FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. POIARES MADURO
fremsat den 24. april 2008 [1]

1. Det kan være vanskeligt at sikre fællesskabsrettens effektivitet og legalitetsprincippet uden at tilsidesætte retssikkerhedsprincippet. Det kræver, at der opnås enighed eller indgås et kompromis mellem modsatrettede interesser. Det er ikke så let at finde den rette balance mellem to fællesskabsretsakter, og når der er tale om en fællesskabsretsakt og en national forskrift, kan det være endnu vanskeligere. Forrangsprincippet er ikke altid den bedste rettesnor for, hvordan man løser den eventuelle konflikt, eftersom retssikkerhedsprincippet ikke blot er en almindelig retsgrundsætning i de fleste nationale retsordener, men også en almindelig fællesskabsretlig grundsætning. De fremsatte præjudicielle spørgsmål kræver med andre ord, at der tages stilling til rækkevidden af de fællesskabsretlige forpligtelser, der gælder for tilpasning af modstridende nationale regler.

I — De faktiske omstændigheder i hovedsagen, de nationale retsforskrifter og anmodningen om en præjudiciel afgørelse

2. Det er baggrunden for de præjudicielle spørgsmål, Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Italien) (herefter »TAR«) har rejst. Den forelæggende ret har i det væsentlige anmodet Domstolen om at udtale sig om virkningerne af principperne om ligebehandling, forbud mod forskelsbehandling og om og gennemsigtighed i henhold til artikel 43 EF og 49 EF og med principperne i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/55/EF af 26. juni 2003 om fælles regler for det indre marked for naturgas og om ophævelse af direktiv 98/30/EF [2] (herefter »direktiv 2003/55«) i forbindelse med koncessioner på distribution af naturgas, som oprindeligt blev tildelt uden afholdelse af en udbudsprocedure. Hovedsagen drejer sig nærmere bestemt om interne regler om fastsættelse af en overgangsperiode, som kan forlænges to gange, og som skal bringe de nævnte koncessioner til ophør før tiden for at imødekomme de fællesskabsretlige krav.

3. Sagsøgeren i hovedsagen, ASM Brescia SpA (herefter »ASM Brescia«), er indehaver af en koncession på distributionen af naturgas i kommunen Rodengo Saiano (herefter »kommunen«), som blev tildelt ved en aftale af 27. februar 1984 med denne

1 — Originalsprog: fransk.

2 — EUT L 176, s. 57.

kommune, uden at der blev iværksat en udbudsprocedure for potentielle operatører. Koncessionsaftalens udløb var fastsat til den 31. december 2029. Den italienske lovgiver ønskede imidlertid at forkorte løbetiden for koncessioner, der var tildelt uden afholdelse af udbud, i forbindelse med gennemførelsen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/30/EF af 22. juni 1998 om fælles regler for det indre marked for naturgas [3].

4. Til dette formål vedtog lovgiver den 23. maj 2000 lovdekret nr. 164 [4] (herefter »dekret nr. 164/2000«), hvorved der fastsættes et princip om liberalisering af markedet for import, eksport, transport, fordeling, distribution og salg af gas. Distributionen, der betegnes som en offentlig tjenesteydelse, der forvaltes af kommunerne, overdrages i henhold til artikel 14 i dekret nr. 164/2000 til koncessionshavere, der udelukkende er valgt på grundlag af en udbudsprocedure for en periode på højst 12 år.

5. For at fremskynde overgangen til det stadium, hvor de løbende koncessioner tildeles efter afholdelse af en udbudsprocedure, fastsættes der følgende i artikel 15, stk. 5 og 7, i dekret nr. 164/2000:

»5. Hvad angår distributionen af gas opretholdes de på datoen for ikrafttrædelsen af dette lovdekret løbende koncessioner tillige med de koncessioner, der er tildelt selskaber oprettet i forbindelse med omformningen af de nuværende bedrifter, indtil den aftalte dato, hvis denne indtræder inden overgangsperiodens udløb i henhold til stk. 7. De løbende koncessioner, for hvilke der ikke er fastsat nogen udløbsdato, eller for hvilke udløbsdatoen ligger efter overgangsperioden, opretholdes indtil overgangsperiodens udløb. […]

[…]

7. Overgangsperioden i henhold til stk. 5 fastsættes til fem år fra den 31. december 2000. […]«

6. Det bestemmes endvidere i artikel 15, stk. 7, i dekret nr. 164/2000, at overgangsperioden kan forlænges med op til fem år, dvs. indtil 2010, hvis visse nærmere angivne betingelser er opfyldt.

7. Overgangsperiodens varighed blev ændret første gang i 2004 ved artikel 1, stk. 69, i lov nr. 239 af 23. august 2004, der bl.a. foreskriver, at »den i […] artikel 15, stk. 5, [i dekret nr. 164/2000] omhandlede overgangsperiode udløber den 31. december 2007 med forbehold af beføjelsen for den lokale myndighed, der tildeler koncessionen, til at forlænge overgangsperioden med et år inden seks måneder efter ikrafttrædelsen af denne lov, såfremt der angives at bestå en offentlig interesse heri«.

3 — EFT L 204, s. 1.

4 — GURI nr. 142 af 20.6.2000.

