FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT CHRISTINE STIX-HACKL

föredraget den 7 november 2002 [1]

Innehållsförteckning

I — Inledning ..... I - 14249

II — Tillämplig nationell lagstiftning ..... I - 14249

A — De aktuella offentliga företagen ..... I - 14249

B — Den omtvistade hamnavgiften ..... I - 14250

III — Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna ..... I - 14251

IV — Den första och den andra frågan samt den femte frågan i vad den hänför sig till missbruk av en dominerande ställning på marknaden ..... I - 14252

A — Parternas argument ..... I - 14253

1. Huruvida den första och den andra frågan kan tas upp till sakprövning I - 14253

2. Tolkningsfrågorna ..... I - 14253

B — Bedömning ..... I - 14255

1. Huruvida den första och den andra frågan kan tas upp till sakprövning I - 14255

2. Tolkningsfrågorna ..... I - 14255

a) AMM som offentliga företag ..... I - 14256

b) AMM som företag med särskilda eller exklusiva rättigheter ..... I - 14256

c) Huruvida AMM har en dominerande ställning ..... I - 14257

i) Den relevanta marknaden ..... I - 14257

ii) AMM:s dominerande ställning ..... I - 14259

iii) En väsentlig del av den gemensamma marknaden ..... I - 14263

d) Huruvida det föreligger missbruk ..... I - 14264

i) Missbruk ..... I - 14264

ii) Påverkan på handeln mellan medlemsstaterna ..... I - 14266

1 — Originalspråk: tyska.

e) Rättfärdigande med stöd av artikel 86.2 EG ..... I - 14267

i) Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse ..... I - 14268

ii) Nödvändighet ..... I - 14270

f) Den femte frågan i vad den hänför sig till missbruk av en dominerande ställning på marknaden ..... I - 14271

V — Den tredje frågan och den femte frågan i vad de hänför sig till statligt stöd ..... I - 14272

A — Parternas argument ..... I - 14272

B — Bedömning ..... I - 14274

1. Huruvida den tredje frågan kan tas upp till sakprövning ..... I - 14274

2. Den tredje och den femte frågan ..... I - 14275

a) Kriterierna för begreppet statligt stöd ..... I - 14275

b) Statlig kompensation för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse: aktuell diskussion ..... I - 14277

i) Domen i målet Ferring mot bakgrund av tidigare rättspraxis och kommissionens praxis ..... I - 14277

ii) Kritik av domen i målet Ferring ..... I - 14279

iii) Bedömning och slutsatser med avseende på målet vid den nationella domstolen ..... I - 14280

c) De nationella domstolarnas uppgift enligt artikel 88.3 EG ..... I - 14282

d) Den femte frågan i vad den hänför sig till statligt stöd ..... I - 14283

VI — Den fjärde frågan: Tilldelningen mot bakgrund av den fria rörligheten för varor, som en avgift med motsvarande verkan som en tull eller som en diskriminerande intern avgift (artiklarna 28 EG, 25 EG och 90 EG) ..... I - 14285

A — Parternas argument ..... I - 14285

B — Bedömning ..... I - 14286

1. Den fria rörligheten för varor ..... I - 14286

2. Avgift med motsvarande verkan som en tull ..... I - 14286

3. Intern avgift ..... I - 14287

VII —Förslag till avgörande ..... I - 14288

I — Inledning

1. Detta mål, som har anhängiggjorts genom en begäran om förhandsavgörande av Corte Suprema di Cassazione, avser en italiensk lagstiftning om påförande av en hamnavgift på lossning och lastning av varor i vissa italienska hamnar och om överföring av en bestämd andel av denna avgift till offentliga företag som har anförtrotts olika uppgifter, bland annat lossning och lastning av varor, i dessa hamnar.

2. Målet gäller i första hand frågan om lagstiftningen kan anses vara en sådan åtgärd enligt artikel 90.1 EG-fördraget (nu artikel 86.1 EG) som innebär risk för missbruk av den dominerande ställning på marknaden som det gynnade företaget eventuellt får till följd av att det tilldelas en andel av avgiften. Det är också fråga om huruvida lagstiftningen innebär ett statligt stöd eller om den skall anses vara kompensation för kostnader för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

3. Frågorna har uppkommit i ett mål i vilket ett företag har bestritt ett föreläggande att betala hamnavgiften trots att det har lossat och lastat varor med hjälp av egna medel och därför inte har tagit i anspråk några tjänster från det offentliga företag som har fått sig anförtrott hamnarbetena.

4. Det företag som har ålagts att betala hamnavgiften anser att denna är oförenlig med gemenskapsrätten, särskilt med artikel 86 i EG-fördraget (nu artikel 82 EG) i förening med artikel 90.1 i EG-fördraget (nu artikel 86.1 EG) och artikel 92 i EG-fördraget (nu artikel 87 EG).

II — Tillämplig nationell lagstiftning

A — *De aktuella offentliga företagen*

5. Genom lag nr 961/67,[2] ändrad genom lag nr 494/74,[3] inrättades så kallade "Aziende dei mezzi meccanici e dei magazzini" (företag som tillhandahåller tekniska tjänster och magasin, nedan kallade AMM) i sex italienska hamnar, nämligen Ancona, Cagliari, Livorno, La Spezia, Messina och Savona.

2 — —*Gazzetta Ufficiale della Republica Italiana* (nedan kallad GURI) nr 272 av den 30 oktober 1967.

3 — GURI nr 274 av den 21 oktober 1974.

6. AMM är enligt lagen om deras inrättande offentliga näringsdrivande organ (enti pubblici economici) som kontrolleras av ministeriet för handelsflottan (Ministerio della marina mercantile). Sådana offentliga organ är, enligt den nationella domstolens beslut att begära förhandsbesked, "juridiska personer, som visserligen tillhör statsmakterna men som likväl bedriver verksamhet på marknaden, på samma sätt som privata företag, många gånger i monopolställning, enligt ekonomiska lönsamhetskriterier".

7. AMM har enligt artikel 2 i lagen 961/67 anförtrotts att "ansvara för förvaltningen av de tekniska lastnings- och lossningssystemen, hamnmagasinen, lagerområdena och all annan fast eller lös egendom tillhörig staten som den för handelsflottan ansvariga myndigheten förfogar över, att ansvara för förvärv, underhåll och arbeten avseende ändring av sådan egendom samt att bedriva annan verksamhet som har ett nära samband med den ovannämnda". I artikel 2 i lag 494/74 föreskrivs vidare att AMM kan få tillstånd att "inrätta och utöva andra kommersiella hamntjänster, förvalta utrustning och anläggningar som inte tillhör staten samt att utföra samtliga ovannämnda uppgifter även i andra hamnar som är belägna inom det territoriella kompetensområdet för hamnmyndigheten i den hamn där de har sitt säte".

8. Kostnaderna för förvaltning, underhåll och arbeten avseende ändring av den förvaltade egendomen skall betalas av respektive AMM. Kostnaderna för förvärv av ny egendom betalas av staten när de inte ryms inom AMM:s budget. För att AMM skall kunna fullgöra de uppgifter som lagen ålägger dem uppbär de avkastningen av nämnda egendom såväl som medel från så kallade ömsesidiga understödskassor eller annan finansiell verksamhet. Slutligen föreskrivs i *lag nr 355/76* [4] att två tredjedelar av intäkterna från de hamnavgifter som har införts genom *lag nr 82/63* [5] skall överföras till AMM.

B — *Den omtvistade hamnavgiften*

9. Genom *lag nr 82/63* infördes i vissa italienska hamnar en hamnavgift (tassa portuale) på lossade och lastade varor. [6] Hamnavgiften beräknas och uppbärs av den statliga finansförvaltningen.

4 — GURI nr 147 av den 5 juni 1976.

5 — GURI nr 52 av den 23 februari 1963.

6 — Genom förordning (decreto legge) nr 47/74, som ändrats till lag nr 117/74 (*GURI* nr 115 av den 4 maj 1974), infördes i alla italienska hamnar ytterligare en statlig lossnings- och lastningsavgift på varor som transporterades luft- eller sjövägen (tassa erariale di sbarco e imbarco) vilken dock inte till någon del tillfaller AMM.

10. Enligt *lag nr 355/76* skall den hamnavgift som införts genom lag nr 82/63 utgå på varor som lossas och lastas i någon av de sex hamnar där AMM har inrättats och till två tredjedelar tillfalla AMM för att dessa skall kunna fullgöra sina uppgifter.

11. Enligt förordning, utfärdad den 12 maj 1977 av Republiken Italiens president,[7] utgör avgiften för varje ton 15 ITL (på vissa varor som till exempel fosfat och nitrat), 35 ITL (på andra varor som till exempel sand, grus eller cement) eller 90 ITL (på övriga varor).

III — Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

12. Enirisorse SpA (nedan kallat Enirisorse) lossade och lastade med hjälp av egen personal och egna medel inhemska och utländska varor i hamnen i Cagliari.[8]

13. Finansministeriet förelade år 1992 Enirisorse att betala hamnavgifter på det lossade och lastade godset. Enirisorse väckte talan mot finansministeriet med åberopande av att förordningen av den 12 maj 1977 om fastställande av hamnavgift enligt lag nr 355/76 var rättsstridig.

14. Sedan såväl Tribunale Cagliare som Corte d'Appello Cagliari ogillat Enirisorses talan överklagade Enirisorse appellationsdomstolens dom till Corte Suprema di Cassazione med åberopande av att lagstiftningen om hamnavgiften var oförenlig med gemenskapsrätten.

15. Corte Suprema di Cassazione har begärt att domstolen genom förhandsavgörande skall besvara följande frågor:

"1) Utgör överföringen till ett offentligt företag — som bedriver verksamhet avseende lossning och lastning av varor i hamnar — av en betydande andel av en pålaga (hamnavgift på lastning och lossning av gods) som skall erläggas till staten av näringsidkare som inte har erhållit någon tjänst eller motprestation av det nämnda företaget en särskild eller exklusiv rättighet eller en åtgärd som strider mot reglerna i fördraget, i synnerhet konkurrensreglerna, i den mening som avses i artikel 90.1 i fördraget?

7 — GURI nr 270 av den 4 oktober 1977.

8 — Av den italienska regeringens yttrande framgår att det i själva verket var fråga om hamnen i Portovesme. Detta saknar dock betydelse eftersom AMM:s verksamhet i Cagliari även omfattade verksamhet i Portovesme.

2) Föranleder överföringen av en betydande andel av intäkterna från pålagan till det offentliga företaget, oavsett hur föregående fråga skall besvaras, ett missbruk av en dominerande ställning till följd av en statlig lagstiftningsåtgärd och strider den således mot artiklarna 86 och 90 i fördraget?

3) Kan överföringen till nämnda företag av en betydande andel av pålagan anses utgöra ett statligt stöd i den mening som avses i artikel 92 i fördraget beträffande vilket nationella domstolar, när stödet inte har anmälts till kommissionen eller denna i beslut har förklarat att stödet är oförenligt med den gemensamma marknaden i enlighet med artikel 93 i fördraget, har rätt att utnyttja sina befogenheter enligt EG-domstolens rättspraxis för att se till att ett rättsstridigt och/eller med gemenskapsrätten oförenligt stöd inte utges?

4) Utgör den omedelbara överföringen till nämnda företag av en betydande andel av intäkterna från en statlig pålaga som påförts för eller i samband med lossning och lastning av varor i hamnar, utan att betalningen härav motsvaras av någon motprestation eller tjänst från företagets sida, en avgift med motsvarande verkan som en importtull (som är förbjuden enligt artikel 12 i fördraget och artikel 13 i fördraget), eller en intern skatt eller avgift på varor från andra medlemsstater som är högre än de skatter eller avgifter som läggs på liknande inhemska varor (artikel 95 i fördraget), eller ett importhinder som är förbjudet enligt artikel 30 i fördraget?

5) Innebär de ovan beskrivna förhållandena, för det fall att de nationella bestämmelserna strider mot gemenskapsrätten, att pålagan som helhet skall anses otillåten eller skall endast den del som tilldelas AMM anses vara otillåten?"

IV — Den första och den andra frågan samt den femte frågan i vad den hänför sig till missbruk av en dominerande ställning på marknaden

16. I artikel 86.1 EG föreskrivs att medlemsstaterna beträffande offentliga företag och företag som de beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter inte skall vidta och inte heller bibehålla någon åtgärd som strider mot reglerna i fördraget, i synnerhet konkurrensreglerna.

17. Frågan huruvida en viss nationell lagstiftning faller inom tillämpningsområdet för artikel 86.1 EG förutsätter följaktligen att man först undersöker om lagstiftningen står i överensstämmelse med, bland annat,

konkurrensreglerna, i detta fall reglerna i artikel 82 EG. Därför skall de två första frågorna och den femte frågan i vad den hänför sig till missbruk av en dominerande ställning på marknaden behandlas gemensamt. Det skall framför allt undersökas om artikel 82 EG i förening med artikel 86 EG utgör hinder mot en nationell lagstiftning enligt vilken, å ena sidan, ett offentligt organ som har anförtrotts uppgifter avseende hamninfrastrukturen tillhandahåller hamntjänster och, å andra sidan, andra näringsidkare skall betala en avgift som till viss del kommer det offentliga organet till godo, även när de lastar och lossar varor med egna medel.

A — *Parternas argument*

1. Huruvida den första och den andra frågan kan tas upp till sakprövning

18. Den *italienska regeringen* anser att de två första frågorna inte kan tas upp till sakprövning, eftersom den nationella domstolen inte har prövat faktiska omständigheter som är väsentliga för bedömningen av dem. Den nationella domstolen har till exempel inte utrett vilken marknad som är relevant. Frågorna är enligt den italienska regeringen därför av hypotetisk natur.

19. *Enirisorse* och *kommissionen* anser däremot att de två frågorna kan tas upp till sakprövning, eftersom domstolen principiellt skall besvara frågor om tolkning av gemenskapsrätten. De har därvid särskilt åberopat domarna i målen TNT Traco [9] och Ambulanz Glöckner. [10] Kommissionen har tillagt att det ankommer på den nationella domstolen att fastställa de faktiska omständigheter som måste föreligga för att gemenskapsrätten skall kunna tillämpas i målet vid den nationella domstolen men som inte framgår tillräckligt klart av handlingarna i målet.

