

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

CHRISTINE STIX-HACKL

fremsat den 28. oktober 2004¹

I — Indledning

for distributørerne anvender tarifsatser, der indbefatter omkostninger, som ikke bæres af producenterne.

1. Ligesom i sag C-17/03, *Vereniging voor Energie, Milieu en Water m.fl.*², anmodes Domstolen om at løse nogle overgangsproblemer i forbindelse med gennemførelsen af direktiv 96/92/EF³ (herefter »direktiv 96/92«).

3. De el-producenter, der skal betale tillægsafgift, anser opkrævningen af denne tillægsafgift for diskriminerende og juridisk betænkelig ud fra et statsstøtteaspekt. De har endvidere gjort gældende, at provenuet fra denne tillægsafgift i modsætning til, hvad der er anført i forelæggelseskendelsen, tjener til at finansiere statslige støtteforanstaltninger.

2. Det drejer sig i den foreliggende sag om opkrævning af en tillægsafgift hos visse el-producenter ud over tarifferne for adgang til og brug af det italienske el-transmissionsnet. Ifølge oplysninger fra den forelæggende ret tjener denne tillægsafgift til at udligne ufortjente omkostningsfordele i forbindelse med liberaliseringen af det nationale elforsyningsmarked, idet de afgiftspligtige virksomheder efter liberaliseringen af dette marked og bortfaldet af udligningsmekanismerne mellem el-producenterne stadig over

4. For så vidt der rent faktisk opstår omkostningsfordele i forbindelse med liberaliseringen af elforsyningsmarkederne efter gennemførelsen af direktiv 96/92, rejser der sig herefter i det væsentlige det spørgsmål, om artikel 87 EF eller bestemmelserne om forbud mod forskelsbehandling i artikel 7 og 8 i direktiv 96/92 er til hinder for en udligning af de nævnte fordele gennem opkrævning af en tillægsafgift til bestemte afgifter.

1 — Originalsprog: tysk.

2 — Se mit forslag til afgørelse, som jeg fremsætter i dag, i denne endnu verserende sag.

3 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/92/EF af 19.12.1996 om fælles regler for det indre marked for elektricitet, EFT 1997 L 27, s. 20.

II — De relevante retsregler

A — Fællesskabsbestemmelser

ningen af transmissionssystemet i et givet område samt dets samkøringslinjer med andre systemer for at garantere forsynings-sikkerheden.

[...]

5. Ifølge artikel 1 i direktiv 96/92 »fastsætter [dette direktiv] fælles regler for produktion, transmission og distribution af elektricitet. Det fastlægger regler for, hvorledes elektricitetssektoren skal organiseres og fungere, hvordan der opnås adgang til markedet, hvilke kriterier og procedurer der skal anvendes ved indkaldelse af tilbud og udstedelse af bevillinger, samt hvorledes systemer skal drives«.

5. Systemoperatøren må ikke forskelsbehandle systembrugere eller kategorier af systembrugere og må navnlig ikke begunstige egne datterselskaber eller aktionærer.«

6. Artikel 7, stk. 1 og 5, i direktiv 96/92 bestemmer:

7. Artikel 8, stk. 1-3, i direktiv 96/92 fastsætter følgende:

»1. Transmissionssystemoperatøren er ansvarlig for lastfordelingen af produktionsanlæggene i sit område og for brugen af samkøringslinjer med andre systemer.

»1. For en periode, der fastsættes af medlemsstaterne under hensyn til effektivitet og økonomisk ligevægt, skal medlemsstaterne udpege eller anmode de selskaber, som ejer transmissionssystemer, om at udpege en systemoperatør, som skal forestå driften, vedligeholdelsen og om nødvendigt udbyg-

2. Uden at det berører den elektricitetsforsyning, som sker i henhold til aftalemæssige forpligtelser, herunder de forpligtelser, der følger af udbudsbetingelserne, sker lastfordelingen af produktionsanlæggene og brugen af samkøringslinjerne på grundlag af objektive kriterier, som kan være godkendt af medlemsstaten, og som skal offentliggøres og

anvendes på en ikke-diskriminerende måde, der sikrer et velfungerende indre marked for elektricitet. I kriterieopstillingen tages der hensyn til den økonomiske rangfølge af elektricitet fra disponible produktionsanlæg eller fra overførsel via samkøringslinjer, og der tages hensyn til de tekniske begrænsninger i systemet.

under iagttagelse af kravet om fortrolighed medlemsstaterne om sådanne anmodninger, inden den træffer afgørelse. Afgørelsen offentliggøres i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.«

3. En medlemsstat kan kræve, at systemoperatøren ved lastfordelingen af produktionsanlæg giver produktionsanlæg, der anvender vedvarende energikilder eller affald, eller som har en kombineret produktion af varme og elektricitet, forrang.«

9. Artikel 24, stk. 2, i direktiv 96/92 præciserer dog, at anmodninger om en overgangsordning skal være indgivet til Kommissionen senest et år efter direktivets ikrafttræden.

B — Nationale bestemmelser

8. Artikel 24, stk. 1, i direktiv 96/92 lyder:

10. Forelæggelseskendelsen fremstiller den nationale retssituation i det væsentlige således:

»Medlemsstater, i hvilke forpligtelser eller driftsgarantier, som er givet inden dette direktivs ikrafttræden, ikke vil kunne opfyldes på grund af bestemmelserne i dette direktiv, kan anmode om en overgangsordning, som kan indrømmes dem af Kommissionen under hensyn til bl.a. det berørte systems størrelse, systemets sammenkøblingsgrad og den berørte elektricitetsindustri struktur. Kommissionen underretter

11. Ifølge artikel 3, stk. 10, i lovdekret nr. 79 af 16. marts 1999 til gennemførelse af direktiv 96/92/EF om fælles regler for det indre marked for elektricitet⁴ (herefter »lovdekret nr. 79/99«) skal der for adgang til og brug af det nationale transmissionsnet beta-

4 — GURI nr. 75 af 31.3.1999.

les et beløb til systemoperatøren, som er uafhængigt af produktionsanlæggenes og de endelige forbrugeres geografiske placering, og som fastsættes af AEEG (Autorità per l'energia elettrica e per il gas, El- og Gasmyndigheden, herefter »AEEG«) på grundlag af ikke-diskriminerende kriterier.

om de almindelige udgifter i forbindelse med el-sektoren⁵ (herefter: »ministerialdekretet«) i det væsentlige, »at de almindelige udgifter i forbindelse med el-sektoren vedrører følgende:

12. Artikel 3, stk. 11, i lovdekret nr. 79/99 bestemmer, at der ved et eller flere dekretter fra ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato (ministeren for industri, handel og håndværk, herefter »erhvervsministeren«) i samarbejde med ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica (ministeren for statskassen, budgettet og den økonomiske planlægning, herefter »økonomiministeren«), efter indstilling fra AEEG, foretages en nærmere fastsættelse af de almindelige udgifter for el-sektoren, herunder udgifterne vedrørende forskningsaktiviteter og aktiviteter vedrørende afvikling af nedlukkede atomdrevne el-værker, lukning af nukleare brændselskredsløb og al hermed forbunden eller heraf følgende virksomhed. Endvidere påhviler det AEEG at drage omsorg for, at afgiftssatserne justeres i fornødent omfang i henhold til stk. 10.