8. Da den indførte ordning var indviklet og skabte usikkerhed om varigheden af den overgangsperiode, hvor koncessioner, der er tildelt uden afholdelse af en udbudsprocedure, skal bringes til ophør, vedtog lovgiver i 2005 et nyt dekret, nemlig lovdekret nr. 273 af 30. december 2005 (herefter »dekret nr. 273/2005«).

9. Konflikten mellem det sagsøgende selskab, ASM Brescia, og den kommune, selskabet har kontraheret med, skyldes, at de forskrifter, der er udstedt efterfølgende, ikke er entydige. Da parterne ikke havde aftalt, hvor længe overgangsperioden skulle vare, og dermed heller ikke, hvornår den omtvistede koncession udløb, har det sagsøgende selskab anlagt sag til prøvelse af kommunens beslutning af 19. juli 2005, hvorefter denne koncession skulle gælde indtil den 31. december 2005.

10. TAR har ved kendelse af 18. oktober 2005 afslået begæringen om udsættelse af gennemførelsen af den anfægtede beslutning.

11. Dekret nr. 273/2005, der er trådt i kraft, mens sagen har verseret, bør kunne afklare situationen. Det fremgår af artikel 23, stk. 1, i dette dekret, at datoen for overgangsperiodens udløb automatisk udsættes til den 31. december 2007 og kan forlænges med to år, dvs. indtil den 31. december 2009, når mindst en af de betingelser, der er fastsat i artikel 15, stk. 7, i dekret nr. 164/2000, er opfyldt. Som følge af det nævnte dekret regnede virksomheden derfor med, at dens koncession først ophørte den 31. december 2007 eller senest den 31. december 2009.

12. Consiglio di Stato har ved kendelse af 21. februar 2006 fastslået, at dekret nr. 273/2005 finder anvendelse i sagen, og anordnet udsættelse af den anfægtede beslutning.

13. TAR, der skal træffe afgørelse om sagens realitet, er ikke desto mindre i tvivl om, hvorvidt det er foreneligt med fællesskabsretten at forlænge den overgangsperiode, hvorunder de koncessioner, der oprindeligt skulle udløbe efter denne overgangsperiode, skal bringes til ophør.

14. Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia har besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er en automatisk og generel forlængelse indtil den 31. december 2007 af de løbende koncessioner på distribution af naturgas, som oprindeligt blev tildelt uden en forudgående udbudsprocedure, forenelig med artikel 43 EF, 49 EF og 86, stk. 1, EF og med principperne om ligebehandling,

forbud mod forskelsbehandling og om gennemsigtighed?

2) Er en yderligere automatisk forlængelse indtil den 31. december 2009 af de løbende koncessioner på distribution af naturgas, som oprindeligt blev tildelt uden afholdelse af en udbudsprocedure, foreneligt med traktatens artikel 43 EF, 49 EF og 86, stk. 1, EF og med principperne om ligebehandling, forbud mod forskelsbehandling og om gennemsigtighed, såfremt:

a) koncessionshaveren har foretaget en fusion med et andet selskab, som gør det muligt at betjene en dobbelt så stor kundekreds som den, det største af de fusionerede selskaber oprindeligt havde

b) koncessionshaveren har erhvervet en kundekreds på over 100 000, distribuerer mere end 100 mio. kubikmeter gas pr. år eller driver virksomhed inden for et område svarende til en hel provins

c) mindst 40% af koncessionshaverens aktiekapital er afhændet til private aktionærer?

3) Er en forlængelse af de løbende koncessioner på distributionen af naturgas forenelig med fjerde, ottende, tiende og attende betragtning til direktiv 2003/55/EF af 26. juni 2003 og samme direktivs artikel 23, stk. 1, artikel 10 EF, et rimelighedsprincip og proportionalitetsprincippet navnlig i betragtning af

a) medlemsstaternes forpligtelse til at opfylde formålet om en liberalisering af markedet for naturgas inden den 1. juli 2007

b) forbuddet for medlemsstaterne mod at vedtage eller opretholde nationale retsforskrifter, som er i strid med liberaliseringen af markedet for naturgas

c) medlemsstaternes forpligtelse til at fastsætte en rimelig frist for overgangsperiodens udløb og stille objektive krav hertil?«

15. Den forelæggende ret ønsker med disse spørgsmål i det væsentlige at få præciseret rækkevidden af de forpligtelser, som medlemsstaterne pålægges i traktaten og de relevante bestemmelser i direktiv 2003/55 vedrørende koncessionsaftaler, der er indgået uden afholdelse af en udbudsprocedure.

II — De præjudicielle spørgsmåls formulering og realitetsbehandling

16. Den forelæggende ret har formuleret de præjudicielle spørgsmål på en måde, der kan virke forvirrende, og det skal derfor først præciseres, at de nationale regler, der er tale om i hovedsagen, ikke bevirker, at koncessionernes udløb udskydes, men at de bringes til ophør tidligere end planlagt i løbet af en overgangsperiode. Formålet med de nationale regler, der er genstand for hovedsagen, er faktisk ikke at forlænge koncessionernes varighed, men at forlænge varigheden af den overgangsperiode, der er fastsat for at bringe disse koncessioner til ophør før tiden.

