FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CHRISTINE STIX-HACKL
fremsat den 7. november 2002 [1]

Indhold

I — Indledning ..... I - 14249

II — Den relevante nationale lovgivning ..... I - 14249

A — De omhandlede offentlige virksomheder ..... I - 14249

B — Den omtvistede havneafgift ..... I - 14250

III — Hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål ..... I - 14251

IV — Det første, andet og femte præjudicielle spørgsmål for så vidt de angår misbrug af en dominerende stilling på markedet ..... I - 14252

A — Parternes argumenter ..... I - 14253

1) Spørgsmålet, om det første og det andet spørgsmål kan admitteres .... I - 14253

2) De præjudicielle spørgsmål ..... I - 14253

B — Retlig vurdering ..... I - 14255

1) Spørgsmålet, om det første og andet præjudicielle spørgsmål kan admitteres ..... I - 14255

2) De præjudicielle spørgsmål ..... I - 14255

a) Spørgsmålet, om aziendaerne er offentlige virksomheder ..... I - 14256

b) Spørgsmålet, om aziendaerne er virksomheder med særlige eller eksklusive rettigheder ..... I - 14256

c) Spørgsmålet, om der foreligger en dominerende stilling ..... I - 14257

i) Det relevante marked ..... I - 14257

ii) Aziendaernes dominerende stilling ..... I - 14259

iii) Spørgsmålet om en væsentlig del af fællesmarkedet ..... I - 14263

d) Spørgsmålet, om der foreligger misbrug ..... I - 14264

i) Misbrug ..... I - 14264

ii) Påvirkning af samhandelen inden for Fællesskabet ..... I - 14266

1 — Originalsprog: tysk.

e) Begrundelse i artikel 86, stk. 2, EF ..... I - 14267

i) Tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse ..... I - 14268

ii) Nødvendighed ..... I - 14270

f) Det femte præjudicielle spørgsmål, for så vidt det angår misbrug af en dominerende stilling ..... I - 14271

V — Det tredje og det femte præjudicielle spørgsmål i det omfang de vedrører statsstøtte I - 14272

A — Parternes argumenter ..... I - 14272

B — Retlig vurdering ..... I - 14274

1) Spørgsmålet, om det tredje præjudicielle spørgsmål kan admitteres .... I - 14274

2) Det tredje og det femte præjudicielle spørgsmål ..... I - 14275

a) Kriterierne vedrørende begrebet statsstøtte ..... I - 14275

b) Offentlig kompensation for tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse: den aktuelle diskussion ..... I - 14277

i) Ferring-dommen set på baggrund af ældre retspraksis og Kommissionens praksis ..... I - 14277

ii) Kritik af Ferring-dommen ..... I - 14279

iii) Stillingtagen og konklusion med hensyn til hovedsagen ..... I - 14280

c) De nationale retsinstansers opgave i henhold til artikel 88, stk. 3, EF I - 14282

d) Det femte præjudicielle spørgsmål i relation til statsstøtte ..... I - 14283

VI — Det fjerde præjudicielle spørgsmål: Er tildelingen for så vidt angår de frie varebevægelser en afgift med tilsvarende virkning som told eller en diskriminerende intern afgift (artikel 28 EF, 25 EF og 90 EF) ..... I - 14285

A — Parternes argumenter ..... I - 14285

B — Stillingtagen ..... I - 14286

1) Frie varebevægelser ..... I - 14286

2) Afgifter med tilsvarende virkning som told ..... I - 14286

3) Indenlandsk afgift ..... I - 14287

VII — Forslag til afgørelse ..... I - 14288

I — Indledning

1. De foreliggende retssager, der er blevet forelagt af Corte Suprema di Cassazione, vedrører en italiensk ordning om betaling af en havneafgift i forbindelse med lastning og losning af varer i visse italienske havne og om overførsel af en del af indtægterne til offentlige virksomheder, der har fået overdraget forskellige opgaver, herunder at forestå lastning og losning af varer i de pågældende havne.

2. Spørgsmålet er navnlig, om den pågældende ordning skal anses for en foranstaltning som omhandlet i EF-traktatens artikel 90, stk. 1 (nu artikel 86, stk. 1, EF), som indebærer risiko for misbrug af den dominerende stilling på markedet, som i givet fald følger deraf for den begunstigede virksomhed. Det er ligeledes et spørgsmål, om ordningen henholdsvis udgør en statsstøtte eller skal betragtes som modydelse for tjenester af almindelig økonomisk interesse.

3. Disse spørgsmål er blevet rejst under en sag, hvor en virksomhed, som, uanset at den ved egen foranstaltning udførte lastning og losning af varer, og følgelig ikke benyttede sig af ydelser fra den offentlige virksomhed, der havde fået overladt de havnerelaterede opgaver, blev pålagt at betale havneafgifter, hvilket virksomheden rejste indsigelse mod.

4. Ifølge den virksomhed, som er blevet pålagt at betale havneafgift, er afgiften uforenelig med fællesskabsretten, navnlig med EF-traktatens artikel 86 (nu artikel 82 EF), sammenholdt med EF-traktatens artikel 90, stk. 1 (nu artikel 86, stk. 1, EF), og EF-traktatens artikel 92 (nu artikel 87 EF).

II — Den relevante nationale lovgivning

A — *De omhandlede offentlige virksomheder*

5. Ifølge *lov nr. 961/67*[2], som ændret ved *lov nr. 494/74*[3], findes såkaldte »Aziende dei mezzi meccanici e dei magazzini« (virksomheder med ansvar for teknisk udstyr og lagre, herefter »aziendaer«) i følgende seks italienske havne: Ancona, Cagliari, Livorno, La Spezia, Messina og Savona.

2 — *Gazetta Ufficiale della Republica Italiana* (GURI) nr. 272 af 30.10.1967.

3 — GURI nr. 274 af 21.10.1974.

6. Aziendaerne er ifølge deres lovgrundlag offentlige økonomiske foretagender (»enti pubblici economici«), som er undergivet tilsyn fra Ministero della marina mercantile (ministeriet for handelsflåden). Sådanne offentlige virksomheder betegner ifølge den forelæggende rets oplysninger »[...] juridiske personer, der, uanset at de er en del af den offentlige myndighed, udøver virksomhed på markedet — undertiden som monopol — som virksomheder ifølge lønsomhedskriterier«.

8. Udgifterne i forbindelse med forvaltning, vedligeholdelse og ændring af den administrerede ejendom skal afholdes af den enkelte azienda selv. Udgifter til nyt udstyr afholdes af staten, såfremt aziendaernes budget ikke er tilstrækkeligt. Til udførelse af de lovbestemte opgaver råder foretagenderne over indtægterne fra den ovenfor nævnte ejendom samt midler fra gensidige hjælpekasser eller fra andre økonomiske transaktioner. Endvidere har aziendaerne siden *lov nr. 355/76*[4] haft ret til to tredjedele af havneafgifterne ifølge *lov nr. 82/63*[5].

B — *Den omtvistede havneafgift*

7. Aziendaerne har ifølge artikel 2 i den nævnte lov nr. 961/67 til opgave »at forvalte det tekniske lastnings- og losningssystem, pakhusene, lagerarealerne og samtlige andre faste ejendomme og former for løsøre i statens eje — alt til brug for den myndighed, som forvalter handelsflådens forhold — erhverve, vedligeholde og foretage ændringer i sådan ejendom samt at udøve enhver anden virksomhed i forbindelse med den ovennævnte virksomhed«. Endvidere er aziendaerne autoriseret »til at indføre og præstere andre kommercielle tjenesteydelser vedrørende havne samt overtage forvaltningen af teknisk udstyr og anlæg, der ikke ejes af staten, og at udføre samtlige ovennævnte opgaver også i andre havne, der befinder sig i havneadministrationens territoriale kompetenceområde, i hvilke organismerne har sæde«.

9. Ved *lov nr. 82/63* blev der for visse italienske havne indført en havneafgift (»tassa portuale«) på lastning og losning af varer[6]. Afgiften beregnes og opkræves af staten.

4 — GURI nr. 147 af 5.6.1976.

5 — GURI nr. 52 af 23.2.1963.

6 — Foruden denne havneafgift blev der ved lovdekret nr. 47/74 (»decreto legge«), efter ændringer nu lov nr. 117/74 (GURI nr. 115 af 4.5.1974), tillige indført en statslig lastnings- og losningsafgift på varer transporteret ad luft- og søvejen (»tassa erariale disbarco e imbarco«) i samtlige italienske havne, hvilken imidlertid ikke tilfalder aziendaerne.

10. *Lov nr. 355/76* pålægger varer, der omlades i en af de seks havne, hvor der findes en azienda, havneafgift ifølge lov nr. 82/63 og overfører to tredjedele af denne afgift til aziendaerne for udførelse af deres opgaver.

11. Ved *dekret fra republikkens præsident af 12. maj 1977*[7] blev havneafgiften fastsat til 15 ITL (for visse varer, f.eks. fosfat og nitrat) 35 ITL (for andre varer, f.eks. sand, grus eller cement) og 90 ITL (øvrige varer) pr. ton.

III — Hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

12. Enirisorse SpA (herefter »Enirisorse«) gennemførte ved hjælp af egen arbejdskraft og eget materiel lastning og losning af indenlandske og udenlandske varer i havnen i Cagliari[8].

13. Ved finansministeriets pålæg om betaling blev Enirisorse i 1992 pålagt at betale havneafgifter for de ekspederede varer. Enirisorse rejste indsigelse mod dette pålæg under henvisning til, at dekretet af 12. maj 1977 om fastsættelse af havneafgifter i henhold til lov nr. 355/76 var retsstridigt.

14. Enirisorse fik hverken medhold under den for Tribunale Cagliari eller Corte d'Appello Cagliare indbragte sag, hvorefter Enirisorse appellerede sagen til Corte Suprema di Cassazione, hvorunder det bl.a. gjordes gældende, at den omtvistede afgiftsordning var uforenelig med fællesskabsretten.

15. Corte Suprema di Cassazione har anmodet Domstolen om en besvarelse af følgende spørgsmål

»1) Foreligger der med overførslen til en offentlig virksomhed — der opererer på markedet for havneaktiviteter med losning og lastning af varer — af en betydelig del af provenuet fra en afgift (havneafgift af lastning og losning af varer), betalt til staten af erhvervsdrivende, som ikke har modtaget nogen tjeneste eller ydelse fra nævnte virksomhed, en særlig eller eksklusiv rettighed eller en foranstaltning, som er i strid med traktatens bestemmelser, herunder navnlig konkurrencereglerne, i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i traktatens artikel 90, stk. 1?

7 — GURI nr. 270 af 4.10.1977.

8 — Det fremgår af den italienske regerings indlæg, at der i realiteten var tale om havnen i Portovesme. Dette er for så vidt uden betydning, idet driften af aziendaen i Cagliari ligeledes omfatter Portovesme.

2) Uafhængigt af det foregående spørgsmål spørges: Foreligger der med overførslen til nævnte offentlige virksomhed af en betydelig del af afgiftsprovenuet misbrug af dominerende stilling som følge af en national lovgivningsforanstaltning, og er den derfor i strid med bestemmelserne i traktatens artikel 86 og 90?

3) Kan overførslen til en sådan virksomhed af en betydelig del af nævnte afgiftsprovenu defineres som statsstøtte i traktatens artikel 92's forstand, og berettiger den, når der ikke et givet meddelelse til Kommissionen, eller når Kommissionen ikke har truffet beslutning om støttens uforenelighed med fællesmarkedet, jf. artikel 93, at den nationale domstol udøver de beføjelser, som den er blevet tildelt — i henhold til EF-Domstolens praksis — for at sikre, at en støtte, der er ulovlig og/eller uforenelig, ikke anvendes?

4) Er tildelingen til ovennævnte virksomhed, fra først af, af en betydelig del af provenuet fra en statsafgift, opkrævet for eller i forbindelse med losning eller lastning af varer i havne — uden at opkrævningen modsvares af nogen ydelse eller tjeneste fra den pågældende virksomheds side — en afgift med tilsvarende virkning som told ved indførsel (der er forbudt ved traktatens artikel 12 og 13), en intern afgift af varer fra andre medlemsstater, som er højere end de afgifter, der pålægges lignende indenlandske varer (artikel 95), eller en ved artikel 30 forbudt indførselshindring?

5) Såfremt den nationale lovgivning er i strid med fællesskabsretten, vedrører de i ovenstående punkter beskrevne synspunkter, betragtet hver for sig, afgiften i dens helhed eller blot den del, som tildeles Azienda Mezzi Meccanici?«

IV — Det første, andet og femte præjudicielle spørgsmål for så vidt de angår misbrug af en dominerende stilling på markedet

16. Artikel 86, stk. 1, EF bestemmer, at medlemsstaterne for så vidt angår offentlige virksomheder og virksomheder, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, skal afstå fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med traktatens bestemmelser, herunder navnlig dens konkurrencebestemmelser.

17. Spørgsmålet, om en bestemt national lovgivning falder inden for anvendelsesområdet for artikel 86, stk. 1, EF, forudsætter følgelig, at det under en gennemgang af sagen undersøges, om den bl.a. er forenelig

med konkurrencebestemmelserne — her artikel 82 EF. De to første og det femte præjudicielle spørgsmål skal følgelig, i det omfang de vedrører misbrug af en dominerende stilling på markedet, behandles under ét. Det skal navnlig undersøges, om artikel 82 EF, sammenholdt med artikel 86 EF, er til hinder for en national ordning, der dels overlader opgaver med hensyn til havnens infrastruktur til en offentlig udbyder af havnerelaterede tjenesteydelser, dels bestemmer, at en afgift, der delvis tilfalder denne offentlige virksomhed, skal betales af andre erhvervsdrivende, såfremt de omlader varer ved egen hjælp.

19. *Enirisorse* og *Kommissionen* finder derimod, at det første og andet præjudicielle spørgsmål kan admitteres, idet Domstolen som udgangspunkt skal besvare spørgsmål vedrørende fortolkningen af fællesskabsretten. De henviser herved navnlig til dommene i TNT Traco-sagen [9] og i Ambulanz Glöckner-sagen [10]. Det er endvidere Kommissionens opfattelse, at det påhviler den nationale ret at fastlægge faktiske omstændigheder, der ikke er tilstrækkeligt oplyst i sagens akter, men som er nødvendige for fællesskabsrettens anvendelse i hovedsagen.

