FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT CHRISTINE STIX-HACKL föredraget den- 28 oktober 2004 [1]

Innehållsförteckning

I — Inledning ..... I - 4987

II — Tillämpliga bestämmelser ..... I - 4989

A — De gemenskapsrättsliga bestämmelserna ..... I - 4989

B — Den nationella lagstiftningen ..... I - 4990

III — Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna ..... I - 4991

IV — Rättslig bedömning ..... I - 4993

A — Inledande synpunkter ..... I - 4993

1) Tolkningsfrågorna ..... I - 4993

2) Direktiv 96/92 ..... I - 4995

a) Direktivets huvudsakliga innehåll ..... I - 4995

b) Direktivets räckvidd ..... I - 4997

3) Min valda ordning för prövningen ..... I - 4998

B — Den andra tolkningsfrågan rörande diskrimineringsförbudet enligt artikel 7.5 i direktivet 96/92 ..... I - 4998

1) Räckvidden av diskrimineringsförbudet enligt artikel 7.5 i direktiv 96/92 . I - 4999

2) Huruvida det föreligger en diskriminering ..... I - 5000

a) Gemenskapsrättslig bedömning av elleveransavtal med flera års löptid. I - 5002

b) Företrädesrätten vid tilldelning av importkapacitet och dess proportionalitet ..... I - 5007

1 — Originalspråk: tyska.

C — Den första tolkningsfrågan ..... I - 5010
1) Artikel 28 EG som grund för bedömningen? ..... I - 5010
2) Gemenskapens konkurrensrätt ..... I - 5013
a) Tillämpningsområdet för artiklarna 81 EG och 82 EG ..... I - 5013
b) Tillämpningsområdet för artikel 86.1 EG ..... I - 5013
3) Företrädesrätt vid tilldelning av importkapacitet som en konkurrensfråga . I - 5014
V — Förslag till avgörande ..... I - 5015

I — Inledning

1. Genom Europaparlamentets och rådets direktiv 96/92/EG av den 19 december 1996 om gemensamma regler för den inre marknaden för el [2] (nedan kallat direktivet eller direktiv 96/92) inleddes den andra fasen i liberaliseringen av elmarknaden inom gemenskapen. En inre marknad för el skulle upprättas genom ett gradvis införande av konkurrens i medlemsstaterna och öppnande av de nationella marknaderna. Medlemsstaternas utgångslägen var därvid naturligtvis mycket olika. Medan i vissa medlemsstater produktion, överföring och distribution av el låg i händerna på — oftast statliga — vertikalt integrerade företag med exklusiva rättigheter, fanns det i andra medlemsstater talrika privata producenter och systemansvariga med eller utan territoriellt begränsade monopol, varvid de enskilda marknaderna hade öppnats i varierande grad. [3]

2. Den gradvisa liberaliseringen av de nationella elmarknaderna skedde i huvudsak genom att en viss konkurrens tilläts med särskiljande av produktion, överföring och distribution. Integrationen av de nationella marknaderna genom upprättandet av en inre marknad för el inom gemenskapen väcker å sin sida särskilda frågor, framför allt med hänsyn till systemens driftkompatibilitet samt överförings- och sammanlänkningskapaciteten. Upprättandet av en inre marknad förutsätter ett motsvarande elutbyte mellan

2 — EGT L 27, s. 20.

3 — För en överblick, se Per Conradi Andersen, "Free movement of electricity: third party access and quantitative restrictions", *Legal issues of European integration*, nr 2 (1994), s. 51 och följande sidor.

medlemsstaterna inom ramen för befintlig teknik. Just flaskhalsar vid sammanlänkning av systemen kan dock utgöra ett hinder för överföringen av el mellan medlemsstaterna.

3. Förutom dessa principiella frågor skapar den av direktivet åsyftade liberaliseringen av elmarknaderna i allmänhet även komplexa övergångsproblem.[4] Direktivet självt innehåller i artikel 24 regler om en övergångsordning för behandlingen i medlemsstaterna av driftåtaganden och driftgarantier i fråga om vilka möjligheten till uppfyllelse är osäker efter liberaliseringen, och kommissionen ges härvid vittgående befogenheter.

4. I detta mål skall domstolen ge sin tolkning i en viktig fråga av övergångskaraktär som rör elhandeln mellan medlemsstaterna och därvid klargöra gemenskapsrättens ståndpunkt när det gäller behandlingen efter öppnandet av marknaden av elleveransavtal med flera års löptid, som ingåtts innan marknaden öppnades.

5. I Nederländerna kontrollerades elmarknaden innan den öppnades av ett företag — SEP — som hade bildats av fyra regionala elproducenter. Detta företag hade anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, däribland att garantera försörjningstryggheten. Eftersom den inhemska produktionen inte täckte det nationella behovet och då en utbyggnad av den inhemska produktionskapaciteten inte var politiskt genomförbar, träffade SEP långfristiga elleveransavtal med utländska leverantörer. Dessa avtal har en löptid som sträcker sig även in i tiden efter öppnandet av marknaden. Eftersom sammanlänkningskapaciteten i Nederländerna liksom i andra medlemsstater är begränsad, tillförsäkrade den nederländske lagstiftaren SEP, efter öppnandet av marknaden, företräde i fråga om tilldelning av importkapacitet. Det är denna företrädesrätt vid tilldelning efter öppnandet av marknaden som är föremål för tvisten vid den nationella domstolen. De nya distributionsföretagen anser att den nationella regleringen i fråga snedvrider konkurrensen till deras nackdel och att den strider mot principen om likabehandling enligt direktivet.

6. Vad domstolen har att ta ställning till är därför huvudsakligen om och i vilken utsträckning det i direktivet uppställda målet — öppnande av marknaden jämte upprättande av en inre marknad för el inom gemenskapen — skall kunna fördröjas under åberopande av befintliga åtaganden som i vart fall vid den tidpunkt då de ingicks syftade till att fullgöra uppgifter av allmänt

4 — Jag skall här endast hänvisa till diskussionen om finansieringen av icke återvinningsbara kostnader ("stranded costs"), det vill säga kostnader för ännu inte refinansierade investeringar som gjorts i det förflutna i förlitan på att de skulle nyttiggöras långsiktigt. Eftersom sådana kostnader till följd av öppnandet av marknaden inte längre kan tjänas in uppkommer bland annat frågan i vilken utsträckning de är stödberättigande.

ekonomiskt intresse. Denna fråga har hittills i huvudsak förblivit obesvarad såväl i domstolens rättspraxis som i kommissionens beslutspraxis. Dessutom vill jag framhålla att detta är en fråga som slutligen är relevant för *alla* nätbundna tjänster.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *De gemenskapsrättsliga bestämmelserna*

7. Artikel 28 EG har följande lydelse:

"Kvantitativa importrestriktioner samt åtgärder med motsvarande verkan skall vara förbjudna mellan medlemsstaterna."