17. Med dette forbehold, som parterne er enige om, anmodes Domstolen i virkeligheden om at afgøre, dels om fællesskabsretten er til hinder for, at der fastsættes en overgangsperiode, hvor de pågældende virksomheder kan bringe koncessionsaftaler, der er indgået uden afholdelse af en udbudsprocedure, til ophør før tiden, dels på hvilke vilkår de kompetente nationale myndigheder kan forlænge eller ændre en sådan overgangsperiodes varighed.

18. Forstået således bør de præjudicielle spørgsmål antages til realitetsbehandling, eftersom de kræver en fortolkning af fællesskabsretten, der kan være nyttig for løsningen af tvisten i hovedsagen [5].

III — Gennemgang af de præjudicielle spørgsmål

A — *Indledende bemærkninger om de gældende bestemmelser*

19. Den forelæggende ret har i sine to første spørgsmål henvist til fortolkningen af visse bestemmelser i den primære ret, herunder navnlig artikel 43 EF, 49 EF og 86 EF, og i sit tredje spørgsmål nævnt visse bestemmelser i direktiv 2003/55 om fælles regler for det indre marked for naturgas. Jeg finder det dog hensigtsmæssigt først at undersøge, om bestemmelserne i den afledte ret finder anvendelse på tvisten. Selv om det

5 — Jf. i denne retning dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaustria og Telefonadress, Sml. I, s. 10745.

fastslås, at de her omhandlede faktiske og retlige omstændigheder ikke falder ind under anvendelsesområdet for direktiv 2003/55, vil de forpligtelser, som er forbundet med de grundlæggende friheder, der fremgår af artikel 43 EF, 49 EF og 86, stk. 1, EF, således stadig have betydning for afgørelsen af den foreliggende sag.

20. Selv om den forelæggende ret henviser til en »koncession« på distribution af naturgas, skal det i øvrigt påpeges, at der findes en særlig definition af dette begreb i fællesskabsretten. Det tilkommer derfor den forelæggende ret at efterprøve, om den aftale, der er indgået mellem den pågældende kommune og selskabet ASM Brescia, er omfattet af den definition af en »tjenesteydelseskoncession«, der er fastlagt i Domstolens praksis [6], og som svarer til definitionen i Kommissionens fortolkningsmeddelelse, hvorefter »der [er] tale om en koncession, når operatøren påtager sig risikoen ved tjenesteydelsen (etablering og udnyttelse), og en betydelig del af vederlaget herfor betales af brugeren, især ved opkrævning af en eller anden form for gebyr. Den måde, hvorpå operatøren aflønnes, er ligesom for koncessioner på bygge- og anlægsarbejder et element, der gør det muligt at fastslå, hvem der påtager sig risikoen ved udnyttelsen« [7].

21. Hvis den pågældende aftale opfylder denne definition, kan Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter [8] ikke påberåbes. Det fremgår udtrykkeligt af dette direktiv, at tjenesteydelseskoncessioner ikke er omfattet af dets anvendelsesområde. Derimod fastsætter direktiv 2003/55 netop fælles regler for det indre marked for naturgas, og den forelæggende rets spørgsmål om, hvorvidt bestemmelserne heri kan påberåbes i hovedsagen, og hvordan de skal fortolkes, er derfor berettiget.

B — *Det tredje spørgsmål om direktiv 2003/55's anvendelse i hovedsagen*

22. Formålet med de første direktiver om elektricitet i 1996 og gas i 1998 var at virkeliggøre det indre marked, hvilket krævede, at offentlige monopoler, der ikke vedrørte infrastrukturer, blev afviklet, og at der blev indført fri og lige konkurrence på disse områder. Disse direktiver giver dog medlemsstaterne en række valg med hensyn til markedsåbning, tilrettelæggelse af netadgang og regulering af markedet. Kommissionen har påpeget, at det »i praksis [har vist sig], at dette fører til konkurrenceforvridninger, da nogle medlemsstaters markeder er mere åbne for

6 — Jf. herved dommen i sagen Telaustria og Telefonadress, præmis 57, dom af 21.7.2005, sag C-231/03, Coname, Sml. I, s. 7287, præmis 16, af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8585, præmis 42, af 6.4.2006, sag C-410/04, ANAV, Sml. I, s. 3303, præmis 17, og af 13.9.2007, sag C-260/04, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 7083, præmis 21.

7 — Kommissionens fortolkningsmeddelelse om koncessioner i EU-lovgivningen (EFT 2000 C 121, s. 2, punkt 2.2).

8 — EUT L 134, s. 114. Direktivet træder i stedet for Rådets direktiv 92/50/EØF af 18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1).

reel konkurrence end andres« [9]. Direktiv 2003/55 blev vedtaget på denne baggrund for gradvis at åbne markedet for naturgas fuldstændigt, dvs. give forbrugerne mulighed for frit at vælge leverandør og leverandørerne mulighed for frit at levere til deres kunder [10]. Formålet med det nye direktiv er at træffe »konkrete foranstaltninger til sikring af lige konkurrencevilkår og mindskelse af risikoen for markedsdominans og aggressiv adfærd, sikring af ikke-diskriminerende transmissions- og distributionstariffer via netadgang på grundlag af tariffer, der offentliggøres, inden de træder i kraft, og sikring af, at små og sårbare kunders rettigheder beskyttes« [11]. Direktiv 2003/55 afskaffer derfor medlemsstaternes mulighed for at vælge forhandlet adgang til gasnet og forpligter dem til at påbyde, at transmissions- og distributionsnetoperatører skal drives som retlige enheder, der er adskilt fra andre dele af deres erhvervsmæssige aktiviteter.

