

DOMSTOLENS DOM
den 23 oktober 1997 *

I mål C-158/94,

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av chefsjuristen Richard B. Wainwright och Antonio Aresu, rättstjänsten, båda i egenskap av ombud, delgivningsadress: Carlos Gómez de la Cruz, samma avdelning, Centre Wagner, Kirchberg, Luxemburg,

sökande,

med stöd av

Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland, företrätt av Lindsey Nicoll, Treasury Solicitor's Department, i egenskap av ombud, biträdd av David Anderson, barrister, delgivningsadress: Brittiska ambassaden, 14, boulevard Roosevelt, Luxemburg,

intervenient,

mot

Republiken Italien, företrädd av professor Umberto Leanza, chef för avdelningen för diplomatiska tvister vid utrikesministeriet, i egenskap av ombud, biträdd av Ivo M. Braguglia, avvocato dello Stato, delgivningsadress: Italiens ambassad, 5, rue Marie Adélaïde, Luxemburg,

svarande,

* Rättegångsspråk: italienska.

med stöd av

Republiken Frankrike, företrädd av Catherine de Salins, sous-directeur, utrikesministeriets rättsavdelning, och Jean-Marc Belorgey, chargé de mission, samma avdelning, båda i egenskap av ombud, delgivningsadress: Frankrikes ambassad, 8 B, boulevard Joseph II, Luxemburg,

och

Irland, företrädd av Michael A. Buckley, Chief State Solicitor, i egenskap av ombud, biträdd av John D. Cooke, SC, och Jennifer Payne, barrister, delgivningsadress: Irlands ambassad, 28, route d'Arlon, Luxemburg,

intervenienter,

angående en talan om fastställelse av att Republiken Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 30, 34 och 37 i EG-fördraget genom att gentemot övriga medlemsstater, inom ramen för ett statligt handelsmonopol, införa och vidmakthålla ensamrätt till import och export inom elektricitetssektorn,

meddelar

DOMSTOLEN

sammansatt av ordföranden G. C. Rodríguez Iglesias, avdelningsordförandena C. Gulmann, H. Ragnemalm och M. Wathelet samt domarna G. F. Mancini, J. C. Moitinho de Almeida, P. J. G. Kapteyn, J. L. Murray, D. A. O. Edward (referent), J. P. Puissochet, G. Hirsch, P. Jann och L. Sevón,

generaladvokat: G. Cosmas,

justitiesekreterare: biträdande justitiesekreteraren H. von Holstein, avdelningsdirektören D. Louterman-Hubeau,

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

efter att muntliga yttranden har avgivits vid sammanträdet den 7 maj 1996 av: kommissionen, företrädd av Richard B. Wainwright och Antonio Aresu, Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland, företrätt av Nicholas Green, barrister, Republiken Italien, företrädd av Ivo M. Braguglia, Republiken Frankrike, företrädd av direktören Marc Perrin de Brichambaut, utrikesministeriets rättsavdelning, i egenskap av ombud och Jean-Marc Belorgey, och Irland, företrätt av Paul Gallagher, SC, och Jennifer Payne,

och efter att ha hört generaladvokatens förslag till avgörande den 26 november 1996,

följande

Dom

- 1 Genom ansökan som inkom till domstolens kansli den 14 juni 1994 har Europeiska gemenskapernas kommission med stöd av artikel 169 i EG-fördraget väckt talan om fastställelse av att Republiken Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 30, 34 och 37 i EG-fördraget genom att gentemot övriga medlemsstater, inom ramen för ett statligt handelsmonopol, införa och vidmakthålla ensamrätt till import och export inom elektricitetssektorn.
- 2 Enligt lag nr 1643 av den 6 december 1962 (*GURI* nr 316 av den 12 december 1962) förstatligades elektricitetssektorn i Italien genom att Ente nazionale per

l'energia elettrica (nedan kallat ENEL) skapades och övertog de industriföretag som var verksamma inom elektricitetssektorn. Enligt artikel 1 första stycket i lagen skall ENEL:s uppgifter inom det nationella territoriet bestå i att producera, importera, exportera, transportera, transformera, distribuera och sälja elektricitet, oavsett dess ursprung.