a) godtgørelse til producent-distributør-virksomhederne, på grundlag af de i nærværende dekret fastsatte kriterier, for den andel af udgifterne til produktion af el-energi, der som følge af gennemførelsen af direktiv 96/92 ikke kan tilbagesøges

b) udligning af merværdien som følge af gennemførelsen af direktiv 96/92/EF af den el-energi, der er produceret af hydroelektriske og geotermiske anlæg, som pr. 19. februar 1997 ejedes eller udnyttedes af producent-distributør-virksomhederne

c) udgifterne i forbindelse med afviklingen af de lukkede atomdrevne elværker, lukningen af det nukleare brændstøfkredsløb og al hermed forbunden eller afledt virksomhed

13. Det bestemmes i artikel 2, stk. 1, i dekretet fra erhvervsministeren, der er vedtaget i samråd med økonomiministeren og efter indstilling fra AEEG, af 26. januar 2000

5 — GURI nr. 27 af 3.2.2000.

d) udgifterne ved forskning og udvikling med henblik på teknologisk innovation af almindelig interesse for el-sektoren

19. april 1992 med senere ændringer og tilføjelser. Bestemmelserne i dette stykke finder ikke anvendelse på anlæg med en nominel styrke på ikke over 3 MW og på hydroelektriske pumpeanlæg«.

e) anvendelsen af gunstige tariffvilkår for levering af el-energi fastsat i de nævnte bestemmelser i artikel 2, stk. 2, nr. 4, i beslutning nr. 70/97 fra AEEG og i dekretet af 19. december 1995 fra [erhvervsministeren]«.

15. I artikel 5, stk. 9, i ministerialdekretet fastsættes endelig de nærmere regler til beregning af de andele af merværdien, der skal inddrages, som følger:

14. Med hensyn til artikel 2, stk. 1, litra b), bestemmes det i artikel 3, stk. 3, i ministerialdekretet under overskriften »belastninger som følge af gennemførelsen af direktiv 96/92«, at

»med henblik på udligning, om end kun delvis, af de almindelige udgifter i forbindelse med el-sektoren [inddrages der] for en periode af syv år med virkning fra den 1. januar 2000 efter retningslinjerne i artikel 5 udelukkende merværdien af el-energi produceret af hydroelektriske og geotermoelektriske anlæg, hvis energiproduktion ikke var bidragsberettiget efter beslutningerne fra Det Interministerielle Prisudvalg nr. 15 af 12. juli 1989, nr. 34 af 14. november 1990 og nr. 6 af

»Den merværdi, der skal inddrages for perioden ifølge artikel 3, stk. 3, er for året 2000 lig med den anerkendte variable enhedsomkostning for el-energi produceret af termiske anlæg, som anvender fossilt brændsel indkøbt på markedet, jf. artikel 6, stk. 5, i AEEG's beslutning nr. 70/97, og i de følgende år for hvert enkelt anlæg og hver enkel tomånedersperiode lig med en del af forskellen mellem det vægtede gennemsnit af engrosprisen på el-energi solgt på det nationale marked i de forskellige tomånedersperioder, hvorved der som koefficient anvendes den mængde af el-energi, der er produceret af anlægget i de forskellige tomånedersperioder, og gennemsnitlige faste enhedsomkostninger for anlægget, som er fastsat årligt af AEEG pr. 31. december i det foregående år. Den nævnte del er lig med 75% for årene 2001 og 2002, 50% for årene 2003 og 2004 samt 25% for årene 2005 og 2006. Bortset fra de nævnte år er denne del lig med nul.«

16. I henhold til artikel 2, stk. 1 og 2, i AEEG's beslutning nr. 231/00 af 20. december 2000 om fastlæggelse af inddragelse af merværdien af el-energi produceret af hydroelektriske og geotermoelektriske anlæg for året 2000⁶ pålægges den el-energi, som produceres og distribueres af hydroelektriske anlæg uden pumpeaktivitet og geotermoelektriske anlæg af nominel styrke på over 3 MW — anlæg, som pr. 19. februar 1997 var ejet eller styret af virksomheder, som på samme tidspunkt foretog distribution og helt eller delvist selv producerede den distribuerede el-energi — en »tillægsafgift til tariffen for brug af systemet til dækning af dynamiske tjenesteydelser som omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra a), i beslutning nr. 13/99« til udligning af merværdien som omhandlet i artikel 2, stk. 1, litra b), i ministerialdekretet af 26. januar 2000.

17. I henhold til artikel 2, stk. 1 og 2, i AEEG's beslutning nr. 232/00 af 20. december 2000 om inddragelse af merværdien af el-energi produceret af hydroelektriske og geotermoelektriske anlæg for årene 2001-2006⁷ pålægges den el-energi, som er nævnt i artikel 3, stk. 3, i ministerialdekretet af 26. januar 2000, og som produceres og distribueres af hydroelektriske anlæg uden pumpeaktivitet og geotermoelektriske anlæg

af nominel styrke på over 3 MW — anlæg, som pr. 19. februar 1997 var ejet eller styret af virksomheder, som på samme tidspunkt foretog distribution og helt eller delvist selv producerede den distribuerede el-energi — en »udligning af merværdien, som omhandlet i artikel 2, stk. 1, litra b), i ministerialdekretet af 26. januar 2000«. I henhold til artikel 2, stk. 8, i beslutning nr. 232/00 sker den ovennævnte udligning af merværdien gennem en »tillægsafgift til tariffen for brug af systemet til dækning af dynamiske tjenesteydelser som omhandlet i artikel 8, stk. 1, litra a), i beslutning nr. 13/99«.

18. Ifølge artikel 3, stk. 1, i hver af beslutningerne skal provenuet fra tillægsafgifterne til de i artikel 2 i beslutning nr. 231/00 og nr. 232/00 nævnte tariffer overføres af systemoperatøren til cassa congruaglio per il settore elettrico (udligningskassen for el-sektoren, herefter »cassa congruaglio«). Artikel 3, stk. 2, i begge de nævnte beslutninger bestemmer, at disse overførsler krediteres conto per la gestione della compensazione della maggiore valorizzazione dell'energia elettrica nella transizione (konto til administration af udligningen af merværdien af el-energi i overgangsperioden). I henhold til artikel 3, stk. 3, i de samme beslutninger overføres eventuelle overskud, der hidrører fra provenuet fra tillægsafgifterne, med fradrag af skyldige beløb til Conto per nuovi impianti da fonti rinnovabili e assimilate (konto til nye anlæg, der anvender vedvarende eller dermedigestillede energikilder).

6 — GURI, Supplemento ordinario, nr. 4 af 5.1.2001.

7 — GURI, Supplemento ordinario, nr. 4 af 5.1.2001.

III — De faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne

19. Det fremgår af forelæggelseskendelserne, at AEM og AEM Torino havde anfægtet beslutning nr. 231/00 og nr. 232/00 for Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Italien), inklusive »de forudgående, forudsatte og dermed sammenhængende retsakter«, herunder også ministerialdekretet af 26. januar 2000.

20. Efter at søgsmålene var blevet afvist, appellerede AEM og AEM Torino til Consiglio di Stato med påstand om ophævelse af de anfægtede domme.

