CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL C. STIX-HACKL

van 7 november 2002 [1]

Inhoud

I — Inleiding ..... I - 14249

II — Relevante nationale bepalingen ..... I - 14249

A — De betrokken openbare ondernemingen ..... I - 14249

B — De litigieuze havenbelasting ..... I - 14250

III — Hoofdgeding en prejudiciële vragen ..... I - 14251

IV — De eerste en de tweede prejudiciële vraag en de vijfde prejudiciële vraag, voorzover deze betrekking heeft op misbruik van een machtspositie ..... I - 14252

A — Argumenten van partijen ..... I - 14253

1. De ontvankelijkheid van de eerste en de tweede prejudiciële vraag ..... I - 14253

2. De prejudiciële vragen ..... I - 14253

B — Juridische beoordeling ..... I - 14255

1. De ontvankelijkheid van de eerste en de tweede prejudiciële vraag ..... I - 14255

2. De prejudiciële vragen ..... I - 14255

a) De AMM als openbare ondernemingen ..... I - 14256

b) De AMM als ondernemingen met bijzondere of uitsluitende rechten .. I - 14256

c) Het bestaan van een machtspositie ..... I - 14257

i) De relevante markt ..... I - 14257

ii) De machtspositie van de AMM ..... I - 14259

iii) Het wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt ..... I - 14263

d) Het bestaan van misbruik ..... I - 14264

i) Het misbruik ..... I - 14264

ii) Ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten ..... I - 14266

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

e) Rechtvaardiging uit hoofde van artikel 86, lid 2, EG I-14267

i) Diensten van algemeen economisch belang I-14268

ii) Noodzakelijkheid I-14270

f) De vijfde prejudiciële vraag, voorzover deze betrekking heeft op het misbruik van een machtspositie I-14271

V — De derde prejudiciële vraag en de vijfde prejudiciële vraag, voorzover deze betrekking heeft op staatssteun I-14272

A — Argumenten van partijen I-14272

B — Juridische beoordeling I-14274

1. De ontvankelijkheid van de derde prejudiciële vraag I-14274

2. De derde en de vijfde prejudiciële vraag I-14275

a) De feitelijke kenmerken van het begrip staatssteun I-14275

b) Compenserende betalingen van de staat voor diensten van algemeen economisch belang: stand van de discussie I-14277

i) Het arrest Ferring in het licht van de vroegere rechtspraak en de praktijk van de Commissie I-14277

ii) De kritiek op het arrest Ferring I-14279

iii) Beoordeling en conclusie voor het onderhavige geval I-14280

c) De taak van de nationale rechterlijke instanties volgens artikel 88, lid 3, EG I-14282

d) De vijfde prejudiciële vraag, voorzover deze betrekking heeft op staatssteun I-14283

VI — De vierde prejudiciële vraag: De toedeling uit het oogpunt van het vrije verkeer van goederen, als heffing van gelijke werking of als discriminerende binnenlandse belasting (artikelen 28, 25 en 90 EG) I-14285

A — Argumenten van partijen I-14285

B — Beoordeling I-14286

1. Het vrije verkeer van goederen I-14286

2. De heffing van gelijke werking als een in- of uitvoerrecht I-14286

3. De binnenlandse belasting I-14287

VII — Conclusie I-14288

I — Inleiding

1. De onderhavige zaken, die door de Corte suprema di cassazione naar het Hof zijn verwezen, hebben betrekking op een Italiaanse regeling die voorziet in de heffing van een havenbelasting bij het laden en lossen van goederen in bepaalde Italiaanse havens en de overdracht van een deel van de opbrengst ervan aan openbare ondernemingen die in deze havens belast zijn met de uitvoering van verschillende taken, waaronder ook het laden en lossen van goederen.

2. Het betreft in wezen de vraag, of de betrokken regeling moet worden beschouwd als een maatregel in de zin van artikel 90, lid 1, EG-Verdrag (thans artikel 86, lid 1, EG), die het gevaar van misbruik van een eventueel daaruit voortvloeiende machtspositie van de begunstigde onderneming met zich brengt. Het is eveneens kwestieus of een dergelijke regeling staatssteun behelst dan wel geacht moet worden een compensatie voor diensten van algemeen economisch belang te vormen.

3. Deze vragen rijzen in een procedure waarin een onderneming het laden en lossen van goederen met eigen hulpmiddelen uitvoerde en dus geen gebruik maakte van de diensten van de met de havenwerkzaamheden belaste openbare onderneming, doch niettemin was gehouden tot betaling van de havenbelasting, waartegen zij ten slotte verzet aantekende.

4. Naar de mening van de tot de betaling van de havenbelasting verplichte onderneming is deze belasting onverenigbaar met het gemeenschapsrecht, inzonderheid met artikel 86 EG-Verdrag (thans artikel 82 EG) juncto artikel 90, lid 1, EG-Verdrag (thans artikel 86, lid 1, EG) en artikel 92 EG-Verdrag (thans artikel 87 EG).

II — Relevante nationale bepalingen

A — *De betrokken openbare ondernemingen*

5. Krachtens *wet nr. 961/67* [2], gewijzigd bij *wet nr. 494/74* [3] bestaan in de zes Italiaanse havens Ancona, Cagliari, Livorno, La Spezia, Messina en Savona zogenoemde „Aziende dei mezzi meccanici e dei magazzini" (ondernemingen voor mechanische voorzieningen en opslagplaatsen; hierna: „AMM").

2 — GURI nr. 272 van 30 oktober 1967.
3 — GURI nr. 274 van 21 oktober 1974.

6. Volgens hun wettelijke grondslag zijn de AMM openbare economische instellingen („enti pubblici economici") die onder toezicht staan van het Ministero della marina mercantile (ministerie van Koopvaardij). Dergelijke openbare instellingen zijn volgens de inlichtingen van de verwijzende rechter „rechtspersonen die, ofschoon deel uitmakend van de overheid, als bedrijven — soms vanuit een monopoliepositie — een activiteit op de markt uitoefenen volgens economische criteria".

7. Volgens artikel 2 van genoemde wet nr. 961/67 zijn de AMM belast met „het beheer van de mechanische voorzieningen voor laden en lossen, de magazijnen, de opslagterreinen en alle andere roerende en onroerende goederen van de Staat die de havenautoriteiten ten dienste stellen van het goederenverkeer, met de koop, het onderhoud en het transformeren van deze goederen, alsmede met de uitoefening van iedere andere activiteit in verband met de voorgaande activiteiten". Voorts hebben de AMM krachtens artikel 2 van de genoemde wet nr. 494/74 het recht om „andere commerciële diensten ter zake van de havens te verlenen, het beheer te waarborgen van voorzieningen en installaties waarvan de Staat geen eigenaar is en alle hierboven genoemde taken te vervullen in andere havens binnen het bevoegdheidsgebied van de havenautoriteit van de haven waar zij zijn gevestigd".

8. De kosten van het beheer, het onderhoud en de transformatie van de onder hun beheer staande goederen komen ten laste van elke individuele AMM. De kosten voor de aankoop van nieuwe goederen komen voor rekening van de overheid, wanneer het budget van de AMM niets anders toelaat. Voor het vervullen van hun wettelijke taken ontvangen de AMM de opbrengsten van de genoemde goederen alsmede van leningen of andere financiële handelingen. Bovendien ontvangt de AMM sedert *wet nr. 355/76*[4] twee derde van de havenbelasting krachtens *wet nr. 82/63*.[5]

B — *De litigieuze havenbelasting*

9. Bij *wet nr. 82/63* wordt voor bepaalde Italiaanse havens een havenbelasting („tassa portuale") op de geladen en geloste goederen ingevoerd.[6] De havenbelasting wordt berekend en geïnd door de schatkist.

4 — GURI nr. 147 van 5 juni 1976.

5 — GURI nr. 52 van 23 februari 1963.

6 — Naast deze havenbelasting werd voorts bij wetsdecreet nr. 47/74 („decreto legge"), na wijziging omgezet in wet nr. 117/74 (GURI nr. 115 van 4 mei 1974), een belasting op het laden en lossen van goederen in alle havens van Italië ingevoerd, die van toepassing is op goederen die over zee of door de lucht worden vervoerd („tassa erariale di sbarco e imbarco"), doch die niet ten goede van de AMM komt.

10. Bij *wet nr. 355/76* worden goederen die in een van de zes havens waar een AMM bestaat worden overgeslagen, aan de havenbelasting van wet nr. 82/63 onderworpen en wordt twee derde van de opbrengst van deze belasting aan de AMM toebedeeld ten behoeve van hun taakvervulling.

11. Het *decreet van de president van de Republiek van 12 mei 1977*[7] stelt de tarieven voor de havenbelasting vast op 15 ITL (voor bepaalde goederen zoals bijvoorbeeld fosfaat en nitraat), 35 ITL (voor andere goederen als bijvoorbeeld zand, grind of cement) en 90 ITL (voor andere goederen) per metrieke ton.

III — Hoofdgeding en prejudiciële vragen

12. Enirisorse SpA (hierna: „Enirisorse") heeft in de haven van Cagliari[8] met eigen arbeiders en eigen materieel goederen uit het binnen- en buitenland geladen en gelost.

13. Bij betalingsbevel van het ministerie van Financiën werd Enirisorse aangemaand om de havenbelasting voor de in het jaar 1992 overgeslagen goederen te voldoen. Tegen deze aanmaning tekende Enirisorse verzet aan op grond dat het decreet van 12 mei 1977 tot vaststelling van de havenbelasting krachtens wet nr. 355/76 onwettig is.

14. Nadat de rechtsmiddelen van Enirisorse bij het Tribunale di Cagliari en de Corte d'appello di Cagliari waren verworpen, stelde Enirisorse bij de Corte suprema di cassazione beroep in cassatie in, waarbij zij zich onder meer beriep op de onverenigbaarheid van de betrokken fiscale regeling met het gemeenschapsrecht.

15. De Corte suprema di cassazione verzoekt het Hof derhalve de volgende vragen te beantwoorden:

„1) Is de toedeling aan een openbare onderneming — die actief is op de markt voor laad- en loswerkzaamheden in de haven — van een aanzienlijk deel van een belasting (havenbelasting op laden en lossen van goederen), die aan de Staat wordt betaald door marktdeelnemers die geen gebruik hebben gemaakt van enige dienst of enige prestatie van de zijde van die openbare onderneming, een bijzonder of exclusief recht of een maatregel die in strijd is met de verdragsbepalingen, in het bijzonder met de mededingingsregels, in de zin van artikel 90, lid 1, van het Verdrag?

7 — GURI nr. 270 van 4 oktober 1977.

8 — Uit de opmerkingen van de Italiaanse regering volgt, dat het in werkelijkheid om de haven van Portovesme gaat. Dit is evenwel van geen belang omdat de AMM van Cagliari in ieder geval ook in Portovesme werkzaam was.

2) Ongeacht het antwoord op de voorgaande vraag: werkt de toedeling aan bedoelde openbare onderneming van een aanzienlijk deel van de opbrengst van de belasting misbruik van machtspositie in de hand als gevolg van een wettelijke maatregel van de Staat, en is deze toedeling daarom in strijd met de gecombineerde bepalingen van de artikelen 86 en 90 van het Verdrag?

3) Kan de toedeling van een aanzienlijk deel van bedoelde belasting aan deze onderneming worden aangemerkt als staatssteun in de zin van artikel 92 van het Verdrag, en kan zij als zodanig, indien niet bij de Commissie aangemeld of door deze bij beschikking met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar verklaard, een en ander als bedoeld in artikel 93, rechtvaardigen dat de nationale rechter gebruik maakt van de hem — volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie — toekomende bevoegdheid om te waarborgen dat een onrechtmatige en/of onverenigbare steunmaatregel geen toepassing vindt?

4) Vormt de rechtstreekse toedeling aan bedoelde openbare onderneming van een aanzienlijk deel van de opbrengst van een door de Staat geheven belasting op of ter zake van het lossen of laden van goederen in de havens, zonder dat tegenover die belasting enige prestatie of enige dienst van de zijde van die onderneming staat, een heffing van gelijke werking als een invoerrecht (verboden bij de artikelen 12 en 13 van het Verdrag), of een binnenlandse belasting op producten uit andere lidstaten, die hoger is dan die welke op gelijksoortige nationale producten wordt geheven (artikel 95), dan wel een bij artikel 30 verboden invoerbelemmering?

5) Wanneer de nationale wetgeving in strijd is met het gemeenschapsrecht, tasten de hierboven beschreven gronden voor onrechtmatigheid, afzonderlijk beschouwd, dan de heffing in haar geheel aan of alleen dat deel dat aan de Azienda Mezzi Meccanici wordt toegewezen?"

IV — De eerste en de tweede prejudiciële vraag en de vijfde prejudiciële vraag, voorzover deze betrekking heeft op misbruik van een machtspositie

16. In artikel 86, lid 1, EG is bepaald dat de lidstaten met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan bijzondere of uitsluitende rechten zijn verleend, geen enkele maatregel nemen of handhaven welke in strijd is met de regels van het Verdrag en met name de bepalingen inzake de mededinging.

17. De vraag of een bepaalde nationale regeling binnen het toepassingsgebied van artikel 86, lid 1, EG valt, vooronderstelt derhalve dat eerst wordt nagegaan of zij onder meer met de mededingingsvoorschriften — in casu artikel 82 EG — verenigbaar is. De eerste twee prejudiciële

vragen alsmede de vijfde prejudiciële vraag, voorzover deze betrekking heeft op misbruik van een machtspositie, moeten daarom gezamenlijk worden onderzocht. In wezen moet worden nagegaan, of artikel 82 EG juncto artikel 86 EG zich verzet tegen een nationale regeling waarin enerzijds een openbare onderneming die havendiensten aanbiedt, wordt belast met taken ter zake van de haveninfrastructuur, en die anderzijds bepaalt dat de andere marktdeelnemers, wanneer zij goederen met eigen hulpmiddelen laden en lossen, een belasting betalen die voor een deel ten goede komt aan die openbare onderneming.

2. De prejudiciële vragen

A — *Argumenten van partijen*

1. De ontvankelijkheid van de eerste en de tweede prejudiciële vraag

18. De *Italiaanse regering* acht de eerste en de tweede prejudiciële vraag niet-ontvankelijk omdat de verwijzende rechter feitelijke elementen die van wezenlijke betekenis zijn voor de beoordeling van deze prejudiciële vragen, niet heeft onderzocht. Zo is bijvoorbeeld de vraag naar de relevante markt niet verduidelijkt. Dit leidt ertoe dat de betrokken vragen een hypothetisch karakter hebben.

19. Daarentegen achten *Enirisorse* en de *Commissie* de eerste en de tweede prejudiciële vraag ontvankelijk, omdat het Hof in beginsel gehouden is vragen van uitlegging van het gemeenschapsrecht te beantwoorden. Zij beroepen zich daarbij met name op de arresten TNT Traco [9] en Ambulanz Glöckner. [10] Voorts is de Commissie van mening dat het de taak van de nationale rechter is om die feitelijke elementen vast te stellen, welke onvoldoende uit het dossier blijken maar voor de toepassing van het gemeenschapsrecht in het hoofdgeding noodzakelijk zijn.