23. Før det undersøges, om det nævnte direktiv er til hinder for, at der indføres en overgangsperiode, hvor de omtvistede tjenesteydelseskoncessioner kan ophæves før tiden, er det dog nødvendigt at undersøge rækkevidden af de forpligtelser, medlemsstaterne pålægges ved dette direktiv. Må det nærmere bestemt antages, at medlemsstaterne i henhold til dette direktiv skal bringe sådanne koncessioner til ophør før tiden, og fra hvilket tidspunkt og på hvilke vilkår gælder denne forpligtelse i bekræftende fald?

24. Hvad dette angår er alle parter enige om, at det ikke kan udledes af direktiv 2003/55, at medlemsstaterne skulle være forpligtet til at bringe de omtvistede koncessioner til ophør før tiden. Den nationale ret er dog navnlig i tvivl om, hvorvidt artikel 23, stk. 1, litra c), i direktiv 2003/55 er relevant, idet denne bestemmelse efter rettens opfattelse kan pålægge medlemsstaterne en sådan forpligtelse fra den 1. juli 2007. Denne artikel bestemmer følgende: »Medlemsstaterne sikrer, at de privilegerede kunder […] fra den 1. juli 2007 omfatter alle kunder.« Fra dette tidspunkt antages det således efter fællesskabsretten, at alle kunder frit kan købe naturgas fra en leverandør efter eget valg.

25. Jeg mener imidlertid ikke, at den fortolkning af denne bestemmelse, som den forelæggende ret har foreslået, er korrekt, når der er tale om aftaler om distribution af naturgas. Den omhandlede artikel vedrører således kun forsyning og ikke distribution af naturgas. Det kan derfor ikke udledes af denne bestemmelse, at medlemsstaterne har pligt til at bringe distributionsaftaler, der er tildelt uden afholdelse af en udbudsprocedure, til ophør. Som Kommissionen ganske rigtigt har anført, kan man ikke overføre tidsfristen den 1. juli 2007, der gælder for forsyningsaf-

9 — Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet i henhold til EF-traktatens artikel 251, stk. 2, andet afsnit, vedrørende Rådets fælles holdning med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ophævelse af direktiv 96/92/EF og vedrørende Rådets fælles holdning med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om fælles regler for det indre marked for naturgas og ophævelse af direktiv 98/30/EF (SEK/2003/161 endelig).

10 — Fjerde betragtning til direktiv 2003/55. Jf. også Rettens dom af 21.9.2005, sag T-87/05, EDP mod Kommissionen, Sml. II, s. 3745, præmis 110.

11 — Anden betragtning til direktiv 2003/55.

taler, på distributionsaftaler uden at lovgive i fællesskabslovgivers sted.

26. Der findes i øvrigt ingen andre bestemmelser i direktiv 2003/55, der udtrykkeligt fastsætter en forpligtelse til at ophæve eksisterende koncessioner før tiden. De artikler i direktiv 2003/55, der omhandler distribution af naturgas, hvilket navnlig vil sige artikel 4, stk. 2, og artikel 11 og 18, foreskriver i det væsentlige blot, at distributionssystemoperatører skal udpeges under hensyntagen til effektivitet og økonomisk balance (artikel 11) ifølge objektive og ikke-diskriminerende kriterier (artikel 4, stk. 2). Operatørerne skal desuden give tredjeparter adgang til systemet uden forskelsbehandling og på gennemsigtig vis, navnlig med hensyn til de tariffer og beregningsmetoder, der anvendes (artikel 18).

27. Henset til det ovenfor anførte kan det derfor ikke alene af direktivets ordlyd udledes, at medlemsstaterne har pligt til at ophæve de omtvistede distributionskoncessioner, der blev tildelt inden direktivets vedtagelse, før tiden. Jeg vil dog indskyde, at direktiv 2003/55 ikke er til hinder for, at de ophæves. Det er imidlertid ikke muligt at afgøre ud fra de nævnte bestemmelser i direktiv 2003/55, om fællesskabsretten er til hinder for nationale regler som de i hovedsagen omhandlede.

28. Det tredje præjudicielle spørgsmål bør derfor besvares med, at direktiv 2003/55 ikke foreskriver, at aftaler om distribution af gas, som oprindeligt blev indgået uden afholdelse af en udbudsprocedure, skal ophæves før tiden, men det er heller ikke udtrykkeligt til hinder for en sådan mulighed.

29. Det fremgår imidlertid af Domstolens faste praksis, at selv om bestemmelserne i den afledte ret ikke finder anvendelse, skal »traktatens grundlæggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed« overholdes [12]. Domstolen har tilføjet, at »de traktatbestemmelser, som finder anvendelse på offentlige tjenesteydelseskoncessioner, bl.a. artikel 43 EF og 49 EF, samt forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet er et særligt udtryk for ligebehandlingsprincippet« [13]. Koncessionshaveren skal med andre ord udvælges i overensstemmelse med principperne i traktaten. Den forelæggende rets spørgsmål bør som følge heraf besvares på grundlag af disse principper, der først og fremmest skal sikre, at målet om fri bevægelighed nås.

