betragtning 27, som henviser til etableringen af »fælles minimumsstandarder« for overholdelsen af krav vedrørende offentlige tjenesteydelser, der udgør en hård kerne, som tager hensyn til »målsætningerne om forbrugerbeskyttelse, forsyningssikkerhed, miljøbeskyttelse og ensartede konkurrenceniveauer i alle medlemsstater«, der kan fortolkes på baggrund af det enkelte lands særtræk, »idet det forudsættes, at fællesskabslovgivningen overholdes«.

47. Medlemsstaternes frihed på dette område er imidlertid ikke absolut, idet direktivets artikel 3, stk. 6, indeholder bestemmelse om kontrol med »alle de foranstaltninger, der er truffet med henblik på at opfylde offentlige serviceforpligtelser, herunder forbrugerbeskyttelse og miljøbeskyttelse, og deres mulige virkninger på den nationale og internationale konkurrence«, som skal meddeles Kommissionen på tidspunktet for bestemmelsens gennemførelse. Derefter underretter medlemsstaterne hvert andet år Kommissionen om alle indførte ændringer[31].

30 — Direktivet begrænser sig til at angive, at de offentlige serviceforpligtelser pålægges ud fra almindelig økonomisk interesse, der kan »omfatte leveringernes sikkerhed, herunder forsyningssikkerhed, regelmæssighed, kvalitet og pris samt miljøbeskyttelse, herunder energieffektivitet og klimabeskyttelse«. Nogle har betegnet denne række af grunde »af almindelig økonomisk interesse«, der kan legitimere offentlig intervention, som udtømmende (W. Geldhof og F. Vandendriessche: »Chapter 1: European Electricity and Gas Market Liberalisation. Background, Statuos, Developments«, *EU Energy Law and Policy Issues*, red. B. Delvaux, M. Hunt og K. Talus, Euroconfidentiel, s. 48, som igen citerer C.W. Jones, *op.cit.*, s. 230). Jeg mener imidlertid, at bestemmelsen angiver de typer foranstaltninger, der kræver iværksættelse af de pågældende offentlige serviceforpligtelser, og ikke en liste over de omstændigheder, som skal motivere dem, selv om der er stærke forbindelser mellem de to aspekter. Det fremgår af direktivets artikel 3, stk. 2, at medlemsstaterne kan pålægge offentlige serviceforpligtelser vedrørende salgsprisen på gas, men denne formulering er ikke tilstrækkelig. I hvert enkelt tilfælde skal det efterprøves, om man har at gøre med en opgave af almindelig økonomisk interesse.

31 — Kommissionen har søgt at præcisere kravene i direktivet i en ikke-bindende note, som den delvis anvender ved ex ante-kontrol af de af medlemsstaterne anmeldte offentlige serviceforpligtelser (»Note de la DG Energie et Transports sur les Directives 2003/54/CE et 2003/55/CE du marché interieur de l'électricité et du gaz natural. Document n'engageant pas la Commission«, som findes på http://ec.europa.eu/energy/electricity/legislation/doc/notes_for_implementation_2004/public_service_obligations_fr.pdf). For at styrke Kommissionens stilling i forbindelse med denne kontrolaktivitet foreslås i den tredje energipakke, at Kommissionen vedtager retningslinjer for gennemførelsen af direktivets artikel 3 (artikel 3, stk. 4, i forslaget til direktiv om ændring af direktiv 2003/55, hvorved der indsættes et nyt stk. 7 i artikel 3 i direktiv 2003/55).

48. Direktivet selv skitserer endvidere nogle forholdsvis strenge regler for pålæggelse af offentlige serviceforpligtelser, som skal:

— svare til »almindelig økonomisk interesse«

— udvikles »under fuld iagttagelse af de relevante bestemmelser i traktaten, særlig artikel 86«

— være klart definerede, gennemsigtige og kontrollerbare

— være ikke-diskriminerende, og

— sikre EU-naturgasselskaber lige adgang til nationale forbrugere.