20. *Enirisorse* en de *Commissie* stellen dat de artikelen 86 EG en 82 EG op de betrokken regeling van toepassing zijn. De AMM in Cagliari is onbetwistbaar een onderneming in de zin van het mededingingsrecht, en de toedeling van twee derde van de havenbelasting verleent deze AMM een quasi-uitsluitend of bijzonder recht vis-à-vis haar concurrenten.

21. *Enirisorse* en de *Commissie* wijzen erop, dat de door de AMM beheerde havens gezamenlijk een wezenlijk deel van het Italiaanse grondgebied bedienen; *Enirisorse* voegt hieraan toe, dat de AMM tezamen een machtspositie bezitten.

9 — Arrest van 17 mei 2001 (C-340/99, Jurispr. blz. I-4109).

10 — Arrest van 25 oktober 2001 (C-475/99, Jurispr. blz. I-8089).

22. Daarentegen betoogt de *Italiaanse regering* dat de betrokken haven van Portovesme stellig geen markt van communautaire betekenis is.

23. Naar de mening van de *Commissie* is het de taak van de nationale rechter om, rekening houdende met de arresten Merci Convenzionali Porto di Genova [11] en Centre d'insémination de la Crespelle [12], vast te stellen of sprake is van een eventuele machtspositie van de AMM, waarvan hij kennelijk uitgaat.

24. *Enirisorse* en de *Commissie* zijn van mening dat de betrokken nationale regeling misbruik van machtspositie in de hand werkt, omdat zij aan de AMM in Cagliari de mogelijkheid verschaft haar machtspositie te consolideren. De *Commissie* voegt daaraan toe, dat de beoordeling in het arrest TNT Traco [13] op de toedracht in het hoofdgeding kan worden getransponeerd. In dit arrest heeft het Hof beslist dat sprake is van het misbruiken van een machtspositie wanneer een onderneming een vergoeding ontvangt voor een dienst die zij niet zelf heeft verleend. Het enige verschil is, dat in de zaak TNT Traco de frankeerkosten rechtstreeks door de ondernemingen aan de „Poste Italiane" werden betaald, terwijl in het onderhavige geval de AMM de havenbelasting via de Staat ontvangt.

25. De *Italiaanse regering* beklemtoont daarentegen, dat het creëren van een machtspositie door het verlenen van uitsluitende of bijzondere rechten in de zin van artikel 86, lid 1, EG niet per se met artikel 82 EG onverenigbaar is. Voorts is evenmin aangetoond dat de AMM in Cagliari de haar verleende rechten zou misbruiken.

26. Naar de mening van *Enirisorse* en de *Commissie* kan de regeling niet door artikel 86, lid 2, EG worden gerechtvaardigd. De verwijzingsbeschikking bevat geen enkel feitelijk gegeven waardoor de noodzaak van de toedeling van inkomsten voor de instandhouding van eventuele dienstverrichtingen van algemeen economisch belang wordt aangetoond. De omstandigheid dat niet in alle Italiaanse havens AMM zijn gevestigd, bewijst dat hun werkzaamheden overbodig zijn.

27. Daarentegen acht de *Italiaanse regering* de betrokken regeling hoe dan ook door artikel 86, lid 2, EG gerechtvaardigd. De havenbelasting is op grond van sociaaleconomische redenen noodzakelijk en in het openbaar belang: de zes havens waar AMM zijn gevestigd, hebben slechts een gering verkeersaanbod, zodat een voldoende financiering voor de instandhouding van de haveninstallaties niet is gewaarborgd. De litigieuze regeling heeft in het algemeen tot doel het voortbestaan van deze havens en het functioneren van hun haveninstallaties te verzekeren, alsmede de veiligheid van het afmeren van schepen en het aanbod van havendiensten tegen redelijke prijzen te waarborgen.

11 — Arrest van 10 december 1991 (C-179/00, Jurispr. blz. I-5889).

12 — Arrest van 5 oktober 1994 (C-323/93, Jurispr. blz. I-5077).

13 — Aangehaald in voetnoot 9.

B — *Juridische beoordeling*

1. De ontvankelijkheid van de eerste en de tweede prejudiciële vraag

28. In het kader van de in artikel 234 EG geregelde samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties staat het uitsluitend aan de nationale rechter om zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van een vonnis te beoordelen als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt. Wanneer de vragen betrekking hebben op de uitlegging van gemeenschapsrecht, is het Hof derhalve in beginsel verplicht daarop te antwoorden. [14]

29. Alleen in uitzonderlijke gevallen kan het Hof een onderzoek instellen naar de omstandigheden waaronder de nationale rechter hem om een prejudiciële beslissing heeft verzocht en weigeren een uitspraak te doen, wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht geen enkel verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is, of wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die voor hem noodzakelijk zijn om een nuttig antwoord te geven op de gestelde vragen. [15]

30. Deze eisen gelden in het bijzonder op het gebied van het mededingingsrecht, dat door complexe feitelijke en juridische situaties wordt gekenmerkt. [16]

31. De verwijzingsbeschikking in deze zaak bevat inderdaad slechts schaarse gegevens over de door de AMM verleende diensten en over de betrokken havens. Partijen hebben evenwel ter terechtzitting gelegenheid gehad om aanvullende inlichtingen te verstrekken, zodat het Hof in staat moet worden geacht om duidelijke aanwijzingen te geven voor de vaststellingen die ten slotte door de nationale rechter dienen te worden gedaan. De eerste en de tweede prejudiciële vraag zijn derhalve ontvankelijk.

2. De prejudiciële vragen

32. De beantwoording van de eerste en de tweede prejudiciële vraag vooronderstelt, dat de door de verwijzende rechter genoemde feiten binnen de personele en materiële werkingssfeer van artikel 86, lid 1, EG vallen.

14 — Arrest TNT Traco (aangehaald in voetnoot 9), punt 30, met verwijzing naar arresten van 15 december 1995, Bosman (C-415/93, Jurispr. blz. I-4921, punt 59), en 13 maart 2001, PreussenElektra (C-379/98, Jurispr. blz. I-2099, punt 38).

15 — Arrest van 19 februari 2002, Arduino (C-35/99, Jurispr.blz. I-1529, punt 25), met verwijzing naar de arresten Bosman (aangehaald in voetnoot 14), punt 61, en PreussenElektra, (aangehaald in voetnoot 14), punt 39.

16 — Arrest van 14 juli 1998, Safety Hi-Tech (C-284/95, Jurispr. blz. I-4301, punt 70). Zie eveneens reeds arrest van 26 januari 1993, Telemarsicabruzzo e.a. (C-320/90—C-322/90, Jurispr. blz. I-393, punt 7).

33. Daarom moet eerst worden onderzocht of de AMM ondernemingen zijn in de zin van artikel 86, lid 1, EG. Vervolgens moet worden ingegaan op de materiële werkingssfeer van dat artikel.

a) De AMM als openbare ondernemingen

34. Voor het begrip onderneming kan worden verwezen naar de rechtspraak van het Hof volgens welke dit begrip „in de context van het mededingingsrecht [...] elke eenheid omvat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd". [17]

35. De betrokken entiteiten — de AMM — oefenen een economische activiteit uit voorzover zij diensten, met name het laden en lossen van schepen, tegen betaling verrichten.

36. Het lijdt evenmin twijfel dat de AMM als openbare ondernemingen moeten worden gekwalificeerd. Dit volgt al uit hun rechtsvorm — enti pubblici economici — alsmede uit het ministerieel toezicht waaronder zij kennelijk staan.

17 — Arrest van 23 april 1991, Höfner en Elser (C-41/90, Jurispr. blz. I-1979, punt 21).

b) De AMM als ondernemingen met bijzondere of uitsluitende rechten

37. Naar mijn mening is deze discussie niet relevant voor de toepasselijkheid van artikel 86, lid 1, EG, omdat het bij de AMM hoe dan ook om openbare ondernemingen gaat.

38. Uit artikel 86, lid 1, EG volgt duidelijk dat de verdragsbepalingen, met name de bepalingen inzake de mededinging, ook gelden voor ondernemingen voor het gedrag waarvan de lidstaten een bijzondere verantwoordelijkheid op zich moeten nemen wegens de invloed die zij op dit gedrag kunnen uitoefenen. [18] Daarbij gaat het niet alleen om openbare ondernemingen doch eveneens om andere ondernemingen die in een bijzondere positie verkeren als gevolg van de verlening van bijzondere of uitsluitende rechten. De toepassing van artikel 86, lid 1, EG hangt daarom voornamelijk af van de invloed die de staat op de betrokken ondernemingen kan uitoefenen. [19] Openbare ondernemingen vallen dienovereenkomstig steeds binnen de werkingssfeer van artikel 86, lid 1, EG, zonder dat het daarnaast nog aankomt op de verlening van bijzondere of uitsluitende rechten.

18 — Zie met name arrest van 6 juli 1982, Frankrijk, Italië en Verenigd Koninkrijk/Commissie (188/80—190/80, Jurispr. blz. 2545, punt 12).

19 — Zie in deze zin ook Schwarze-von Burchard, *EU-Kommentar*, artikel 86 EG, punt 8.

c) Het bestaan van een machtspositie

39. Voorts moet echter wel worden onderzocht, of de feiten zoals door de verwijzende rechter meegedeeld, ook binnen de materiële werkingssfeer van artikel 86, lid 1, EG juncto artikel 82 EG vallen.

40. Terwijl artikel 82 EG „slechts op de mededinging beperkende gedragingen waartoe ondernemingen op eigen initiatief besluiten, en niet op maatregelen van staten" [20] ziet, heeft artikel 86, lid 1, EG volgens vaste rechtspraak van het Hof ten doel „nauwkeurig aan te geven, welke voorwaarden gelden voor de toepassing van de mededingingsregels van de artikelen 85 en 86 (thans artikelen 81 EG en 82 EG) op openbare bedrijven, ondernemingen waaraan de lidstaten bijzondere of exclusieve rechten verlenen of ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang". [21] Op grond van artikel 86, lid 1, EG kunnen de mededingingsvoorschriften derhalve worden toegepast op mededingingsverstorende praktijken waarvoor anders de betrokken ondernemingen vermoedelijk niet aansprakelijk zouden kunnen worden gesteld.

41. Nu moet worden onderzocht of, met het oog op de verwijzingsregel van artikel 86, lid 1, EG, aan de feitelijke voorwaarden van artikel 82 EG is voldaan. Artikel 82 EG veronderstelt om te beginnen, dat de betrokken ondernemingen een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan bekleden.

i) De relevante markt

42. Het Hof heeft er herhaaldelijk op gewezen dat bij de vraag of eventueel sprake is van een machtspositie, „fundamenteel belang moet worden toegekend aan de bepaling van de relevante markt en aan de afbakening van het wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, waar die onderneming in staat is eventueel misbruik te maken waardoor een werkzame mededinging wordt verhinderd". [22]

43. Volgens vaste rechtspraak moet de betrokken relevante markt worden beoordeeld „binnen het kader van de markt van alle producten die door hun eigenschappen bijzonder geschikt zijn om in een constante behoefte te voorzien, en die slechts in geringe mate door andere producten [of andere diensten] kunnen worden vervangen". [23]

20 — Arrest van 19 mei 1993, Corbeau (C-320/91, Jurispr. blz. I-2533, punt 10).

21 — Zie met name arrest van 4 mei 1988, Bodson (30/87, Jurispr. blz. 2479, punt 16).

22 — Zie onder meer arresten van 17 juli 1997, GT-Link (C-242/95, Jurispr. blz. I-4449, punt 36), en 23 mei 2000, Sydhavnens Sten & Grus (C-209/98, Jurispr. blz. I-3743, punt 57).

23 — Arrest van 9 november 1983, Michelin/Commissie (322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 37).

44. Volgens de uiteenzetting van de verwijzende rechter gaat het in het hoofdgeding om havendiensten voor de overslag van ladingen. [24] De relevante markt moet derhalve betrekking hebben op deze diensten; het staat overigens aan de verwijzende rechter deze markt aan de hand van de kenmerken van de betrokken dienstverrichting definitief te bepalen. [25] Hij dient met name na te gaan in hoeverre de goederenoverslag verschilt van andere havendiensten.

45. Het is eveneens de taak van de verwijzende rechter om de geografische omvang van de relevante markt vast te stellen. [26] Deze is immers kennelijk omstreden: de verwijzende rechter schijnt rekening te houden met iedere haven waar een AMM is gevestigd. Volgens de Italiaanse regering moet de haven van Portovesme gezien worden als een deel van de haven van Cagliari, omdat de AMM in beide havens actief is. Enirisorse daarentegen heeft — inzonderheid tijdens de terechtzitting — alle havens waarin een AMM is gevestigd in aanmerking genomen en — kennelijk met het oog op het verband met het gemeenschapsrecht — erop gewezen dat zich daaronder de haven van Livorno bevindt, die een belangrijke internationale overslagplaats is en dus met de haven van Genua kan worden vergeleken. De Commissie heeft ter terechtzitting naar de havens van Cagliari en Portovesme verwezen.

46. Hierbij zij opgemerkt, dat de werkzaamheden van een individuele AMM weliswaar geografisch zijn afgebakend maar dat voor alle AMM, onafhankelijk van de plaats van hun werkzaamheden, dezelfde wettelijke bepalingen gelden. Dit zou kunnen leiden tot een homogeniteit van de mededingingsvoorwaarden, op grond waarvan alle havens waar een AMM is gevestigd, gezamenlijk als de geografisch relevante markt kunnen worden beschouwd. Evenwel zou de insulaire situatie van de haveninstallaties in Cagliari en Portovesme tegen een dergelijke homogeniteit kunnen pleiten.

47. Het staat aan de nationale rechter een definitieve beoordeling te geven. Hij zal daarbij in ieder geval rekening moeten houden „met de markt waarop de mededingingsvoorwaarden voldoende homogeen zijn, dat wil zeggen een gebied waarbinnen de objectieve mededingingsvoorwaarden voor de betrokken diensten en met name de vraag van de consument voor alle marktdeelnemers gelijk zijn". [27]

24 — Zie in dit verband het gewijzigd voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake toegang tot de markt voor havendiensten (COM/2002/01 def.), waarin havendiensten volgens artikel 4 worden gedefinieerd als „diensten met commerciële waarde die normaal tegen betaling in een haven worden verleend". Aan de bijlage kan worden ontleend dat havendiensten met name de omslag van ladingen, „waaronder: a) laden en lossen; b) stuwen, overslag en ander vervoer binnen de terminal; c) opslag, ook in depot en entrepot, afhankelijk van de vrachtcategorie; d) groepage" omvatten.

25 — Zie in deze zin arrest Sydhavnens Sten & Grus, (aangehaald in voetnoot 22), punt 60.

