FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT FRANCIS G. JACOBS

föredraget den 26 oktober 2000 [1]

Innehåll

I — Inledning I-2104

II — Den tyska Stromeinspeisungsgesetz i dess olika versioner och kommissionens inställning till denna lag I-2105

1. Systemet för distribution av elektricitet i Tyskland och inköpsförpliktelsen beträffande elektricitet från förnybara energikällor innan Stromeinspeisungsgesetz trädde i kraft 1990 ..... I-2105

2. Stromeinspeisungsgesetz 1990 ..... I-2106

3. Stromeinspeisungsgesetz 1998 ..... I-2109

4. Utvecklingen efter begäran om förhandsavgörande I-2112

III — Målet vid den nationella domstolen och de hänskjutna frågorna I-2113

IV — Förfarandet vid domstolen I-2117

V — Upptagande till sakprövning I-2119

1. Konstruerad tvist I-2119

2. Ofullständigheter och misstag i beskrivningen av den rättsliga och faktiska bakgrunden I-2122

3. Frågornas relevans I-2123

VI — Fråga 1: Skall Stromeinspeisungsgesetz 1998 anses innefatta statligt stöd? I-2127

1. Finansiering med statliga medel som en nödvändig beståndsdel i begreppet statligt stöd enligt domstolen praxis I-2129

2. Bör domstolen ändra sin praxis? I-2134

3. Kan de fördelar som StrEG medför anses vara finansierade av statliga medel? . I-2139

a) Potentiella förluster av skatteintäkter I-2140

b) Omvandling av privata medel till allmänna medel I-2140

c) Minskade inkomster för offentligt ägda företag som en form av statliga medel I-2142

4. Är StrEG 1998 en åtgärd med motsvarande verkan som ett statligt stöd, vilket är förbjudet enligt artikel 5.2 i EG-fördraget? I-2145

1 — Originalspråk: engelska.

VII — Fråga 2: Omfattningen av förbudet mot genomförande i artikel 93.3 i EG-fördraget I-2146

VIII — Fråga 3: Stromeinspeisungsgesetz 1998 som en åtgärd med motsvarande verkan som en kvantitativ importrestriktion I-2147

1. Inledande anmärkningar I-2147

2. Artikel 30 i EG-fördraget I-2148

3. Berättigande I-2150

a) Tryggad strömförsörjning I-2151

b) Miljöskydd I-2152

IX — Förslag till avgörande I-2158

I — Inledning

1. Detta mål, som hänskjutits till förhandsavgörande av Landgericht (en regional domstol, nedan kallad den nationella domstolen) i Kiel, rör en tysk lag som är avsedd att främja användningen av elektricitet från förnybara energikällor. Enligt lagen skall nationella eldistributörer köpa el till fastställda minimipriser från förnybara energikällor inom deras leveransområde, och de företag som tillhandahåller energi, producerad genom konventionella energikällor, på en högre nivå i distributionskedjan (nedan benämnda nätinnehavarna) skall delvis ersätta distributionsföretagen för de merkostnader som denna inköpsskyldighet orsakar.

2. Den nationella domstolen har i allt väsentligt frågat

— om det system som upprättats genom denna lag skall anses vara statligt stöd till förmån för producenter av el från förnybara energikällor, i den mening som avses i artikel 92 i EG-fördraget (nu artikel 87 EG), och i andra hand

— om samma åtgärd skall anses vara en åtgärd med motsvarande verkan till en kvantitativ importrestriktion i den mening som avses i artikel 30 i EG-fördraget (nu artikel 28 EG).

3. Dessa frågor har uppkommit inom ramen för ett förfarande där en nätinnehavare med elektricitet från konventionella energikällor har ifrågasatt lagens förenlighet med gemenskapsrätten, och av den anledningen begärt återbetalning av vad som har betalats till eldistributörer längre ner i distributionskedjan till följd av denna inköpsskyldighet. Käranden äger en majoritet av aktier i svarandebolaget, och båda parter är överens om att ifrågavarande lag

är oförenlig med såväl gemenskapsrätten som med nationell författningsrätt.

4. Huvudfrågorna i detta mål är om målet vid den nationella domstolen är en konstruerad tvist på samma sätt som var fallet i målen Foglia mot Novello [2], huruvida bara åtgärder som finansierats med statliga medel kan utgöra statligt stöd och om en nationell åtgärd som leder till en förmånligare behandling av nationellt producerade varor än importerade kan berättigas med hänvisning till miljöskäl.

II — Den tyska Stromeinspeisungsgesetz i dess olika versioner och kommissionens inställning till denna lag

1. Systemet för distribution av elektricitet i Tyskland och inköpsskyldigheten beträffande elektricitet från förnybara energikällor innan Stromeinspeisungsgesetz trädde i kraft 1990

5. Av de skriftliga handlingar som ingetts till domstolen framgår att tre nivåer kan urskiljas i den tyska elsektorn.

6. På den första nivån producerar ett fåtal större företag huvuddelen av den elektricitet som används i Tyskland i högspänningsnät (320, 220 eller 110 kilovolt). Dessa näts huvudsakliga funktion är att transportera elektricitet över längre sträckor, utbyta elektricitet med angränsande nät och att förse regionala distributörer med ström. Import och export av elektricitet sker också på denna nivå, men i allmänhet sker ingen leverans av elektricitet till den slutliga konsumenten.

7. På den andra nivån driver omkring 60 regionala distributörer nät av medelhög spänning (20, 10 eller 6 kilovolt). I dessa nät tas elektricitet från den första nivån och distribueras över hela landet antingen direkt till huvudsakligen industrier eller via lågspänningsnät till hushåll och andra konsumenter. På denna nivå produceras också viss elektricitet.

8. På den tredje nivån levereras elektricitet genom lokala lågspänningsnät till slutkonsumenterna. Dessa nät drivs antingen av de regionala distributörerna själva eller av lokala distributörer som ofta ägs av lokala myndigheter. Den elproduktion som förekommer på denna nivå är av mycket ringa omfattning.

2 — Dom av den 11 mars 1980 i mål 104/79, Foglia mot Novello I (REG 1980, s. 745; svensk specialutgåva, volym 5, s. 73), och av den 16 december 1981 i mål 244/80, Foglia mot Novello II (REG 1981, s. 3045; svensk specialutgåva, volym 6, s. 243).

9. Inom var och en av dessa nivåer finns endast en uppsättning av den nödvändiga infrastrukturen (till exempel ledningsnät och transformatorer) i varje område.

10. I likhet med andra regeringar har tyska myndigheter i många år främjat produktion och bruk av energi från förnybara energikällor såsom vindkraft, vattenkraft och solenergi, i syfte att öka dess andel av den nationella elproduktionen.

11. Det har ansetts nödvändigt att stödja efterfrågan samtidigt med åtgärder beträffande utbudet såsom stöd till forskning och utveckling. Fram till år 1990 använde tyska myndigheter i detta avseende nationell konkurrensrätt för att förplikta eldistributörer (monopolister i ett visst område) att köpa elektricitet från förnybara energikällor inom deras distributionsområde. Inköpspriset för denna elektricitet bestämdes enligt principen om insparade kostnader (*vermiedene Kosten*). [3] Beroende på om det var den aktuella distributören själv som producerade elektriciteten, berodde således inköpspriset för elektricitet från förnybara energikällor på de kostnader för produktion eller inköp som distributören sparade in.

3 — Denna politik har godkänts av rådet i sin rekommendation 88/611/EEG av den 8 november 1988 om främjande av samarbete mellan allmännyttiga företag och el-producenter (EGT L 335, s. 29).

2. Stromeinspeisungsgesetz 1990

12. Den 7 december 1990 antog Tyskland *Gesetz über die Einspeisung aus erneuerbaren Energien in das öffentliche Netz* [4] (lag om överföring av elektricitet från förnybara energikällor till de publika näten, nedan benämnd Stromeinspeisungsgesetz 1990 eller 1990 års StrEG).

13. Enligt den lagen förpliktades elföretag

— att köpa all elektricitet som producerades genom förnybara energikällor såsom vind- eller vattenkraft och solenergi inom deras distributionsområde (nedan benämnd inköpsskyldigheten), [5]

— att betala för den strömmen enligt ett fastställt minimipris beräknat på genomsnittet i landet av försäljnings-

4 — BGBl. 1990 I, s. 633; 1990 års StrEG trädde i kraft den 1 januari 1991.

5 — 2 § i 1990 års StrEG.

priset för elektricitet;[6] beträffande vindkraft fastställdes priset till 90 procent av det genomsnittliga priset på den ström som såldes till den slutliga konsumenten[7] (nedan kallad minimiprisregeln).

14. Det är ostridigt att inom ramen för Stromeinspeisungsgesetz omfattar termen "offentliga elföretag" såväl offentligt som privat ägda företag.

15. 1990 års StrEG innehöll också en undantagsbestämmelse[8] ("Härteklausel"). Då iakttagande av inköpsskyldigheten skulle leda till orimliga svårigheter ("unbillige Härte") för det berörda elföretaget var en distributör på högre nivå (vanligen ett företag som drev ett högspänningsnät) tvungen att ta över inköpsskyldigheten och iaktta minimiprisregeln. Undantagsregeln har dock aldrig tillämpats i praktiken, vilket möjligen kan bero på dess vaga formulering.

16. Tyskland underrättade enligt artikel 93.3 i EG-fördraget (nu artikel 88.3 EG) i en skrivelse av den 14 augusti 1990 kommissionen om 1990 års StrEG, vilket således var innan den genomfördes.

17. I en skrivelse av den 19 december 1990 informerade kommissionen Tyskland om dess beslut att inte framställa några invändningar mot lagen. Enligt dess bedömning med tillämpning av artikel 92 i EG-fördraget varierade graden av stöd mellan 28 procent och 48 procent beroende på vilken förnybar energikälla som avsågs, och lagen skulle leda till 48 miljoner DEM högre vinst för de 4 000 privata företag som producerade elektricitet från förnybara energikällor. Den föreslagna lagen överensstämde emellertid med gemenskapens energipolitiska målsättningar. Dessutom var andelen ström från förnybara energikällor låg. Kommissionen skulle granska lagen på nytt två år efter att den trätt i kraft. Ändringar eller förlängning av giltighetstiden skulle anmälas i förväg.

18. 1990 års StrEG ändrades för första gången genom en lag av den 19 juli 1994.[9] Bland de mindre ändringarna var en höjning av minimipriset för elektricitet från vattenkraft och flera andra källor från 75 procent till 80 procent av det genomsnitt-

6 — 2 och 3 §§ i 1990 års StrEG.
7 — 3 §, andra stycket, i 1998 års StrEG.
8 — 4 § i 1990 års StrEG.
9 — BGBl. 1994 I, s. 1618.

liga priset per kilowattimme. Minimipriset för vindkraft var oförändrat 90 procent.

19. I en skrivelse av den 25 oktober 1996 till den tyska regeringen anförde kommissionen att den inte ansåg att den fortsatta giltigheten av Stromeinspeisungsgesetz var förenlig med gemenskapens regler om statligt stöd. Dess främsta invändning gällde beräkningen av minimipris för elektricitet från vindkraft.

20. Kommissionen anförde att antalet vindkraftverk hade ökat från 500 år 1991 till nästan 4 000 år 1995, och att deras produktion ökat från 20 megawatt (MW) år 1990 till 1 100 MW år 1995. Den tekniska utvecklingen hade dessutom lett till att det blivit mycket mindre kostsamt att producera vindenergi. Enligt uppgifter från tyska elleverantörer översteg det obligatoriska inköpspriset enligt 1990 års StrEG på omkring 0,17 DEM per kilowatttimme de insparade kostnaderna med 0,085 DEM. Denna skillnad skulle år 2005 medföra extra kostnader för el-distributörerna med 900 miljoner DEM. Om minimipriset förblev oförändrat skulle det därför finnas en risk för överkompensering med negativa konsekvenser för konkurrensen och handeln med elektricitet mellan medlemsstaterna. Att bara ändra undantagsregeln, såsom det tyska parlamentet föreslagit,[10] skulle inte undanröja den konkurrensbegränsning som lagen orsakade, eftersom den bara skulle omfördela extrakostnader.

21. Kommissionen föreslog därför en rad alternativa ändringar, vilka skulle göra lagen förenlig med reglerna för statligt stöd. Den tyska lagstiftaren kunde minska minimipriset för inköp av vindkraft till 75 procent av det genomsnittliga inköpspriset; den kunde minska stödmekanismens omfattning i tid eller i enlighet med elproduktionen; eller den kunde införa en regel enligt vilken inköpspriset skulle beräknas med utgångspunkt i insparade kostnader.

22. Kommissionen avslutade med att ange att om den tyska lagstiftaren inte ändrade lagen skulle kommissionen se sig tvingad att föreslå lämpliga åtgärder i den mening som avses i artikel 93.1 i EG-fördraget, för att lagen skall bringas i överensstämmelse med gemenskapens statsstödsregler.

10 — Angående den kompensationsmekanism som antogs, se punkt 32 nedan.

3. Stromeinspeisungsgesetz 1998

23. Den 24 april 1998 antog Tyskland *Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts* (lag om reformer i elindustrin)[11] för att genomföra rådets direktiv 96/92/EG av den 27 september 1996 om utvärdering och säkerställande av luftkvaliteten (nedan kallat eldirektivet).[12]

24. Denna lag innehöll — bland andra viktigare förändringar i lagstiftningen — i 3.2 § de ändringar i Stromeinspeisungsgesetz 1990 som är föremål för prövning i detta mål. De relevanta reglerna i Stromeinspeisungsgesetz i sin nya lydelse (nedan Stromeinspeisungsgesetz 1998 eller 1998 års StrEG) kan sammanfattas på följande vis.

25. I 1 § i 1998 års StrEG stadgas under rubriken "tillämpningsområde" att i Stromeinspeisungsgesetz regleras inköp och inköpspris av elektricitet som producerats med vissa specificerade förnybara energikällor (till exempel vatten- och vindkraft samt sol- och bioenergi). En första nyhet i jämförelse med 1990 års StrEG är att 1998 års StrEG är tillämplig beträffande alla former av biomassa och inte bara biomassa från jord- och skogsbruk. Ny är också bestämmelsen enligt vilken lagen bara är tillämplig på elektricitet som producerats i Tyskland.

26. I 2 § återfinns under rubriken "inköpsskyldighet" tre olika bestämmelser.

27. I den första meningen av 2 § fastslås den centrala regeln, nämligen skyldigheten att köpa el till ett fastställt minimipris.

De elförsörjningsföretag som använder ett allmänt försörjningsnät skall köpa den el från förnybara energikällor som produceras inom deras försörjningsområde och de skall för denna el betala ett visst pris i enlighet med 3 §.

28. I den andra meningen i 2 § fastslås en ny regel för så kallade offshoreanläggningar ("off-shore Anlagen"). Elektricitet som producerats vid en anläggning belägen utanför ett elföretags distributionsområde skall köpas av den distributör eller operatör

11 — BGBl. 1998 I, s. 730.
12 — EGT L 27, s. 20.

som verkar närmast produktionsanläggningen i fråga.

29. Enligt den lika nya tredje meningen i 2 § får extrakostnader som uppkommer på grund av inköpsskyldigheten enligt 2 § och av den nya kompensationsmekanismen i 4 § (se punkt 32 nedan) i bokföringen hänföras till distributionen eller överföringen som berörda elföretag utför, och tas i beaktande vid beräkningen av priset för överföring av elektricitet i de berörda företagens nät.

30. I 3 § i 1998 års StrEG återfinns oförändrade regler för beräkningen av minimipriset för elektricitet från förnybara energikällor. Såsom redan angivits har minimipriset per kilowattimme för elektricitet från vindkraft fastställts till 90 procent av det genomsnittliga försäljningspriset per kilowattimme vid försäljning till den slutliga kunden.

31. 4 § har (liksom tidigare) rubriken "undantagsbestämmelse".

32. I 4.1 § har en ny kompensationsmekanism införts, och den spelar en avgörande roll i målet vid den nationella domstolen. När den ström som köps enligt 3 § i 1998 års StrEG uppgår till mer än 5 procent av den totala mängden elektricitet som överförs genom företaget i fråga måste den primära nätinnehavaren ersätta företaget för de merkostnader som orsakats av det obligatoriska inköpet av den mängd elektricitet som överstiger dessa 5 procent (det så kallade första 5 procent-taket, "erster 5 procent Deckel"). I motsats till 1990 års StrEG kan en producent av energi från förnybara energikällor fortsätta leverera ström till distributörer inom dennes område också när "undantagsbestämmelsen" är tillämplig. Dessa distributörer har dock rätt att begära att den primära nätinnehavaren ersätter merkostnaden för att köpa mer än 5 procent av den överförda elektriciteten från förnybara energikällor.

33. Det följer av den första och andra meningen i 4.1 § att en liknande regel är tillämplig till förmån för den primära nätinnehavaren (det så kallade andra 5 procent-taket, "zweiter 5% Deckel"). Om mängden elektricitet som den primära nätinnehavaren varit tvungen att betala kompensationsersättning för uppgår till mer än 5 procent av den totala mängden elektricitet som denne överfört, har han rätt att själv begära ersättning från en distributör på en högre nivå i distributionskedjan. Om ingen sådan finns (vilket torde vara det vanliga) är inte inköpsskyldigheten tillämplig på elektricitet som producerats i anläggningar som inte varit färdigställda innan

utgången av det år under vilket det andra 5 procent-taket nåddes.