21. Consiglio di Stato, som er den forelæggende ret, anfører, at AEM's og AEM Torinos argumentation i det væsentlige kan sammenfattes således:

— Den omtvistede tillægsafgift henhører i fuldt omfang under bestemmelserne om driftsstøtte til visse virksomheder eller produktioner, som finansieres ved afgifter af leveringer fra virksomheder i sektoren, hvorved der foreligger statsstøtte som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF, hvilken støtte i dette tilfælde er ydet uden iagttagelse af den i traktaten selv fastsatte procedure

— indførelsen af en differentieret betaling for adgang til transmissionssystemet i form af en større byrde på bestemte virksomheder udgør tilsidesættelse af et af de grundlæggende principper i direktiv 96/92, hvorefter der skal sikres adgang for alle uden forskelsbehandling til transmissionssystemet

— indførelsen af en udligningsafgift på produktionen af geotermoelektrisk energi til fordel for den produktion, der udføres af kraft-varme-værker, hvis indtægtsniveau trues af det prisniveau, som dannes på det frie, konkurrenceprægede marked, er en foranstaltning, som er egnet til kunstigt at fordreje de priser, som dannes på markedet

— herved opstår der i sidste ende en fordrejning af konkurrencen dels mellem virksomheder, der opererer på samme marked (virksomheder, der producerer el-energi), dels mellem de virksomheder, som er karakteriseret af samme produktionstype (kraft-varme-værker), dels endelig af samhandelen mellem medlemsstater, eftersom Italien er det eneste land, der har fastsat en tvangsafgift på visse hydroelektriske produktioner for at finansiere de omkostninger, der er en følge af direktivets gennemførelse.

22. Hertil konstaterer Consiglio di Stato, at den omtvistede tillægsafgift ved en samlet betragtning af de anfægtede beslutninger bygger på nødvendigheden af at skaffe en kompensation for de ufortjente fordele og de skævheder i konkurrencemæssig henseende, der knytter sig til den første liberaliseringsperiode (fastsat til 2000-2006) af el-forsyningsmarkedet som følge af gennemførelsen af direktiv 96/92.

Den forelæggende ret anser det for nødvendigt for det første at undersøge, om de pågældende bestemmelser udgør statsstøtte, som falder ind under artikel 87 EF. ff. Retten er tilbøjelig til at besvare dette benægtende, hvilket den bygger på den betragtning, at de indtægter, der svarer til tillægsafgiften til tariffen brug af nettet, ikke — via kryds-subsidering — omfordeles til fordel for bestemte virksomheder eller virksomhedsgrupper, der er aktive på markedet, men derimod anvendes til gavn for forbrugerne (som ellers skulle betale disse almindelige udgifter) og skal forhindre, at de højere beløb, der opkræves til dækning af omkostninger, som det ikke påhviler producenter og distributører at afholde, går ud over forbrugerne på tarifområdet. Det drejer sig således om en almen økonomiskpolitisk foranstaltning, der ikke har til formål at begunstige bestemte virksomheder eller virksomhedsgrupper, men tværtimod tilstræber at tilgodese den almene interesse i at undgå, at der indtjenes overskud på forbrugernes bekostning, og hvorved markedsbalancen og markedets funktion forstyrres. De anfægtede beslutninger tilstræber nemlig — modsat visse antydninger i de forberedende arbejder — ikke at lade det opnåede provenu fra tillægsafgiften komme en bestemt gruppe

virksomheder til gode for dermed at dække de såkaldte »stranded costs«. Dette provenu anvendes derimod til udligning af systemets almindelige udgifter på kontoen til administration af udligningen af merværdien af el-energi i overgangsperioden (jf. artikel 4 i beslutning nr. 53/00). Beslutning nr. 231/00 og nr. 232/00 bestemmer endvidere, om end blot som en eventualitet, at overskud på den nævnte konto overføres til kontoen for nye anlæg, der anvender vedvarende eller dermed ligestillede energikilder som omhandlet i artikel 5 i beslutning nr. 70/97. Endelig er det ikke bestemmelsen i ministerialdekretet af 26. januar 2000 — som indfører en almen sammenføring af disse beløb på en enkelt konto til dækning af systemets almindelige udgifter — der kan betegnes som støtte, men højst den herfra adskilte, senere afgørelse om at anvende disse beløb, som det offentlige herefter disponerer over, til fordel for bestemte virksomheder eller produktioner i artikel 87, stk. 1, EF's forstand.

23. Den forelæggende ret anser det for nødvendigt også at forelægge Domstolen fortolkningsproblemet vedrørende foreneligheden af en administrativ foranstaltning (indført ved ministerialdekretet og gennemført ved beslutning nr. 231/00 og nr. 232/00) — som for en overgangsperiode på seks år (2000-2006) og anderledes end i henhold til bestemmelserne i artikel 24 i direktiv 96/92 fastsætter en for adgang til transmissions-

nettet og for brugen heraf forhøjet tarif, der pålægges de virksomheder, som er begunstigede med hensyn til leveringer både på det bundne marked og på det frie marked — med bestemmelserne i direktiv 96/92 i overensstemmelse med traktatens generelle principper om konkurrence og fri bevægelighed i forbindelse med liberaliseringen af el-forsyningsmarkedet.

skabsretten forbyder operatøren at udvise adfærd, der diskriminerer brugerne, mens det i den foreliggende sag handler om beslutninger truffet af ministeriet og AEEG, som uden at indskrænke adgangen til nettet fastlægger et kriterium for overgangsbestemmelser vedrørende en tarif, der ikke er ulovlig efter fællesskabsretten. Denne tarif er ikke diskriminerende, hvilket navnlig skyldes, at den har til formål at udligne skævheder til fordel for nogle grupper af systembrugere, der opnår en indtjening, som blot hænger sammen med en ændring af gældende regler.

24. Domstolen anmodes i den forbindelse navnlig om at afklare, hvorvidt denne foranstaltning, der er åbenlyst diskriminerende og konkurrencefordrejende, i lyset af principperne og bestemmelserne i direktiv 96/92 kan begrundes med nødvendigheden — som der er redegjort for ovenfor, og som er overbevisende fremstillet i de anfægtede beslutninger — for det første af at undgå et privilegium, som er til skade for de kraftvarme-værker, der må bære brændselsudgifterne, og som hænger sammen med indtjening af et provenu, der på sin side i det væsentlige bygger på en snart forældet tarifordning, og for det andet af at undgå at skade forbrugerne ved at lade dem betale for omkostninger, som ikke bæres af de nævnte virksomheder.

26. På baggrund heraf har den forelæggende ret i begge sager anmodet Domstolen om at besvare følgende præjudicielle spørgsmål:

25. Consiglio di Stato anser det desuden for nødvendigt at få afklaret den omtalte til lægsafgifts forenelighed med artikel 7 i direktiv 96/92 og 25. betragtning til samme. Også i dette spørgsmål er den forelæggende ret tilbøjelig til at mene, at afgiften er forenelig med fællesskabsretten, da fælles-

»1) Udgør en administrativ foranstaltning, der efter ordvalget og den nærmere begrundelse pålægger bestemte virksomheder, der bruger transmissionssystemet til elektricitet, en forhøjelse af tariffen for adgang til og brug af systemet, der har til formål at finansiere de generelle omkostninger ved elektricitetsnettet, statsstøtte som omhandlet i traktatens artikel 87 ff.?