2) De præjudicielle spørgsmål

A — *Parternes argumenter*

1) Spørgsmålet, om det første og det andet spørgsmål kan admitteres

18. Den *italienske regering* anfører, at det første og andet præjudicielle spørgsmål ikke kan admitteres, idet den forelæggende ret ikke har undersøgt væsentlige faktiske omstændigheder af betydning for bedømmelsen af disse præjudicielle spørgsmål. Spørgsmålet om det relevante marked er således ikke afklaret. Dette medfører, at de pågældende spørgsmål er af hypotetisk karakter.

20. *Enirisorse* og *Kommissionen* gør gældende, at artikel 86 EF og artikel 82 EF finder anvendelse på de anførte bestemmelser. Aziendaen i Cagliari er ubestridt en virksomhed i konkurrencerettens forstand, og overførslen af to tredjedele af havneafgiftsprovenuet indrømmer denne azienda en eksklusiv- lignende eller særlig rettighed i forhold til dens konkurrenter.

21. *Enirisorse* og *Kommissionen* henviser til, at de havne, som aziendaerne administrerer, tilsammen udgør en væsentlig del af det italienske statsområde; *Enirisorse* har endvidere anført, at aziendaerne samlet set indtager en dominerende stilling.

9 — Dom af 17.5.2001, sag C-340/99, Sml. I, s. 4109.
10 — Dom af 25.10.2001, sag C-475/99, Sml. I, s. 8089.

22. Den *italienske regering* har heroverfor gjort gældende, at den omhandlede havn i Portovesme med sikkerhed ikke udgør et marked af betydning på fællesskabsplan.

23. Ifølge *Kommissionen* tilkommer det den nationale ret under hensyn til Domstolens praksis i Merci Convenzionali Porto di Genova-[11] og Centre d'insémination de la Crespelle-sagerne[12] at konstatere, om aziendaerne indtager en eventuelt dominerende stilling, hvilket retten åbenbart antager.

24. *Enirisorse* og *Kommissionen* finder, at den omhandlede nationale ordning giver mulighed for misbrug af en dominerende stilling, idet den tillader aziendaen i Cagliari at styrke sin dominerende stilling. Kommissionen har endvidere anført, at den i TNT Traco-dommen[13] anlagte vurdering kan anvendes analogt på de faktiske omstændigheder i hovedsagen. I denne sag fastslog Domstolen, at der foreligger misbrug af en dominerende stilling på markedet, såfremt en virksomhed oppebærer vederlag for en tjenesteydelse, som den ikke selv har erlagt. Den eneste forskel er, at postafgiften i TNT Traco-sagen blev betalt direkte af virksomhederne til »Poste Italiane«, og havneafgiften i den foreliggende sag tilflyder aziendaerne via staten.

25. Den *italienske regering* understreger derimod, at erhvervelse af en dominerende stilling gennem indrømmelse af eksklusive eller særlige rettigheder som omhandlet i artikel 86, stk. 1, EF ikke i sig selv er uforeneligt med artikel 82 EF. Det ses endvidere ikke, at aziendaerne i Cagliari misbruger de rettigheder, de er blevet indrømmet.

26. Ifølge *Enirisorse* og *Kommissionen* kan ordningen ikke begrundes med henvisning til artikel 86, stk. 2, EF. Der kan ikke af forelæggelseskendelsen udledes omstændigheder, der godtgør, at overførslen af midler er nødvendig af hensyn til at sikre eventuelle tjenester af almindelig økonomisk interesse. Den omstændighed, at der ikke er etableret aziendaer i samtlige italienske havne, godtgør, at deres virksomhed ikke er nødvendig.

27. I modsætning hertil finder den *italienske regering,* at den omtvistede ordning i hvert fald er begrundet i artikel 86, stk. 2, EF. Havneafgiften er nødvendig af socioøkonomiske hensyn, og den er i overensstemmelse med offentlige interesser, idet de seks havne, i hvilke der er blevet etableret aziendaer, har ringe trafik, således at der ikke er sikret en tilstrækkelig finansiering til opretholdelse af havneanlæggene. Den omtvistede ordning skal generelt sikre disse havnes overlevelse, at havneanlæggene er funktionsdygtige og garantere sikkerheden i forbindelse med skibenes anløb samt sikre, at der tilbydes havnerelaterede tjenester til rimelige priser.

11 — Dom af 10.12.1991, sag C-179/90, Sml. I, s. 5889.
12 — Dom af 5.10.1994, sag C-323/93, Sml. I, s. 5077.
13 — Nævnt i fodnote 9.

B — *Retlig vurdering*

1) Spørgsmålet, om det første og andet præjudicielle spørgsmål kan admitteres

28. Ifølge Domstolens faste praksis tilkommer det inden for rammerne af det samarbejde, der i henhold til artikel 234 EF er indført mellem Domstolen og de nationale retsinstanser, udelukkende den nationale retsinstans at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen. Når de af den nationale retsinstans stillede spørgsmål vedrører fortolkningen af en bestemmelse i fællesskabsretten, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse herom [14].

29. Domstolen kan kun undtagelsesvist efterprøve de omstændigheder, hvorunder en sag forelægges den af en national retsinstans, og afslag på at træffe afgørelse vedrørende et præjudicielt spørgsmål er kun muligt, når det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af fællesskabsretten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en saglig korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål [15].

30. Kravet herom har navnlig betydning på konkurrenceområdet, hvor de faktiske og retlige omstændigheder ofte er indviklede [16].

31. I den foreliggende retstvist indeholder forelæggelseskendelsen ganske vist kun få oplysninger om de ydelser, som aziendaerne udfører og om de berørte havne. Sagens parter havde imidlertid lejlighed til at fremkomme med yderligere oplysninger i retsmødet, således at det turde være muligt for Domstolen at danne sig et klart indtryk af de konstateringer, som i sidste ende fastlægges af den nationale retsinstans. Det første og det andet spørgsmål kan følgelig admitteres.

2) De præjudicielle spørgsmål

32. En besvarelse af det første og andet præjudicielle spørgsmål forudsætter, at de faktiske omstændigheder, som anført af den forelæggende ret, er omfattet af det personelle og saglige anvendelsesområde for artikel 86, stk. 1, EF.

14 — TNT Traco-dommen, nævnt i fodnote 9, præmis 30, med henvisning til dom af 15.12.1995, sag C-415/93, Bosman, Sml. I, s. 4921, præmis 59, og af 13.3.2001, sag C-379/98, PreussenElektra, Sml. I, s. 2099, præmis 38.

15 — Dom af 19.2.2002, sag C-35/99, Arduino, Sml. I, s. 1529, præmis 25, hvori henvises til Bosman-dommen, nævnt i fodnote 14, præmis 61, og til PreussenElektra-dommen, nævnt i fodnote 14, præmis 39.

16 — Dom af 14.7.1998, sag C-284/95, Safety Hi-tech, Sml. I, s. 4301, præmis 70. Jf. tillige allerede dom af 26.1.1993, forenede sager C-320/90, C-321/90 og C-322/90, Telemarsicabruzzo m.fl., Sml. I, s. 393, præmis 7.

33. Det skal derfor for det første undersøges, om aziendaerne er virksomheder som omhandlet i artikel 86, stk. 1, EF. Herefter vil det saglige anvendelsesområde for artikel 86, stk. 1, EF blive gennemgået.

a) Spørgsmålet, om aziendaerne er offentlige virksomheder

34. For så vidt angår begrebet virksomhed henvises til Domstolens praksis, hvorefter begrebet »inden for konkurrenceretten [omfatter] enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde« [17].

35. De enheder, som sagen angår — aziendaerne — udøver økonomisk virksomhed, idet de præsterer tjenesteydelser, navnlig losning og ladning af skibe, mod betaling.

36. Det er lige så lidt behæftet med tvivl, at aziendaerne skal anses for offentlige virksomheder. Dette følger allerede af såvel deres retsform — enti pubblici economici — som af det ministerielle tilsyn, de er undergivet.

17 — Dom af 23.4.1991, sag C-41/90, Höfner og Elser, Sml. I, s. 1979, præmis 21.

b) Spørgsmålet, om aziendaerne er virksomheder med særlige eller eksklusive rettigheder

37. Efter min opfattelse er denne diskussion uden betydning i relation til spørgsmålet om anvendeligheden af artikel 86, stk. 1, EF, idet aziendaerne under alle omstændigheder er offentlige virksomheder.

38. Det fremgår klart af artikel 86, stk. 1, EF, at traktatens bestemmelser, navnlig dens konkurrencebestemmelser, også gælder i forhold til virksomheder, hvis adfærd medlemsstaterne har et særligt ansvar for på grund af deres indflydelse på virksomhederne [18]. Dette omfatter ikke alene offentlige virksomheder, men tillige andre virksomheder, hvis særstilling følger af den omstændighed, at de er indrømmet særlige eller eksklusive rettigheder. Statens mulighed for at øve indflydelse på de pågældende virksomheder er følgelig af afgørende betydning for, om artikel 86, stk. 1, EF kan finde anvendelse [19]. Offentlige virksomheder er følgelig altid omfattet af anvendelsesområdet for artikel 86, stk. 1, EF, uden at det tillige kræves, at de er indrømmet særlige eller eksklusive rettigheder.

18 — Jf. bl.a. dom af 6.7.1982, forenede sager 188/80-190/80, Frankrig, Italien og Det Forenede Kongerige mod Kommissionen, Sml. s. 2545, præmis 12.

19 — Jf. i denne retning også Schwarze-von Burchard, *EU-Kommentar*, EF-traktatens artikel 86, punkt 8.

c) Spørgsmålet, om der foreligger en dominerende stilling

39. Endvidere skal det under alle omstændigheder undersøges, om også de faktiske omstændigheder, som den forelæggende ret har anført, falder inden for det materielle anvendelsesområde for artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF.

40. Mens artikel 82 EF »kun [omfatter] konkurrenceskadelige handlinger, som virksomheder foretager af egen drift, og ikke statslige foranstaltninger« [20], har artikel 86, stk. 1, EF ifølge Domstolens faste praksis til formål at fastlægge, hvorledes konkurrencebestemmelserne i artiklerne 85 og 86 [nu artikel 81 EF og artikel 82 EF] »skal anvendes på offentlige virksomheder, virksomheder, som medlemsstaterne indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, samt virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse« [21]. Artikel 86, stk. 1, EF giver følgelig mulighed for at lade konkurrencestridig adfærd, som ellers ikke ville kunne tilregnes den pågældende virksomhed, være omfattet.

41. Det skal herefter undersøges, om betingelserne i artikel 82 EF er opfyldt, når henses til henvisningsbestemmelsen i artikel 86, stk. 1, EF. Artikel 82 EF kræver for det første, at den pågældende virksomhed indtager en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf.

i) Det relevante marked

42. Domstolen har gentagne gange henvist til, at med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en dominerende stilling, »[er] det [...] af afgørende betydning at fastlægge det relevante marked og at afgrænse den væsentlige del af fællesmarkedet, hvor virksomheden er i stand til eventuelt at begå misbrug, der kan hindre en effektiv konkurrence« [22].

43. Ifølge fast retspraksis skal det relevante marked vurderes »inden for rammerne af markedet for alle de produkter [eller tjenesteydelser], som på grund af deres egenskaber er særligt egnede til at opfylde vedvarende behov, og som kun i ringe omfang kan erstattes af andre produkter [eller tjenesteydelser]« [23].

20 — Dom af 19.5.1993, sag C-320/91, Corbeau, Sml. I, s. 2533, præmis 10.

21 — Jf. navnlig dom af 4.5.1988, sag 30/87, Bodson, Sml. s. 2479, præmis 16.

22 — Jf. således dom af 17.7.1997, sag C-242/95, GT-Link, Sml. I, s. 4449, præmis 36, og af 23.5.2000, sag C-209/98, Sydhavnens Sten & Grus, Sml. I, s. 3743, præmis 57.

23 — Dom af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmis 37.

44. Ifølge den forelæggende ret vedrører hovedsagen havnerelaterede arbejder inden for lasthåndtering [24]. Det materielt relevante marked turde følgelig omfatte sådanne tjenester. Det påhviler imidlertid den forelæggende ret endeligt at afgrænse dette marked på grundlag af den pågældende tjenesteydelses karakteristika [25]. Retten skal i denne forbindelse navnlig undersøge, hvorvidt lasthåndteringen adskiller sig fra andre havnetjenester.

45. Det påhviler endvidere den forelæggende ret at definere den geografiske udstrækning af det relevante marked [26]. Dette er nemlig åbenbart omtvistet. Den forelæggende ret synes at lægge den pågældende havn, i hvilken der er oprettet en azienda, til grund. Ifølge den italienske regering skal havnen i Portovesme anses for en del af havnen i Cagliari, idet aziendaerne virker på markedet i begge havne. Enirisorse har derimod — navnlig i retsmødet — lagt samtlige de havne, i hvilke der er oprettet aziendaer, til grund, og — med åbenbar henvisning til den fællesskabsretlige relevans — henvist til, at disse omfatter havnen i Livorno, der er en international lasthåndteringsplads af væsentlig betydning, og derfor sammenlignelig med havnen i Genua. Kommissionen har i retsmødet lagt havnene i Cagliari og Portovesme til grund.

46. Hertil bemærkes, at den enkelte aziendas virksomhed ganske vist er geografisk begrænset, men at samtlige aziendaer, uden hensyntagen til hvor de udøver deres virksomhed, er omfattet af samme lovbestemmelser. Dette ville kunne medføre ensartede konkurrencevilkår, som giver mulighed for at betragte samtlige havne med en azienda som ét relevant geografisk marked. Den ømæssige beliggenhed af havneanlæggene i Cagliari og Portovesme kunne imidlertid tale imod en sådan ensartethed.

47. Den nationale ret skal foretage den endelige vurdering. Herved henledes rettens opmærksomhed på, »at der skal ses på det marked, som har tilstrækkelig ensartede konkurrencevilkår, dvs. et område, hvor de objektive konkurrencevilkår for de pågældende tjenesteydelser og navnlig forbrugernes efterspørgsel er ensartede for samtlige erhvervsdrivende« [27].

24 — Jf. hertil også ændret forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om markedsadgang for havnetjenester (KOM/2002/0101 endelig udg.), hvor havnetjenester ifølge artikel 4 defineres som »havnetjenester af kommerciel værdi, der normalt ydes mod betaling i en havn, og som er opført i bilaget«. Det fremgår af bilaget, at havnetjenester navnlig omfatter lasthåndtering, navnlig »(a) Lastning og losning, (b) Stevedoring, stuvning, omladning og anden transport på terminalens område, (c) Opbevaring, deponering og oplagring, afhængigt af lastkategori, (d) Konsolidering af last«.