26 — Ibidem.

27 — Arrest Ambulanz Glöckner (aangehaald in voetnoot 10), punt 34, met verwijzing naar arrest van 14 februari 1978, United Brands/Commissie (27/76, Jurispr. blz. 207, punt 44).

ii) De machtspositie van de AMM

48. Het is in casu twijfelachtig of en in hoeverre de betrokken regeling een machtspositie van de AMM op de relevante markt creëert of versterkt.

Definitie van machtspositie in de rechtspraak

49. Een machtspositie in de zin van artikel 82 EG wordt „gekenmerkt door een situatie van economische macht van een onderneming, die haar in staat stelt de instandhouding van daadwerkelijke mededinging op de relevante markt te verhinderen en het haar mogelijk maakt zich jegens haar concurrenten en haar afnemers in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen". [28]

50. Aan de toepassing van artikel 82 EG staat echter „het feit dat de afwezigheid of de beperking van de mededinging op een bepaalde markt zijn oorzaak vindt in of in de hand wordt gewerkt door wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen, geenszins in de weg". [29] Uit de rechtspraak inzake artikel 86, lid 1, EG juncto artikel 82 EG blijkt juist dat de economische machtspositie in de zin van bovengenoemde definitie ook bij wet kan worden verleend. [30] Op grond van een dergelijke economische machtspositie moet het de betrokken onderneming mogelijk zijn de relevante markt *naar eigen goeddunken* te beïnvloeden. [31] Dit betekent dat op die onderneming „los van de oorzaken van die positie, een bijzondere verantwoordelijkheid rust, opdat haar gedrag geen inbreuk maakt op een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de gemeenschappelijke markt". [32]

Machtspositie als gevolg van de verlening van uitsluitende rechten

51. Zoals door het Hof in het arrest Dusseldorp e.a. [33] bepaald, moet de verlening van uitsluitende rechten op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt aldus worden begrepen, dat aan de begunstigde onderneming een machtspositie in de zin van artikel 86 EG wordt toegekend.

28 — Zie in het bijzonder arresten Michelin/Commissie (aangehaald in voetnoot 23), punt 30, en Bodson (aangehaald in voetnoot 21), punt 26.

29 — Arrest Bodson (aangehaald in voetnoot 21), punt 26.

30 — Zie in deze zin arrest van 1 oktober 1998, Librandi (C-38/97, Jurispr. blz. I-5955, punt 27), met verwijzing naar arrest van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie (85/76, Jurispr. blz. 461, punt 38).

31 — Arrest van 13 december 1991, GB-Inno-BM (C-18/88, Jurispr. blz. I-5941, punt 25), met verwijzing naar arrest van 19 maart 1991, Frankrijk/Commissie, genoemd „Eindapparatuur" (C-202/88, Jurispr. blz. I-1223, punt 51).

32 — Arrest van 16 maart 2000, Compagnie maritime belge transports e.a./Commissie (C-395/96 P en C-396/96 P, Jurispr. blz. I-1365, punt 37), met verwijzing naar arrest Michelin/Commissie, (aangehaald in voetnoot 23), punt 57.

33 — Arrest van 25 juni 1998 (C-203/96, Jurispr. blz. I-4075, punt 60). Het betrof daar de verenigbaarheid van een regeling met artikel 86, lid 1, EG juncto artikel 82 EG, die aan één onderneming het recht op de verbranding van gevaarlijke stoffen voor het gehele grondgebied verleende.

52. Wanneer dus door de staat aan een onderneming uitsluitende rechten worden verleend, hangt de vaststelling of sprake is van een machtspositie alleen nog af van de vraag, of deze rechten op het gehele grondgebied van de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan bestaan.

53. Zo heeft het Hof in het arrest GT-Link [34] uiteengezet dat „een onderneming die op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt een wettelijk monopolie bezit, kan worden geacht een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag [thans artikel 82 EG] in te nemen. Dit geldt ook voor een openbare onderneming die eigenaar van een handelshaven is en die, uit dien hoofde, als enige gerechtigd is om in die haven de voor het gebruik van de haveninstallaties verschuldigde havenbelastingen te innen".

54. Een soortgelijke oplossing is te vinden in het arrest TNT Traco. [35] Daar betrof het een postrecht dat onder meer door de aanbieders van koeriersdiensten rechtstreeks aan de Italiaanse Post moest worden betaald, ook wanneer de post geen diensten verleende. Het Hof oordeelde dat „Poste Italiane eveneens [moet] worden aangemerkt als een onderneming waaraan de betrokken lidstaat bijzondere of uitsluitende rechten heeft verleend in de zin van artikel 90, lid 1, van het Verdrag [thans artikel 86, lid 1, EG], aangezien haar het uitsluitende recht van inzameling, vervoer en bestelling van de post op het grondgebied van die lidstaat is toegekend terwijl zij niet net als ieder ander die dezelfde diensten verricht, een postrecht [...] hoeft te betalen". [36] Even verderop stelde het Hof vast dat „Poste Italiane, [...] een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag [thans artikel 82 EG] bezit" [37], waarbij het in ander verband sprak van „het feit dat door de verlening van bijzondere of uitsluitende rechten een machtspositie wordt gecreëerd". [38]

De toekenning van staatsmiddelen kan niet zonder meer worden vereenzelvigd met de verlening van uitsluitende rechten

55. Met het oog op de volgens de aangehaalde rechtspraak beslissende vraag of aan de AMM uitsluitende rechten zijn verleend, zijn alle partijen er kennelijk van uitgegaan dat de betrokken toedeling van inkomsten als een verlening van uitsluitende rechten moet worden beschouwd.

56. Ik ben echter van mening dat een toedeling van inkomsten als die waarvan in casu sprake is, op zich niet als een uitsluitend recht kan worden gezien en dus op zich nog niet het bestaan van een

34 — Aangehaald in voetnoot 22, punt 35.
35 — Aangehaald in voetnoot 9.
36 — Ibidem, punt 40.
37 — Ibidem, punt 43.
38 — Ibidem, punt 44.

machtspositie in de zin van de bovenstaande rechtspraak impliceert.

57. In zijn conclusie in zaak C-475/99 [39] definieerde advocaat-generaal Jacobs het begrip bijzondere of uitsluitende rechten in de zin van artikel 86, lid 1, EG als volgt: het gaat om „door de autoriteiten van een lidstaat aan één of aan een beperkt aantal ondernemingen verleende rechten die de mogelijkheid van andere ondernemingen om de betrokken economische activiteit in hetzelfde geografische gebied en onder in wezen gelijkwaardige omstandigheden uit te oefenen, aanzienlijk ongunstig beïnvloeden".

58. De toedeling van staatsmiddelen aan de AMM vormt in het onderhavige geval op het eerste gezicht een dergelijke selectief begunstigende maatregel. [40] Ofschoon de overslag van ladingen in de havens waar de AMM zijn gevestigd, ook bij wege van zelfafhandeling kan worden uitgevoerd, is de havenbelasting immers van invloed op de mededinging tussen de AMM en ondernemingen die op zelfafhandeling teruggrijpen, aangezien deze laatste door de havenbelasting met bijkomende kosten worden geconfronteerd, terwijl de AMM door de toedeling van inkomsten een sterkere economische positie verkrijgen, ook op het gebied van de overslag van ladingen.

59. Toch komt het mij voor, dat de vereenzelviging van een eenvoudige toedeling van inkomsten met het verlenen van een bijzonder of uitsluitend recht op bezwaren stuit. Wanneer staatsmiddelen worden toegekend, gedraagt de begunstigde zich immers — anders dan bij de normale uitoefening van een verleend bijzonder of uitsluitend recht — passief; de op de markt uitgeoefende invloed kan evenmin geheel los worden gezien van de omvang van de steun. Hiertegen kan zeker worden ingebracht dat de onderhavige zaak ook daardoor wordt gekenmerkt, dat de toegekende middelen de facto met name door concurrenten worden verschaft. Zou men dit evenwel voldoende achten, dan zou moeten worden aangenomen dat elke — zelfs alleen maar indirecte — overdracht van middelen van een marktdeelnemer aan een andere marktdeelnemer onder artikel 82 EG juncto artikel 86, lid 1, EG valt, zonder uiteindelijk rekening te houden met de eventueel daaruit resulterende mogelijkheid voor de begunstigde om het marktgebeuren te beïnvloeden, zoals bij een bijzonder of uitsluitend recht nodig is.

60. De toedeling van een deel van de havenbelasting aan de AMM verschilt van de feitelijke constellatie in de zaken GT-Link en TNT Traco minstens in zoverre, dat de AMM niet zelf het besluit tot het heffen van de belasting nemen en dus geen enkele invloed kunnen uitoefenen op het niveau daarvan. De AMM zijn slechts passieve begunstigden van een financieringsmaatregel van de staat.

39 — Aangehaald in voetnoot 10, punten 83-89 van de conclusie.

40 — Zie inzake de compensatie van eventuele aan de openbare dienst verbonden lasten, mijn uiteenzetting aangaande staatssteun, nrs. 142 e.v.

61. Daartegen kan weer worden ingebracht dat het economisch gezien geen verschil maakt of de belasting door de begunstigde zelf wordt geheven dan wel door de staat. Juridisch maakt het mijns inziens echter duidelijk een verschil, dat in beide aangehaalde gevallen de openbare onderneming steeds uitsluitende rechten heeft verkregen — bijvoorbeeld het recht op het heffen van een bepaalde belasting —, terwijl de AMM in het onderhavige geval niet over een dergelijk recht beschikken. Maar het is juist een dergelijk recht dat het de betrokken ondernemingen mogelijk maakt om *naar eigen goeddunken* invloed op de relevante markt uit te oefenen. [41]

62. Niet in de laatste plaats moet in dit verband ook nog worden ingegaan op het probleem van de concurrentie met het recht inzake staatssteun. Wanneer men de selectieve toedeling van staatsmiddelen aan een bepaalde onderneming ziet als het aan die onderneming verlenen van een uitsluitend recht — zodat de machtspositie van die onderneming al door die verlening ontstaat —, dan wordt aan het recht inzake staatssteun de basis ontnomen. [42] Bedacht zij echter ook, dat deze twee reeksen bepalingen op verschillende wijze worden toegepast — het volstaat in casu te verwijzen naar de exclusieve onderzoeksbevoegdheid van de Commissie ter zake van de verenigbaarheid van staatssteun met de gemeenschappelijke markt. [43]

63. In een geval waarin de openbare onderneming zich alleen van de andere marktdeelnemers onderscheidt doordat zij staatssteun ontvangt, lijkt het dus niet mogelijk haar machtspositie uitsluitend toe te schrijven aan het enkele feit van de selectieve toedeling van inkomsten. Een machtspositie van de AMM zou wel bijvoorbeeld het gevolg kunnen zijn van de wettelijke definitie van haar taken betreffende de haveninfrastructuur. [44]

64. Het staat derhalve aan de nationale rechter om vast te stellen of de AMM, aldus gezien, daadwerkelijk een machtspositie

41 — Er zij op gewezen dat in de zaak TNT Traco (in voetnoot 9 aangehaald arrest, punt 43), niet is betwist dat Poste Italiane op de betrokken markt een machtspositie innam.

42 — In dit verband dient eraan te worden herinnerd dat steunmaatregelen van de staat de mededinging deswege vertekenen, omdat zij aan bepaalde ondernemingen een „onverdiend kostenvoordeel" — aldus Rawlinson in Lenz, *EG-Vertrag Kommentar*, punt 10 bij artikel 87 EG — verschaffen.

43 — In dit verband zij herinnerd aan de rechtspraak van het Hof, volgens welke tegenstrijdigheden bij de toepassing van de artikelen 87 e.v. EG en de andere verdragsbepalingen moeten worden vermeden. In het arrest van 15 juni 1993, Matra/Commissie (C-225/91, Jurispr. blz. I-3203, punt 42), sprak het Hof in het kader van een procedure op grond van artikel 88, lid 2, EG van een „verplichting van de Commissie de samenhang tussen de artikelen [87 EG] en [88 EG] en de overige bepalingen van het Verdrag in acht te nemen".

44 — Zie inzonderheid arrest van 24 oktober 2002, Aéroports de Paris/Commissie (C-82/01 P, Jurispr. blz. I-9297, punten 106 en 107): „In casu is ADP als eigenaar van de luchthaveninstallaties de enige die een vergunning voor de toegang daartoe kan verlenen. [...] [ADP] beschikt [...] over een wettelijk monopolie voor het beheer van de betrokken luchthavens, en alleen zij kan een vergunning verlenen om aldaar gronddiensten te verrichten en de voorwaarden daarvoor vaststellen. In die omstandigheden kon het Gerecht [...] op goede gronden tot de conclusie komen, dat ADP een economische machtspositie inneemt, die haar in staat stelt de handhaving van een daadwerkelijke mededinging op de markt te verhinderen doordat zij de mogelijkheid heeft zich onafhankelijk te gedragen." In de onderhavige zaak blijft de staat kennelijk eigenaar van de haveninstallaties. Toch ligt een vergelijking in zoverre voor de hand, als de AMM volgens wet nr. 961/76 inderdaad een monopolie bezitten voor de exploitatie van de noodzakelijke infrastructuur. Wanneer dit zou worden bevestigd, zouden de AMM de toegang tot de markt voor havendiensten op beslissende wijze kunnen beïnvloeden, zodat van een machtspositie zou moeten worden uitgegaan.

bezitten. In dit verband zal hij inzonderheid rekening moeten houden met de voordelen die de AMM aan hun taken betreffende de haveninfrastructuur ontlenen en met het marktgedrag.

iii) Het wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt

65. Voor het geval dat alle AMM of elke individuele AMM toch een machtspositie op de nader te bepalen relevante markt bezitten, zou vervolgens moeten worden beoordeeld of deze markt als een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt kan worden beschouwd.

66. Volgens de rechtspraak van het Hof zijn in dit verband „met name de omvang van het verkeer in de betrokken haven en de betekenis daarvan ten opzichte van alle importen en exporten over zee in de betrokken lidstaat van belang".[45]

67. In het arrest Merci convenzionali porto di Genova[46], betreffende de markt van de overslag van ladingen in de haven van Genua, heeft het Hof deze criteria toegepast en vastgesteld dat de aldus afgebakende markt wegens zijn betekenis voor de communautaire handel als een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt moet worden beschouwd. Zelfs een deel van het gebied van een lidstaat kan derhalve op grond van zijn economische betekenis een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt vormen.

68. Het creëren van een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt kan ook het gevolg zijn van een aantal naast elkaar liggende, territoriaal begrensde, monopolies die „in hun totaliteit het gehele grondgebied van een lidstaat beslaan".[47]

69. Het staat aan de nationale rechter om op grond van de verschillende economische gegevens en de geografische bijzonderheden vast te stellen of de door de AMM in Cagliari beheerde havens, respectievelijk alle zes havens waarin een AMM is gevestigd, als een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt kunnen worden beschouwd. Wanneer de nationale rechter zou opteren voor een collectieve beoordeling, zou de economische betekenis van de verschillende havens in zoverre van minder belang worden, als de havens waar een AMM is gevestigd, een aanzienlijk deel van het Italiaanse grondgebied in de zin van de bovenstaande rechtspraak zouden beslaan.