- 2) Skal principperne i direktiv 96/92 om liberalisering af det indre marked for elektricitet, navnlig bestemmelserne i artikel 7 og 8 om drift af transmissions-systemer, fortolkes således, at de er til hinder for, at en medlemsstat som en overgangsforanstaltning kan fastsætte en bestemmelse om en tarifforhøjelse for visse bestemte virksomheder, som skal udligne den merværdi af hydro-elektrisk og geotermisk energi, der ifølge ordlyden og begrundelsen følger af en ændring af regelkonteksten, og at finansiere de generelle omkostninger i forbindelse med elektricitetssystemet?»

under begrebet statsstøtte ifølge artikel 87 EF.

28. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere vestemt oplyst, om og i hvilket omfang denne opkrævning er i strid med forbuddet i artikel 7 og 8 i direktiv 96/92 mod forskelsbehandling med hensyn til adgang til transmissionsnettet.

29. Da EF-traktatens bestemmelser om støtte i princippet skal anvendes sammen med traktatens bestemmelser i øvrigt, og direktiv 96/92 er et liberaliseringsdirektiv, skal de to spørgsmål behandles hver for sig. Det skal i denne sammenhæng på forhånd pointeres, at den forelæggende ret udtrykkeligt har fastslået, at el-producenterne er aktive på det samme marked, således at det klart må antages, at hvis der foreligger en konkurrencefordrejning i strid med artikel 87 EF, vil der som følge heraf være tale om forskelsbehandling i direktiv 96/92's for-stand.

IV — Retlig vurdering

A — *Forbemærkninger*

27. Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere vestemt oplyst, under hvilke betingelser opkrævningen af en afgift i form af en tillægsafgift til en afgift⁸ til udligning af ufortjente omkostningsbesparelser, der skyldes liberaliseringen, falder ind

B — *Artikel 87 EF*

1) Indledende bemærkninger

30. Artikel 87, stk. 1, EF definerer den statsstøtte, der omhandles i EF-traktaten,

8 — For klarheds skyld skal den her omhandlede tillægsafgift til den betaling, der opkræves af visse el-producenter for adgang til transmissionsnettet og for brugen af dette, i det følgende betegnes som »tillægsafgift«, således at der hele tiden skal sondres mellem den (grund-)»afgift«, som samtlige el-producenter skal betale — og som der ikke er tale om her — og den her omtvistede specielle forhøjelse — der begrænser sig til visse el-producenter — af denne afgift.

som statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form, og som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, i det omfang støtten påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne. Ifølge fast retspraksis er »statsstøttebegrebet i denne bestemmelses forstand [...] mere generelt end tilskudsbegrebet, fordi det ikke blot omfatter positive ydelser såsom selve tilskuddene, men ligeledes de indgreb, der under forskellige former letter de byrder, som normalt belaster en virksomheds budget»⁹.

31. Det fremgår af denne almene beskrivelse af støttebegrebet, at også statslige foranstaltninger inden for direkte¹⁰ eller indirekte¹¹ beskatning samt sociale afgifter¹² i princippet kan opfylde støttebegrebet.

32. For at kunne besvare det første spørgsmål skal det derfor undersøges, om de

kriterier for statsstøtte, der er anført i artikel 87, stk. 1, EF, er opfyldt.

33. For det første skal der være tale om en bistand fra staten eller en bistand, som ydes ved hjælp af statsmidler.

34. I den foreliggende sag drejer det sig om administrative foranstaltninger, som utvivlsomt må kunne henføres til staten. Med hensyn til anvendelsen af statslige midler må det konstateres, at opkrævningen af en tillægsafgift hos bestemte el-producenter — her i forbindelse med adgang til og brug af transmissionsnettet — i første omgang medfører en forøgelse af statens indtægter¹³. Hvis en tillægsafgift kun opkræves hos bestemte virksomheder, kan det betragtes som en støtte, at andre virksomheder ikke er pligtige til at betale tillægsafgift, og at staten dermed giver afkald på indtægter, hvilket kan sidestilles med en anvendelse af statslige midler¹⁴.

9 — Jf. senest dom af 14.9.2004, sag C-276/02, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 8091, præmis 24, med talrige henvisninger.

10 — Jf. f.eks. de verserende sager C-183/02 P og C-187/02 P, Territorio Histórico de Alava — Diputación Foral de Alava m.fl. mod Kommissionen, og C-186/02 P og C-188/02 P, Ramondin m.fl. mod Kommissionen.

11 — Se f.eks. dom af 20.11.2003, sag C-126/01, GEMO, Sml. I, s. 13769.

12 — Se f.eks. dom af 12.12.2002, sag C-5/01, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 11991, som ganske vist vedrører støttebestemmelserne i EKSF-traktaten. Det forhold, der gav anledning til sagen, var bl.a. en nedsættelse af arbejdsgiverdelen af bestemte sociale afgifter.

13 — Dette ændres på ingen måde af den omstændighed, at systemoperatøren, som i henhold til den omhandlede ordning har fået overdraget at opkræve afgiften, fungerer i privatretligt regi, idet de opkrævede beløb overføres til Cassa congraglio (udligningskassen), hvis medlemmer i henhold til artikel 6 i AEEG's beslutning nr. 194/00 (GURI af 3.11.2000) udpeges af AEEG i samråd med finansministeren. I den forbindelse henviser Kommissionen med rette til dommen af 13.3.2001, sag C-379/98, PreussenElektra, Sml. I, s. 2099, ifølge hvilken støttebegrebet ikke alene omfatter »støtte ydet direkte af staten, men ligeledes støtte ydet af offentlige eller private organer, der er udpeget eller oprettet af staten«.

14 — Se herom Jansen, *Vorgaben des europäischen Beihilferechts für das nationale Steuerrecht*, Baden-Baden, 2003, s. 126 f.

35. For det andet skal den statslige støtte kunne skade samhandelen mellem medlemsstaterne. Siden liberaliseringen af el-markederne og oprettelsen af et indre marked for elektricitet på grundlag af direktiv 96/92 er en sådan negativ påvirkning i hvert fald sandsynlig¹⁵.

36. For det tredje skal støtten kunne anses for begunstigelse af den begunstigede virksomhed, og for det fjerde skal denne begunstigelse fordreje eller true med at fordreje konkurrencen.

37. Hvad angår konkurrencefordrejning skal det på forhånd fastslås, at en forskelsbehandling, der ikke kan begrundes sagligt, af virksomheder, som ligger i konkurrence med hinanden, i princippet kan føre til konkurrencefordrejning. Om der her foreligger en sådan forskelsbehandling, der ikke kan begrundes sagligt, skal fastslås ud fra, om der foreligger en begunstigelse.

38. Den tredje nævnte betingelse drejer sig om kriterierne for, at der foreligger en begunstigelse. Det skal i den forbindelse navnlig undersøges, hvorvidt der ved fast-

læggelsen af kredsen af tillægsafgiftspligtige er foretaget differentieringer, der kan begrundes sagligt. Det er endvidere af betydning med hensyn til begunstigelseskriteriet, om provenuet fra tillægsafgiften tjener til finansiering af støtteforanstaltninger.

39. Det skal derfor undersøges, hvorvidt opkrævningen af den omtvistede tillægsafgift falder ind under støttebegrebet, i det omfang den kun påhviler bestemte el-producenter, og hvorvidt anvendelsen af provenuet fra afgiften er af betydning.