49. Levedygtigheden af den i denne sag omhandlede tarifbeføjelse for den nationale myndighed afhænger af overholdelsen af disse regler, som skal prøves af den nationale retsinstans i overensstemmelse med Domstolens fortolkning af direktivet[32].

50. Det er således nødvendigt at se nærmere på kravet om en »almindelig økonomisk interesse« (C), under hensyn til traktatens bestemmelser, navnlig traktatens artikel 86 (D), samt spørgsmålet om den ikke-diskriminerende karakter (E).

C — *Behovet for rimelige priser som årsag til »almindelig økonomisk interesse«*

51. Spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en »almindelig økonomisk interesse« som begrundelse for offentlige serviceforpligtelser, er det første omtvistede aspekt i denne sag.

52. Som Kommissionen med rette har anført i sit skriftlige indlæg[33], indebærer den dobbelte henvisning i direktivets artikel 3, stk. 2, til artikel 86 EF og til en »almindelig

32 — I henhold til direktivets artikel 3, stk. 6, skal disse foranstaltninger meddeles Kommissionen, hvilket den italienske regering gjorde efter at være blevet anmodet herom (Kommissionens skriftlige indlæg, punkt 42).

33 — Punkt 38.

økonomisk interesse«, at de dér omhandlede forpligtelser svarer til de forpligtelser, der påhviler virksomheder, der har fået til opgave at levere »tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse« som omhandlet i den nævnte bestemmelse i traktaten[34].

53. Domstolen har fastslået, at en stor og varieret gruppe tjenesteydelser er aktiviteter af almindelig økonomisk interesse, såsom vand-[35] gas-[36] og elforsyning[37], indsamling og omdeling af post på hele det nationale område,[38] udnyttelse af flyruter, der ikke er økonomisk rentable[39], sygetransport[40] og lægemiddelgrossisters virksomhed[41], for blot at nævne nogle eksempler. Det er vanskeligt at udlede et entydigt præcist begreb af disse domme[42]. Direktivet, traktaten og retspraksis bygger på samme tanke om balance mellem marked og regulering, mellem konkurrence og følgerne af almindelig interesse, og er efter min mening også sammenfaldende med hensyn til, at det påhviler medlemsstaterne at definere tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, som de ønsker at sikre, med forbehold for fællesskabsinstitutionernes beføjelse (navnlig Domstolens) til at kontrollere sådanne beslutninger og forhindre, at de er for vidtgående[43].

54. Søger man at finde et fælles element, må man huske på de berømte Rolland-love, som der indirekte henvises til i Corbeau-dommen[44] og dommen i sagen Almelo m.fl.[45],

34 — Udtrykket »tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse« henviser til tjenesteydelser af økonomisk karakter, som en medlemsstat underkaster forpligtelser med hensyn til en bestemt almeninteresse (E. Szyszczak: *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU,* Ed. Hart, 2007, s. 211). Affattelsen af direktivets artikel 3, stk. 2, er, med Laget-Annamayers ord, en krydsning »mellem det franske begreb offentlig tjeneste og fællesskabsbegrebet »tjenesteydelse af almen økonomisk interesse««« (A. Laget-Annamayer: *La régulation des services publics en réseaux. Télécommunications et électricité, Ed.* Bruylant, Bruxelles, 2002, s. 98).

35 — Dom af 8.11.1983, forenede sager 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 og 110/82, IAZ m.fl., Sml. s. 3369.

36 — Dom af 23.10.1997, sag C-159/94, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 5815.

37 — Dom af 27.4.1994, sag C-393/92, Almelo m.fl., Sml. I, s. 1477.

38 — Dom af 19.5.1993, sag C-320/91, Corbeau, Sml. I, s. 2533, af 10.2.2000, sag C-147/97, Deutsche Post, Sml. I, s. 825, og af 17.5.2001, sag C-340/99, TNT Traco, Sml. I, s. 4109.