70. Alleen wanneer de verwijzende rechter zou menen dat de AMM een machtspositie op de relevante markt bekleden en dat deze

45 — Arrest GT-Link (aangehaald in voetnoot 22), punt 37, met verwijzing naar arrest Merci convenzionali porto di Genova (aangehaald in voetnoot 11), punt 15.

46 — Aangehaald in voetnoot 11.

47 — Arrest Centre d'insémination de la Crespelle (aangehaald in voetnoot 12), punt 17.

laatste een wezenlijk deel de gemeenschappelijke markt vormt, moet vervolgens de vraag naar een eventueel misbruik worden onderzocht.

d) Het bestaan van misbruik

71. Artikel 82 EG vooronderstelt bovendien dat de betrokken onderneming zich aan misbruik schuldig maakt en ten slotte dat dit kan leiden tot een ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten. Krachtens artikel 86, lid 1, EG moeten bepaalde maatregelen van de staat in zoverre met de gedragingen van de betrokken onderneming worden vereenzelvigd.

i) Het misbruik

72. Het uitgangspunt van de overwegingen is de intussen vaste rechtspraak van het Hof, volgens welke „ofschoon het feit dat door de verlening van bijzondere of uitsluitende rechten een machtspositie wordt gecreëerd, als zodanig niet onverenigbaar is met artikel 86 van het Verdrag [thans artikel 82 EG], een lidstaat evenwel in strijd handelt met de in artikel 90, lid 1, van het Verdrag [thans artikel 86, lid 1, EG] juncto artikel 86 van het Verdrag [thans artikel 82 EG] genoemde verboden wanneer hij door het treffen van een wettelijke of bestuursrechtelijke maatregel een situatie schept waarin een onderneming waaraan hij uitsluitende rechten heeft verleend, noodzakelijkerwijs misbruik van haar machtspositie zal maken".[48]

73. Mocht de nationale rechter tot de overtuiging komen dat de AMM op grond van de omstandigheden van het concrete geval, zoals bijvoorbeeld de taken die hun met betrekking tot de haveninfrastructuur zijn toevertrouwd, de geografische omstandigheden of de beperkte economische betekenis van de betrokken havens, de mogelijkheid hebben de relevante markt naar eigen goeddunken te beïnvloeden, zou vervolgens moeten worden onderzocht of de AMM door de staat in een situatie zijn gebracht waarin zij onvermijdelijk op artikel 82 EG inbreuk moeten maken.[49]

74. Verschillende categorieën van misbruik komen in aanmerking: enerzijds misbruik ten aanzien van de afnemers, anderzijds misbruik ten aanzien van de concurrenten.

75. Er is sprake van misbruik ten aanzien van de afnemers wanneer „de bezitter van de machtspositie de mogelijkheden ervan heeft benut om handelsvoordelen te ver-

48 — Arrest TNT Traco (aangehaald in voetnoot 9), punt 44, met verwijzing naar de arresten GT-Link (aangehaald in voetnoot 22), punt 33, en Dusseldorp e.a. (aangehaald in voetnoot 33), punt 61. Zie eveneens arrest Sydhavnens Sten & Grus (aangehaald in voetnoot 22), punt 66.

49 — Zie ook arrest Sydhavnens Sten & Grus (aangehaald in voetnoot 22), punt 67: „Zo heeft het Hof geoordeeld, dat een lidstaat, zonder inbreuk te maken op artikel 86 van het Verdrag, aan bepaalde ondernemingen exclusieve rechten kan verlenen, mits die ondernemingen geen misbruik maken van hun machtspositie of niet onvermijdelijk tot een dergelijk misbruik worden gebracht", met verwijzing naar arrest van 18 juni 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Jurispr. blz. I-3949, punt 41).

werven die hij in een situatie van normale en voldoende daadwerkelijke mededinging niet zou hebben gehad". [50]

76. Tot deze categorie behoren met name gevallen waarin „een onderneming met een machtspositie voor haar diensten een onbillijke of overdreven hoge prijs toepast in verhouding tot de economische waarde van de verrichte prestatie". [51]

77. Naar de mening van het Hof moet dit „des te meer gelden, wanneer die onderneming een vergoeding ontvangt voor diensten die zij niet zelf heeft verricht". [52]

78. Advocaat-generaal Alber heeft in de zaak TNT Traco er daarentegen op gewezen, dat de heffing van een recht niet moet worden gelijkgesteld met misbruik in de vorm van het afdwingen van een vergoeding voor niet-verleende diensten, aangezien een dergelijke heffing niet door een onderneming met een machtspositie had kunnen worden opgelegd. [53]

79. Deze beperkende uitlegging van artikel 86, lid 1, EG heeft in zoverre het bezwaar, dat deze bepaling juist het oog heeft op de gevallen waarin de staat de onder zijn invloed staande onderneming brengt of dwingt tot een gedraging waartoe de betrokken onderneming zelf niet zou zijn overgegaan.

80. Het toepassen van de oplossing in de zaak TNT Traco op de onderhavige zaak ligt mijns inziens echter evenmin voor de hand. Weliswaar ben ik het met de Commissie eens, dat het *economisch* geen verschil maakt of een openbare onderneming zelf een recht heft dan wel de opbrengst van een door de staat geheven belasting — of een deel daarvan — ontvangt. Juridisch zie ik echter een belangrijk verschil in het feit dat in een geval de onderneming door de staat tot een bepaalde gedraging wordt „verleid", terwijl in het andere, onderhavige, geval de onderneming ter zake van de heffing kennelijk in het geheel niets onderneemt.

81. Mijns inziens dient een misbruik dus veeleer te worden onderzocht met het oog op de gevolgen van de betrokken regeling. Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof vormt ook een overheidsmaatregel die leidt tot een uitbreiding of versterking van de machtspositie van een onderneming waaraan de staat bijzondere of uitsluitende rechten heeft verleend, een inbreuk op artikel 86 EG juncto artikel 82 EG. [54]

50 — Arrest United Brands/Commissie (aangehaald in voetnoot 27), punten 248 e.v.

51 — Arrest TNT Traco (aangehaald in voetnoot 9), punt 46, met verwijzing naar de arresten Centre d'insémination de la Crespelle (aangehaald in voetnoot 12), punt 25, en GT-Link (aangehaald in voetnoot 22), punt 39.

52 — Arrest TNT Traco (aangehaald in voetnoot 9), punt 47.

53 — Conclusie in de zaak TNT Traco (aangehaald in voetnoot 9), punten 66 en 67.

54 — Zie arrest Ambulanz Glöckner (aangehaald in voetnoot 10), punt 40, met verwijzing naar arresten GB-Inno-BM (aangehaald in voetnoot 31), punt 21, en Dusseldorp e.a. (aangehaald in voetnoot 33), punt 61.

82. In de zaak TNT Traco kwalificeerde advocaat-generaal Alber als misbruik de vervalsing van de mededinging ten gunste van de activiteiten van de Italiaanse post — en daarmee de uitbreiding van de machtspositie van de Italiaanse post op een bepaalde markt door het belasten van de concurrenten op een andere markt. [55]

83. Ook de Commissie verdedigt in de onderhavige zaak haar al in de zaak TNT Traco gebleken opvatting, volgens welke het misbruik bestaat in de uitbreiding van de machtspositie op een bepaalde markt door het belasten van de gezamenlijke concurrenten. Zij is van mening dat ook in casu de toedeling van inkomsten de positie van de AMM op de markt voor de overslag van ladingen versterkt.

84. Het misbruik van een eventuele machtspositie van de AMM kan mijns inziens ook daarin bestaan, dat de toedeling van een deel van de opbrengst van de havenbelasting de concurrentie vervalst. De Italiaanse regering heeft namelijk betoogd dat deze toekenning van middelen ten slotte neerkomt op een „ondersteuning van de prijs": zij verschaft de AMM namelijk de mogelijkheid om hun havendiensten tegen prijzen beneden de marktprijzen te verrichten. Uit dit betoog kan worden opgemaakt dat de AMM ten slotte te lage — en niet te hoge — prijzen verlangen, die dus in vergelijking met de marktprijzen evenzeer buiten verhouding staan. Wanneer deze handelwijze opzettelijk tegen concurrenten is gericht, is echter weer sprake van misbruik. [56]

ii) Ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten

85. Indien zou worden vastgesteld dat de AMM misbruik hebben gemaakt van hun eventuele machtspositie, zou ten slotte nog moeten worden onderzocht of dat misbruik ertoe kan leiden dat de handel tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed. [57]

86. Van een dergelijke beïnvloeding is slechts sprake wanneer „besluiten, overeenkomsten of feitelijke gedragingen op grond van een reeks van feitelijke en juridische gegevens met een voldoende mate van waarschijnlijkheid doen verwachten, dat zij al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, invloed kunnen uitoefenen op het handelsverkeer tussen lidstaten, en wel zo, dat men moet vrezen dat zij de totstandkoming van een gemeenschappelijke markt tussen lidstaten kunnen belemmeren. Die invloed dient voorts niet van geringe betekenis te zijn [...]". [58]

55 — Arrest aangehaald in voetnoot 9, punt 74 van de conclusie.

56 — In deze zin heeft het Hof al vastgesteld dat de selectieve prijsverlaging door een onderneming met een machtspositie een misbruik vormt, wanneer deze lagere prijzen tegen een concurrent zijn gericht (zie arrest Compagnie maritime belge transports e.a., aangehaald in voetnoot 10, punt 117).

57 — Zie bijvoorbeeld arresten Bodson (aangehaald in voetnoot 21), punt 22; GT-Link (aangehaald in voetnoot 22), punt 44, en Ambulanz Glöckner (aangehaald in voetnoot 10), punt 48.

58 — Arrest Ambulanz Glöckner (aangehaald in voetnoot 10), punt 48, met verwijzing naar het arrest van 28 april 1998, Javico (C-306/96, Jurispr. blz. I-1983, punt 16).

87. Wanneer het diensten betreft, kan deze invloed hierin bestaan, „dat de betrokken activiteiten zo zijn geregeld dat de gemeenschappelijke markt wordt gecompartimenteerd en het vrij verrichten van diensten [...] wordt belemmerd [...]. Evenzo kan de handel tussen lidstaten ongunstig worden beïnvloed door een maatregel die een onderneming belet zich in een andere lidstaat te vestigen om aldaar diensten op de betrokken markt aan te bieden". [59]

88. Het staat aan de nationale rechter om na te gaan of, gezien de economische kenmerken van de plaatselijke markt voor de overslag van lading, voldoende waarschijnlijk is dat de gedeeltelijke toedeling van havenbelastingen aan de AMM andere marktdeelnemers daadwerkelijk belet om in de betrokken Italiaanse havens soortgelijke diensten te verrichten. [60] Gelet op het hoofdgeding is het met name plausibel dat andere ondernemingen, die diensten van ladingoverslag in de haven van Cagliari of Portovesme willen aanbieden of die overslag bij wege van zelfafhandeling willen uitvoeren, worden afgeschrikt of afgehouden van het verrichten van activiteiten op deze markt door de lage tarieven van de AMM in Cagliari, mogelijk gemaakt door de gedeeltelijke toedeling van de havenbelasting.

59 — Arrest Ambulanz Glöckner (aangehaald in voetnoot 10), punt 49, met verdere verwijzingen.

60 — In deze zin ook het arrest Ambulanz Glöckner (aangehaald in voetnoot 10), punt 50.

e) Rechtvaardiging uit hoofde van artikel 86, lid 2, EG

89. Mocht met inachtneming van de bovenstaande redenering door de nationale rechter worden vastgesteld dat de betrokken nationale regeling onder het verbod van artikel 86, lid 1, EG juncto artikel 82 EG valt, zou ten slotte nog moeten worden onderzocht of sprake is van een dienst van algemeen economisch belang in de zin van artikel 86, lid 2, EG, zoals door de Italiaanse regering betoogd.

90. Volgens vaste rechtspraak van het Hof kan een lidstaat zich op artikel 86, lid 2, EG baseren om aan een onderneming belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, uitsluitende rechten toe te kennen die in strijd zijn met inzonderheid artikel 82 EG, mits de vervulling van de aan die onderneming toevertrouwde bijzondere taak slechts door de verlening van dergelijke rechten kan worden verzekerd en voorzover de ontwikkeling van het handelsverkeer niet wordt beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap. [61]

91. Derhalve moet worden onderzocht of de AMM zijn belast met diensten van algemeen economisch belang, en in hoeverre de selectieve toedeling van inkomsten

61 — Arrest Sydhavnens Sten & Grus (aangehaald in voetnoot 22), punt 74.

noodzakelijk is voor de vervulling van de hun toevertrouwde bijzondere taak.

i) Diensten van algemeen economisch belang

92. De toepassing van artikel 86, lid 2, EG veronderstelt [62] dat de lidstaat de inhoud definieert van de verplichtingen en feitelijke beperkingen die in het kader van de bijzondere taak werden opgelegd, dat deze verplichtingen bovendien kenmerkend voor die onderneming en haar werkzaamheden zijn, dat zij verband houden met het doel van de betrokken dienst van algemeen economisch belang en dat zij rechtstreeks beogen dat belang te dienen.

93. Uit het onderhavige dossier blijkt, dat de AMM enerzijds diensten rechtstreeks ten behoeve van de staat verrichten, doordat zij een deel van de haveninrichtingen beheren en instandhouden. [63] Anderzijds verrichten zij diensten ten behoeve van andere marktdeelnemers, met name doordat zij deelnemen aan de mededinging op de markt voor de overslag van ladingen, en hun diensten op deze markt aanbieden.

94. De door de AMM verrichte diensten kunnen in tweeërlei opzicht van algemeen economisch belang zijn. Naar de mening van de Italiaanse regering zouden zij

— enerzijds bijdragen aan de functionaliteit van de haveninstallaties alsmede aan de veiligheid van het afmeren van schepen in de haven;

— anderzijds belast zijn met de taak, de overslag tegen redelijke prijzen met name ook in kleinere havens te waarborgen. Anders gezegd: de AMM moeten de instandhouding van een kwalitatief hoogwaardige haveninfrastructuur en de toegang daartoe in de zin van een universele dienst verzekeren, ook in havens die louter economisch gezien minder aantrekkelijk zijn.

95. Het Hof heeft al uitgesloten „dat de exploitatie van iedere handelshaven het beheer van een dienst van algemeen economisch belang uitmaakt, inzonderheid [...] dat alle in een dergelijke haven verrichte diensten onder een dergelijke taak vallen". [64] Niettemin heeft het Hof vastgesteld dat bepaalde havendiensten, bijvoorbeeld de handhaving van een universele dienst inzake vast- en ontmeren [65], dan wel

62 — Arrest van 23 oktober 1997, Commissie/Frankrijk (C-159/94, Jurispr. blz. I-5815, punten 65-69).