25 — Jf. bl.a. dommen i Sydhavnens Sten & Grus-sagen, nævnt i fodnote 22, præmis 60.

26 — Nævnt ovenfor, præmis 60.

27 — Ambulanz Glöckner-dommen, nævnt i fodnote 10, præmis 34, med henvisning til dom af 14.2.1978, sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, Sml. s. 207, præmis 44.

ii) Aziendaernes dominerende stilling

48. Det er i denne forbindelse tvivlsomt, om og hvorvidt den omtvistede ordning medfører eller underbygger en dominerende stilling for aziendaerne på det relevante marked.

Definitionen af begrebet dominerende stilling i retspraksis

49. En dominerende stilling i artikel 82 EF's forstand »er kendetegnet ved, at en virksomhed indtager en økonomisk magtposition, som sætter den i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på markedet, idet den på grundlag af en sådan position i vidt omfang kan handle uafhængigt over for konkurrenter og kunder« [28].

50. Det bemærkes endvidere, at artikel 82 EF »ikke bliver uanvendelig, fordi ophævelsen eller begrænsningen af konkurrencen fremmes af lovbestemmelser eller administrative forskrifter« [29]. Det fremgår tværtimod af retspraksis vedrørende artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF, at begrebet økonomisk magtposition i den ovenfor anførte definitions forstand ligeledes kan være tillagt ved lov [30]. En sådan økonomisk magtposition skal give den pågældende virksomhed mulighed for *vilkårligt* at påvirke det relevante marked [31]. Dette er ensbetydende med, at virksomheden »uafhængigt af årsagerne til [den] stilling, den har, er særlig forpligtet til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på fællesmarkedet« [32].

Dominerende stilling som følge af tildeling af eksklusive rettigheder

51. Ifølge Domstolens konstateringer i sagen Dusseldorp m.fl. [33] er tildeling af eksklusive rettigheder på en væsentlig del af fællesmarkedet ensbetydende med, at der indrømmes den begunstigede virksomhed en dominerende stilling som omhandlet i artikel 86 EF.

28 — Jf. navnlig dommen i sagen Michelin mod Kommissionen, nævnt i fodnote 23, præmis 30, og i Bodson-sagen, nævnt i fodnote 21, præmis 26.

29 — Bodson-dommen, nævnt i fodnote 21, præmis 26.

30 — Jf. bl.a. dom af 1.10.1998, sag C-38/97, Autotransporti Librandi, Sml. I, s. 5955, præmis 27, hvori henvises til dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461, præmis 38.

31 — Dom af 13.12.1991, sag 18/88, GB-Inno-BM, Sml. I, s. 5941, præmis 25, hvori henvises til dom af 19.3.1991, sag C-202/88, Frankrig mod Kommissionen, den såkaldte »terminal-sag«, Sml. I, s. 1223, præmis 51.

32 — Dom af 16.3.2000, forenede sager C-395/96 P og C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports m.fl., Sml. I, s. 1365, præmis 37, hvori henvises til dommen i sagen Michelin mod Kommissionen, nævnt i fodnote 23, præmis 57.

33 — Dom af 25.6.1998, sag C-203/96, Dusseldorp m.fl., Sml. I, s. 4075, præmis 60. Sagen angik spørgsmålet om, hvorvidt bestemmelser, hvorved én virksomhed blev tillagt ret til forbrænding af farligt affald på hele medlemsstatens område, var forenelige med artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF.

52. Såfremt en virksomhed således indrømmes eksklusive rettigheder af staten, afhænger konstateringen af, at der foreligger en dominerende stilling, alene af, om disse rettigheder vedrører hele fællesmarkedet eller en væsentlig del af dette.

53. Domstolen fastslog således i GT-Link-dommen [34], at »en virksomhed, som har et lovbestemt monopol på en væsentlig del af fællesmarkedet, kan anses for at indtage en dominerende stilling efter traktatens artikel 86 [nu artikel 82 EF]. Dette er også tilfældet for en offentlig virksomhed, der er ejer af en trafikhavn, og som på dette grundlag har eneret i denne havn til at opkræve de havneafgifter, der skal betales for brugen af havneanlæggene«.

54. Et tilsvarende resultat findes i TNT Traco-dommen [35]. Denne sag angik en postafgift, som skulle betales direkte til det italienske postvæsen af bl.a. udbydere af kurertjenester, også for det tilfælde at postvæsenet ikke præsterede ydelser. Domstolen fastslog, at »Poste Italiane skal [...] betragtes som en virksomhed, som den pågældende medlemsstat har indrømmet særlige eller eksklusive rettigheder i traktatens artikel 90, stk. 1's forstand [nu artikel 86, stk. 1, EF], da den har fået eneret til at indsamle, transportere og omdele brevforsendelser på den nævnte stats område uden at være forpligtet til som alle andre, der yder de samme tjenesteydelser, at betale en postafgift [...]« [36]. Domstolen fastslog umiddelbart efter, »at det er ubestridt, at Poste Italiane [...] indtager en dominerende stilling i traktatens artikel 86's forstand [nu artikel 82 EF]« [37], hvorved den i anden forbindelse anførte »den omstændighed, at der skabes en dominerende stilling ved tildeling af særlige eller eksklusive rettigheder« [38].

Tildeling af statslige midler kan ikke uden videre sidestilles med indrømmelse af eksklusive rettigheder

55. For så vidt angår det spørgsmål, der ifølge den anførte retspraksis er afgørende, nemlig om aziendaerne er blevet indrømmet eksklusive rettigheder, har samtlige sagens parter åbenbart lagt til grund, at den omhandlede tildeling af midler skal betragtes som indrømmelse af eksklusive rettigheder.

56. Det er imidlertid min opfattelse, at den form for tildeling af midler, der her er tale om, ikke kan ses som en eksklusiv rettighed og følgelig heller ikke, isoleret betragtet, kan indicere, at der foreligger en domine-

34 — Nævnt i fodnote 22, præmis 35.
35 — Nævnt i fodnote 9.
36 — Nævnt ovenfor, præmis 40.
37 — Nævnt ovenfor, præmis 43.
38 — Nævnt ovenfor, præmis 44.

rende stilling i den nævnte retspraksis' forstand:

57. I sit forslag til afgørelse i sag C-475/99 [39] definerede generaladvokat Jacobs begrebet særlige eller eksklusive rettigheder som omhandlet i artikel 86, stk. 1, EF således: Herved forstås rettigheder, »som en medlemsstats myndigheder giver en virksomhed eller et begrænset antal virksomheder, og som på afgørende vis påvirker andre virksomheders mulighed for at udøve den pågældende økonomiske virksomhed inden for samme område i alt væsentligt på tilsvarende vilkår«.

58. Tildelingen af statslige midler til aziendaerne udgør umiddelbart betragtet i den foreliggende sag [40] en sådan selektiv begunstigende foranstaltning. Forholdet er nemlig, at selv om lasthåndteringen i de havne, hvor der er oprettet en azienda, ligeledes kan ske ved egen foranstaltning, øver havneafgiften indflydelse på konkurrencen mellem aziendaerne og virksomheder, der selv foretager lasthåndteringen, for så vidt som disse virksomheder pålægges yderligere omkostninger som følge af havneafgifterne, mens aziendaernes økonomiske position styrkes, og følgelig deres position med hensyn til lasthåndteringstjenester.

59. Desuagtet forekommer det mig ikke uden problemer at sidestille en ren tildeling af midler med indrømmelse af særlige eller eksklusive rettigheder. Ved tildeling af statslige midler forholder den begunstigede sig — i modsætning til hvad der normalt er tilfældet ved udøvelse af en særlig eller eksklusiv rettighed — nemlig passivt; påvirkning af markedet kan næppe betragtes fuldstændig uafhængigt af støtteintensiteten. Heroverfor kan det ganske vist gøres gældende, at det i den foreliggende sag tillige er kendetegnende, at de overførte midler de facto navnlig er betalt af konkurrenter. Såfremt dette i sig selv anses for tilstrækkeligt, måtte det lægges til grund, at enhver — herunder også indirekte — overførsel af midler fra en erhvervsdrivende til en anden vil være omfattet af artikel 82 EF, sammenholdt med artikel 86, stk. 1, EF, uden at der i sidste ende lægges vægt på en eventuelt deraf følgende mulighed for den begunstigede for at øve indflydelse på markedet, således som det kræves i forbindelse med en særlig eller eksklusiv rettighed.

60. Overførslen af en del af havneafgiften til aziendaerne adskiller sig i hvert fald fra de faktiske omstændigheder i henholdsvis GT-Link- og TNT Traco-sagerne, idet aziendaerne ikke selv træffer afgørelse om opkrævning af afgifterne og følgelig heller ikke kan øve indflydelse på afgifternes størrelse. Aziendaerne er alene passivt begunstigede af en statslig finansieringsforanstaltning.

39 — Nævnt i fodnote 10, punkt 83-89.

40 — Vedrørende eventuelle service-public-byrder, jf. nedenfor i mine bemærkninger om statsstøtte i punkt 142 ff.

61. Heroverfor kunne det imidlertid på ny gøres gældende, at det økonomisk betragtet ikke kan gøre nogen forskel, om afgiften opkræves af den begunstigede selv eller af staten. Efter min opfattelse gør det retligt set en klar forskel, idet de offentlige virksomheder i begge de anførte sager hver især var tillagt eksklusive rettigheder — f.eks. retten til at opkræve afgift efter eget skøn — mens aziendaerne, som hovedsagen angår, ikke har en sådan ret. Det er imidlertid præcis en sådan ret, der giver den pågældende virksomhed mulighed for *vilkårligt* at påvirke det relevante marked [41].

62. I denne forbindelse er det ikke mindst væsentligt at behandle konkurrenceproblematikken i forhold til støtteretten. Såfremt den selektive tildeling af statslige midler til en bestemt virksomhed betragtes som ensbetydende med at indrømme denne virksomhed en eksklusiv rettighed — med det resultat, at det allerede heraf følger, at virksomheden indtager en dominerende stilling — fjerner man støtterettens grundlag [42]. Det må imidlertid også indgå i betragtningen, at de to regelsæt anvendes forskelligt — det er i denne forbindelse tilstrækkeligt at nævne Kommissionens enekompetence til efterprøvelse af, hvorvidt en støtte er forenelig med fællesmarkedet [43].

63. I et tilfælde, hvor den offentlige virksomhed alene adskiller sig fra andre erhvervsdrivende, idet den modtager statslige midler, forekommer det således ikke muligt udelukkende at aflede dens dominerende stilling på markedet af den omstændighed, at der er tale om en selektiv overførsel af midler. Aziendaernes dominerende stilling kunne imidlertid eventuelt følge af deres lovbestemte opgavedefinition i relation til havnenes infrastruktur [44].

64. Det påhviler således den nationale ret at fastslå, om aziendaerne herefter faktisk indtager en dominerende stilling. I denne forbindelse skal retten navnlig tage hensyn

41 — Det bemærkes endvidere, at det i TNT Traco-sagen, jf. den i fodnote 9 nævnte dom, præmis 43, ikke blev bestridt, at Poste italiane indtog en dominerende stilling på det relevante marked.

42 — I denne forbindelse erindres om, at statsstøtte fordrejer konkurrencen, idet den giver visse virksomheder en »ufortjent omkostningsfordel« — således Rawlinson i Lenz, *EG-Vertrag Kommentar*, punkt 10, vedrørende artikel 87 EF.

43 — I denne forbindelse erindres ligeledes om Domstolens praksis, hvorefter modsætninger skal undgås ved anvendelse af artikel 87 ff. EF og andre traktatbestemmelser. I dom af 15.6.1993, sag C-225/91, Matra mod Kommissionen, Sml. I, s. 3203, præmis 42, henviste Domstolen i forbindelse med en procedure i henhold til artikel 88, stk. 2, EF til »denne forpligtelse for Kommissionen til at tage fornødent hensyn til sammenhængen mellem på den ene side artikel [87 EF] og [88 EF] og på den anden side andre traktatbestemmelser«.

44 — Jf. navnlig dom af 24.10.2002, sag C-82/01 P, Aéroports de Paris, Sml. I, s. 9297, præmis 106 f.: »I den foreliggende sag var ADP som ejer af lufthavnsanlæggene den eneste, der kunne give adgangstilladelse til anlæggene [...] ADP [havde] [...] et lovbestemt monopol på forvaltning af de pågældende lufthavne, og kun ADP kunne meddele bevilling til deri at drive ground handling-virksomhed og fastsætte vilkårene for driften heraf.
På denne baggrund havde Retten grundlag for [...] at fastslå, at ADP befandt sig i en økonomisk magtposition, som gav selskabet magt til at hindre opretholdelsen af en effektiv konkurrence på markedet, idet den gav det mulighed for i vidt omfang at handle uafhængigt.«
I den foreliggende sag er staten tilsyneladende fortsat ejer af havneanlæggene. Desuagtet er en sammenligning for så vidt alligevel nærliggende, idet aziendaerne i henhold til lov nr. 961/67 har monopol på driften af den nødvendige infrastruktur. Såfremt denne antagelse bekræftes, vil aziendaerne være i stand til at øve afgørende indflydelse på adgangen til markedet for havnetjenester, således at der er en formodning for en dominerende stilling.

til de fordele, som aziendaerne har som følge af deres opgaver med hensyn til havneinfrastrukturen og deres adfærd på markedet.

iii) Spørgsmålet om en væsentlig del af fællesmarkedet

65. Såfremt samtlige eller hver enkelt azienda alligevel indtager en dominerende stilling på det relevante marked, der skal fastlægges nærmere, skal det endvidere undersøges, om dette marked skal betragtes som en væsentlig del af fællesmarkedet.

66. Ifølge Domstolens praksis skal der i denne forbindelse navnlig tages hensyn til »omfanget af handelen i den omhandlede havn og dens betydning i forhold til den pågældende medlemsstats samlede import og eksport ad søvejen« [45].

67. Domstolen anvendte disse kriterier i dommen i Merci convenzionali Porto di Genova-sagen [46] med hensyn til markedet for lasthåndtering i havnen i Genova og fastslog deri, at det således afgrænsede marked i betragtning af dets betydning for handelen mellem medlemsstaterne kunne anses for en væsentlig del af fællesmarkedet. Selv et delområde af en medlemsstat kan således alt efter økonomisk betydning udgøre en væsentlig del af fællesmarkedet.