39 — Dom af 11.4.1989, sag 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebüro, Sml. s. 803.

40 — Dom af 25.10.2001, sag C-475/99, Ambulanz Glöckner, Sml. I, s. 8089.

41 — Ferring-dommen.

42 — De henviser i øvrigt alle til virksomheder med eksklusive eller særlige rettigheder, og ikke foretagender, der opererer i liberaliserede sektorer, eller som er pålagt offentlige serviceforpligtelser. Ved deres anvendelse i denne sag skal der derfor tages hensyn til denne særlige kontekst, som endnu ikke er behandlet i retspraksis.

43 — Denne tanke ligger også bag artikel 16 EF, hvori det hedder: »Med forbehold af artikel 73, 86 og 87 og i betragtning af den plads, som tjenesteydelser af almen økonomisk interesse indtager i Unionens fælles værdinormer, og den rolle, som de spiller med henblik på at fremme social og territorial samhørighed, sørger Fællesskaber og medlemsstaterne inden for deres respektive kompetenceområde og inden for rammerne af denne traktats anvendelsesområde for, at sådanne tjenester ydes på grundlag af principper og vilkår, der gør det muligt for dem at opfylde deres opgaver.« Bestemmelsen indførtes i Amsterdamtraktaten, mens processen med liberalisering af strategiske sektorer var i fuld gang, som resultat »af en dyb bekymring inden for visse samfundssektorer for de liberale strømninger på europæisk plan« (D. Sarmiento: »La recepción en el derecho de la Unión Europea y en su jurisprudencia de las técnicas de regulación económica«, *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación,* dir. S. Muñoz Machado og J. Esteve Pardo., Ed. Iustel, Fundación Ortega y Gasset, 2009, s. 259).

44 — Corbeau-dommen, præmis 15.

45 — Dommen i sagen Almelo m.fl., præmis 48. I samme retning dom af 23.10.1997, sag C-159/94, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 5815, præmis 57.

med beskrivelsen af de omstændigheder, hvorunder der præsteres tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse: uafbrudt (kontinuitet), i forhold til alle brugere og på hele det relevante område (universalitet), til ensartede tariffer og efter ensartede kvalitetskrav, uden hensyn til de særlige omstændigheder ved og lønsomheden af hver enkelt ekspedition (lighed).

55. Kontinuitet, universalitet og lighed. Til disse klassiske regler plejer man at føje gennemsigtighed, og at tjenesteydelsen er økonomisk overkommelig. Direktiv 2003/55 indeholder bestemmelser om kontinuitet, universalitet og ikke-diskrimination i forbindelse med gasforsyning[46], men det tilsigter ligeledes at beskytte kundernes ret »til at få leveret naturgas af en bestemt kvalitet til rimelige priser« (betragtning 26). Heraf følger muligheden for at pålægge en leveringspris som omhandlet i direktivets artikel 3, stk. 2.

56. Heraf kan det udledes, at formålet at undgå uønskede og uforholdsmæssige prisforhøjelser til skade for forbrugerne kan begrunde en »almindelig økonomisk interesse«, som, såfremt direktivets øvrige betingelser er opfyldt, kan legitimere en offentlig intervention i tarifferne for levering af naturgas.

D — *Proportionalitetskriteriet og iagttagelsen af Fællesskabets interesse*

57. Den anden regel er centreret om ubetinget overholdelse af traktatens bestemmelser, navnlig dens artikel 86.

58. Af stor relevans er artikel 86 EF's stk. 2, der, som det fremgår af retspraksis, har til formål at »forlige medlemsstaternes interesse i at anvende visse, navnlig offentlige, virksomheder som økonomiske eller skattepolitiske instrumenter med Fællesskabets interesse i, at konkurrencereglerne overholdes, og at fællesmarkedets enhed bevares«[47].