2. Tolkningsfrågorna

20. *Enirisorse* och *kommissionen* har gjort gällande att artiklarna 86 EG och 82 EG är tillämpliga på den omtvistade lagstiftningen. AMM i Cagliari är enligt deras åsikt ostridigt ett företag i den mening som avses inom konkurrensrätten och har genom att det tilldelas två tredjedelar av hamnavgiften beviljats en quasi-exklusiv eller särskild rättighet i förhållande till sina konkurrenter.

21. *Enirisorse* och *kommissionen* har påpekat att de hamnar som förvaltas av AMM sammantagna utgör en väsentlig del av det italienska territoriet. Enirisorse har tillagt att AMM tillsammans har en dominerande ställning.

9 — Dom av den 17 maj 2001 i mål C-340/99, TNT Traco SpA (REG 2001, s. I-4109).

10 — Dom av den 25 oktober 2001 i mål C-475/99, Ambulanz Glöckner (REG 2001, s. I-8089).

22. Den *italienska regeringen* har däremot invänt att den i målet aktuella hamnen i Portovesme definitivt inte utgör en väsentlig del av den gemensamma marknaden.

23. Enligt *kommissionen* ankommer det på den nationella domstolen att, med beaktande av rättspraxis i målen Merci Convenzionali Porto di Genova [11] och Centre d'insémination de la Crespelle, [12] avgöra om AMM faktiskt har den dominerande ställning på marknaden som den uppenbarligen utgår från.

24. *Enirisorse* och *kommissionen* anser att den omtvistade nationella lagstiftningen möjliggör missbruk av en dominerande ställning, eftersom den gör det möjligt för AMM i Cagliari att förstärka sin dominerande ställning. *Kommissionen* har tillagt att den bedömning som har gjorts i domen i målet TNT Traco [13] kan tillämpas också på omständigheterna i målet vid den nationella domstolen. I den domen har domstolen slagit fast att missbruk av en dominerande ställning föreligger när ett företag får ersättning för en tjänst som det inte självt har tillhandahållit. Den enda skillnaden är enligt kommissionen att postavgiften i målet TNT Traco erlades direkt till det italienska postverket (Poste Italiane) medan hamnavgiften i förevarande fall överförs till AMM via staten.

25. Den *italienska regeringen* har invänt att den omständigheten att en dominerande ställning skapas genom beviljandet av exklusiva eller särskilda rättigheter i den mening som avses i artikel 86.1 EG inte *per se* är oförenlig med artikel 82 EG. Det är enligt den italienska regeringen inte heller visat att AMM i Cagliari har missbrukat sina rättigheter.

26. Lagstiftningen kan enligt *Enirisorse* och *kommissionen* inte rättfärdigas med stöd av artikel 86.2 EG. Av den nationella domstolens beslut att begära förhandsavgörande framgår enligt dessa parter inte någon faktisk omständighet som ger stöd för antagandet att AMM måste tilldelas medel för att kunna fullgöra sin uppgift att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Den omständigheten att AMM inte har inrättats i alla italienska hamnar visar att deras verksamhet inte är oumbärlig.

27. Den *italienska regeringen* anser däremot att den omtvistade lagstiftningen i varje fall är berättigad enligt artikel 86.2 EG. Hamnavgiften är nödvändig av socioekonomiska skäl och har tillkommit i offentligt intresse. Trafiken i de sex hamnar i vilka AMM har inrättats ger endast ringa intäkter som inte är tillräckliga för att säkerställa att hamnanläggningarna kan bibehållas. Den omtvistade lagstiftningen skall enligt den italienska regeringen allmänt sett garantera såväl att dessa hamnar överlever och att hamnanläggningarna fungerar som att fartygen får en säker förtöjningsplats och att hamntjänster tillhandahålls till rimliga priser.

11 — Dom av den 10 december 1991 i mål C-179/90, Merci convenzionali Porto di Genova (REG 1991, s. 5889; svensk specialutgåva, volym 11, s. 507).

12 — Dom av den 5 oktober 1994 i mål C-323/93, Centre d'insémination de la Crespelle (REG 1994, s. I-5077; svensk specialutgåva, volym 16, s. 207).

13 — Ovan fotnot 9.

B — *Bedömning*

1. Huruvida den första och den andra frågan kan tas upp till sakprövning

28. Inom ramen för det samarbete mellan domstolen och de nationella domstolarna som har inrättats genom artikel 234 EG ankommer det enligt fast rättspraxis uteslutande på den nationella domstol vid vilken målet anhängiggjorts och som har ansvaret för det rättsliga avgörandet att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen. Domstolen är följaktligen i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som ställts av den nationella domstolen avser tolkningen av gemenskapsrätten. [14]

29. Det ankommer likväl i undantagsfall på domstolen att undersöka de omständigheter som föranlett den nationella domstolen att begära förhandsavgörande, och domstolen kan endast underlåta att besvara en tolkningsfråga från en nationell domstol när det är uppenbart att den begärda tolkningen av gemenskapsrätten inte har något samband med omständigheterna eller föremålet för talan i målet vid den nationella domstolen, när frågan är hypotetisk eller när domstolen inte har tillgång till de uppgifter om omständigheterna i målet och om relevant nationell rätt som krävs för att den skall kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den. [15]

30. Detta krav är av särskild betydelse på konkurrensområdet, som kännetecknas av komplicerade faktiska och rättsliga förhållanden. [16]

31. I detta mål innehåller beslutet att begära förhandsavgörande endast få konkreta uppgifter om de tjänster som AMM tillhandahåller och om de berörda hamnarna. Parterna har dock beretts tillfälle att lämna kompletterande uppgifter vid den muntliga förhandlingen, varför domstolen bör kunna ge klara riktlinjer för den nationella domstolens avgörande. De två första frågorna kan därför tas upp till sakprövning.

2. Tolkningsfrågorna

32. Svaret på de två första frågorna förutsätter att ett sådant sakförhållande som den nationella domstolen har beskrivit faller inom det personliga och sakliga tillämpningsområdet för artikel 86.1 EG.

14 — Domen i målet TNT Traco (ovan fotnot 9), punkt 30, med hänvisning till dom av den 15 december 1995 i mål C-415/93, Bosman (REG 1995, s. I-4921), punkt 59, och av den 13 mars 2001 i mål C-379/98, PreussenElektra (REG 2001, s. I-2099), punkt 38.

15 — Dom av den 19 februari 2002 i mål C-35/99, Manuele Arduino (REG 2002, s. I-1529), punkt 24, med hänvisning till domarna i målen Bosman (föregående fotnot), punkt 61, och PreussenElektra (föregående fotnot), punkt 39.

16 — Dom av den 14 juli 1998 i mål C-284/95, Safety Hi-tech (REG 1998, s. I-4301), punkt 70. Se också tidigare meddelad dom av den 26 januari 1993 i de förenade målen C-320/90–322/90, Telemarsicabruzzo m.fl. (REG 1993, s. I-393; svensk specialutgåva, volym 14, s. 1), punkt 7.

33. Det måste därför först undersökas om AMM är företag i den mening som avses i artikel 86.1 EG. Därefter behandlas det sakliga tillämpningsområdet för artikel 86.1 EG.

a) AMM som offentliga företag

34. Såvitt avser begreppet företag hänvisar jag till domstolens rättspraxis, enligt vilken begreppet företag "inom ramen för konkurrensrätten omfattar varje enhet som utövar ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och sättet för dess finansiering". [17]

35. De organ som det är fråga om i förevarande mål — AMM — utövar ekonomisk verksamhet, eftersom de mot betalning tillhandahåller tjänster, särskilt lossning och lastning av varor från och till fartyg.

36. Det kan inte heller betvivlas att AMM är offentliga företag. Detta följer redan såväl av deras rättsliga form — enti pubblici economici — som av den omständigheten att de uppenbarligen står under kontroll av ett ministerium.

17 — Dom av den 23 april 1991 i mål C-41/90, Höfner och Elser (REG 1991, s. I-1979; svensk specialutgåva, volym 11, s. 135), punkt 21.

b) AMM som företag med särskilda eller exklusiva rättigheter

37. Enligt min mening spelar diskussionen om särskilda eller exklusiva rättigheter inte någon roll för frågan huruvida artikel 86.1 EG är tillämplig, eftersom AMM i vart fall är offentliga företag.

38. Av artikel 86.1 EG framgår klart att bestämmelserna i fördraget, särskilt konkurrensreglerna, gäller även företag för vilkas verksamhet medlemsstaterna skall påta sig ett särskilt ansvar på grund av sitt möjliga inflytande över en sådan verksamhet. [18] Detta gäller då inte bara offentliga företag utan även andra företag som har en särställning på grund av att de har beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter. Avgörande för om artikel 86.1 EG är tillämplig är följaktligen statens möjlighet att utöva inflytande över ifrågavarande företags verksamhet. [19] Offentliga företag faller alltså alltid inom tillämpningsområdet för artikel 86.1 EG, utan att dessutom behöva ha beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter.

18 — Se exempelvis dom av den 6 juli 1982 i de förenade målen 188/80–190/80, Frankrike, Italien och Förenade kungariket mot kommissionen (REG 1982, s. 2545; svensk specialutgåva, volym 6, s. 457), punkt 12.

19 — Se i detta avseende också Schwarze-von Burchard, *EU-Kommentar*, art. 86 EGV, punkt 8.

c) Huruvida AMM har en dominerande ställning

39. Det måste emellertid dessutom undersökas om de omständigheter som den nationella domstolen har beskrivit också faller inom tillämpningsområdet för artikel 86.1 EG i förening med artikel 82 EG.

40. Medan artikel 82 EG gäller "bara sådana konkurrensbegränsande beteenden som företagen gjort sig skyldiga till på eget initiativ och inte statliga åtgärder" [20] har artikel 86.1 EG enligt domstolens fasta rättspraxis till syfte att "precisera villkoren för tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 85 och 86 (nu artiklarna 81 EG och 82 EG) på offentliga företag, på företag som av medlemsstaterna har beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter och på företag som har fått sig anförtrott att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse". [21] Artikel 86.1 EG kan i enlighet därmed omfatta konkurrensstridiga beteenden som annars knappast skulle läggas berörda företag till last.

41. På grund av hänvisningen i artikel 86.1 EG skall jag nu undersöka om kriterierna i artikel 82 EG är uppfyllda. Enligt artikel 82 EG skall det berörda företaget till en början ha en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller på en väsentlig del av densamma.

i) Den relevanta marknaden

42. När det gäller frågan om det föreligger en dominerande ställning har domstolen vid ett flertal tillfällen understrukit att "avgörande betydelse måste fästas vid bestämningen av marknaden i fråga och vid avgränsningen av den väsentliga del av den gemensamma marknaden där företaget har möjlighet att eventuellt göra sig skyldigt till missbruk som eventuellt kan hindra en effektiv konkurrens". [22]

43. För att fastställa den relevanta marknaden skall man enligt fast rättspraxis bedöma konkurrensmöjligheterna "inom ramen för den marknad som omfattar alla de produkter (eller tjänster) som, i förhållande till sina utmärkande egenskaper, är särskilt lämpade att tillgodose konstanta behov och endast i begränsad omfattning är utbytbara mot andra produkter [eller andra tjänster]". [23]

20 — Dom av den 19 maj 1993 i mål C-320/91, Corbeau (REG 1993, s. I-2533), punkt 10.

21 — Se särskilt dom av den 4 maj 1988 i mål 30/87, Bodson (REG 1988, s. 2479), punkt 16.

22 — Se dom av den 17 juli 1997 i mål C-242/95, GT-Link (REG 1997, s. I-4449), punkt 36, och av den 23 maj 2000 i mål C-209/98, Sydhavnens Sten & Grus (REG 2000, s. I-3743), punkt 57.

23 — Dom av den 9 november 1983 i mål 322/81, Michelin mot kommissionen (REG 1983, s. 3461; svensk specialutgåva, volym 7, s. 341), punkt 37.

44. Enligt den nationella domstolens uppgifter gäller det där anhängiga målet hamntjänster avseende lossning och lastning av varor.[24] Den faktiskt relevanta marknaden torde därför omfatta dessa tjänster. Det ankommer emellertid på den nationella domstolen att definiera denna marknad på grundval av den relevanta tjänstens utmärkande egenskaper.[25] Den skall då särskilt undersöka i vilken omfattning lossning och lastning av varor skiljer sig från andra hamntjänster.

45. Det ankommer också på den nationella domstolen att bestämma den relevanta marknadens geografiska omfattning.[26] Denna är nämligen i detta fall uppenbarligen tvistig. Den nationella domstolen synes anse att marknaden utgörs av respektive hamn i vilken en AMM har inrättats. Enligt den italienska regeringen måste hamnen i Portovesme anses vara en del av hamnen i Cagliari, eftersom AMM förekommer på marknaden i båda hamnarna. Enirisorse har däremot, särskilt vid den muntliga förhandlingen, betecknat marknaden som samtliga hamnar i vilka AMM har inrättats och har — uppenbarligen mot bakgrund av gemenskapsrätten — påpekat att man bland dessa återfinner Livorno som är en betydelsefull internationell omlastningsplats och följaktligen jämförbar med hamnen i Genua. Kommissionen har vid den muntliga förhandlingen definierat marknaden som hamnarna i Cagliari och Portovesme.

46. Till detta skall anmärkas att de enskilda AMM:s verksamhet visserligen är lokalt begränsad men att alla AMM är underkastade samma lagregler oavsett var de är verksamma. Detta skulle kunna innebära en sådan enhetlighet i konkurrensvillkoren att alla de hamnar i vilka AMM har inrättats tillsammans skulle kunna anses utgöra den geografiskt relevanta marknaden. Den omständigheten att hamnanläggningarna i Cagliari och Portovesme ligger på en ö kan dock tala emot en sådan enhetlighet.

47. Det ankommer på den nationella domstolen att göra den slutgiltiga bedömningen. Denna måste emellertid då "vad avser den relevanta geografiska marknaden [...] beakta den marknad inom vilken konkurrensvillkoren är tillräckligt likartade, det vill säga där de objektiva konkurrensvillkoren för den ifrågavarande tjänsten, och särskilt konsumenternas efterfrågan av denna, är lika för alla ekonomiska aktörer".[27]

24 — Se i detta avseende också kommissionens ändrade förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om tillträde till marknaden för hamntjänster (KOM (2002) 0101, slutlig), i vilket hamntjänster enligt artikel 4 definieras som "tjänster av kommersiellt värde som vanligtvis tillhandahålls mot betalning i en hamn och som anges i bilagan". Av bilagan kan utläsas att hamntjänster omfattar särskilt lasthantering, "bland annat a) lastning och lossning, b) stuvning, stuveriarbete, omlastning och andra typer av transporter inom terminalen, c) lagring, förråd och magasinering beroende på lastkategorierna och d) lastkonsolidering".