68. En dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet kan endvidere opstå som følge af en række sideordnede monopoler, der territorialt er begrænsede, »men tilsammen omfatter hele medlemsstatens område« [47].

69. Det tilkommer den nationale retsinstans, på grundlag af de specifikke økonomiske oplysninger og de geografiske forhold, at fastslå, om henholdsvis de havne, som aziendaerne administrerer i Cagliari, eller samtlige seks havne, hvori der er oprettet aziendaer, skal betragtes som en væsentlig del af fællesmarkedet. Såfremt den nationale ret vælger at anlægge en samlet betragtning, vil den enkelte havns økonomiske betydning være mindre afgørende, idet havne med aziendaer turde omfatte en betydelig del af den italienske stats område i den nævnte retspraksis forstand.

70. Alene såfremt den forelæggende ret måtte antage, at aziendaerne indtager en

45 — GT-Link-dommen, nævnt i fodnote 22, præmis 37, hvori henvises til dommen i Merci convenzionali Porto di Genova-sagen, nævnt i fodnote 11, præmis 15.

46 — Nævnt i fodnote 11.

47 — Dommen i sagen Centre d'insémination de la Crespelle, nævnt i fodnote 12, præmis 17.

dominerende stilling på det relevante marked, og at dette udgør en væsentlig del af fællesmarkedet, skal der tages stilling til spørgsmålet om et eventuelt misbrug.

d) Spørgsmålet, om der foreligger misbrug

71. Artikel 82 EF kræver endvidere, at den pågældende virksomhed har begået misbrug, og endelig at dette kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. Ifølge artikel 86, stk. 1, EF skal visse statslige foranstaltninger for så vidt sidestilles med den pågældende virksomheds adfærd.

i) Misbrug

72. Udgangspunktet for disse betragtninger er Domstolens efterhånden helt faste praksis, hvorefter »alene den omstændighed, at der skabes en dominerende stilling ved tildeling af særlige eller eksklusive rettigheder, ikke i sig selv er uforenelig med traktatens artikel 86 [nu artikel 82 EF], men en medlemsstat tilsidesætter forbuddene i traktatens artikel 90, stk. 1 [nu artikel 86, stk. 1, EF], sammenholdt med artikel 86 [nu artikel 82 EF], når den ved lov eller administrativt fastsatte bestemmelser skaber en situation, hvor en virksomhed, som den har indrømmet særlige eller eksklusive rettigheder, nødvendigvis kommer til at misbruge sin dominerende stilling« [48].

73. Såfremt den nationale retsinstans måtte nå frem til, at aziendaerne på grund af de konkrete omstændigheder, bl.a. under hensyn til de opgaver, de er blevet tillagt vedrørende havneinfrastrukturen, de geografiske forhold eller den begrænsede økonomiske betydning af de omhandlede havne, vilkårligt er i stand til at påvirke det relevante marked, skal det endvidere undersøges, om staten har bragt aziendaerne i en situation, hvor de nødvendigvis kommer til at handle i strid med artikel 82 EF [49].

74. I denne forbindelse kan der være tale om to former for misbrug: dels misbrug forårsaget af udnyttelse, dels misbrug i form af hindringer.

75. Misbrug forårsaget af udnyttelse må antages at foreligge, når »indehaveren af [den dominerende] stilling har udnyttet de muligheder, den indbærer, til at opnå

48 — TNT Traco-dommen, nævnt i fodnote 9, præmis 44, hvori henvises til GT-Link-dommen, nævnt i fodnote 22, præmis 33, og dommen i sagen Dusseldorp m.fl., nævnt i fodnote 33, præmis 61. Jf. også dommen i sagen Sydhavnens Sten & Grus, nævnt i fodnote 22, præmis 66.

49 — Jf. tillige Sydhavnens Sten & Grus-dommen, nævnt i fodnote 22, præmis 67: »Domstolen har således fastslået, at en medlemsstat uden at overtræde traktatens artikel 86 kan tildele eksklusive rettigheder til bestemte virksomheder, såfremt disse ikke misbruger deres dominerende stilling og ikke nødvendigvis foranlediges til at begå et sådant misbrug«, med henvisning til dom af 18.6.1998, sag C-266/96, Corsica Ferries France, Sml. I, s. 3949, præmis 41.

handelsfordele, som den pågældende ikke kunne have opnået, såfremt der havde foreligget en normal og tilstrækkeligt effektiv konkurrence.« [50]

76. Denne form for misbrug omfatter navnlig situationer, hvor »den virksomhed, der har den dominerende stilling, opkræver urimelige priser eller priser, der ikke står i et rimeligt forhold til den økonomiske værdi af de præsterede ydelser [51] (jf. bl.a. dom af 5.10.1994, sag C-323/93, Centre d'insémination de la Crespelle, Sml. I, s. 5077, præmis 25, og GT-Link-dommen, præmis 39).

77. Ifølge Domstolen gør dette sig »så meget desto mere gældende, når en sådan virksomhed modtager betaling for tjenesteydelser, som den ikke selv har præsteret« [52].

78. Generaladvokat Alber havde i TNT Traco-sagen i modsætning dertil henvist til, at opkrævning af en afgift ikke kan sammenlignes med et misbrug i form af et tvungent vederlag for en ikke erlagt tjenesteydelse, idet en sådan byrde ikke kunne have været opnået ved en handlemåde foretaget af en virksomhed med en dominerende stilling [53].

79. Denne snævre fortolkning af artikel 86, stk. 1, EF er ikke uproblematisk, idet denne bestemmelse netop skal opfange situationer, hvor staten foranlediger eller tvinger virksomheder, som den har indflydelse på, til at udvise en adfærd, som den pågældende virksomhed ikke selv ville have udvist.

80. En løsning af den foreliggende sag i analogi med TNT Traco-sagen forekommer imidlertid ligeså lidt overbevisende. Jeg deler ganske vist Kommissionens synspunkt om, at det ikke i *økonomisk* henseende gør nogen forskel, om en offentlig virksomhed selv opkræver en afgift, eller om den modtager provenuet — eller en del deraf — af en afgift, som staten har opkrævet. Retligt set udgør det imidlertid efter min opfattelse en væsentlig forskel, om virksomheden i den ene situation »forledes« af staten til at udvise en bestemt adfærd, mens virksomheden i den anden — den her foreliggende — situation overhovedet ikke udviser nogen adfærd med hensyn til afgiften.

81. Det er følgelig min opfattelse, at et misbrug snarere skal undersøges i relation til virkningerne af den omhandlede ordning. Det følger endvidere af Domstolens praksis, at såfremt en virksomhed, som medlemsstaten har indrømmet særlige eller eksklusive rettigheder, udvider eller øger sin dominerende stilling i kraft af en statslig foranstaltning, vil en sådan foranstaltning stride mod traktatens artikel 86 EF, sammenholdt med artikel 82 EF [54].

50 — United Brands-dommen, nævnt i fodnote 27, præmis 248 ff.

51 — TNT Traco-dommen, nævnt i fodnote 9, præmis 46, hvori henvises til Centre d'insémination de la Crespelle-dommen, nævnt i fodnote 12, præmis 25, og GT-Link-dommen, nævnt i fodnote 22, præmis 39.

52 — TNT Traco-dommen, nævnt i fodnote 9, præmis 47.

53 — Punkt 66 og 67 i forslag til afgørelse i TNT Traco-sagen, nævnt i fodnote 9.

54 — Jf. Ambulanz Glöckner-dommen, nævnt i fodnote 10, præmis 40, hvori henvises til GB-Inno-BM-dommen, nævnt i fodnote 31, præmis 21, og dommen i sagen Dusseldorp m.fl., nævnt i fodnote 33, præmis 61.

82. I TNT Traco-sagen fandt generaladvokat Alber, at der forelå misbrug som følge af en konkurrenceforvridning til fordel for Poste Italianes aktiviteter — og følgelig i en udvidelse af Poste Italianes dominerende stilling på et bestemt marked som følge af byrder, der påhvilede dets konkurrenter på et andet marked [55].

83. Kommissionen gør også under denne sag det synspunkt gældende, som den allerede gav udtryk for i TNT Traco-sagen, hvorefter misbruget ligger i udvidelsen af den dominerende stilling på et bestemt marked som følge af byrder, der påhviler samtlige konkurrenter. Også i dette tilfælde kan man tale om en styrkelse af aziendaernes stilling på markedet for lasthåndtering som følge af en overførsel af midler.

84. Misbrug i form af udnyttelse af aziendaernes eventuelt dominerende stilling kunne efter min opfattelse findes i den omstændighed, at overførsel af en del af havneafgiftsprovenuet har en konkurrenceforvridende virkning. Den italienske regering har således gjort gældende, at overførslen af midler i realiteten har til formål at virke »prisunderstøttende«: De giver nemlig aziendaerne mulighed for at udføre havnetjenesteydelser til priser, der ligger lavere end de markedsøkonomiske priser. Det kan af dette argument udledes, at aziendaerne i sidste ende kræver for lave — og ikke for høje — og dermed i relation til den markedsøkonomiske pris tilsvarende uforholdsmæssige priser. Såfremt denne adfærd med overlæg er rettet mod konkurrenterne, udgør dette imidlertid i lige så høj grad et misbrug [56].

ii) Påvirkning af samhandelen inden for Fællesskabet

85. Såfremt det antages, at aziendaernes eventuelt dominerende stilling udgør misbrug, skal det endelig undersøges, om det konstaterede misbrug af en dominerende stilling er egnet til at påvirke samhandelen inden for Fællesskabet [57].

86. En sådan påvirkning foreligger kun, »når det på grundlag af alle retlige og faktiske omstændigheder med tilstrækkelig sandsynlighed kan forudses, at den kan have en direkte eller indirekte, aktuel eller potentiel indflydelse på samhandelen mellem medlemsstaterne på en måde, der kan være til skade for virkeliggørelsen af målene for et indre marked i medlemsstaterne. Desuden må denne indflydelse ikke være ubetydelig« [58].

55 — Nævnt i fodnote 9, punkt 74.

56 — Domstolen har i lighed hermed allerede fastslået, at såfremt en dominerende virksomhed foretager en selektiv prisnedsættelse, udgør dette et misbrug, såfremt de lavere priser er rettet mod konkurrenterne, jf. dommen i sagen Compagnie maritime belge transports m.fl., nævnt i fodnote 32, præmis 117.

57 — Jf. bl.a. Bodson-dommen, nævnt i fodnote 21, præmis 22, GT-Link-dommen, nævnt i fodnote 22, præmis 44, og Ambulanz Glöckner-dommen, nævnt i fodnote 10, præmis 48.

58 — Ambulanz Glöckner-dommen, nævnt i fodnote 10, præmis 49, hvori henvises til dom af 28.4.1998, sag C-306/96, Javico, Sml. I, s. 1983, præmis 16.

87. For så vidt angår tjenesteydelser kan denne påvirkning bestå i, »at den omhandlede virksomhed er tilrettelagt på en sådan måde, at fællesmarkedet bliver opdelt, og den frie udveksling af tjenesteydelser, som er et af traktatens mål, hindret[...] Samhandelen mellem medlemsstater kan endvidere påvirkes af en foranstaltning, der er til hinder for, at en virksomhed etablerer sig i en anden medlemsstat for at udføre tjenesteydelser på det omhandlede marked« [59].

88. Det tilkommer således den nationale ret at efterprøve, om der i betragtning af de særlige erhvervsmæssige forhold på det lokale marked for lasthåndtering er tilstrækkelig sandsynlighed for, at en overførsel til aziendaerne af en del af havneafgifterne faktisk hindrer andre erhvervsdrivende i at udføre tilsvarende ydelser i de pågældende italienske havne [60]. Når henses til tvisten i hovedsagen, er det navnlig tænkeligt, at andre virksomheder, som ønsker at udføre ydelser inden for lasthåndtering i havnene i henholdsvis Cagliari eller Portovesme, eller som vil udføre lasthåndtering ved egen hjælp, afholdes eller afskæres fra at drive virksomhed på dette marked som følge af de fordelagtigt lave priser, som aziendaerne i Cagliari anvender ved hjælp af overførslen af en del af havneafgiftsprovenuet.

e) Begrundelse i artikel 86, stk. 2, EF

89. Såfremt den nationale retsinstans under hensyn til de ovennævnte betragtninger måtte fastslå, at den omhandlede nationale ordning er omfattet af forbuddet i artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF, skal det endelig undersøges, om der er tale om en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse som omhandlet i artikel 86, stk. 2, EF, således som den italienske regering har gjort gældende.

90. Det følger af Domstolens faste praksis, at en medlemsstat kan påberåbe sig artikel 86, stk. 2, EF som grundlag for at tildele en virksomhed, som har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, eksklusive rettigheder, der bl.a. er i strid med traktatens artikel 82 EF, 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 [61].

91. Det skal følgelig undersøges, om aziendaerne har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk inter-

59 — Ambulanz Glöckner-dommen, nævnt i fodnote 10, præmis 49, og den deri nævnte retspraksis.

60 — Jf. i samme retning også Ambulanz Glöckner-dommen, nævnt i fodnote 10, præmis 50.

61 — Sydhavnens Sten & Grus-dommen, nævnt i fodnote 22, præmis 74.

esse, og hvorvidt den selektive overførsel af midler er nødvendig for opfyldelsen af den særlige opgave, som de har fået overdraget.

i) Tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse

92. En anvendelse af artikel 86, stk. 2, EF forudsætter [62], at medlemsstaten definerer indholdet af de forpligtelser og begrænsninger, som pålægges i forbindelse med tildelingen af den særlige opgave, at disse forpligtelser endvidere gælder specielt for disse virksomheder og deres aktiviteter, at de har en forbindelse med formålet med den pågældende tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse, samt at de direkte er rettet mod denne interesse.

93. Det fremgår af den foreliggende sags akter, at aziendaerne dels leverer ydelser direkte til staten, idet de forvalter og vedligeholder en del af havneinstallationerne [63], og dels leverer de ydelser til andre erhvervsdrivende, idet de navnlig deltager i konkurrencen på markedet for lasthåndtering og tilbyder deres ydelser på dette marked.

62 — Dom af 23.10.1997, sag C-159/94, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 5815, præmis 65-69.

63 — Jf. navnlig den ovenfor nævnte lov nr. 961/67.