59. Ifølge bestemmelsen er »virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse«,

46 — Dette bekræftes af rækken af forpligtelser i artikel 3, stk. 2, og muligheden for at udpege en »forsyningspligtig leverandør« (artikel 3, stk. 3).

47 — Dom af 19.3.1991, sag C-202/88, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 1223, præmis 12.

underkastet traktatens bestemmelser, navnlig dens konkurrenceregler, i det omfang anvendelsen af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem. Udvikling af samhandelen må ikke påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesse.

60. I en situation som den foreliggende skal det for det første undersøges, om indgreb i tarifferne for levering af gas udgør en foranstaltning, der er nødvendig for at sikre »rimelige priser« (den såkaldte proportionalitetskontrol), og for det andet, om dette strider mod »Fællesskabets interesse«.

1. Proportionalitetskriteriet

61. Den ovennævnte bestemmelse, hvorefter undtagelsen fra markedsreglerne ikke retligt eller faktisk må hindre opfyldelsen af opgaver af almindelig økonomisk interesse, inddrager det såkaldte »proportionalitetskriterium«, som er den egentlige nøgle til artikel 86 EF, stk. 2, da det gør det lettere at tilpasse artiklens anvendelse.

a) Retspraksis

62. Sacchi-dommen gav anledning til stigende interesse for artikel 86 EF. Dommen overlod det til staterne at bevise, at den frie konkurrence udgjorde en hindring for den opgave, der var overdraget det foretagende, som det drejede sig om[48]. Efterfølgende konkretiserede Höfner-dommen, at traktaten ikke udgjorde en hindring for den særlige opgave, der var overdraget et offentligt arbejdsformidlingskontor, »når dette åbenbart ikke er i stand til at dække efterspørgslen på markedet« og tolererer, at andre firmaer gør indgreb i dets monopol[49].

63. Indtil Corbeau-dommen forekommer proportionalitetsprincippet imidlertid ikke i Domstolens ræsonnement. I Corbeau-dommen og senere dommen i sagen Almelo m.fl. fastslog Domstolen, at undtagelser til markedsreglerne, der var nødvendige for at sikre tjenesteydelsens »økonomiske balance« alt efter lønsomme og ulønsomme aktiviteters relative vægt, var tilladt.

64. Efterfølgende tilføjede tre afgørelser vedrørende enerettigheder til import og eksport

48 — Dom af 30.4.1974, sag 155/73, Sml. s. 409. I samme retning dommen i sagen Ahmed Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebüro.

49 — Dom af 23.4.1991, sag C-41/90, Höfner og Elser, Sml. I, s. 1979, præmis 25.

af energi, der var tildelt i Nederlandene, Italien og Frankrig[50] yderligere detaljer. Dels henviste de til proportionaliteten inden for rammerne af artikel 86 EF, hvoraf det fremgår, at stk. 2 kan påberåbes »som grundlag for, at en medlemsstat tildeler en virksomhed, som har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, enerettigheder […], i det omfang opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet den, kun kan sikres ved tildeling af sådanne rettigheder, og forudsat at udviklingen af samhandelen ikke påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesse«[51]. Dels tilføjedes det, at det er tilstrækkeligt, for at traktatens regler ikke finder anvendelse på en virksomhed, der har fået overdraget at udføre en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse, at anvendelsen af disse regler »retligt eller faktisk ville hindre opfyldelsen af de særlige forpligtelser, som påhviler denne virksomhed. Det er ikke nødvendigt, at virksomhedens eksistens er truet«[52], og selv om bevisbyrden påhviler den berørte medlemsstat, kan det ikke kræves, at den påviser, »at ingen anden tænkelig foranstaltning som i sagens natur er teoretisk, kan gøre det muligt at sikre opfyldelsen af disse opgaver på de samme vilkår«[53].