- 3 ENEL:s rättigheter preciseras i lagdekret nr 342 av den 18 mars 1965 (*GURI* nr 104 av den 26 april 1965). I artikel 20 i detta dekret anges ett uttryckligt förbud för andra företag än ENEL att importera, exportera och handla med elektricitet samt att vidta överföringar för tredje mans räkning.
- 4 Enligt artikel 133 och följande artiklar i konsolideringstexten nr 1755 av den 11 december 1933 om vatten och elektriska installationer, ändrad genom lag nr 127 av den 26 januari 1942 och lag nr 606 av den 19 juli 1959, skall ministern för offentliga arbeten bevilja tillstånd till import och export av elektricitet. Av handlingarna i målet framgår att ENEL, med stöd av ett tillstånd som gäller fram till den 31 december 1997, kan importera respektive exportera upp till 30 000 TWh (terawattimme = 1 miljard kWh) per år, med en tillåten variation på plus 20 procent, från eller till Italiens europeiska grannländer.
- 5 Då kommissionen ansåg att den på detta sätt beskrivna italienska lagstiftningen, genom ENEL, gav staten ensamrätt till import och export av elektricitet och därför var oförenlig med artiklarna 30, 34 och 37 i fördraget, anmodade den genom en skrivelse av den 9 augusti 1991, i enlighet med artikel 169 i fördraget, den italienska regeringen att inom två månader inkomma med synpunkter på det föregivna fördragsbrottet.
- 6 Genom skrivelse av den 5 november 1991 bestred den italienska regeringen att det förelåg fördragsbrott och gjorde gällande att vidmakthållandet av ENEL:s ensamrätt till import och export var befogat med stöd av artikel 36 och artikel 90.2 i EG-fördraget.

- 7 Den 26 november 1992 delgav kommissionen Republiken Italien ett motiverat yttrande, i vilket den förkastade den italienska regeringens argument och hävdade att undantagen i artiklarna 36 och 90.2 i fördraget inte var tillämpliga i detta fall.
- 8 Då den italienska regeringen vidhöll sin ståndpunkt i skrivelse av den 6 oktober 1993, väckte kommissionen denna talan.
- 9 Genom två beslut av den 18 januari 1995 tillät domstolens ordförande Republiken Frankrike och Irland att intervensera till stöd för Republiken Italien. Genom ett annat beslut av samma dag tillät han Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland att intervensera till stöd för kommissionen.

Huruvida ensamrätten till import och export är förenlig med artiklarna 30, 34 och 37 i fördraget

- 10 Kommissionen har uppgivit att det förhållandet att ENEL har ett nationellt importmonopol hindrar dels producenter i övriga medlemsstater att inom italienskt territorium sälja sin produktion till andra kunder än detta monopol, dels potentiella kunder inom italienskt territorium att fritt välja sina källor för elektricitetsförsörjning från andra medlemsstater.
- 11 ENEL:s ensamrätt till import kan således begränsa handeln mellan medlemsstaterna och eftersom den är en åtgärd med motsvarande verkan som en kvantitativ importrestriktion strider den mot artikel 30 i fördraget. Denna rätt utgör samtidigt diskriminering i den mening som avses i artikel 37 i fördraget, inte bara av

exportörer som är etablerade i andra medlemsstater, utan även av förbrukare som är etablerade i den berörda medlemsstaten.

- 12 Kommissionen har gjort gällande att samma överväganden i tillämpliga delar gäller för ENEL:s ensamrätt till export. En innehavare av en sådan rätt har naturligtvis en tendens att påverka produktionen på den inhemska marknaden till nackdel för efterfrågan från andra medlemsstater, vilket innebär att denna rätt skall anses som diskriminerande i den mening som avses i artiklarna 34 och 37 i fördraget.
- 13 Innan dessa argument prövas skall det undersökas om den italienska regeringen har rätt när den gör gällande att elektricitet inte är en "vara" i den mening som avses i fördraget och därför inte kan omfattas av fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor.

Huruvida elektricitet kan klassificeras som "vara" i den mening som avses i fördraget

- 14 Den italienska regeringen har gjort gällande att elektricitet har större likheter med kategorin "tjänster" än med kategorin "varor" och därför inte omfattas av det materiella tillämpningsområdet för artikel 30—37 i fördraget. Den har framhållit att elektricitet har en immateriell karaktär och att den inte kan lagras och inte har någon självständig ekonomisk existens, eftersom den aldrig är nyttig i sig, utan enbart på grund av sina möjliga användningsområden. Såväl import som export av elektricitet är enkla administrativa transaktioner som sker via elektricitetsnätet och som på grund av sin beskaffenhet ingår i kategorin "tjänster".