25 — Se exempelvis domen i målet Sydhavnens Sten & Grus (ovan fotnot 22), punkt 60.

26 — Ibidem, punkt 60.

27 — Domen i målet Ambulanz Glöckner (ovan fotnot 10), punkt 34, med hänvisning till dom av den 14 februari 1978 i mål 27/76, United Brands mot kommissionen (REG 1978, s. 207; svensk specialutgåva, volym 4, s. 9), punkt 44.

ii) AMM:s dominerande ställning

48. Det är tveksamt om och i vilken utsträckning den omtvistade lagstiftningen skapar eller utvidgar en dominerande ställning för AMM på den relevanta marknaden.

Definition av en dominerande ställning enligt rättspraxis

49. En dominerande ställning i den mening som avses i artikel 82 EG karakteriseras av att företaget har "en ekonomisk styrka som gör det möjligt för företaget att hindra upprätthållandet av en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden genom att det därigenom i betydande omfattning kan uppträda oberoende i förhållande till sina konkurrenter [och] kunder". [28]

50. Artikel 82 EG blir emellertid "inte otillämplig bara därför att frånvaron eller begränsningen av konkurrens gynnas genom lagar och andra författningar". [29] Av den rättspraxis som artikel 86.1 EG i förening med artikel 82 EG har gett upphov till framgår tvärtom att den ekonomiska maktställningen såsom den definierats ovan också kan uppkomma genom lagstiftning. [30] En sådan ekonomisk maktställning måste göra det möjligt för det berörda företaget att *efter eget gottfinnande* utöva inflytande över den relevanta marknaden. [31] Detta betyder att "företaget, oberoende av hur det uppnått denna ställning, har ett särskilt ansvar för att det genom sitt förhållningssätt inte inverkar negativt på en effektiv och icke snedvriden konkurrens på den gemensamma marknaden". [32]

Dominerande ställning på grund av exklusiva rättigheter

51. I domen i målet Dusseldorp m.fl. [33] har domstolen fastslagit att beviljande av exklusiva rättigheter på en väsentlig del av den gemensamma marknaden skall förstås så att det gynnade företaget därigenom erhåller en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86 EG.

28 — Se särskilt domarna i målen Michelin mot kommissionen (ovan fotnot 23), punkt 30, och Bodson (ovan fotnot 21), punkt 26.

29 — Domen i målet Bodson (ovan fotnot 21), punkt 26.

30 — Se exempelvis dom av den 1 oktober 1998 i mål C-38/97, Autotrasporti Librandi (REG 1998, s. I-5955), punkt 27, med hänvisning till dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen (REG 1979, s. 461; svensk specialutgåva, volym 4, s. 315), punkt 38.

31 — Dom av den 13 december 1991 i mål 18/88, Régie des Télégraphes et des Téléphones (REG 1991, s. I-5941; svensk specialutgåva, volym 11, s. 519), punkt 25, med hänvisning till dom av den 19 mars 1991 i mål C-202/88, Frankrike mot kommissionen, "teleterminalutrustning" (REG 1991, s. I-1223; svensk specialutgåva, volym 11, s. 97), punkt 51.

32 — Dom av den 16 mars 2000 i de förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports m.fl. (REG 2000, s. I-1365), punkt 37, med hänvisning till dom av den 9 november 1983 i målet Michelin (ovan fotnot 23), punkt 57.

33 — Dom av den 25 juni 1998 i mål C-203/96, Dusseldorp m.fl. (REG 1998, s. I-4075), punkt 60. I det målet var det fråga om huruvida en lagstiftning som gav ett enda företag rätten att förbränna farligt avfall inom medlemsstatens hela territorium var förenlig med artikel 86.1 EG i förening med artikel 82 EG.

52. När en medlemsstat har beviljat ett företag exklusiva rättigheter har företaget följaktligen en dominerande ställning endast om dessa rättigheter gäller på hela den gemensamma marknaden eller på en väsentlig del av densamma.

53. Domstolen har sålunda i målet GT-Link [34] fastslagit att "ett offentligt företag som åtnjuter ett lagbundet monopol inom en väsentlig del av den gemensamma marknaden skall anses ha en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86 i fördraget [nu artikel 82 EG]. Detta är även fallet om ett offentligt organ är ägare till en handelshamn och i den egenskapen ensamt har rätt att ta ut hamnavgifter för användning av hamnanläggningarna".

54. En liknande bedömning har gjorts i domen i målet TNT Traco. [35] I det målet var det fråga om en postavgift som skulle erläggas direkt till det italienska postverket (Poste Italiane), bland annat av dem som tillhandahöll expressposttjänster, även när postverket inte tillhandahöll någon tjänst. Domstolen fastslog att "Poste Italiane även [måste] anses vara ett företag som den berörda medlemsstaten har beviljat särskilda eller exklusiva rättigheter i den mening som avses i artikel 90.1 i fördraget [nu artikel 86.1 EG], då det har beviljats monopol på insamling, befordran och utdelning av post på den nämnda medlemsstatens territorium utan att i likhet med alla andra som tillhandahåller sådana tjänster behöva erlägga en postavgift". [36] Vidare underströk domstolen att "det är ostridigt att Poste Italiane [...] intar en dominerande ställning på marknaden i den mening som avses i artikel 86 i fördraget [artikel 82 EG]" [37], och den erinrade därefter om att det inte strider mot fördraget att "tillskapa en dominerande ställning genom att bevilja särskilda eller exklusiva rättigheter". [38]

Tilldelning av statliga medel kan inte utan vidare jämställas med beviljande av exklusiva rättigheter

55. Såvitt avser den enligt redovisad rättspraxis avgörande frågan huruvida AMM har beviljats exklusiva rättigheter har samtliga parter uppenbarligen utgått från att den omtvistade överföringen av intäkter från avgifterna är att anse som beviljande av exklusiva rättigheter.

56. Min uppfattning är emellertid att en sådan tilldelning av medel som den omtvistade inte ensam kan innebära beviljande av en exklusiv rättighet och följaktligen inte heller utgöra bevis för att

34 — Domen i målet GT-Link (ovan fotnot 22), punkt 35.
35 — Domen i målet TNT Traco (ovan fotnot 9).
36 — Ibidem, punkt 40.
37 — Ibidem, punkt 43.
38 — Ibidem, punkt 44 .

AMM har en dominerande ställning i den mening som avses i redovisad rättspraxis.

57. I sitt förslag till avgörande i målet Ambulanz Glöckner[39] har generaladvokaten Jacobs definierat särskilda eller exklusiva rättigheter i den mening som avses i artikel 86.1 EG som sådana rättigheter "som har tilldelats ett företag eller ett begränsat antal företag av myndigheterna i en medlemsstat och som väsentligt påverkar möjligheten för andra företag att bedriva den ekonomiska verksamheten i fråga inom samma territorium på huvudsakligen likvärdiga villkor".

58. Överföringen av statliga medel till AMM utgör i förevarande fall vid första anblicken[40] en sådan selektiv, gynnande åtgärd. Även om andra näringsidkare själva kan ombesörja lossning och lastning av varor i hamnar där AMM har inrättats påverkar nämligen hamnavgiften konkurrensen mellan dem och AMM, eftersom de får merkostnader på grund av hamnavgiften medan de medel som AMM tilldelas stärker företagens ekonomiska ställning och därmed deras ställning i fråga om tjänster avseende lossning och lastning.

59. Det synes mig ändå tveksamt om enbart en överföring av medel kan jämställas med beviljande av en särskild eller exklusiv rättighet. Till skillnad från den som normalt utövar en beviljad särskild eller exklusiv rättighet förhåller sig nämligen den som gynnas genom en tilldelning av statliga medel i och för sig passiv. Ett inflytande över marknaden torde inte heller uppkomma helt oberoende av fraktintensiteten. Mot detta kan säkerligen invändas att förevarande fall också kännetecknas av att de tilldelade medlen *de facto* framför allt härrör från konkurrenter. Skulle enbart detta anses vara tillräckligt måste man emellertid godta att varje överföring av medel från en aktör på marknaden till en annan aktör på marknaden — även om den endast sker indirekt — omfattas av artikel 82 EG i förening med artikel 86.1 EG, oavsett om den gynnade aktören genom tilldelningen får den eventuella möjlighet att utöva ett sådant inflytande över marknaden som krävs för att han skall anses ha en särskild eller exklusiv rättighet.

60. Överföringen av en del av hamnavgiften till AMM skiljer sig från de omständigheter som förelåg i målen GT-Link och TNT Traco åtminstone så till vida att AMM inte själva beslutar om påförande av avgiften och följaktligen inte heller kan ha något inflytande över dess storlek. AMM är endast passivt gynnade av en statlig finansieringsåtgärd.

39 — Förslag till avgörande i målet Ambulanz Glöckner (ovan fotnot 10), punkterna 83–89 .

40 — Såvitt avser kompensation för eventuella kostnader för allmänna ekonomiska skyldigheter, se mina övervaganden avseende bestämmelserna om statligt stöd nedan i punkt 142 f.

61. Mot detta kan visserligen invändas att det i ekonomiskt hänseende inte kan göra någon skillnad om det är den gynnade själv eller staten som påför avgiften. Rättsligt sett föreligger det enligt min mening dock helt klart en skillnad, eftersom det offentliga företaget i de båda i föregående punkt nämnda målen hade beviljats exklusiva rättigheter — bland annat rätten att påföra en avgift efter eget gottfinnande — medan AMM inte förfogar över någon sådan rättighet. Det är emellertid just en sådan rättighet som gör det möjligt för det berörda företaget att *efter eget gottfinnande* få inflytande över den relevanta marknaden. [41]

62. I detta sammanhang måste man emellertid också behandla konkurrens-frågan tillsammans med reglerna om statligt stöd. Om den selektiva tilldelningen av statliga medel till ett visst företag anses innebära beviljande av en exklusiv rättighet för detta företag — med den konsekvensen att företaget redan på grund därav erhåller en dominerande ställning — urholkas reglerna om statligt stöd. [42] Hänsyn måste emellertid också tas till att de båda regelkomplexen tillämpas på olika sätt. Här vill jag bara erinra om kommissionens exklusiva behörighet att pröva frågan om ett statligt stöd är förenligt med den gemensamma marknaden. [43]

63. I ett fall, i vilket ett offentligt företag skiljer sig från andra näringsidkare endast genom att det erhåller statliga medel, förefaller det följaktligen inte möjligt att härleda dess dominerande ställning på marknaden uteslutande till den selektiva medelstilldelningen. AMM:s dominerande ställning kan exempelvis följa av den i lag givna definitionen av företagens uppgifter avseende hamninfrastrukturen. [44]

64. Det ankommer sålunda på den nationella domstolen att avgöra om AMM mot bakgrund av det sagda verkligen innehar en dominerande ställning. Den skall därvid

41 — Det skall också anmärkas att det i målet TNT Traco (ovan fotnot 9), punkt 43, var ostridigt att Poste Italiane hade en dominerande ställning på den relevanta marknaden.

42 — I detta sammanhang erinrar jag om att statliga stöd snedvrider konkurrensen därför att de ger vissa företag en "oförtjänt kostnadsfördel", se Rawlinson i Lenz, *EG-Vertrag Kommentar*, punkt 10, beträffande artikel 87 EG.

43 — Jag erinrar i detta sammanhang också om domstolens rättspraxis, enligt vilken man skall undvika inkonsekvenser vid tillämpningen av artikel 87 EG och följande artiklar samt andra fördragsbestämmelser. I dom av den 15 juni 1993 i mål C-225/91, Matra mot kommissionen (REG 1993, s. I-3203; svensk specialutgåva, volym 14, s. 213), punkt 42, har domstolen i ett förfarande enligt artikel 88.2 EG slagit fast att det är "kommissionens skyldighet att respektera sammanhanget mellan artiklarna [87 EG] och [88 EG] och andra bestämmelser i fördraget".

44 — Se särskilt domen av den 24 oktober 2002 i mål C-82/01 P, Aéroports de Paris (REG 2002, s. I-9297), punkterna 106-107: "I förevarande fall är ADP i egenskap av ägare till flygplatsanläggningarna ensamt behörigt att bevilja tillträde till dessa anläggningar. ADP har ... ett lagstadgat monopol som innefattar en rätt att sköta ledningen av de aktuella flygplatserna, och det är endast ADP som kan godkänna att det där bedrivs verksamhet som består i tillhandahållande av marktjänster och fastställa villkoren för sådan verksamhet. Förstainstansrätten fastställde därför ... med fog att ADP befinner sig i en situation som medför ekonomisk makt att förhindra en effektiv konkurrens på marknaden genom att denna situation gör det möjligt för ADP att i betydande omfattning agera oberoende." I förevarande mål fortsätter staten att äga hamnanläggningarna. Men det förefaller som om en jämförelse är möjlig, eftersom AMM förfogar över ett monopol på nyttjandet av nödvändig infrastruktur. Om detta kan bekräftas, kan AMM utföra ett avgörande inflytande på tillträde till marknaden för hamntjänster, så att det måste antas att AMM innehar en dominerande ställning.

särskilt beakta de fördelar som AMM har på grund av sina uppgifter avseende hamninfrastrukturen samt förhållandet på marknaden.

iii) En väsentlig del av den gemensamma marknaden

65. Om det emellertid visar sig att samtliga AMM eller varje enskild AMM innehar en dominerande ställning på den marknad som konstateras vara relevant, måste det också undersökas om denna marknad kan anses utgöra en väsentlig del av den gemensamma marknaden.

66. Enligt domstolens rättspraxis skall man i sistnämnda sammanhang "bland annat ta hänsyn till trafikvolymen i hamnen i fråga samt hamnens betydelse som helhet för den import- och exportverksamhet som sker sjövägen i den berörda medlemsstaten". [45]

67. Dessa kriterier har domstolen tillämpat i domen i målet Merci convenzionali Porto di Genova, [46] såvitt avsåg marknaden för lossning och lastning av varor i hamnen i Genua, och den har slagit fast att den sålunda definierade marknaden med hänsyn till dess betydelse för handeln mellan medlemsstaterna var att anse som en väsentlig del av den gemensamma marknaden. Även ett delområde av en medlemsstat kan alltså, alltefter ekonomisk betydelse, utgöra en väsentlig del av den gemensamma marknaden.