65. Det fremgår af retspraksis, at konkurrencereglerne i artikel 86 EF kun kan tilsidesættes, hvis det er nødvendigt for at udføre den pågældende opgave af almindelig interesse. Vurderingen af sådanne omstændigheder påhviler medlemsstaterne ud fra deres nationale politik og på grundlag af overholdelse af traktatens bestemmelser.

b) Anvendelsen af retspraksis på den foreliggende sag

66. Den italienske regering valgte ved et lovdekret at tildele den nationale reguleringsmyndighed en beføjelse til at regulere tarifferne for levering af naturgas under henvisning til manglende reel konkurrence på det nationale gasmarked og den opadgående pristendens for olieprodukter på de internationale markeder.

67. Efter min mening kan en situation som den beskrevne eventuelt hindre opnåelsen af »almindelig økonomisk interesse« bestående i at sikre gasforsyning til rimelige priser og legitimere statens indgreb i de frie markedskræfter.

68. Kommissionen anerkender i sin meddelelse af 10. januar 2007, at »erfaringen har

50 — Domme af 23.10.1997, sag C-157/94, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 5699, sag C-158/94, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 5789 og sag C-159/94, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 5815. I en fjerde traktatbrudssag blev Spanien frifundet (dom af 23.10.1997, sag C-160/94, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 5851).

51 — Dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 32, i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 43, og i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 49.

52 — Dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 43, og i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 59. Ligeledes dommen i sagen TNT Traco, præmis 54, og dom af 15.11.2007, sag C-162/06, International Mail Spain, Sml. I, s. 9911, præmis 35.

53 — Dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 58, i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 54, og i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 101.

vist, at engrosenergipriserne er stærkt volatile. Dette rejser spørgsmålet om, hvorvidt og hvordan slutkunderne, herunder de sårbare kunder, bør udsættes for sådanne svingninger«. I denne forbindelse tilføjer den, at »[s]elv om priskontrol forhindrer forbrugerne i at modtage korrekte prissignaler om udviklingen i omkostningerne, kan der under visse omstændigheder alligevel blive brug for målrettet prisregulering til beskyttelse af forbrugerne, f.eks. i overgangsperioden til reel konkurrence«. »Priskontrollen skal være afbalanceret, så den ikke hindrer markedsåbning, medfører diskrimination mellem EU-energileverandører, skærper konkurrenceforvridninger eller begrænser videresalg«[54].

69. Indgrebet skal således stå i et rimeligt forhold til det tilsigtede mål, hvilket i henhold til retspraksis forudsætter, at det ikke må gå ud over det nødvendige for at opfylde det relevante formål »af almindelig økonomisk interesse«, i den foreliggende sag at dæmpe priserne. For at gennemføre det nævnte proportionalitetskriterium anvendes som rettesnor følgende kriterier, der er udledt af den kommenterede retspraksis:

54 — Punkt 2.6.2.

i) Tidsbegrænsning og tilpasning

70. Foranstaltningens tidsbegrænsning er efter min mening den første og vigtigste følge af proportionalitetsprincippet, idet undtagelsen fra det indre markeds regler mister sin legitimation, hvis situationen ændrer sig, f.eks. hvis der kommer konkurrenter ind på engrosmarkedet, eller priserne stabiliseres. En tarifbeføjelse med tidsubestemt gyldighed vil derfor være i strid med denne regel[55], men det indebærer ikke, at der kræves fastsættelse af en dato for reguleringsbeføjelsens udløb. Tilpasningen til en ny sammenhæng og periodisk opdatering[56] udgør endvidere aspekter, der må vurderes positivt.

ii) Indhold

71. For det andet må indholdet af den foranstaltning, der er genstand for denne sag, afvejes. Ønsker man at undgå, at det beløb, som den endelige forbruger af naturgas betaler, forhøjes uforholdsmæssigt på grund af stigningen i olieudgifterne, skal det offentlige

55 — Dette er formodentlig grunden til, at det under den parlamentariske behandling understregedes, at den nationale myndigheds beføjelse var af midlertidig karakter.