8. Artikel 86 EG lyder i utdrag enligt följande:

"1. Medlemsstaterna skall beträffande offentliga företag och företag som de beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter inte vidta och inte heller bibehålla någon åtgärd som strider mot reglerna i detta fördrag, i synnerhet reglerna i artiklarna 12 samt 81–89.

2. Företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse... skall vara underkastade reglerna i detta fördrag, 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 inte påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse."

9. Artikel 7 i direktiv 96/92 finns under kapitel IV med rubriken "Drift av överföringssystem" och lyder i utdrag enligt följande:

"1. Medlemsstaterna skall, för en tid som de själva bestämmer med beaktande av effektivitet och ekonomisk balans, utse eller ålägga de företag som äger överföringssystem att utse en systemansvarig som skall ansvara för drift och underhåll och, om det är nödvändigt, utveckling av överföringssystemet inom ett visst område och dess länkar till andra system för att garantera försörjningstrygghet.

2. Medlemsstaterna skall säkerställa att tekniska regler utarbetas och offentliggörs,

som anger lägsta tekniska konstruktions- och driftkrav för anslutning till systemet av produktionsanläggningar, distributionssystem, direktanslutna konsumenters utrustning, länkutrustning och direktledningar. Dessa krav, som skall säkerställa att systemen är driftkompatibla, skall vara objektiva och icke-diskriminerande. ...

3. Den systemansvarige skall ansvara för styrningen av energiflödena i systemet, med beaktande av utbyten med andra sammanlänkade system. ...

4. Den systemansvarige skall förse ansvariga för alla andra system, med vilka hans system är sammanlänkat, med tillräcklig information för att garantera säker och effektiv drift, samordnad utveckling och driftkompatibilitet i det sammanlänkade systemet.

5. Den systemansvarige får inte diskriminera användare av systemet eller kategorier av användare av systemet, i synnerhet inte till förmån för sina dotterbolag eller aktieägare.

..."

B — *Den nationella lagstiftningen*

10. I artikel 8 i Elektriciteitswet (elektricitetslagen) av den 16 november 1989 (nedan kallad 1989 års lag) föreskrevs att ett aktiebolag eller ett bolag med begränsat ansvar skulle utses att, tillsammans med tillståndshavarna, enligt artikel 2 i lagen svara för att den allmänna elförsörjningen fungerade effektivt och tillförlitligt till lägsta möjliga kostnad och på ett från samhällssynpunkt försvarbart sätt.

11. I artikel 34 i 1989 års lag föreskrevs vidare att endast det sålunda utsedda företaget hade rätt att importera el för den allmänna elförsörjningen.

12. Genom Elektriciteitswet av den 2 juli 1998 (nedan kallad 1998 års lag) införlivades direktiv 96/92 och upphävdes 1989 års lag.

13. Enligt artikel 24 i 1998 års lag får de systemansvariga inte på något sätt diskriminera systemanvändarna.

14. Tillsynen över driften av systemet och de systemansvariga anförtroddes genom 1998

års lag direktören för Dienst uitvoering en toezicht energie (Myndigheten för verkställande och tillsyn av energiförsörjningen, nedan kallad DTE). Denne direktör har enligt artikel 36 i 1998 års lag till uppgift bland annat att fastställa villkoren för tillgång till näten.

15. I enlighet med nämnda bestämmelse fastställde DTE den 12 november 1999 villkoren för driften av systemet (nedan kallade Netcode).

16. Det bolag som utsetts enligt artikel 34 i 1989 års lag på grund av sina importförpliktelser enligt långfristiga avtal tilldelas enligt artiklarna 5.6.4. och 5.6.7. i Netcode en företrädesrättighet vid tilldelning av importkapacitet för elöverföring när det gäller gränsöverskridande överföring under år 2000.

17. Artikel 13.1 i Overgangswet elektriciteitsproductiesector av den 21 december 2001 (lag om övergångsbestämmelser för elproducentsektorn, nedan kallad 2001 års övergångslag) har i utdrag följande lydelse:

"Den systemansvarige för det nationella högspänningsnätet skall på begäran tilldela det bolag som utsetts för överföring av elektricitet högs. 900 MW till och med den 31 mars 2005, och från och med 1 april 2005 till och med den 31 mars 2009 högst. 750 MW, under förutsättning att denna överföring avser fullgörandet av förpliktelserna enligt de avtal som träffats år 1989 och 1990 mellan det utsedda bolaget å ena sidan och Electricité de France, Preussen Elektra AG respektive Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG å den andra sidan, i dess lydelse av den 1 augusti 1998 och under förutsättning att avtalen fortfarande är i kraft.

..."

III — Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

18. NV Samenwerkende Elektriciteitsproduktiebberijven (nedan kallat SEP) kontrolleras av de fyra regionala nederländska elproducenterna. Enligt artikel 34 i 1989 års lag var SEP på grund av ministerdekret av den 20 mars 1990 det enda bolag som hade tillstånd att importera el avsedd för den allmänna försörjningen.

19. Inom ramen för de tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som SEP enligt artikel 2 i 1989 års lag skulle tillhandahålla och för att

täcka Nederländernas elbehov, träffade SEP år 1989 och år 1990 elleveransavtal med flera års löptid med Vereinigten Elektrizitätswerke Westfalen AG, Electricité de France och PreussenElectra AG. Det avtal som har den längsta löptiden upphör att gälla år 2009.

20. För att efterleva 1998 års lag överlät SEP driften av den största delen av det nationella högspänningsnätet till ett dotterbolag, TenneT BV, och äganderätten till detta högspänningsnät till ett annat dotterbolag, Sarrane BV. Därefter sålde SEP sina andelar i dessa båda dotterbolag till den nederländska staten.

21. SEP:s företrädesrätt enligt Netcode av den 12 november 1999 vid tilldelning av kapacitet för elöverföring i gränsöverskridande system påtalades av Vereiniging voor Energie, Milieu en Water, av Amsterdam Power Exchange Spotmarket BV och av NV Eneco (nedan kallade klagandena) i klagomål till DTE.

22. DTE lämnade klagomålen utan bifall i beslut av den 17 juli 2000.

23. Mot detta beslut väckte klagandena talan vid College van Beroep voor het bedrijsleven. Klagandena gjorde i huvudsak gällande att åtgärden att reservera importkapacitet för SEP:s elleveransavtal, när SEP efter öppnandet av marknaden på grund av 1998 års lag inte längre tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, strider mot diskrimineringsförbudet i såväl direktivet som i 1998 års lag. Dessutom är det här fråga om en otillåten begränsning av den fria rörligheten för el i strid med artiklarna 28 EG, 81 EG, 82 EG och 86 EG. Tilldelningsmetoden enligt Netcode måste dessutom betraktas som en teknisk föreskrift och skulle därför enligt rådets direktiv 83/189/EEG [5] ha anmälts till kommissionen.