2) Spørgsmålet om ydelsen af begunstigelsen og opkrævningen af tillægsafgift udgør statsstøtte

40. I det omfang den omtvistede tillægsafgift overstiger modydelsen for adgang til og benyttelse af nettet og tjener til finansiering af el-systemets almindelige omkostninger, skal den kvalificeres som skattelignende afgift¹⁶.

41. Hvorvidt skatte- og afgiftsbestemmelser giver selektive fordele, afhænger ifølge fast

15 — En sådan negativ påvirkning foreligger, når den begunstigede virksomhed driver forretning på et område, som er genstand for samhandel mellem medlemsstaterne. Se herom f.eks. Jansen, nævnt ovenfor i fodnote 14, s. 135.

16 — Om begrebet skattelignende afgift se mit forslag til afgørelse af 7.11.2002 i de forenede sager C-34/01 — C-38/01, Enirisorse, dom af 27.11.2003, Sml. I, s. 14243, punkt 167.

retspraksis af, om en foranstaltning fritager virksomheder for finansielle byrder, som påhviler dem ved en normal anvendelse af det almindelige skattesystem, »uden at denne fritagelse berettiges ved dette systems karakter eller forvaltning«¹⁷.

42. Det »almindelige« nationale skattesystem anvendes således som målestok, hvilket medfører, at det må fastslås, hvad der i det hele taget skal forstås ved en »almindelig« skatteordning. Det drejer sig utvivlsomt om et yderst vanskeligt forehavende, der i hvert fald hvad de direkte skatter angår kræver en omfattende analyse af de nationale skattebestemmelser¹⁸.

43. Med hensyn til tillægsafgifter af den i sagen omhandlede art er analysen lettere, for så vidt som det ikke er hele det relevante skattesystem, men netop kun den særlige afgiftsordning, der skal underkastes en analyse. Allerstørst skal det generelt konstateres, om og i hvilket omfang de eventuelt begunstigede virksomheder er i konkurrence med

de afgiftspligtige. Herom har generaladvokat Tizzano i sit forslag til afgørelse i Ferring-sagen¹⁹ anført, at »enhver afgift, der pålægges en bestemt gruppe af erhvervsdrivende, teoretisk set kan betragtes som en fordel, der indrømmes alle de andre erhvervsdrivende, som ikke er pålagt afgiften, og som er i mere eller mindre tæt konkurrence med de førstnævnte«. Generaladvokat Tizzano fremhæver med rette betydningen af en analyse af konkurrenceforholdene mellem alle de involverede og udelukker i overensstemmelse hermed med rette muligheden af et almengyldigt svar på spørgsmålet, om der foreligger en begunstiggelse, således at »løsningen bør [...] findes fra sag til sag, idet der tages højde for de særlige kendetegn i hver enkelt sag og navnlig konkurrencevilkårene mellem de pågældende erhvervsdrivende, afgiftens berettigelse samt dens virkninger«²⁰.

44. Med hensyn til hovedsagen skal der mindes om, at alle el-producenterne, som det også udtrykkeligt er fremhævet af den forelæggende ret, er aktive på det samme marked. Det afgørende bliver derfor, om der, i det omfang den administrative foranstaltning vedrørende opkrævning af tillægsafgiften skelner mellem el-producenterne, findes saglige grunde, der kan retfærdiggøre en sådan differentiering.

17 — Se bl.a. dom af 2.7.1974, sag 173/73, Italien mod Kommissionen, Sml. s. 709, præmis 33-35. Se også dom af 8.11.2001, sag C-143/99, Adria-Wien Pipeline, Sml. I, s. 8365, præmis 42.

18 — I det omfang der er gjort principielle forsøg på at præcisere kriterierne for undersøgelsen i retning af, at for eksempel princippet om ydeevne skal anerkendes som et alment retsprincip (som for eksempel Jansen, nævnt ovenfor i fodnote 14, s. 68 ft), skal det bemærkes, at dette princip — som en udløber af lighedsprincippet — ikke overflødiggør en indgående behandling af eventuelle objektive begrundelser for stedfundne differentieringer, således at udbyttet af at anlægge denne synsvinkel med hensyn til retssikkerheden nok vil være ret beskeden.

19 — Forslag til afgørelse af 8.5.2001, sag C-53/00, dom af 22.11.2001, Sml. I, s. 9067, punkt 36.

20 — Samme sted, punkt 39.

45. Som saglig begrundelse kunne udligningen af ufortjente omkostningsfordele for bestemte markedsdeltagere her komme på tale. Det skal derfor undersøges, om og under hvilke betingelser det kan anerkendes som en objektiv begrundelse for den differentiering, som foretages ved den pågældende administrative foranstaltning, at ufortjente omkostningsfordele udlignes ved opkrævning af en tillægsafgift. Dette ville indebære, at ikke-afgiftspligtige virksomheder ikke opnåede nogen selektiv fordel som følge af opkrævningen af tillægsafgiften hos de øvrige virksomheder, der ligger i konkurrence med dem.

46. Der består et umiskendeligt slægtskab mellem denne problemstilling og den problematik, der lå til grund for Ferring-²¹, Altmark Trans-²² og Enirisorse-sagerne²³. I disse sager drejede det sig som bekendt om spørgsmålet, om og i hvilket omfang medlemsstaterne kan udligne ekstra byrder, der hidrører fra overtagelsen af tjenesteydelser af almen økonomisk interesse, uden at dette falder ind under traktatens bestemmelser om statsstøtte. I alle tre domme var Domstolen på visse betingelser ikke afvisende over for tanken om udligning. Dette ville i den foreliggende sag blot have som naturlig konsekvens — under betingelser, der må beskrives nærmere — at muligheden for en udligning af visse ufortjente omkostnings-

fordele i princippet anerkendes, uden at denne udligningsmulighed skal anses som en selektiv fordel i støttebegrebets forstand.

47. Den forelæggende ret lægger tilsyneladende selv eksistensen af ufortjente omkostningsfordele for de tillægsafgiftspligtige til grund og anfører i den forbindelse, at de italienske el-producenter efter gennemførelsen af direktiv 96/92 ikke havde befundet sig i samme situation: Grunden hertil er en uændret generel tarifordning — i hvert fald i forhold til de bundne kunder — der anvendes af samtlige el-producenter over for distributørvirksomhederne, og som bl.a. indeholder et element til dækning af brændselsudgifter. Men det er uden videre indlysende, at ikke alle el-producenter har brændselsudgifter, således f.eks. producenter med hydroelektriske og geotermoelektriske anlæg. Før liberaliseringen af el-markedet eksisterede der af samme grund en udligningsmekanisme, således at el-producenter, der ingen brændselsudgifter havde, overførte provenuet fra det pågældende tarifelement til cassa congraglio. I forbindelse med liberaliseringen af el-markedet afskaffede man ganske vist denne udligningsmekanisme — men bibeholdt tarifordningen — hvilket anses for at have ført til en, når alt kommer til alt, ufortjent omkostningsfordel for de el-producenter, der ikke har nogen udgifter til brændsel. Ifølge den forelæggende rets angivelser har denne tarifordning også betydning

21 — Nævnt ovenfor i fodnote 19.

22 — Princippet dom af 24.7.2003, sag C-280/00, Altmark Trans, Sml. I, s. 7747.