63 — Zie inzonderheid de supra aangehaalde wet nr. 961/67.

64 — Arrest GT-Link (aangehaald in voetnoot 22), punt 52. Zie ook arrest Merci convenzionali porto di Genova (aangehaald in voetnoot 11), punten 25 e.v., en conclusie van advocaat-generaal Van Gerven in die zaak, punt 27.

65 — Arrest Corsica Ferries France (aangehaald in voetnoot 49), punt 45.

bepaalde voorrechten van een rivierhaven [66], diensten van algemeen economisch belang vormen.

96. Beslissend voor de kwalificatie als diensten van algemeen economisch belang is, dat er „een algemeen economisch belang [bestaat] dat deze werkzaamheden van andere economische activiteiten onderscheidt". [67] In het arrest Corsica Ferries II [68] werd het specifieke kenmerk daarin gezien, dat de dienst uit veiligheidsoverwegingen te allen tijde aan alle gebruikers van de haven ter beschikking moest staan. In het arrest GT-Link heeft het Hof niet uitgesloten „dat de loutere terbeschikkingstelling van een haveninfrastructuur" als een dienst van algemeen economisch belang kan worden aangemerkt. [69] Ten slotte erkende het Hof in het arrest SIOT [70] „de algemene voordelen, verbonden aan het gebruik van wateren en haveninstallaties, waarvan het bevaarbaar houden en het onderhoud door overheidsinstanties worden bekostigd".

97. Derhalve dient de nationale rechter mijns inziens inzonderheid na te gaan in hoeverre aan de AMM de taak is toevertrouwd, haveninfrastructuren en havendiensten in de vorm van de overslag van ladingen als universele dienst aan te bieden. Daarbij moet rekening worden gehouden met de criteria van de rechtspraak: het aanbieden van diensten aan iedereen, op elk moment, tegen uniforme tarieven en op voorwaarden die slechts mogen variëren volgens objectieve criteria. [71]

98. Aangaande de haveninfrastructuur kan worden opgemerkt dat het onderhoud van haveninstallaties op zich de veiligheid van deze installaties en derhalve ook de veiligheid van de scheepvaart in de haven dient. In het hoofdgeding blijft het onduidelijk in hoeverre de hierboven gepreciseerde, door de AMM aan de staat verleende diensten, specifieke kenmerken hebben, die een van het gebruik afhankelijke compensatie op grond van de ontstane kosten zou kunnen rechtvaardigen. [72] Deze onduidelijkheid wordt vermoedelijk daardoor verklaard, dat deze diensten in het hoofdgeding geen rol spelen.

99. De verlening van overslagdiensten tegen redelijke prijzen hangt samen met de kwestie van de universele dienstverlening en vergt een gedifferentieerd onderzoek: weliswaar dienen volgens de aangehaalde rechtspraak [73] „havenwerkzaamheden als het laden, lossen, overslaan en het

66 — Arrest van 14 juli 1971, Muller e.a., genoemd „Port de Mertert" (10/71, Jurispr. blz. 723, punt 11).

67 — Zie inzonderheid het arrest GT-Link (aangehaald in voetnoot 22), punt 53.

68 — Aangehaald in voetnoot 49.

69 — Aangehaald in voetnoot 22, punt 54.

70 — Arrest van 16 maart 1983 (266/81, Jurispr. blz. 731, punt 21).

71 — Zie bijvoorbeeld arresten van 27 april 1994, Almelo e.a. (C-393/92, Jurispr. blz. I-1477, punt 48); zie in dit verband ook reeds het arrest Corbeau (aangehaald in voetnoot 20), punt 15, en het arrest van 23 oktober 1997 in zaak C-159/94 (aangehaald in voetnoot 62) inzake monopolie bij elektriciteit en gas, punten 57 en 58. Zie eveneens de uiteenzetting van Blum/Logue, *State monopolies under EC Law*, blz. 175 e.v.

72 — Ten aanzien van de markt voor grondafhandelingsdiensten op luchthavens voorziet artikel 16, lid 3, van richtlijn 96/67/EG van de Raad van 15 oktober 1996 betreffende de toegang tot de grondafhandelingsmarkt op de luchthavens van de Gemeenschap (PB L 272, blz. 36), in de mogelijkheid van de betaling van een vergoeding voor de toegang tot de luchthavenvoorzieningen, inzonderheid voor marktdeelnemers die voor zelfafhandeling wensen te zorgen. De uitlegging van deze bepaling is het voorwerp van de aanhangige zaak Flughafen Hannover-Langenhagen (C-363/01).

73 — Zie voetnoot 64.

verplaatsen in het algemeen van goederen of ander materieel in de haven, niet noodzakelijkerwijze een algemeen economisch belang [...] dat deze werkzaamheden van andere economische activiteiten onderscheidt", doch anderzijds bepaalt artikel 6 van het gewijzigd voorstel van de Commissie voor een richtlijn inzake toegang tot de markt voor havendiensten (COM/2002/0101 def.), dat de toekenning van vergunningen aan verleners van havendiensten afhankelijk kan worden gesteld van „openbare dienstverplichtingen met betrekking tot veiligheid, regelmatigheid, continuïteit, kwaliteit en prijs, alsook de voorwaarden waaronder de dienst mag worden verleend".

100. De omstandigheid waarop de Italiaanse regering zich beroept, te weten dat het bij de havens waar de AMM zijn gevestigd, om havens met een gering verkeersaanbod gaat, zou als een dergelijk „specifiek kenmerk" in de zin van de bovenstaande rechtspraak kunnen worden beschouwd.

ii) Noodzakelijkheid

101. Maar zelfs wanneer de taken waarmee de AMM zijn belast, inderdaad als van algemeen economisch belang zouden kunnen worden beschouwd, zou de regering van de betrokken lidstaat ten genoegen van de nationale rechter dienen aan te tonen dat de toekenning van uitsluitende rechten — in casu in de vorm van een toedeling van inkomsten [74] — voor de vervulling van de bijzondere taak door de onderneming noodzakelijk is en dat de betrokken onderneming zonder de bestreden maatregel niet in staat zou zijn de haar opgedragen taak te vervullen. [75]

102. Het blijft derhalve de vraag in hoeverre de toedeling van inkomsten voor de vervulling van deze eventuele taken door de AMM noodzakelijk is. [76] Dit zou alleen zijn aan te nemen wanneer de Italiaanse regering zou kunnen aantonen dat de toegedeelde inkomsten de door de bijzondere taken veroorzaakte kosten compenseren. Uit het betoog van de Italiaanse Republiek zelf kan worden opgemaakt dat dit op zijn minst genomen aan twijfel onderhevig is.

103. Om te beginnen moet eraan worden herinnerd dat de Italiaanse regering de door de overdracht van de bijzondere taken ontstane kosten duidelijk behoorde te identificeren. [77]

74 — Zie de punten 55 e.v. supra voor mijn opvatting over de toedeling van inkomsten als een verlening van uitsluitende rechten. In het kader van artikel 86, lid 2, EG staat niets eraan in de weg dat de toedeling van inkomsten gezien wordt als een verlening van uitsluitende rechten, aangezien op die bepaling eveneens een beroep kan worden gedaan ter rechtvaardiging van een steunverlening.

75 — Arrest Dusseldorp e.a. (aangehaald in voetnoot 33), punt 67.

76 — Zie het arrest Commissie/Frankrijk inzake de monopolies voor gas en elektriciteit (aangehaald in voetnoot 62), punt 96: een uitzondering op de verdragsbepalingen is slechts aanvaardbaar wanneer zij noodzakelijk is om de uitverkoren onderneming in staat te stellen de bijzondere taak onder economisch aanvaardbare voorwaarden te vervullen.

77 — Zie punt 101 supra.

104. Bovendien is het duidelijk dat de toedeling van een deel van de opbrengst van de havenbelasting niet de enige financieringsbron van de AMM was. Uit het nationale juridisch kader blijkt dat de kosten voor de aankoop van nieuwe goederen voor rekening van de Staat komen voorzover het budget van de AMM geen andere mogelijkheden biedt. Daaruit blijkt overigens duidelijk dat de interventie van de Staat om het evenwicht van het budget te verzekeren, in ieder geval variabel is. Bovendien ontvangen de AMM de opbrengsten van de beheerde goederen alsmede van leningen of andere financiële handelingen.

105. Een controleerbare vergelijking van de lasten van de AMM als gevolg van eventuele bijzondere taken, met de hiervoor door de Staat toegekende compensatie, blijkt derhalve nauwelijks mogelijk te zijn. De bij richtlijn 2000/52/EG van de Commissie [78] nagestreefde doorzichtigheid van de financiële betrekkingen tussen de lidstaten en de openbare ondernemingen is kennelijk niet verwezenlijkt. [79] Nu het niet mogelijk is de lasten van de AMM te vergelijken met de compensatie van de Staat, zal dit ook een rol spelen bij de beoordeling van het hoofdgeding in het licht van het recht inzake staatssteun. [80]

106. Bovendien heeft wet nr. 84/94 kennelijk het beheer van de betrokken haveninstallaties tegelijk met de gedeeltelijke toedeling van de havenbelasting aan de havenautoriteiten van de Staat overgedragen, maar niet het laden en lossen van goederen, dat nog steeds door de AMM wordt verzekerd. Daaruit blijkt dat de onderhavige toedeling van inkomsten niet echt noodzakelijk was om te verzekeren dat overslagdiensten tegen redelijke prijzen konden worden aangeboden.

107. Onder deze omstandigheden schijnt een rechtvaardiging krachtens artikel 86, lid 2, EG derhalve niet voor de hand te liggen; de nationale rechter heeft evenwel tot taak, een definitief onderzoek volgens de aangeduide criteria in te stellen.

f) De vijfde prejudiciële vraag, voorzover deze betrekking heeft op het misbruik van een machtspositie

108. Met de vijfde prejudiciële vraag, voorzover deze betrekking heeft op het misbruik van een machtspositie, wenst de Corte suprema di cassazione in wezen te vernemen welke gevolgen een met artikel 86, lid 1, EG strijdig misbruik van een machtspositie op de onderhavige belastingregeling zou hebben.

78 — Richtlijn van 26 juli 2000 tot wijziging van richtlijn 80/723/EEG betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven (PB L 193, blz. 75).

79 — In dit verband zij erop gewezen, dat het gewijzigd voorstel voor een richtlijn inzake de toegang tot de markt voor havendiensten (aangehaald in voetnoot 24) de doorzichtigheid van de financiële betrekkingen tussen lidstaten en havens tot doel heeft: zie met name artikel 12 inzake de boekhouding van havendienstactiviteiten.

80 — Zie hierover infra, punten 138 e.v.

109. Om te beginnen moet eraan worden herinnerd, dat ook in het kader van artikel 86 EG de bepalingen van artikel 82 EG „rechtstreekse werking hebben en voor de justitiabelen rechten in het leven roepen die de nationale rechter dient te beschermen". [81] Het Hof heeft bovendien vastgesteld dat de personen of ondernemingen waaraan een openbare onderneming met artikel 86, lid 1, EG juncto artikel 82 EG strijdige havenbelastingen heeft opgelegd, in beginsel recht hebben op terugbetaling van de onverschuldigd betaalde belastingen. [82]

110. In casu wordt de belasting echter niet door een openbare onderneming geheven, maar door de Staat, die een aanzienlijk deel van de opbrengst aan de AMM toedeelt. De eventuele machtspositie van de AMM wordt door deze belastingregeling slechts in zoverre uitgebreid, als de opbrengst daarvan gedeeltelijk aan de AMM wordt toebedeeld.

111. Wanneer de nationale rechter tot de conclusie komt dat sprake is van misbruik van een machtspositie, zou de onverenigbaarheid met het gemeenschapsrecht derhalve alleen betrekking hebben op het deel van de opbrengst van de belasting dat aan de AMM wordt toebedeeld.

81 — Arrest GT-Link (aangehaald in voetnoot 22), punt 57.
82 — Ibidem, punt 61.

V — De derde prejudiciële vraag en de vijfde prejudiciële vraag, voorzover deze betrekking heeft op staatssteun

112. Volgens artikel 87 EG zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voorzover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.

113. Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de toedeling van een aanzienlijk deel van de betrokken havenbelasting aan de AMM een steunmaatregel van de staat vormt. Bij positieve beantwoording van deze vraag wenst hij te vernemen, of hij mag weigeren die maatregel toe te passen omdat de steun niet bij de Commissie is aangemeld. Tot slot wenst hij te vernemen of de onverenigbaarheid met het gemeenschapsrecht de heffing van de belasting betreft dan wel slechts de gedeeltelijke toedeling daarvan.

A — *Argumenten van partijen*

114. *Enirisorse* en de *Commissie* stellen, dat de AMM in Cagliari een onderneming is, en dat de toedeling van een deel van de

opbrengst van de havenbelasting selectief plaatsvindt. Die toedeling heeft een ongunstige invloed op het intracommunautaire handelsverkeer en vervalst de mededinging of dreigt deze te vervalsen, voorzover de AMM concurreert met ondernemingen uit andere lidstaten, die de ladingoverslag met eigen middelen willen uitvoeren.

115. De toedeling is een financieel voordeel en geschiedt kennelijk uit staatsmiddelen. De *Commissie* wijst er in dit verband echter op, dat het Hof in de zaak Preussen Elektra [83] heeft vastgesteld, dat de verplichting van particuliere elektriciteitsbedrijven om elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen tegen vastgestelde minimumprijzen af te nemen, geen enkele rechtstreekse of zijdelingse overdracht van staatsmiddelen aan de producenten van dit soort elektriciteit met zich meebrengt, zodat van staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG niet kan worden gesproken. Ofschoon in de hoofdzaak duidelijk sprake is van een overdracht van staatsmiddelen, aangezien de belasting moet worden betaald aan de Staat die op zijn beurt een deel van de opbrengst aan de AMM toedeelt, is het onderhavige geval in economisch opzicht vergelijkbaar met de zaak Preussen Elektra, aangezien in beide gevallen de Staat een systeem voor de overdracht van middelen heeft gecreëerd. Zich baseren op de betalingsmodaliteiten — in casu aan de Staat, in de zaak Preussen Elektra aan een onderneming — zou in strijd zijn met het beginsel dat het bij staatssteun in de eerste plaats aankomt op de gevolgen daarvan.

116. De Commissie is bovendien van mening dat het aan de nationale rechter staat om vast te stellen of de maatregel de handel tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt en de mededinging vervalst dan wel dreigt te vervalsen.

117. De *Italiaanse regering* beklemtoont dat de onderhavige maatregel geen onrechtmatige staatssteun is. De havenbelasting is uit sociaal-economische redenen noodzakelijk en is in het algemeen belang. [84] Zij wijst op het geringe verkeersaanbod in de haven van Portovesme en stelt, dat de tarieven in dergelijke havens sterk zouden stijgen wanneer de kosten van de diensten van de AMM volgens louter markteconomische normen zouden worden berekend. Overeenkomstig het arrest in de zaak Preussen Elektra [85] kunnen bovendien de kosten van een openbare dienst over een grotere kring van ondernemingen worden omgeslagen teneinde deze dienst in stand te kunnen houden.