12 — Jf. bl.a. dommen i sagen Telaustria og Telefonadress, præmis 60, Parking Brixen-dommen, præmis 49, Coname-dommen, præmis 16, og dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 22.

13 — Parking Brixen-dommen, præmis 48, og dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 23.

C — *De to første spørgsmål*

30. Den forelæggende rets spørgsmål til Domstolen om, hvorvidt fællesskabsretten er til hinder for, at der fastsættes en overgangsperiode, og at denne periode forlænges, for at bringe koncessioner, som oprindeligt blev tildelt i strid med principperne om gennemsigtighed og ligebehandling som omhandlet i artikel 43 EF og 49 EF [14], rejser faktisk to problemer i forhold til den frie bevægelighed.

31. Selv om Domstolen i en præjudiciel sag kun skal fortolke fællesskabsretten i abstrakt forstand, skal den dog give den forelæggende ret de oplysninger, den behøver for at kunne afgøre den pågældende tvist. I denne retning har Domstolen gentagne gange bemærket, at den over for den forelæggende ret kan angive de kriterier, der er af betydning for fortolkningen af fællesskabsretten, således at retten kan tage stilling til, om de nationale regler er forenelige med fællesskabsbestemmelserne [15]. I det foreliggende tilfælde er det efter min opfattelse nødvendigt at angive de forskellige trin i den retlige vurdering, som den nationale ret bør anlægge for at afgøre tvisten i hovedsagen.

32. På denne baggrund skal det for at besvare de præjudicielle spørgsmål først klarlægges, om nationale regler, hvorefter eksisterende koncessioner opretholdes indtil udløbet af en overgangsperiode, der er fastsat for at bringe disse koncessioner til ophør før tiden, udgør en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser og for etableringsfriheden, og dernæst i bekræftende fald undersøges, om en sådan restriktion alligevel kan tillades, fordi den er omfattet af de undtagelser, der udtrykkeligt er nævnt i artikel 45 EF og 46 EF, eller om den i overensstemmelse med Domstolens praksis kan begrundes i tvingende almene hensyn.

33. Det skal herudover påpeges, at de nationale regler, der er tale om i denne sag, har betydning for samhandelen mellem medlemsstaterne, eftersom operatører, der er etableret i andre medlemsstater, kunne være interesseret i at deltage i distributionen af gas i Italien. De præjudicielle spørgsmål, der er stillet, falder således inden for fællesskabsrettens anvendelsesområde, selv om alle de relevante elementer i hovedsagen findes inden for en enkelt medlemsstat [16].

14 — Det er klart, at artikel 43 EF og 49 EF finder anvendelse, eftersom koncessionsaftalen er indgået af en kommune, der handler som en offentlig myndighed. Det er derfor principperne om den frie bevægelighed, som fastsættes i disse artikler, der finder anvendelse. Denne vurdering bekræftes i dom af 4.5.1988, Bodson (sag 30/87, Sml. s. 2479, præmis 18), hvori det følgelig fastslås, at artikel 81 EF ikke omfatter koncessionsaftaler som de omhandlede.

15 — Jf. bl.a. dom af 15.12.1993, sag C-292/92, Hünermund m.fl., Sml. I, s. 6787, præmis 8, og af 31.1.2008, sag C-380/05, Centro Europa 7, Sml. I, s. 349, præmis 50.

16 — Jf. Domstolens vide fortolkning på dette punkt i dom af 25.4.1996, sag C-87/94, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 2043, præmis 33, Parking Brixen-dommen, præmis 55, og Centro Europa 7-dommen, præmis 66.

1. Spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en hindring

34. Domstolen har flere gange præciseret kravene i artikel 43 EF og 49 EF og principperne om ligebehandling, forbud mod forskelsbehandling og gennemsigtighed i forbindelse med koncessionsaftaler, navnlig i dommene i sagerne Telaustria og Telefonadress, Coname og Parking Brixen.

35. Ifølge Telaustria og Telefonadress-dommen påhviler der den ordregivende myndighed en vis gennemsigtighedsforpligtelse, der består i »at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelserne for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske« [17]. Dette krav, der følger af traktatens grundlæggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling i særdeleshed, bevirker ikke, at der altid skal afholdes udbud, men at der skal sikres en passende grad af offentlighed.

36. Dette synspunkt blev senere bekræftet og præciseret i Coname-dommen, der netop drejede sig om tildeling af en koncessionskontrakt på driften af den offentlige gasforsyning. I denne sag fastslog Domstolen, at der ikke kunne tildeles en koncessionskontrakt, hvis kravene til gennemsigtighed ikke var opfyldt. Hvis en koncessionskontrakt tildeles direkte, uden at en virksomhed, der eventuelt er etableret i en anden medlemsstat, har haft mulighed for at få adgang til de nødvendige oplysninger om den omhandlede kontrakt og været i stand til at tilkendegive sin interesse, strider det derfor mod principperne i artikel 43 EF og 49 EF.