68. En dominerande ställning på en väsentlig del av den gemensamma marknaden kan också skapas genom inrättande av "begränsade territoriella monopol, som tillsammans täcker hela territoriet i en medlemsstat". [47]

69. Det ankommer på den nationella domstolen att med beaktande av de ekonomiska omständigheterna och de geografiska förhållandena avgöra om den hamn som AMM förvaltar i Cagliari eller de sex hamnar i vilka AMM har inrättats skall anses vara en väsentlig del av den gemensamma marknaden. Skulle den nationella domstolen bestämma sig för ett kollektivt synsätt skulle enskilda hamnars ekonomiska betydelse träda i bakgrunden, eftersom de hamnar i vilka AMM inrättats tillsammans torde omfatta en avsevärd del av det italienska territoriet i den mening som avses i ovan redovisad rättspraxis.

70. Frågan om ett eventuellt missbruk behöver endast undersökas för det fall den

45 — Domen i målet GT-Link (ovan fotnot 22), punkt 37, med hänvisning till domen i målet Merci convenzionali Porto di Genova (ovan fotnot 11), punkt 15.

46 — Domen i målet Merci convenzionali Porti di Genova (ovan fotnot 11).

47 — Domen i målet Centre d'insémination de la Crespelle (ovan fotnot 12), punkt 17.

nationella domstolen skulle finna att AMM innehar en dominerande ställning på den relevanta marknaden och att denna utgör en väsentlig del av den gemensamma marknaden.

d) Huruvida det föreligger missbruk

71. För att artikel 82 EG skall bli tillämplig förutsätts vidare att det ifrågavarande företaget uppträder på ett sätt som innebär missbruk och slutligen att detta kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. Enligt artikel 86.1 EG skall vissa statliga åtgärder i detta avseende jämställas med det ifrågavarande företagets beteende.

i) Missbruk

72. Utgångspunkt för mina överväganden är domstolens vid det här laget fasta rättspraxis enligt vilken en medlemsstat, "även om det inte i sig strider mot artikel 86 i fördraget [nu artikel 82 EG] att tillskapa en dominerande ställning genom att bevilja särskilda eller exklusiva rättigheter, bryter mot de förbud som uppställs i artikel 90.1 i fördraget [nu artikel 86.1 EG] jämförd med artikel 86 [nu artikel 82 EG] om den antar lagar eller andra författningar som skapar en situation där ett företag, som av staten har beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter, med nödvändighet föranleds att missbruka sin dominerande ställning". [48]

73. Om den nationella domstolen skulle finna att AMM på grund av omständigheterna i det enskilda fallet, till exempel de uppgifter som de har anförtrotts med avseende på hamninfrastrukturen, de geografiska förhållandena eller den begränsade ekonomiska betydelsen av de aktuella hamnarna, kan utöva ett inflytande efter eget gottfinnande över den relevanta marknaden, skulle det vidare behöva undersökas om staten har försatt AMM i en situation i vilken de oundgängligen föranleds att överträda bestämmelserna i artikel 82 EG. [49]

74. Missbruk kan här ta sig uttryck på två olika sätt: dels utnyttjande av den dominerande ställningen, dels hindrande av konkurrensen.

75. Ett missbruk genom utnyttjande av den dominerande ställningen kan antas föreligga om "innehavaren av [en dominerande ställning] har utnyttjat de möjligheter som

48 — Domen i målet TNT Traco (ovan fotnot 9), punkt 44, med hänvisning till domarna i målen GT-Link (ovan fotnot 22), punkt 33, och Dusseldorp m.fl. (ovan fotnot 33), punkt 61. Se också domen i målet Sydhavnens Sten & Grus (ovan fotnot 22), punkt 66.

49 — Se också domen i målet Sydhavnens Sten & Grus (ovan fotnot 22), punkt 67: "Således har domstolen slagit fast att en medlemsstat, utan att åsidosätta artikel 86 i fördraget, kan bevilja vissa företag exklusiva rättigheter, såvida dessa inte missbrukar sin dominerande ställning eller oundgängligen föranleds till sådant missbruk (se dom av den 18 juni 1998 i mål C-266/96 (Corsica Ferries France, REG 1998, s. I-3949), punkt 41)."

följer av denna för att uppnå handelsfördelar som [han] inte skulle ha uppnått om det hade rått en normal och tillräckligt effektiv konkurrens". [50]

76. Till denna kategori hör särskilt fall då "ett företag som innehar en sådan ställning kräver ett pris för sina tjänster som är oskäligt eller som inte står i något rimligt förhållande till det ekonomiska värdet av den tjänst som tillhandahålls". [51]

77. Domstolen har fastslagit att detta gäller "i ännu högre utsträckning om ett sådant företag erhåller betalning för tjänster som det inte självt har tillhandahållit". [52]

78. Generaladvokaten Alber har i målet TNT Traco däremot påpekat att uttag av en avgift inte kan jämställas med missbruk i form av framtvingad ersättning för tjänster som inte har tillhandahållits, eftersom ett företag med dominerande ställning på marknaden inte skulle ha kunnat påföra avgiften. [53]

79. Denna restriktiva tolkning av artikel 86.1 EG är inte oproblematisk, eftersom artikeln är avsedd att omfatta just sådana fall i vilka staten föranleder eller tvingar det företag som den har inflytande över att agera på ett sätt som företaget inte skulle ha gjort på eget initiativ.

80. Att tillämpa den lösning som valdes i målet TNT Traco på detta mål ter sig likväl inte heller tillfredsställande. Visserligen ger jag kommissionen rätt i att det *ekonomiskt* inte gör någon skillnad om ett offentligt företag självt påför en avgift eller om det erhåller intäkterna — eller en del av dessa — från en avgift som staten har tagit ut. I rättsligt hänseende ser jag emellertid en betydelsefull skillnad i att företaget i det ena fallet "förleds" av staten att agera på ett visst sätt, medan det i det andra fallet — såsom i förevarande fall — uppenbarligen över huvud taget inte agerar beträffande avgiften.

81. Enligt min uppfattning skall frågan huruvida missbruk förekommer snarare undersökas mot bakgrund av effekterna av den omtvistade lagstiftningen. Om omfattningen eller utvidgningen av den dominerande ställning som ett offentligt företag eller ett företag som staten beviljat särskilda eller exklusiva rättigheter är ett resultat av en statlig åtgärd, utgör en sådan åtgärd enligt domstolens praxis en överträdelse av artikel 86 EG i förening med artikel 82 EG. [54]

50 — Dom i målet United Brands (ovan fotnot 27), punkt 248 f.

51 — Dom i målet TNT Traco (ovan fotnot 9), punkt 46, med hänvisning till domarna i målen Centre d'insémination de la Crespelle (ovan fotnot 12), punkt 25, och GT-Link (ovan fotnot 22), punkt 39.

52 — Domen i målet TNT Traco (ovan fotnot 9), punkt 47.

53 — Förslag till avgörande i målet TNT Traco (ovan fotnot 9), punkt 66 f.

54 — Domarna i målen Ambulanz Glöckner (ovan fotnot 10), punkt 40, med hänvisning till domen i målet Régie des Télégraphes et des Téléphones (ovan fotnot 31), punkt 21, och Dusseldorp m.fl. (ovan fotnot 33), punkt 61.

82. I målet TNT Traco såg generaladvokaten Alber i sitt förslag till avgörande ett missbruk i en snedvridning av konkurrensen till förmån för det italienska postverkets verksamhet och det italienska postverkets till följd därav utvidgade dominerande ställning på en särskild marknad till förfång för den fria konkurrensen. [55]

83. Även kommissionen har i detta mål hävdat samma åsikt som den framförde redan i målet TNT Traco, nämligen att missbruket består i utvidgningen av den dominerande ställningen på en viss marknad till förfång för samtliga konkurrenter. Kommissionen anser att det även i förevarande fall är möjligt att AMMs dominerande ställning på marknaden för lossning och lastning av varor förstärks på grund av de medel som AMM tilldelas.

84. Ett missbruk bestående i att AMM utnyttjar sin eventuellt dominerande ställning på marknaden skulle enligt min mening kunna bestå i att tilldelningen av en del av intäkterna från hamnavgiften får en snedvridande effekt. Den italienska regeringen har nämligen anfört att resultatet av tilldelningen är en "prissubvention", eftersom tilldelningen gör det möjligt för AMM att tillhandahålla sina hamntjänster till lägre priser än de marknadsekonomiska. Av detta yttrande kan utläsas att AMM i slutänden begär för låga — inte för höga — priser vilka därmed också är oproportionerliga i förhållande till de marknadsekonomiska priserna. När ett sådant agerande riktas mot konkurrenter utgör det emellertid också ett missbruk. [56]

ii) Påverkan på handeln mellan medlemsstaterna

85. Om det nu skulle visa sig att AMM utnyttjar en dominerande ställning på marknaden på ett sätt som innebär missbruk återstår det slutligen att undersöka om detta missbruk kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. [57]

86. En sådan påverkan sker endast om det "på grundval av rättsliga eller faktiska omständigheter med en tillräckligt hög grad av sannolikhet kan förutses att åtgärden i fråga direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt kan påverka handeln mellan medlemsstater på ett sådant sätt att det kan komma att hindra förverkligandet av den inre marknaden. Detta gäller dock inte om åtgärden endast har en obetydlig inverkan på marknaden". [58]

55 — Förslag till avgörande i målet TNT Traco (ovan fotnot 9), punkt 74.

56 — Domstolen har i detta avseende redan fastslagit att ett företag i dominerande ställning som genomför en selektiv prissänkning missbrukar sin ställning när prissänkningen sker för att anpassa priserna till en konkurrents priser (se domen i målet Compagnie maritime belge transports m.fl. (ovan fotnot 32), punkt 117.

57 — Se till exempel domarna i målen Bodson (ovan fotnot 21), punkt 22, GT-Link (ovan fotnot 22), punkt 44, och Ambulanz Glöckner (ovan fotnot 10), punkt 48.

58 — Domen i målet Ambulanz Glöckner (ovan fotnot 10), punkt 48, med hänvisning till dom av den 28 april 1998 i mål C-306/96, Javico (REG 1998, s. I-1983), punkt 16.

87. Såvitt avser tjänster kan denna inverkan "bestå i att verksamheterna i fråga organiseras så att den gemensamma marknaden delas upp och friheten att tillhandahålla tjänster ... hindras. Handeln mellan medlemsstaterna kan på samma sätt påverkas av en åtgärd som hindrar ett företag från att etablera sig i en annan medlemsstat och där tillhandahålla tjänster på den ifrågavarande marknaden". [59]

88. Det ankommer på den nationella domstolen att fastställa huruvida det med hänsyn till den ekonomiska beskaffenheten av den lokala marknaden för lossning och lastning av varor föreligger en tillräckligt hög grad av sannolikhet för att AMM:s tilldelning av hamnavgifter faktiskt hindrar andra näringsidkare från att tillhandahålla jämförbara tjänster i de aktuella italienska hamnarna. [60] I förevarande fall är det framför allt tänkbart att de subventionerade lägre priser som AMM på grund av de tilldelade medlen kan hålla i hamnen i Cagliari avskräcker eller hindrar andra företag som vill erbjuda lasthanteringstjänster i hamnen i Cagliari eller Portovesme eller själva ombesörja lossning och lastning av varor från att verka på denna marknad.

e) Rättfärdigande med stöd av artikel 86.2 EG

89. Om den nationella domstolen mot bakgrund av mina överväganden i det föregående skulle finna att den omtvistade nationella lagstiftningen omfattas av förbudet i artikel 86.2 EG i förening med artikel 82 EG måste slutligen också undersökas om det, som den italienska regeringen har hävdat, är fråga om en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse i den mening som avses i artikel 86.2 EG.

90. Enligt domstolens fasta rättspraxis kan en medlemsstat åberopa artikel 86.2 EG för att motivera att ett företag som har anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i strid med artikel 82 EG i fördraget beviljas exklusiva rättigheter, när fullgörandet av de särskilda uppgifter som företaget har tilldelats inte kan säkerställas på annat sätt än genom att sådana rättigheter beviljas och när utvecklingen av handeln inte påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse. [61]

91. Det måste därför undersökas om AMM har anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och

59 — Domen i målet Ambulanz Glockner (ovan fotnot 10), punkt 49 med ytterligare hänvisning.

60 — Domen i målet Ambulanz Glockner (ovan fotnot 10), punkt 50.

61 — Domen i målet Sydhavnens Sten & Grus (ovan fotnot 22), punkt 74.

om den selektiva tilldelningen av en andel av intäkterna från hamnavgifterna är nödvändig för att företagen skall kunna fullgöra de särskilda uppgifter som har anförtrotts dem.

i) Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse

92. För att artikel 86.2 EG skall kunna tillämpas erfordras [62] att medlemsstaten konkretiserar de skyldigheter som åvilar det företag som genom lag har anförtrotts särskilda uppgifter, att dessa skyldigheter är specifika för företaget och dess verksamhet samt att de har ett samband med föremålet för de ifrågavarande tjänsterna av allmänt ekonomiskt intresse och direkt avser att bidra till att tillfredsställa detta intresse.

93. Av handlingarna i akten i förevarande mål kan utläsas att AMM tillhandahåller tjänster direkt till staten genom att förvalta och underhålla en del av hamnanläggningarna. [63] Å andra sidan tillhandahåller de också tjänster till andra näringsidkare, framför allt genom att delta i konkurrensen och erbjuda sina tjänster på marknaden för lossning och lastning av varor.

94. De tjänster som AMM tillhandahåller kan i dubbelt hänseende vara av allmänt ekonomiskt intresse. Enligt den italienska regeringen bidrar de till att

— säkerställa att hamnanläggningarna är funktionsdugliga och att fartygen får en säker förtöjningsplats i hamnen, och

— å andra sidan ankommer det på AMM att garantera att varor kan lossas och lastas till rimliga priser, även, och framför allt, i mindre hamnar. AMM skall med andra ord säkerställa bevarandet av en hamninfrastruktur av hög kvalitet och tillträde till denna infrastruktur som en allmän tjänst också i hamnar som rent ekonomiskt uppenbarligen är mindre attraktiva.