24. Mot denna bakgrund har College begärt att Europeiska gemenskapernas domstol genom ett förhandsavgörande besvarar följande frågor:

"I. a) Kan artikel 86.2 EG åberopas för att motivera att ett företag, vilket tidigare hade anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och i samband med denna uppgift hade åtagit sig vissa förpliktelser, efter att den anförtrodda särskilda uppgiften inte längre åvilar

5 — Rådets direktiv 83/189/EEG av den 28 mars 1983 om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter (EGT L 109, s. 8; svensk specialutgåva, område 13, volym 12, s. 154).

det, fortfarande tillerkänns en särskild rätt för att kunna avveckla dessa förpliktelser?

Om denna fråga besvaras jakande, skall då metoden för tilldelning av gränsöverskridande överföringskapacitet för elektricitet anses utgöra en teknisk föreskrift i den mening som avses i nämnda bestämmelse?

b) Om denna fråga besvaras jakande, är då en regel, i vilken det föreskrivs att de ifrågavarande företagen skall ges företräde till mellan hälften och en fjärdedel av den gränsöverskridande överföringskapaciteten för elektricitet under en period av tio år (successivt i avtagande), inte desto mindre ogiltig på grund av att den

1. är oproportionerlig i förhållande till det — allmänna — intresse som den skall tjäna,

2. påverkar handeln i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse?

II. a) Skall artikel 7.5 i eldirektivet tolkas så, att det däri angivna diskrimineringsförbudet är begränsat till att endast avse den systemansvariges uppgift att vid beviljandet av tillgång till nätet inte göra någon åtskillnad vid behandlingen genom tekniska föreskrifter?

b) Är, för det fall tilldelningsmetoden skall anses utgöra en teknisk föreskrift eller för det fall artikel 7.5 i eldirektivet inte är begränsad till att endast omfatta tekniska föreskrifter, en reglering genom vilken företräde till gränsöverskridande överföringskapacitet ges för fullgörandet av förpliktelser i avtal som ingåtts inom ramen för en särskild offentlig uppgift, förenlig med det i denna artikel angivna diskrimineringsförbudet?

IV — Rättslig bedömning

A — *Inledande synpunkter*

1) Tolkningsfrågorna

25. Den nationella domstolen har ställt den första tolkningsfrågan för att få klarhet i under vilka förutsättningar artikel 86.2 EG kan åberopas om ett företag har beviljats särskilda rättigheter och gemenskapsrätten eventuellt utgör ett hinder mot dessa rättigheter. Till grund för denna fråga ligger alltså

ett antagande att gemenskapsrätten i princip ställer upp hinder mot en företrädesrätt vid tilldelning av kapacitet för import av el. Den nationella domstolen har i skälen till beslutet om hänskjutande nämnt artiklarna 28 EG, 81 EG och 82 EG.

26. Fastän den nationella domstolen inte har begärt någon tolkning av dessa bestämmelser gick den franska regeringen i sitt skriftliga yttrande och några andra som yttrat sig vid den muntliga förhandlingen in på detta antagande som gjorts av den nationella domstolen.

27. Enligt domstolens fasta rättspraxis [6] ankommer det på den nationella domstolen att avgöra betydelsen av det begärda förhandsavgörandet. Vid tveksamhet huruvida frågorna, med hänsyn till den gemenskapsrättsliga bedömningen i fallet, har ställts på ett riktigt sätt kan domstolen i förekommande fall omformulera frågorna. [7] Det finns dock en gräns för domstolens befogenhet då domstolen inte får "införa rättsfrågor som inte alls har tagits upp i beslutet om hänskjutande och vilka, såvitt framgår av handlingarna vid domstolen, inte har avhandlats i målet vid den nationella domstolen". [8]

28. I förevarande fall kan konstateras att den nationella domstolen har berört såväl artikel 28 EG som artiklarna 81 EG och 82 EG. Av beslutet om hänskjutande framgår nämligen att det rent av inte på allvar har bestritts att de nämnda artiklarna utgör hinder mot de ifrågavarande nationella bestämmelserna. [9] Enligt min mening är det emellertid i detta mål inte så mycket frågan huruvida den nationella domstolens antagande kan ifrågasättas eller bekräftas, utan snarare i vilken mån domstolen måste hämta stöd i fördragsbestämmelserna i fråga för att kunna lämna ett användbart svar till den nationella domstolen. Det är ur den synpunkten som jag här skall gå in på artiklarna 28 EG, 81 EG och 82 EG.

29. Den andra tolkningsfrågan rör huvudsakligen innehållet i och räckvidden hos diskrimineringsförbudet i artikel 7.5 i direktivet. Genom att pröva denna fråga skall jag först klara ut huruvida diskrimineringsför-

6 — Dom av den 6 december 2001 i mål C-472/99, Clean Car Autoservice (REG. 2001, s. I-9687), punkt 13, och av den 7 januari 2003 i mål C-306/99, Banque internationale pour l'Afrique occidentale [BIAO] (REG 2003, s. I-1), punkt 88.

7 — Under alla omständigheter försöker domstolen enligt sin fasta rättspraxis bidra med preciseringar för att vägleda den nationella domstolen vid bedömningen av den där anhängiga tvisten. Se härom exempelvis dom av den 4 juli 2000 i mål C-424/97, Haim, (REG. 2000, s. I-5123), punkt 58, och dom av den 12 september 2000 i mål C-366/98, Geffroy, (REG. 2000, s. I-6579), punkt 20.

8 — Se generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande av den 13 mars 2003 inför dom av den 11 september 2003 i mål C-207/01, Altair Chimica (REG 2003, s. I-8875), punkt 31.

9 — Se beslutet om hänskjutande, s. 15: "Parterna är ense om att dessa bestämmelser [om företrädesrätt vid tilldelning av överföringskapacitet] utgör en kvantitativ importrestriktion i den mening som avses i artikel 28 EG. Vidare har klagandenas ståndpunkt, att nämnda bestämmelser även strider mot ett antal andra artiklar i fördraget, inte uttryckligen bestridits."

budet är begränsat till att avse tekniska föreskrifter. Om detta inte skulle vara fallet — eller om de omtvistade bestämmelserna i Netcode angående företrädesrätt vid tilldelning av importkapacitet skulle anses utgöra tekniska föreskrifter — har jag att undersöka i vilken utsträckning beviljandet av särskilda rättigheter för att möjliggöra fullföljandet av fleråriga elleveransavtal kan anses utgöra en diskriminering gentemot andra näringsidkare.