94. De tjenesteydelser, som aziendaerne leverer, kan i to henseender være af almindelig økonomisk interesse. Den italienske regering finder, at aziendaerne:

— dels bidrager til at sikre havneinstallationernes funktionsdygtighed samt hensynet til skibsfartens sikkerhed ved anløb af havnene

— dels har til opgave at sikre lasthåndtering til en rimelig pris, specielt i mindre havne. Med andre ord skal aziendaerne sikre opretholdelsen af en høj kvalitativ havneinfrastruktur og sikre, at denne infrastruktur udbydes som en generel tjeneste, også i havne, der ud fra en rent økonomisk betragtning åbenbart er mindre attraktive.

95. Domstolen har allerede udelukket, »at driften af enhver trafikhavn vedrører udførelsen af en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse, og [...] at alle de ydelser, der leveres i en sådan havn, vedrører en sådan opgave« [64]. Desuagtet har Domstolen fastslået, at visse tjenesteydelser i havne, herunder tilbud om en almindelig fortøjningstjeneste [65] eller visse

64 — GT-Link-dommen, nævnt i fodnote 22, præmis 52. Jf. endvidere allerede dommen i Merci Convenzionali Porto di Genova-sagen, nævnt i fodnote 11, præmis 25 ff., og generaladvokat Van Gervens forslag til afgørelse i denne sag, punkt 27.

65 — Corsica Ferries France-dommen, nævnt i fodnote 49, præmis 45.

privilegier i en flodhavn [66], udgør tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse.

96. Afgørende for, om en tjenesteydelse er af almindelig økonomisk interesse, er, om den pågældende ydelse har »en sådan almindelig økonomisk interesse, at det adskiller sig fra andre af erhvervslivets aktiviteter« [67]. I Corsica Ferries II-dommen [68] antoges det særlige kriterium at være til stede, idet ydelsen skulle sikres til enhver tid og til enhver bruger af hensyn til sikkerheden i havnene. I GT-Link-dommen udelukkede Domstolen ikke, at »den blotte tilrådighedsstillelse af havnefaciliteter skulle kunne betegnes som en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse« [69]. Endelig anerkendte Domstolen i SIOT-dommen [70], at »de mere ubestemte ydelser som følger af adgangen til at benytte havnebassiner eller havneanlæg, hvis farbarhed og vedligeholdelse påhviler offentlige myndigheder, [...] også [skal] anses for at modsvare transportomkostninger«.

97. Det er følgelig min opfattelse, at den nationale retsinstans navnlig skal efterprøve, hvorvidt aziendaerne er blevet pålagt at garantere havneinfrastrukturerne og havnerelaterede tjenesteydelser i form af lasthåndtering som en generel tjeneste. I denne forbindelse skal der tages hensyn til de kriterier, som er fastlagt i retspraksis — at tjenesterne er et tilbud til enhver og til enhver tid, til ensartede priser og på betingelser, som kun kan variere på grundlag af objektive kriterier [71].

98. Med hensyn til havneinfrastruktur bemærkes, at vedligeholdelse af havneinstallationer som sådan har til formål at garantere deres sikkerhed, og følgelig sikkerheden for skibsfarten i havnen. Det fremgår ikke af hovedsagen, hvorvidt de ovennævnte ydelser fra aziendaerne til staten har sådanne karakteristika, at de kan begrunde en kompensation for brugen som følge af de heraf følgende omkostninger [72]. Årsagen til, at dette ikke er oplyst, er formentlig, at disse ydelser ikke er genstand for tvisten i hovedsagen.

99. At stille lasthåndteringsydelser til disposition til rimelige priser hænger sammen med spørgsmålet om en generel tjeneste og kræver en differentieret gennemgang: Ganske vist følger det af den anførte retspraksis [73], at »havnearbejde bestående i lastning, losning, omladning, oplagring og håndtering af varer og materiel i havnen ikke

66 — Dom af 14.7.1971, sag 10/71, Müller, Sml. 1971, s. 165, org.ref.: Rec. s. 723, præmis 11.

67 — Jf. navnlig GT-Link-dommen, nævnt i fodnote 22, præmis 53.

68 — Nævnt i fodnote 49.

69 — Nævnt i fodnote 22, præmis 54.

70 — Dom af 16.3.1983, sag 266/81, SIOT, Sml. s. 731, præmis 21.

71 — Jf. bl.a. dom af 27.4.1994, sag C-393/92, Almelo, Sml. I, s. 1477, præmis 48. Jf. tillige Corbeau-dommen, nævnt i fodnote 20, præmis 15, og vedrørende monopol på el og gas den i fodnote 62 nævnte dom, præmis 57 f. Jf. endvidere betragtningerne i Blum/Logue, *State monopolies under EC Law*, s. 175 ff.

72 — For så vidt angår ground handling-markedet giver artikel 16, stk. 3, i Rådets direktiv 96/67/EF af 15.10.1996 om adgang til ground handling-markedet i Fællesskabets lufthavne (EFT L 272, s. 36) mulighed for at opkræve betaling for adgang til luftshavnsanlæggene, navnlig hos brugere, der udfører egen-handling. Fortolkningen af denne bestemmelse er genstand for den verserende sag C-363/01, Flughafen Hannover-Langenhagen.

73 — Jf. fodnote 64.

nødvendigvis har en sådan almindelig økonomisk interesse, at det adskiller sig fra andre af erhvervslivets aktiviteter«. På den anden side fremgår det af artikel 6 i Kommissionens ændrede forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om markedsadgang for havnetjenester (KOM/2002/0101 endelig udg.), at meddelelse af tilladelse til leverandører af havnetjenester kan gøres betinget af krav om »offentlig tjeneste hvad angår sikkerhed, regelmæssighed, kontinuitet, kvalitet og pris samt de betingelser, i henhold til hvilke tjenesten skal leveres«.

100. Den omstændighed, som den italienske regering har gjort gældende, at aziendaerne er oprettet i havne med ringe trafik, kunne således være det særlige kendetegn, hvorved de »adskiller« sig fra andre havne i den ovennævnte retspraksis' forstand.

ii) Nødvendighed

101. Selv om de opgaver, der er blevet overdraget aziendaerne, faktisk kunne anses for ydelser af almindelig økonomisk interesse, kræves det, at den pågældende medlemsstats regering på tilfredsstillende måde godtgør over for den forelæggende ret, at overdragelsen af eksklusive rettigheder — her i form af overførsel af midler [74] — er nødvendig for virksomhedens opfyldelse af den særlige opgave, samt at den pågældende virksomhed ville være ude af i stand til at opfylde den opgave, som er overdraget den, hvis den omtvistede foranstaltning ikke blev truffet [75].

102. Det er således tvivlsomt, hvorvidt overførslen af midler er nødvendig for aziendaernes opfyldelse af denne eventuelle opgave [76]. Dette kan kun antages, såfremt den italienske regering er i stand til at godtgøre, at de anviste midler kompenserer de byrder, der er forbundet med de særlige opgaver. På grundlag af den italienske regerings egne argumenter må dette i hvert fald formodes at være tvivlsomt.

103. For det første skal jeg erindre om, at den italienske regering klart skal identificere de byrder, der følger af overtagelsen af de særlige opgaver [77].

74 — Jf. ovenfor i punkt 55 ff. for så vidt angår mit forbehold med hensyn til at anse tildeling af midler for indrømmelse af eksklusive rettigheder. Intet i relation til artikel 86, stk. 2, EF taler mod at anse tildeling af midler for indrømmelse af eksklusive rettigheder, idet artikel 86, stk. 2, EF også kan påberåbes som begrundelse for statsstøtte.

75 — Dusseldorp-dommen, nævnt i fodnote 33, præmis 67.

76 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, nævnt i fodnote 62, vedrørende monopol på el og gas, præmis 96: En undtagelse fra traktatbestemmelserne kan gøres, hvis det er nødvendigt for at den udpegede virksomhed kan opfylde den særlige opgave på acceptable økonomiske vilkår.

77 — Jf. ovenfor, punkt 101.

104. Endvidere må man gå ud fra, at tildelingen af en del af havneafgiftsprovenuet ikke er aziendaernes eneste kilde til finansiering. Det fremgår af det nationale regelsæt, at omkostningerne til nyt udstyr afholdes af staten, såfremt aziendaernes budget ikke tillader andet. Dette viser i øvrigt klart, at den statslige intervention til sikring af et afbalanceret budget er yderst fleksibel. Endvidere råder aziendaerne over indtægterne fra det forvaltede udstyr samt midler fra gensidige hjælpekasser eller fra andre økonomiske transaktioner.

105. Det fremgår således, at det næppe er muligt at foretage en sammenligning mellem aziendaernes omkostninger som følge af eventuelt særlige opgaver og den kompensation, som staten yder herfor. Den af Kommissionen med direktiv 2000/52/EF [78] tilsigtede gennemskuelighed af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder mangler åbenbart [79]. Den manglende mulighed for at sammenligne aziendaernes omkostninger og den statslige kompensation er endvidere af betydning ved vurderingen af tvisten i hovedsagen i relation til bestemmelserne om statsstøtte [80].

78 — Direktiv af 26.7.2000 om ændring af direktiv 80/723/EØF om gennemskueligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder, EFT L 193, s. 75.

79 — I denne forbindelse bemærkes, at det ændrede forslag til et direktiv om markedsadgang for havnetjenester, jf. fodnote 24, tilsigter en gennemskuelighed af finansieringsrelationerne mellem medlemsstaterne og havnene; jf. navnlig artikel 12 om regnskaber for havnetjenesteaktiviteter.

80 — Jf. nedenfor i punkt 138 ff.

106. Endvidere har lov nr. 84/94 åbenbart henlagt forvaltningen af de omhandlede havneinstallationer tillige med den delvise overførsel af havneafgifterne til de statslige havnemyndigheder, med undtagelse af lastning og losning, som fortsat tilbydes gennem aziendaerne. Dette viser klart, at den omhandlede overførsel af midler for at stille lasthåndteringstjenester til disposition til rimelige priser trods alt ikke turde være nødvendig.

107. Henset til de anførte omstændigheder forekommer en begrundelse ifølge artikel 86, stk. 2, EF således ikke indlysende; det tilkommer imidlertid den nationale retsinstans at foretage en endelig undersøgelse på grundlag af de nævnte kriterier.

f) Det femte præjudicielle spørgsmål, for så vidt det angår misbrug af en dominerende stilling

108. Med det femte præjudicielle spørgsmål, for så vidt det angår misbrug af en dominerende stilling, ønsker Corte Suprema di Cassazione navnlig oplyst, hvilken betydning et misbrug af en dominerende stilling i strid med artikel 86, stk. 1, EF har for de foreliggende afgiftsbestemmelser.

109. Det bemærkes for det første, at artikel 82 EF, også inden for rammerne af artikel 86 EF, har »direkte virkning og medfører rettigheder for borgerne, som de nationale retter skal beskytte« [81]. Domstolen har endvidere fastslået, at personer eller virksomheder, som af en offentlig virksomhed er blevet pålagt havneafgifter, der er i strid med artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF, principielt har ret til at få tilbagebetalt de urigtigt erlagte afgifter [82].

110. I den foreliggende sag pålægges afgiften imidlertid ikke af en offentlig virksomhed, men af staten, der overfører en væsentlig del af afgiftsprovenuet til aziendaerne. Aziendaernes eventuelt dominerende stilling som følge af de omhandlede afgiftsbestemmelser udvides alene i det omfang afgiftsprovenuet delvist overføres til aziendaerne.

111. Såfremt den nationale retsinstans måtte fastslå, at der foreligger misbrug af en dominerende stilling, ville der alene være tale om uforenelighed med fællesskabsretten for så vidt angår den del af afgiftsprovenuet, der overføres til aziendaerne.

81 — GT-Link-dommen, nævnt i fodnote 22, præmis 57.
82 — Nævnt ovenfor, præmis 61.

V — Det tredje og det femte præjudicielle spørgsmål i det omfang de vedrører statsstøtte

112. Ifølge artikel 87 EF er statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form, og som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, uforenelig med fællesmarkedet i det omfang, den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne.

113. Med det tredje præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret navnlig oplyst, om overførslen af en betydelig del af den omhandlede havneafgift til aziendaerne udgør statsstøtte. I bekræftende fald ønsker den oplyst, om den nævnte ordning ikke må anvendes, når der ikke er givet meddelelse til Kommissionen om støtten. Endelig ønsker den oplyst, om uforeneligheden med fællesskabsretten angår afgiftsopkrævningen eller alene den delvise overførsel af afgiften.

A — *Parternes argumenter*

114. *Enirisorse* og *Kommissionen* har gjort gældende, at aziendaerne i Cagliari er en

virksomhed, og at overførslen af en del af havneafgiftsprovenuet er selektiv. Denne overførsel påvirker handelen mellem medlemsstater og fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencen, i det omfang aziendaerne konkurrerer med virksomheder fra andre medlemsstater, der vil foretage lasthåndtering ved egen hjælp.

115. Overførslen er en finansiel fordel, der åbenbart ydes af statsmidler. *Kommissionen* har imidlertid i denne forbindelse anført, at Domstolen i PreussenElektra-sagen [83] fastslog, at den forpligtelse, der påhviler de private elforsyningsvirksomheder til at købe elektricitet fremstillet fra vedvarende energikilder til fastsatte mindstepriser, ikke udgør nogen direkte eller indirekte overførsel af statsmidler til producenterne af denne type elektricitet, således at der ikke er tale om statsstøtte i artikel 87, stk. 1, EF's forstand. Uanset at der i hovedsagen klart er tale om en overførsel af statsmidler, idet havneafgiften skal erlægges til staten, der efterfølgende overfører en del af provenuet til aziendaerne, er den foreliggende sag ud fra en økonomisk betragtning sammenlignelig med Preussen Elektra-sagen, idet staten i begge tilfælde har etableret en ordning, der skal sikre en overførsel af midler. At tillægge betalingsmåden betydning — i den foreliggende sag til fordel for staten, i Preussen Elektra-sagen til fordel for en virksomhed — er ikke foreneligt med princippet om, at virkningen er det væsentlige element for så vidt angår statsstøtte.

83 — Nævnt i fodnote 14.

116. Det er endvidere Kommissionens opfattelse, at det tilkommer den nationale ret at godtgøre, om foranstaltningen hindrer samhandelen mellem medlemsstaterne og fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencen.

117. Den *italienske regering* har understreget, at den foreliggende foranstaltning ikke er en retsstridig statsstøtte. Havneafgiften er nødvendig af socio-økonomiske grunde og er i almenhedens interesse [84]. Den har henvist til den ringe trafik i havnen i Portovesme og gjort gældende, at priserne ville stige kraftigt i sådanne havne, såfremt omkostningerne i forbindelse med de tjenesteydelser, som aziendaerne præsterer, blev beregnet på grundlag af rent markedsøkonomiske kriterier. Ifølge PreussenElektra-dommen [85] kan omkostningerne til en offentlig ydelse endvidere fordeles mellem en række virksomheder for at opretholde denne tjenesteydelse.