34. Det framgår av de dokument som ingetts till domstolen att innan 1998 års StrEG hade antagits, hade kommissionen begärt att de tyska myndigheterna skulle tillhandahålla information om den rättsliga och politiska bakgrunden till ändringarna i Stromeinspeisungsgesetz.

35. I en skrivelse av den 13 mars 1998 hade dessutom käranden i målet vid den nationella domstolen, PreussenElektra Aktiengesellschaft (nedan benämnd PreussenElektra) begärt att kommissionen skulle anmoda Tyskland att anmäla den planerade lagen enligt artikel 93.3 i EG-fördraget.

36. I en skrivelse till PreussenElektra av den 21 april 1998 angav kommissionen dock att den ansåg det tveksamt huruvida Tyskland var skyldig att anmäla de planerade ändringarna i Stromeinspeisungsgesetz. Kommissionen återgav utan kommentarer den tyska regeringens argument om att de planerade ändringarna antingen omfattades av den ursprungliga anmälan från 1990 (beträffande de nya reglerna om bioenergi och offshoreanläggningar) eller inte relevanta från statsstödssynpunkt (beträffande den nya kompensationsmekanismen i 4.1 § i 1998 års StrEG). Enligt kommissionen var det upp till de tyska myndigheterna att besluta huruvida anmälan skulle ske. De företag som berördes av 1998 års StrEG kunde ta tillvara sina intressen "på andra lämpliga sätt".

37. Beträffande minimipriset för elektricitet från vindkraft angav kommissionen att den alltjämt undersökte de oförändrade reglerna enligt förfarandet för befintliga stödordningar, och att den fortfarande inte uteslöt möjligheten att i detta avseende föreslå den tyska regeringen lämpliga åtgärder.

38. I en skrivelse till den tyska regeringen av den 29 juli 1998, således efter att 1998 års StrEG trätt i kraft, observerade kommissionsledamoten Karel Van Miert att den tyska lagstiftaren inte genomfört några av de förslag som kommissionen hade gett i skrivelsen av den 25 oktober 1996, [13] och att mekanismen för beräkning av inköpspriset för elektricitet från vindkraft inte hade ändrats. Även om inköpspriset för elektricitet från vindkraft de facto skulle falla (till följd av lägre försäljningspriser efter liberaliseringen av elmarknaden) innehöll inte lagen något tillräckligt dämpande moment beträffande inköpspriset. Å andra sidan kunde viktiga förändringar i lagstiftningen på gemenskapsnivå förväntas i en nära framtid, i samband med genomförandet av eldirektivet och förslag om harmoniserande regler om elektricitet från förnybara energikällor. Kommissionsledamoten avstod därför från att föreslå sina kollegor

13 — Se ovan punkterna 19—22.

att ta något formellt beslut innan den tyska regeringen upprättat en rapport till tyska Bundestag om Stromeinspeisungsgesetz funktion. Den tyska regeringen inbjöds till ett nära samarbete med kommissionen i arbetet med att upprätta den rapporten, och att i den genomföra en utförlig diskussion om andelen statligt stöd för el från förnybara energikällor.

4. Utvecklingen efter begäran om förhandsavgörande

39. Som svar på en skriftlig fråga från domstolen har kommissionen lämnat följande information om utvecklingen efter att den nationella domstolen lämnat sin begäran om förhandsavgörande.

40. Den 1 april 1999 trädde den tyska lagen om genomförande av en ekologisk skattereform i kraft.

41. Enligt kommissionens uppfattning innefattade effekterna av den skatten en ökning av inköpspriset för elektricitet från förnybara energikällor enligt 1998 års StrEG, vilket de tyska myndigheterna i strid med fördraget underlåtit att anmäla. Då kommissionen varit tveksam beträffande ökningens förenlighet med den gemensamma marknaden informerade den genom en skrivelse av den 17 augusti 1999 de tyska myndigheterna om sitt beslut att inleda det förfarande som föreskrivs i EG-fördragets regler om statligt stöd. [14]

42. Den 1 april 2000 ersattes Stromeinspeisungsgesetz 1998 helt av den nya Gesetz für den Vorrang erneuerbarer Energien (lagen om prioritering av förnybara energikällor). [15] Den lagen grundas på en inköpsskyldighet till ett fastställt minimipris, men innehåller många nyheter. Den viktigaste nyheten är att inköpspriset inte längre bestäms utifrån det (uppenbarligen fallande) försäljningspriset på elektricitet, utan fastställs i lag för varje typ av energikälla. Priset för vindkraft har till exempel fastställts till 0,178 DEM per kilowatttimme.

43. Enligt rapporter i pressen har kommissionen inlett ett förfarande enligt EG-fördraget avseende denna lag. Man anser tydligen att den skulle ha anmälts. [16]

14 — Beslutets innehåll har publicerats i EGT C 306, s. 19.

15 — BGBl. 2000 I, s. 305.

16 — *Handelsblatt*, 13 april 2000; *Financial Times Deutschland*, 19 april 2000.

44. Den 10 maj 2000 lade kommissionen fram ett förslag till direktiv angående främjande av elektricitet från förnybara energikällor på den inre marknaden för elektricitet. [17]

III — Målet vid den nationella domstolen och de hänskjutna frågorna

45. Käranden i målet vid den nationella domstolen är ett företag som är verksamt på den första nivån i den tyska elbranschen. Det driver mer än tjugo kraftverk, såväl konventionella som kärnkraftverk, och högspänningsnät för överföring av elkraft. Det tillhandahåller i detta system elektricitet till regionala el-distributörer, allmännyttiga företag i större städer och till stora industriföretag.

46. Svaranden i målet vid den nationella domstolen, Schleswag Aktiengesellschaft (nedan kallad Schleswag), är en regional eldistributör verksam på den andra nivån. Den får nästan all elektricitet den distribuerar till sina kunder i Schleswig-Holstein från PreussenElektra.

17 — KOM(2000) 279 slutlig.

47. PreussenElektra äger 65,3 procent av aktierna i Schleswag. Återstående 34,7 procent ägs av lokala myndigheter (Landkreise) i Schleswig-Holstein.

48. Enligt 2 § i 1998 års StrEG är Schleswag skyldig att köpa elektricitet som produceras i förnybara energikällor inom sitt distributionsområde. Där Schleswag bedriver sin verksamhet råder idealiska förhållanden för att producera vindkraft. Andelen elektricitet från vindkraft har sålunda stigit från 0,77 procent av Schleswags totala försäljning år 1991 till uppskattningsvis 15 procent år 1998.

49. Schleswags merkostnader på grund av inköpsskyldigheten har stigit från 5,8 miljoner DEM år 1991 till uppskattningsvis 111,5 miljoner DEM år 1998. Om hänsyn tas till vad PreussenElektra har att betala till Schleswag enligt den nya kompensationsmekanismen i 4.1 § i 1998 års StrEG (se följande punkt) uppgår Schleswags merkostnader för 1998 till 38 miljoner DEM.

50. Vid slutet av april 1998 nådde andelen elektricitet som Schleswag köpte från förnybara energikällor 5 procent av företagets totala försäljningsvolym året innan. Enligt 4.1 § i 1998 års StrEG fakturerade Schles-

wag PreussenElektra för de merkostnader som köpet av elektricitet från förnybara energikällor ledde till, och begärde månatliga betalningar om 10 miljoner DEM.

51. PreussenElektra överförde betalningen avseende maj 1998, med förbehåll för rätten att när som helst kräva pengarna tillbaka.

52. I målet vid den nationella domstolen har PreussenElektra krävt en del av dessa pengar tillbaka, nämligen 500 000 DEM.

53. Enligt den nationella domstolen kan vare sig PreussenElektra eller Schleswag övervältra de merkostnader som orsakats av Stromeinspeisungsgesetz på de slutliga konsumenterna. Den nationella domstolen har nämligen angett att det rättsligt och faktiskt är omöjligt att debitera ett högre pris för den elektricitet som levereras till konsumenterna, eftersom delstaten Schleswig-Holstein har vägrat godkänna högre priser för elektricitet som levereras till konsumenter, och konkurrensen har ökat till följd av den pågående liberaliseringen av elmarknaden. Dessa uppgifter av den nationella domstolen, som bygger på de omständigheter som PreussenElektra och Schleswag åberopat, har starkt ifrågasatts av intervenienterna i målet. [18]

54. I målet vid den nationella domstolen har PreussenElektra gjort gällande att betalningen till Schleswag saknade rättslig grund och måste därför återgå. Enligt dess uppfattning innebär 4.1 § i 1998 års StrEG en överträdelse av EG-fördraget, eftersom 4.1 § är en del av de ändringar av Stromeinspeisungsgesetz som gjordes år 1998. Dessa ändringar ändrade befintliga stödprogram och var därmed anmälningspliktiga enligt artikel 93.3 första meningen i EG-fördraget. Eftersom de tyska myndigheterna inte anmält dessa ändringar, och således inte heller avvaktat kommissionens godkännande, har artikel 93.3 första och tredje meningarna, överträtts. Enligt domstolens praxis har artikel 93.3 tredje meningen direkt effekt. Bestämmelsen i 4.1 § StrEG skall därför inte tillämpas.

55. Schleswag har gjort gällande att betalningen skedde på rättslig grund, nämligen i enlighet med 4.1 § StrEG och skall därför inte återbetalas. Schleswag är överens med PreussenElektra om att 1998 års StrEG skall anses vara en sådan ändring av förekommande stödprogram som avses i artikel 93.3 första meningen i EG-fördraget. Den kompensationsmekanism som föreskrivs i 4.1 § i 1998 års StrEG kan dock inte i sig anses vara en stödåtgärd i den mening som avses i artikel 92. Den är bara en mekanism för att fördela det ansvar som orsakas av inköpsskyldigheten och minimi-

18 — Se punkterna 85 och 86 nedan.

prisregeln i 2 och 3 §§ StrEG. Å ena sidan har den nationella domstolen inte behörighet att pröva lagligheten hos 2 och 3 §§ StrEG eftersom sistnämnda bestämmelser inte har betydelse för det rättsliga förhållandet och konflikten mellan Preussen-Elektra och Schleswag. Å andra sidan skulle, även om den nationella domstolen underlät att tillämpa 4.1 § i 1998 års StrEG, de olagliga åtgärderna i 2 och 3 §§ i 1998 års StrEG alltjämt vara opåverkade och Schleswag skulle således vara tvunget att bära hela bördan ensam. Denna olagliga situation kan således inte korrigeras genom den direkta effekten av artikel 93.3 tredje meningen. Bestämmelsen i 4.1 § StrEG måste därför fortsätta att tillämpas.

56. Den nationella domstolen har i sin begäran om förhandsavgörande angett att om den tyska lagstiftaren genom att anta denna lag åsidosatte sina förpliktelser avseende ändringar av existerande stödprogram enligt artikel 93.3 i EG-fördraget, eller förbudet mot åtgärder med motsvarande verkan till en kvantitativ importrestriktion enligt artikel 30, skall 1998 års StrEG inte tillämpas och PreussenElektra således erhålla ersättning.

57. Beträffande, för det första, artikel 93.3, har de tyska myndigheterna enligt den nationella domstolen anmält 1990 års StrEG som statligt stöd till kommissionen, som godkände åtgärden som sådan. De tyska myndigheterna anmälde emellertid inte ändringarna i Stromeinspeisungsgesetz som ledde till 1998 års StrEG. [19] Om dessa ändringar förändrade pågående stödprogram i den mening som avses i artikel 93.3 i EG-fördraget, och följden av dessa ändringar (1998 års StrEG) i sig skulle ha utgjort statligt stöd, skulle ändringarna ha anmälts.

58. Den nationella domstolen är inte övertygad huruvida Stromeinspeisungsgesetz 1998 med dess inköpsskyldighet till ett fastställt minimipris och dess kompensationsmekanism skall anses vara statligt stöd i den mening som avses i artikel 92 i EG-fördraget. Den har, å ena sidan, hänvisat till domar i mål som Van Tiggele [20] och Sloman Neptun, [21] vilka tyder på att 1998 års StrEG inte skall anses vara statligt stöd eftersom de ekonomiska fördelarna för producenter av el från förnybara energikällor helt finansieras av eldistributörerna och primära nätinnehavare, och inte med statliga medel. Å andra sidan skulle en så begränsad tolkning av begreppet statligt stöd medföra att medlemsstaterna på ett enkelt sätt kan kringgå kontrollmekanis-

19 — Även detta uttalande har starkt ifrågasatts av intervenienterna i målet; se punkterna 85 och 87 nedan.

20 — Dom av den 24 januari 1978 i mål 82/77, Van Tiggele (REG 1978, s. 25; svensk specialutgåva, volym 4, s. 1).

21 — Dom av den 17 mars 1993 i de förenade målen C-72/91 och C-73/91, Sloman Neptun (REG 1993, s. I-887; svensk specialutgåva, volym 14, s. 47).

men i artikel 93 i EG-fördraget, med potentiellt allvarliga verkningar för konkurrensen. [22]

59. Om Stromeinspeisungsgesetz innefattar statligt stöd, är den nationella domstolen övertygad om att 1990 års StrEG på grund av kommissionens godkännande måste anses vara ett pågående stödprogram i den mening som avses i artikel 93.1, och att 1998 års ändringar utgör en ändring av stödåtgärder i den mening som avses i artikel 93.3 första meningen, som inte har anmälts.

60. Den nationella domstolen har vidare uttryckt tvivel beträffande kompensationsmekanismen i 4.1 § i 1998 års StrEG. Även om inköpsskyldigheten till ett relativt högt minimipris (2 och 3 §§ i 1998 års StrEG) utgör statligt stöd till förmån för producenter av elektricitet från förnybara energikällor, kan det göras gällande att 4.1 § i sig inte skall anses innefatta statligt stöd. För det fall att det är så vill den nationella domstolen veta om restriktionerna i artikel 93.3 inte bara skall tillämpas på det statliga stödet i sig, utan också på genomförandebestämmelser som 4.1 § i 1998 års StrEG.

61. Beträffande artikel 30 i EG-fördraget har den nationella domstolen angett att förpliktelsen att köpa elektricitet från förnybara energikällor i Tyskland till priser som inte skulle kunna uppnås på den fria marknaden åtminstone innebär en risk för att efterfrågan på elektricitet från andra medlemsstater minskar.

62. Mot bakgrund av dessa överväganden har den nationella domstolen hänskjutit följande frågor för förhandsavgörande till domstolen:

"1) Kan den betalning och ersättning för inmatning av el som föreskrivs i 2, 3 eller 4 § eller i de förenade bestämmelserna i 2—4 §§ i lagen om inmatning av el från förnybara energikällor i det allmänna nätet (Stromeinspeisungsgesetz) av den 7 december 1990 (BGBl. I, s. 2633), i dess lydelse enligt artikel 3.2 i lagen om ändring av energirätten av den 24 april 1998 (BGBl. I, s. 730, 734—736), anses utgöra statligt stöd i den mening som avses i artikel 92 i EG-fördraget?

Skall artikel 92 i EG-fördraget tolkas så, att begreppet statligt stöd även omfattar nationella bestämmelser vars syfte är att stödja betalningsmottagaren, men enligt vilka de därtill nödvändiga bidragen varken direkt eller indirekt kommer från staten, utan åläggs vissa företag i en bransch, vilka enligt lag är skyldiga att köpa elen i fråga till fastställda minimipriser, samtidigt som de av rättsliga eller faktiska skäl inte kan övervältra dessa kostnader på de slutliga konsumenterna?

22 — Den nationella domstolens argument kommer att presenteras mer ingående i punkt 109 nedan.

Skall artikel 92 i EG-fördraget tolkas så, att begreppet statligt stöd även omfattar nationella bestämmelser som endast anger hur de kostnader som orsakas av skyldigheten att köpa elen i fråga till vissa minimipriser skall fördelas mellan företag i olika produktionsled, när lagstiftaren har valt denna lösning för att uppnå en varaktig kostnadsfördelning, utan att något vederlag utgår till det företag som står för kostnaden?

2) Om [fråga 1] avseende 4 § Stromeinspeisungsgesetz [i dess ändrade lydelse] besvaras nekande, skall då artikel 93.3 i EG-fördraget tolkas så, att inte bara stödet i sig, utan även tillämpningsföreskrifter såsom 4 § Stromeinspeisungsgesetz [i dess ändrade lydelse] hör till de åtgärder som medlemsstaten i fråga inte får genomföra förrän slutligt beslut fattats?

3) Om frågorna 1 och 2 besvaras nekande, skall då artikel 30 i EG-fördraget tolkas så, att en nationell bestämmelse enligt vilken företag förpliktas att till minimipriser köpa el från förnybara energikällor och enligt vilken nätoperatören skall stå för kostnaden utan att något vederlag utgår, utgör en kvantitativ importrestriktion eller en åtgärd med motsvarande verkan i den mening som avses i artikel 30 i EG-fördraget?"

IV — Förfarandet vid domstolen

63. Skriftliga yttranden har först inkommit från PreussenElektra, Schleswag, de tyska och finska regeringarna samt kommissionen.

64. Efter att begäran om förhandsavgörande hade framställts upplyste den nationella domstolen om ett beslut av den 23 april 1999, i vilket den förklarat att delstaten Schleswig-Holstein och en producent av vindkraft, Windpark Reussenköge III GmbH (nedan tillsammans kallade intervenienterna) intervenerat i målet vid den nationella domstolen genom inlaga av den 16 mars 1999.

65. Domstolen underrättade enligt artikel 20 i domstolens stadga intervenienterna om begäran om förhandsavgörande, och de har också inkommit med skriftliga yttranden.

66. Vid förhandlingen var PreussenElektra, Schleswag, delstaten Schleswig-Holstein, Windpark Reussenköge III, den tyska regeringen och kommissionen representerade.