95. Domstolen har redan fastslagit att det inte kan komma i fråga ”att varje drift av en handelshamn skall anses som tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller att samtliga de tjänster som utförs i en sådan hamn omfattas av ett sådant uppdrag”. [64] Den har emellertid också fastslagit att vissa hamntjänster, till exempel tillhandahållande av allmänna lotstjänster [65] och vissa privilegier i en flodhamn [66], utgör tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

62 — Dom av den 23 oktober 1997 i mål C-159/94, kommissionen mot Frankrike, (REG 1997, s. I-5815), punkterna 65–69.

63 — Se särskilt den ovannämnda lagen nr 961/67.

64 — Domen i målet GT-Link (ovan fotnot 22), punkt 52. Se också domen i målet Merci Convenzionali Porto di Genova (ovan fotnot 11), punkt 25 och följande punkter, och generaladvokaten Van Gervens förslag till avgörande i samma mål, punkt 27.

65 — Domen i målet Corsica Ferries (ovan fotnot 49), punkt 45.

66 — Dom av den 14 juli 1971 i mål 10/71, Muller (REG 1971, s. 723; svensk specialutgåva, volym 1, s. 599), punkt 11.

96. För att en tjänst skall kunna kvalificeras som en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse fordras att den "är av ett allmänt ekonomiskt intresse som utmärker sig i förhållande till det som är förenat med andra ekonomiska verksamheter". [67] I domen i målet Corsica Ferries II [68] ansågs det vara särskilt utmärkande för tjänsten att denna av säkerhetsskäl alltid skulle tillhandahållas alla som använde hamnen. I domen i målet GT-Link har domstolen inte uteslutit att "blotta tillhandahållandet av hamninfrastruktur [kan] betecknas som en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse". [69] Slutligen har domstolen i målet SIOT [70] godtagit "den mer generella nyttan av att använda hamnbassänger och hamnanläggningar för vars farbarhet och drift myndigheterna ansvarar" som en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse.

97. Den nationella domstolen måste enligt min mening därför särskilt undersöka om AMM har anförtrotts uppgiften att tillhandahålla en hamninfrastruktur och hamntjänster avseende lossning och lastning av varor som en allmän tjänst. Bedömningen skall göras med beaktande av de kriterier som har angetts i rättspraxis, det vill säga tjänsterna skall tillhandahållas alla som kan behöva dem, vid varje given tidpunkt, till enhetliga priser och på villkor som inte varierar annat än i enlighet med objektiva kriterier. [71]

98. Såvitt avser hamninfrastrukturen skall det anmärkas att underhållet av hamnanläggningar *per se* gagnar säkerheten hos dessa och därmed också sjöfarten i hamnen. Det är i förevarande fall oklart i vad mån de ovan angivna tjänster som AMM tillhandahåller staten utmärks av särskilda egenskaper som skulle kunna motivera att kostnaderna kompenseras på grund av nyttan av tjänsterna. [72] Oklarheten torde bero på att dessa tjänster inte är föremål för tvist i målet vid den nationella domstolen.

99. Tillhandahållandet av tjänster avseende lossning och lastning av varor till rimliga priser hänger ihop med frågan om allmänna tjänster och måste ses ur olika synvinklar. Visserligen framgår det av redovisad rättspraxis [73] att "hamnarbeten som lastning, lossning, omlastning, lagring

67 — Se särskilt domen i målet GT-Link (ovan fotnot 22), punkt 53.

68 — Domen i målet Corsica Ferries (ovan fotnot 49).

69 — Domen i målet GT-Link (ovan fotnot 22), punkt 54.

70 — Dom av den 16 mars 1983 i mål 266/81, SIOT (REG 1983, s. 731; svensk specialutgåva, volym 7, s. 65), punkt 21.

71 — Se till exempel dom av den 27 april 1994 i mål C-393/92, Almelo (REG 1994, s. I-1477; svensk specialutgåva volym 15, s. 89), punkt 48. Se också domen i målet Corbeau (ovan fotnot 20), punkt 15, och dom av den 23 oktober 1997 i mål C-159/94 angående ensamrätt till export och import av elektricitet och gas (ovan fotnot 62), punkt 57 f. Se också förklaringar av Blum/Logue i *State Monopolies under EC Law*, s. 175 f.

72 — Vad gäller marknaden för marktjänster på flygplatserna föreskrivs i artikel 16.3 i rådets direktiv 96/67/EG av den 15 oktober 1996 om tillträde till marknaden för marktjänster på flygplatserna inom gemenskapen (EGT L 272, s. 36) möjligheten att ta ut avgifter för tillträde till flygplatsens anläggningar, särskilt för användare som själva utför tjänsterna. Tolkningen av denna bestämmelse är för närvarande föremål för provning i mål C-363/01 vid domstolen.

73 — Ovan fotnot 24.

och förflyttning i allmänhet av varor eller någon form av materiel i hamnen inte nödvändigtvis är av ett allmänt ekonomiskt intresse som utmärker sig i förhållande till det som är förenat med andra ekonomiska verksamheter". Å andra sidan har kommissionen emellertid i artikel 6 i sitt ändrade förslag till direktiv om tillträde till marknaden för hamntjänster (KOM/2002/0101 slutligt) föreslagit att tillstånd för företag att tillhandahålla hamntjänster får omfatta "krav på allmänna tjänster med avseende på säkerhet, regelbundenhet, kontinuitet, kvalitet och pris samt villkoren enligt vilka tjänsten får erbjudas".

100. Den av den italienska regeringen åberopade omständigheten att de hamnar i vilka AMM har inrättats är sådana där intäkterna från trafiken är ringa skulle sålunda kunna anses vara en utmärkande egenskap i den mening som avses i den rättspraxis som jag har redogjort för i det föregående.

ii) Nödvändighet

101. Även om de uppgifter som har anförtrotts AMM som sådana kan anses vara tjänster av allmänt ekonomiskt intresse ankommer det emellertid på den berörda medlemsstatens regering att på ett tillfredsställande sätt inför den nationella domstolen visa att den exklusiva rättigheten — i detta fall överföringen av en andel av intäkterna från hamnavgiften [74] — har beviljats för att företaget skall kunna uppfylla de särskilda uppgifter som har anförtrotts det och att företaget i avsaknad av den omtvistade åtgärden skulle vara oförmöget att fullgöra de uppgifter som det har tilldelats. [75]

102. Frågan är alltså om tilldelningen av intäkter från hamnavgiften är nödvändig för att AMM skall kunna uppfylla ifrågavarande uppgifter. [76] Detta kan endast antas vara fallet om den italienska regeringen kan visa att de överförda medlen kompenserar de kostnader som uppkommer på grund av de särskilda uppgifterna. Av Republiken Italiens eget yttrande kan utläsas att det åtminstone är tveksamt om det förhåller sig så.

103. Inledningsvis vill jag erinra om att den italienska regeringen måste kunna precisera de kostnader som uppkommer på grund av de särskilda uppgifter som har anförtrotts AMM. [77]

74 — Se mina ovan i punkt 55 och följande punkter anförda betänkligheter mot att jämställa tilldelning av vissa medel med beviljande av exklusiva rättigheter. Inom ramen för artikel 86.2 EG talar dock ingenting emot att överföringen ses som ett beviljande av exklusiva rättigheter, eftersom artikel 86.2 EG också kan åberopas för att rättfärdiga beviljande av statligt stöd.

75 — Domen i målet Dusseldorp (ovan fotnot 33), punkt 67.

76 — Se domen avseende ensamrätt till export och import av gas och elektricitet (ovan fotnot 62), punkt 96: Ett undantag från fördragsreglerna kan göras om det är nödvändigt för att rättighetshavaren under godtagbara ekonomiska villkor skall kunna fullgöra de uppgifter av allmänt ekonomiskt intresse som denne har tilldelats.

77 — Se ovan punkt 101.

104. Det måste också vara uppenbart att tilldelningen av en andel av intäkterna från hamnavgiften inte utgör AMM:s enda finansieringskälla. Enligt den nationella lagstiftningen betalas kostnaderna för förvärv av ny egendom av staten när de inte ryms inom AMM:s budget. Detta visar tydligt att det statliga ingripandet för att säkerställa en balanserad budget varierar. Dessutom förfogar AMM över avkastningen av den förvaltade egendomen, medel från så kallade ömsesidiga understödskassor och andra finansieringskällor.

105. Det är med andra ord knappast möjligt att göra en godtagbar jämförelse mellan de kostnader som eventuellt uppkommer på grund av de särskilda uppgifter som har anförtrotts AMM och den statliga kompensationen för kostnaderna. Den insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstaterna och de offentliga företagen som åsyftas i kommissionens direktiv 2002/52/EG [78] saknas uppenbarligen. [79] Avsaknaden av möjligheten att jämföra AMM:s kostnader och den statliga kompensationen kommer också att ha betydelse för bedömningen av målet vid den nationella domstolen mot bakgrund av reglerna om statligt stöd. [80]

106. Det är vidare uppenbart att lagstiftaren genom lag nr 84/94 till de statliga hamnmyndigheterna har överlåtit förvaltningen av ifrågavarande hamnanläggningar och överföringen av en andel av intäkterna från hamnavgiften till AMM men inte ansvaret för lossning och lastning av varor vilken tjänst fortfarande tillhandahålls av AMM. Av detta framgår tydligt att den omtvistade tilldelningen inte är nödvändig för att AMM skall kunna tillhandahålla tjänster avseende lossning och lastning till rimliga priser.

107. Det ligger följaktligen inte särskilt nära till hands att godta de åberopade omständigheterna som stöd för ett rättfärdigande enligt artikel 86.2 EG. Det ankommer emellertid på den nationella domstolen att med beaktande av angivna kriterier slutligt avgöra frågan.

f) Den femte frågan i vad den hänför sig till missbruk av en dominerande ställning på marknaden

108. Med den femte frågan i vad den hänför sig till missbruk av en dominerande ställning på marknaden vill Corte Suprema di Cassazione i huvudsak få klarhet i hur ett missbruk av en dominerande ställning på marknaden som strider mot artikel 86.1 EG skulle påverka den omtvistade lagstiftningen.

78 — Direktivet av den 26 juli 2000 om ändring av direktiv 80/723/EEG om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag (EGT L 193, s. 75).

79 — I detta sammanhang hänvisar jag till att det ändrade förslaget till direktiv om tillträde till marknaden för hamntjänster (ovan fotnot 24) syftar till insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstaterna. Se särskilt artikel 12 om redovisningen av hamntjänstverksamheten.

80 — Se nedan punkt 138 f.

109. Jag vill inledningsvis erinra om att ”bestämmelserna i artikel [82 EG] har direkt effekt även inom ramen för artikel [86 EG] och skapar rättigheter för enskilda som de nationella domstolarna skall skydda”. [81] Domstolen har vidare fastslagit att personer eller företag av vilka ett offentligt företag har tagit ut hamnavgifter som strider mot artikel 86.1 EG i förening med artikel 82 EG i princip har rätt till återbetalning av de avgifter som betalats utan grund. [82]

110. I förevarande fall påförs avgiften emellertid inte av ett offentligt företag utan av staten som sedan överför en betydande andel av intäkterna från avgiften till AMM. En utvidgning av AMMs eventuellt dominerande ställning på grund av de omtvistade bestämmelserna grundas följaktligen endast på tilldelningen av en andel av intäkterna från hamnavgifterna.

111. Om den nationella domstolen skulle finna att AMM uppträder på ett sätt som innebär missbruk av en dominerande ställning på marknaden skulle därför endast den andel av intäkterna från avgiften som tilldelas AMM vara oförenlig med gemenskapsrätten.

81 — Domen i målet GT-Link (ovan fotnot 22), punkt 57.
82 — Ibidem, punkt 61.

V — Den tredje frågan och den femte frågan i vad de hänför sig till statligt stöd

112. Enligt artikel 87 EG är statligt stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenligt med den gemensamma marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

113. Med sin tredje fråga vill den nationella domstolen i huvudsak få klarhet i huruvida överföringen av en betydande andel av den omtvistade hamnavgiften till AMM utgör statligt stöd. Om frågan besvaras jakande vill den nationella domstolen med den femte frågan få klarhet i huruvida den måste underlåta att tillämpa den omtvistade lagstiftningen, därför att denna inte har anmälts till kommissionen. Slutligen vill den nationella domstolen få klarhet i huruvida påförandet av avgiften är oförenligt med gemenskapsrätten eller om endast den andel av avgiften som tilldelas AMM skall anses otillåten.

A — *Parternas argument*

114. *Enirisorse* och *kommissionen* har anfört att AMM i Cagliari är ett företag och

att tilldelningen av en andel av intäkterna från hamnavgiften sker selektivt. De anser att tilldelningen påverkar handeln mellan medlemsstaterna och snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen, eftersom AMM konkurrerar med företag från andra medlemsstater som vill utföra lossning och lastning med egna medel.

115. Tilldelningen innebär enligt Enirisorse och kommissionen en ekonomisk fördel och sker entydigt med statliga medel. *Kommissionen* har emellertid i detta sammanhang anmärkt att domstolen i domen i målet PreussenElektra [83] har fastslagit att skyldigheten för privata elförsörjningsföretag att köpa el från förnybara energikällor till minimipriser inte medförde att det direkt eller indirekt överfördes statliga medel till företag som producerar denna ström och att statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 därför inte utgått. Även om det i målet vid den nationella domstolen står helt klart att det sker en överföring av statliga medel, eftersom hamnavgiften skall erläggas till staten som i sin tur överför en del av intäkterna från avgiften till AMM, är förevarande mål i ekonomiskt hänseende jämförbart med målet PreussenElektra, eftersom systemet med överföring av medel i båda fallen skapats av staten. Att göra bedömningen beroende av sätten för betalning — i förevarande fall till staten, i målet PreussenElektra till ett företag — är inte förenligt med principen att det framför allt är resultatet av överföringen som visar om det utgår ett statligt stöd.

116. Kommissionen anser också att det ankommer på den nationella domstolen att utreda om åtgärden påverkar handeln mellan medlemsstaterna och snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen.