56 — Ifølge den italienske regering foretages den hvert kvartal (punkt 60 i det skriftlige indlæg).

indgreb begrænses til den del af salgspriskomponenten, der vedrører råstofferne[57].

iii) Modtagere

72. For det tredje forpligter proportionalitetskriteriet medlemsstaterne til at begrænse antallet af adressater for den offentlige beslutning. Foreskrevne tariffer for erhvervskunder (som ikke er husholdninger eller »privatkunder«) ville gå ud over formålet om forbrugerbeskyttelse, som i sidste instans gør det offentlige indgreb på markedet muligt. I den foreliggende sag indebærer det, at det må afgøres, om den kategori af »privatkunder«, som lovdekretet nævner, har denne karakter. Sagsøgerne i hovedsagen og den italienske regering gav under retsmødet udtryk for, at de var uenige på dette punkt. Det påhviler den nationale ret at afgøre, om tarifbeskyttelsen finder anvendelse på virksomheder efter italiensk lov og navnlig i medfør af den nationale myndigheds beslutning nr. 64/09. Hvis svaret herpå er bekræftende, må det fortolkes således, at dette indgreb er uforholdsmæssigt og derfor i strid med fællesskabsretten.

73. Federutility, Assogas og Libarna har ligeledes kritiseret udvidelsen af »referencepriserne« til at gælde i et omfang, der overstiger kategorien »sårbare kunder« i direktivets artikel 3, stk. 3. Ved bestemmelsen udtrykkes en særlig bekymring for denne gruppe personer (efterfølgende nævnes kunder i fjerntliggende områder), men inden for en overordnet forpligtelse til forbrugerbeskyttelse. Det kan derfor hverken af artikel 3, stk. 3, eller stk. 2, udledes, at offentlige serviceforpligtelser altid skal bygge på social solidaritet.

iv) Sammenligning med andre instrumenter

74. For det fjerde skal der blandt de mulige løsninger vælges den mindst skadelige for den frie konkurrence. Retspraksis har givet medlemsstaterne et betydeligt råderum på dette område, og de kan ikke afkræves at indestå for, at »ingen anden tænkelig foranstaltning, som i sagens natur er teoretisk, kan gøre det muligt at sikre opfyldelsen af disse opgaver på de samme vilkår«[58]. I Albany-dommen[59] afviste Domstolen således, at myndighederne skulle vælge den løsning, der var mindst restriktiv for konkurrencen.

57 — Kommissionen (punkt 56) hævder, at det er tilfældet i Italien. Dette spørgsmål må ligesom de øvrige prøves af den nationale ret.

58 — Dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 58, i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 54, og i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 101.

59 — Dom af 21.9.1999, sag C-67/96, Sml. I, s. 5751, præmis 99 og 104.

75. Federutility er af den opfattelse, at den italienske stat beskytter kvaliteten og forsyningsprisen (ud over forsyningssikkerhed og -regelmæssighed) ved at udpege en forsyningspligtig leverandør. Det påhviler den italienske ret at undersøge, om tarifregulering og forsyningspligt (jf. direktivets artikel 3, stk. 3) løber ud i ét og samme formål eller går i retning af forskellige og komplementære mål.

76. Kommissionens »benchmarking« på grundlag af direktivets artikel 3, stk. 6, kan anvendes til en kontrol af denne type ved at sammenholde, hvad der er gennemført i de forskellige medlemsstater. En sådan sammenligning skal imidlertid foretages med største forsigtighed, idet det i direktivet anføres, at »[d]et er vigtigt, at kravene til offentlige tjenesteydelser kan fortolkes nationalt på baggrund af nationale forhold, idet det forudsættes, at fællesskabslovgivningen overholdes« (betragtning 27).