37. Denne retspraksis stadfæster princippet om, at alle koncessionsaftaler fremover skal underlægges mindstekrav til konkurrencen og til gennemsigtighed og ligebehandling for at nå målet om at fjerne hindringer for den frie udveksling af tjenesteydelser.

38. Domstolen har desuden præciseret, hvilke forpligtelser medlemsstaterne har i forbindelse med tildeling af nye tjenesteydelseskoncessioner. I Parking Brixen-dommen fastslog Domstolen, at det heraf følger, at »medlemsstaterne ikke må opretholde national lovgivning, der tillader tildeling af offentlige tjenesteydelseskoncessioner uden at afholde offentlige udbud, da en sådan tildeling er i strid med artikel 43 EF og artikel 49 EF samt principperne om ligebehandling, om forbud mod forskelsbehandling og om gennemsigtighed« [18]. Hvis der slet ikke afholdes udbud i forbindelse med koncessioner, der skal tildeles på ny, er der med andre ord tale om en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser og/eller etableringsfriheden. Domstolen har ligeledes fastslået, at det ikke er i overensstemmelse med

17 — Præmis 62.

18 — Præmis 52. Denne dom blev bekræftet ved ANAV-dommen, præmis 22.

artikel 43 EF og 49 EF at forny en offentlig tjenesteydelseskoncession uden at afholde en udbudsprocedure for potentielle operatører [19]. Det står således fast, at hver tildeling af en ny koncession og hver fornyelse af en eksisterende koncession, som sker, uden at der sikres en passende offentlighed, udgør en tilsidesættelse af principperne om den frie bevægelighed.

39. Denne fortolkning omhandler dog kun den enkelte beslutning om tildeling og/eller fornyelse af en koncession. Domstolens fortolkning vedrører således ikke *koncessioner* på tjenesteydelser som sådan, men *beslutninger* om tildeling eller fornyelse af disse koncessioner. Det kan derfor indvendes, at det er forkert at udvide Domstolens tidligere fortolkning, navnlig i Coname-dommen, til koncessioner, der oprindeligt er tildelt uden afholdelse af udbud, og som endnu ikke er udløbet, hvilket betyder, at den kompetente myndighed hverken har truffet en *beslutning* om tildeling eller en *beslutning* om fornyelse.

40. Jeg mener dog, at det forholder sig anderledes i hovedsagen, eftersom den italienske lovgiver har grebet ind, og indgrebet har samme virkning som en beslutning om at forny en koncession. Selv om den italienske lovgivers hensigt var at ophæve tjenesteydelseskoncessioner, der oprindeligt blev tildelt uden afholdelse af en udbudsprocedure, før det planlagte tidspunkt, bestemmes det dog i de omhandlede regler, at koncessionerne opretholdes indtil udløbet af den fastsatte overgangsperiode. Et sådant lovindgreb bevirker derfor, at adgangen til distribution af gas begrænses for potentielle operatører fra andre medlemsstater i hele den overgangsperiode, der er fastsat. Reglerne udgør således en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser og/eller etableringsfriheden, fordi de ikke giver potentielle operatører, der er etableret i andre medlemsstater, adgang til de nævnte koncessioner.

41. Selv om Domstolen måtte være uenig med mig på dette punkt, mener jeg dog alligevel, at der er tale om en hindring. For at sikre den frie udveksling af tjenesteydelser og etableringsfriheden er det under alle omstændigheder nødvendigt at liberalisere adgangen til eksisterende koncessioner, som oprindeligt blev tildelt i strid med traktatens regler. Disse koncessioner, der som oftest er indgået for en meget lang periode, fastholder de etablerede operatørers privilegerede position. De holder frem for alt nye aktører væk fra markedet. Potentielle operatører fra andre medlemsstater forhindres således i at trænge ind på det pågældende marked i hele den periode, hvor den koncession, der er tildelt i strid med fællesskabsretten, er gældende. Koncessionerne blokerer derfor i sig selv for adgangen til det pågældende marked ved at beskytte den position, som de nationale operatører har opnået.

19 — Jf. bl.a. dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 25. Sagen drejede sig om koncessioner på afholdelse af hestevæddeløb, som blev fornyet, uden at der blev iværksat udbud. Domstolen mener, at en sådan fornyelse »hindrer […] dels at de nævnte koncessioner åbnes for konkurrence, dels at det kontrolleres, at udbudsprocedurerne er upartiske«.

42. Selv om der ikke er truffet en beslutning om at tildele eller forny en koncession, må en sådan restriktion, der ikke sikrer et mindstemål af konkurrence, dog kunne tilskrives den berørte medlemsstat. Medlemsstaterne har således pligt til at træffe de nødvendige foranstaltninger til at bringe deres nationale ret i overensstemmelse med fællesskabsretten. Det fremgår både af artikel 86, stk. 1, EF, som gælder for offentlige virksomheder, der indrømmes eksklusive rettigheder, og af artikel 10, stk. 2, EF, sammenholdt med artikel 43 EF og 49 EF, såfremt koncessionshaveren ikke er omfattet af artikel 86 EF, at medlemsstaterne har pligt til at ophæve alle foranstaltninger, der strider mod traktaten, for at sikre, at fællesskabsretten gennemføres effektivt. Det følger heraf, at medlemsstaterne ikke blot skal sikre, at potentielle operatører får mulighed for at afgive bud i forbindelse med tildeling af distributionskoncessioner eller fornyelse heraf, men også skal gøre alt for, at de koncessioner, der oprindeligt blev tildelt uden afholdelse af udbud, bringes i overensstemmelse med fællesskabsretten.