117. Den *italienska regeringen* har hävdat att den omtvistade åtgärden inte är ett rättsstridigt statligt stöd. Hamnavgiften är enligt den italienska regeringen nödvändig av socioekonomiska skäl och har tillkommit i offentligt intresse. [84] Den italienska regeringen har hänvisat till de låga intäkterna från trafiken i Portovesmes hamn och hävdat att priserna i sådana hamnar som denna skulle öka starkt om kostnaderna för AMM:s tjänster skulle beräknas enligt rent marknadsekonomiska principer. Enligt domen i målet PreussenElektra [85] kan kostnaderna för en offentlig tjänst dessutom fördelas mellan en större krets av företag för att denna tjänst skall kunna upprätthållas.

118. För övrigt skulle åtgärden enligt den italienska regeringen också kunna vara berättigad enligt artikel 87.3 c EG som stöd för att underlätta utveckling av vissa näringsverksamheter eller vissa regioner.

119. Den nationella domstolen har enligt den italienska regeringen därför inte befogenhet att ingripa enligt artikel 88.3 EG.

83 — Domen i målet PreussenElektra (ovan fotnot 14).

84 — Se också ovan punkt 28.

85 — Domen i målet PreussenElektra (ovan fotnot 14).

120. Enligt *Enirisorse* och *kommissionen* kan den omtvistade lagstiftningen inte rättfärdigas med stöd av artikel 86.2 EG. Kommissionen anser att den nationella domstolen i beslutet att begära förhandsavgörande inte redovisar någon faktisk omständighet som skulle kunna styrka att det är fråga om nödvändiga tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Därför kan inte heller domen i målet Ferring [86] tillämpas på förevarande mål. Enirisorse har tillagt att den omständigheten att AMM inte har inrättats i alla italienska hamnar visar att deras verksamhet inte är nödvändig. Enirisorse och kommissionen anser att den omtvistade lagstiftningen i vart fall är rättsstridig därför att den inte har anmälts till kommissionen.

B — *Bedömning*

1. Huruvida den tredje frågan kan tas upp till sakprövning

121. Den nationella domstolen har själv diskuterat tillåtligheten av den tredje frågan. Tvisten vid den nationella domstolen rör skyldigheten att betala avgiften och rättsenligheten av *påförandet* av hamnavgiften, medan den tredje frågan uttryckligen avser *överföringen* av en andel av intäkterna från avgiften till ett offentligt företag.

122. Frågan om överföringen av medel skall kvalificeras som statligt stöd skulle därför kunna sakna betydelse för den i målet vid den nationella domstolen ställda frågan huruvida uttagandet av avgiften är rättsenligt. Enligt domstolens praxis kan ”den som är skyldig att utge en obligatorisk skatt eller avgift ... inte slippa sin betalningsskyldighet genom att ett undantag som är riktat till andra personer anses vara statligt stöd”. [87] Domstolen har av det skälet fastslagit att frågan huruvida en avgiftsbefrielse utgör statligt stöd uppenbart saknar betydelse för mål som gäller skyldighet att betala en avgift. Denna rättspraxis kan endast förstås så att kvalificeringen av en åtgärd som statligt stöd visserligen måste medföra att erlagt belopp återbetalas men inte att vederbörande befrias från avgiftsskyldighet.

123. I förevarande fall är det emellertid skyldigheten att betala en avgift som är föremål för tvisten vid den nationella domstolen. Vid den muntliga förhandlingen har Enirisorse också uttryckligen förklarat att företaget har åberopat reglerna om statligt stöd i syfte att slippa betala hamnavgiften.

124. Det finns trots detta enligt min mening flera skäl för att ta upp den tredje frågan i förening med den femte frågan till sakprövning.

86 — Dom av den 22 november 2001 i mål C-53/00, Ferring (REG 2001, s. I-9067).

87 — Dom av den 20 september 2001 i mål C-390/98, Banks & Co (REG 2001, s. I-6117), punkt 80, med hänvisning till dom av den 9 mars 2000 i mål C-437/97, EKW m.fl. (REG 2000, s. I-1157), punkterna 51–54, och av den 13 juli 2000 i mål C-36/99, Idéal tourisme (REG 2000, s. I-6049), punkterna 26–29.

125. Inledningsvis hänvisar jag till den rättspraxis jag redan har redovisat enligt vilken det principiellt ankommer uteslutande på den nationella domstolen att avgöra behovet av ett förhandsavgörande. [88]

126. Det skall vidare anmärkas att den franska regeringen redan har framfört liknande argument i målen Ferring [89] och GEMO. [90] I målet Ferring vederlades argumenten av generaladvokaten Tizzano. [91] Domstolen behandlade dem inte i domen. I förslaget till avgörande i målet GEMO har generaladvokaten Jacobs anslutit sig till generaladvokaten Tizzanos uppfattning. [92]

127. I förevarande mål har den nationella domstolen dessutom ansett det påkallat att begära förhandsavgörande av domstolen just på grund av frågan huruvida man vid kvalificering av överföringen av medel som statligt stöd kan göra åtskillnad mellan uttagandet av avgiften och överföringen av en del av denna till företag, alltså användningen av avgiften. Den tredje frågan ter sig i detta sammanhang som en preliminärfråga till den femte frågan. Det synes därför vara erforderligt att behandla den tredje frågan i sak, om så bara för att klargöra om det ankommer på gemenskapsrätten att besvara frågan huruvida den omtvistade överföringens eventuella ogiltighet enligt artikel 88.3 EG även omfattar uttagandet av avgiften. [93]

128. Den tredje frågan kan därför tas upp till sakprövning.

2. Den tredje och den femte frågan

129. Med den första delen av den tredje frågan vill Corte Suprema di Cassazione i huvudsak få klarhet i huruvida överföringen av en del av hamnavgiften till AMM utgör statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG.

a) Kriterierna för begreppet statligt stöd

130. En åtgärd omfattas av förbudet i artikel 87.1 EG när

88 — Se ovan punkt 28 och följande punkter och den rättspraxis som redovisas i fotnot 14.

89 — Domen i målet Ferring (ovan fotnot 86).

90 — Generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande av den 30 april 2002 i mål C-126/01, GEMO, dom av den 20 november 2003, (REG 2003, s. I-13769, s. I-13772).

91 — Punkterna 20–24 i förslaget till avgörande inför den ovan i fotnot 86 angivna domen Ferring.

92 — Se särskilt punkterna 35–48 i det i fotnot 90 angivna förslaget till avgörande.

93 — Se nedan punkt 177 f.

— den ger vissa företag eller viss produktion en ensidig förmån,

— denna förmån direkt eller indirekt ges med statliga medel,

— förmånen snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen, och

— åtgärden kan påverka handeln mellan medlemsstaterna.

131. I detta fall är det uppenbarligen ostridigt att AMM är *företag* i den mening som avses i konkurrensrätten. [94]

132. Tilldelningen av en andel av intäkterna kommer inte heller alla hamnföretag i Italien till godo utan endast de i sex italienska hamnar inrättade AMM, varför åtgärden kännetecknas av en viss *selektivitet*. [95]

133. Tilldelningen innebär också en *överföring av statliga medel*, eftersom den sker direkt från intäkterna av den hamnavgift som den statliga finansförvaltningen har uppburit. Det är sålunda fråga om en positiv åtgärd av staten, vilket också skiljer förevarande mål från målet PreussenElektra. [96]

134. Såvitt avser frågan om *snedvridning av konkurrensen* och *påverkan på handeln mellan medlemsstaterna* kan det konstateras att "[o]m en förmån som en medlemsstat har beviljat stärker en företagskategoris ställning vad gäller handeln inom gemenskapen i jämförelse med andra konkurrerande företag, skall denna handel påverkas genom denna förmån". [97]

135. I förevarande fall torde den omtvistade åtgärden beröra den internationella handeln med varor, eftersom den gäller hamntjänster. Det kan sålunda förutsättas att varor från andra medlemsstater lossas och lastas i de berörda hamnarna, varför det, med förbehåll för vad den nationella domstolens prövning kan komma att leda till, ligger nära till hands att anta att handeln inom gemenskapen påverkas.

94 — Se beträffande detta ovan punkt 35 f.

95 — Beträffande villkoren för selektivitet, se särskilt dom av den 8 november 2001 i mål C-143/99, Adria-Wien Pipeline m.fl. (REG 2001, s. I-8365), punkt 34 f.

96 — Ovan fotnot 14.

97 — Domen i målet Ferring (ovan fotnot 86), punkt 21, med hänvisning till dom av den 17 september 1980 i målet 730/79, Philip Morris (REG 1980, s. 2671; svensk specialutgåva, volym 5, s. 303), punkt 11.

136. Det kan vidare antas att AMM inom området för lossning och lastning av varor konkurrerar med företag från andra medlemsstater, särskilt sådana som utför egenhantering, varför det också ligger nära till hands att räkna med risk för snedvridning av konkurrensen.

137. Frågan är slutligen framför allt om den omtvistade åtgärden har en *gynnande effekt*. Den italienska regeringen har bestritt att så är fallet och anfört att det är fråga om vederlag för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

b) Statlig kompensation för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse: aktuell diskussion

138. Domstolens senare rättspraxis avseende kompensation med statliga medel för kostnader för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse [98] har föranlett diskussioner i doktrinen [99] och också bland generaladvokaterna [100], inte minst mot bakgrund av att sådana tjänster står i centrum för det politiska intresset. [101]

139. Jag har redan ifrågasatt [102] om den omtvistade bestämmelsen kan rättfärdigas med stöd av artikel 86.2 EG och därför behandlar jag här bara kompletteringsvis denna fråga, för det fall att domstolen skulle anse det lämpligt att först pröva den nationella åtgärden mot bakgrund av reglerna om statligt stöd.

i) Domen i målet Ferring [103] mot bakgrund av tidigare rättspraxis och kommissionens praxis

140. Målet Ferring gällde i huvudsak frågan huruvida en befrielse från avgifter faller inom tillämpningsområdet för reglerna om statligt stöd när den är avsedd att kompensera särskilda kostnader som uppkommer på grund av uppdraget att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

98 — Se särskilt domen i målet Ferring (ovan fotnot 86) men också domen i målet Adria-Wien Pipeline (ovan fotnot 95).

99 — Se särskilt Nettesheim, *Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge*, EWS 2002, 253; *Gundel*, Staatliche Ausgleichzahlungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse: Zum Verhältnis zwischen Artikel 86.2 EG und dem EG-Beihilferecht, RIW 2002, 222; *Ruge*, EuZW, 2002, 50.

100 — Se förslag till avgörande av generaladvokaten Léger i mål C-280/00, Altmark Trans, dom av den 24 juli 2003 (REG 2003, s. I-7747, s. I-7751), och av generaladvokaten Jacobs i det vid domstolen anhängiga målet GEMO (ovan fotnot 90).

101 — Se de dokument som generaladvokaten Jacobs har åberopat i fotnot 50 i sitt förslag till avgörande i målet GEMO (ovan fotnot 90). Se också kommissionens meddelande om en metod för horisontell utvärdering av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (KOM (2002) 331 slutlig) och yttrande av den 17 juli 2002 från Europeiska ekonomiska och sociala kommittén om tjänster i allmänhetens intresse, nr 860-2002. I detta sammanhang vill jag också hänvisa till artikel 36 i till Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna som har följande lydelse: "Unionen skall för att främja social och territoriell sammanhållning av unionen erkänna och respektera den tillgång till tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som föreskrivs i nationell lagstiftning och praxis i enlighet med fördraget om upprättande av den Europeiska gemenskapen."

102 — Se ovan punkt 92 f.

103 — Domen i målet Ferring (ovan fotnot 86)

141. Som utgångspunkt har domstolen fastställt att man inte "av den olika behandlingen av de berörda företagen automatiskt kan dra slutsatsen att det föreligger en förmån i den mening som avses i artikel 92.1 i fördraget [nu artikel 87.1 EG]". [104] Därav följer enligt domstolen att det inte föreligger någon sådan förmån "när särbehandlingen är berättigad av anledningar som har samband med systemets inre logik". [105]

142. Den omständigheten att vissa företag var befriade från den i det målet omtvistade avgiften kunde enligt domstolens mening anses som vederlag för de tjänster som företaget tillhandahöll för att uppfylla sina allmänna ekonomiska skyldigheter och utgjorde därför inte något statligt stöd, eftersom de merkostnader som företaget hade för dessa allmänna ekonomiska skyldigheter därigenom täcktes. [106]

143. Den statliga kompensationen för kostnader på grund av allmänna ekonomiska skyldigheter faller alltså inte inom området för statligt stöd när den inte överstiger de kostnader som faktiskt har uppkommit, eftersom det då inte föreligger någon ekonomisk förmån.

144. Bedömningen att kompensation för faktiska kostnader inte utgör statligt stöd är anmärkningsvärd därför att domstolen därmed har gjort avsteg från sin egen rättspraxis [107] och kommissionens praxis, [108] utan att uttala sig om konsekvenserna av avsteget.

145. Den bedömning som domstolen gjorde i domen i målet Ferring skiljer sig dock inte i något större hänseende från den som gjordes i domen i målet ADBHU. [109] I det målet ansåg domstolen nämligen att den i rådets direktiv 75/439/EEG [110] föreskrivna gottgörelse som skulle erläggas enligt principen att den som orsakat kostnader skall betala dessa — i förekommande fall med en avgift som togs ut på varor som efter användningen övergår till spilloljor eller på spilloljor och inte översteg de årliga kostnaderna — inte utgjorde stöd utan vederlag för de tjänster som tillhandahölls av de företag som hämtade eller omhändertog spilloljorna.

104 — Ibidem, punkt 17.

105 — Jämför den liknande formuleringen i domen i målet Adria-Wien Pipeline (ovan fotnot 95), punkt 42: "En åtgärd som motiveras av det relevanta systemets karaktär och allmänna systematik, uppfyller, enligt domstolens rättspraxis, inte kravet på att vara selektiv, även om åtgärden utgör en fördel för den som kommer i åtnjutande av den."

106 — Domen i målet Ferring (ovan fotnot 86), punkt 27.

107 — Se den rättspraxis som anges i fotnoterna 112 och 113. Såvitt avser rättspraxis före domen i målet Ferring, se Koenig/Kühling/Ritter, *EG-Beihilfenrecht*, s. 33.