67. PreussenElektra har gjort gällande att delstaten Schleswig-Holstein och Windpark Reussenköge III inte hade rätt att inkomma med yttranden till domstolen eftersom de bara var intervenienter ("Nebenintervenienten") i målet vid den nationella domstolen och således inte omfattas av begreppet "parter" i artikel 20 i domstolens stadga. PreussenElektra har hänvisat till, för det första, att enligt tysk rätt omfattar begreppet part ("Partei") inte intervenienter, och, för det andra, domstolens praxis. [23]

68. Som en första anmärkning skall det framhållas att förfarandet enligt artikel 177 i EG-fördraget (nu artikel 234 EG) inte är en tvist mellan två parter, utan en del av målet vid den nationella domstolen. I målet vid domstolen ges parterna i målet vid den nationella domstolen endast möjlighet att yttra sig i saken, men de har inte möjlighet att ta processuella initiativ på egen hand. I egentlig mening finns det således inga parter i ett mål om förhandsavgörande. Genom uttrycket parter i artikel 20 i domstolens stadga hänvisas därför till parterna i målet vid den nationella domstolen. [24]

69. Beträffande frågan vilka kategorier av aktörer som skall anses vara parter, i den mening som avses i artikel 20 i domstolens stadga, i målet vid den nationella domstolen måste det först framhållas att man i medlemsstaternas rättsordningar benämner och klassificerar de olika deltagarna i förfaranden vid nationella domstolar på olika sätt (terminologi och klassificering kan också variera mellan, till exempel, olika delar av domstolsväsendet i en och samma medlemsstat). Möjligheten att inkomma med yttranden till domstolen bör dock inte bero på dessa terminologiska och formella skillnader.

70. För det andra är syftet med artikel 20 i domstolens stadga att ge de personer som kan beröras av domstolens förhandsavgörande en möjlighet att framföra sin uppfattning beträffande de frågor som skall avgöras. För att formellt få delta i ett förfarande vid en nationell domstol fordras vanligen att man styrker sitt intresse i målets utgång. Enligt min uppfattning följer därav att alla som formellt deltar i förfarandet vid den nationella domstolen skall anses vara parter i den mening som avses i artikel 20 i domstolens stadga.

23 — Beslut av den 26 februari 1996 i mål C-181/95, Biogen (REG 1996, s. I-717), och dom av den 1 mars 1973 i mål 62/72, Bollmann (REG 1973, s. 269).

24 — Se domen i målet 62/72 (ovan fotnot 23), punkt 4.

71. Med avseende på situationen i detta mål följer det indirekt men klart av beslutet i målet Biogen [25] att intervenienter i målet vid den nationella domstolen skall anses vara parter i den mening som avses i artikel 20 domstolens stadga. I det målet begärde ett företag att få intervenera direkt i målet vid EG-domstolen, som fastslog att "en person som inte har ansökt om att få intervenera inför den nationella domstolen och som inte har tillåtits att intervenera inför denna har följaktligen inte rätt, i denna bestämmelses mening, att framföra synpunkter till domstolen". [26]

72. Det följer *a contrario* att delstaten Schleswig-Holstein och Windpark Reussenköge III, som båda har intervenerat i målet vid den nationella domstolen, skall anses vara parter i den mening som avses i artikel 20 i domstolens stadga, och hade rätt att inkomma med yttrande till domstolen.

V — Upptagande till sakprövning

73. Den tyska regeringen och intervenienterna har invänt mot målets upptagande till sakprövning på tre grunder. För det första anser de att tvisten vid den nationella domstolen är konstruerad och följaktligen, enligt domarna i målen Foglia mot Novello I och II, [27] skall begäran om förhandsavgörande inte tas upp till sakprövning. För det andra har de hänvisat till en rad ofullständigheter och misstag i begäran om förhandsavgörande beträffande den rättsliga och faktiska bakgrunden. För det tredje har de hävdat att de ställda frågorna inte är relevanta för prövningen av målet vid den nationella domstolen.

1. *Konstruerad tvist*

74. Den tyska regeringen och intervenienterna har gjort gällande att PreussenElektra och Schleswag är överens om den önskade utgången av prövningen i denna domstol, nämligen att domstolen fastslår att 1998 års StrEG strider mot gemenskapsrätten. Detta visas av att bägge parter vid ett flertal tillfällen har fört talan mot StrEG i den tyska författningsdomstolen. Schleswag är dessutom ett dotterbolag till PreussenElektra. PreussenElektra kunde således ha återfått pengarna i fråga genom interna åtgärder utan att föra talan vid domstol. Svarandens rättsliga synpunkter i målet vid den nationella domstolen bestäms dessutom ytterst av käranden. Slutligen betalade PreussenElektra Schleswag kompensationsersättning, trots att det förstnämnda bolaget då var övertygad om att lagen var rättsstridig. Dessa faktorer sammantagna visar att PreussenElektras krav på partiell återbetalning av kompensationsersättningen är en förevändning för att erhålla ett visst svar från domstolen. Mot bak-

25 — Ovan fotnot 23.
26 — Punkt 6 i beslutet.
27 — Ovan fotnot 2.

grund av domarna i de två målen Foglia mot Novello I och II samt i målet Meilicke [28] skall domstolen inte uppta målet till sakprövning.

75. Domstolen har fastslagit att den under vissa förutsättningar kan förklara att ett mål inte skall tas upp till sakprövning på den grunden att artikel 177 i EG -fördraget används som ett "processuellt arrangemang" [29] eller att tvisten är av "artificiell karaktär" [30], konstruerad av parterna själva. Domstolen ansåg att detta var fallet där parterna i målet vid den nationella domstolen avser att få det franska skattesystemet för likörvin underkänt genom en rättegång vid en italiensk domstol mellan två enskilda parter, som är överens om vilket resultat de vill uppnå och som infört en klausul i sitt avtal i syfte att få den italienska domstolen att uttala sig på den punkten. [31]

76. Ett skäl till denna domstolens praxis är att det inte är EG-domstolens uppgift att avge rådgivande utlåtanden i allmänna eller hypotetiska frågor, utan att bidra till rättskipningen i medlemsstaterna i situationer där de ställda frågorna svarar mot ett objektivt behov kopplat till lösningen av en tvist. [32] För det andra skall inte parterna tillåtas skapa en processuell situation där andra som potentiellt kan påverkas av domstolens avgörande inte kan ta tillvara sina intressen. [33]

77. Det skall erkännas att det finns vissa likheter mellan målen Foglia mot Novello och detta mål. För det första är Preussen-Elektra och Schleswag överens om att 1998 års StrEG inte uppfyller gemenskapsrättens krav. Dessutom var intresserade tredje parter såsom producenter av vindkraft inledningsvis, i den speciella situation som rådde i målet vid den nationella domstolen, förhindrade att presentera sina rättsliga argument och sin uppfattning om den faktiska och ekonomiska bakgrunden.

78. Det följer emellertid av domen i målet Leclerc-Siplec, [34] där parterna var överens om att den franska lag som förbjöd TV-reklam inom distributionssektorn stred mot gemenskapsrätten, och där de som främst gagnades av den omstridda lagen (den franska regionala pressen) inte var inblandad i målet, [35] att dessa faktorer i sig inte motiverade att målet inte skulle tas upp till sakprövning. Det skall också hållas i minne

28 — Dom av den 16 juli 1992 i mål C-83/91 Meilicke (REG 1992, s. I-4871; svensk specialutgåva, volym 13, s. 105).

29 — Dom i målet Foglia mot Novello II (ovan fotnot 2), punkt 18.

30 — Dom i målet Foglia mot Novello I (ovan fotnot 2), punkt 10.

31 — Dom i målet Foglia mot Novello I, punkt 10.

32 — Dom i målet Foglia mot Novello II, punkt 18.

33 — Dom i målet Foglia mot Novello II, punkt 29.

34 — Dom av den 9 februari 1995 i mål C-412/93, Leclerc-Siplec (REG 1995, s. I-179).

35 — Se punkt 1 i mitt förslag till avgörande i det målet.

att PreussenElektra och Schleswag inte är överens om konsekvenserna i målet vid den nationella domstolen av en dom där domstolen indikerar att inköpsskyldigheten till ett minimipris inte uppfyller gemenskapsrättens krav. [36] Andra med intresse i målets utgång, nämligen delstaten Schleswig-Holstein och Windpark Reussenköge III, har under tiden intervenerat i målet vid den nationella domstolen, och givits möjlighet att yttra sig vid domstolen. [37]

79. Det finns dessutom två avgörande skillnader mellan detta mål och målen Foglia mot Novello. Å ena sidan har PreussenElektra och Schleswag ifrågasatt giltigheten av en tysk lag vid en tysk domstol. En ledande tanke i målet Foglia mot Novello, nämligen att förhindra situationer där domstolarna i en medlemsstat beslutar om giltigheten av en annan medlemsstats lagar och att garantera att den berörda medlemsstaten får ett adekvat forum för att försvara sin lagstiftning, gör sig därför inte gällande i detta mål. Å andra sidan, och kanske än viktigare, är inte intressekonflikten mellan PreussenElektra och Schleswag i målet vid den nationella domstolen resultatet av parternas vilja och utvecklade avtalsarrangemang, utan den autonoma och objektiva följden av den rättsliga förpliktelsen i 4.1 § i 1998 års StrEG.

80. Jag medger att faran för konstruerade rättstvister är mycket större i situationer där den ena parten äger majoriteten av aktierna i den andra. Icke desto mindre har domstolen redan godtagit att pröva mål om förhandsavgörande där den ena parten varit ett dotterbolag till den andra parten. [38] Den grad av kontroll som PreussenElektra har över Schleswag är omstridd, men även om man har den grad av kontroll som intervenienterna gjort gällande har det inte framkommit något som tyder på att PreussenElektra använt sin påstådda makt till att bestämma hur Schleswag skall agera för att konstruera den aktuella tvisten. Tvärtom har domstolen upplysts om att PreussenElektra har inlett ett liknande förfarande mot en annan regional eldistributör, över vilken PreussenElektra helt saknar kontroll, och att detta parallella mål vilandeförklarats i avvaktan på utgången av detta mål.

81. Slutligen kan jag inte se något att invända emot att PreussenElektra betalat hela summan för maj månad, 10 miljoner DEM, och bara kräver tillbaka det jämförelsevis låga beloppet 500 000 DEM. Ett företag som är övertygat om att en nationell åtgärd strider mot gemenskapsrätten får fritt bestämma sin strategi för förfarandet, och pröva ett pilotfall om man önskar. [39] Ett sådant val är särskilt förståeligt när kostnaderna för förfarandet beräknas med hänvisning till tvisteföremålets storlek.

36 — Se punkterna 54 och 55 ovan.

37 — Se ovan punkterna 64—72.

38 — Se till exempel dom av den 12 juli 1979 i mål 244/78, Union Laitière Normande (REG 1979, s. 2663).

39 — Dom av den 5 maj 1981 i mål 112/80, Dürbeck (REG 1981, s. 1095), s. 1127 i generaladvokaten Reischls förslag till avgörande, och av den 3 mars 1994 i de förenade målen C-332/92, C-333/92 och C-335/92, Eurico Italia m.fl. (REG 1994, s. I-711), punkterna 16 och 17.

82. Det följer av dessa överväganden att tvisten vid den nationella domstolen mellan PreussenElektra och Schleswag inte är av artificiell karaktär eller konstruerad i den mening som avses i domstolens praxis.

2. *Ofullständigheter och misstag i beskrivningen av den rättsliga och faktiska bakgrunden*

83. Intervenienterna och den tyska regeringen har för det första gjort gällande att den nationella domstolen inte tillräckligt utförligt har förklarat på vilka grunder enligt tysk civilrätt som PreussenElektra kan kräva återbetalning av vad man betalt till Schleswag.

84. Det ankommer emellertid på den nationella domstol där målet prövas i sak, och som har ansvaret för det rättsliga beslut som fattas, att utifrån bestämmelserna i dess rättsordning och de särdrag som finns i målet avgöra behovet av ett förhandsavgörande för att den skall kunna döma i målet. I detta mål har den nationella domstolen angivit varför det vore värdefullt för den att få svar från domstolen för att lösa frågan om återbetalning som den har att handlägga, och det är inte uppenbart att dessa svar skulle sakna anknytning till målet vid den nationella domstolen. [40]

85. Intervenienterna har vidare gjort gällande att två uttalanden om fakta som den nationella domstolen gjort är felaktiga. De har, i motsats till vad som framgår av begäran om förhandsavgörande, hävdat att elproducenter och eldistributörer kan från såväl rättslig som faktisk synpunkt föra de merkostnader som 1998 års StrEG orsakar vidare till den slutliga kunden. Dessutom har kommissionen varit tillräckligt väl underrättad i den mening som avses i artikel 93.3 första meningen, om alla relevanta ändringar innan 1998 års StrEG antogs, och Tyskland har därmed på ett korrekt sätt anmält ifrågavarande ändringar.

86. Det framgår av svaren på domstolens skriftliga frågor att det verkligen är tveksamt huruvida PreussenElektra och Schleswag kan föra merkostnaderna vidare till den slutliga kunden. [41] Myndigheternas i Schleswig-Holstein vägran att godkänna att högre elpriser tas ut hos slutkonsumenterna, vilket åberopats till stöd för påståendet att det varit svårt att övervältra merkostnaderna på dem, förefaller grundas på andra hänsyn och innebär inte att dessa myndigheter inte erkänt legitimiteten hos dessa merkostnader. Dessutom framgår det av svaret på en annan skriftlig fråga från

40 — Dom av den 22 juni 2000 i mål C-318/98, Fornasar m.fl. (REG 2000, s. I-4785), punkterna 27 och 28.

41 — Se också Bundesgerichtshofs dom av den 22 oktober 1996, återgiven i NJW 1997, s. 574, s. 578.

domstolen att 1998 års StrEG [42] genom att tillåta att merkostnaderna tas med i beräkningen av elpriserna möjliggör för nätinnehavare som påverkas av inköpsskyldigheten att föra merkostnaderna vidare till konkurrenter som vill distribuera elektricitet i ifrågavarande nät. Detta medför i sin tur att nätinnehavarna kan övervältra merkostnader på konsumenterna, utan att behöva oroa sig för konkurrensen från distributörer som inte omfattas av förpliktelserna i 1998 års StrEG.

87. Beträffande frågan huruvida de tyska myndigheterna år 1998 "underrättade" kommissionen i den mening som avses i artikel 93.3 första meningen, i EG-fördraget före de planerade ändringarna av Stromeinspeisungsgesetz, har kommissionen med rätta anmärkt vid förhandlingen att den anmälan enligt direktiv 83/189/EEG av den 28 mars 1983 om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter [43], vilken de tyska myndigheterna gjorde innan ändringarna antogs år 1998 inte kan ersätta den särskilda anmälan som föreskrivs i artikel 93.3 i EG-fördraget. Dessutom kan det enligt min uppfattning ifrågasättas om ett enkelt, preliminärt samråd mellan en regering och kommissionen kan bedömas vara en riktig anmälan av ändrade stödåtgärder i den mening som avses i artikel 93.

88. Detta må vara som det vill; det bör ändå hållas i minnet att artikel 177 i EG-fördraget bygger på en klar uppdelning av funktioner mellan nationella domstolar och EG-domstolen. Det ankommer inte på EG-domstolen, utan på nationella domstolar, att utreda de faktiska omständigheter som har gett upphov till tvisten, och att fastslå vilka följder de har för den dom som de skall ge. [44]

89. Därav följer att de påstådda ofullständigheterna och felaktigheterna i begäran om förhandsavgörande inte kan påverka målets upptagande till sakprövning.

3. *Frågornas relevans*

90. Beträffande frågan om tolkning av artiklarna 92 och 93 i EG-fördraget har intervenienterna gjort gällande att, oavsett frågan om 1998 års StrEG innefattar statligt stöd, skall inte förbudet mot genomförande i artikel 93.3 sista meningen tillämpas, och PreussenElektra kan därför

42 — 2 §, tredje meningen, i 1998 års StrEG, se punkt 29 ovan.

43 — EGT L 109, s. 8; svensk specialutgåva, område 13, volym 12, s. 154. Efter flera ändringar har direktivet ersatts av Europaparlamentets och rådets direktiv 98/34/EG av den 22 juni 1998 om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter (EGT L 204, s. 37).

44 — Se, till exempel, dom av den 16 september 1999 i mål C-435/87, World Wildlife Fund m.fl. (REG 1999, s. I-5613), punkterna 31 och 32.

inte begära återbetalning av vad som betalats enligt 1998 års StrEG.

91. Detta är fallet, eftersom, för det första, 1998 års StrEG inte kan anses innefatta statligt stöd i den mening som avses i artikel 93.3 första meningen. De ändringar som antogs 1998 var inte viktiga nog för att utlösa anmälningsplikten och avstå från att genomföra ändringar i stödprogram som inte anmälts enligt artikel 93.3 i EG-fördraget.

92. För det andra, även om 1998 års StrEG skall anses innebära en ändring av befintliga stödprogram, skall den skriftväxling som ägt rum mellan de tyska myndigheterna och kommissionen före och efter antagandet av 1998 års ändringar anses vara en korrekt underrättelse om ändringar i den mening som avses i artikel 93.3 första meningen och ett underförstått godkännande av kommissionen.

93. Beträffande intervenienternas första argument anser jag att det inte ännu verkligen har visats huruvida — under antagande att systemet i fråga skall anses innebära statligt stöd — tilläggen år 1998 var tillräckligt omfattande för att utlösa skyldigheten att underrätta kommissionen och att avstå från att genomföra ändringarna enligt artikel 93.3 i EG-fördraget.