23 — Nævnt ovenfor i fodnote 16.

på det frie el-marked, for så vidt engrosafgiftspriserne på det bundne marked udgør et referencepunkt for bilaterale aftaler på det frie marked.

blev indført som tillægsafgift, og at dens størrelse var faldende, peger klart i retning af, at dette er tilfældet. Men det er den nationale rets opgave at foretage de endelige konstateringer i så henseende.

48. Det fremgår af den forelæggende rets fremstilling, at liberaliseringen af det italienske el-marked har medført, at visse el-producenter har opnået ufortjente omkostningsfordele, og at opslugningen af disse fordele gennem opkrævning af en tidsbegrænset²⁴ tillægsafgift hos de virksomheder, der er blevet begunstiget uden retsgrundlag herfor — navnlig hydroelektriske og geotermoelektriske anlæg — på visse betingelser ikke skal anses som selektiv favorisering af de andre, ikke-afgiftspligtige el-producenter.

3) Ydelsen af en begunstigelse og finansiering af statslige støtteforanstaltninger og begunstigelse ved hjælp af provenuet fra tillægsafgiften

50. Der er endvidere uenighed om, hvorvidt anvendelsen af provenuet fra den omtvistede tillægsafgift er af betydning for bedømmelsen af den omtvistede administrative foranstaltning i henhold til reglerne om statsstøtte.

49. Anerkendelsen af udligningsprincippet som saglig begrundelse forudsætter imidlertid for det første, at gruppen af afgiftspligtige svarer til den gruppe virksomheder, der rent faktisk i forbindelse med liberaliseringen af el-markedet har nydt godt af ufortjente omkostningsfordele, og for det andet, at den udligning, der finder sted gennem opkrævningen af tillægsafgiften, ikke overstiger, hvad der er nødvendigt for at opsure den såkaldte merværdi af elektricitet produceret ved hjælp af vandkraft og jordvarme. Det forhold, at den omtvistede tillægsafgift

51. Den forelæggende ret har anført, at den alt taget i betragtning er nået til den opfattelse, at »der ikke kan være tale om at kvalificere virkningen af forskrifterne i ministerialdekretet af 26. januar 2000 som statsstøtte, idet der heri fastsættes en almindelig sammenføring af de nævnte beløb på en konto, hvis formål er at bære de almindelige udgifter knyttet til systemet, men højst den selvstændige og senere beslutning om at anvende de nævnte beløb, som nu er til det offentlige rådighed, til gavn for bestemte virksomheder eller produktioner, jf. artikel 87, stk. 1, EF«. Kommissionen tilslutter sig i det store og hele denne opfattelse.

²⁴ — Det fremgår af forelæggelseskendelserne, at fastsættelsen af starttidspunktet for opkrævningen tager hensyn til fremkomsten af den omhandlede ufortjente omkostningsfordel. Med hensyn til varigheden af afgiftsopkrævningen — der var tænkt som en overgangsforanstaltning — skal det i øvrigt bemærkes, at den omtvistede tillægsafgift er afskaffet pr. 1.1.2002.

52. Vedrørende dette spørgsmål synes for det første Domstolens faste retspraksis at være af betydning, ifølge hvilken, når »en støtte finansieres gennem en afgift, der pålægges visse virksomheder eller produktioner, Kommissionen skal [...] undersøge, om dens finansieringsmetode er i overensstemmelse med [artikel 87 EF og 88 EF]«²⁵. Det principielt afgørende ved den måde, støtten er finansieret på, er for nylig også blevet bekræftet i Enirisorse-dommen med henvisning til tidligere domme: »dette [støttebegreb] [...] omfatter [ikke kun] visse skattekategoriende afgifter, afhængig af, hvorledes afgiftsprovenuet anvendes (jf. navnlig navnlig Lornoy m.fl.-dommen [sag C-17/91, Sml. 1992 I, s. 6523], præmis 28), men også selve opkrævningen af et bidrag til en skattekategoriende afgift (jf. dom af 27.10.1993, sag C-72/92, Scharbatke, Sml. I, s. 5509, præmis 20).

Det fremgår ligeledes af Domstolens nyere praksis, at når statsstøttens finansieringsmåde, bl.a. i form af obligatoriske bidrag, udgør en integrerende del af støtten, skal Kommissionen ved undersøgelsen af denne støtte nødvendigvis tage finansieringsmåden i betragtning (jf. dom af 21.10.2003, forenede sager C-261/01 og C-262/01, Van Calster m.fl. [Sml. I, s. 12249], præmis 49)«²⁶.

25 — Dette er principielt fastslået i dom af 25.6.1970, sag 47/69, Frankrig mod Kommissionen, Sml. 1970, s. 73, præmis 11-14, org.ref.: Rec. s. 487.

26 — Dommen nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 43 f.

53. I retspraksis betones nødvendigheden af denne sammenhæng altid²⁷. Ganske vist har Domstolen opstillet kravet om, at der skal tages hensyn til finansieringen af en støtteforanstaltning i forbindelse med *øremærkede* afgifter, hvor afgiften tydeligvis tjener til at finansiere en støtteforanstaltning²⁸.

54. I Van Calster m.fl.-dommen²⁹ refererer Domstolen f.eks. til en »afgift, der specielt har til formål at finansiere en støtte«³⁰, eller — senere med hensyn til støttens finansieringsmåde — til »hele den støtteordning, som den skal finansiere«³¹. Med hensyn til underretningspligten fastslår Domstolen i den forbindelse, at »medlemsstaten derfor [er] forpligtet til for at opfylde denne forpligtelse ikke blot at anmelde selve den påtænkte støtte, men også støttens finansieringsmåde, såfremt denne er en integrerende del af den påtænkte foranstaltning« (min fremhævelse)³².

55. I Enirisorse-sagerne³³ drejede det sig ligeledes om en afgift, hvis provenu delvist tjente til at finansiere en støtteforanstaltning.

27 — Dette bliver uden videre klart, når man tager i betragtning, at støtteforanstaltninger pr. definition finansieres ved hjælp af statslige midler, hvilket dog ikke betyder, at alle indtægter inden for det pågældende budget skal anses for en integreret del af foranstaltningerne.

28 — Se den i fodnote 25 nævnte dom.

29 — Nævnt ovenfor i punkt 52.

30 — Samme dom, præmis 48.

31 — Samme dom, præmis 49.

32 — Samme dom, præmis 51.

33 — Nævnt ovenfor i fodnote 16.

Domstolen henviste her med hensyn til sammenhængen mellem opkrævning af en afgift og anvendelse af provenuet til Van Calster m.fl.-dommen.

56. Det fremgår af det foregående, at finansieringsmåden for en støtteforanstaltning er relevant i forhold til bestemmelserne om statsstøtte, når den indgår som en integrerende del af den påtænkte foranstaltning. En sådan sammenhæng mangler imidlertid i hovedsagen. I hvert fald på det tidspunkt, det omtvistede tillæg blev opkrævet, var det kun el-systemets almindelige udgifter, der skulle finansieres. Da det ved finansiering af almindelige udgifter *pr. definition* ikke kan handle om en selektiv begunstigelse, forblev det dog i første omgang uvist, om det i denne sammenhæng ville ende med støtteforanstaltninger, f.eks. til finansiering af »*stranded costs*» eller til fremme af vedvarende energikilder. Sådanne udviklinger inden for den nationale lovgivning kan ikke efterfølgende etablere en sammenhæng mellem opkrævningen af en tillægsafgift og anvendelsen af provenuet herfra i form af en finansiering af eventuelle støtteforanstaltninger og skal derfor her lades ude af betragtning.