108 — Se beträffande denna praxis: Chérot, J-Y., *Financement des obligations de services publics et aides d'État*, Europe 2000, s. 4. Ett exempel på kommissionens praxis avseende rättfärdigande av en beviljad förmån finns i beslut 1999/133/EG av den 10 juni 1998 i ärendet CELF (EGT L 44, s. 37). Kommissionen prövade i beslutet den i det ärendet omtvistade kompensationen inom ramen för ett franskt system för att underlätta bokexport med tillämpning av artikel 87.1 EG och 87.3 d EG. Eftersom den fann sistnämnda bestämmelse tillämplig skedde ingen prövning enligt artikel 86.2 EG.

109 — Dom av den 7 februari 1985 i mål 240/83, ADBHU (REG 1985, s. 531), punkt 18.

110 — Direktiv av den 16 juni 1975 om omhändertagande av spilloljor (EGT L 194, s. 23, 1975; svensk specialutgåva, område 15, volym 1, s. 229).

146. Denna ståndpunkt förkastades i en dom av förstainstansrätten, [111] som särskilt framhöll att begreppet statligt stöd måste uppfattas objektivt — det vill säga utan hänsyn till syftet med medelstilldelningen — varför frågan huruvida den beviljade förmånen utgör kompensation för kostnader skall behandlas enligt reglerna om rättfärdigandegrunder. Domstolen bekräftade detta, [112] dock utan att diskutera frågan om det begreppsmässigt över huvud taget var fråga om statligt stöd.

147. I domen i målet Banco Exterior de España [113] har domstolen däremot slagit fast att en avgiftsbefrielse som beviljats av de offentliga bankerna i Spanien skulle kvalificeras som statligt stöd men att artikel 86.2 EG inte kunde tillämpas, eftersom kommissionen inte hade förklarat att stödet var oförenligt med den gemensamma marknaden.

ii) Kritik av domen i målet Ferring

148. I sitt förslag till avgörande i målet Altmark Trans [114] har generaladvokaten Léger föreslagit att domstolen skall frångå den princip om att kompensation för faktiska kostnader inte utgör statligt stöd som lagts till grund för bedömningen i domen i målet Ferring (kompensationsprincipen).

149. Generaladvokaten Léger har i huvudsak åberopat tre argument, nämligen att

— begreppet statligt stöd är ett objektivt begrepp,

— kompensationsprincipen kan urholka artikel 86.2 EG, eftersom denna inte längre skulle kunna tillämpas när kompensationen för kostnaderna inte överstiger de allmänna ekonomiska skyldigheterna (artikeln skulle inte heller få någon betydelse i andra fall, eftersom en överkompensation som då skulle antas utgöra ett statligt stöd inte skulle vara nödvändig i den mening som avses i bestämmelsen),

— kompensationsprincipen minskar kommissionens roll vid prövningen av åtgärder som vidtas för att finansiera offentliga tjänster.

111 — Dom av den 27 februari 1997 i mål T-106/95, FFSA m.fl. mot kommissionen (REG 1997, s. II-229). Förstainstansrätten vidhöll denna inställning i dom av den 10 maj 2000 i mål T-46/97, SIC (REG 2000, s. II-2125).

112 — Beslut av den 25 mars 1998 i mål C-174/97 P, FFSA m.fl. mot kommissionen (REG 1998, s. I-1303).

113 — Dom av den 15 mars 1994 i mål C-387/92, Banco Exterior de España (REG 1994, s. I-877). Se också uttryckligen i dom av den 22 juni 2000 i mål C-332/98, CELF (REG 2000, s. I-4833), punkt 31 f.

114 — Ovan fotnot 100.

150. I sitt förslag till avgörande i målet GEMO [115] har generaladvokaten Jacobs slutligen diskuterat både domen i målet Ferring och generaladvokaten Légers argument.

151. Han har kommit till slutsatsen att varken kompensationsprincipen eller rättfärdigandeprincipen, generellt erbjuder någon idealisk lösning. [116]

152. Generaladvokaten Jacobs har sammanfattningsvis förordat en åtskillnad enligt 1) arten av samband mellan det beviljade stödet och de allmännyttiga skyldigheter som har ålagts vederbörande och 2) den grad av klarhet med vilken dessa skyldigheter har definierats. [117] Han har därför föreslagit att kompensationsprincipen skall användas i alla de fall "i vilka stödåtgärderna entydigt utgör ett vederlag för klart definierade allmännyttiga skyldigheter". [118] Övriga fall bör enligt hans mening fortfarande vara underkastade kommissionens kontroll enligt reglerna om statligt stöd.

iii) Bedömning och slutsatser med avseende på målet vid den nationella domstolen

153. Om man utgår från att det vid bedömningen av frågan huruvida en statlig åtgärd utgör ett stöd måste avgöras "om det mottagande företaget får ekonomiska fördelar som det inte skulle ha erhållit enligt normala marknadsvillkor", [119] måste det alltså undersökas om det gynnade företaget har tillhandahållit en tjänst som normalt endast kan förväntas bli utförd mot ersättning och om den beviljade förmånen står i rimlig relation till tjänsten.

154. Den kompensationsprincip som tillämpats i domen i målet Ferring kan alltså endast väljas om tjänst och vederlag entydigt kan identifieras. När det gäller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse skall emellertid anmärkas att det är svårt att hitta ett kriterium för att bedöma om kompensationen är rimlig, eftersom sådana tjänster regelmässigt tillhandahålls på platser "där man inte kan räkna med att de marknadsekonomiska krafterna skall tillhandahålla tjänsterna på ett tillfredsställande sätt". [120]

155. Det är däremot omöjligt att tillämpa kompensationsprincipen när de allmännyttiga skyldigheterna inte har konkretiserats entydigt. Då kan man nämligen inte tillräckligt noga utreda de kostnader som skyldigheterna kommer att medföra. I sådana situationer föreligger inte ett sådant direkt och uppenbart samband mellan en statlig finansiering och klart definierade skyldigheter som generaladvokaten Jacobs har föreslagit.

115 — Förslag till avgörande i målet GEMO (ovan fotnot 90).
116 — Ibidem, punkt 117.
117 — Ibidem, punkt 117.
118 — Ibidem, punkt 119.
119 — Se särskilt dom av den 11 juli 1996 i mål C-39/94, SFEI m.fl. (REG 1996, s. I-3547), punkt 60.
120 — Se exempelvis kommissionens meddelande av den 20 september 2000, Tjänster i allmänhetens intresse i Europa, KOM (2001) 580 slutlig, s. 3.

156. När det gäller målet vid den nationella domstolen har jag redan förklarat att de allmännyttiga skyldigheter som har ålagts AMM enligt min mening inte är tillräckligt klart konkretiserade. [121] Redan av detta skäl anser jag det därför omöjligt att redan på grundval av de faktiska omständigheterna utesluta att det föreligger en ekonomisk fördel. Det är dessutom uppenbart att kostnaderna för de här aktuella tjänsterna av allmänt ekonomiskt intresse finansieras genom flera källor, utan att bidragen klart öronmärkts. [122]

157. Det kan inte bestridas att sådana kriterier som kravet att det skall finnas ett direkt eller uppenbart samband mellan de påtvungna kostnaderna och kompensationen för dessa behöver uppfyllas. Med hänsyn till att kommissionen under senare tid har understrukit att tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har en evolutionär karaktär [123] erbjuder detta krav likväl ett flexibelt bedömingskriterium. I detta sammanhang skall anmärkas att kravet på ett direkt eller uppenbart samband mellan de påtvungna kostnaderna och den kompensation som ges för dessa principiellt inte utesluter att uppgiften att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse kan anförtros åt någon även utanför tilldelningsförfarandet. Detta är glädjande, eftersom en allmän skyldighet att tillämpa ett anbudsförfarande är främmande för gemenskapsrätten och det inte kan uteslutas att andra former för att anförtro någon särskilda uppgifter på annan grund — till exempel på grund av *de facto* existerande förhandlingsmöjligheter — garanterar en rimlig ersättning för tjänster som tillhandahålls staten.

158. Såvitt avser argumentet att kompensationsprincipen inte går att förena med att statligt stöd är ett objektivt begrepp har jag följande uppfattning. Om man redan med hjälp av kriteriet att en förmån har beviljats tar ställning till frågan huruvida tilldelningen av statliga medel endast kompenserar en olägenhet eller går därutöver, anknyter man bara till effekterna av överföringen. Syftet med denna prövas endast i den mån det är nödvändigt för att avgöra om tjänsterna är av allmänt ekonomiskt intresse. [124]

159. Den omständigheten att betydelsen av artikel 86.2 EG eventuellt minskar bör enligt min mening inte leda till någon annan bedömning. Även om detta skulle bli fallet i förhållande till artikel 87.1 EG kvarstår betydelsen av artikel 86.2 EG vid tillämpningen av övriga konkurrensregler och inom området för de grundläggande friheterna. Det skulle på sin höjd vara beklagligt att det skulle saknas parallellitet mellan reglerna om statligt stöd och konkurrensreglerna i övrigt såvitt avser tillämpningen av artikel 86.2 EG. Denna synpunkt får dock inte vara avgörande. I andra avseenden saknas nämligen redan en sådan parallellitet. Sålunda är exempelvis det krav som inom ramen för artikel 86.2. EG ställs på att en konkurrensbegränsande åtgärd måste vara nödvändig lägre än det krav som inom ramen för prövningen enligt reglerna om statligt stöd ställs på att en

121 — Se ovan punkt 106 med hänvisning till punkt 101.

122 — Se ovan punkt 108.

123 — Se punkt 3.1 a i det ovan i fotnot 101 nämnda meddelandet.

124 — I detta sammanhang måste dock beaktas att domstolens kontroll är begränsad, eftersom medlemsstaterna har ett avsevärt utrymme för att göra en skönsmässig bedömning när de delar ut uppdrag att tillhandahålla tjänster.

kompensation för kostnader skall vara nödvändig. [125]

160. Slutligen skall jag behandla kommissionens roll. Kommissionens kontrollbefogenhet — som i vilket fall som helst är begränsad såvitt avser frågan huruvida uppdraget att tillhandahålla tjänster är legitimt — kan utlösa de följder som anges i artikel 88.3 EG, särskilt förbudet att genomföra åtgärden. Just detta förbud synes dock vara föga ändamålsenligt med avseende på tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Det är också just med avseende på detta som rättfärdigandeprincipen har ifrågasatts. [126] Om en kompensation faktiskt skulle innebära överkompensation står det alltid kommissionen fritt att inleda ett förfarande om fördragsbrott mot den berörda medlemsstaten.

161. Mot bakgrund av det sagda kan det konstateras att överföringen av en betydande andel av intäkterna från en hamnavgift till ett offentligt företag utgör ett statligt stöd i den mening som avses i artikel 87 EG, om överföringen inte har ett uppenbart och direkt samband med kostnader som uppkommer i samband med tillhandahållandet av tjänster som entydigt är av allmänt ekonomiskt intresse.

125 — Se särskilt domen avseende ensamrätt för export och import av gas och elektricitet (ovan fotnot 62), punkt 59: För att fördragets regler inte skall vara tillämpliga är det således tillräckligt att tillämpningen av dessa regler rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda skyldigheter som åvilar detta företag fullgörs. Det är inte nödvändigt att företagets överlevnad hotas.

126 — Se generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande i målet Ferring (ovan fotnot 86), punkt 77 f.

c) De nationella domstolarnas uppgift enligt artikel 88.3 EG

162. Med den andra delen av den tredje frågan vill den nationella domstolen i huvudsak få klarhet i huruvida det är möjligt eller påkallat att nationella domstolar ingriper enligt artikel 88.3 EG när ett statligt stöd inte har anmälts till kommissionen.

163. Att nationella domstolar kan ingripa i systemet för kontroll av statligt stöd följer enligt domstolens rättspraxis av "att det förbud mot att genomföra planerade stödåtgärder som föreskrivs i artikel 93.3 sista meningen [nu artikel 88.3 tredje meningen EG] har direkt effekt. ... De nationella domstolarna *skall* tillförsäkra enskilda att följderna av ett åsidosättande av den ovannämnda bestämmelsen beaktas fullt ut i enlighet med nationell rätt, såväl vad gäller giltigheten av de rättsakter som har antagits för att genomföra stödåtgärderna, som vad gäller återbetalning av det finansiella stöd som beviljats i strid med denna bestämmelse eller med eventuella interimistiska beslut" [127] (min kursivering).

127 — Domen i målet Adria-Wien Pipeline (ovan fotnot 95), punkt 26 f. med hänvisning till dom av den 21 november 1991 i mål C-354/90, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires, FNCE, m.fl. (REG 1991, s. I-5505, svensk specialutgåva volym 11, s. 463), punkt 12.

164. De nationella domstolarna har denna skyldighet om förbudet i artikel 88.3 tredje meningen EG har överträtts.

165. Corte Suprema di Cassaziones fråga skall alltså besvaras så, att de nationella domstolarna är skyldiga att ingripa om den nationella lagstiftningen innebär att det lämnas ett statligt stöd och detta inte har anmälts till kommissionen.

d) Den femte frågan i vad den hänför sig till statligt stöd

166. Med den femte frågan i vad den hänför sig till statligt stöd vill den nationella domstolen i huvudsak få klarhet i huruvida kvalificeringen som statligt stöd innebär att hela pålagan är ogiltig eller om endast den del av denna som tilldelats AMM skall anses vara otillåten.

167. Avgifter som påförs i ett visst syfte kallas av domstolen skatteliknande (parafiskaliska) avgifter. När det gäller att pröva om sådana avgifter, som kännetecknas av att de redan när de påförs är avsedda att finansiera en viss medelstilldelning, utgör statligt stöd, måste man skilja mellan två saker, nämligen dels framskaffandet av statliga medel genom uttagande av avgiften, dels användningen av denna genom att intäkterna från den tilldelas en gynnad person. På grund av syftet med avgiften föreligger ett samband mellan uttagande och tilldelning. [128]

168. Att det är möjligt att skilja mellan påförandet av avgiften och användningen av intäkterna från denna framgår emellertid klart av den omtvistade nationella lagstiftningen. Sedan år 1963 finns en allmän bestämmelse om påförande av hamnavgift, vilken först år 1973 kompletterades genom införandet av bestämmelsen att en avsevärd del av avgiften skulle användas för ett visst syfte.