118. Overigens zou de maatregel ook als steun voor de bevordering van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën krachtens artikel 87, lid 3, sub c, EG gerechtvaardigd zijn.

119. Daarom is de nationale rechter niet bevoegd om op grond van artikel 88, lid 3, EG in te grijpen.

83 — Arrest van 13 maart 2001 (C-379/98, aangehaald in voetnoot 14).

84 — Zie voor dit argument ook punt 27 supra.

85 — Aangehaald in voetnoot 14.

120. *Enirisorse* en de *Commissie* sluiten uit, dat de onderhavige regeling op grond van artikel 86, lid 2, EG kan worden gerechtvaardigd. Aan de verwijzingsbeschikking kan de Commissie geen feitelijke gegevens ontlenen die de noodzaak van diensten van algemeen economisch belang zouden aantonen. Daarom kan ook het arrest Ferring [86] niet op de onderhavige casus worden getransponeerd. Enirisorse voegt hier nog aan toe, dat de omstandigheid dat de AMM niet in elke Italiaanse haven zijn gevestigd, aantoont dat hun werkzaamheden niet noodzakelijk zijn. Naar haar mening, en die van de Commissie, zou de regeling hoe dan ook onwettig zijn, omdat zij niet bij de Commissie is aangemeld.

B — *Juridische beoordeling*

1. De ontvankelijkheid van de derde prejudiciële vraag

121. De verwijzende rechter roert zelf de vraag aan, of de derde prejudiciële vraag ontvankelijk is: het voorwerp van het hoofdgeding betreft de verplichting tot betaling van de belasting en de rechtmatigheid van *het heffen* van de belasting, terwijl de derde prejudiciële vraag uitdrukkelijk betrekking heeft op de *toedeling* van een deel van de opbrengst van de belasting aan een openbare onderneming.

86 — Arrest van 22 november 2001 (C-53/00, Jurispr. blz. I-9067).

122. De vraag of de toedeling van inkomsten als staatssteun kan worden gekwalificeerd, zou dus irrelevant kunnen zijn voor de in het hoofdgeding gestelde vraag naar de rechtmatigheid van het heffen van de belasting. Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof kunnen „[z]ij die een verplichte bijdrage verschuldigd zijn, [...] om zich aan de betaling daarvan te onttrekken, zich [...] niet erop beroepen dat de door anderen genoten vrijstelling een staatssteun vormt". [87] Het Hof heeft derhalve de vraag of een vrijstelling van een belasting staatssteun vormt, kennelijk irrelevant geacht voor een procedure die betrekking had op een verplichting tot betaling van een belasting. Deze rechtspraak zou dus kunnen worden uitgelegd in die zin, dat de kwalificatie van een maatregel als staatssteun weliswaar tot terugvordering van de betaalde bedragen, maar niet tot vrijstelling van de belasting moet leiden.

123. In casu is echter de verplichting tot betaling van een belasting het voorwerp van het hoofdgeding. Ter terechtzitting heeft Enirisorse er ook nog uitdrukkelijk op gewezen, dat zij met haar beroep op het recht inzake staatssteun de betaling van de havenbelasting wil voorkomen.

124. De ontvankelijkheid van de derde prejudiciële vraag in verbinding met de vijfde prejudiciële vraag moet mijns inziens nochtans om meerdere redenen worden bevestigd.

87 — Arrest van 20 september 2001, Banks (C-390/98, Jurispr. blz. I-6117, punt 80), met verwijzing naar de arresten van 9 maart 2000, EKW en Wein & Co. (C-437/97, Jurispr. blz. I-1157, punten 51-54), en 13 juli 2000, Idéal tourisme (C-36/99, Jurispr. blz. I-6049, punten 26-29).

125. In de eerste plaats dient te worden gewezen op de reeds aangehaalde rechtspraak van het Hof, volgens welke het in beginsel aan de nationale rechter staat om de noodzaak van een prejudiciële beslissing te beoordelen. [88]

126. Voorts dient erop te worden gewezen dat een vergelijkbare redenering al in de zaken Ferring [89] en GEMO [90] door de Franse regering is gevolgd. In de zaak Ferring werd deze redenering door advocaat-generaal Tizzano [91] weerlegd; het Hof ging in zijn arrest hierop niet verder in. In de zaak GEMO sloot advocaat-generaal Jacobs zich aan bij het betoog van advocaat-generaal Tizzano. [92]

127. In de onderhavige zaak achtte de verwijzende rechter het bovendien opportuun het Hof te adiëren juist op grond van de vraag of, in het kader van de kwalificatie als staatssteun, het heffen van de belasting kan worden gescheiden van de toedeling van een deel van de opbrengst daarvan, dus van de besteding van die belasting. In dit verband schijnt de derde prejudiciële vraag een voorvraag te zijn van de vijfde. Het lijkt daarom noodzakelijk om inhoudelijk op de derde prejudiciële vraag in te gaan, al is het maar om vast te stellen of de vraag, of de uit artikel 88, lid 3, EG eventueel voortvloeiende ongeldigheid van de betrokken toedeling van inkomsten zich ook uitstrekt tot de heffing [93], op grond van het gemeenschapsrecht moet worden beantwoord.

128. De derde prejudiciële vraag is derhalve ontvankelijk.

2. De derde en de vijfde prejudiciële vraag

129. Met het eerste deel van de derde prejudiciële vraag wenst de Corte suprema di cassazione in wezen te vernemen of de gedeeltelijke toedeling van de havenbelasting aan de AMM staatssteun vormt in de zin van artikel 87, lid 1, EG.

a) De feitelijke kenmerken van het begrip staatssteun

130. Een maatregel valt onder het verbod van artikel 87, lid 1, EG wanneer

88 — Zie supra punten 28 e.v. en de in voetnoot 14 aangehaalde rechtspraak.

89 — Arrest aangehaald in voetnoot 86.

90 — Zaak C-126/01, conclusie van advocaat-generaal Jacobs van 30 april 2002, arrest van 20 november 2003, Jurispr. blz. I-13769, I-13772.

91 — Punten 20-24 van de conclusie (in voetnoot 86 aangehaald arrest).

92 — Zie met name de punten 35-48 van de in voetnoot 90 aangehaalde conclusie.

93 — Zie in die zin de punten 177 e.v. infra.

— hij bepaalde ondernemingen of producties een eenzijdig voordeel verschaft,

— het voordeel rechtstreeks of onrechtstreeks uit middelen van de staat wordt toegekend,

— het voordeel de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen en

— de maatregel zich ertoe leent het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig te beïnvloeden.

131. In de onderhavige zaak wordt kennelijk niet betwist dat de AMM *ondernemingen* in de zin van het mededingingsrecht zijn. [94]

132. De toekenning van een deel van de opbrengst van de havenbelasting komt ook niet ten goede aan alle havenbedrijven in Italië, maar wordt alleen toegekend aan de in zes Italiaanse havens gevestigde AMM, zodat de maatregel ook wordt gekenmerkt door een zekere *selectiviteit*. [95]

133. Deze toekenning vormt ook een *overdracht van staatsmiddelen*, aangezien zij rechtstreeks wordt toegekend uit de opbrengst van de door het ministerie van Financiën geheven havenbelasting. Het betreft dus een positieve subsidie van de Staat, waardoor de onderhavige zaak zich ook onderscheidt van de zaak Preussen Elektra. [96]

134. Inzake de vraag naar de *mededingingsvervalsing* en de *nadelige beïnvloeding van de intracommunautaire handel* dient te worden geconstateerd, dat wanneer „een door een lidstaat verleend voordeel de positie van een categorie van ondernemingen ten opzichte van andere concurrerende ondernemingen in het intracommunautaire handelsverkeer versterkt, dit handelsverkeer moet worden geacht door dit voordeel te worden beïnvloed". [97]

135. In de onderhavige zaak heeft de betrokken maatregel ongetwijfeld betrekking op het internationale handelsverkeer, aangezien hij verband houdt met havendiensten. Daarom mag worden aangenomen dat in de betrokken havens goederen uit andere lidstaten worden overgeslagen, zodat het, onder voorbehoud van een definitief onderzoek door de nationale rechter, voor de hand ligt dat de intracommunautaire handel ongunstig wordt beïnvloed.

94 — Zie daarvoor al punten 35 en 36 supra.

95 — Zie inzake selectiviteit met name arrest van 8 november 2001, Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, Jurispr. blz. I-8365, punten 34 en 35).

96 — Arrest aangehaald in voetnoot 14.

97 — Arrest Ferring (aangehaald in voetnoot 86), punt 21, met verwijzing naar arrest van 17 september 1980, Philip Morris Holland/Commissie (730/79, Jurispr. blz. 2671, punt 11).

136. Voorts kan worden aangenomen dat de AMM op het gebied van de overslag van goederen concurreren met ondernemingen uit andere lidstaten, met name ondernemingen die op zelfafhandeling teruggrijpen, zodat het risico van een vervalsing van de mededinging eveneens voor de hand ligt.

137. Tot slot is vooral kwestieus, of de betrokken maatregel een *begunstigend effect* heeft. Dit wordt bestreden door de Italiaanse regering, die daarvoor verwijst naar de desbetreffende compensatie voor diensten van algemeen economisch belang.

b) Compenserende betalingen van de staat voor diensten van algemeen economisch belang: stand van de discussie

138. De behandeling van compenserende betalingen van de staat voor diensten van algemeen economisch belang in de recentere rechtspraak van het Hof [98], leidt tot discussies in de doctrine [99], maar ook tussen de advocaten-generaal [100], met name omdat deze diensten in het middelpunt van de politieke belangstelling staan. [101]

139. Wegens mijn al geformuleerde voorbehoud [102] ten aanzien van een mogelijke rechtvaardiging van de onderhavige regeling krachtens artikel 86, lid 2, EG, ga ik hier slechts volledigheidshalve op die discussie in, namelijk voor het geval het Hof het zinvol zou achten om de nationale maatregel eerst in het licht van het recht inzake staatssteun te onderzoeken.

i) Het arrest Ferring [103] in het licht van de vroegere rechtspraak en de praktijk van de Commissie

140. In de zaak Ferring ging het in wezen om de vraag, of een belastingvrijstelling binnen het toepassingsgebied van het recht inzake staatssteun valt, wanneer zij bedoeld is om bijzondere lasten, veroorzaakt door de waarneming van diensten van algemeen economisch belang, te compenseren.

98 — Zie inzonderheid arrest Ferring (aangehaald in voetnoot 86), doch eveneens arrest Adria-Wien Pipeline en Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, (aangehaald in voetnoot 95).

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

100 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Léger in de zaak Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, Jurispr. 2003, blz. I-7747, I-7751), en van advocaat-generaal Jacobs in de zaak GEMO (aangehaald in voetnoot 90).

101 — Zie de door advocaat-generaal Jacobs in voetnoot 50 van de conclusie in de zaak GEMO (aangehaald in voetnoot 90) genoemde documenten. Zie sindsdien ook de Mededeling van de Commissie — Methodologische nota voor de horizontale evaluatie van diensten van algemeen economisch belang (COM/2002/331 def.) en het advies van het Economisch en Sociaal Comité van 17 juli 2002 over diensten van algemeen belang (860/2002). Zie in dit verband ook artikel 36 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: „De Unie erkent en eerbiedigt de toegang tot diensten van algemeen economisch belang zoals deze is geregeld in de nationale wetgevingen en praktijken, overeenkomstig het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, teneinde de sociale en territoriale samenhang van de Unie te bevorderen".

102 — Zie punten 92 e.v. supra.

103 — Aangehaald in voetnoot 86.

141. Het uitgangspunt van de overwegingen van het Hof was de vaststelling dat „[h]et bestaan van een voordeel in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag [thans artikel 87, lid 1, EG] [...] niet automatisch [kan] worden afgeleid uit het feit dat de betrokken ondernemingen verschillend worden behandeld". [104] Daaruit volgt, dat van een dergelijk voordeel geen sprake is „wanneer deze verschillende behandeling is gerechtvaardigd door redenen die de opzet van het systeem betreffen". [105]

142. De omstandigheid dat bepaalde ondernemingen van de aldaar genoemde belasting zijn vrijgesteld, kan naar het oordeel van het Hof beschouwd worden als de tegenprestatie voor de prestaties die zijn verricht ter vervulling van hun verplichtingen van algemeen belang, en zal geen staatssteun vormen voorzover de bijkomende kosten van de ondernemingen, veroorzaakt door deze diensten van algemeen economisch belang, daardoor worden gedekt. [106]

143. De compensatie door de staat van lasten veroorzaakt door de vervulling van verplichtingen van algemeen economisch belang, geldt dus niet als staatssteun wanneer deze compensatie niet hoger is dan de werkelijk ontstane kosten, omdat in zoverre van een economisch voordeel geen sprake is.

144. Deze behandeling van compenserende betalingen, wat het al dan niet bestaan van staatssteun betreft, springt in het oog omdat het Hof daarmee afstand nam van zijn eigen rechtspraak [107] en van de praktijk van de Commissie [108], zonder zich af te vragen welke gevolgen deze wijziging zou hebben.

145. Het door het Hof in het arrest Ferring gehanteerde uitgangspunt verschilt overigens niet veel van zijn aanpak in de zaak ADBHU. [109] Daar was het Hof namelijk van mening dat de in richtlijn 75/439/EEG van de Raad [110] voorziene bijdrage, gefinancierd volgens het beginsel dat de vervuiler betaalt — in voorkomend geval door een belasting, geheven op de producten waarvan het gebruik afgewerkte olie doet ontstaan dan wel op de afgewerkte olie zelf, en die niet hoger was dan de jaarlijkse feitelijke kosten — niet moest worden beschouwd als staatssteun, maar als de tegenprestatie voor de door de inzamelings- of verwijderingsbedrijven verrichte prestaties.

104 — Ibidem, punt 17.

105 — Zie de analoge formulering in het arrest Adria-Wien Pipeline (aangehaald in voetnoot 95), punt 42: „Volgens de rechtspraak van het Hof voldoet een maatregel niet aan deze selectiviteitsvoorwaarde indien deze, hoewel de begunstigde erdoor wordt bevoordeeld, gerechtvaardigd is door de aard of de opzet van het stelsel waarvan hij deel uitmaakt".

106 — Arrest Ferring (aangehaald in voetnoot 86), punt 27.

107 — Zie de in voetnoten 112 en 113 genoemde rechtspraak. Over de stand van de rechtspraak vóór het arrest Ferring: Koenig, Kühling en Ritter, *EG-Beihilfenrecht*, blz. 33.