2) Direktiv 96/92

30. Eftersom domstolen ännu inte har haft tillfälle att tolka direktiv 96/92 skall jag i all korthet beröra dess huvudsakliga innehåll och räckvidd.

a) Direktivets huvudsakliga innehåll

31. Efter rådets direktiv 90/547/EEG [10] och rådets direktiv 90/377/EEG [11] utgör direktivet 96/92 en andra fas i liberaliseringen av de nationella elmarknaderna och upprättandet av en inre marknad för el. [12]

32. Dessa mål skall uppnås å ena sidan genom särskiljande av produktions-, överförings- och distributionsverksamheterna — så kallad särredovisning och bolagisering — och å andra sidan genom beviljande av ett reglerat tillträde till respektive verksamhet.

33. När ny produktionskapacitet anläggs kan medlemsstaterna välja mellan ett tillståndsförfarande och/eller ett anbudsförfarande. I båda fallen måste förfarandet genomföras enligt "objektiva, klara, tydliga och icke-diskriminerande kriterier". [13]

34. När det gäller systemanvändningen innehåller direktivet bestämmelser om drift av överföringssystem, drift av distributionssystem och organisation av marknaden i samband med bestämmelser om tillträde till systemet.

10 — Rådets direktiv 90/547/EEG av den 29 oktober 1990 om transitering av elektricitet genom kraftledningsnät (EGT L 313, s. 30; svensk specialutgåva, område 12, volym 2, s. 105).

11 — Rådets direktiv 90/377/EEG av den 29 juni 1990 om ett gemenskapsförfarande för att främja öppenheten beträffande prissättningen på gas och el levererad till industriella slutanvändare (EGT L 185, s. 16; svensk specialutgåva, område 15, volym 9, s. 236).

12 — Om direktiv 96/92, se särskilt kommentarer av Pfrang, "Towards Liberalisation of the European Electricity Markets: The Directive concerning Common Rules for an Internal Market in Electricity in the Frame of the Competition and Internal Market Rules of the EC-Treaty", Frankfurt 1999, och av Lagondet, "Du dogme du marché intérieur à la négociation sur le service public– à propos de la directive Électricité", Europe nr. 5 (1997), s. 4.

13 — Artikel 4 i direktiv 96/92.

35. Angående tillträde till systemet uppställs i artiklarna 17 och 18 i direktivet två likvärdiga regelsystem som skall genomföras i enlighet med "objektiva, klara, tydliga och icke-diskriminerande kriterier". [14] Som följd av en politisk kompromiss kan medlemsstaterna välja mellan ett förhandlat tillträde till systemet (artikel 17) och ett förfarande för ensamköpare (artikel 18). Enligt det förstnämnda systemet skall elproducenter, och i förekommande fall återförsäljare, och berättigade kunder kunna förhandla om tillträde till systemet med avsikt att ingå leveransavtal, medan det andra systemet förutsätter att en ensamköpare utses. I artikel 19 uppställs stegvis bindande mål för graden av öppnandet av marknaden.

36. Drift av överföringssystem anförtros åt en systemansvarig som utses av respektive medlemsstat. [15] Denne ansvarar "för drift och underhåll och, om det är nödvändigt, utveckling av överföringssystemet inom ett visst område och dess länkar till andra system" för att garantera försörjningstrygghet. I direktivet fastställs även principer för förhållandet mellan den systemansvarige och användarna, däribland de här aktuella distributörerna.

37. När det gäller drift av distributionssystem [16] kan nämnas möjligheten att ålägga distributionsföretag en leveransskyldighet gentemot kunder inom ett visst område till fastställda priser såsom en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse. [17] Även här skall en systemansvarig utses.

38. Till direktivets centrala bestämmelser hör artikel 3, där det i punkterna 2 och 3 för elsektorn ställs upp i huvudsak samma regler som i artikel 86.2 EG. Enligt dessa bestämmelser får medlemsstaterna — med beaktande av sina förpliktelser enligt EG-fördraget — "i det allmänna ekonomiska intresset ålägga företag som bedriver verksamhet inom elsektorn att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, vilka kan avse tillförlitlighet, inbegripet försörjningstrygghet, regelbundenhet, kvalitet och pris på leveranser samt miljöskydd". Det föreskrivs vidare att sådana tjänster skall vara "klart definierade, öppna, icke-diskriminerande och kontrollerbara".

39. I artikel 3.3 slås fast att vissa bestämmelser i direktivet kan sättas ur kraft i den mån "tillämpningen av dessa bestämmelser rättsligt eller i praktiken skulle hindra elföretagen från att fullgöra de tjänster som ålagts

14 — Artikel 16 andra meningen i direktiv 96/92.

15 — Artikel 7.1 i direktiv 96/92.

16 — Artiklarna 10–12 i direktiv 96/92.

17 — Artikel 10.1 i direktiv 96/92.

dem av allmänt ekonomiskt intresse och i den mån handelns utveckling inte påverkas i en sådan utsträckning att det strider mot gemenskapens intressen".

b) Direktivets räckvidd

40. Liberaliseringen enligt direktivet är i flera avseenden ofullbordad. [18]

41. Därvid skall jag först erinra om att tillträde till marknaden är förbehållet vissa näringsidkare. Av artikel 19 i direktivet framgår nämligen att medlemsstaterna är skyldiga att öppna sina marknader endast för vissa kunder. [19] Endast sådana berättigade kunder kan enligt direktivets bestämmelser ingå elleveransavtal.

42. Vidare ger det allmänna public service-förbehållet i artikel 3 i direktivet medlemsstaterna vittgående möjligheter att underlåta att tillämpa vissa centrala bestämmelser i direktivet. Enligt artikel 3.3 är det möjligt att under förutsättningar som nämns där besluta att inte tillämpa bestämmelserna i artiklarna 5, 6, 17, 18 och 21. I dessa artiklar återfinns dels direktivets centrala liberaliseringsbestämmelser i fråga om elproduktion, dels bestämmelserna om tillträde till systemet. [20]

43. Däremot har direktivets bestämmelser om drift av överföringssystem — särskilt artikel 7 — inte nämnts i artikel 3. Det framstår därför som tveksamt huruvida undantag från dessa bestämmelser kan tillåtas med hänvisning till allmännyttiga tjänster.

44. Mot bakgrund av dessa omständigheter är det endast följdriktigt att det i skäl 39 i direktivet sägs att direktivet "utgör en ytterligare liberaliseringsfas" och att efter dess ikraftträdande "vissa hinder för handel med el mellan medlemsstaterna" kommer att bestå. [21]

18 — Vilket också framgår av antagandet av det mer långtgående Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/54/EG av den 26 juni 2003 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om upphävande av direktiv 96/92/EG — Uttalanden om verksamheter som rör nedläggning och avfallshantering (EGT L 176, s. 37).

19 — När det gäller slutförbrukare skall enligt artikel 19.3 i direktivet alla slutförbrukare som förbrukar mer än 100 GWh per år ingå i kategorin berättigade kunder.

20 — Artikel 21 innehåller regler om meddelande av tillstånd till uppförande av direktledningar.