57. Det må derfor konkluderes, at anvendelsen af provenuet fra det omtvistede tillæg ikke er endelig afklaret i de foreliggende sager. Det eneste sikre er, at provenuet fra det omhandlede tillæg blev indbetalt af

systemoperatøren og krediteret en særlig konto³⁴, der blev forvaltet af cassa congruaglio. Ved hjælp af denne konto skal de almindelige udgifter til nettet finansieres, således som disse er defineret i artikel 2, stk. 1, i ministerialdekretet af 26. januar 2000, hvorved eventuelle saldi på denne konto, som overstiger de almindelige omkostningsbehov, overføres til kontoen for nye anlæg, der anvender vedvarende eller dermed ligestillede energikilder, i henhold til artikel 5 i beslutning nr. 70/97.

58. Sagsøgerne fremhæver ganske vist den efter deres opfattelse umiskendelige sammenhæng mellem provenuet fra den omtvistede tillægsafgift og anvendelsen heraf. Men hermed forsøger de blot at påvise i overensstemmelse med den ovennævnte retspraksis, at også opkrævningen af den omtvistede tillægsafgift falder ind under støttebegrebet, i det omfang provenuet herfra anvendes til finansiering af støtteforanstaltninger.

59. Dette anbringende fra sagsøgerne er ikke overbevisende.

60. Det kan ganske vist ikke nægtes, at der kan bestå en vis sammenhæng mellem den omtvistede tillægsafgift og finansieringen af eventuelle støtteforanstaltninger. Det er imidlertid ikke nødvendigt her at afgøre, om provenuet fra den omtvistede tillægsaf-

34 — Kontoen til administration af udligningen af merværdien af el-energi i overgangsperioden, jf. artikel 4 i beslutning nr. 53/00.

gift skal anvendes til finansieringen af almindelige udgifter i medfør af ministerialdekretet af 26. januar 2000³⁵ eller derudover også til finansiering af eventuelle statsstøtteforanstaltninger, for eksempel til fremme af vedvarende energikilder³⁶. Det er nemlig den nationale rets opgave at foretage de fornødne undersøgelser vedrørende den faktiske anvendelse af provenuet fra den omtvistede tillægsafgift. Uanset den endelige anvendelse af det pågældende provenu mangler der dog efter min mening en tilstrækkelig konstaterbar sammenhæng, når den nævnte retspraksis tages i betragtning, mellem opkrævningen af den omtvistede tillægsafgift og anvendelsen af midlerne.

svarer til gruppen bestående af dem, der på grund af ændringer i den nationale lovgivning har opnået ufortjente omkostningsfordele

- at den forhøjede tarif er udregnet således, at den ikke overstiger, hvad der kræves for at opsuge den ufortjente omkostningsfordel for de pågældende producenter.

61. Det foreslås derfor Domstolen at besvare det første spørgsmål med, at en ordning som den i hovedsagen omhandlede, der pålægger bestemte el-producenter en forhøjet tarif for adgang til og brug af transmissionsnettet for at finansiere de almindelige udgifter ved el-transmissionssystemet, i henhold til artikel 87, stk. 1, EF ikke kan anses for statsstøtte, forudsat

C — Direktiv 96/92

- at gruppen af el-producenter, der er forpligtet til at betale en forhøjet tarif,

62. Med hensyn til direktiv 96/92 anser den forelæggende ret åbenbart opkrævningen af den omtvistede tillægsafgift for problematisk i to henseender. For det første er der i forbindelse med de omstridte nationale bestemmelser ikke taget hensyn til bestemmelserne i direktivets artikel 24, der vedrører finansieringen af *stranded costs*; for det andet vil tillægsafgiften kunne vise sig problematisk, i det omfang den er forbundet med en forskellig behandling af el-producenter med hensyn til adgang til transmissionsnettet.

35 — Det er ubestridt, at Kommissionen blev underrettet om dette ministerialdekret — i hvert fald hvad angår finansieringen af stranded costs og udligningen af merværdien af elektricitet produceret ved hjælp af vandkraft og jordvarme.

36 — I retsmødet anførte sagsøgerne herom, at anvendelsen af det pågældende provenu er blevet ændret ved beslutninger truffet af AEEG, især ved beslutning nr. 228/01, således at det fortrinsvis bruges til at understøtte vedvarende energikilder.

63. De to spørgsmål skal nu undersøges hver for sig.

1) Sammenhængen mellem »*stranded costs*« og den foreliggende sag

statsstøtte, der behandles af Kommissionen³⁷, og som, hvad reglerne angår, er tæt forbundet med de omtvistede bestemmelser vedrørende udligning af merværdien af den el-energi, der er produceret af hydroelektriske anlæg og geotermoelektriske anlæg.

64. Ifølge direktivets artikel 24 kan medlemsstater, hvor forpligtelser eller driftsgarantier, som er givet inden direktivets ikrafttræden, ikke vil kunne opfyldes på grund af bestemmelserne i direktivet, »anmode om en overgangsordning, som kan indrømmes dem af Kommissionen under hensyn til bl.a. det berørte systems størrelse, systemets sammenkoblingsgrad og den berørte elektricitetsindustri's struktur«.

67. Ministerialdekretet af 26. januar 2000 omhandler finansieringen af de almindelige omkostninger ved el-systemet. Ved almindelige omkostninger forstås i henhold til ministerialdekretets artikel 2, stk. 1, både udligningen af merværdien af elektricitet produceret af hydroelektriske anlæg og geotermoelektriske anlæg og refusionen af den del af de generelle omkostninger til el-produktion, der på grund af gennemførelsen af direktiv 96/92 ikke kan fås dækket — med andre ord »*stranded costs*«. Dette ministerialdekret er altså om det fælles retsgrundlag for finansieringen af begge disse elementer.

65. Denne bestemmelse gør det muligt under Kommissionens kontrol at finansiere de såkaldte »*stranded costs*«, dvs. omkostninger, der stammer fra endnu ikke afskrevne investeringer, som blev iværksat tidligere i tillid til en langfristet udnyttelse, men som ikke længere kan dækkes af indtjening, fordi markedet er blevet åbnet.

68. Den italienske regering har trods dette anerkendt³⁸, at udligningen af merværdien af elektricitet produceret af hydroelektriske anlæg og geotermoelektriske anlæg ikke udviser nogen sammenhæng med »*stranded costs*«, da opkrævningen af den omtvistede tillægsafgift ikke hviler på artikel 24 i direktiv

66. Spørgsmålet om en sammenhæng mellem de omtvistede nationale bestemmelser og problematikken omkring »*stranded costs*« rejser sig, fordi finansieringen af »*stranded costs*« i Italien er genstand for en sag om

37 — Kommissionen understreger, at de italienske myndigheder har afstået fra at underrette den i henhold til artikel 24 i direktiv 96/92 og i stedet forpligtet sig til at underrette den om støtteforanstaltninger i henhold til artikel 88, stk. 3, EF.

38 — Se f.eks. meddelelsen af 25.6.2002 fra Ministero delle Attività produttive (Ministeriet for de varefremstillende erhverv), som er nævnt af den forelæggende ret.