169. I domen i målet FNCE [129] behandlade domstolen påförandet av en skatteliknande avgift utan att skilja mellan uttag och användning. I motsats härtill gjorde domstolen i domen i målet Compagnie com-

128 — Domstolen har sålunda i dom av den 25 juni 1970 i mål 47/69, Frankrike mot kommissionen (REG 1970, s. 487; svensk specialutgåva, volym 1, s. 449), punkt 16 f. såvitt avser avgifter med vilka ett stöd skulle finansieras, funnit att " det indirekta stöd som kan följa såväl av dess finansieringsmetod som av det nära sambandet mellan stödets storlek och de intäkter som finansieringsmetoden genererar" var en omständighet som skulle beaktas vid bedömningen av stödets effekt.

129 — Domen i det ovan i fotnot 127 nämnda målet.

merciale de l'Ouest [130] skillnad mellan avgiften i sig och användningen av den, eftersom "en sådan skatteliknande avgift, beroende på hur intäkterna från den används, kan utgöra ett med den gemensamma marknaden oförenligt statligt stöd".

170. Denna skillnad har bekräftats i en rad domar avseende skatteliknande avgifter och har också tillämpats analogt på andra avgifter, varvid domstolen har kvalificerat dels intäkterna av avgiften [131], dels uttagandet av avgiften [132] som statligt stöd.

171. Av rättspraxis framgår inte entydigt om endast användningen av avgiften eller om också själva uttagandet av densamma skall kvalificeras som statligt stöd. Generaladvokaten Tesauro har utförligt behandlat denna fråga i målen Lornoy, Demoor m.fl. och Claeys och där kvalificerat även uttagandet av avgiften som statligt stöd med den konsekvensen att de avgiftsskyldiga kan överklaga uttaget av avgiften hos de nationella domstolarna eller begära återbetalning om villkoren i artikel 88.3 tredje meningen EG är uppfyllda. Han övervägde emellertid också en mera restriktiv tolkning, enligt vilken den omständigheten att ett stöd strider mot gemenskapsrätten endast skulle få till följd att stödet inte får beviljas men inte skulle inverka på rättsenligheten i uttagandet av avgiften. [133]

172. Att konkurrensen påverkas följer i detta fall av att en andel av intäkterna från hamnavgiften tilldelas vissa företag. Enbart tilldelningen kan alltså begreppsmässigt utgöra stöd. Den femte frågan skall alltså i vad den hänför sig till statligt stöd besvaras så, att kvalificeringen som statligt stöd endast gäller den del av avgiften som har tilldelats AMM.

173. Härifrån skall man skilja frågan i vilken utsträckning överträdelsen av arti-

130 — Dom av den 11 mars 1992 i de förenade målen C-78/90–C-83/90, Compagnie commerciale de l'Ouest m.fl. (REG 1992, s. I-1847), p. 32.

131 — Dom av den 11 juni 1992 i de förenade målen C-149/91 och C-150/91, Sanders (REG 1992, s. I-3899), punkt 24: "Den omtvistade avgiften omfattas visserligen ur vissa synpunkter av antingen artikel 12 i fördraget eller artikel 95 i EG-fördraget men användningen av intäkterna från den eller regler om återbetalning av den kan ändå utgöra ett statligt stöd som eventuellt är oförenligt med den gemensamma marknaden" och "Återbetalning av en skatteliknande avgift som den förevarande eller användningen av intäkterna från den kan utgöra ett statligt stöd som är oförenligt med den gemensamma marknaden". Dom av den 2 augusti 1993 i mål C-266/91, Celbi (REG 1993, s. I-4337): "Användningen av intäkterna från en sådan skatteliknande avgift som den omtvistade kan utgöra ett statligt stöd som är oförenligt med den gemensamma marknaden". Dom av den 16 december 1992 i mål C-17/91, Lornoy m.fl. (REG 1992, s. I-6523), punkt 28: "Den omtvistade skatteliknande avgiften är visserligen inte förbjuden enligt vare sig artiklarna 12, 13 eller 95 i fördraget, men användningen av intäkterna från avgiften kan utgöra ett stöd som är oförenligt med den gemensamma marknaden" och "En sådan skatteliknande avgift kan, beroende på hur den används, utgöra ett stöd som är oförenligt med den gemensamma marknaden."

132 — Dom av den 27 oktober 1993 i mål C-72/92, Scharbatke (REG 1993, s. I-5509): "En sådan skatteliknande avgift kan, beroende på hur den används, utgöra ett stöd som är oförenligt med den gemensamma marknaden."

133 — Förslag till avgörande av den 25 juni 1992 i målet Lornoy m.fl. (ovan fotnot 131), dom av den 16 december 1992 i de förenade målen C-144/91 och C-145/91, Demoor m.fl. (REG 1992, s. I-6613), och av den 16 december 1992 i mål C-114/91, Claeys (REG 1992, s. I-6559).

kel 88.3 EG påverkar rättsenligheten i uttagandet av avgiften. Av domslutet i målet FNCE [134] kan utläsas att medlemsstaternas myndigheter enligt artikel 88.3 tredje meningen EG har ålagts en skyldighet som, om den åsidosätts, medför att den rättsakt varigenom stödåtgärden skall genomföras blir ogiltig. I domskälen har domstolen slagit fast följande. "De nationella domstolarna skall för de enskilda som kan åberopa ett sådant åsidosättande säkerställa att alla slutsatser härav kommer att dras i enlighet med nationell rätt både vad gäller giltigheten av de rättsakter som utfärdats för genomförandet av stödåtgärderna och vad gäller återkrävande av sådant finansiellt stöd som beviljats i strid med denna bestämmelse eller med eventuella interimistiska åtgärder." [135]

174. Av det sagda följer enligt min uppfattning att frågan vilka nationella åtgärder som berörs av ogiltigheten avgörs enbart enligt nationell rätt, med sedvanligt förbehåll för principerna om likvärdighet och effektivitet. [136]

134 — Domen i det ovan i fotnot 127 nämnda målet.

135 — Ibidem, punkt 12.

136 — Detta anser även generaladvokaten Jacobs i sitt förslag till avgörande i målet GEMO (ovan fotnot 90), punkt 44: "Enligt principen om kompetensfördelning ankommer det alltså på den nationella rättsordningen att noga undersöka vilka nationella åtgärder som berörs av ogiltigheten och vilka följder denna får till exempel såvitt avser återbetalning av de avgifter som har tagits ut på grund av ifrågavarande åtgärder. Avsteg från denna kompetensfördelning kan endast ske på grund av likvärdighets- och effektivitetsprinciperna."

VI — Den fjärde frågan: Tilldelningen mot bakgrund av den fria rörligheten för varor, som en avgift med motsvarande verkan som en tull eller som en diskriminerande intern avgift (artiklarna 28 EG, 25 EG och 90 EG)

A — *Parternas argument*

175. *Enirisorse* har gjort gällande att den omtvistade lagstiftningen strider mot artiklarna 28 EG, 25 EG och 90 EG. Detta påverkar enligt Enirisorse hela lagstiftningen om avgiften.

176. *Kommissionen* anser att artikel 28 EG inte kan tillämpas i detta fall, eftersom det är fråga om en åtgärd av skattenatur. Enligt kommissionen är det inte heller en avgift som motsvarar en tull i den mening som avses i artikel 25 EG. Åtgärden skall som en intern avgift prövas enligt artikel 90 EG. Den gäller utan åtskillnad både inhemska och importerade varor, varför den enligt kommissionen inte kan anses vara en diskriminerande intern avgift.

177. Den *italienska regeringen* anser att den omtvistade lagstiftningen inte strider mot bestämmelserna om fri rörlighet för varor, att avgiften inte har motsvarande verkan som en importtull och inte heller är en mot artikel 90 EG stridande intern avgift.

B — *Bedömning*

178. Med den fjärde frågan vill den nationella domstolen i huvudsak få klarhet i huruvida den omtvistade lagstiftningen är förenlig med bestämmelserna i fördraget om fri rörlighet för varor, med förbudet mot avgifter med motsvarande verkan som en tull och med principen om likabehandling vad beträffar interna avgifter.

179. I den fjärde frågan nämns visserligen "den omedelbara överföringen av en betydande andel av intäkterna från hamnavgiften" men inte själva uttagandet av avgiften. För att frågan skall kunna få ett ändamålsenligt svar måste den dock uppfattas så att domstolen skall undersöka om bestämmelserna om uttagande av avgiften är förenliga med de angivna fördragsreglerna.

1. Den fria rörligheten för varor

180. Domstolen har i fast rättspraxis fastställt att "tillämpningsområdet för artikel 30 i fördraget [nu artikel 28 EG i ändrad lydelse] inte omfattar sådana begränsningar för vilka särskilda bestämmelser i fördraget gäller och att det förbud som föreskrivs i artikel 30 i fördraget [nu artikel 28 EG i ändrad lydelse] inte omfattar de skatteliknande avgifter och avgifter med motsvarande verkan som en tull som anges i artiklarna 9–16 och 95 i fördraget [nu artiklarna 23 EG–25 EG och 90 EG i ändrad lydelse]". [137]

181. Den omtvistade bestämmelsen om påförande av hamnavgifter skall därför bedömas enligt artiklarna 25 EG och 90 EG.

2. Avgift med motsvarande verkan som en tull

182. Inledningsvis vill jag erinra om att "enligt fast rättspraxis ... är bestämmelserna om avgifter med motsvarande verkan och bestämmelserna om diskriminerande interna skatter eller avgifter inte tillämpliga kumulativt, vilket innebär att en och samma skatt eller avgift enligt fördragets system inte samtidigt kan tillhöra dessa båda kategorier". [138] Domstolen har vidare fastslagit att "[d]et väsentliga kännetecknet

137 — Dom av den 16 december 1992 i mål Lornoy m.fl. (ovan fotnot 131), punkt 14, med hänvisning till dom av den 22 mars 1977 i mål 74/76, Ianelli (REG 1977, s. 557; svensk specialutgåva, volym 3, s. 315), och av den 11 mars 1992 i de förenade målen Compagnie commerciale de l'Ouest m.fl. (ovan fotnot 130) (REG 1992, s. I-1847).

138 — Dom av den 17 juli 1997 i mål C-90/94, Haahr Petroleum (REG 1997, s. I-4085), punkt 19, med hänvisning till domen i målet Celbi (ovan fotnot 131), punkt 9.

hos en avgift med motsvarande verkan som en tull, och som skiljer den från en intern skatt eller avgift, är att den förra uteslutande läggs på en importerad vara som sådan, medan den andra läggs på såväl importerade som inhemska varor och systematiskt påförs varugrupper enligt objektiva kriterier, som tillämpas oberoende av varornas ursprung". [139]

183. Av den nationella domstolens beslut att begära förhandsavgörande kan utläsas att den omtvistade hamnavgiften utan åtskillnad påförs både inhemska och utländska varor och att skyldigheten att erlägga den följaktligen gäller oberoende av varornas ursprung i andra (medlems)stater. Denna bedömning ändras inte av att avgiften enligt den nationella domstolen i nationell rättspraxis har jämställts med en tull ("diritto doganale"). Avgiften har följaktligen inte motsvarande verkan som en tull.

3. Intern avgift

184. Enligt artikel 90 EG får ingen medlemsstat, direkt eller indirekt, på varor från andra medlemsstater lägga interna skatter eller avgifter, av vilket slag de än är, som är högre än de skatter eller avgifter som direkt eller indirekt läggs på liknande inhemska varor eller som är av sådan art att de indirekt skyddar andra inhemska varor. Det är "följaktligen obestridligt att tillämpning av en avgift med ett högre belopp på importerade varor än på inhemska varor eller tillämpning enbart på importerade varor av ett tillägg som läggs på den avgift som är tillämplig på inhemska och importerade varor strider mot det diskrimineringsförbud som föreskrivs i artikel 95 [nu artikel 90 EG]". [140]

185. Den nationella domstolens beslut att begära förhandsavgörande innehåller ingen uppgift som tyder på att den omtvistade lagstiftningen strider mot nämnda diskrimineringsförbud.

186. Den fjärde frågan skall därför besvaras så, att den statliga avgift som tas ut på lossning och lastning av varor i hamnar inte utgör en enligt artikel 25 EG förbjuden avgift som motsvarar en importtull, inte är en intern avgift på varor från andra medlemsstater som är högre än den som läggs på inhemska varor i den mening som avses i artikel 90 EG och inte utgör ett enligt artikel 28 EG förbjudet importhinder.

139 — Dom av den 19 februari 1998 i mål C-212/96, Chevassus-Marche (REG 1998, s. I-743), punkt 20, med hänvisning till dom av den 3 februari 1981 i mål 90/79, kommissionen mot Frankrike (REG 1981, s. 283), punkterna 12–14.

140 — Domen i målet Haahr Petroleum (ovan fotnot 138), punkt 27.

VII — Förslag till avgörande

187. På grund av det anförda föreslår jag att domstolen skall besvara de av Corte Suprema di Cassazione framställda tolkningsfrågorna på följande sätt:

Överföringen till ett offentligt företag — som bedriver verksamhet på marknaden för lossning och lastning av varor i vissa hamnar — av en betydande andel av intäkterna från en hamnavgift på lossning och lastning av varor som skall erläggas till staten av näringsidkare

1. kan utgöra en enligt artikel 82 EG i förening med artikel 86.1. EG otillåten åtgärd om det gynnade företaget har en dominerande ställning på den marknad som den nationella domstolen finner vara relevant och denna utgör en väsentlig del av den gemensamma marknaden. Det ankommer på den nationella domstolen att mot bakgrund av omständigheterna pröva om dessa villkor är uppfyllda. Skulle den nationella domstolen finna att det föreligger missbruk av en dominerande ställning på marknaden är dock endast den del av intäkterna från avgiften som tilldelas dylika företag oförenlig med gemenskapsrätten,

2. utgör ett statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG beträffande vilket de nationella domstolarna har rätt att ingripa när förutsättningarna i artikel 88.3 EG föreligger. Frågan vilken nationell åtgärd som är ogiltig skall avgöras enligt nationell lagstiftning,

3. utgör inte en enligt artikel 25 EG förbjuden avgift som motsvarar en importtull och inte heller vare sig en intern avgift på varor från andra medlemsstater som är högre än de skatter eller avgifter som läggs på liknande inhemska varor i den mening som avses i artikel 90 EG eller ett enligt artikel 28 EG förbjudet importhinder.