94. Den nationella domstolen har emellertid angett, vilket enligt min mening är korrekt, att dess fråga om 1998 års StrEG innefattar statligt stöd är relevant eftersom förbudet mot genomförande i artikel 93.3 tredje meningen bara skall tillämpas om åtgärden i fråga, i sin ändrade lydelse, utgör en stödåtgärd. Det faktum att Landgericht inte har ställt frågor om andra villkor för tillämpningen av artikel 93.3 tredje meningen (till exempel om 1998 års ändringar var viktiga nog för att utlösa underrättelseskyldigheten och förbudet mot genomförande) kan inte påverka relevansen hos de frågor som den faktiskt ställt till domstolen.

95. Intervenienternas andra invändning består vid en närmare analys av kritik mot den nationella domstolens presentation av fakta i målet, vilket jag diskuterat ovan. [45]

96. Den tyska regeringen har hävdat att en klassificering av inköpsskyldigheten som statligt stöd inte kan påverka utgången av målet vid den nationella domstolen, eftersom tvisten mellan PreussenElektra och Schleswag inte rör stödåtgärden i sig, utan

45 — Se punkterna 87 och 88.

fördelningen av kostnaderna som den åtgärden medför.

97. Detta argument bygger på en missuppfattning, eftersom, enligt vad jag kan förstå beträffande lagen i fråga, den primära nätinnehavarens skyldighet att betala ersättning enligt 4.1 § i 1998 års StrEG bara utlöses när en distributör på lägre nivå i praktiken tvingas köpa elektricitet från förnybara energikällor enligt 2 § i 1998 års StrEG. Det förefaller således som att om den senare förpliktelsen strider mot gemenskapsrätten kan inte heller den föregående genomdrivas.

98. Beträffande artikel 30 i EG-fördraget har intervenienterna gjort gällande att den situation som är föremål för prövning i målet vid den nationella domstolen inte innefattar något gränsöverskridande moment, och att parterna inte påstått sig vara förhindrade att importera ström från andra medlemsstater. Den nationella domstolens fråga beträffande artikel 30 är enligt deras uppfattning således hypotetisk.

99. Vid förhandlingen uppgav emellertid Schleswag att man fått erbjudande om att köpa elektricitet från förnybara energikällor i Sverige till ett inköpspris om cirka 0,08 DEM per kilowattimme (vilket är omkring halva priset jämfört med elektricitet från vindkraft enligt 1998 års StrEG) och att man inte kunnat anta detta erbjudande på grund av förpliktelsen att köpa all vindkraft som produceras inom dess distributionsområde.

100. Jag anser att domstolen, oavsett om några sådana konkreta möjligheter att importera elektricitet kan bevisas eller inte, ska uppta den nationella domstolens fråga om tolkningen av artikel 30 i EG-fördraget till prövning. I 1 § i 1998 års StrEG fastslås en klar skillnad i behandling mellan elektricitet som producerats i Tyskland och importerad ström, på så sätt att bara elektricitet från förnybara energikällor i Tyskland omfattas av inköpsskyldigheten till ett relativt högt minimipris enligt bestämmelserna i StrEG.

101. Jag har i mitt förslag till avgörande i målet Pistre[46] hävdat att domstolen inte skall lämna något förhandsavgörande beträffande tolkningen av artikel 30 beträffande import, när det klart framgår att målet vid den nationella domstolen endast rör fakta inom medlemsstatens territorium.

102. Jag menar alltjämt att de överväganden jag gjort i det målet är giltiga där den nationella åtgärden i fråga skall tillämpas

46 — Dom av den 7 maj 1997 i de förenade målen C-321/94—C-324/94, Pistre m.fl. (REG 1997, s. I-2343).

utan åtskillnad mellan inhemska och importerade produkter och där målet vid den nationella domstolen gäller inhemska och inte importerade produkter. Beträffande en sådan åtgärd medför artikel 30 bara verkningar avseende importerade varor, och påverkar inte åtgärden såvitt avser dess tillämpning på inhemska varor.[47] Följaktligen är domstolens tolkning av artikel 30 i ett mål som bara rör inhemska varor antingen irrelevant för utgången av målet vid den nationella domstolen eller bara relevant på grund av att en nationell bestämmelse som förbjuder omvänd diskriminering. I bägge fallen skulle domstolen inlåta sig i att avgöra hypotetiska frågor om importerade varor som inte omfattas av fakta i målet.

103. Då en nationell åtgärd såsom 1998 års StrEG rättsligt och faktiskt gynnar försäljningen av inhemska produkter till nackdel för importerade kan emellertid tillämpningen av åtgärden på inhemska producenter innebära nackdelar för importerade produkter och därmed, i vart fall potentiellt, hindra handeln mellan medlemsstaterna. Åtgärder som gynnar inhemska produkter tillämpas per definition ofta på helt inhemska förhållanden. Artikel 30 måste därför av effektivitetsskäl tillämpas på alla situationer där en nationell åtgärd gynnar inhemsk produktion, oavsett om import i det enskilda fallet är avsedd att vara ett alternativ. Eftersom tolkningen av artikel 30 i sådant fall är av betydelse för utgången i målet vid den nationella domstolen skall domstolen besvara frågorna från den nationella domstolen.

104. I varje fall har domstolen också i mål om åtgärder som skall tillämpas utan åtskillnad mellan inhemska och importerade produkter[48] och i andra situationer där frågornas relevans varit tveksam[49] besvarat de frågor som ställts. Domstolen har därvid anfört att det främst ankommer på den nationella domstolen att avgöra såväl behovet av ett förhandsavgörande som relevansen hos de frågor den ställer till domstolen.[50]

105. Min slutsats är därför att domstolen skall besvara de ställda frågorna.

47 — Dom av den 14 december 1982 i de förenade målen 314/81, 315/81, 316/81 och 83/82, Waterkeyn m.fl. (REG 1982, s. 4337; svensk specialutgåva, volym 6, s. 575).

48 — Se dom av den 17 juli 1988 i mål 298/87, Smanor (REG 1988, s. 4489), punkterna 8 och 9.

49 — Se till exempel domar av den 17 juli 1997 i målen C-28/95, Leur-Bloem (REG 1997, s. I-4161) och C-130/95, Giloy (REG 1997, s. I-4291).

50 — Se även den nyligen avkunnade domen av den 6 juni 2000 i mål C-281/98, Angonese (REG 2000, s. I-4139), punkterna 18 och 19.

VI — Fråga 1: Skall Stromeinspeisungsgesetz 1998 anses innefatta statligt stöd?

106. Genom sin första fråga vill den nationella domstolen i huvudsak veta om det system som upprättats genom 1998 års StrEG utgör statligt stöd, i den mening som avses i artikel 92.1 i EG-fördraget, till förmån för producenter av elektricitet från förnybara energikällor. Genom att dela upp frågan i tre delar ville Landgericht förmodligen göra domstolen uppmärksam på särdragen i ifrågavarande nationella åtgärd.

107. Enligt artikel 92.1 "är 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".

108. Enligt den tyska regeringen och intervenienterna utgör inte 1998 års StrEG statligt stöd. Det följer, enligt deras uppfattning, av ordalydelsen i artikel 92.1, EG-fördragets uppbyggnad och domstolens praxis [51] att förmåner som inte direkt eller indirekt ges med användning av statliga medel inte skall anses vara statligt stöd. En annan och mer omfattande definition av statligt stöd skulle medföra att praktiskt taget all nationell lagstiftning om förhållandet mellan företag skulle omfattas av reglerna om statligt stöd, och skulle störa den kompetensfördelning mellan medlemsstaterna och gemenskapen som fastslagits i EG-fördraget. 1998 års StrEG innehåller bara en prissättningsmekanism, och de åtföljande fördelarna för producenter av elektricitet från förnybara energikällor finansieras således uteslutande med privata medel. Eftersom 1998 års StrEG inte har några återverkningar på statens budget kan den inte anses vara statligt stöd i den mening som avses i artikel 92.1.

109. Den nationella domstolen, Preussen-Elektra och Schleswag, den finska regeringen och kommissionen har alla ansett att det system som upprättats genom 1998 års StrEG utgör statligt stöd. Enligt deras uppfattning kan det system som upprättats genom 1998 års StrEG särskiljas från de som var i fråga i mål som Van Tiggele [52] eller Sloman Neptun [53] där domstolen inte tillämpade reglerna om statligt stöd. Det kan lättare jämföras med de åtgärder som

51 — Dom av den 24 januari 1978, Van Tiggele (ovan fotnot 20), av den 17 mars 1993, Sloman Neptun (ovan fotnot 21), av den 17 maj 1998 i de förenade målen C-52/97—C-54/97, Viscido (REG 1998, s. I-2629), och av den 30 november 1993 i mål C-189/91, Kirsammer-Heck (REG 1993, s. I-6185).

52 — Ovan fotnot 20.

53 — Ovan fotnot 21.

granskades i målen Van der Kooy [54] och Ecotrade, [55] å ena sidan, och i målen kommissionen mot Frankrike [56] och Stienike & Weinlig, [57] å andra sidan, där domstolen tillämpade reglerna om statligt stöd. Det följer dessutom av syftet med reglerna om statligt stöd, ordalydelsen i artikel 92.1 och vissa uttalanden av domstolen att finansiering med statliga medel inte är en nödvändig beståndsdel i begreppet statligt stöd. Om motsatsen hade varit fallet, borde domstolen se över sin praxis för att förhindra att medlemsstaterna kringgår reglerna om statligt stöd. I vart fall bör 1998 års StrEG anses vara en åtgärd som utformats för att kringgå reglerna och som därmed omfattas av artikel 5.2 i EG-fördraget (nu artikel 10.2 EG) jämförd med artikel 92.

110. Som en första inledande anmärkning skall det framhållas att frågan i detta mål inte är om 1998 års StrEG skall anses vara förenlig med reglerna om statligt stöd. Bedömningen av stödåtgärders förenlighet med den gemensamma marknaden omfattas av kommissionens exklusiva behörighet, med möjlighet till kontroll i gemenskapens domstolar. Om 1998 års StrEG skulle anses vara statligt stöd kan denna lag ändå förklaras tillåten enligt gemenskapens riktlinjer för statligt stöd till skydd för miljön. [58] Det skall inte glömmas att främjandet av elproduktion från förnybara energikällor är ett av Europeiska unionens viktigaste miljömål. [59]

111. Detta mål gäller därför endast frågan om tillämpningsområdet för reglerna om kontroll av statliga stödåtgärder. Med andra ord, är en medlemsstat som önskar anta en lag som 1998 års StrEG tvungen att iaktta det förfarande som anges i artikel 93 i EG-fördraget (till exempel om underrättelse och genomförandeförbud), eller faller den typen av lagstiftning helt utanför tillämpningsområdet för reglerna om kontroll?

112. För det andra är det bara en beståndsdel av begreppet statligt stöd som ifrågasatts. Som framgår av parternas argument, sammanfattade ovan, har de skriftliga och muntliga yttrandena nästan helt varit inriktade på frågan om de fördelar för producenter av el från förnybara energikällor som 1998 års StrEG medför "ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel" i den mening som avses i artikel 92.1. I inget av yttrandena har det

54 — Dom av den 2 februari 1988 i de förenade målen 67/85, 68/85 och 70/85, Van der Kooy (REG 1988, s. 219; svensk specialutgåva, volym 9, s. 305).

55 — Dom av den 1 december 1998 i mål C-200/97, Ecotrade (REG 1998, s. I-7907; svensk specialutgåva, volym 8, s. 39).

56 — Dom av den 30 januari 1985 i mål 290/83, kommissionen mot Frankrike (REG 1985, s. 439; svensk specialutgåva, volym 3, s. 329).

57 — Dom av den 22 mars 1977 i mål 78/76, Steinike & Weinlig (REG 1977, s. 595).

58 — EGT C 72, s. 3.

59 — Se till exempel rådets rekommendation 88/611/EEG av den 8 november 1988 om främjande av samarbete mellan allmännyttiga företag och elproducenter (ovan fotnot 3), rådets resolution av den 27 juni 1997 om förnybara energikällor, EGT C 210, s. 1; meddelande från kommissionen — Energi för framtiden: förnybara energikällor — Vitbok för en gemenskapsstrategi och handlingsplan, KOM(97) 599 slutlig; rådets resolution av den 8 juni 1998 om förnybara energikällor, EGT C 198, s. 1; förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om främjande av el från förnybara energikällor på den inre marknaden för el (ovan fotnot 17).

gjorts gällande att någon annan del av begreppet statligt stöd skulle saknas. Det kan knappast betvivlas att det relativt höga minimipriset för elektricitet från förnybara energikällor kombinerat med inköpsskyldigheten medför en betydande och specifik ekonomisk fördel för producenter av detta slag av elektricitet, och snedvrider sålunda konkurrensen mellan olika kategorier av producenter, och påverkar därmed elhandeln mellan medlemsstaterna.

— Utgör 1998 års StrEG en åtgärd med motsvarande verkan som statligt stöd, som är förbjuden enligt artikel 5.2 i EG-fördraget?

1. *Finansiering med statliga medel som en nödvändig beståndsdel i begreppet statligt stöd enligt domstolens praxis*

113. Mot bakgrund av dessa inledande anmärkningar och parternas argument kommer jag att diskutera följande frågor:

114. Uttrycket "ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel" i artikel 92.1 kan förstås på två olika sätt.

— Är finansiering med statliga medel en nödvändig beståndsdel av begreppet statligt stöd enligt domstolens praxis?

— Bör domstolen överväga att ändra denna praxis?

115. Å ena sidan kan det göras gällande att det andra ledet, "med hjälp av statliga medel", omfattar åtgärder som finansieras med statliga pengar, medan det första ledet, "stöd som ges av en medlemsstat", omfattar alla återstående åtgärder, som inte finansieras med statliga medel. Med denna extensiva tolkning av artikel 92.1 utgör alla åtgärder som medför en ekonomisk fördel för särskilda företag och som är resultatet av statens agerande statligt stöd oavsett om de medför någon finansiell börda för staten.

— Kan de fördelar som 1998 års StrEG medför anses vara finansierade med statliga medel?

116. Å andra sidan kan artikel 92.1 förstås så att stöd nödvändigtvis måste finansieras med användning av statliga medel, och att skillnaden mellan stöd som ges av staten

eller med hjälp av statliga medel syftar till att i begreppet stöd inte endast inbegripa stöd som ges direkt av staten, utan också stöd som ges av offentliga eller privata organ, som utsetts eller inrättats av staten. Enligt denna, mer restriktiva tolkning måste åtgärden innebära en kostnad för staten, och finansiering med hjälp av statliga medel är en grundläggande beståndsdel i definitionen av statligt stöd.

117. Det är enligt fast praxis så att det är det andra alternativet som gäller, och att bara *fördelar som ges direkt eller indirekt genom statliga medel* omfattas av begreppet statligt stöd i den mening som avses i artikel 92.1.

118. Denna formulering användes först i målet Van Tiggele, [60] som rörde en åtgärd där minimipriset för gin fastställdes. Domstolen följde generaladvokatens förslag till avgörande och fastslog:

"Oavsett hur begreppet stöd... skall definieras framgår det av själva ordalydelsen i bestämmelsen att en åtgärd som innebär att det fastställs ett minimipris i detaljhandelsledet i syfte att, enbart på konsumenternas bekostnad, främja distributörerna av en produkt, inte kan utgöra stöd...

De fördelar som ett sådant ingrepp i prisbildningen innebär för distributörerna av produkten skapas varken direkt eller indirekt genom statliga medel..." [61]

119. Det kan hävdas att den principen fastställdes i domen i målet Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor, [62] som handlade om fördelningen av särskilda tullkvoter för import av fruset nöt- och kalvkött från länder utanför gemenskapen. Tysk lagstiftning lade fast fördelningen av kvoter mellan inhemska näringsidkare. Tre näringsidkare gjorde gällande att denna lagstiftning bland annat utgjorde statligt stöd till förmån för vissa andra näringsidkare.

60 — Ovan fotnot 20.

61 — Punkterna 24 och 25.

62 — Dom av den 13 oktober 1982 i de förenade målen 213/81—215/81, Norddeutsches Vieh-und Fleischkontor (REG 1982, s. 3583).

120. Enligt generaladvokat VerLoren van Themaat var det möjligt att, med hänvisning till skillnaden i artikel 92.1 mellan stöd som "ges av en medlemsstat" och stöd som ges "med hjälp av statliga medel", hävda att de oberoende tilldelningar av penningmässiga förmåner som inte betalades av en medlemsstat omfattades av artikel 92. Han anförde som exempel de reducerade avgifter som en medlemsstat kan kräva att privata elföretag ger vissa företag. [63]

121. Domstolen fastslog dock att den finansiella förmån som näringsidkare erhåller genom att få en andel i den nationella tullkvoten inte hade givits med hjälp av statliga medel, utan med hjälp av gemenskapens medel, eftersom den tullavgift som eftergavs var en del av gemenskapens medel. Eftersom åtgärden i fråga inte medförde något annat än en fördelning av gemenskapens tullkvoter utgjorde den inte "stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel" i den mening som avses i artiklarna 92 till 94 i EG-fördraget. [64]

122. Den senare domen i målet kommissionen mot Frankrike [65] orsakade viss osäkerhet. I det målet hade ett särskilt stöd till fattiga jordbrukare finansierats genom det överskott som ackumulerats under flera år hos den franska Caisse nationale de crédit agricole.