- 15 Den italienska regeringen har också gjort gällande att, även om elektricitet är en vara i den mening som avses i fördraget, det följer av domar av den 24 mars 1994 i mål C-275/92, Schindler (Rec. 1994, s. I-1039) och av den 18 juni 1991 i mål C-260/89, ERT (Rec. 1991, s. I-2925) att import och export av en vara endast i syfte att utföra en tjänst skall anses ingå i själva tjänsten och därför vara undantagna från reglerna om den fria rörligheten för varor.
- 16 I dessa domar fastslog domstolen dels att import av reklamhandlingar och lotteri-lotter till en medlemsstat, för att få invånarna i denna medlemsstat att delta i ett lotteri som organiseras i en annan medlemsstat, utgör en "tjänst" i den mening som avses i artikel 60 i EG-fördraget och följaktligen omfattas av tillämpningsområdet för artikel 59 i EG-fördraget (punkt 1 i domslutet i domen i det ovannämnda målet Schindler). Dels fastslog den att koncession till ett enda företag av ensamrätt till televisionsutsända meddelanden och tilldelning för detta ändamål av ensamrätt till import, hyra eller distribution av material och produkter som är nödvändiga för att sända dem, inte som sådan utgör en åtgärd med motsvarande verkan som en kvantitativ importrestriktion i den mening som avses i artikel 30 i fördraget (punkt 15 i domskälen i domen i det ovannämnda målet ERT).
- 17 Det skall dock påpekas att domstolen i dom av den 27 april 1994 i mål C-393/92, Almelo m. fl. (Rec. 1994, s. I-1477, punkt 28) konstaterade att det varken i gemenskapsrätten eller i de nationella rättssystemen ifrågasätts att elektricitet utgör en vara i den mening som avses i artikel 30 i fördraget. Den framhöll särskilt att elektricitet anses som en vara inom ramen för gemenskapens tulltaxenomenklatur (nummer NC 27.16) och att domstolen redan, i dom av den 15 juli 1964 i mål 6/64, Costa (Rec. 1964, s. 1141), hade fastställt att elektricitet kan omfattas av tillämpningsområdet för artikel 37 i fördraget.
- 18 I domen i det ovannämnda målet Schindler konstaterade domstolen uttryckligen, i punkt 22, att import och spridning av de handlingar och lotter som är nödvändiga för att organisera ett lotteri inte är några självändamål, utan bara är avsedda att ge invånarna i de medlemsstater till vilka dessa handlingar och föremål importeras och i vilka de sprids möjlighet att delta i lotteriet. Domen i målet Schindler kan därför inte tillämpas på en sådan situation som denna, där de tjänster som är nödvändiga

för att importera eller exportera samt transportera och distribuera elektricitet endast är medel för att till förbrukaren leverera en vara i den mening som avses i fördraget.

- 19 Vidare fastslog domstolen i domen i det ovannämnda målet ERT (punkt 18) att om ett monopol på televisionstjänster tilldelas ensamrätt till import, hyra eller distribution av material och produkter som är nödvändiga för att sända televisionsmeddelanden, utgör detta inte en åtgärd med motsvarande verkan som en kvantitativ restriktion, i den mening som avses i artikel 30 i fördraget, eftersom ensamrätten inte ger upphov till någon diskriminering av importerade produkter till förmån för nationella produkter. Under dessa omständigheter kan i varje fall inte den slutsatsen dras av domen att import och export av den materia som är i fråga undgår tillämpningsområdet för fördragets regler om fri rörlighet för varor.
- 20 Det skall därför prövas om den omtvistade ensamrätten till import och export av elektricitet i detta fall är förenlig med dessa regler, däribland artikel 37.

Artikel 37 i fördraget

- 21 Enligt artikel 37.1 i fördraget skall medlemsstaterna säkerställa att statliga handelsmonopol gradvis anpassas på sådant sätt att ingen diskriminering med avseende på anskaffnings- och saluföringsvillkor föreligger mellan medlemsstaternas medborgare vid övergångstidens utgång. Denna skyldighet gäller för varje organ genom vilket en medlemsstat, rättsligt eller i praktiken, direkt eller indirekt kontrollerar, styr eller märkbart påverkar import eller export mellan medlemsstaterna, och den skall även tillämpas på monopol som staten överlåtit på andra. Enligt artikel 37.2

skall medlemsstaterna inte vidta några nya åtgärder som strider mot de principer som anges i punkt 1.

- 22 Således krävs det inte att handelsmonopolen avskaffas, men bestämmelsen ger bindande föreskrifter om att dessa måste anpassas på ett sådant sätt att sådan diskriminering är utesluten efter övergångstidens utgång (dom av den 3 februari 1976 i mål 59/75, Manghera m. fl., Rec. 1976, s. 91, punkt 5). Vidare innebär bestämmelsen att medlemsstaterna inte innan övergångstidens utgång får införa någon ny diskriminering av det slag som avses i punkt 1.
- 23 Som domstolen redan har konstaterat i domen i det ovannämnda målet Manghera m. fl. (punkt 12) och i dom av den 13 december 1990 i mål C-347/88, kommissionen mot Grekland (Rec. 1990, s. I-4747, punkt 44) utgör ensamrätt till import en sådan diskriminering gentemot gemenskapens exportörer som är etablerade i andra medlemsstater som är förbjuden enligt artikel 37.1. En sådan rätt kan nämligen direkt påverka saluföringsvillkoren för enbart aktörer eller köpare i övriga medlemsstater.
- 24 På samma sätt medför ensamrätt till export diskriminering av importörer som är etablerade i andra medlemsstater, eftersom denna ensamrätt endast påverkar anskaffningsvillkoren för aktörer eller konsumenter i övriga medlemsstater.
- 25 Det kan, som kommissionen har gjort, konstateras att ENEL, som enligt lag ansvarar inte bara för produktion, import, export, transport och transformering av elektricitet inom det nationella territoriet, utan även för distribution och försäljning, reserverar den disponibla inhemska produktionen för i första hand förbrukare som befinner sig inom italienskt territorium. På grund av detta kan den slutsatsen dras att, även om ENEL:s ensamrätt till export inte har till syfte just att begränsa exporten och därigenom införa en skillnad i behandling av inhemsk handel och exporthandel, på så sätt att det säkerställs att den inhemska italienska