21 — Se, i detta avseende, även dom av den 13 mars 2001 i mål C-379/98, PreussenElektra (REG 2001, s. I-2099), punkt 78.

3) Min valda ordning för prövningen

45. Att som kommissionen har förordat först tolka de sekundärrättsliga bestämmelserna framstår som en riktig metod eftersom direktiv 96/92 är ett liberaliseringsdirektiv. Jag skall därför först gå in på den andra tolkningsfrågan rörande direktiv 96/92. Under alla förhållanden förblir primärrätten relevant på så sätt att inget direktiv kan sätta primärrättsliga bestämmelser ur kraft. [22] Vidare skall prövningen ske i ljuset av primärrätten i de delar där ingen harmonisering har skett på grund av direktivet.

46. När det gäller den första tolkningsfrågan hänger frågan om tillämpligheten av artikel 86.2 EG nära samman med grundfrågan huruvida gemenskapsrätten överträtts på grund av den ifrågavarande nationella regleringen.

47. Behovet av en separat prövning när det gäller artikel 28 EG beror i huvudsak på räckvidden av det ifrågavarande sekundärrättsliga diskrimineringsförbudet.

22 — Se i detta avseende även skäl 3 i direktivet, där det sägs följande: "Bestämmelserna i detta direktiv bör inte hindra att fördraget tillämpas fullt ut, särskilt inte bestämmelserna om den inre marknaden och konkurrensreglerna."

48. När det gäller de bestämmelser i gemenskapens konkurrensrätt — artiklarna 81 EG och 82 EG — som den nationella domstolen har hänvisat till i begäran om förhandsavgörande måste vidare framför allt prövas vilken betydelse man skall tillmäta den omständigheten att företrädesrätten för "gamla avtal" med flera års löptid vid tillträde till systemet har stöd i lag.

B — *Den andra tolkningsfrågan rörande diskrimineringsförbudet enligt artikel 7.5 i direktivet 96/92*

49. Frågan om en eventuell överträdelse av diskrimineringsförbudet i artikel 7.5 i direktiv 96/92 på grund av den ifrågavarande nationella regleringen kan indelas i två delfrågor. Först måste domstolen klargöra huruvida detta förbud är begränsat till att avse endast tekniska föreskrifter. Därvid måste också prövas huruvida en bestämmelse om företrädesrätt vid tilldelning av överföringskapacitet utgör en teknisk föreskrift. Om svaret på den sistnämnda frågan är nekande eller om diskrimineringsförbudet har en allmän räckvidd skall sedan prövas huruvida de ifrågavarande nationella bestämmelserna strider mot diskrimineringsförbudet.

1) Räckvidden av diskrimineringsförbudet enligt artikel 7.5 i direktiv 96/92

50. Enligt artikel 7.5 i direktiv 96/92 får den systemansvarige inte diskriminera användare av systemet eller kategorier av användare av systemet, i synnerhet inte till förmån för sina dotterbolag eller aktieägare.

51. Varken bestämmelsens ordalydelse och systematik eller dess syfte talar för uppfattningen att det diskrimineringsförbud som kommer till uttryck i bestämmelsen är begränsat till att avse endast tekniska föreskrifter.

52. Det framgår redan av ordalydelsen i diskrimineringsförbudet i artikel 7.5 att det inte är begränsat till tekniska föreskrifter. För att kort beröra den nationella domstolens andrahandsfråga vill jag påpeka att en företrädesrätt vid tilldelning av importkapacitet knappast kan anses utgöra en teknisk föreskrift. Det är i stället fråga om ett driftsbeslut av den systemansvarige som inte har något med tekniska aspekter att göra. En sådan tilldelning utgör en metod för distribution av tillgänglig och av systemtekniska skäl begränsad kapacitet. En företrädesrätt vid tilldelning av en del av denna kapacitet är emellertid inte en teknisk utan en ekonomisk eller rättslig fråga, i detta fall på grund av förekomsten av elleveransavtal med flera års löptid. Detta åskådliggörs av tvisten i målet vid den nationella domstolen. Där är det inte fråga om den begränsade kapaciteten utan om de kriterier som åberopas till stöd för hur denna kapacitet distribueras.

53. Den nationella domstolen har visserligen riktigt anmärkt att medlemsstaterna enligt artikel 7.2 åläggs skyldigheten att utarbeta tekniska föreskrifter som anger lägsta tekniska konstruktions- och driftkrav för anslutning till systemet av produktionsanläggningar, distributionssystem, direktanslutna konsumenters utrustning, länkutrustning och direktledningar, varvid dessa krav enligt artikel 7.2 andra meningen skall säkerställa att systemen är driftkompatibla och att de är objektiva och icke-diskriminerande. När emellertid artikel 7.2 andra meningen redan innehåller ett diskrimineringsförbud i samband med sådana tekniska föreskrifter framgår det inte varför förbudet i punkt 5 i samma artikel skulle vara begränsat till att avse endast tekniska föreskrifter. Det skulle i så fall vara en onödig upprepning av förbudet.

54. Artikel 7.5 har visserligen sin plats i direktivets kapitel IV med rubriken "Drift av överföringssystem", men det är en för direktiv 96/92 grundläggande fråga att varje form av diskriminering mellan näringsidkare

skall förhindras. Redan i den allmänna bestämmelsen för organisationen av sektorn i artikel 3 i direktivet klargörs att medlemsstaterna bland annat skall säkerställa att företagen inte diskrimineras "i fråga om rättigheter eller skyldigheter". [23] Det visar sig alltså att diskrimineringsförbudet har kommit till uttryck på ett flertal ställen i direktivet och att det därför har allmän giltighet. Det bör här också beaktas att ett öppnande av marknaden till slut kan bli framgångsrikt endast om näringsidkarna inte hindras från att få tillträde till marknaden på grund av diskriminerande förfaranden.