118. Foranstaltningen ville endvidere kunne betragtes som støtte til fremme af visse erhvervsgrene eller økonomiske regioner som omhandlet af artikel 87, stk. 3, litra c), EF.

119. Den nationale ret har følgelig ikke kompetence til at gribe ind på grundlag af artikel 88, stk. 3, EF.

84 — Jf. tillige vedrørende dette argument ovenfor i punkt 28.

85 — Nævnt i fodnote 14.

120. *Enirisorse* og *Kommissionen* udelukker, at den omtvistede ordning kan være begrundet i artikel 86, stk. 2, EF. Kommissionen finder ikke, at forelæggelseskendelsen indeholder faktiske omstændigheder, der kan begrunde nødvendigheden af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse. Følgelig kan Ferring-dommen [86] heller ikke anvendes analogt. Enirisorse har endvidere gjort gældende, at den omstændighed, at der ikke er etableret aziendaer i samtlige italienske havne, godtgør, at deres virksomhed ikke er nødvendig. Ifølge Enirisorse og Kommissionen er ordningen endvidere retsstridig, idet der ikke er blevet givet Kommissionen meddelelse herom.

B — *Retlig vurdering*

1) Spørgsmålet, om det tredje præjudicielle spørgsmål kan admitteres

121. Den forelæggende ret rejser selv spørgsmålet om, hvorvidt det tredje præjudicielle spørgsmål kan admitteres: Genstanden for tvisten i hovedsagen vedrører forpligtelsen til at betale en afgift og lovligheden af at *opkræve* denne afgift, mens det tredje præjudicielle spørgsmål udtrykkeligt vedrører *overførslen* af en del af afgiftsprovenuet til en offentlig virksomhed.

86 — Dom af 22.11.2001, sag C-53/00, Ferring, Sml. I, s. 9067.

122. Spørgsmålet om, hvorvidt overførslen af midler skal betragtes som statsstøtte, kunne følgelig være irrelevant for det spørgsmål, som er rejst under tvisten i hovedsagen, nemlig hvorvidt afgiftsopkrævningen er lovlig. Ifølge Domstolens praksis kan »personer, der skal betale en afgift [...] nemlig ikke unddrage sig betaling under henvisning til, at den fritagelse, der gælder for andre personer, er statsstøtte« [87]. Domstolen har følgelig fastslået, at spørgsmålet om, hvorvidt en afgiftsfritagelse udgjorde statsstøtte, var åbenbart irrelevant for sager, der vedrørte en forpligtelse til at betale afgift. Denne retspraksis kunne fortolkes således, at den omstændighed, at en foranstaltning anses for statsstøtte, ganske vist fører til, at den betalte afgift kan kræves tilbagebetalt, men ikke til fritagelse for afgiften.

123. Genstanden for den foreliggende tvist er imidlertid en forpligtelse til betaling af en afgift. I retsmødet henviste Enirisorse endvidere udtrykkeligt til, at sigtet med anbringendet om statsstøtte var at undgå at betale havneafgiften.

124. Jeg finder imidlertid, at det tredje præjudicielle spørgsmål tillige med det femte spørgsmål bør admitteres af flere grunde.

87 — Dom af 20.9.2001, sag C-390/98, Banks & Co., Sml. I, s. 6117, præmis 80, hvori henvises til dom af 9.3.2000, sag C-437/97, EKW m.fl., Sml. I, s. 1157, præmis 51-54, og af 13.7.2000, sag C-36/99, Idéal tourisme, Sml. I, s. 6049, præmis 26-29.

125. For det første henvises til Domstolens praksis, hvorefter det principielt tilkommer den nationale ret at vurdere, hvorvidt en præjudiciel forelæggelse er nødvendig [88].

126. Det bemærkes endvidere, at en tilsvarende argumentation allerede blev fremført af den franske regering under Ferring-sagen [89] og under GEMO-sagen [90]. I Ferring-sagen blev denne argumentation afvist af generaladvokat Tizzano [91]; Domstolen kom ikke i dommen nærmere ind på dette spørgsmål. I GEMO-sagen tilsluttede generaladvokat Jacobs sig den af generaladvokat Tizzano anførte argumentation [92].

127. I den foreliggende sag forekom det endvidere den forelæggende ret rimeligt at forelægge sagen for Domstolen netop på baggrund af spørgsmålet om, hvorvidt opkrævning af afgiften kan isoleres fra overførslen af en del af provenuet, dvs. dens anvendelse, såfremt den defineres som statsstøtte. Det tredje præjudicielle spørgsmål fremtræder i denne forbindelse som et præliminært spørgsmål til det femte præjudicielle spørgsmål. Det er derfor nødvendigt indholdsmæssigt at behandle det tredje præjudicielle spørgsmål, uanset om det alene er for at tage stilling til, om det henhører under fællesskabsretten at besvare spørgsmålet om, hvorvidt den eventuelle ugyldighed — ifølge artikel 88, stk. 3, EF — med hensyn til den omhandlede overførsel af midler tillige omfatter selve opkrævningen [93].

128. Det tredje præjudicielle spørgsmål kan følgelig admitteres.

2) Det tredje og det femte præjudicielle spørgsmål

129. Med første led af det tredje præjudicielle spørgsmål ønsker Corte Suprema di Cassazione navnlig oplyst, om overførslen af en del af havneafgiften til aziendaerne udgør en statsstøtte som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF.

a) Kriterierne vedrørende begrebet statsstøtte

130. En foranstaltning er omfattet af forbuddet i artikel 87, stk. 1, EF, såfremt

88 — Jf. ovenfor, punkt 28 ff., og den i fodnote 14 nævnte retspraksis.

89 — Jf. den i fodnote 86 nævnte dom.

90 — Sag C-126/01, i hvilken generaladvokat Jacobs fremsatte forslag til afgørelse den 30.4.2002, dom af 20.11.2003, Sml. I, s. 13769, på s. 13772.

91 — Jf. punkt 20-24 i forslag til afgørelse i den i fodnote 86 nævnte sag.

92 — Jf. navnlig punkt 35-48 i det i fodnote 90 nævnte forslag til afgørelse.

93 — Jf. nedenfor i punkt 177 ff.

— den giver en selektiv fordel til visse virksomheder eller visse produktioner

— fordelen tildeles direkte eller indirekte i form af offentlige midler

— fordelen kan fordreje eller true med at fordreje konkurrencen; og

— den pågældende foranstaltning kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne.

131. I den foreliggende sag er det ikke omtvistet, at aziendaerne er *virksomheder* i konkurrenceretlig forstand [94].

132. Overførsel af en del af havneafgiftsprovenuet kommer heller ikke samtlige havnevirksomheder i Italien til gode, men tilfalder alene aziendaerne, der er oprettet i seks italienske havne, således at foranstaltningen også kendetegnes af en vis *selektivitet* [95].

133. Denne overførsel udgør tillige en *transfer af statsmidler*, idet den ydes direkte af provenuet af den havneafgift, der opkræves af statskassen. Der er herved tale om en positiv ydelse fra staten, i hvilken henseende den foreliggende sag ligeledes adskiller sig fra PreussenElektra-sagen [96].

134. Med hensyn til spørgsmålet om *konkurrencefordrejning* og *påvirkning af handelen mellem medlemsstater* bemærkes, at »når en fordel, som ydes af en medlemsstat, styrker en virksomheds position i forhold til andre virksomheder, som den konkurrerer med i samhandelen inden for Fællesskabet, må det antages, at denne samhandel påvirkes af denne fordel« [97].

135. I den foreliggende sag må den omhandlede foranstaltning antages at angå den internationale varehandel, i det omfang den har forbindelse med havnetjenesten. Det må følgelig antages, at varer fra andre medlemsstater losses og lastes i de pågældende havne, således at det synes nærliggende at antage — med forbehold af den nationale rets endelige efterprøvelse — at der foreligger en påvirkning af handelen mellem medlemsstater.

94 — Jf. allerede ovenfor i punkt 35 og 36.

95 — Jf. for så vidt angår betingelsen om selektivitet især dom af 8.11.2001, sag C-143/99, Adria-Wien Pipeline m.fl., Sml. I, s. 8365, præmis 34 f.

96 — Jf. den i fodnote 14 nævnte dom.

97 — Ferring-dommen, nævnt i fodnote 86, præmis 21, hvori henvises til dom af 17.9.1980, i sag 730/79, Philip Morris, Sml. s. 2671, præmis 11.

136. Det må endvidere antages, at aziendaerne inden for lasthåndtering konkurrerer med virksomheder fra andre medlemsstater, navnlig med virksomheder, der selv foretager en sådan, således at der ligeledes er en nærliggende risiko for konkurrencefordrejning.

137. Endelig er det navnlig tvivlsomt, om den omhandlede foranstaltning har en *begunstigende virkning*. Den italienske regering afviser dette, idet den herved henviser til godtgørelse for tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse.

b) Offentlig kompensation for tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse: den aktuelle diskussion

138. Behandlingen af offentlige kompensationsydelser for tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse i Domstolens nyere praksis [98] har givet anledning til diskussion i den juridiske litteratur [99] samt blandt generaladvokaterne [100], idet disse ydelser er centrum for en politisk interesse [101].

139. Henset til mine ovenfor anførte betænkeligheder [102] med hensyn til muligheden for at antage, at den omhandlede ordning kan være begrundet i artikel 86, stk. 2, EF, skal jeg her alene supplerende kommentere denne diskussion, nemlig for det tilfælde at Domstolen måtte finde, at den nationale foranstaltning først skal undersøges på baggrund af statsstøttereglerne.

i) Ferring-dommen [103] set på baggrund af ældre retspraksis og Kommissionens praksis

140. Ferring-sagen angik navnlig spørgsmålet om, hvorvidt en afgiftsfritagelse var omfattet af reglerne om statsstøtte, såfremt den havde til formål at yde kompensation for særlige byrder som følge af levering af ydelser af almindelig økonomisk interesse.

98 — Jf. navnlig Ferring-dommen, nævnt i fodnote 86, samt tillige Adria-Wien Pipeline-dommen, nævnt i fodnote 95.

99 — Jf. navnlig Nettesheim, Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, *EWS* 2002, s. 253; Gundel, Staatliche Ausgleichszahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse: Zum Verhältnis zwischen Artikel 86 Absatz. 2 EGV und dem EG-Beihilfenrecht, *RIW* 2002, s. 222; Ruge, *EuZW*, 2002, s. 50.

100 — Jf. generaladvokat Légers forslag til afgørelse i sag C-280/00, Altmark Trans, dom af 24.7.2003, Sml. I, s. 7747, på s. 7751, og generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i sag C-126/01, GEMO, nævnt i fodnote 90.

101 — Jf. de dokumenter, der er anført af generaladvokat Jacobs i fodnote 50 i forslag til afgørelse i sag C-126/01, nævnt ovenfor i fodnote 90. Jf. endvidere den senere meddelelse fra Kommissionen om en metodik til horisontal evaluering af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, KOM(2002) 331 endelig udg., og Det Økonomiske og Sociale Udvalgs sonderende udtalelse af 17.7.2002 om »Tjenesteydelser af almen interesse«, nr. 860-2002. I denne forbindelse henvises endvidere til artikel 36 i charteret om grundlæggende rettigheder: »Unionen anerkender og respekterer adgangen til tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, som fastsat i medlemsstaternes lovgivning og praksis, i overensstemmelse med traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab med det formål at fremme social og territorial samhørighed i Unionen«.

102 — Jf. ovenfor i punkt 92 ff.

103 — Nævnt i fodnote 86.

141. Domstolens betragtninger tog udgangspunkt i konstateringen af, at »den omstændighed, at der foreligger en fordel i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i traktatens artikel 92, stk. 1 [nu artikel 87, stk. 1, EF], kan imidlertid ikke automatisk udledes af den forskelsbehandling, som de berørte virksomheder er genstand for« [104]. Det følger heraf, at den pågældende fordel ikke er til stede, »hvor forskelsbehandlingen er berettiget som følge af de særlige hensyn, som begrunder ordningen« [105].

142. Den omstændighed, at visse virksomheder er fritaget for den pågældende afgift, kan efter Domstolens opfattelse betragtes som modydelse for, at de har opfyldt deres forpligtelse til offentlig tjeneste, og udgør følgelig ikke statsstøtte, idet de yderligere udgifter, som virksomhederne påføres som følge af disse offentlige ydelser, dækkes herigennem [106].

143. Den statslige kompensation af omkostninger ved opfyldelsen af forpligtelser til offentlig tjeneste kan følgelig ikke antages at opfylde betingelserne for statsstøtte, når kompensationen ikke overstiger de faktisk påløbne omkostninger, idet der i så fald ikke er tale om en økonomisk fordel.

104 — Nævnt ovenfor, præmis 17.

105 — Jf. den tilsvarende formulering i Adria-Wien Pipeline-dommen, nævnt i fodnote 95, præmis 42: »I henhold til Domstolens praksis opfylder en foranstaltning, som ganske vist udgør en fordel for modtageren, men som berettiges af karakteren eller opbygningen af den ordning, som den er et led i, ikke denne betingelse om selektivitet.«

106 — Ferring-dommen, nævnt i fodnote 86, præmis 27.

144. Denne behandling af kompensationsydelser inden for statsstøtteområdet er bemærkelsesværdig, idet Domstolen hermed fjerner sig fra sin egen [107] samt fra Kommissionens praksis [108] uden at tage stilling til følgerne af denne ændring.

145. Den betragtning, som Domstolen anlagde i Ferring-sagen, adskiller sig imidlertid ikke væsentligt fra dens holdning i ADBHU-sagen [109]. I denne sag havde Domstolen nemlig givet udtryk for, at tilskuddet i henhold til Rådets direktiv 75/439/EØF [110], der finansieredes på grundlag af princippet om, at forureneren betaler — eventuelt i form af en afgift, der opkræves af produkter, som resulterer i olieaffald, eller af olieaffald, og som ikke oversteg de faktiske årlige omkostninger — ikke skulle betragtes som støtte, men som et vederlag for indsamlings- eller bortskaffelsesvirksomhedernes ydelse.

107 — Jf. den i fodnote 112 og 113 anførte retspraksis. Vedrørende retspraksis inden Ferring-dommen, se Koenig/Kühling/Ritter, *EG-Beihilfenrecht*, s. 33.