108 — Zie over deze beslissingspraktijk: J.-Y. Chériot, „Financement des obligations de service public et aides d'État", *Europa* 2000, blz. 4. Als voorbeeld voor de inachtneming van de staatssteunbenadering door de Commissie komt in aanmerking beschikking 1999/133/EG van 10 juni 1998 in de zaak CELF (PB 1999, L 44, blz. 37): de Commissie onderzocht daar een compensatie in het kader van een Frans systeem voor de bevordering van de uitvoer van boeken op grond van artikel 87, lid 1, EG en artikel 87, lid 3, sub d, EG. Aangezien zij laatstgenoemde bepaling toepasselijk achtte, ging zij niet over tot een onderzoek op grond van artikel 86, lid 2, EG.

109 — Arrest van 7 februari 1985 (240/83, Jurispr. blz. 531, punt 18).

110 — Richtlijn van 16 juni 1975 inzake de verwijdering van afgewerkte olie (PB L 194, blz. 23).

146. Dit standpunt werd in een arrest van het Gerecht van eerste aanleg [111] verworpen, met name op grond dat het begrip steun objectief — dat wil zeggen zonder rekening te houden met het doel van de toedeling van inkomsten — moest worden uitgelegd, zodat de vraag of het verleende voordeel bedoeld was om een last te compenseren, tot de problematiek der rechtvaardiging behoorde. Het Hof heeft — overigens zonder in te gaan op de vraag of van steun al niet per definitie sprake was — het arrest bij beschikking bevestigd. [112]

147. In het arrest Banco Exterior de Espana [113] stelde het Hof wederom vast dat een in Spanje aan openbare banken verleende vrijstelling van belasting als steun moest worden gekwalificeerd, waarbij toepassing van artikel 86, lid 2, EG niet in aanmerking komt zolang de Commissie de onverenigbaarheid van de steun met de gemeenschappelijke markt niet heeft vastgesteld.

ii) De kritiek op het arrest Ferring

148. In zijn conclusie in de zaak Altmark Trans [114] gaf advocaat-generaal Léger in overweging, de in het arrest Ferring gevolgde compensatiebenadering niet meer te hanteren.

149. Advocaat-generaal Léger baseert zich in wezen op drie aspecten:

— de objectieve aard van het begrip steun;

— de potentiële uitholling van artikel 86, lid 2, EG door de compensatiebenadering, omdat deze bepaling niet meer zou kunnen worden toegepast op gevallen waarin de verleende compensatie de kosten van de verplichtingen van algemeen economisch belang niet overtreft (deze bepaling zou ook in andere gevallen geen rol kunnen spelen, omdat een overcompensatie, die in zulke gevallen zou leiden tot de conclusie dat sprake is van steun, niet noodzakelijk zou kunnen zijn in de zin van deze bepaling);

— de compensatiebenadering beperkt de rol van de Commissie bij het onderzoek van maatregelen voor de financiering van openbare diensten.

111 — Arrest van 27 februari 1997, FFSA e.a./Commissie (T-106/95, Jurispr. blz. II-229). Het standpunt van het Gerecht van eerste aanleg werd bevestigd in zijn arrest van 10 mei 2000, SIC/Commissie (T-46/97, Jurispr. blz. II-2125).

112 — Beschikking van 25 maart 1998, FFSA e.a./Commissie (C-174/97 P, Jurispr. blz. I-1303).

113 — Arrest van 15 maart 1994 (C-387/92, Jurispr. blz. I-877). Zie ook expliciet arrest van 22 juni 2000, Frankrijk/Commissie (C-332/98, Jurispr. blz. I-4833, punten 31 e.v.).

114 — Aangehaald in voetnoot 100.

150. In zijn conclusie in de zaak GEMO [115] bespreekt advocaat-generaal Jacobs tot slot zowel het arrest Ferring als de argumenten van advocaat-generaal Léger.

151. Hij concludeert dat noch de compensatiebenadering noch de staatssteunbenadering in alle gevallen tot een ideale oplossing leidt. [116]

152. Samengevat, geeft advocaat-generaal Jacobs de voorkeur aan een onderscheid gebaseerd i) op de aard van het verband tussen de toegekende financiering en de opgelegde verplichtingen van algemeen belang en ii) op de mate van duidelijkheid waarmee deze verplichtingen zijn gedefinieerd. [117] Dienovereenkomstig bepleit hij de toepassing van de compensatiebenadering op de gevallen „waarin de financieringsmaatregelen kennelijk bedoeld zijn als tegenprestatie voor duidelijk afgebakende verplichtingen van algemeen belang". [118] Andere gevallen moeten zijns inziens aan de controle van de Commissie inzake steunmaatregelen onderworpen blijven.

iii) Beoordeling en conclusie voor het onderhavige geval

153. Wanneer men ervan uitgaat, dat voor de beoordeling of een maatregel staatssteun vormt, dient te worden onderzocht „of de begunstigde onderneming een economisch voordeel ontvangt dat zij onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen" [119], moet derhalve worden nagegaan of de begunstigde onderneming een dienst heeft verricht waarvoor doorgaans een vergoeding wordt verwacht en of de verleende vergoeding in een redelijke verhouding tot deze dienst staat.

154. Een op de compensatiebenadering gebaseerde oplossing, zoals in het arrest Ferring, komt dus alleen dan in aanmerking, wanneer prestatie en tegenprestatie duidelijk kunnen worden geïdentificeerd. Ten aanzien van diensten van algemeen economisch belang moet er evenwel op worden gewezen, dat een beoordelingsmaatstaf voor de redelijkheid van de compensatie in zoverre moeilijk te vinden is, dat diensten van algemeen economisch belang meestal daar plaatsvinden „waar door de werking van de markt geen bevredigende aanbieding van diensten kan worden verwacht". [120]

155. Een oplossing op grond van de compensatiebenadering komt in ieder geval dan niet in aanmerking, wanneer de openbaredienstverplichtingen niet duidelijk zijn gepreciseerd. In dergelijke gevallen kunnen namelijk de eventueel daaruit voortvloeiende lasten, dat wil zeggen de kosten, niet voldoende duidelijk worden vastgesteld. In dergelijke situaties is het bestaan — overeenkomstig het voorstel van advocaat-generaal Jacobs — van een rechtstreeks en klaarblijkelijk verband met de aangegane verplichtingen uitgesloten.

115 — Aangehaald in voetnoot 90.
116 — Ibidem, punt 117.
117 — Ibidem, punt 118.
118 — Ibidem, punt 119.

119 — Aldus met name arrest van 11 juli 1996, SFEI e.a. (C-39/94, Jurispr. blz. I-3547, punt 60).
120 — Zie bijvoorbeeld de mededeling van de Commissie van 20 september 2000, Diensten van algemeen belang in Europa [COM (2000) 580 def., blz. 3].

156. Ten aanzien van de onderhavige zaak heb ik al uiteengezet, dat de eventuele openbaredienstverplichtingen van de AMM mijns inziens onvoldoende duidelijk zijn gepreciseerd. [121] Alleen al om deze reden acht ik het dus onmogelijk het bestaan van een economisch voordeel al op feitelijk niveau uit te sluiten. Daar komt bij dat de lasten die eventueel uit de diensten van algemeen economisch belang voortvloeien, kennelijk door een groot aantal financieringsbronnen worden gedekt, zonder dat sprake is van een duidelijke toekenning. [122]

157. Niet kan worden bestreden dat criteria als het rechtstreeks of klaarblijkelijk verband tussen de opgelegde lasten en de compensatie daarvan, dienen te worden gepreciseerd. Gezien het door de Commissie recentelijk beklemtoonde „evolutionaire karakter" van de diensten van algemeen economisch belang [123], voorzien zij echter in een flexibele beoordelingsmaatstaf. In dit verband dient erop te worden gewezen dat de noodzaak van een rechtstreeks of klaarblijkelijk verband tussen de opgelegde lasten en de compensatie daarvan, niet principieel uitsluit dat diensten van algemeen economisch belang ook buiten een aanbestedingsprocedure kunnen worden toevertrouwd. Dit dient te worden toegejuicht, omdat het gemeenschapsrecht geen algemene aanbestedingsplicht kent, en niet kan worden uitgesloten dat andere delegatietypes — bijvoorbeeld op grond van feitelijk bestaande onderhandelingsmogelijkheden — verzekeren dat de Staat voor de hem bewezen diensten een passende vergoeding betaalt.

158. Aangaande het argument dat de compensatiebenadering niet verenigbaar is met de objectiviteit van het begrip steun, ben ik van mening dat, wanneer men al bij de voorwaarden voor het bestaan van steunverlening onderzoekt of de toedeling door de Staat alleen maar een nadeel compenseert dan wel de omvang daarvan overtreft, men slechts aanknoopt bij de gevolgen van de toedeling van inkomsten. De doelstellingen van de toedeling van inkomsten worden slechts onderzocht voorzover dit voor de vaststelling van de diensten van algemeen economisch belang noodzakelijk is. [124]

159. Het risico dat artikel 86, lid 2, EG eventueel aan belang zou inboeten, kan mijns inziens niet tot een andere beoordeling leiden. Zelfs wanneer dit met het oog op artikel 87, lid 1, EG het geval mocht zijn, blijft de betekenis van artikel 86, lid 2, EG bij de toepassing van de andere mededingingsbepalingen en op het gebied van de fundamentele vrijheden onverminderd bestaan. Hoogstens zou het gebrek aan parallelliteit tussen de steun- en de andere mededingingsregels met het oog op de toepassing van artikel 86, lid 2, EG te betreuren zijn, maar dit aspect behoort niet de doorslag te geven. In een ander opzicht ontbreekt namelijk al een dergelijke paral-

121 — Zie supra punt 106 met verwijzing naar punt 101.

122 — Zie supra punt 108.

123 — Zie de in voetnoot 101 aangehaalde Mededeling van de Commissie onder 3.1., sub a.

124 — In dit verband zij echter bedacht dat de controle van het Hof slechts beperkt is, aangezien de lidstaten bij de toewijzing van opdrachten voor de uitvoering van diensten over een aanzienlijke beoordelingsvrijheid beschikken.

lelliteit. Zo is in het kader van artikel 86, lid 1, EG het vereiste dat een maatregel de mededinging ongunstig beïnvloedt, minder strikt dan in het kader van het onderzoek uit hoofde van het recht inzake steunmaatregelen het vereiste dat de compensatie de lasten niet mag overtreffen. [125]

160. Ten slotte moet worden ingegaan op de rol van de Commissie. De controlebevoegdheid van de Commissie — die, wat de wettigheid van de opdracht voor de uitvoering van diensten betreft, toch al beperkt is — doet de gevolgen van artikel 88, lid 3, EG, met name het uitvoeringsverbod, in werking treden. Maar juist dit verbod komt weinig doelmatig voor, wanneer het gaat om diensten van algemeen economisch belang. De twijfel aan de staatssteunbenadering is juist ook met het oog daarop ontstaan. [126] Wanneer een compenserende betaling daadwerkelijk een overcompensatie impliceert, kan de Commissie hoe dan ook tegen de betrokken lidstaat een procedure wegens niet-nakoming inleiden.

161. Dit leidt tot de conclusie dat de toedeling van een wezenlijk deel van de opbrengst van een havenbelasting aan een openbare onderneming staatssteun in de zin van artikel 87 EG vormt, wanneer deze toedeling van inkomsten geen klaarblijkelijk en rechtstreeks verband houdt met de lasten voortvloeiende uit het verrichten van duidelijk identificeerbare diensten van algemeen economisch belang.

125 — Zie met name het arrest Commissie/Frankrijk inzake de monopolies voor elektriciteit en gas (aangehaald in voetnoot 62), punt 59: de noodzaak moet worden erkend wanneer de toepassing van de verdragsregels de vervulling van de bijzondere verplichtingen in feite of in rechte op het spel zou zetten. Het is niet noodzakelijk, dat de onderneming in haar bestaan wordt bedreigd.

126 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Tizzano in de zaak Ferring (arrest aangehaald in voetnoot 86), punten 77 e.v.

c) De taak van de nationale rechterlijke instanties volgens artikel 88, lid 3, EG

162. Met het tweede deel van de derde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen, of in het geval van niet aan de Commissie gemelde steun, de interventie van de nationale rechterlijke instanties krachtens artikel 88, lid 3, EG mogelijk dan wel geboden is.

163. De interventie van de nationale rechterlijke instanties in het stelsel van toezicht op staatssteun berust volgens de rechtspraak van het Hof „op de rechtstreekse werking van het verbod van artikel 93, lid 3, laatste volzin, van het Verdrag [thans artikel 88, lid 3, derde volzin, EG] op de uitvoering van voorgenomen steunmaatregelen [...]. De nationale rechterlijke instanties *dienen* de justitiabelen te waarborgen dat, overeenkomstig hun nationale recht, alle consequenties uit een schending van die bepaling worden getrokken, zowel wat betreft de geldigheid van handelingen tot uitvoering van de betrokken steunmaatregelen, als wat betreft de terugvordering van in strijd met deze bepaling of eventuele voorlopige maatregelen verleende financiële steun" [127] (cursivering van mij).

127 — Arrest Adria-Wien Pipeline, Wietersdorfer & Peggauer Zementwerk (aangehaald in voetnoot 95), punten 26 e.v., met verwijzing naar het arrest van 21 november 1991, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires en Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon (C-354/90, Jurispr. blz. I-5505, punt 12).

164. Deze verplichting van de nationale rechterlijke instanties bestaat slechts voorzover inbreuk is gemaakt op het verbod van artikel 88, lid 3, derde volzin, EG.

165. Voorzover de nationale regeling een steunmaatregel bevat die niet aan de Commissie is gemeld, moet op de vraag van de Corte suprema di cassazione worden geantwoord dat de interventie van de nationale rechterlijke instanties verplicht is.

d) De vijfde prejudiciële vraag, voorzover deze betrekking heeft op staatssteun

166. Met de vijfde prejudiciële vraag, voorzover deze betrekking heeft op staatssteun, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen, of de kwalificatie als staatssteun gevolgen heeft voor de belasting in haar geheel dan wel slechts voor het aan de AMM toegekende deel.

167. Belastingen met een bepaalde bestemming worden door het Hof „parafiscale heffingen" genoemd. Bij dergelijke heffingen, die worden gekenmerkt door het feit dat zij al ten tijde van de heffing bestemd zijn voor de financiering van een bepaalde toedeling van inkomsten, moet in het kader van het onderzoek uit hoofde van het recht inzake steunmaatregelen onderscheid worden gemaakt tussen twee gebeurtenissen: het inzamelen van staatsmiddelen door het heffen van de belasting en het gebruik van die middelen door toedeling van de opbrengst aan een begunstigde. Op grond van de bestemming van de belasting bestaat een bepaald verband tussen heffing en toedeling. [128]

168. Dat het echter mogelijk is om onderscheid te maken tussen de heffing van de belasting en de toedeling van de opbrengst daarvan, wordt duidelijk aangetoond door de onderhavige nationale regeling: sinds 1963 bestond een algemene regeling inzake de heffing van een havenbelasting, die eerst in 1973 werd aangevuld door de toevoeging van een bestemming voor een aanzienlijk deel van de belasting.