43. Denne fortolkning følger af dommene i sagerne Telaustria og Telefonadress, Parking Blixen og Coname og gjaldt derfor for medlemsstaterne lige fra begyndelsen. Den fortolkning, som Domstolen foretog i disse domme, er knyttet til artikel 43 EF og 49 EF og »belyser og præciserer […] betydningen og rækkevidden af den pågældende regel, således som den skal forstås og anvendes, henholdsvis burde have været forstået og anvendt fra sin ikrafttræden« [20]. Hvis Domstolen som følge af særlige omstændigheder, der bl.a. var begrundet i hensynet til retssikkerheden, havde ønsket at begrænse den nævnte fortolknings tidsmæssige virkninger, skulle den imidlertid have gjort det klart i den dom, hvori den afgjorde fortolkningsspørgsmålet [21]. Har den ikke gjort det, bevarer Domstolens fortolkning sin tilbagevirkende kraft.

44. Domstolen har i den nævnte retspraksis som helhed stadfæstet princippet om, at alle offentlige tjenesteydelseskoncessioner, der tildeles eller fornyes, skal underlægges mindstekrav til gennemsigtighed og ligebehandling, og at koncessioner, der er tildelt i strid med principperne om forbud mod forskelsbehandling og om gennemsigtighed, ikke må opretholdes [22], eftersom disse beslutninger udgør restriktioner for den frie udveksling af tjenesteydelser og etableringsfriheden.

45. Hvis det fastslås, at der foreligger en hindring, skal det dog også undersøges, om den restriktion, der er tale om i hovedsagen, kan begrundes i tvingende almene hensyn.

20 — Dom af 27.3.1980, sag 61/79, Denkavit italiana, Sml. s. 1205, præmis 16, af 13.1.2004, sag C-453/00, Kühne & Heitz, Sml. I, s. 837, præmis 21, af 17.2.2005, forenede sager C-453/02 og C-462/02, Linneweber og Akritidis, Sml. I, s. 1131, præmis 41, og af 6.3.2007, sag C-292/04, Meilicke m.fl., Sml. I, s. 1835, præmis 34.

21 — Domme af 2.2.1988, sag 309/85, Barra m.fl., Sml. s. 355, præmis 13, og sag 24/86, Blaizot m.fl., Sml. s. 379, præmis 28, dom af 16.7.1992, sag C-163/90, Legros m.fl., Sml. I, s. 4625, præmis 30, af 15.12.1995, sag C-415/93, Bosman, Sml. I, s. 4921, præmis 142, og af 9.3.2000, sag C-437/97, EKW og Wein & Co., Sml. I, s. 1157, præmis 57, samt Meilicke-dommen, præmis 36.

22 — Det er Kommissionen enig i. Jf. i denne retning også — selv om forfatterne mener, at en sådan forpligtelse kan udledes af direktiv 2003/55: G. Bouquet og E. Buttery, »Vers la fin du droit de préférence accordé aux concessionnaires de transport et de distribution d'électricité et de gaz«, *AJDA*, 2006, s. 964, på s. 968.

2. Eventuelle begrundelser for begrænsningen af den frie bevægelighed

46. Nationale foranstaltninger, der kan hæmme udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder, er kun berettigede, hvis de opfylder fire betingelser: De skal anvendes uden forskelsbehandling, de skal være begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn, de skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, og de må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet [23].

47. For så vidt som undtagelserne i traktaten ikke finder anvendelse i det foreliggende tilfælde, er det spørgsmålet, om der foreligger tvingende almene hensyn. Parternes argumenter for at indføre en overgangsperiode er først og fremmest baseret på principperne om retssikkerheden og om den berettigede forventning.

48. Retssikkerhedsprincippet kan betragtes som et af de tvingende almene hensyn, som medlemsstaterne kan påberåbe sig. Domstolen har således allerede bemærket, at dette princip, der udgør en del af Fællesskabets retsorden, skal overholdes af fællesskabsinstitutionerne, men også af medlemsstaterne i forbindelse med udøvelsen af de beføjelser, fællesskabsreglerne tillægger dem [24].

49. Retssikkerhedsprincippet og nærmere bestemt princippet om balancen i retsforholdene må i denne henseende betragtes som en gyldig grund for at indføre overgangsforanstaltninger.

50. Efter min opfattelse finder beskyttelsen af balancen i gyldigt stiftede retsforhold i en vis udstrækning genklang i de aftaler om offentlige tjenesteydelseskoncessioner, der blev tildelt forud for dommen i Telaustria- og Telefonadress-sagen, og det er derfor berettiget at træffe overgangsforanstaltninger for at fastsætte en rimelig frist til at efterkomme fællesskabsretten.

51. I det foreliggende tilfælde blev den omtvistede koncession tildelt i 1984. Eftersom dommen i sagen Telaustria og Telefonadress først blev afsagt i 2000, kunne parterne fra koncessionsaftalens indgåelse i 1984 og indtil dommens afsigelse med rette mene, at de ikke havde tilsidesat fællesskabsretten.