123. Kommissionen antog att staten tagit initiativ till beslutet att ge stödet, men att det överskott från vilket det gavs genererats genom hantering av privata medel och inte statliga. Den ansåg därför att stödet i fråga inte var att anse som statligt stöd i strikt mening, men en åtgärd med motsvarande verkan som statligt stöd, vilken var förbjuden enligt artikel 5 i EG-fördraget. [66]

124. Generaladvokat Mancini uttalade mot bakgrund av en annan tolkning av de faktiska omständigheterna att staten inte bara initierat stödet, utan också finansierat det med statliga medel. Han ansåg därmed att det rörde sig om statligt stöd i den mening som avses i artikel 92.1 i EG-fördraget. [67]

125. Domstolen gick inte in på någon bedömning av huruvida stödet finansierats med allmänna medel. Den kom icke desto mindre fram till att stödet skulle anses vara statligt stöd och uttalade följande:

"De allmänna ordalag som används i denna bestämmelse gör det möjligt att på grundval av artikel 92 bedöma om en åtgärd som

63 — Punkt 5 i förslaget till avgörande.
64 — Punkterna 22—24 i domen.
65 — Ovan fotnot 56.
66 — Punkterna 6—9 i domen.
67 — Punkt 3 i förslaget till avgörande.

vidtas av staten är förenlig med den gemensamma marknaden, så vitt syftet med den är att bevilja ett statligt stöd, av vilket slag det än är...

Såsom det framgår av själva ordalydelsen i artikel 92.1 måste ett stöd inte nödvändigtvis finansieras med statliga medel för att betraktas som statligt stöd." [68]

126. I domarna i målen Van der Kooy [69] och Grekland mot kommissionen, [70] två mål som avgjordes kort efter målet kommissionen mot Frankrike, krävdes det inte heller någon finansiering av statliga medel.

127. Det nu rådande rättsläget formulerades sedan i domen i målet Sloman Neptun. [71] Där var det frågan om en åtgärd som gjorde det möjligt för vissa rederier som seglade under tysk flagg att ge sjöfolk som inte var medborgare i någon medlemsstat sämre löner och arbetsvillkor än de som tillämpades beträffande tyska medborgare.

128. Generaladvokat Darmon föreslog efter en grundlig diskussion av frågan att finansieringen av en stödåtgärd var irrelevant. Enligt hans uppfattning krävdes det bara att åtgärden var resultatet av ett agerande för vilket staten var ansvarig. [72]

129. Domstolen hänvisade emellertid till domen i målet Van Tiggele och fastslog att bara fördelar som gavs direkt eller indirekt av statliga medel skall anses vara statligt stöd i den mening som avses i artikel 92.1. Den bestämmelsens ordalydelse och det förfarande som anges i artikel 93 i EG-fördraget visar nämligen, enligt domstolen, att fördelar som kommer från andra medel än statens inte omfattades av reglerna om statligt stöd. Skillnaden mellan stöd som ges av staten eller med hjälp av statliga medel syftar till att i begreppet stöd inte endast inbegripa stöd som ges direkt av staten, utan också stöd som ges av offentliga eller privata organ, som utsetts eller inrättats av staten. [73]

130. Beträffande frågan om de fördelar åtgärden medförde skulle anses ha givits med hjälp av statliga medel, fastslog domstolen att åtgärden inte syftade till att skapa en fördel som skulle medföra en ytterligare belastning för staten, utan endast till en

68 — Punkterna 13 och 14 i domen.

69 — Punkterna 28 och 32—38 i domen (ovan fotnot 54).

70 — Dom av den 7 juni 1988 i mål 57/86 (REG 1988, s. 2855), punkt 12 i domen och generaladvokaten Slynns förslag till avgörande, s. 2867.

71 — Ovan fotnot 21.

72 — Se särskilt punkterna 40—43 i förslaget till avgörande.

73 — Punkt 19 i domen.

ändring — till rederiernas fördel — av ramen för de avtalsenliga förhållandena mellan företagen och deras anställda. Konsekvenserna vad gäller såväl skillnaden vid beräkningen av socialförsäkringsavgifter som eventuellt förlorade skatteintäkter är oskiljaktigt förenade med denna ordning och utgör inte ett medel för att ge de berörda företagen en bestämd förmån. Åtgärden ansågs följaktligen inte vara statligt stöd. [74]

131. Principen att statligt stöd måste finansieras direkt eller indirekt av statliga medel har bekräftats i alla relevanta domar efter den i målet Sloman Neptun: Kirsammer-Hack mot Sidal, [75] Viscido, [76] Ecotrade mot AFS [77] och Piaggio. [78]

132. I ett nyligt avgörande i målet Ladbroke [79] har gemenskapens domstolar fått bedöma lagstiftning som fastställde i vilka syften franska Pari Mutuel urbain ("PMU") kunde använda icke uthämtade vinster från spel på hästkapplöpningar. Enligt den ursprungliga lagstiftningen var användningen av icke uthämtade vinster begränsad till vissa typer av utgifter för socialhjälp. Vinster som inte användes för godkända ändamål skulle återbetalas till staten. Den franske lagstiftaren utökade urvalet av godkända ändamål till andra aktiviteter för att hjälpa PMU att finansiera avgångsvederlag till före detta anställda. Domstolen instämde med förstainstansrätten att genom detta förfarande eftergav den franska staten inkomster som annars skulle ha betalts till statskassan, och att statliga medel därmed överfördes till mottagaren i den mening som avses i artikel 92.1 i EG-fördraget. Beträffande argumentet att pengarna i fråga aldrig direkt hade innehafts av staten uttalade domstolen att dessa pengar kontinuerligt stått under statens kontroll, och således till förfogande för de behöriga nationella myndigheterna, vilket var tillräckligt för att de skulle anses vara statliga medel i den mening som avses i artikel 92.1. [80]

133. Det följer härav att enligt nu rådande praxis är finansiering av statliga medel en grundläggande beståndsdel i begreppet statligt stöd.

74 — Punkterna 20—22 i domen.

75 — Ovan fotnot 51.

76 — Ibidem

77 — Ovan fotnot 55.

78 — Dom av den 17 juni 1999 i mål C-295/97 (REG 1999, s. I-3735).

79 — Dom av den 16 maj 2000 i mål C-83/98, Frankrike mot Ladbroke Racing och kommissionen (REG 2000, s. I-3271), som fastställde förstainstansrättens dom av den 27 januari 1998 i mål T-67/94, Ladbroke Racing mot kommissionen (REG 1998, s. II-1).

80 — Se punkterna 45—51 i domen.

2. *Bör domstolen ändra sin praxis?*

134. Den nationella domstolen, kommissionen, PreussenElektra, Schleswag och den finska regeringen har alla gjort gällande att finansiering av statliga medel inte skall vara en grundläggande beståndsdel i begreppet statligt stöd. Enligt dem krävs det enligt artikel 92.1 bara att en åtgärd är resultatet av ett agerande från medlemsstatens sida.

135. De har hänvisat till domar ifrån domstolen och förslag till avgörande från dess generaladvokater i vilka finansiering med allmänna medel inte ansetts utgöra en nödvändig beståndsdel i begreppet statligt stöd. [81] De har också påpekat att både den tyska regeringen och kommissionen alltid har behandlat mekanismen i de olika versionerna av Stromeinspeisungsgesetz som att den skall anses innebära statligt stöd.

136. De har framfört följande argument till stöd för en extensiv tolkning av artikel 92.1.

137. För det första skall artikel 92.1 tillämpas på stöd "av vilket slag det än är". Detta uttryck ger stöd åt en extensiv tolkning av begreppet stöd.

138. För det andra följer det av artikel 3 g i EG-fördraget (nu artikel 3 g EG) att reglerna om statligt stöd är en av hörnstenarna i ett system som utformats för att säkerställa att "konkurrensen på den inre marknaden inte snedvrids". Syftet med artikel 92 och följande artiklar är således att upprätthålla likvärdiga konkurrensvillkor mellan näringsidkare. En vid tolkning av begreppet stöd är nödvändig för att artikel 92 på ett meningsfullt sätt skall kunna bidra till att uppnå detta syfte. [82] Detta är den troliga anledningen till att domstolen framhållit att vid tillämpningen av artikel 92 måste hänsyn tas till främst verkningarna av stöd för de företag eller producenter som gynnas. [83]

139. Från denna teleologiska synpunkt medför inte det faktum att en stödåtgärd, som medför vissa specifika fördelar för vissa företag, finansierats av privata och inte statliga medel att åtgärden blir mindre konkurrensbegränsande. Tvärtom kan konkurrensstörningen bli ännu större då kostnaden bärs av konkurrenter till det företag som fått stöd och inte av allmänheten.

81 — Se ovan punkterna 120, 122—126 och 128, samt fotnoterna 63, 68—70 och 72.

82 — Dom av den 10 juli 1986 i mål 234/84, Belgien mot kommissionen (REG 1986, s. 2263; svensk specialutgåva, volym 8, s. 691), generaladvokaten Lentz förslag till avgörande i mål 234/84 (REG 1986, s. 2269).

83 — Ovan fotnot 57.

140. Detta mål är ett utmärkt exempel på en sådan potentiellt skadlig situation. 1998 års StrEG påverkar elproducenter på två sätt.

141. Som konkurrenter måste de leva med det faktum att 1998 års StrEG garanterar producenter av el från förnybara energikällor ett betydande driftstöd (den mest skadliga formen av stöd). Dessutom bestäms omfattningen av detta driftstöd på grund av den mängd elektricitet som producerats och det genomsnittliga försäljningspriset året innan (och inte på grund av produktionskostnader). Producenter av elektricitet från förnybara energikällor kan således genom egna åtgärder öka det stöd de är berättigade till genom att höja produktionen och minska produktionskostnader. Tack vare inköpsskyldigheten löper inte producenter av elektricitet från förnybara energikällor den vanliga risken för överkapacitet eller prissvängningar.

142. Dessutom är det inte skattebetalaren i allmänhet, utan producenterna av elektricitet från konventionella energikällor själva, som får betala kostnaden för stödet i fråga. Till följd härav förlorar de också värdefulla resurser som de annars kunnat använda för att konkurrera. Mekanismen i StrEG påverkar därmed konkurrensen mellan de olika kategorierna av elproducenter mer än vad ett vanligt bidrag från staten skulle göra.

143. För det tredje måste det också hållas i minnet att alla statens inkomster ytterst kommer från individer genom skatter. Vad än arten av och antalet mellankommande enheter än är, får den ekonomiska belastningen av en ekonomisk fördel för vissa företag i slutändan bäras av individer och näringsidkare. [84]

144. Det är därför formalistiskt att tillämpa reglerna om statligt stöd i mål där vissa företag måste betala pengar till en statlig fond som sedan distribueras till konkurrenterna, [85] men att inte tillämpa dem i mål som detta där de drabbade företagen måste betala direkt till sina konkurrenter.

145. Slutligen har det gjorts gällande att det finns en risk för att reglerna om statligt stöd kringgås. Om finansiering av statliga medel skulle vara en nödvändig del i definitionen av statligt stöd kan medlems-

84 — Generaladvokaten Darmons förslag till avgörande i de förenade målen Sloman Neptun (ovan fotnot 21), punkt 40.

85 — Se till exempel domen i målet Steinike & Weinlig (ovan fotnot 57), domen i målet kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 56).

staterna frestas upprätta andra system som kan ge viktiga ekonomiska fördelar till vissa inhemska företag, medföra allvarliga följder för konkurrensen och den gränsöverskridande handeln i Europa, inte kostar den medlemsstaten några pengar och dessutom inte omfattas av kommissionens kontroll enligt artikel 93 i EG-fördraget.

146. Kommissionen har uttryckligen uppmanat domstolen att se över sin praxis mot bakgrund av senare tids utveckling i gemenskapens rättsordning och den mekanism som skapades genom 1998 års StrEG. Efter upprättandet av den inre marknaden och påbörjandet av den monetära unionen är selektiva stödåtgärder det sista instrument medlemsstaterna har för att ge relativa konkurrensfördelar åt sina inhemska företag. Dessa åtgärder kan vid en granskning av kommissionen väl visa sig vara förenliga med den gemensamma marknaden. Det är emellertid av yttersta betydelse att de är föremål för de kontrollmekanismer som fastslås i artikel 93 i EG-fördraget, och som garanterar nödvändig disciplin och insyn.

147. PreussenElektra och kommissionen har också framhållit att 1998 års StrEG inte kan jämföras med de åtgärder som prövats i de mål där domstolen fastslagit att statligt stöd måste finansieras av statliga medel. Den regeln skall därför inte vara generellt tillämplig, och skall framför allt inte tillämpas i detta mål.

148. I målet Van Tiggele avsåg mekanismen i fråga fastställande av minimipris för detaljhandel med gin. Den hade andra verkningar eftersom konsumenterna kunde köpa gin eller låta bli, och de kunde också välja mellan olika märken. Den finansiella belastningen vilade på konsumenten. Syftet var att skydda inhemsk produktion mot importerade produkter med lägre pris. Åtgärden stred därför mot artikel 30 i EG-fördraget. I motsats därtill är den fördel för producenterna som följer av 1998 års StrEG finansierad av konkurrenterna och inte av allmänheten. [86] De drabbade företagen måste köpa all elektricitet som produceras från förnybara energikällor inom deras distributionsområde och kan inte fritt besluta om inköp. Primära nätinnehavare är också automatiskt förpliktade att betala kompensationsersättning. Syftet med 1998 års StrEG är inte primärt att begränsa importen, utan att förbättra marknadspositionen hos producenter av elektricitet från förnybara energikällor.

149. I motsats till de åtgärder som var i fråga i målen Sloman Neptun, Kirsammer-Hack och Viscido förpliktas dessutom

86 — Se, för en diskussion av detta påstående, punkt 86.

konkurrenterna i StrEG att betala pengar direkt till de företag som stöds. Den ekonomiska fördelen för producenter av elektricitet från förnybara energikällor och kostnaden för de drabbade företagen är uppenbar och kan lätt kvantifieras.

150. Jag kan acceptera att det finns en viss styrka i de argument som redovisats ovan till förmån för en extensiv tolkning av begreppet statligt stöd. Jag är icke desto mindre av den uppfattningen att statliga medel utgör en nödvändig beståndsdel i begreppet statligt stöd, och att domstolen bör hålla fast vid sin nuvarande praxis.

151. För det första är, även om uttrycket "ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel" kan tolkas på olika sätt, den tolkning som domstolen förde fram i domarna i målen Sloman Neptun, Kirsammer-Hack och Viscido den mer naturliga och ger upphov till färre problem.

152. Enligt domstolens uppfattning omfattar det första ledet, "ges av en medlemsstat", normala stödåtgärder som finansieras av statliga medel och ges direkt av staten. Det andra ledet, "med hjälp av statliga medel", omfattar den mindre vanliga typen av stöd som finansieras av statliga medel som inte direkt tillhandahålls av staten, men som ges av offentliga eller privata organ, som utsetts eller inrättats av staten. Om man håller fast vid denna tolkning kan det andra ledet i artikel 92.1 enkelt förklaras av det faktum att EG-fördragets upphovsmän ville förhindra att reglerna om statligt stöd kringgås genom decentraliserad eller privatiserad distribution av statligt stöd.

153. Enligt den alternativa tolkning som förespråkarna för en extensiv tolkning av artikel 92.1 fört fram skall det andra ledet (stöd med hjälp av statliga medel) omfatta åtgärder som finansieras av statliga medel, medan det första ledet (stöd som ges av en medlemsstat) skall omfatta alla andra åtgärder som inte finansieras av statliga medel. Enligt en sådan tolkning av artikel 92.1 förutsätts att EG-fördragets upphovsmän placerade ett begrepp som omfattade övriga former av stöd (stöd som inte finansieras av statliga medel) före det begrepp som omfattade normalfallet av stöd. Detta är vare sig det naturliga eller vanliga sättet att gå tillväga i lagstiftningsarbete.

154. Dessutom måste, vid en systematisk tolkning av EG-fördraget, avsnittets rubrik "Statligt stöd" avses omfatta bägge leden i artikel 92.1, nämligen "stöd som ges av en medlemsstat" och stöd som ges "med hjälp av statliga medel". Eftersom ordalydelsen i

det första ledet är närmast identisk [87] med den i rubriken förefaller det svårt att (som förespråkarna för en extensiv tolkning måste göra) hävda att det första ledet, "stöd som ges av en medlemsstat", bara omfattar den kvarvarande formen av statliga åtgärder som finansieras av statliga medel.

155. För det andra finns ett grundläggande problem i det teleologiska argument som förespråkarna för en extensiv tolkning av artikel 92.1 har framfört. När de definierar målen med reglerna om statligt stöd, löper de risken att anta det som skall bevisas, nämligen att reglerna är avsedda att tillämpas på alla statliga åtgärder. Mot bakgrund av rubriken till det aktuella avsnittet och ordalydelsen av artikel 92.1 kan det lika gärna hävdas att reglerna om statligt stöd är avsedda att bara skydda marknaden från statliga åtgärder som finansieras av statliga medel och inte från alla typer av statliga åtgärder. Om det är syftet med artikel 92 och följande artiklar kan inte uttrycket "stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel" tolkas så extensivt som man föreslagit.