2) Huruvida det föreligger en diskriminering

55. Diskrimineringsförbudet i artikel 7.5 i direktiv 96/92 är uppenbart ett konkret uttryck för den allmänna likhetsprincipen, som innebär att lika situationer inte får behandlas olika och olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan särbehandling. [24]

56. B.V. Nederlands Elektriciteit Administratiekantoor (nedan kallat NEA), som har efterträtt SEP, har i huvudsak gjort gällande — och får i den delen stöd av den nederländska och den franska regeringen — att åtskillnaden i behandlingen av näringsidkare när det gäller tilldelning av överföringskapacitet inte utgör någon otillåten särbehandling eftersom SEP å ena sidan och övriga näringsidkare å andra sidan inte befinner sig i en situation som är lika eller jämförbar. NEA, som har efterträtt SEP, har i detta sammanhang hänvisat till de fleråriga elleverансavtal med leveransförpliktelser som ingicks före liberaliseringen, vilka i slutändan kan hänföras till ett politiskt beslut av den dåvarande regeringen. [25] Att det är fråga om situationer som är olika framgår även av att SEP vid den tidpunkt då avtalen ingicks hade anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, och att avtalen var nödvändiga just för att fullgöra denna särskilda uppgift. SEP:s situation är därför annorlunda än konkurrenter-

23 — Bestämmelser mot diskriminerande kriterier finns i direktivet när det gäller val av företag för anläggande av ny produktionskapacitet (artikel 4), inmatningsanordningen mellan produktionsanläggningar (artikel 8.2), beviljande av tillträde till systemet (artikel 16) och meddelande av tillstånd till uppförande av direktledningar (artikel 21.2). Det är inte endast den systemansvarige för överföringssystemet som måste avhålla sig från varje form av diskriminering (artikel 7.5), utan även den systemansvarige för distributionssystemet (artikel 11.2). Det krav på separat bokföring som i direktivet ställs upp inom ramen för bestämmelserna om särredovisning syftar enligt artikel 14.3 till att "undvika diskriminering, korssubventionering och snedvridning av konkurrensen".

24 — Se angående denna definition, dom av den 9 september 2003 i mål C-137/00, Milk Marque, (REG 2003, s. I-7975), punkt 126. Se även bland annat dom av den 20 september 1988 i mål 203/86, Spanien mot rådet (REG 1988, s. 4563), punkt 25, av den 17 april 1997 i mål C-15/95, EARL de Kerlast (REG 1997, s. I-1961), punkt 35, av den 13 april 2000 i mål C-292/97, Karlsson m.fl. (REG 2000, s. I-2737), punkt 39, och av den 6 mars 2003 i mål C-14/01, Niemann, (REG 2003, s. I-2279), punkt 49.

25 — I sammanhanget har det gjorts gällande att fleråriga elleverансavtal rättsligt skall anses utgöra ersättning för framtagande av ytterligare kapacitet för produktion av el.

nas eftersom de senare inte hade anförtrotts någon sådan särskild uppgift. Slutligen har SEP:s ägare med anledning av öppnandet av marknaden betungats med så kallade *stranded costs*.

57. Om dessa argument är riktiga i sak är de ändå inte övertygande, och detta utifrån principiella metodologiska överväganden. Jämförelsen mellan å ena sidan SEP:s och dess efterträdare NEA:s situation och å andra sidan klagandenas situation bör nämligen ske med hänsyn till det öppnande av marknaden som åsyftats och uppnåtts genom direktivet. Frågan är nämligen inte huruvida de båda kategorierna av näringsidkare har olika utgångsläge på grund av deras respektive förflutna, utan i stället huruvida en åtskillnad i behandling på grund av lag överhuvudtaget är tillåten enligt liberaliseringsdirektivet, nämligen direktiv 96/92.

58. Inom ramen för liberaliseringen av nätbundna verksamhetssektorer såsom elsektorn är det helt enkelt nödvändigt att tillträdesmöjligheten är icke-diskriminerande så att tillträde beviljas enligt objektiva, klara och tydliga kriterier.[26] Varje åtskillnad i behandling mellan näringsidkare är ägnad att allvarligt äventyra eller rentav helt förhindra möjligheten till marknadstillträde för vissa näringsidkare, och detta inverkar menligt på liberaliseringsmålet. Tvisten vid den nationella domstolen förtydligar denna problematik. Företrädesrätten vid tilldelning av överföringskapacitet för att fullgöra fleråriga elleveransavtal framstår som ägnad att åtminstone allvarligt försvåra möjligheten för andra distributionsföretag att få tillträde till det gränsöverskridande överföringssystemet.[27] Om dessa företags affärsverksamhet är beroende av import och distribution av el från utlandet till förmånligare villkor än vad som gäller på den nationella marknaden begränsas utrymmet för kostnadskonkurrens på den ifrågavarande distributionsmarknaden väsentligt.

59. I den mån den av direktivet åsyftade konkurrensen rent faktiskt begränsas skall anledningen till detta undersökas, och därvid huruvida det finns sakliga skäl för den konstaterade åtskillnad i behandling mellan näringsidkare som är ett resultat av kon-

26 — Jämför punkt 2 i bilagan till Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1228/2003 av den 26 juni 2003 om villkor för tillträde till nät för gränsöverskridande elhandel (EGT L 176, s. 1) (nedan kallad förordning nr 1228/2003): "De systemansvariga, eller vid behov medlemsstaterna, skall tillhandahålla *icke diskriminerande och öppna normer* i vilka de beskriver de metoder för hantering av överbelastningar de kommer att tillämpa vid vissa förhållanden" (min kursivering).

27 — Se även beträffande naturgassektorn trettonde skälet i (det inte längre gällande) Europaparlamentets och rådets direktiv 98/30/EG av den 22 juni 1998 om gemensamma regler för den inre marknaden för naturgas (EGT L 204, s. 1): "Långtidsplanering kan vara ett sätt att genomföra dessa allmännyttiga tjänster där möjligheten att tredje part försöker få tillträde till systemet tas med i beräkningen."

kurrensbegränsningen. De omständigheter som NEA har åberopat skulle då utgöra sakliga skäl för en sådan särbehandling.

60. Jag kan emellertid inledningsvis konstatera att ingen av de åberopade omständigheterna ensam kan anses utgöra sakligt skäl för en åtskillnad i behandling. Beviljandet av en företrädesrätt vid tilldelning av importkapacitet kan på en liberaliserad marknad inte motiveras endast med förekomsten av fleråriga elleveransavtal. Lika lite kan man hänvisa endast till den omständigheten att man svarar för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eftersom sådana tjänster, i vart fall vid den tidpunkt då företrädesrätten vid tilldelning av importkapacitet beviljades, inte längre förekom.

61. Sakliga skäl för åtgärden att ge prioritet åt SEP och dess efterträdare kan dock finnas om man ser till de båda omständigheterna sammantagna. Företrädesrätten kan nämligen med hänsyn till bestämmelsen om likabehandling i artikel 7.5 i direktivet motiveras med att den är nödvändig för att fullgöra de fleråriga elleveransavtalen, vilka å sin sida en gång ingicks för att fullgöra allmännyttiga förpliktelser. Detta förutsätter emellertid att gemenskapsrätten inte heller efter ikraftträdandet av direktiv 96/92 ställer upp hinder mot att fortsätta tillämpa de fleråriga avtalen, och att företrädesrätten inte är mer långtgående än vad som krävs för att uppnå syftet med den. [28]

a) Gemenskapsrättslig bedömning av elleveransavtal med flera års löptid

62. I 2001 års övergångslag uppställs ett samband mellan företrädesrätten vid tilldelning av importkapacitet till förmån för SEP och de fleråriga elleveransavtalen mellan SEP och utländska elproducenter. Enligt artikel 13.1 är företrädesrätten villkorad av förekomsten av dessa avtal, och det föreskrivs uttryckligen att företrädesrätten skall avse fullgörandet av dessa avtal.