108 — Jf. vedrørende denne beslutningspraksis, Chérot, J.-Y., Financement des obligations de service public et aides d'État, *Europe* 2000, s. 4. Som eksempel på Kommissionens hensyntagen til begrundelsesmodellen kan nævnes beslutning 1999/133/EF af 10.6.1998 i CELF-sagen, EFT L 44, s. 37: Kommissionen undersøgte den omhandlede ydelse som led i en fransk ordning om fremme af eksport af bøger på grundlag af artikel 87, stk. 1, EF og artikel 87, stk. 3, litra d), EF. Da Kommissionen fandt, at artikel 87, stk. 3, litra d), EF var anvendelig, undlod den at foretage en efterprøvelse på grundlag af artikel 86, stk. 2, EF.

109 — Dom af 7.2.1985, sag 240/83, Sml. s. 531, præmis 18.

110 — Direktiv af 16.6.1975 om bortskaffelse af olieaffald, EFT L 194, s. 23.

146. Denne anskuelse blev forkastet i en dom afsagt af Retten i Første Instans [111] med henvisning til, at støttebegrebet skal fortolkes objektivt — dvs. uden hensyntagen til formålet med overførslen af midler — således at spørgsmålet om, hvorvidt den indrømmede fordel har til formål at tjene som kompensation for en byrde, vedrører begrundelsen. Dommen blev stadfæstet ved en kendelse afsagt af Domstolen [112] — om end uden stillingtagen til spørgsmålet om, hvorvidt statsstøtte allerede begrebsmæssigt var udelukket.

147. I Banco Exterior de España-dommen [113] fastslog Domstolen med hensyn til en afgiftsfritagelse, der var indrømmet offentlige banker i Spanien, på ny, at denne skulle anses for støtte, og at en anvendelse af artikel 86, stk. 2, EF var udelukket, sålænge Kommissionen ikke havde fastslået, at støtten var uforenelig med fællesmarkedet.

ii) Kritik af Ferring-dommen

148. I sit forslag til afgørelse i Altmark Trans-sagen [114] støttede generaladvokat Léger, at man forlod den begrebsmodel, der var lagt til grund i Ferring-dommen.

149. Generaladvokat Légers argumentation bygger i det væsentlige på følgende tre betragtninger:

— støttebegrebet som objektivt begreb

— en potentiel udhuling af artikel 86, stk. 2, EF som følge af begrebsløsningen, idet bestemmelsen herefter ikke kunne finde anvendelse på situationer, hvor vederlaget ikke oversteg omkostningerne i forbindelse med opfyldelsen af forpligtelserne til offentlig tjeneste (i andre situationer har bestemmelsen heller ingen relevans, idet en merkompensation, som kunne begrunde en formodning om støtte, ikke er nødvendig i denne bestemmelses forstand)

— en forringelse af Kommissionens betydning ved undersøgelsen af foranstaltninger til finansiering af offentlige tjenesteydelser som følge af begrebsmodellen.

111 — Dom af 27.2.1997, sag T-106/95, FFSA m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 229. Retten i Første Instans bekræftede denne betragtning i dom af 10.5.2000, sag T-46/97, SIC, Sml. II, s. 2125.

112 — Kendelse af 25.3.1998, sag C-174/97 P, FFSA m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1303.

113 — Dom af 15.3.1994, sag C-387/92, Sml. I, s, 877. Jf. endvidere udtrykkeligt dom af 22.6.2000, sag C-332/98, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 4833, præmis 31 ff.

114 — Nævnt i fodnote 100.

150. I sit forslag til afgørelse i GEMO-sagen [115] kritiserede generaladvokat Jacobs endelig såvel Ferring-dommen som den argumentation, som generaladvokat Léger havde gjort gældende.

151. Konklusionen er, at hverken begrebsmodellen eller begrundelsesmodellen er en ideel løsning i alle situationer [116].

152. Generaladvokat Jacobs støtter således en sondring på grundlag af i) sammenhængen mellem finansieringen og forpligtelserne til offentlig tjeneste og ii) graden af klarhed med hensyn til definitionen af disse forpligtelser [117]. Han støtter således en anvendelse af begrebsmodellen i de situationer, hvor »finansieringsforanstaltninger klart udgør en kompensation for klart definerede forpligtelser til offentlig tjeneste« [118]. Andre situationer bør efter hans opfattelse fortsat være omfattet af Kommissionens statsstøttekontrol.

iii) Stillingtagen og konklusion med hensyn til hovedsagen

153. Såfremt det lægges til grund, at afgørelsen af, om en statslig foranstaltning udgør en støtte, forudsætter en vurdering af, »hvorvidt den virksomhed, foranstaltningen er rettet til, opnår en økonomisk fordel, som den ikke ville have opnået under sædvanlige markedsbetingelser« [119], skal det følgelig undersøges, om den begunstigede virksomhed har præsteret en ydelse, som normalt kun kan forventes erlagt mod vederlag, og om vederlaget står i et passende forhold til denne.

154. En begrebsløsning som i Ferring-dommen kommer således kun på tale, såfremt ydelse og modydelse klart kan identificeres. Med hensyn til tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse bemærkes imidlertid, at det er vanskeligt at fastlægge kriterier for en vurdering af, om godtgørelsen er rimelig, idet man ofte finder ydelser af almindelig økonomisk interesse, hvor »markedskræfterne ikke kan sikre en tilfredsstillende opfyldelse af de pågældende behov« [120].

155. En begrebsløsning kommer følgelig til kort, hvor forpligtelserne til offentlige ydelser ikke er klart defineret. I sådanne tilfælde kan de eventuelle byrder som følge deraf, dvs. omkostningerne, nemlig heller ikke præcist angives. I sådanne situationer er — som anført i generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse — en direkte og åbenbar forbindelse med de indgåede forpligtelser udelukket.

115 — Nævnt i fodnote 90.
116 — Nævnt ovenfor, punkt 117.
117 — Nævnt ovenfor, punkt 118.
118 — Nævnt ovenfor, punkt 119.

119 — Jf. navnlig dom af 11.7.1996, sag C-39/94, SFEI, Sml. I, s. 3547, præmis 60.
120 — Jf. bl.a. Kommissionens meddelelse af 20.9.2000, Forsyningspligtydelser i Europa, KOM(2000) 580 endelig udg., s. 3.

156. I relation til tvisten i hovedsagen har jeg allerede redegjort for, at aziendaernes eventuelle forpligtelse til offentlige ydelser efter min opfattelse ikke er tilstrækkeligt klart defineret [121]. Jeg finder derfor, at det allerede af denne grund er udelukket at antage, at der allerede af begrebsmæssige årsager foreligger en økonomisk fordel. Hertil kommer, at de omkostninger, der eventuelt er forbundet med præstation af ydelser af almindelig økonomisk interesse, åbenbart dækkes af en række finansieringskilder — uden udtrykkelig adresse for deres anvendelse [122].

157. Det kan ikke nægtes, at kriterier som direkte sammenhæng eller åbenbar forbindelse mellem de pålagte byrder og vederlaget fortsat kræver en nærmere definition. Når henses til at tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse har »evolutionær karakter«, som det for nylig blev understreget af Kommissionen [123], udgør disse imidlertid et fleksibelt bedømmelseskriterium. I denne forbindelse bemærkes, at kravet om en direkte og klar sammenhæng mellem de pålagte byrder og vederlaget herfor ikke principielt udelukker, at ydelser af almindelig økonomisk interesse kan gives i opdrag også uden licitation. Dette må hilses velkomment, idet en generel licitationsforpligtelse er et fremmedelement i fællesskabsretten, og det kan ikke udelukkes, at andre former for opdrag — f.eks. på grundlag af de facto bestående forhandlingsmuligheder — kan sikre en rimelig godtgørelse for ydelser til det offentlige.

158. Med hensyn til argumentet om, at begrebsløsningen ikke er forenelig med statsstøttebegrebets objektive karakter, finder jeg, at såfremt man allerede ved konstateringen af, at der er indrømmet en fordel, efterprøver, om den statslige godtgørelse alene udligner en ulempe, eller om den er mere vidtgående, alene beskæftiger sig med virkningerne af overførslen af midler. Formålene med overførslen af midler efterprøves alene i det omfang, dette er nødvendigt med hensyn til afgrænsning af ydelser af almindelig økonomisk interesse [124].

159. Risikoen for, at artikel 86, stk. 2, EF mister sin betydning, kan efter min opfattelse ikke føre til noget andet resultat. Selv om dette skulle være tilfældet med hensyn til artikel 87, stk. 1, EF, forbliver betydningen af artikel 86, stk. 2, EF uforandret med hensyn til anvendelsen af de øvrige konkurrencebestemmelser samt inden for området grundlæggende frihedsrettigheder. Man kunne eventuelt beklage en manglende parallelitet mellem støttebestemmelserne og den øvrige konkurrenceret med hensyn til anvendelsen af artikel 86, stk. 2, EF. Denne betragtning er imidlertid ikke afgørende. I andre henseender mangler denne parallelitet nemlig allerede: Eksempelvis er de krav, der for så vidt angår artikel 86, stk. 2, EF stilles med hensyn til en konkurrencebegrænsende foranstaltning, mindre end kravene vedrørende udligning af omkostninger

121 — Jf. ovenfor under punkt 106 med henvisning til punkt 101.

122 — Jf. ovenfor under punkt 108.

123 — Jf. den i fodnote 101 nævnte meddelelse, punkt 3.1, litra a).

124 — I denne forbindelse bemærkes imidlertid, at Domstolens kontrol er begrænset, idet medlemsstaterne har en betydelig skønsmargin ved indgåelse af kontrakter om levering af tjenesteydelser.

inden for rammerne af en statsstøttekontrol [125].

160. Endelig skal jeg komme ind på Kommissionens rolle. Kommissionens kontrolbeføjelser — der under alle omstændigheder er begrænsede for så vidt angår lovligheden af kontrakter om tjenesteydelser — udløser følgerne af artikel 88, stk. 3, EF, navnlig gennemførelsesforbuddet. Men netop dette forbud forekommer lidet hensigtsmæssigt med hensyn til ydelser af almindelig økonomisk interesse. Tvivlen med hensyn til begrundelsesmodellen [126] udspringer således heraf. Såfremt en kompensationsydelse faktisk fører til, at der ydes overkompensation, har Kommissionen under alle omstændigheder mulighed for at indlede en traktatbrudsprocedure imod den pågældende medlemsstat.

161. Det må følgelig konkluderes, at overførsel af en væsentlig del af provenuet af en havneafgift til en offentlig virksomhed udgør statsstøtte som omhandlet i artikel 87 EF, såfremt denne overførsel af midler ikke har en åbenbar og direkte forbindelse med klart identificerbare ydelser af almindelig økonomisk interesse.

125 — Jf. navnlig dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig vedrørende monopol på elektricitet og gas, nævnt ovenfor i fodnote 62, præmis 59: Betingelsen om nødvendighed er opfyldt, når en anvendelse af traktatbestemmelserne materielt eller retligt ville indebære en risiko for opfyldelsen af visse forpligtelser. Det kræves ikke, at virksomhedens fortsatte beståen er truet.

126 — Jf. generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse i Ferringsagen, jf. den i fodnote 86 nævnte dom, punkt 77 ff.

c) De nationale retsinstansers opgave i henhold til artikel 88, stk. 3, EF

162. Med andet led af det tredje præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret navnlig oplyst, om de nationale retsinstanser har enten mulighed for eller pligt til indgriben i henhold til artikel 88, stk. 3, EF, såfremt der er tale om statsstøtte, der ikke er meddelt Kommissionen.

163. De nationale retters beføjelse med hensyn til kontrolordningen med statsstøtte er ifølge Domstolens praksis »et resultat af den direkte virkning af det forbud mod at gennemføre påtænkte støtteforanstaltninger, som fremgår af traktatens artikel 93, stk. 3, sidste punktum [nu artikel 88, stk. 3, tredje punktum, EF] [...] De nationale retter skal over for borgerne sikre, at der drages alle konsekvenser af en tilsidesættelse af den pågældende bestemmelse, i henhold til national ret, såvel med hensyn til gennemførelsesretsakternes gyldighed som med hensyn til tilbagesøgning af den finansielle støtte, der er tildelt i strid med den omhandlede traktatbestemmelse eller i givet fald i strid med foreløbige forholdsregler« [127] (min fremhævelse).

127 — Adria-Wien Pipeline-dommen, nævnt i fodnote 95, præmis 26 f., hvori henvises til dom af 21.11.1991, sag C-354/90, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires m.fl., Sml. I, s. 5505, præmis 12.

164. Forpligtelsen for de nationale retsinstanser gælder, i det omfang forbuddet ifølge artikel 88, stk. 3, tredje punktum, EF ville blive overtrådt.

165. Såfremt den nationale ordning således indeholder en støtteforanstaltning, som ikke er blevet meddelt Kommissionen, skal det af Corte Suprema di Cassazione forelagte spørgsmål besvares med, at det påhviler de nationale retsinstanser at skride ind.

d) Det femte præjudicielle spørgsmål i relation til statsstøtte

166. Med det femte præjudicielle spørgsmål, i det omfang det vedrører statsstøtte, ønsker den forelæggende ret navnlig oplyst, om kvalificering af afgiften som statsstøtte påvirker afgiften i dens helhed eller alene den del, der overføres til aziendaerne.

167. Afgifter, der opkræves til et bestemt formål, betegnes af Domstolen som »parafiskale afgifter«. Med hensyn til sådanne afgifter, der kendetegnes af, at de allerede på opkrævningstidspunktet har til formål at finansiere visse overførsler af midler, skal der ved en gennemgang på baggrund af statsstøttereglerne sondres mellem to situationer: tilvejebringelse af de offentlige midler gennem opkrævning af afgiften og midlernes anvendelse ved overførsel af provenuet til en begunstiget. Som følge af afgiftens henførelse til et bestemt formål er der en vis sammenhæng mellem opkrævningen og tildelingen [128].

168. På baggrund af de omtvistede nationale bestemmelser er det klart, at det er muligt at foretage en sondring mellem afgiftsopkrævningen og afgiftsprovenuets anvendelse: Siden 1963 har der fandtes en generel bestemmelse om opkrævning af havneafgift, der først blev suppleret med indføjelsen af en formålsbestemmelse for en betydelig del af afgiften i 1973.