156. För det tredje kan ett argument som är hänförligt till systematiken anföras till stöd för domstolens tolkning, i samband med reglerna om förfarandet i artikel 93. Den bestämmelsen skyddar intressen hos konkurrenter till det företag som erhållit stöd och de medlemsstater i vilka dessa konkurrenter har sin verksamhet, [88] intressen hos den medlemsstat som gett stödet och det företag som erhållit detsamma, vilka båda vill att stödet skall kunna genomföras så snart som möjligt, [89] och intresset hos alla medlemsstater i sin helhet. [90] I kontrast till detta har ingen regel i systemet enligt artikel 93 utformats till skydd för de särskilda problem som företag som måste finansiera det stöd som ges till andra företag möter. Om det skulle vara så att artikel 92.1 systematiskt omfattar åtgärder som finansierats genom privata medel, skulle man förvänta sig att i artikel 93 hitta regler för deras rättigheter och skyldigheter i förfarandet. Dessutom är det svårt att se hur ett beslut av kommissionen att olagligt stöd skall återkrävas skulle kunna genomföras där stödet har betalats av en grupp företag till en annan grupp av företag.

157. Ett fjärde argument till stöd för domstolens tolkning av begreppet är att det ger en högre grad av rättssäkerhet. Jag instämmer inte med den tyska regeringen som hävdat att en mer extensiv tolkning av artikel 92.1 skulle medföra att praktiskt taget all nationell lagstiftning om förhållandet mellan företag skulle omfattas av reglerna om statligt stöd. Huvuddelen av nationell lagstiftning av detta slag skulle ändå inte anses vara statligt stöd, eftersom den inte skulle uppfylla kriteriet att vara

87 — I den tyska versionen av fördraget är ordalydelsen helt identisk i bägge fallen, nämligen "staatliche Beihilfen".

88 — Artikel 93.2.

89 — Se, till exempel, uttrycket "utan dröjsmål" i artikel 93.3.

90 — Artikel 93.2, tredje stycket.

selektiv, vilket innebär att den inte skulle gynna *vissa* företag eller *viss* produktion i den mening som avses i artikel 92.1. Härav följer emellertid att en mer extensiv tolkning skulle tvinga medlemsstaterna, drabbade företag, kommissionen, nationella domstolar och slutligen gemenskapens domstolar att avgöra avseende all lagstiftning om förhållandet mellan företag, huruvida den gynnat vissa företag i den mening som avses i artikel 92.1. Eftersom en sådan bedömning är svår och förenad med osäkerhet, förefaller det bättre att lagstiftning om förhållandet mellan privata aktörer i princip inte omfattas av tillämpningsområdet för reglerna om statligt stöd.

158. Slutligen skall faran för att medlemsstaterna i stor omfattning skall införa stödåtgärder till förmån för vissa inhemska företag vilka finansieras med privata medel, har samma konkurrensbegränsande verkningar som vanligt statligt stöd och vilka inte omfattas av kommissionens kontroll inte överdrivas. Företagen som tvingas finansiera sådana åtgärder skulle använda alla tillgängliga rättsliga och politiska medel de har för att motverka sådana åtgärder. I förevarande fall har Preussen-Elektra och Schleswag ifrågasatt 1998 års StrEG i en rad mål vid den tyska författningsdomstolen. Dessutom skulle en åtgärd som har samma negativa inverkan på konkurrensen och gemenskapshandeln som stöd som finansierats av statliga medel sannolikt innebära en överträdelse av andra regler i gemenskapsrätten.[91] Kommissionen kan i så fall vidta åtgärder enligt artikel 169 i EG-fördraget (nu artikel 226 EG).

159. Jag kommer således fram till att finansiering av statliga medel är en nödvändig beståndsdel i begreppet statligt stöd enligt artikel 92.1 i EG-fördraget, och att domstolen inte skall avvika från sin hittillsvarande praxis.

3. *Kan de fördelar som StrEG medför anses vara finansierade av statliga medel?*

160. Den nationella domstolen, Preussen-Elektra och kommissionen har gjort gällande att de fördelar som 1998 års StrEG medför för producenter av elektricitet från förnybara energikällor skall anses vara finansierade av statliga medel. De har kommit fram till den slutsatsen genom tre alternativa sätt att resonera.

91 — Till exempel artikel 30 i EG-fördraget, se domen i målet Van Tiggele (ovan fotnot 20).

a) Potentiella förluster av skatteintäkter

161. Den nationella domstolen har anfört att 1998 års StrEG påverkar förtjänsten för de företag som omfattas av inköpsskyldigheten och plikten att utge kompensationsersättning negativt. Lägre vinster ger i sin tur och i motsvarande mån lägre skatteintäkter.

162. Det följer emellertid av domstolens praxis att potentiella förluster av skatteintäkter för staten som resultat av tillämpningen av ett system som det i 1998 års StrEG inte i sig kan berättiga att det systemet anses utgöra statligt stöd. [92] Det är sant att statligt stöd stundom kan finansieras genom att staten avstår från vissa intäkter. [93] I förevarande mål kommer dock inte de medel genom vilka fördelarna för producenter av elektricitet från förnybara energikällor finansieras från den uppgivna förlusten av skatteinkomster, utan från de företag som omfattas av StrEG och till slut troligen från konsumenterna. Förlusten i fråga är således bara en inneboende sidoeffekt av 1998 års StrEG.

b) Omvandling av privata medel till allmänna medel

163. Enligt kommissionen och Preussen-Elektra omvandlas genom mekanismen i 1998 års StrEG privata medel till allmänna. Enligt deras uppfattning har den verkningar som motsvarar verkningar av skatter på så sätt att de tar in medel från den privata sektorn och använder dessa till ändamål av allmänt intresse. Detta är särskilt tydligt beträffande plikten att utge kompensationsersättning enligt 4.1 § i 1998 års StrEG. Enligt den bestämmelsen skall primära nätinnehavare betala pengar till distributörer utan att få något i utbyte. Det finns således ingen skillnad av betydelse mellan dessa regler och mål där skatteliknande avgifter till myndigheter används för att finansiera stödåtgärder.

164. Det är sant att statligt stöd ofta finansieras genom avgifter till myndigheter. [94] Dessutom ägs statliga medel i den mening som avses i artikel 92.1 inte nödvändigtvis av offentliga myndigheter, och kan i praktiken ha stannat hos det företag som fått stödet. Detta är det vanliga när det statliga stödet består i eftergift av statliga intäkter. Ett bra exempel på detta är det utökade urvalet av godkända ändamål till vilka PMU kunde använda icke uthämtade vinster från hästkapplöpningar i domen i målet Ladbroke. [95] Det har även fastställts att statliga medel inte nödvändigtvis måste ha sitt ursprung i permanenta tillgångar inom den offentliga sektorn. I domen i målet Air France omfattades de insättningar och uttag av de medel som förvaltades i franska Caisse des dépôts et consig-

92 — Se dom i de förenade målen Sloman Neptun (ovan fotnot 21), punkt 21, och i målet Ecotrade mot AFS (ovan fotnot 55), punkt 36.

93 — Dom i målet Frankrike mot Ladbroke och kommissionen (ovan fotnot 79).

94 — Se, till exempel, dom av den 27 oktober 1993 i mål C-72/92, Herbert Scharbatke (REG 1993, s. I-5509), punkt 18.

95 — Ovan fotnot 79, punkterna 45—51.

nations, vilka gav ett konstant saldo som denna kunde använda som om medlen motsvarande detta saldo definitivt stod till dess förfogande, av begreppet statligt stöd. [96]

165. Den gemensamma nämnaren för alla relevanta mål är emellertid att staten på ett eller annat sätt har utövat kontroll över medlen i fråga. Beträffande skatteliknande avgifter blir dessa statlig egendom innan de delas ut till företagen som får stödet. När en inkomst efterges har staten avsagt sig en inkomst som den i princip haft rätt till. Statliga medel i den mening som avses i artikel 92.1 är således bara medel som offentliga myndigheter *faktiskt kunnat använda*. [97]

166. I detta mål har pengarna i fråga aldrig kunnat användas av tyska myndigheter. Ingen offentlig myndighet har vid någon tidpunkt haft några rättigheter till dessa pengar. De har faktiskt aldrig lämnat den privata sektorn. Om något av företagen skulle underlåta att uppfylla sina förpliktelser enligt 1998 års StrEG måste det berättigade företaget gå till domstol. Om det argument kommissionen och Preussen-Elektra fört fram skulle vinna gehör, skulle alla pengar som en person är skyldig någon annan till följd av en viss lag anses vara statliga medel. Detta förefaller vara en orimligt vid tolkning av detta begrepp. Privata medel som skall överföras enligt 1998 års StrEG skall därför inte vid någon tidpunkt anses vara statliga medel i den mening som avses i artikel 92.1 i EG-fördraget.

167. I själva verket vill kommissionen och PreussenElektra att domstolen skall bedöma 1998 års StrEG i analogi med åtgärder som finansierats genom skatteliknande avgifter. Varje analogi förutsätter dock att det föreligger en situation som inte regleras i någon befintlig regel. Det följer av diskussionen ovan att en sådan entydig regel redan finns, nämligen att åtgärder som finansieras uteslutande av privata medel inte omfattas av reglerna om statligt stöd. Den av kommissionen och Preussen-Elektra föreslagna analogin skulle således effektivt radera ut skillnaden mellan offentligt finansierade åtgärder och privat finansierade åtgärder.

96 — Dom av den 12 december 1996 i mål T-358/94, Ladbroke (REG 1996, s. II-2109), punkterna 66 och 67.

97 — Se formuleringarna i målet Ladbroke, punkt 50, och i målet Air France, punkt 68.

c) Minskade inkomster för offentligt ägda företag som en form av statliga medel

168. Enligt kommissionen följer det av domarna i målen Ecotrade[98] och Van der Kooy[99] att en stödåtgärd som finansieras av företag som helt eller delvis ägs av staten måste anses finansierad av statliga medel i den mening som avses i artikel 92.1. Kommissionen har hänvisat till uppgifter som publicerats år 1996[100] och gjort gällande att en majoritet av kapitalet i sex av de nio stora primära nätinnehavarna på den tyska elmarknaden ägs av staten, och att 60 procent av aktierna i alla bolag inom regional distribution likaledes ägs av offentliga myndigheter (i de flesta fall städer och kommuner). Det följer enligt kommissionens uppfattning härav att inköpsskyldigheten och kompensationsmekanismen i 1998 års StrEG utgör statligt stöd åtminstone i den utsträckning som de påverkar företag som ägs av staten. Eftersom man i 1998 års StrEG inte gjort någon skillnad mellan offentligt och privat ägda företag skulle lagen i sin helhet ha anmälts till kommissionen.

169. I domen i målet Van der Kooy hade domstolen att bedöma om en taxa för naturgas som såldes av Nederlandse Gasunie till växthusodlare i Nederländerna var att betrakta som statligt stöd. Nederlandse Gasunie var ett företag som bildats enligt privaträttsliga bestämmelser, där 50 procent av aktierna ägdes direkt eller indirekt av staten.

170. Generaladvokaten Slynn diskuterade inte bara huruvida taxan hade bestämts av staten, utan också om statliga medel hade använts. Kommissionen hade i det omtvistade beslutet fastslagit att stödet finansierats av statliga medel, och sökandena hade bestritt den slutsatsen.[101] Generaladvokatens uppfattning var att stödet i fråga finansierats av statliga medel, eftersom staten eftergav sin del av de vinster som skulle ha uppkommit i Nederlandse Gasunie om priserna varit högre.[102]

171. Domstolen undersökte emellertid inte om statliga medel använts. Den kontrollerade bara om staten var ansvarig för fastställandet av taxan i fråga. Detta kan förklaras av den osäkerhet som då rådde till följd av domen i målet kommissionen mot Frankrike.[103] Vilken anledningen än var, kan inte Van der Kooy åberopas till stöd för att en minskning av vinsten i ett statligt ägt företag är liktydigt med finansiering av statliga medel, eftersom dom-

98 — Ovan fotnot 55.

99 — Ovan fotnot 54.

100 — Kommissionen har hänvisat till Eugene D. Cross, *Electric Utility Regulation in the European Union — A Country by Country Guide*, 1996, s. 133—136.

101 — Se förhandlingsrapporten, punkt III A 3, s. 236.

102 — Se förslaget till avgörande, s. 250.

103 — Ovan punkt 122.

stolen synbarligen inte ansåg finansiering av statliga medel som en nödvändig beståndsdel i begreppet statligt stöd.

172. Målen Ecotrade [104] och Piaggio [105] rörde båda en italiensk lag som medgav att, med avvikelse från vanliga regler om insolvens, vissa industriföretag på obestånd kunde ställas under tvångsförvaltning och ges skydd mot enskilda utmätningsåtgärder. Enligt domstolens mening innebar uttrycket "stöd" nödvändigtvis att förmåner måste ges direkt eller indirekt av statliga medel, eller utgöra en ytterligare utgift för staten eller organ som upprättats eller utformats för detta syfte. Enligt domstolens uppfattning var den ifrågavarande italienska lagen avsedd att tillämpas selektivt till nytta för vissa företag som hade särskilt stora skulder till vissa, huvudsakligen offentliga, typer av borgenärer. Det var högst sannolikt att staten eller offentliga organ skulle vara bland de främsta borgenärerna till företagen i fråga. Dessutom fanns flera andra drag i det system som upprättats genom lagen som kunde medföra ytterligare belastningar för staten, jämfört med den situation som skulle ha varit om de vanliga insolvensreglerna tillämpats. Mot bakgrund av dessa indikationer uttalade domstolen att det ankom på den nationella domstolen att fastställa huruvida det var fråga om statligt stöd.

173. Jag måste erkänna att jag inte är helt säker på hur dessa domar skall tolkas. [106] Det är till exempel inte klart om lagen i fråga i sig eller bara dess tillämpning i ett specifikt fall kan utgöra statligt stöd. I motsats till vad kommissionen synes anta har domstolen dessutom inte uttryckligen angett att finansiering av en stödåtgärd genom minskade inkomster i statligt ägda företag kan anses som finansiering av statliga medel i den mening som avses i artikel 92.1 i EG-fördraget. Domstolen nämnde, för att förklara hur statliga medel kan ha blivit använda, som potentiellt drabbade borgenärer vissa kategorier av fordringsägare, till största delen av offentlig karaktär, [107] staten eller offentliga organ [108] och de offentliga myndigheterna. [109] Enligt min mening ger inte heller domarna i dessa mål någon klar vägledning.

174. Om domarna i målen Ecotrade och Piaggio ändå skall förstås så att finansiering av en åtgärd genom minskade inkomster

104 — Ovan fotnot 55.

105 — Ovan fotnot 78.

106 — Se också kommentarerna från generaladvokaten Ruiz-Jarabo inför domen i målet Piaggio, punkt 30.

107 — Domen i målet Ecotrade (ovan fotnot 55), punkt 38.

108 — Punkterna 38 och 41.

109 — Punkterna 41 och 43.

för offentligt ägda företag kan utgöra finansiering av statliga medel är två inskränkningar nödvändiga.

175. För det första anser jag att en allmän åtgärd som ger fördelar till en grupp företag på bekostnad av en annan inte kan anses vara statligt stöd bara för att ett eller några företag i den senare gruppen helt eller delvis ägs av staten. En sådan tolkning av begreppet "av statliga medel" skulle medföra att ett stort antal lagar om förhållandet mellan företag omfattades av reglerna om statligt stöd. Dessutom skulle det leda till absurda resultat på så sätt att en medlemsstat troligen skulle behöva undanta det offentligt ägda företaget från de förpliktelser som de andra företagen drabbas av för att efterleva reglerna om statligt stöd. Detta skulle uppenbart snedvrida konkurrensen mellan olika företag beträffande åtgärdens finansiering. Dessa överväganden kan förklara varför domstolen i domarna i målen Ecotrade och Piaggio betonade att staten eller offentliga organ skulle vara bland det insolventa företagets "främsta fordringsägare".

176. I detta mål har den tyska regeringen i sitt svar på en skriftlig fråga från domstolen uppgett att för närvarande kontrolleras två av åtta företag med primära nät på den tyska elmarknaden av staten. Beträffande den regionala distributionen kunde inga detaljerade uppgifter läggas fram, men ägarstrukturen var stadd i snabb omvandling till förmån för privat ägande. Det är också viktigt att notera att, i motsats till målen Ecotrade och Piaggio, inga andra offentliga organ som socialförsäkringsinstitutioner eller statligt ägda banker är inblandade i finansieringen.

177. Följaktligen är fördelarna för producenter av el från förnybara energikällor uteslutande finansierade av företag som upprättats enligt privaträttsliga bestämmelser, av vilka en majoritet tydligen är i privat ägo. Vid sådant förhållande kan inte den mekanism som upprättats i 1998 års StrEG anses vara finansierad "av statliga medel".

178. För det andra är PreussenElektra självt ett privatägt företag med, vilket angivits ovan, 63,5 procent av aktierna i Schleswag. Tillämpningen av 1998 års StrEG i det specifika fallet medförde således inte någon extra belastning för staten eller minskade inkomster för statligt ägda företag.

179. Det följer således att kommissionens argument om finansiering av stödet genom

minskade inkomster för statliga företag inte kan vinna bifall.

4. Är 1998 års StrEG en åtgärd med motsvarande verkan som ett statligt stöd, vilket är förbjudet enligt artikel 5.2 i EG-fördraget?