marknaden får en särskild fördel, ensamrätten får denna verkan (se i detta avseende, vad gäller artikel 34 i fördraget, i synnerhet dom av den 9 juni 1992 i mål C-47/90, Delhaize och Le Lion, Rec. 1992, s. I-3669, punkt 12).

- 26 Den italienska regeringen har emellertid gjort gällande att det följer av domen i det ovannämnda målet ERT att det, när handeln med en vara har ett nära samband med tillhandahållandet av tjänster, såsom är fallet med elektricitet, inte är tillräckligt, för att bevisa en överträdelse av fördragets regler om fri rörlighet för varor i allmänhet och artikel 37 i synnerhet, att åberopa indirekta eller potentiella hinder för handeln inom gemenskapen, utan det måste bevisas att det faktiskt föreligger ett hinder, och därmed faktisk diskriminering av den importerade produkten jämfört med en nationell produkt.
- 27 I detta sammanhang har den italienska regeringen betonat att importen av elektricitet till Italien stadigvarande har ökat under de senaste åren och att Italien för närvarande är den största importören av elektricitet i Europeiska unionen.
- 28 Den italienska regeringen har tillagt att, när domstolen i dom av den 24 november 1993 i de förenade målen C-267/91 och C-268/91, Keck och Mithouard (Rec. 1993, s. I-6097, punkt 16) bedömde att tillämpningen av nationella bestämmelser som begränsar eller förbjuder vissa försäljningsvillkor inte direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, kan hindra handeln mellan medlemsstaterna på det sätt som avses i rättspraxisen efter domen i målet Dassonville (dom av den 11 juli 1974 i mål 8/74, Rec. 1974, s. 837), förutsatt att bestämmelserna, såväl rättsligt som i praktiken, påverkar saluföringen av nationella produkter och produkter från andra medlemsstater på samma sätt, domstolen generaliserade den princip som följer av domen i det ovannämnda målet ERT. Detta innebär att ENEL:s ensamrätt till import och export endast kan strida mot fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor såvida avsikten med den är att ENEL fritt skall kunna diskriminera elektricitet som produceras i övriga stater i Europeiska unionen, till fördel för elektricitet som produceras i Italien.

- 29 Det är riktigt att domstolen i domen i det ovannämnda målet ERT fastslog att fördragets artiklar om fri rörlighet för varor inte hindrar att ett enda företag får koncession till ensamrätt till televisionsutsända meddelanden och för detta ändamål tilldelas ensamrätt till import, hyra eller distribution av material och produkter som är nödvändiga för sändningen, såvida detta inte resulterar i en diskriminering av importerade produkter till fördel för nationella produkter.
- 30 Som generaladvokaten konstaterade i punkt 65 i sitt förslag till avgörande var dock den aktuella varuimporten i det ovan nämnda målet ERT uteslutande avsedd för en innehavare av ett tjänstemonopol, vilket inte i sig strider mot gemenskapsrätten, medan i detta fall den elektricitet som importeras av ensamrättens innehavare inte är avsedd uteslutande för dennes förbrukning utan för alla företags och förbrukares förbrukning i den berörda medlemsstaten.
- 31 På samma sätt kan det konstateras att domen i det ovannämnda målet Keck och Mithouard enbart avser nationella bestämmelser som begränsar eller förbjuder vissa försäljningsvillkor, inte nationell lagstiftning som syftar till att styra varuhandeln mellan medlemsstaterna (punkt 12 i domen) eller som avser de villkor som varorna i fråga måste uppfylla (punkt 15 i domen).
- 32 Det faktum att handelns omfång stadigvarande har ökat under de senaste åren vederlägger inte konstaterandena i punkt 23—25 i denna dom, enligt vilka förekomsten av ensamrätt till import och export i en medlemsstat medför diskriminering av exportörer respektive importörer som är etablerade i andra medlemsstater, när denna handel är förbehållen innehavaren av ensamrätten och när samtliga ekonomiska aktörer i de övriga medlemsstaterna automatiskt är uteslutna från direktimport och-export och inte fritt kan välja kunder eller leverantörer i den medlemsstat där innehavaren av ensamrätten är etablerad.