28 — Om sambandet mellan sakliga skäl och åtskillnad i behandling samt proportionalitetsprincipen, se Tridimas "The General Principles of EC Law", Oxford 2000, särskilt s. 351: "A test of proportionality is inherent in the concept of 'objective justification'." Se även i rättspraxis exempelvis dom av den 24 november 1998 i mål C-274/96, Bickel (REG 1998, s. I-7637), punkt 27: "Ett dylikt [kriterium för åtskillnad i behandling] kan endast försvaras om det är grundat på objektiva hänsyn som är oberoende av de berörda personernas medborgarskap och som *står i proportion till det syfte som eftersträvas* med de nationella bestämmelserna" (min kursivering).

Ingen uppsägningsskyldighet enligt direktiv 96/92

63. Jag kan inledningsvis konstatera att direktivet inte innehåller några uttryckliga regler i fråga om befintliga elleveransavtal med flera års löptid, även om SEP utan gensaga har anfört att sådana elleveransavtal utgör sedvänja i branschen. Av direktivet framgår endast att "långsiktig planering kan vara ett sätt att genomföra dessa allmännyttiga tjänster". [29] I den senare utfärdade förordning nr 1228/2003 är det uppenbart att utgångspunkten är att sådana avtal i princip är giltiga. I de riktlinjer för hantering och tilldelning av tillgänglig överföringskapacitet i sammanlänkningar mellan nationella system som finns i bilagan till direktivet föreskrivs nämligen uttryckligen följande beträffande långtidskontrakt: "Prioriterade tillträdesrättigheter till en sammanlänkningskapacitet skall *inte* tilldelas via kontrakt som innebär att artiklarna 81 och 82 i fördraget överträds" och "befintliga långtidskontrakt skall *inte* ha förtur när de skall förnyas" (min kursivering i båda fallen). Av detta kan man i vart fall dra den slutsatsen att sekundärrätten med förbehåll för primärrättsliga bestämmelser inte ställer upp något principiellt hinder mot långfristiga avtal.

64. Kommissionen har i sammanhanget framhållit att direktiv 96/92 i vart fall skall tolkas i ljuset av principerna om rättssäkerhet och skydd för berättigade förväntningar. Enligt rättspraxis [30] gäller därvidlag framför allt att "materiella gemenskapsrättsliga regler ... skall tolkas så att de endast avser situationer som har uppkommit [innan] de trädde i kraft, såvida det av bestämmelsernas lydelse, syfte eller systematik klart framgår att de skall tillerkännas sådan verkan". I fråga om den fortsatta giltigheten av fleråriga elleveransavtal som ingåtts innan direktiv 96/92 trädde i kraft uppfyller direktivet inte dessa krav på tydlighet och klarhet.

65. Vid den gemenskapsrättsliga bedömningen av fleråriga avtal kommer jag därmed framför allt att gå in på konkurrensreglerna i artiklarna 81 EG och 82 EG, varvid artikel 86.2 EG blir aktuell i den mån avtalen i fråga har ingåtts för att kunna tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

29 — Fjortonde överväganden. Se även artikel 3.2 sista meningen i direktivet 96/92: "För att genomföra ovan nämnda allmännyttiga tjänster kan de medlemsstater som så önskar införa långtidsplanering."

30 — Dom av den 10 februari 1982 i mål 21/81, Bout (REG 1982, s. 381), punkt 13.

66. Särskilt viktigt i detta sammanhang — och utan att jag här vill föregripa frågan om tillämpligheten av artiklarna 81 EG och 82 EG på de här aktuella nationella bestämmelserna — är att SEP, i den delen understödd av den nederländska, den franska och den norska regeringen, har framhållit kostnadsintensiteten på grund av inom sektorn nödvändiga investeringar. Förekomsten av investeringar för att fullgöra elleveransavtal med flera års löptid kan nämligen vara en avgörande aspekt såväl inom ramen för artikel 81 EG som inom ramen för artikel 82 EG.

67. Enligt artikel 81.1 EG är alla avtal mellan företag, som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den gemensamma marknaden, oförenliga med den gemensamma marknaden och förbjudna. I artikel 81.3 EG finns emellertid en möjlighet till undantag i den mån avtalet i fråga har objektiva fördelar som uppväger de konkurrensmässiga nackdelarna. Om man för prövning underställer de skadliga verkningarna för konkurrensen av fleråriga avtal, kan en möjlighet till undantag föreligga i den mån fullgörandet av sådana avtal är förenat med investeringar från avtalsparternas sida — antingen en elexportörs investeringar i ny produktionskapacitet eller en elimportörs investeringar i utbyggnad av kapacitet i systemen — eftersom sådana investeringar, om avtalsparterna även rent faktiskt bär kostnaderna för dem, slutligen kommer alla näringsidkare till del.[31]

68. När det gäller artikel 82 EG och dess förbud mot missbruk av en dominerande marknadsställning handlar den allmänna diskussionen inte så mycket om elleveransavtal som sådana utan mer om deras fullgörelse, vilken i förevarande fall utgör grunden för den beviljade företrädesrätten vid tilldelning av importkapacitet. Ett missbruk kan nämligen bestå i att den systemansvarige gentemot kunder tillämpar olika villkor för likvärdiga transaktioner (artikel 82 c), varigenom andra näringsidkare får en konkurrensnackdel. Företrädesrätten vid tilldelning av importkapacitet måste därvid kunna anses utgöra ett sakligt motiverat gynnande av vissa kunder. Ett sakligt skäl för en sådan åtskillnad i behandling kan

31 — Se även kommissionens icke-bindande diskussionsunderlag vid 6th Regulatory Forum for Electricity i Florens (2000), "Compatibility of long term electricity transmission capacity reservations with EC competition law", Discussion Paper, prepared by DG Competition for the 6th Regulatory Forum for Electricity in Florence (November 2000).

återigen vara att söka bland investeringar som gjorts för att kunna fullgöra elleveransavtal med flera års löptid, varvid kostnadsbördan för sådana investeringar måste stanna på den part som har företrädesrätt så länge denne åtnjuter denna rätt vid tilldelningen.

69. För att fleråriga elleveransavtal av här aktuellt slag skall vara konkurrensrättsligt oproblematiska krävs alltså i vart fall att kostnadsbördan för investeringar som har skett för att avtalen skall kunna fullgöras varaktigt stannar på den part som åtnjuter företrädesrätt vid tilldelning av överföringkapacitet för att kunna fullgöra sådana avtal. Väsentligt är därvid att konkurrenterna kompenseras för de konkurrensnackdelar som följer av en flerårig avtalsbindning genom de investeringar som görs av den part som har företrädesrätt.