169. I FNCE-dommen [129] behandlede Domstolen indførelsen af en parafiskal afgift uden sondring mellem opkrævning og anvendelse. I modsætning hertil sondrede Domstolen i Compagnie commerciale

128 — Domstolen antog således i dom af 25.6.1970, sag 47/69, Frankrig mod Kommissionen, Sml. s. 73, præmis 16 ff., org.ref.: Rec. s. 487, at ved afgifter til finansiering af en støtte kan forhold, der skal indgå ved vurderingen af støttens virkning, følge »såvel af finansieringsmetoden, som af, hvor snævert [støttens] størrelse afhænger af de beløb, som den sidstnævnte indbringer«.

129 — Nævnt i fodnote 127.

de l'Ouest-sagen mellem afgiften som sådan og dens anvendelse, idet »en skattelignende afgift [...] afhængig af anvendelsen af afgiftsprovenuet, [kan] udgøre en statsstøtte, der er uforenelig med det fælles marked« [130].

170. Denne sondring er blevet stadfæstet i en række domme vedrørende skattelignende afgifter og har tillige fundet anvendelse med visse begrebsmæssige variationer, hvor Domstolen dels henførte anvendelsen af afgiftsprovenuet [131], dels afgiftsopkrævningen [132], under begrebet statsstøtte.

171. Retspraksis viser ikke klart, om det alene er afgiftsprovenuets anvendelse eller tillige afgiftsopkrævningen, der skal betragtes som statsstøtte. Generaladvokat Tesauro gennemgik dette spørgsmål udførligt i sit forslag til afgørelse i Lornoy-sagen, i sagen Demoor m.fl. og i Claeys-sagen, og kvalificerede også afgiftsopkrævningen som støtte, hvoraf følger, at de afgiftspligtige kan rejse indsigelse mod afgiftsopkrævningen eller søge denne tilbagebetalt ved de nationale retter, såfremt betingelsen i artikel 88, stk. 3, tredje punktum, EF er opfyldt. Han foreslog endvidere en snævrere fortolkning, hvorefter den omstændighed, at en støtte er i strid med fællesskabsretten, alene medfører, at støtten ikke lovligt kan ydes, men ikke, at den har virkning på lovligheden af afgiftsopkrævningen [133].

172. En påvirkning af konkurrencen følger her af anvendelsen af afgiftsprovenuet i form af overførsel af midler. Det er alene en overførsel af midler, der indholdsmæssigt kan udgøre støtte. Derfor skal det femte præjudicielle spørgsmål, for så vidt det angår statsstøtte, besvares med, at kvalificering som statsstøtte alene vedrører den del, der er overført til aziendaerne.

173. Hvorvidt en overtrædelse af artikel 88, stk. 3, EF har betydning for lovligheden af

130 — Dom af 11.3.1992, forenede sager C-78/90 — C-83/90, Sml. I, s. 1847, præmis 35.

131 — Dom af 11.6.1992, forenede sager C-149/91 og C-150/91, Sanders, Sml. I, s. 3899, præmis 24: »Hertil bemærkes, at selv om den nævnte afgift ud fra visse synspunkter falder ind under anvendelsesområdet for enten traktatens artikel 12 eller dens artikel 95, kan anvendelsen af provenuet eller refusionsordningerne ikke desto mindre udgøre en statsstøtte, der eventuelt er uforenelig med det fælles marked« og »tilbagebetaling af en parafiskal afgift, som denne sag drejer sig om, eller anvendelsen af dens provenu kan anses for statsstøtte, der er uforenelig med fællesmarkedet«, den nævnte dom, præmis 27; dom af 2.8.1993, sag C-266/91, Celbi, Sml. I, s. 4337: »[...] anvendelsen af provenuet af en skattelignende afgift som den her omhandlede kan udgøre en statsstøtte, som er uforenelig med fællesmarkedet«; dom af 16.12.1992, sag C-17/91, Lornoy m.fl., Sml. I, s. 6523, præmis 28: »Herved bemærkes, at selv om den omhandlede skattelignende afgift kan være forbudt enten ved traktatens artikel 12 og 13 eller ved traktatens artikel 95, kan anvendelsen af afgiftsprovenuet imidlertid udgøre en statsstøtte, der er uforenelig med det fælles marked« og »En sådan skattelignende afgift kan, alt efter anvendelsen af dens provenu, udgøre en statsstøtte, som er uforenelig med det fælles marked«, den anførte dom, præmis 32.

132 — Dom af 27.10.1993, sag C-72/92, Scharbatke, Sml. I, s. 5509: »Opkrævning af en sådan skattelignende afgift kan på grund af anvendelsen af dens provenu udgøre en statsstøtte, der er uforenelig med fællesmarkedet.«

133 — Forslag til afgørelse af 25.6.1992 i Lornoy-sagen, nævnt i fodnote 131, forenede sager C-144/91 og C-145/91, Demoor m.fl., hvori der blev afsagt dom den 16.12.1992, Sml. I, s. 6613, og i Claeys-sagen, sag C-114/91, hvori der blev afsagt dom den 16.12.1992, Sml. I, s. 6559.

afgiftsopkrævningen, udgør et spørgsmål for sig. Det kan af domskonklusionen i FNCE-sagen [134] udledes, at artikel 88, stk. 3, tredje punktum, EF »pålægger medlemsstaternes myndigheder en forpligtelse, hvis tilsidesættelse har betydning for gyldigheden af retsakter udstedt til gennemførelse af støtteforanstaltninger«. I præmisserne til dommen bemærkede Domstolen herom, at »de nationale retter skal, over for de borgere, som kan påberåbe sig, at bestemmelsen er tilsidesat, sikre, at der drages alle konsekvenser heraf i henhold til national ret, såvel med hensyn til gyldigheden af de retsakter, der er udstedt til gennemførelse af støtteforanstaltningerne, som med hensyn til tilbagesøgning af den finansielle støtte, der er tildelt i strid med den omhandlede traktatbestemmelse eller i givet fald i strid med foreløbige forholdsregler« [135].

174. Efter min opfattelse følger det heraf, at spørgsmålet om, hvilke nationale foranstaltninger der berøres af en ugyldighed, udelukkende skal afgøres på grundlag af national ret — med det sædvanlige forbehold med hensyn til ækvivalens- og effektivitetsprincippet [136].

134 — Nævnt i fodnote 127.

135 — Dommens præmis 12.

136 — Jf. i samme retning tillige generaladvokat Jacobs' i det i fodnote 90 nævnte forslag til afgørelse, punkt 44: »Ifølge princippet om retsinstansernes processuelle autonomi skal det efter min opfattelse afgøres på grundlag af den nationale retsorden, hvilke nationale foranstaltninger der berøres af denne ugyldighed, og hvilke følger denne ugyldighed har, f.eks. med hensyn til tilbagebetaling af afgifter, der er opkrævet i henhold til den pågældende foranstaltning. Den processuelle autonomi begrænses alene af ækvivalens- og effektivitetsprincippet.«

VI — Det fjerde præjudicielle spørgsmål: Er tildelingen for så vidt angår de frie varebevægelser en afgift med tilsvarende virkning som told eller en diskriminerende intern afgift (artikel 28 EF, 25 EF og 90 EF)

A — *Parternes argumenter*

175. *Enirisorse* har gjort gældende, at den pågældende ordning er i strid med artikel 28 EF, 25 EF og 90 EF. Dette har betydning for afgiftsordningen i sin helhed.

176. *Kommissionen* udelukker, at artikel 28 EF kan finde anvendelse her, idet der er tale om en foranstaltning af skattelignende karakter. Kommissionen finder heller ikke, at der er tale om en afgift med tilsvarende virkning som told som omhandlet i artikel 25 EF. Foranstaltningen skal behandles som en indenlandsk afgift som omhandlet i artikel 90 EF. Den pålægges uden forskel indenlandske og importerede varer, hvorfor det kan udelukkes, at der er tale om en diskriminerende indenlandsk afgift.

177. Den *italienske regering* finder, at den omtvistede ordning ikke udgør en overtrædelse af varernes frie bevægelighed, ikke er en afgift med tilsvarende virkning som told og heller ikke en indenlandsk afgift i strid med artikel 90 EF.

B — *Stillingtagen*

178. Med det fjerde præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret navnlig oplyst, om den omtvistede ordning er forenelig med traktatens bestemmelser om frie varebevægelser, forbuddet mod afgifter med tilsvarende virkning som told samt ligebehandlingsprincippet vedrørende indenlandske afgifter.

179. Det fjerde præjudicielle spørgsmål henviser ganske vist til »tildelingen [...] fra først af, af en betydelig del af provenuet fra en statsafgift« og ikke til selve afgiftsopkrævningen. For at spørgsmålet kan besvares fyldestgørende, må det imidlertid forstås således, at det angår en efterprøvelse af afgiftsordningens forenelighed med de anførte traktatbestemmelser.

1) Frie varebevægelser

180. Ifølge fast retspraksis »omfatter traktatens artikel 30 [efter ændring nu artikel 28 EF] ikke hindringer, som er omhandlet i andre særlige bestemmelser i traktaten, og de af traktatens artikel 9-16 og artikel 95 [efter ændring nu artikel 23 EF, 24 EF og 25 EF samt 90 EF] omfattede hindringer af fiskal karakter eller med tilsvarende virkning som told er ikke omfattet af forbuddet efter artikel 30 [efter ændring nu artikel 28 EF]« [137].

181. Den omtvistede ordning om opkrævning af havneafgifter skal følgelig vurderes på grundlag af artikel 25 EF og artikel 90 EF.

2) Afgifter med tilsvarende virkning som told

182. Det bemærkes indledningsvis i denne forbindelse, at »det følger af fast retspraksis [...] at bestemmelserne vedrørende afgifter med tilsvarende virkning som told og bestemmelserne vedrørende diskriminerende interne afgifter ikke kan anvendes kumulativt, hvorfor en og samme afgift ikke samtidig kan henhøre under de to grupper, således som traktaten er opbygget« [138]. Domstolen fastslog endvidere, at

137 — Lornoy-dommen, nævnt i fodnote 131, præmis 14, hvori henvises til dom af 22.3.1977, sag 74/76, Iannelli, Sml. s. 557, og Compagnie Commerciale de l'Ouest-dommen, nævnt i fodnote 130.

138 — Dom af 17.7.1997, sag C-90/94, Haahr Petroleum, Sml. I, s. 4085, præmis 19, hvori henvises til Celbi-dommen, nævnt i fodnote 131, præmis 9.

»det væsentlige kendetegn for en afgift med tilsvarende virkning som told, der adskiller den fra en intern afgift, er, at den førstnævnte afgift udelukkende rammer det importerede produkt som sådant, mens den sidstnævnte afgift både rammer importerede og indenlandske produkter, idet den systematisk og efter objektive kriterier anvendes på kategorier af produkter uanset disses oprindelse« [139].

183. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at den omtvistede afgiftsordning uden forskel finder anvendelse på indenlandske og udenlandske varer, og følgelig ikke betinger afgiftspligten af, at produkterne har oprindelse i andre (medlems)stater. Det er uden betydning for denne materielle vurdering, at det fremgår af den forelæggende rets bemærkninger, at den omtvistede havneafgift ifølge national ret skal sidestilles med en »diritto doganale« (told). Der er følgelig ikke tale om en afgift med tilsvarende virkning som told.

3) Indenlandsk afgift

184. Ifølge artikel 90 EF må ingen medlemsstat pålægge varer fra andre medlemsstater interne afgifter af nogen art, som er højere end de afgifter, der direkte eller indirekte pålægges lignende, indenlandske varer, eller afgifter, som vil kunne beskytte andre produkter. »Det er derfor uomtvisteligt, at det er i strid med det i [artikel 90 EF] fastslåede forbud mod forskelsbehandling, såfremt indførte varer pålægges en højere afgift end indenlandske varer, eller såfremt kun indførte varer pålægges et tillæg til den afgift, der gælder for indenlandske og indførte varer« [140].

185. Forelæggelseskendelsen giver ikke grundlag for at antage, at den omtvistede ordning skulle være i strid med dette forbud mod forskelsbehandling.

186. Det fjerde præjudicielle spørgsmål skal derfor besvares med, at en statsafgift, opkrævet for eller i forbindelse med losning eller lastning af varer i havne, ikke udgør en afgift med tilsvarende virkning som told ved indførsel, der er forbudt ved artikel 25 EF, en intern afgift af varer fra andre medlemsstater, som er højere end de afgifter, der pålægges lignende indenlandske varer som omhandlet i artikel 90 EF, eller en ved artikel 28 EF forbudt indførselshindring.

139 — Dom af 19.2.1998, sag C-212/96, Chevassus-Marche, Sml. I, s. 743, præmis 20, hvori henvises til dom af 3.2.1981, sag 90/79, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 283, præmis 12, 13 og 14.

140 — Haahr Petroleum-dommen, nævnt i fodnote 138, præmis 27.

VII — Forslag til afgørelse

187. Henset hertil foreslår jeg derfor Domstolen at besvare de af Corte Suprema di Cassazione forelagte spørgsmål således:

»Tildeling af en betydelig del af en afgift, der er betalt til staten af erhvervsdrivende i forbindelse med losning eller lastning af varer i visse havne, til en offentlig virksomhed, der opererer på markedet for lasthåndtering i en sådan havn,

1) kan udgøre en foranstaltning i strid med artikel 82 EF, sammenholdt med artikel 86, stk. 1, EF, såfremt den begunstigede virksomhed indtager en dominerende stilling på det relevante marked, hvis nærmere afgrænsning det tilkommer den nationale retsinstans at foretage, og dette udgør en væsentlig del af fællesmarkedet. Det tilkommer den nationale retsinstans på grundlag af sagens omstændigheder at afgøre, om disse betingelser er opfyldt. Såfremt den nationale retsinstans måtte fastslå, at der foreligger misbrug af en dominerende stilling, ville der alene være tale om uforenelighed med fællesskabsretten for så vidt angår den del af afgiftsprovenuet, der overføres til aziendaerne

2) udgør statsstøtte som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF, der nødvendiggør, at nationale retsinstanser griber ind, såfremt betingelserne i artikel 88, stk. 3, EF er opfyldt; spørgsmålet om, hvilke nationale foranstaltninger der berøres af en sådan ugyldighed, skal afgøres på grundlag af national ret

3) udgør ikke en afgift med tilsvarende virkning som told ved indførsel, der er forbudt ved artikel 25 EF, en intern afgift af varer fra andre medlemsstater, som er højere end de afgifter, der pålægges lignende indenlandske varer som omhandlet i artikel 90 EF, eller en ved artikel 28 EF forbudt indførselshindring.«