96/92, og idet spørgsmålet om anvendelsen af provenuet fra tillægsafgiften udgør et spørgsmål, der skal holdes adskilt fra begrundelsen³⁹ for de bestemmelser, der angår opkrævningen af denne tillægsafgift. Også Kommissionen har åbenbart lagt denne opfattelse til grund, for så vidt den har holdt den nævnte udligning uden for dens undersøgelsesprocedure. Følgelig opstår spørgsmålet om den omtvistede tillægsafgifts forenelighed med især bestemmelserne i direktiv 96/92 om adgang til transmissionsnettet, uden at det herved er nødvendigt at fortolke direktivets artikel 24.

2) Fortolkning af artikel 7 og 8 i direktiv 96/92

69. Direktivets artikel 7 indeholder almene principper vedrørende driften af transmissionsnettet. Denne drift overlades til en systemoperatør, som i henhold til artikel 7, stk. 5, er forpligtet til ikke at forskelsbehandle systembrugere eller kategorier af systembrugere. Artikel 8 i direktiv 96/92 anfører i det væsentlige de kriterier, der skal anvendes ved lastfordelingen af produktionsanlæggene og brugen af samkøringslinjer med andre systemer.

39 — Nemlig »neutraliseringen« af en uberettiget omkostningsfordel for visse el-producenter.

70. Det skal forudskikkes, at det afhænger af besvarelsen af et præjudicielt spørgsmål i den verserende sag C-17/03⁴⁰, om diskrimineringsforbuddet i artikel 7, stk. 5, kan anvendes. I den pågældende sag skal Domstolen nemlig afklare, om diskrimineringsforbuddet i artikel 7, stk. 5, er begrænset til tekniske forskrifter. Den administrative foranstaltning, der er tale om i nærværende sag, og som vedrører pålæggelse af den omtvistede tillægsafgift, udgør tydeligvis ikke en sådan teknisk forskrift. I overensstemmelse med mit forslag til besvarelse i sag C-17/03 skal det efter min mening også i nærværende sag lægges til grund, at artikel 7, stk. 5, i direktiv 96/92 ikke er begrænset til tekniske forskrifter.

71. Kommissionen har desuden udtrykt tvivl med hensyn til anvendeligheden af artikel 7 og 8 i direktiv 96/92, fordi den omtvistede tillægsafgift, når alt kommer til alt, ikke er en afgift, der har karakter af vederlag — som ved tariffene for adgang til og brug af transmissionsnettet — men en afgift til bestemte formål⁴¹, som i hvert fald ikke kommer systemoperatøren til gode⁴².

40 — Se mit forslag til afgørelse i den pågældende sag, som er nævnt ovenfor i fodnote 2.

41 — Nemlig udligningen af merværdien af el-energi, der er produceret ved hjælp af vandkraft og jordvarme, med andre ord neutraliseringen af en uberettiget omkostningsfordel.

42 — Det skal i den forbindelse bemærkes, at den omtvistede afgift ganske vist opkræves af systemoperatøren, men de pågældende beløb overføres til udligningskassen for el-sektoren og krediteres dér en konto til administration af udligningen af merværdien af el-energi i overgangsperioden.

72. Disse bemærkninger er korrekte, men medfører ikke, at den omtvistede afgift ikke kan bedømmes på grundlag af kriteriet om forbud mod forskelsbehandling i artikel 7, stk. 5, i direktiv 96/92. Som det allerede er påvist i forbindelse med spørgsmålet om forholdet til statsstøttere reglerne⁴³, skal det også med hensyn til adgangen til nettet lægges til grund, at en forskelsbehandling af el-producenterne — der her består i en selektiv opkrævning af en tillægsafgift — kun er lovlig, hvis den er sagligt begrundet. En sådan differentiering kan nemlig udmærket bidrage til i hvert fald at gøre adgangen til transmissionsnettet og benyttelsen heraf mindre attraktiv eller til at vanskeliggøre den, hvilket er i strid med direktiv 96/92's klare formål om at åbne markedet.

73. Med hensyn til spørgsmålet om den saglige begrundelse kan der derfor henvises til det ovenfor sagte⁴⁴, hvoraf det fremgår, at i det omfang ændringen af den nationale lovgivning medfører en uberettiget omkostningsfordel for visse el-producenter, skal opsigningen af denne fordel principielt ikke anses som en fordel, der er relevant i

henhold til statsstøttere reglerne, således at forskelsbehandlingen i den sidste ende kan vise sig at være sagligt begrundet under de ovenfor nævnte betingelser. Det må i denne sammenhæng forblive ubesvaret, om den selektive opkrævning af den omtvistede tillægsafgift udgør en forskellig behandling af ikke-sammenlignelige el-producenter⁴⁵ eller en sagligt begrundet forskellig behandling af sammenlignelige el-producenter.

74. Det foreslås derfor Domstolen at besvare det andet spørgsmål med, at artikel 7, stk. 5, i direktiv 96/92 ikke afskærer medlemsstaterne fra at fastsætte foranstaltninger, hvorved der i en overgangsperiode pålægges bestemte virksomheder en forhøjelse af den afgift for adgang til og brug af transmissionsnettet, der er bestemt til at finansiere de almindelige omkostninger ved el-systemet, for at udligne den merværdi, som hidrører fra en ændret national lovgivning, af el-energi produceret af hydroelektriske anlæg og geotermoelektriske anlæg. Betingelsen herfor er imidlertid, at det godtgøres, at der i overgangsperioden faktisk er opstået uforløjte omkostningsfordele.

43 — Se ovenfor, punkt 44 ff.

44 — Se ovenfor, punkt 45 ff.

45 — Den manglende sammenlignelighed ville være en følge af eksistensen af en uberettiget omkostningsfordel for bestemte producenter eller af deres klart lavere produktionsomkostninger.

V — Forslag til afgørelse

75. På baggrund af de forestående betragtninger foreslås det Domstolen at besvare de forelagte spørgsmål således:

- »1) I henhold til artikel 87, stk. 1, EF skal en ordning som den i hovedsagen omhandlede, der pålægger bestemte virksomheder en forhøjet tarif for adgang til og brug af el-transmissionsnettet med det formål at finansiere de almindelige omkostninger ved el-systemet, ikke anses som statsstøtte, forudsat:
 - at gruppen af el-producenter, der er forpligtet til at betale en forhøjet tarif, svarer til gruppen bestående af dem, der på grund af ændringer i den nationale lovgivning har opnået ufortjente omkostningsfordele
 - at den forhøjede tarif er udregnet således, at den ikke overstiger, hvad der kræves for at opsuge den ufortjente omkostningsfordel hos de pågældende producenter.
- 2) Artikel 7, stk. 5, i direktiv 96/92 afskærer ikke medlemsstaterne fra at fastsætte foranstaltninger, hvormed der i en overgangsperiode pålægges bestemte virksomheder en forhøjelse af den afgift for adgang til og brug af transmissionsnettet, der er bestemt til at finansiere de almindelige omkostninger ved el-systemet, for at udligne merværdien af el-energi produceret af hydroelektriske anlæg og geotermoelektriske anlæg — forudsat at det kan godtgøres, at denne merværdi svarer til uberettigede omkostningsfordele for disse virksomheder som følge af en ændring af den nationale lovgivning.«