Artiklarna 30, 34 och 36 i fördraget

- 33 Eftersom den omtvistade ensamrätten till import och export således strider mot artikel 37 i fördraget, är det inte längre nödvändigt att undersöka om denna rätt strider mot artiklarna 30 och 34 eller om den eventuellt kan vara befogad med stöd av artikel 36 i fördraget.
- 34 Det finns dock fortfarande anledning att kontrollera om den omtvistade ensamrätten inte, såsom den italienska regeringen har hävdad, kan vara befogad med stöd av artiklarna 90.2, 130a eller 130b i fördraget.

Huruvida det finns stöd i artikel 90.2 i fördraget för att anse ensamrätten befogad

- 35 I första hand har kommissionen gjort gällande att artikel 90.2 i fördraget inte kan åberopas för att motivera statliga åtgärder som inte är förenliga med fördragets regler om fri rörlighet för varor, däribland artikel 37.
- 36 I andra hand har kommissionen hävdad att det enligt domstolens rättspraxis inte räcker, för att omfattas av undantaget i artikel 90.2, att en medlemsstat har anförtrott ett företag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, utan dessutom krävs det att tillämpningen av fördragets regler hindrar fullgörandet av de särskilda uppgifter som detta företag har tilldelats och att gemenskapens intressen inte äventyras (dom av den 10 december 1991 i mål C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, Rec. 1991, s. I-5889, punkt 26). Kommissionen har tillagt att det följer av domar av den 19 maj 1993 i mål C-320/91, *Corbeau* (Rec. 1993, s. I-2533, punkterna 14 och 16) och av domen i det ovannämnda målet *Almelo m. fl.* (punkt 49) att för att de konkurrensbegränsningar som följer av att företag som har anförtrotts uppgifter av allmänt ekonomiskt intresse tilldelas ensamrätt skall kunna vara befogade, med stöd av artikel 90.2 i fördraget, måste de vara nödvändiga för

att säkerställa fullgörandet av de särskilda uppgifter som dessa företag har anförtrots och framför allt för att företagen skall kunna åtnjuta godtagbara ekonomiska villkor.

- 37 Till att börja med skall kommissionens förstahandsargument prövas. Enligt detta argument kan artikel 90.2 i fördraget inte åberopas för att motivera statliga åtgärder som inte är förenliga med fördragets regler om fri rörlighet för varor.

Huruvida artikel 90.2 i fördraget är tillämplig på statliga åtgärder som strider mot fördragets regler om fri rörlighet för varor

- 38 I artikel 90.1 förbjuds medlemsstaterna på ett allmänt sätt att, beträffande offentliga företag och företag som de beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter, vidta och bibehålla någon åtgärd som strider mot reglerna i EG-fördraget, i synnerhet reglerna i artiklarna 6 samt 85—94. Denna bestämmelse måste betyda att medlemsstaterna kan bevilja vissa företag ensamrätt och ge dem monopolställning.

- 39 I artikel 90.2 anges att företag som anförtrots att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse skall vara underkastade fördragets regler, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs. Utvecklingen av handeln får dock inte påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse.

- 40 I dom av den 6 juli 1982 i de förenade målen 188/80, 189/80 och 190/80, Frankrike, Italien och Förenade kungariket mot kommissionen (Rec. 1982, s. 2545, punkt 12) konstaterade domstolen att artikel 90 endast rör företag för vilkas verksamhet staten skall påta sig ett särskilt ansvar på grund av sitt möjliga inflytande över sådan verksamhet. Vidare uppgav domstolen att det i denna bestämmelse betonas att sådana företag omfattas av samtliga regler i fördraget, med förbehåll för de förtydliganden som görs under andra punkten, och att medlemsstaterna anmodas att iaktta dessa regler i förbindelserna med sådana företag.
- 41 Mot bakgrund av dessa överväganden skall artikel 90.1 tolkas så, att avsikten med den är att undvika att medlemsstaterna drar fördel av sina förbindelser med dessa företag för att kringgå förbud i andra regler i fördraget som är direkt riktade till dem, såsom artiklarna 30, 34 och 37, genom att tvinga eller förmå företagen att uppträda på ett sätt som för medlemsstaterna strider mot nämnda regler.
- 42 Det är i detta sammanhang som det i artikel 90.2 anges villkor för de undantagsfall då företag som har anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse kan undantas från fördragets regler.
- 43 Av artiklarna 90.1 och 90.2 sammantagna, såsom deras räckvidd just har definierats, framgår att en medlemsstat kan åberopa artikel 90.2 för att motivera att ett företag som har anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i strid med artikel 37 i fördraget beviljas ensamrätt, när fullgörandet av de särskilda uppgifter som företaget har tilldelats inte kan säkerställas på annat sätt än genom att denna rätt beviljas och när utvecklingen av handeln inte påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse.
- 44 Under dessa omständigheter skall det också, som kommissionen har gjort gällande i andra hand, undersökas om dessa villkor inte är uppfyllda i detta fall.