2. Tilsidesættelse af »Fællesskabets interesse«

77. Uden at det påvirker det beskrevne proportionalitetskriterium, er det anført i artikel 86 EF, stk. 2, at den vedtagne foranstaltning ikke må påvirke samhandelen i et sådant omfang, at »det strider mod Fællesskabets interesse«.

78. I de tre nævnte domme af 23. oktober 1997[60] pålagde Domstolen Kommissionen at definere Fællesskabets interesse. Som generaladvokat Léger har anført i sit forslag til afgørelse i dommen i sagen Wouters m.fl.[61], kan disse afgørelser dog forklares ved de bevisbyrderegler, som gælder i traktatbrudssager. Jeg er enig med min tidligere kollega i, at hvis udviklingen af samhandelen skal anses for påvirket i henhold til artikel 86 EF, stk. 2, kræves der — i modsætning til, hvad der gælder efter den klassiske definition af begrebet foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion — bevis for, at den omtvistede foranstaltning faktisk har forstyrret det indre markeds funktion i væsentlig grad.

79. I den foreliggende sag skal den italienske ret afgøre, om den nationale myndigheds prisregulering har givet anledning til en sådan forstyrrelse. I forelæggelseskendelsen gør retten opmærksom på den negative indvirkning af »opretholdelsen af en bestemmelse, der tager sigte på at regulere råvareudgifterne« på den af direktivet beskyttede ret til at vælge leverandør. Retten skal ligeledes efterprøve, om der er sket en virkelig skade,

60 — Dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 69, i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 65, og i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 113.

61 — Forslag til afgørelse af 10.6.2001 i forbindelse med dom af 19.2.2002, sag C-309/99, Sml. I, s. 1577.

og om prisinterventionen, som det er blevet påtalt[62], hindrer markedsåbning.

Denne omstændighed — og foranstaltningens tidsubestemte gyldighed — fik det franske Conseil constitutionnel til at kvalificere en lovbestemmelse, som underkastede »historiske operatører« obligatoriske tariffer for el- og naturgasforsyning, som forfatningsstridig[63].

E — *Offentlige serviceforpligtelsers ikke-diskriminerende karakter*

80. I henhold til direktivets artikel 3, stk. 2, må offentlige serviceforpligtelser, der er pålagt selskaber i gassektoren, ikke have diskriminerende karakter.

81. Denne præcisering af bestemmelsen har til formål, at de nævnte forpligtelser på samme måde binder alle sektorens operatører for at undgå en forværring af manglen på konkurrence.

82. Det ville f.eks. tilsidesætte direktivet at indføre »referencepriser« udelukkende for den dominerende operatør, med den yderligere konkurrencefordel, det ville skabe.

83. En generel, udifferentieret anvendelse sikrer imidlertid heller ikke lighedsprincippet. Virksomheden Assogas har tilføjet, at den nationale myndigheds beslutninger giver anledning til ulige behandling mellem de gasleverandører, som på samme tid fungerer som grossister, og dem, der ikke gør det, eftersom, for så vidt som de begge er forpligtet til at acceptere mindste referencepriser, intet ville være til hinder for, at de førstnævnte fik kompensation for de overskydende råvareudgifter ved salg til de sidstnævnte. Det fremgår af sagsakterne, at den nationale myndighed har søgt at kompensere dette tab for detailhandlere ved at presse på for en genforhandling af engrossalgskontrakterne[64]. Assogas har gjort gældende, at dette ikke er tilstrækkeligt, eftersom den nationale myndighed ikke kan gribe ind i privatretlige forbindelser. Den forelæggende ret skal således undersøge, om der har været tale om diskrimination, som har påført visse detailhandlere i naturgassektoren en reel skade.

62 — Federutilitys skriftlige indlæg, punkt 62.