169. In het arrest FNCE [129] behandelde het Hof de invoering van een parafiscale heffing zonder verschil te maken tussen heffing en bestemming. Daarentegen differentieerde het Hof in het arrest Compagnie commerciale de l'Ouest tussen de belasting

128 — Het Hof heeft bijvoorbeeld in het arrest van 25 juni 1970, Frankrijk/Commissie (47/69, Jurispr. blz. 487, punt 17), bij belastingen waarmee een steun moest worden gefinancierd, „zowel in de wijze van financiering als in de nauwe samenhang [...] in die zin dat die omvang van bedoeld rendement afhangt" een omstandigheid gezien waarmee bij de beoordeling van de gevolgen van de steun rekening moet worden gehouden.

129 — Aangehaald in voetnoot 127.

op zich en de bestemming daarvan, aangezien „de in het geding zijnde parafiscale heffing [al naar gelang van] de bestemming van de opbrengst ervan [...] niettemin een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steunmaatregel [kan] opleveren". [130]

170. Dit onderscheid werd in een reeks van arresten over parafiscale heffingen bevestigd en ook met terminologische verschillen toegepast, waarbij het Hof nu eens de bestemming van de opbrengst van de belasting [131] en dan weer de heffing van de belasting [132] als staatssteun kwalificeerde.

171. Uit de rechtspraak volgt niet duidelijk, of alleen de bestemming van de belasting of eveneens de heffing van de belasting zelf als steun moet worden gekwalificeerd. Advocaat-generaal Tesauro heeft in de zaken Lornoy, Demoor e.a. en Claeys deze vraag uitvoerig behandeld en ook de heffing van de belasting als steun gekwalificeerd, met als gevolg dat de belastingplichtigen de heffing van de belasting voor de nationale gerechten kunnen betwisten of de teruggave ervan kunnen vorderen wanneer aan de voorwaarden van artikel 88, lid 3, derde volzin, EG is voldaan. Nochtans heeft hij ook aandacht besteed aan een striktere uitlegging, volgens welke de onverenigbaarheid van een steun met het gemeenschapsrecht alleen tot gevolg heeft dat de steun niet mag worden verleend, doch geen consequenties heeft voor de rechtmatigheid van de heffing van de belasting. [133]

172. De nadelige beïnvloeding van de mededinging is in casu het gevolg van het gebruik van de opbrengst van de belasting bij wege van toedeling van inkomsten. Alleen de toedeling van inkomsten kan logischerwijze de steun vormen. Daarom moet op de vijfde prejudiciële vraag, voorzover deze betrekking heeft op staatssteun, worden geantwoord dat de kwalificatie als staatssteun alleen betrekking heeft op het aan de AMM toegekende deel.

173. De vraag in hoeverre de inbreuk op artikel 88, lid 3, EG gevolgen heeft voor de

130 — Arrest van 11 maart 1992 (C-78/90—C-83/90, Jurispr. blz. I-1847, punt 32).

131 — Arrest van 11 juni 1992, Sanders Adour en Guyomarc'h Orthez (C-149/91—C-150/91, Jurispr. blz. I-3899, punt 24): „Dienaangaande zij opgemerkt, dat de omstandigheid dat de heffing in bepaalde opzichten onder het toepassingsgebied van hetzij artikel 12 hetzij artikel 95 EEG-Verdrag valt, niet uitsluit dat de aanwending van de opbrengst ervan of de teruggaveregeling een eventueel met de gemeenschappelijke markt onverenigbare staatssteun kan opleveren" en „De teruggave van een parafiscale heffing als in casu in geding, of de aanwending van de opbrengst ervan, kan een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare staatssteun zijn" (ibidem, punt 27); arrest van 2 augustus 1993, Celbi (C-266/91, Jurispr. blz. I-4337): „De bestemming van de opbrengst van een parafiscale heffing als de onderhavige kan een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare staatssteun vormen"; arrest van 16 december 1992, Lornoy e.a. (C-17/91, Jurispr. blz. I-6523, punt 28): „Dienaangaande moet worden opgemerkt, dat de omstandigheid dat de betrokken parafiscale heffing onder het verbod van hetzij de artikelen 12 en 13, hetzij artikel 95 EEG-Verdrag kan vallen, niet uitsluit, dat het voor de nationale producten aanwenden van de opbrengst van die heffing een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steunmaatregel kan opleveren" en „Een dergelijke parafiscale heffing kan, naar gelang van het gebruik van de opbrengst ervan, een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare staatssteun opleveren" (ibidem, punt 32).

132 — Arrest van 27 oktober 1993, Scharbatke (C-72/92, Jurispr. blz. I-5509): „De toepassing van een dergelijke parafiscale heffing kan, naar gelang van het gebruik van de opbrengst ervan, een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steunmaatregel opleveren".

133 — Gevoegde conclusies van 25 juni 1992 in de zaken Lornoy e.a. (aangehaald in voetnoot 131), Demoor e.a. (arrest van 16 december 1992, C-144/91 en C-145/91, Jurispr. blz. I-6613), en Claeys (arrest van 16 december 1992, C-114/91, Jurispr. blz. I-6559).

rechtmatigheid van de belastingheffing, moet afzonderlijk worden onderzocht. Uit het dictum van het arrest in de zaak FNCE [134] kan worden opgemaakt, dat artikel 88, lid 3, derde volzin, EG „de autoriteiten van de lidstaten een verplichting oplegt waarvan de niet-nakoming de geldigheid van handelingen tot uitvoering van steunmaatregelen aantast". In de overwegingen heeft het Hof dienaangaande vastgesteld: „De nationale rechterlijke instanties dienen de justitiabelen die zich op een dergelijke miskenning kunnen beroepen, te waarborgen dat daaruit, overeenkomstig hun nationale recht, alle consequenties zullen worden getrokken, zowel wat betreft de geldigheid van handelingen tot uitvoering van de betrokken steunmaatregelen, als wat betreft de terugvordering van de in strijd met deze bepaling of eventuele voorlopige maatregelen verleende financiële steun". [135]

174. Naar mijn mening volgt hieruit, dat de vraag welke nationale maatregel door de ongeldigheid wordt geraakt, uitsluitend naar nationaal recht moet worden beantwoord — met het gebruikelijke voorbehoud van de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. [136]

134 — Arrest aangehaald in voetnoot 127.

135 — Ibidem, punt 12.

136 — In deze zin ook advocaat-generaal Jacobs (conclusie aangehaald in voetnoot 90), punt 44: „In het licht van het beginsel van procedurele autonomie is het vervolgens mijns inziens zaak van de nationale rechtsorde, precies te bepalen welke nationale maatregelen door de ongeldigheid worden getroffen en welke gevolgen deze ongeldigheid bijvoorbeeld heeft voor de teruggave van op basis van de betrokken maatregelen geïnde bedragen. Deze autonomie wordt alleen ingeperkt door de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid."

VI — De vierde prejudiciële vraag: De toedeling uit het oogpunt van het vrije verkeer van goederen, als heffing van gelijke werking of als discriminerende binnenlandse belasting (artikelen 28, 25 en 90 EG)

A — *Argumenten van partijen*

175. *Enirisorse* betoogt dat de onderhavige regeling inbreuk maakt op de artikelen 28 EG, 25 EG en 90 EG. Dit zou gevolgen hebben voor de volledige belastingregeling.

176. De *Commissie* is van oordeel dat artikel 28 EG in casu niet van toepassing is omdat het een maatregel van fiscale aard betreft. Zij ziet hierin ook geen heffing van gelijke werking als in- en uitvoerrechten in de zin van artikel 25 EG. De maatregel zou als binnenlandse heffing volgens artikel 90 EG moeten worden onderzocht. Hij maakt geen onderscheid tussen binnenlandse en ingevoerde goederen, zodat kan worden uitgesloten dat het een discriminerende binnenlandse heffing betreft.

177. De *Italiaanse regering* kan in de onderhavige regeling geen inbreuk op het vrije verkeer van goederen onderkennen, geen heffing van gelijke werking en evenmin een binnenlandse belasting die in strijd is met artikel 90 EG.

B — *Beoordeling*

178. Met zijn vierde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de onderhavige regeling verenigbaar is met de bepalingen van het Verdrag inzake het vrije verkeer van goederen, het verbod van heffingen van gelijke werking als in- en uitvoerrechten en het beginsel van gelijke behandeling ter zake van binnenlandse belastingen.

179. De vierde prejudiciële vraag vermeldt weliswaar „de rechtstreekse toedeling [...] van een aanzienlijk deel van de opbrengst van een [...] belasting" en niet de heffing van de belasting zelf, maar om op deze prejudiciële vraag een nuttig antwoord te kunnen geven, dient zij aldus te worden verstaan, dat de verenigbaarheid van de belastingregeling met de aangehaalde verdragsbepalingen moet worden onderzocht.

1. Het vrije verkeer van goederen

180. Volgens vaste rechtspraak „omvat het toepassingsgebied van artikel 30 EEG-Verdrag [thans, na wijziging, artikel 28 EG] niet de belemmeringen die onder andere bijzondere bepalingen van het Verdrag vallen en vallen de belemmeringen van fiscale aard of met gelijke werking als douanerechten, zoals bedoeld in de artikelen 9 tot en met 16 en 95 EEG-Verdrag [thans, na wijziging, artikel 23 EG tot en met 25 EG en artikel 90 EG], niet onder het verbod van artikel 30 [thans, na wijziging, artikel 28 EG]". [137]

181. De betrokken regeling inzake de heffing van havenbelastingen moet derhalve volgens de artikelen 25 EG en 30 EG worden beoordeeld.

2. De heffing van gelijke werking als een in- of uitvoerrecht

182. Om te beginnen zij eraan herinnerd dat „volgens vaste rechtspraak [...] de bepalingen betreffende heffingen van gelijke werking en die betreffende discriminerende binnenlandse belastingen niet cumulatief toepasselijk zijn, zodat een zelfde heffing in het systeem van het Verdrag niet gelijktijdig tot beide categorieën kan behoren". [138] Voorts heeft het Hof vastgesteld, dat „[h]et wezenlijk kenmerk

137 — Arrest Lornoy e.a. (aangehaald in voetnoot 131), punt 14, met verwijzing naar arresten van 22 maart 1977, Iannelli en Volpi (74/76, Jurispr. blz. 557), en Compagnie commerciale de l'Ouest e.a. (aangehaald in voetnoot 130).

138 — Arrest van 17 juli 1997, Haahr Petroleum (C-90/94, Jurispr. blz. I-4085, punt 19), met verwijzing naar het arrest Celbi (aangehaald in voetnoot 131), punt 9.

waardoor een heffing van gelijke werking zich van een binnenlandse belasting onderscheidt, is dat eerstgenoemde uitsluitend het ingevoerde product als zodanig treft, terwijl laatstgenoemde ingevoerde en nationale producten gelijkelijk treft, waardoor groepen producten stelselmatig worden getroffen volgens objectieve, onafhankelijk van de oorsprong der producten toegepaste criteria". [139]

183. Uit de verwijzingsbeschikking kan worden opgemaakt dat de betrokken belastingregeling zonder enig onderscheid op binnenlandse en buitenlandse goederen van toepassing is en dat de oorsprong van de producten in andere (lid)staten derhalve geen voorwaarde is voor de belastingplicht. Aan deze inhoudelijke beoordeling wordt geen afbreuk gedaan door het feit dat, volgens de verklaringen van de verwijzende rechter, de litigieuze havenbelasting naar nationaal recht moet worden gelijkgesteld met een „diritto doganale" (douanerecht). Derhalve betreft het niet een heffing van gelijke werking.

3. De binnenlandse belasting

184. Volgens artikel 90 EG is het de lidstaten verboden op goederen uit andere lidstaten al dan niet rechtstreeks binnenlandse belastingen te heffen die hoger zijn dan die welke op gelijksoortige nationale producten worden geheven, of van dien aard zijn dat daardoor andere nationale producties worden beschermd. „Bijgevolg staat buiten twijfel, dat de toepassing van een hogere heffing op ingevoerde goederen dan op nationale goederen of de toepassing, uitsluitend op ingevoerde goederen, van een toeslag op de op nationale en ingevoerde producten toegepaste heffing, in strijd is met het in [artikel 90 EG] neergelegde discriminatieverbod." [140]

185. De verwijzingsbeschikking bevat geen enkele aanwijzing dat de betrokken regeling op dit discriminatieverbod inbreuk maakt.

186. Derhalve dient de vierde prejudiciële vraag aldus te worden beantwoord, dat de naar aanleiding van het laden en lossen van goederen in havens geheven staatsbelasting geen krachtens artikel 25 EG verboden heffing van gelijke werking als een invoerrecht vormt, noch een binnenlandse belasting op goederen uit andere lidstaten die hoger is dan de belasting op gelijksoortige binnenlandse goederen in de zin van artikel 90 EG, noch een krachtens artikel 28 EG verboden invoerbelemmering.

139 — Arrest van 19 februari 1998, Chevassus-Marche (C-212/96, Jurispr. blz. I-743, punt 20), met verwijzing naar het arrest van 3 februari 1981, Commissie/Frankrijk (90/79, Jurispr. blz. 283, punten 12-14).

140 — Arrest Haahr Petroleum (aangehaald in voetnoot 138), punt 27.

VII — Conclusie

187. Mitsdien geef ik het Hof in overweging de door de Corte suprema di cassazione gestelde vragen te beantwoorden als volgt:

„De toedeling van een aanzienlijk deel van een door marktdeelnemers naar aanleiding van het laden en lossen van goederen in bepaalde havens aan de staat verschuldigde belasting aan een in een dergelijke haven op de markt van de overslag van ladingen werkzame openbare onderneming

1. kan een op artikel 82 EG juncto artikel 86, lid 1, EG inbreuk makende maatregel vormen, wanneer de begunstigde onderneming een machtspositie op de door de nationale rechter vast te stellen relevante markt bekleedt, en deze laatste een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt uitmaakt. Het staat aan de nationale rechter om aan de hand van de omstandigheden na te gaan of aan deze voorwaarden is voldaan. Voor het geval de nationale rechter vaststelt dat sprake is van misbruik van een machtspositie, zou de onverenigbaarheid met het gemeenschapsrecht alleen betrekking hebben op het deel van de opbrengst van de belasting dat aan een dergelijke onderneming wordt toegedeeld;

2. vormt een staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG, die de interventie van de nationale rechterlijke instanties noodzakelijk maakt wanneer is voldaan aan de voorwaarden van artikel 88, lid 3, EG. De vraag welke nationale maatregel door de ongeldigheid wordt geraakt, moet naar nationaal recht worden beantwoord;

3. vormt geen krachtens artikel 25 EG verboden heffing van gelijke werking als een invoerrecht, geen binnenlandse belasting op producten uit andere lidstaten, die hoger is dan die welke op gelijksoortige nationale producten wordt geheven in de zin van artikel 90 EG, en geen krachtens artikel 28 EG verboden invoerbelemmering."