180. Kommissionen har hävdat att om 1998 års StrEG inte skall anses vara statligt stöd i strikt mening, är den ändå att anse som en åtgärd som syftar till att kringgå reglerna om statligt stöd. Domstolen har fastslagit, mot bakgrund av artikel 3 g och artikel 85 i EG-fördraget, att det enligt artikel 5 är förbjudet för medlemsstaterna att införa eller upprätthålla åtgärder, inte ens i form av lag eller annan författning, som kan förta den ändamålsenliga verkan av konkurrensregler som är tillämpliga på företag. [110] 1998 års StrEG, som medför samma skadliga verkningar som statligt stöd, trots att det finansieras av privata medel, utgör samma hot mot effektiviteten hos artiklarna 92 och 93. En åtgärd som 1998 års StrEG innebär därmed en överträdelse av artikel 5.2 i EG-fördraget jämförd med artiklarna 92 och 93. Eftersom det redan finns ett lämpligt förfarande angivet i artikel 93 skulle det vara fel att hantera överträdelsen av artikel 5 enligt förfarandet i artikel 169 i EG-fördraget (nu artikel 226 EG). En överträdelse av artikel 5 jämförd med artiklarna 92 och 93 hanteras därför bäst genom en av teleologiska skäl extensiv tillämpning av begreppet statligt stöd i artikel 92.1.

181. Kommissionen har redan argumenterat på liknande sätt i målet kommissionen mot Frankrike. [111] Det målet rörde ett särskilt stöd till fattiga jordbrukare, som finansierades genom det under flera år ackumulerade driftsöverskottet från Caisse nationale de crédit agricole. Eftersom överskottet uppkommit vid hantering av privata medel ansåg kommissionen att det inte rörde sig om statligt stöd i strikt mening. Den gjorde därför gällande att det var en åtgärd med motsvarande verkan som ett statligt stöd, vilken omfattas av artikel 5 i fördraget, och inledde på denna grund det förfarande som anges i artikel 169 i EG-fördraget. [112]

182. Domstolen framhöll att förfarandet i artikel 169 i EG-fördraget inte gav alla berörda parter samma garantier som förfarandet i artikel 93.3. Kommissionen var därför hänvisad till att använda det senare förfarandet om den ville göra gällande att det rörde sig om stöd som var oförenligt med den gemensamma marknaden. I artiklarna 92 och 93 lämnades inget utrymme för det parallella begreppet "åtgärd med motsvarande verkan som ett statligt stöd", som därför var underkastade andra regler än de som tillämpades på åtgärder som verkligen anses vara stöd.

110 — Se, till exempel, dom av den 17 november 1993 i mål C-2/91, Meng (REG 1993, s. I-5751; svensk specialutgåva, volym 14, s. 407), punkt 14.

111 — Ovan fotnot 56.

112 — Punkterna 6—9 i domen.

183. Det framgår klart av domen att idén om "åtgärder med motsvarande verkan som ett statligt stöd" som strider mot artikel 5.2 och kan vara föremål för talan enligt artikel 169 i EG-fördraget inte har något stöd i fördraget.

184. I detta mål har kommissionen föreslagit, om jag förstått deras argument, något som är en aning annorlunda, nämligen att 1998 års StrEG, som en "åtgärd med motsvarande verkan som ett statligt stöd" strider mot artikel 5.2 i EG-fördraget och att den skall prövas enligt förfarandet i artikel 93 genom en extensiv tolkning av begreppet stöd i artikel 92.1.

185. Enligt min mening är detta argument felaktigt. Det kan finnas flera tänkbara sätt att pröva en överträdelse av ett förbud som det i artikel 5.2. Men jag kan inte förstå hur överträdelsen av detta allmänna förbud kan ge upphov till en extensiv tillämpning av en annan grupp speciella regler som förbjuder en särskild typ av statliga åtgärder. Det skall också hållas i minne att det antagande som ligger bakom kommissionens argument är att åtgärder som finansieras av privata medel inte utgör statligt stöd. Om kommissionens påstående skulle godtas, skulle artikel 5 i EG-fördraget kunna användas till att utvidga fördragets tillämpningsområde. Det kommissionen faktiskt gjort är att föreslå en extensiv teleologisk tolkning av artikel 92.1 som innefattar stöd som finansieras av privata medel. Av de skäl som angivits ovan är jag motståndare till en sådan extensiv tolkning.

186. Jag menar därför att den mekanism som upprättats genom 1998 års StrEG inte innebär statligt stöd i den mening som avses i artikel 92.1 i EG-fördraget.

VII — Fråga 2: Omfattningen av förbudet mot genomförande i artikel 93.3 i EG-fördraget

187. Genom sin andra fråga vill den nationella domstolen i huvudsak få klarhet i om de begränsningar som anges i artikel 93.3 i EG-fördraget skall tillämpas inte bara på stödåtgärden i sig, utan också på genomförandebestämmelser som 4.1 § i 1998 års StrEG.

188. Den har emellertid bara ställt denna fråga för det fall att inköpsskyldigheten till ett minimipris enligt 2 och 3 §§ i 1998 års StrEG utgör statligt stöd, medan kompensationsmekanismen i 4.1 § inte gör det.

189. Mot bakgrund av svaret på den första frågan aktualiseras inte den andra.

VIII — Fråga 3: Stromeinspeisungsgesetz 1998 som en åtgärd med motsvarande verkan som en kvantitativ importrestriktion

1. *Inledande anmärkningar*

190. Genom sin tredje fråga vill den nationella domstolen veta om en mekanism som den som upprättats genom 1998 års StrEG utgör en kvantitativ importrestriktion eller en åtgärd med motsvarande verkan i den mening som avses i artikel 30 i EG-fördraget.

191. Enligt den nationella domstolens uppfattning kan förpliktelsen för tyska nätinnehavare att köpa elektricitet från förnybara energikällor inom deras distributionsområde minska efterfrågan på el från andra medlemsstater, och skall därför anses vara en åtgärd med motsvarande verkan som en kvantitativ importrestriktion.

192. Såväl PreussenElektra som Schleswag anser att 1998 års StrEG är oförenlig med artikel 30 i EG-fördraget. Enligt deras uppfattning påverkar förpliktelsen att köpa en viss mängd el från förnybara energikällor inom deras distributionsområde möjligheten att importera el från andra medlemsstater. Den åtgärden, som är en direkt diskriminering i enlighet med domstolens praxis, [113] kan inte motiveras av miljöskäl. Den kan inte heller berättigas med hänvisning till artikel 36 i EG-fördraget, eftersom miljöskydd inte är upptaget bland de intressen som skyddas av den bestämmelsen. I vilket fall innebär 1998 års StrEG en överträdelse av proportionalitetsprincipen.

193. Intervenienterna, den tyska regeringen och kommissionen har i huvudsak gjort gällande att åtgärden i fråga antingen inte hindrar handeln mellan medlemsstaterna i någon väsentlig omfattning eller är berättigad med hänsyn till behovet av skydd för miljön eller säkerhet i strömförsörjningen.

194. Mot bakgrund av det föreslagna svaret på de två första frågorna kan domstolens svar på den nationella domstolens tredje fråga vara avgörande för utgången i målet vid den nationella domstolen. De rättsliga frågor som denna fråga ger upp-

113 — Dom av den 17 juni 1981 i mål 113/80, kommissionen mot Irland (REG 1981, s. 1625; svensk specialutgåva, volym 6, s. 145), punkt 11.

hov till är dessutom både komplexa och av stor betydelse.

195. Tyvärr har dock dessa frågor inte diskuterats till fullo av parterna, och domstolens information om fakta är inte fullgod. Fram tills nu har rättegången angående giltigheten av Stromeinspeisungsgesetz koncentrerats på dess verkningar antingen för de företag som finansierat mekanismen [114] eller på företag som konkurrerar med producenter av elektricitet från förnybara energikällor. [115] Den nationella domstolens tredje fråga rör däremot en tredje verkan av 1998 års StrEG, vilken hittills i stort sett förbiseits, nämligen dess verkningar på gränsöverskridande handel med el. Det är dessutom inte klart precis på vilket sätt och i vilken utsträckning import av el från andra medlemsstater i praktiken påverkas negativt av tillämpningen av 1998 års StrEG, och särskilt, till exempel, huruvida import av elektricitet från förnybara energikällor över huvud taget är tekniskt genomförbar och om sådan elektricitet kan skiljas från elektricitet från konventionella energikällor.

196. På grund av denna brist på argument och bakgrundsinformation kommer domstolen eventuellt att finna det nödvändigt att återuppta den muntliga delen av rättegången avseende den tredje frågan, eller också nöjer sig domstolen med att i allmänna ordalag ange hur reglerna om fri rörlighet av varor skall tolkas och lämnar den slutliga bedömningen till den nationella domstolen. Av samma skäl kommer jag endast att diskutera dessa frågor i korthet, trots deras stora betydelse. I avsaknad av argument förefaller det endast vara möjligt att göra preliminära iakttagelser.

2. *Artikel 30 i EG-fördraget*

197. Jag vill inledningsvis påpeka att reglerna om fri rörlighet för varor är tillämpliga i förevarande fall. El är en vara i den mening som avses i avdelning I i tredje delen av EG-fördraget, och således också i artikel 30 som ingår i den avdelningen. [116] Dessutom är enligt min mening den mekanism som upprättats i 1998 års StrEG inte att betrakta som statligt stöd enligt artikel 92.1 i EG-fördraget. Om så är fallet uppkommer inte den svåra frågan om en åtgärd som omfattas av reglerna om statligt stöd ändå kan omfattas av artikel 30 i EG-fördraget. [117]

114 — Som redan nämnts har PreussenElektra och Schleswag vid den tyska författningsdomstolen ifrågasatt Stromeinspeisungsgesetz förenlighet med konstitutionen.

115 — Detta är den logik som ligger bakom den nationella domstolens första och andra fråga.

116 — Dom av den 27 april 1994 i mål C-393/92, Almelo (REG 1994, s. I-1477; svensk specialutgåva, volym 15, s. 89), punkt 28, och av den 23 oktober 1997 i mål C-158/94, kommissionen mot Italien (REG 1997, s. I-5789), punkterna 14—20.

117 — Se, å ena sidan, dom av den 22 mars 1977 i mål 74/76, Ianelli & Volpi (REG 1977, s. 557; svensk specialutgåva, volym 3, s. 315), punkterna 10—17, 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 41, och, å andra sidan, dom av den 24 november 1982 i mål 249/81, kommissionen mot Irland (REG 1982, s. 4005; svensk specialutgåva, volym 6, s. 565), punkt 18, av den 7 maj 1985 i mål 18/84, kommissionen mot Frankrike (REG 1985, s. 1339), punkt 13, av den 5 juni 1986 i mål 103/84, kommissionen mot Italien (REG 1986, s. 1759), punkt 19, och av den 20 mars 1990 i mål 21/88, Dupont de Nemours Italiana (REG 1990, s. 889; svensk specialutgåva, volym 10, s. 259), punkt 20.

198. Eftersom man i 1998 års StrEG inte vare sig helt eller delvis förbjudit import av el från andra medlemsstater kan den inte anses vara en kvantitativ importrestriktion i den mening som avses i artikel 30 i EG-fördraget.

199. Jag anser emellertid att inköpsskyldigheten i 1998 års StrEG skall anses vara en åtgärd med motsvarande verkan som en kvantitativ importrestriktion.

200. PreussenElektra och Schleswag har i detta avseende gjort gällande att mekanismen som upprättats genom 1998 års StrEG begränsar importen av el på två sätt. För det första tvingar inköpsskyldigheten nätinnehavare i Tyskland att köpa en viss andel av sin el från nationella producenter av el från förnybara energikällor och begränsar på så sätt möjligheten att köpa el från till exempel Skandinavien. I detta sammanhang har Schleswag hävdat, som redan nämnts, [118] att man erbjudits köpa elektricitet från förnybara energikällor i Sverige till ett relativt lågt pris, och att man inte kunnat anta erbjudandet på grund av sin förpliktelse att köpa all vindkraft som produceras inom dess distributionsområde. PreussenElektra har, för det andra, gjort gällande att tillämpningen av 1998 års StrEG i norra Tyskland påverkar överföringskapaciteten för import och export av elektricitet, eftersom inmatningen av el från vindkraft i de nät med medelhög spänning som finns i tyska regioner nära den danska gränsen skapar flaskhalsar i överföringen mellan Tyskland och Danmark på högspänningsnivå.

201. Enligt domstolens praxis omfattar artikel 30 alla handelsregler antagna av medlemsstater som kan utgöra ett hinder, direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, för handeln inom gemenskapen. [119] Skyldigheten för alla importföretag att täcka en viss procentandel av sina behov av en produkt genom köp från en inhemsk leverantör begränsar i samma omfattning möjligheterna till import av just den produkten. [120] Också uppmuntran ifrån lagstiftaren till köp av inhemska produkter måste anses vara åtgärder med motsvarande verkan som en kvantitativ importrestriktion. [121]

202. I detta mål begränsar 1 § i 1998 års StrEG uttryckligen inköpsskyldigheten till

118 — Ovan punkt 99.

119 — Dom av den 11 juli 1974 i mål 8/74, Dassonville (REG 1974, s. 837; svensk specialutgåva, volym 2, s. 343), punkt 5.

120 — Dom av den 10 juli 1984 i mål 72/83, Campus Oil Limited m.fl. (REG 1984, s. 2727; svensk specialutgåva, volym 7, s. 633), punkt 16, se också domen i målet Dupont de Nemours Italiana (ovan fotnot 117), punkt 11.

121 — Dom i målet kommissionen mot Irland (ovan fotnot 117), punkterna 27—29, i målet kommissionen mot Italien (ovan fotnot 117), punkt 24.

el som producerats i Tyskland.[122] Det framgår av svaren på domstolens skriftliga frågor att den nyligen införda regeln för offshoreanläggningar i 2 §, andra meningen i 1998 års StrEG[123] inte är avsedd att utvidga tillämpningsområdet för inköpsskyldigheten till att avse el från förnybara energikällor utanför Tyskland, utan bara till anläggningar längs den tyska kusten. 1998 års StrEG gynnar därmed försäljning av el av tyskt ursprung till nackdel för importerad el, och hindrar de berörda företagen från att täcka en del av sina behov genom inköp från elproducenter i andra medlemsstater. Eftersom 1998 års StrEG således i varje fall potentiellt hindrar handeln inom gemenskapen måste den anses omfattas av artikel 30 i EG-fördraget.

203. Intervenienterna och den tyska regeringen har framfört att den elektricitet från förnybara energikällor som omfattas av 1998 års StrEG motsvarar endast 1 procent av den tyska elkonsumtionen. Eftersom inköpsskyldigheten endast rör en obetydlig del av elmarknaden påverkas, enligt deras uppfattning, inte handeln mellan medlemsstaterna.

204. Enligt domstolens nuvarande praxis är det oklart om det finns någon *de minimis* regel i förhållande till artikel 30 i EG-fördraget, som undantar åtgärder utan märkbar påverkan på handeln från dess tillämpningsområde.[124] Även om det skulle finnas en sådan regel vore den inte tillämplig i detta mål. Såväl i absoluta som i relativa termer (till exempel potentiell import från Danmark eller Sverige) är inte en gränsöverskridande elhandel som uppgår till 1 procent av Tysklands totala elkonsumtion försumbar. Detta skulle gälla i ännu högre grad om man bara studerade påverkan på handeln med el från förnybara energikällor.

205. Följaktligen måste en mekanism som den som upprättats i 1998 års StrEG anses vara en åtgärd med motsvarande verkan som en kvantitativ importrestriktion och därför i princip förbjuden enligt artikel 30 i EG-fördraget.

3. *Berättigande*

206. Den nationella domstolen har bara frågat om en sådan mekanism som den som

122 — Ovan punkt 25.

123 — Ovan punkt 28.

124 — Se, å ena sidan, dom av den 13 mars 1984 i mål 16/83, Prantl (REG 1984, s. 1299; svensk specialutgåva, volym 7, s. 549), punkt 20, av den 5 april 1984 i de förenade målen 177/82 och 178/82, Van der Haar och Kaveka de Meern (REG 1984, s. 1797), punkt 13, av den 14 mars 1985 i mål 269/83, kommissionen mot Frankrike (REG 1985, s. 837), punkt 10, av den 5 juni 1986 i mål 103/84 (ovan fotnot 117), punkt 18. Se, å andra sidan, till exempel, dom av den 18 juni 1998 i mål C-266/96, Corsica Ferries France (REG 1998, s. I-3949), punkt 31, och implicit av den 13 januari 2000 i mål C-254/98, Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb (REG 2000, s. I-151), punkt 30.

upprättats genom 1998 års StrEG omfattas av artikel 30 i EG-fördraget. För att ge ett användbart svar kommer jag också att undersöka möjliga skäl som kan berättiga de restriktioner för handeln som åtgärden i fråga medför.

a) Tryggad strömförsörjning

207. Vad angår, för det första, artikel 36 i EG-fördraget har intervenienterna, den tyska regeringen och kommissionen hänvisat till den möjlighet som den bestämmelsen ger att begränsa importen med hänsyn till allmän säkerhet, vilket enligt deras uppfattning innefattar en säker strömförsörjning. De har därvid hänvisat till artikel 8.4 i eldirektivet [125] där följande föreskrivs:

"En medlemsstat kan, av försörjningstrygghetsskäl bestämma att, vid avgörande av inmatningsordningen, prioritet skall ges åt produktionsanläggningar som använder inhemskt bränsle i en utsträckning som inte något kalenderår överstiger 15 procent av den totala mängd primärenergi som behövs för att producera den el som konsumeras i den berörda medlemsstaten."

125 — Ovan fotnot 12.