23 — Dom af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165, præmis 37, af 9.3.1999, sag C-212/97, Centros, Sml. I, s. 1459, præmis 34, af 4.7.2000, sag C-424/97, Haim, Sml. I, s. 5123, præmis 57, og af 13.3.2008, sag C-248/06, Kommissionen mod Spanien, præmis 32.

24 — Jf. bl.a. dom af 3.12.1998, sag C-381/97, Belgocodex, Sml. I, s. 8153, præmis 26, af 29.4.2004, forenede sager C-487/01 og C-7/02, Gemeente Leusden og Holin Groep, Sml. I, s. 5337, præmis 57, og af 26.4.2005, sag C-376/02, »Goed Wonen«, Sml. I, s. 3445, præmis 32.

52. Under disse omstændigheder og i betragtning af de negative konsekvenser, som en sådan retspraksis med tilbagevirkende kraft vil få, navnlig for koncessionshaveren, der har foretaget store investeringer for at kunne indgå en langsigtet aftale, kan det være begrundet i et tvingende alment hensyn at træffe overgangsforanstaltninger for at begrænse ulemperne for bestående kontraktforhold og dermed overholde retssikkerhedsprincippet.

53. Domstolen har til støtte for denne anskuelse fastslået, at når »de omhandlede fællesskabsbestemmelser giver de kompetente nationale myndigheder den fornødne frihed ved anvendelsen heraf, således at de kan tilgodese principperne om beskyttelse af de grundlæggende rettigheder« [25], påhviler det »medlemsstaterne i videst muligt omfang at anvende disse bestemmelser således, at de nævnte principper ikke tilsidesættes« [26]. Så længe fællesskabslovgiver ikke har udstedt nye regler om tjenesteydelseskoncessioner, må det dog antages, at medlemsstaterne har den fornødne frihed til at opfylde kravene til retssikkerheden, når de anvender princippet om, at der skal sikres et mindstemål af konkurrence ved indgåelsen af sådanne aftaler.

54. Det tilkommer imidlertid den nationale ret at vurdere, om betingelserne for fastsættelse af en overgangsperiode er baseret på objektive, gennemsigtige og ikke-diskriminerende kriterier, og at foranstaltningerne står i rimeligt forhold til det mål, der skal nås [27].

55. De to første præjudicielle spørgsmål bør derfor besvares således:

Artikel 43 EF og 49 EF og principperne om ligebehandling, forbud mod forskelsbehandling og om gennemsigtighed skal fortolkes således, at de er til hinder for, at en offentlig myndighed bestemmer, at koncessioner, som oprindeligt blev tildelt uden afholdelse af en udbudsprocedure, opretholdes i den fastsatte overgangsperiode, uanset om formålet er at bringe de nævnte koncessioner til ophør før tiden, eftersom en sådan foranstaltning udgør en hindring af den frie udveksling af tjenesteydelser og af etableringsfriheden. En sådan restriktion kan dog begrundes i tvingende almene hensyn, der er knyttet til retssikkerheden og navnlig til balancen i retsforholdene. Det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve, at betingelserne for fastsættelse af sådanne overgangsforanstaltninger er opfyldt, at det sker på grundlag af objektive, gennemsigtige og ikke-diskriminerende kriterier, og at foranstaltningerne står i rimeligt forhold til det mål, der forfølges.

25 — Dom af 13.7.1989, sag 5/88, Wachauf, Sml. s. 2609, præmis 22.

26 — Ibidem, præmis 19.

27 — Jf. bl.a. dom af 6.3.2007, forenede sager C-338/04, C-359/04 og C-360/04, Placanica m.fl., Sml. I, s. 1891, præmis 49, og Centro Europa 7-dommen, præmis 103.

IV — Forslag til afgørelse

56. På baggrund af det anførte foreslår jeg, at Domstolen besvarer spørgsmålene fra Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia på følgende måde:

»1) Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/55/EF af 26. juni 2003 om fælles regler for det indre marked for naturgas og om ophævelse af direktiv 98/30/EF foreskriver ikke, at aftaler om distribution af gas, som oprindeligt blev indgået uden afholdelse af en udbudsprocedure, skal ophæves før tiden, men det er heller ikke udtrykkeligt til hinder for en sådan mulighed.

2) Artikel 43 EF og 49 EF og principperne om ligebehandling, forbud mod forskelsbehandling og om gennemsigtighed skal fortolkes således, at de er til hinder for, at en offentlig myndighed bestemmer, at koncessioner, som oprindeligt blev tildelt uden afholdelse af en udbudsprocedure, opretholdes i den fastsatte overgangsperiode, uanset om formålet er at bringe de nævnte koncessioner til ophør før tiden, eftersom en sådan foranstaltning udgør en hindring af den frie udveksling af tjenesteydelser og af etableringsfriheden. En sådan restriktion kan dog begrundes i tvingende almene hensyn, der er knyttet til retssikkerheden og navnlig til balancen i retsforholdene. Det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve, at betingelserne for fastsættelse af sådanne overgangsforanstaltninger er opfyldt, at det sker på grundlag af objektive, gennemsigtige og ikke-diskriminerende kriterier, og at foranstaltningerne står i rimeligt forhold til det mål, der forfølges.«