Huruvida ENEL:s ensamrätt till import och export är nödvändig

- 45 I detta avseende kan det konstateras att kommissionen i sin formella underrättelse uppgav att Republiken Italien inte längre, gentemot övriga medlemsstater, kunde vidmakthålla ensamrätt till import och export inom elektricitetsområdet, då denna rätt enligt kommissionen inte var förenlig med artiklarna 30, 34 och 37 i fördraget.
- 46 I sitt svar lämnade den italienska regeringen en detaljerad beskrivning av den nationella elektricitetssektorn, såsom den såg ut före 1962 års lag, och påpekade särskilt att enligt lydelsen av denna lag består ENEL:s uppgifter bland annat i att "till lägsta driftskostnad säkerställa tillgång till elektricitet som i fråga om kvantitet och pris är anpassad till de krav som en balanserad ekonomisk utveckling i landet är förenad med". Den gjorde även gällande ett visst antal ekonomiska och rättsliga argument som enligt artikel 90.2 i fördraget motiverade vidmakthållandet av den omtvistade ensamrätten. Den framhöll särskilt att om denna rätt avskaffades skulle det oundvikligen störa de särskilda uppgifter som ENEL har tilldelats, såsom regeringen har beskrivit dessa.
- 47 I sitt motiverade yttrande förde kommissionen knappt något ekonomiskt resonemang, utan stödde sig i stället på rättsliga överväganden som gick ut på att den fortfarande ansåg att vidmakthållandet av den omtvistade ensamrätten inte var förenligt med artiklarna 30, 34 och 37 i fördraget. Vad beträffar artikel 90.2 nöjde den sig med att påstå att denna bestämmelse inte var tillämplig på statliga åtgärder som stred mot dessa artiklar.
- 48 I sina synpunkter över det motiverade yttrandet betonade den italienska regeringen framför allt följderna av kommissionens ståndpunkt som, genom att ifrågasätta vissa former för organisationen av den italienska elektricitetssektorn, undergrävde en organisation som var tillfredsställande med hänsyn till målen för den nationella energipolitiken, och som för närvarande inte kunde ersättas med en gemenskapspolitik.

- 49 Den italienska regeringen framhöll också att det vid den kritiska granskningen av de aspekter av denna organisation som ensamrätten till import och export utgjorde var nödvändigt att beakta de särskilda förhållandena i varje medlemsstat.
- 50 Trots att den italienska regeringen i sina synpunkter bekräftade att den vidhöll sin inställning till det föregivna fördragsbrottet, begränsade sig kommissionen även fortsättningsvis i sin ansökan, som framgår av punkterna 35 och 36 i denna dom, till att erinra om dels sin huvudsakliga ståndpunkt att artikel 90.2 i fördraget inte kan tillämpas på statliga åtgärder som strider mot fördragets regler om fri rörlighet för varor, dels ovannämnda domar i målen *Merci convenzionali porto di Genova*, *Corbeau* och *Almelo m. fl.*, dock utan att gå in på deras konkreta tillämpning på detta fall.
- 51 Inför domstolen har den italienska regeringen i huvudsak upprepat de överväganden som den framförde under det administrativa förfarandet, i synnerhet sin övertygelse att om ENEL:s ensamrätt till import och export avskaffades skulle ENEL inte kunna fullgöra sitt åtagande att tillhandahålla energi till låga kostnader och priser för att garantera en balanserad ekonomisk utveckling i landet. I detta avseende har den hävdats att om ensamrätten avskaffades skulle det stora flertalet av de stora förbrukarna, som är etablerade i norra Italien nära landets gränser, välja att köpa elektricitet av utländska leverantörer, och på detta sätt beröva ENEL den största källan för fördelning av kostnaderna för distributionen av elektricitet, vilket skulle medföra en stegring av genomsnittspriset på elektricitet. Prisstegringen skulle drabba de förbrukare som på grund av sin låga förbrukning eller på grund av att de är etablerade i centrala och södra Italien, där det inte finns tillgång till utländska leverantörer eller där det inte är ekonomiskt försvarbart att utnyttja dessa, inte skulle ha något annat alternativ än att köpa sin elektricitet av ENEL.
- 52 Trots denna argumentation har kommissionen i sin replik bara erinrat om de rättsliga överväganden som den angav i ansökan och har därutöver uppgivit att endast fruktan att ENEL kommer att förlora sina mest intressanta kunder till följd av industriförbrukarnas starka benägenhet att köpa elektricitet utomlands inte gör det