208. Enligt min mening kan inte artikel 8.4 i eldirektivet åberopas i detta mål. Den regeln måste tolkas restriktivt, eftersom den utgör ett undantag ifrån huvudregeln i artikel 8.2 i direktivet, nämligen att den systemansvarige för överföringssystemet skall vara ansvarig för produktionsanläggningarnas inmatningsordning och utnyttja länkar inom sitt område på grundval av objektiva, offentliggjorda och icke-diskriminerande kriterier, vilka skall ta nödvändiga hänsyn till att den inre marknaden för el skall fungera väl. Enligt den klara ordalydelsen i artikel 8.4 skall den bara tillämpas på "produktionsanläggningar som använder *inhemskt bränsle*", i den franska språkversionen "sources *combustibles indigènes*" och i den tyska språkversionen "*einheimische* Primärenergieträger als *Brennstoffe*". Vind är varken ett "bränsle" i denna mening eller en "inhemsk" råvara. Följaktligen skall artikel 8.4 inte tillämpas. I vilket fall medges i artikel 8.4 särbehandling endast på grund av ursprunget hos den primära energikällan som används och inte på grund av produktionsanläggningens lokalisering.

209. Enligt min uppfattning kan inte heller artikel 36 åberopas beträffande tryggande av strömförsörjning. Domstolen fastslog visserligen i målet Campus Oil att syftet att vid varje tidpunkt säkerställa en minimiförsörjning av petroleumprodukter skall anses kunna omfattas av begreppet allmän

säkerhet. [126] För det första är det dock tveksamt om det fortfarande är möjligt att åberopa artikel 36 eftersom det i eldirektivet har föreskrivits vilka åtgärder som skall vidtas för att trygga tillgången. [127] Dessutom är vindkraft ännu inte så betydelsefull ur ekonomisk synpunkt som petroleumprodukter. Denna särskilda roll för petroleumprodukter var en avgörande faktor i domstolens tämligen exceptionella avgörande i det målet. [128] Slutligen har 1998 års StrEG tillkommit främst av miljöskäl, och de positiva verkningarna för energiförsörjningen är bara sidoeffekter av lagen i fråga.

210. I vilket fall kunde åtgärden i dess nuvarande form anses överträda andra meningen i artikel 36 i EG-fördraget och proportionalitetsprincipen. Det är inte klarlagt att undantaget för elektricitet från förnybara energikällor i andra medlemsstater bidrar till syftet att trygga elförsörjningen. Den kan därmed utgöra en godtycklig diskriminering mot elektricitet från förnybara energikällor från andra medlemsstater.

b) Miljöskydd

211. Den andra grunden för berättigande som intervenienterna, kommissionen och Tyskland åberopat är skyddet för miljön. I detta avseende har de hänvisat, för det första, till artiklarna 3.2, 8.3 och 11.3 i eldirektivet och, för det andra, till reglerna om miljöskydd i EG-fördraget.

212. Jag är inte övertygad om att den mekanism som upprättats genom 1998 års StrEG omfattas av någon av dessa bestämmelser i eldirektivet.

213. Enligt artikel 3.2 i direktivet får medlemsstaterna i det allmänna ekonomiska intresset ålägga företag som bedriver verksamhet inom elsektorn att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, vilka kan avse tillförlitlighet, inbegripet försörjningstrygghet, regelbundenhet, kvalitet och pris på leveranser samt miljöskydd. Det anges emellertid uttryckligen att sådana tjänster skall vara icke-diskriminerande. I detta mål har inköpsskyldigheten för nätinnehavare bara omfattat elektricitet som producerats i Tyskland.

214. Enligt artiklarna 8.3 och 11.3 kan en medlemsstat ålägga den systemansvarige att, då denne avgör inmatningsordningen mellan produktionsanläggningar, prioritera anläggningar som använder förnybara energikällor. Dessa bestämmelser måste

126 — Ovan fotnot 120, punkt 35 i domen.
127 — Ibidem, punkt 27.
128 — Ibidem, punkt 34.

tolkas restriktivt, eftersom de är undantag till de allmänna reglerna om icke-diskriminering i artiklarna 8.2 och 11.2. Till skillnad från artikel 8.4, enligt vilken det är tillåtet med diskriminering inom vissa gränser med hänvisning till ursprung för "primärenergin" i fråga, är det enligt artiklarna 8.3 och 11.3 bara tillåtet att göra skillnad mellan olika typer av elproduktion. En sådan bestämmelse som den i 1998 års StrEG, som diskriminerar importerad elektricitet till förmån för den inhemskt producerade av samma slag, kan därför inte motiveras med hänvisning till dessa bestämmelser.

215. Kan den begränsning av import som orsakas av 1998 års StrEG ändå vara motiverad enligt fördraget med hänvisning till miljöskäl?

216. Miljöskyddet återfinns inte i uppräkningen i artikel 36 i EG-fördraget. Domstolen har emellertid fastslagit att vissa hinder mot den fria rörligheten för varor måste accepteras därför att de måste anses nödvändiga för att tillgodose tvingande hänsyn som erkänns i gemenskapsrätten. [129] Det är enligt domstolens fasta praxis så att skyddet av miljön har karaktären av tvingande hänsyn som kan begränsa tillämpningen av artikel 30 i EG-fördraget. [130]

217. 1998 års StrEG syftar utan tvekan till att främja miljöskäl av avsevärd betydelse. Produktionen av el från förnybara energikällor kan medföra ett väsentligt bidrag till minskningen av utsläpp av växthusgaser och bevarandet av icke förnybara konventionella energikällor. Som vi kan utläsa ur de imponerande siffror kommissionen hänvisat till [131] förefaller 1998 års StrEG vara en synnerligen effektiv ordning för att öka användningen av förnybara energikällor.

218. Det är emellertid tveksamt om det är berättigat att i detta mål åberopa miljöskäl.

219. Det första problemet är att eftersom man i eldirektivet fastslagit harmoniserade regler om tillåtna nationella åtgärder för att främja elektricitet från förnybara energikällor kan möjligheten att hänvisa till tvingande hänsyn enligt EG-fördraget vara utesluten. Emellertid har vissa specifika gemenskapsåtgärder för att gynna el från

129 — Dom av den 20 februari 1979 i mål 120/78, Rewe-Zentral (REG 1979, s. 649; svensk specialutgåva, volym 4, s. 377), punkt 8.

130 — Dom av den 20 september 1988 i mål 302/86, kommissionen mot Danmark (REG 1988, s. 4607; svensk specialutgåva, volym 9, s. 579), punkt 9.

131 — Se ovan punkt 20.

förnybara energikällor på den inre marknaden diskuterats men ännu inte antagits, [132] vilket medför att medlemsstaterna fortsätter att åtnjuta en viss frihet i detta avseende.

220. Det andra problemet är, som PreussenElektra med rätta har angett, att det fram till helt nyligen varit domstolens fasta praxis att det inte varit möjligt att åberopa tvingande skäl för berättigande av nationella åtgärder som inte tillämpades på inhemska och importerade produkter utan åtskillnad. [133]

221. Beträffande 1998 års StrEG omfattas el från förnybara energikällor av inköpsskyldigheten, medan samma slags el som producerats i näraliggande medlemsstater inte omfattas. Enligt 1998 års StrEG behandlas således, såväl rättsligt som faktiskt, el av inhemskt ursprung mer förmånligt än importerad el. På grund av den praxis som redovisats i föregående punkt kan därför inte miljöskäl berättiga 1998 års StrEG.

222. Kommissionen har åberopat domen i målet om avfall i Vallonien. [134] Man har menat att ett liknande angreppssätt skall användas i detta mål för att kunna motivera åtgärden utifrån miljöskäl.

223. Det målet rörde en åtgärd enligt vilken det var förbjudet att mellanlagra, deponera eller dumpa avfall från en annan medlemsstat eller en annan belgisk region än Vallonien. Beträffande frågan om denna åtgärd kunde motiveras av i huvudsak tvingande miljöskäl resonerade domstolen väsentligen på följande sätt.

224. Enligt domstolen var det sant att tvingande hänsyn bara skall beaktas när det är fråga om åtgärder som tillämpas utan åtskillnad på inhemska och importerade produkter. För att avgöra om hindret i fråga är diskriminerande eller ej är det dock viktigt att beakta avfallets särskilda egenskaper och principen att miljöförstöring företrädesvis bör hejdas vid källan, som uppställs för gemenskapens miljöpolitik i artikel 130r.2 i EG-fördraget (nu artikel 174.2 EG i ändrad lydelse) och principerna om självförsörjning och närhet som fastställs i Baselkonventionen om kontroll av gränsöverskridande transporter och slutligt omhändertagande av riskavfall. Mot bakgrund av de skillnader som föreligger mellan avfall beroende på var det producerats och avfallets koppling till den plats

132 — Se ovan punkt 44.

133 — Se till exempel domen i målet kommissionen mot Irland (ovan fotnot 113), punkt 11, av den 25 april 1985 i mål 207/83, kommissionen mot Förenade kungariket (REG 1985, s. 1201; svensk specialutgåva, volym 8, s. 159), punkt 22, och av den 25 juli 1991 i de förenade målen C-1/90 och C-176/90, Aragonesa de Publicidad Exterior (REG 1991, s. I-4151; svensk specialutgåva, volym 11, s. 373), punkt 13.

134 — Dom av den 9 juli 1992 i mål C-2/90, kommissionen mot Belgien (REG 1992, s. I-4431; svensk specialutgåva, volym 8, s. 31).

där det producerats kunde inte de ifrågasatta åtgärderna anses vara diskriminerande. [135]

225. Enligt min mening är domskälen i målet om avfall i Vallonien felaktiga, och bör inte anföras i detta mål. Frågan om en åtgärd tillämpas utan åtskillnad på inhemska och importerade produkter är logiskt sett preliminär och neutral. Dess enda funktion enligt domstolens praxis är att avgöra vilka skäl som kan användas. Jag menar därför att man vid bedömningen av om en åtgärd är direkt diskriminerande inte skall ta hänsyn till om regeln är lämplig.

226. Men till och med domen i målet om avfall i Vallonien visar också något annat, nämligen att det är önskvärt att också direkt diskriminerande åtgärder ibland kan anses motiverade av miljöskäl.

227. Det finns dessutom vissa tecken på att domstolen är i färd med att se över sin tidigare praxis. Domstolen har godtagit tvingande hänsyn i mål där det varit åtminstone tveksamt om åtgärden kunde anses vara tillämplig på inhemska och importerade produkter utan åtskillnad. [136] I domen i målet Dusseldorp lämnade domstolen uttryckligen öppet huruvida en diskriminerande begränsning av exporten i princip kunde motiveras med hänvisning till miljöskäl. [137] Det mål som är mest anmärkningsvärt är dock kanske målet Aher-Waggon. [138] I det målet var det fråga om en tysk åtgärd som gjorde registrering av luftfartyg i Tyskland beroende av att vissa bullerkrav efterlevdes. Den åtgärden förefaller mig vara direkt diskriminerande eftersom ett luftfartyg som tidigare registrerats i en annan medlemsstat inte kunde registreras i Tyskland även om luftfartyg av samma konstruktion som redan registrerats i Tyskland innan denna åtgärd genomfördes kunde behålla sin registrering. Domstolen fastslog emellertid, utan att avgöra om åtgärden var direkt diskriminerande, att ett hinder av detta slag kunde motiveras med hänvisning till folkhälsoskäl och miljöskydd. [139]

228. Således kan det, å ena sidan, "inte uteslutas att relevansen av distinktionen mellan artikel 30 [tidigare artikel 36] och

135 — Ibidem, punkterna 34—36.

136 — Se, till exempel, dom av den 9 juli 1997 i de förenade målen C-34/95—C-36/95, KO mot De Agostini och TV-Shop (REG 1997, s. I-3843), punkterna 44 och 45, av den 28 april 1998 i mål C-120/95, Decker (REG 1998, s. I-1831), punkterna 36 och 39, och beträffande tjänster, dom av den 28 april 1998 i mål C-158/96, Kohll (REG 1998, s. I-1931), punkterna 35 och 51.

137 — Dom av den 25 juni 1998 i mål C-203/96, Chemische Afvalstoffen Dusseldorp (REG 1998, s. I-4075), punkterna 44 och 49.

138 — Dom av den 14 juli 1998 i mål C-389/96 (REG 1998, s. I-4473).

139 — Ibidem, punkt 19.

undantag enligt '*rule of reason*' är på tillbakagång". [140] Å andra sidan har domstolen inte formellt förkastat regeln att tvingande hänsyn inte kan åberopas till stöd för direkt diskriminerade åtgärder.

229. Mot bakgrund av den grundläggande betydelsen för analysen av artikel 30 i EG-fördraget som frågan huruvida direkt diskriminerande åtgärder kan motiveras med hänvisning till tvingande skäl har, bör domstolen enligt min mening klargöra sin inställning för att skapa nödvändig rättssäkerhet.

230. Två argument kan anföras till stöd för en mer flexibel inställning avseende tvingande miljöskäl. För det första har de ändringar i fördragen som överenskoms i Amsterdam en ökad betydelse av miljöfrågor, även om inte artikel 36 i sig ändrades. [141]

231. Av särskild betydelse är artikel 6, i vilken det numera föreskrivs följande:

"Miljöskyddskraven skall integreras i utformningen och genomförandet av gemenskapens politik och verksamhet enligt artikel 3", och därmed inkluderande den inre marknaden, och där det tilläggs: "särskilt i syfte att främja en hållbar utveckling." Som visas av ordalydelsen är inte artikel 6 bara en programförklaring, utan den medför också rättsliga förpliktelser.

232. Särskilda hänsyn måste därmed tas till miljöskäl vid tolkning av fördragsbestämmelser om fri rörlighet för varor. Dessutom kan skador på miljön, även om de inte utgör något omedelbart hot — vilket ofta är fallet — mot människors, djurs och växters liv och hälsa, vilket omfattas av artikel 36 i EG-fördraget, på längre sikt utgöra ett allvarligt hot mot ekosystemet i sin helhet. Det skulle under sådana förhållanden vara svårt att motivera en lägre skyddsnivå för miljön än för handelsintressen i fördrag som slöts för flera decennier sedan och som fastslagits i texten till artikel 36 i EG-fördraget, som i sig varit oförändrad sedan den antogs år 1957.

140 — Jan H. Jans, *European Environmental Law*, 2 uppl. 2000, s. 251 (översatt här), se också Peter Oliver, "Some further reflections on the scope of articles 28—30 (30—36) EG", *Common Market Law Review 1999*, s. 783 och s. 804—806.

141 — Se, till exempel, i ingressen till Fördraget om Europeiska unionen, artikel 2 EU, artikel 2 EG, artikel 6 EG, artikel 95 EG, artikel 174 EG och artikel 175 EG.

233. För det andra kan man, genom att anse att åtgärder av miljöskäl bara kan

motiveras om de tillämpas utan åtskillnad, riskera att omintetgöra själva syftet med åtgärderna. Nationella åtgärder till skydd för miljön är till sin natur sådana att åtskillnader görs på grund av arten av och ursprunget till skadans orsaker, och är därmed benägna att anses diskriminerande just därför att de grundas på sådana accepterade principer som att "miljöförstöring företrädesvis bör hejdas vid källan" (artikel 130r.2 i EG-fördraget). Då sådana åtgärder nödvändigtvis har en diskriminerande verkan av detta slag, skall inte möjligheten att de kan motiveras vara utesluten.

234. Om man antar att miljöskäl kan åberopas (på vilken grund som helst) i detta mål, blir nästa steg att undersöka om 1998 års StrEG uppfyller proportionalitetsprincipen. Återigen är endast den kortaste av kommentarer möjlig på detta stadium.

235. Kommissionen har gjort gällande att den mekanism som upprättats genom 1998 års StrEG uppfyller proportionalitetsprincipen, eftersom den åtgärdar miljöskador, nämligen de som orsakas av gasutsläpp från konventionell energiproduktion, vid källan i enlighet med artikel 130r.2 i EG-fördraget. Dessutom är förlusten av el på grund av långa transportvägar mindre när el från förnybara energikällor matas in i lokala nät.

236. Beträffande kommissionens första argument kan jag inte förstå varför inte el från förnybara energikällor i andra medlemsstater skulle bidra till att minska gasutsläpp i Tyskland på precis samma sätt som el från förnybara energikällor i Tyskland. I bägge fallen skulle produktionen av elektricitet från konventionella energikällor, och åtföljande föroreningar, minska i samma utsträckning. I detta avseende förefaller inte begränsningen av inköpsskyldigheten till att endast avse el som producerats i Tyskland vara förenlig med proportionalitetsprincipen.

237. Beträffande kommissionens andra argument anser jag att den nationella domstolen måste göra de bedömningar som är nödvändiga för att avgöra om det verkligen är nödvändigt att producenter av elektricitet från förnybara energikällor i andra medlemsstater inte omfattas av 1998 års StrEG.

238. Min slutsats blir således att en mekanism som den som upprättats i Stromeinspeisungsgesetz 1998 måste anses vara en åtgärd med motsvarande verkan till en kvantitativ importrestriktion i den mening som avses i artikel 30 i EG-fördraget, och är därför förbjuden om den inte kan motiveras av miljöskäl.

IX — Förslag till avgörande

239. Mot bakgrund av de skäl som redovisats ovan föreslår jag att domstolen besvarar den nationella domstolen på följande sätt:

1) En åtgärd som Stromeinspeisungsgesetz 1998, som förpliktar privatägda elföretag att köpa el från förnybara energikällor till ett minimipris, utgör inte statligt stöd i den mening som avses i artikel 92.1 i EG-fördraget (nu artikel 87.1 EG).

2) Om inköpsskyldigheten begränsas till el från förnybara energikällor som producerats i den aktuella medlemsstaten är en sådan åtgärd förbjuden enligt artikel 30 i EG-fördraget (nu artikel 28 EG i ändrad lydelse) om den inte kan motiveras av miljöskäl.