63 — Beslutning nr. 2006-543 af 30.11.2006. Conseil constitutionnel fastslog, at de nævnte tariffer for de historiske operatører var åbenbart uforenelige med fællesskabsdirektivernes liberaliseringsformål, og at de ikke på nogen måde var begrundede i offentlige tjenesteydelser. I forbindelse med denne beslutning, jf. E. Schoettl: »Les problèmes constitutionnels soulevés par la loi relative au secteur de l'énergie«, *Petites affiches*, 395e année (2006), nr. 244, s. 3-23.

64 — Sorgenias skriftlige indlæg, s. 6. Det drejer sig om foranstaltninger til økonomisk incitament for genforhandling, som blev indført ved den nationale myndigheds beslutning nr. 79/07 og taget op i punkt 22 og 23 i den italienske regerings skriftlige indlæg.

F — *Anvendelsen af artikel 3, stk. 3, i direktiv 2003/55 i den foreliggende sag*

84. Mens direktivets artikel 3, stk. 2, omhandler pålæggelse af offentlige serviceforpligtelser som en beføjelse for staterne »ud fra almindelig økonomisk interesse«, påtager medlemsstaterne sig i stk. 3 en generel forpligtelse til at »træffe passende foranstaltninger til at beskytte de endelige kunder og sikre en høj grad af forbrugerbeskyttelse«.

85. Muligheden for at anvende artikel 3, stk. 3, på den foreliggende sag nævnes i nogle skriftlige indlæg fra dem, der har afgivet indlæg i denne præjudicielle sag, og afvistes mere eller mindre kategorisk.

86. Nogle af sagsøgerne i hovedsagen har anført, at de omtvistede beslutninger ikke kan begrundes med støtte i stk. 3, da de gælder for alle typer forbrugere og ikke kun de »sårbare«. Dette argument savner grundlag, da den pågældende bestemmelse ikke er begrænset til sådanne personer, selv om de udtrykkeligt nævnes for at sikre dem særlig beskyttelse.

87. Jeg deler Kommissionens opfattelse, hvorefter beslutninger, som de nationale regeringer skal godkende i henhold til direktivets artikel 3, stk. 3, »ikke henviser direkte til fastsættelsen af tarifforpligtelser, da der er en mere specifik regel i stk. 2«.

88. Stk. 3 henviser kun indirekte til bestemmelser, som påvirker priserne for gaslevering, idet det anføres i bilag A, som der henvises til, at det er nødvendigt at informere forbrugerne om deres rettigheder med hensyn til »levering af naturgas af en bestemt kvalitet til rimelige priser« [litra g)].

89. Indgreb i leveringsprisen er således blot en mulighed, som reguleres af stk. 2, og ikke stk. 3.

90. Ved artikel 3, stk. 3, styrkes medlemsstaternes beføjelser, idet de indrømmes adgang til og i visse tilfælde tilmed pålægges at gribe ind på et liberaliseret marked som gasmarkedet, hvis de opdager en reel trussel for forbrugerne, der er umulig at afhjælpe med instrumenterne i stk. 2.

VII — Forslag til afgørelse

91. Herefter foreslår jeg Domstolen at besvare det af Tribunale amministrativo regionale della Lombardia (Italien) forelagte præjudicielle spørgsmål således:

»Artikel 3 og 23 i direktiv 2003/55/EF skal fortolkes således, at de ikke tilsidesættes af en national bestemmelse, som under hensyn til en særlig markedssituation, der stadig er karakteriseret ved manglende »effektiv konkurrence«, tillader administrativ fastsættelse af referenceprisen for naturgas, som skal indgå i salgstilbuddene til privatkunder, forudsat at forskrifterne i artikel 3, stk. 2, i direktiv 2003/55 er opfyldt og navnlig, at foranstaltningen:

— tager sigte på almindelig økonomisk interesse, f.eks. nødvendigheden af at holde priserne på et rimeligt niveau

— opfylder det såkaldte »proportionalitetskriterium« med hensyn til gyldighed, indhold og modtagere

— ikke i væsentlig grad forstyrrer det indre markeds funktion, og

— ikke fører til forskelsbehandling af sektorens operatører.«