befogat att dra slutsatsen att de balanserande uppgifter som ENEL har anförtrotts skulle kunna äventyras, eftersom den italienska regeringen inte har bevisat att det inte finns andra, mindre begränsande, ekonomiska åtgärder, exempelvis subventioner till missgynnade förbrukare eller nationella stödfonder, som skulle göra det möjligt att uppnå samma resultat under iakttagande av kraven i fördraget.

- 53 Det måste dock konstateras att kommissionen, genom att på detta sätt i allmänna ordalag räkna upp vissa alternativ till den omtvistade rätten, varken har beaktat de särdrag i det nationella systemet för elektricitetsförsörjning (bland annat de krav som följer av landets geografiska utformning) som den italienska regeringen har anfört eller konkret undersökt om de alternativ som den har föreslagit ger ENEL möjlighet att fullgöra de uppgifter av allmänt ekonomiskt intresse som det har anförtrotts under godtagbara ekonomiska villkor.
- 54 Även om det är riktigt att det är den medlemsstat som åberopar artikel 90.2 som skall visa att villkoren i denna bestämmelse är uppfyllda, kan denna bevisbörda inte innebära krav på att denna medlemsstat, när den på ett detaljerat sätt har redogjort för skälen till att det kan ifrågasättas att ett företag som den har anförtrott uppgifter av allmänt ekonomiskt intresse skulle kunna fullgöra dessa under godtagbara ekonomiska villkor om de påtalade åtgärderna avskaffades, skall gå ännu längre för att faktiskt visa att ingen annan tänkbar åtgärd gör det möjligt att säkerställa fullgörandet av dessa uppgifter under samma villkor.
- 55 Vid ett förfarande om fördragsbrott enligt artikel 169 i fördraget skall nämligen kommissionen styrka det påstådda brottet och förse domstolen med de uppgifter som den behöver för att kunna verifiera fördragsbrottet (se dom av den 25 maj 1982 i mål 96/81, kommissionen mot Nederländerna, Rec. 1982, s. 1791, punkt 6).

- 56 I detta avseende skall det erinras om att avsikten med det administrativa förfarande som föreskrivs i artikel 169 i fördraget är att ge medlemsstaten tillfälle att frivilligt anpassa sig till fördragets krav eller att i förekommande fall motivera sin ståndpunkt (se i detta avseende dom av den 18 mars 1986 i mål 85/85, kommissionen mot Belgien, Rec. 1986, s. 1149, punkt 11). Det är precis vad den italienska regeringen har gjort när den, alltsedan svaret på kommissionens formella underrättelse, har åberopat ett visst antal argument som enligt artikel 90.2 i fördraget kan motivera vidmakthållandet av den omtvistade ensamrätten.
- 57 Det motiverade yttrandet skall innehålla en sammanhängande och detaljerad redogörelse för skälen till kommissionens uppfattning att den berörda staten har underlåtit att uppfylla en av de skyldigheter som åligger den enligt fördraget (se i synnerhet dom av den 17 september 1996 i mål C-289/94, kommissionen mot Italien, REG 1996, s. I-4405, punkt 16). I detta fall är de skäl som kommissionen har anfört i detta avseende huvudsakligen rättsliga överväganden som går ut på att den italienska regeringens grunder inte är relevanta.
- 58 Syftet med kommissionens eventuella ansökan är att utifrån det administrativa förfarandet precisera de klagomål som den vill att domstolen skall ta ställning till samt, åtminstone summariskt, de rättsliga och faktiska omständigheter som dessa klagomål grundas på (se i synnerhet ovannämnda dom i målet kommissionen mot Grekland, punkt 28). I detta fall har kommissionen återigen begränsat sig till en i huvudsak rent rättslig argumentation.
- 59 Sedan ramen för tvisten har definierats på detta sätt, skall domstolen begränsa sig till att bedöma om det finns fog för de rättsliga grunder som kommissionen har anfört. Det ankommer definitivt inte på domstolen att på grundval av allmänna synpunkter som har framförts i repliken göra en bedömning, som nödvändigtvis omfattar en bedömning av ekonomiska, finansiella och sociala omständigheter, av de åtgärder som en medlemsstat skulle kunna vidta för att säkerställa elektricitetsleveranser inom det nationella territoriet till kostnader och priser som kan garantera en balanserad ekonomisk utveckling i landet.

- 60 Med hänsyn till vad som har anförts ovan, och i synnerhet det förhållandet att domstolen inte har godtagit den rättsuppfattning som låg bakom både det motive-
rade yttrandet och kommissionens ansökan, kan domstolen inte inom ramen för
detta mål pröva frågan huruvida Republiken Italien genom att vidmakthålla
ENEL:s ensamrätt till import och export faktiskt har överskridit gränserna för vad
som är nödvändigt för att detta företag under godtagbara ekonomiska villkor skall
kunna fullgöra de uppgifter av allmänt ekonomiskt intresse som det har tilldelats.
- 61 Det skall dock påpekas att för att ENEL:s ensamrätt till import och export med
stöd av artikel 90.2 i fördraget skall kunna undgå tillämpning av fördragets regler,
krävs det att utvecklingen av handeln inte påverkas på ett sätt som strider mot
gemenskapens intresse.

Huruvida utvecklingen av handeln inom gemenskapen påverkas

- 62 Såsom framgår av punkt 27 i denna dom har den italienska regeringen i sitt
svaromål förklarat att importen av elektricitet till Italien stadigvarande har ökat
under de senaste åren och att Italien för närvarande är den största importören av
elektricitet i Europeiska unionen. Utan att bli motsagd av kommissionen har den
preciserat att importen av elektricitet år 1993 ökade med 11,6 procent jämfört med
år 1992, och därmed uppgick till nästan 40 miljarder kWh, vilket motsvarar den
totala produktionen i Österrike.
- 63 Kommissionen har nöjt sig med att påpeka att det, för att vissa åtgärder skall
kunna undgå tillämpning av fördragets regler med stöd av artikel 90.2, inte bara
krävs att denna tillämpning direkt eller indirekt hindrar fullgörandet av de sär-
skilda uppgifter som har tilldelats utan även att gemenskapens intresse inte påver-
kas. Den har dock inte försökt visa att handeln med elektricitet inom gemenskapen

har utvecklats och fortsätter att utvecklas på ett sätt som strider mot gemenskapens intresse på grund av ENEL:s ensamrätt till import och export.

- 64 I förevarande fall borde kommissionen ha visat detta.
- 65 Med hänsyn till den italienska regeringens förklaringar skall nämligen kommissionen, för att bevisa det föregivna fördragsbrottet, inom ramen för domstolens prövning definiera det intresse som gemenskapen har, utifrån vilket utvecklingen av handeln skall bedömas. Det skall härvid erinras om att det i artikel 90.3 i fördraget uttryckligen föreskrivs att det är kommissionen som skall säkerställa att denna artikel tillämpas och, när det är nödvändigt, utfärda lämpliga direktiv eller beslut vad avser medlemsstaterna.
- 66 I detta fall behövs det i än högre grad en sådan definition, eftersom det i den enda gemenskapsrättsakt som direkt är relaterad till handeln med elektricitet, nämligen rådets direktiv 90/547/EEG av den 29 oktober 1990 om transitering av elektricitet genom kraftledningsnät (EGT L 313, s. 30), uttryckligen konstateras, i sjätte övervägandet, att handeln med el mellan högspänningsnät i Europa ökar varje år.
- 67 Eftersom kommissionen uttryckligen har bemödat sig om att precisera att dess talan enbart gäller ensamrätten till import och export och inte andra rättigheter som avser transport och distribution, skulle det särskilt ha ålegat den att visa hur en utveckling av den direkta handeln mellan producenter och förbrukare, parallellt

med utvecklingen av handeln mellan kraftnäten, hade varit möjlig om dessa producenter och förbrukare inte hade haft tillträdesrätt till transport- och distributionsnäten, när det inte finns någon gemensam politik på det berörda området.

- 68 Av samtliga överväganden ovan följer att kommissionens talan skall ogillas, utan att det är nödvändigt att pröva den italienska regeringens argument avseende artiklarna 130a och 130b i fördraget.

Rättegångskostnader

- 69 I enlighet med artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Eftersom kommissionen har tappat målet skall den ersätta rättegångskostnaderna. Enligt artikel 69.4 i rättegångsreglerna skall medlemsstater och institutioner som har intervenerat bära sina egna rättegångskostnader.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN

följande dom:

1) Talan ogillas.

2) Europeiska gemenskapernas kommission skall ersätta rättegångskostnaderna.

- 3) **Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland, Republiken Frankrike samt Irland, som har intervenerat, skall bära sina egna rättegångskostnader.**

Rodríguez Iglesias	Gulmann	Ragnemalm	Wathelet	
Mancini	Moitinho de Almeida	Kapteyn	Murray	
Edward	Puissochet	Hirsch	Jann	Sevón

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 23 oktober 1997.

R. Grass
Justitiesekreterare

G. C. Rodríguez Iglesias
Ordförande