70. SEP och den nederländska regeringen har berört frågan om kostnaderna för att tillhandahålla de kvantiteter som föreskrivs i de fleråriga avtalen. Det är dock tveksamt om sådana kostnader kan anses utgöra konkurrensfrämjande investeringar. SEP och den nederländska regeringen har visserligen anfört att sådana kostnader är jämförbara med kostnader för att anlägga ny produktionskapacitet, eftersom det från ekonomisk synpunkt inte utgör någon skillnad om elimportören för att långfristigt säkra energiförsörjningen investerar i ny produktionskapacitet eller i elleveransavtal med flera års löptid. Mot detta kan anföras att en utbyggnad av kapaciteten i systemen framstår som konkurrensfrämjande på så sätt att den tillkommande kapaciteten kommer även nya näringsidkare till del, medan kostnaden oberoende av mängd för att tillhandahålla vissa elmängder inom ramen för fleråriga leveransavtal framför allt gör det möjligt att få tillgång till el på fördelaktigare villkor beroende av mängd. Det sistnämnda förstärker emellertid konkurrensställningen för den redan gynnade elimportören och framstår alltså inte på något sätt som konkurrensfrämjande i allmänhet. Härigenom cementeras nämligen SEP:s starka ställning, eftersom SEP får möjlighet att medelfristigt försäkra sig om en förhållandevis förmånlig källa för inköp av el utomlands, vilket i motsvarande mån minskar attraktionskraften hos den affärsverksamhet som SEP:s konkurrenter bedriver.

71. I målet har det inte fullständigt utretts om och i vilken utsträckning SEP eller dess leverantörer har gjort investeringar för att de aktuella fleråriga elleveransavtalen skall kunna fullgöras. Det ankommer därför på den nationella domstolen att slutligt göra en bedömning av omständigheterna i det konkreta fallet. För det fall den nationella

domstolen därvid kommer fram till att de aktuella fleråriga avtalen inte är förenliga med artiklarna 81 EG och 82 EG, skall jag nu behandla frågan huruvida de fleråriga avtalen kan motiveras enligt artikel 86.2 EG.

Uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse

72. I artikel 86.2 EG finns en bestämmelse om undantag från reglerna i fördraget, som gäller framför allt för företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Den bestämmelsen tillåter medlemsstaterna att bevilja sådana företag exklusiva rättigheter som står i strid med fördraget. [32] I sina domar rörande import- och exportmonopolen för el och gas [33] har domstolen slagit fast att artikel 86.2 EG även kan åberopas för att motivera överträdelser av bestämmelser i fördraget som riktar sig till medlemsstaterna, i det fallet artikel 31 EG. [34]

73. En förutsättning härför är under alla förhållanden att ett sådant undantag från reglerna i fördraget är nödvändigt för att de tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som anförtrotts företaget skall kunna fullgöras.

74. En förutsättning för tillämpligheten av artikel 86.2 EG är dock att företaget i fråga alls har anförtrotts en sådan särskild uppgift. I förevarande fall är det ostridigt att SEP hade anförtrotts sådana uppgifter före öppnandet av marknaden enligt direktivet 96/92. [35]

75. Det är också ostridigt att de aktuella fleråriga elleveransavtalen ingicks redan före liberaliseringen i syfte att de allmännyttiga förpliktelser som var förenade med dessa uppgifter skulle kunna fullgöras. Det torde därmed inte råda något tvivel om att de aktuella avtalen i vart fall när de ingicks uppfyllde kravet enligt artikel 86.2 EG på att vara nödvändiga för att fullgöra de anförtrodda uppgifterna.

76. Då elleveransavtalen med flera års löptid sålunda vid den tidpunkt när de ingicks kunde anses överensstämma med gemenskapsrätten, återstår det att pröva huruvida företrädesrätten vid tilldelning av kapacitet för import av el säkerställer att avtalen kan fullgöras. I det sammanhanget skall också prövas huruvida den aktuella nationella bestämmelsen är proportionerlig i förhållande till det åsyftade målet, nämligen att de fleråriga elleveransavtalen skall fullgöras.

32 — Principiellt avgörande i dom av den 19 maj 1993 i mål C-320/91, Corbeau (REG 1993, s. I-2533; svensk specialutgåva, tillägg, s. 77), punkt 14.

33 — Dom av den 23 oktober 1997 i mål C-157/94, kommissionen mot Nederländerna (REG 1997, s. I-5699), i mål C-158/94, kommissionen mot Italien (REG 1997, s. I-5789), i mål C-159/94, kommissionen mot Frankrike (REG 1997, s. I-5815), och i mål C-160/94, kommissionen mot Spanien (REG 1997, s. I-5851). Se särskilt punkt 32 i domen i målet kommissionen mot Nederländerna.

34 — Se även i fråga om artikel 49 EG, dom av den 10 februari 2000 i de förenade målen C-147/97 och C-148/97, Deutsche Post (REG. 2000, s. I-825), punkt 55.

35 — I domen av den 23 oktober 1997 i målet kommissionen mot Nederländerna (ovan fotnot 33) uttalade domstolen uttryckligen att SEP enligt äldre rätt hade anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

b) Företrädesrätten vid tilldelning av importkapacitet och dess proportionalitet

77. En sådan företrädesrätt vid tilldelning av importkapacitet som den i målet aktuella nationella bestämmelsen tycks i vart fall vara ägnad att säkerställa att de befintliga fleråriga elleveransavtalen fullgörs.

78. Förutom vad jag ovan anfört om att de fleråriga elleveransavtalen överensstämde med gemenskapsrätten, kan jag också här slå fast att avtalen, vilkas fullgörelse skall säkerställas genom företrädesrätten vid tilldelning av importkapacitet, enligt obestridda påståenden skall anses ha utgjort sedvänja i branschen och inte uttryck för rättsmissbruk.

79. Det har inte gjorts något påstående om att missbruk föreligger på den grunden att elleveransavtal med flera års löptid ingåtts vid en tidpunkt då det redan var förutsebart att marknaden skulle öppnas och de nationella allmännyttiga tjänsterna utgå.[36] Andra former av tänkbara missbruk som Vereiniging voor Energie, Milieu en Water har tagit upp i sitt skriftliga yttrande,[37] såsom strypning av den inhemska elproduktionen i syfte att helt ta i anspråk den med företräde beviljade importkapaciteten och upprätthålla höga inhemska priser, kan endast betecknas som hypoteser.

80. Man får anta att företrädesrätten vid tilldelning av importkapacitet har varit nödvändig då det inte finns andra lagbestämmelser som i mindre grad skulle kunna inskränka klagandenas möjligheter att få tillträde till systemet. Frågan är därmed huruvida avsaknaden av sådana bestämmelser är en omständighet som utgör hinder mot avtalens fortbestånd.

81. En kontroversiell fråga som diskuterats i detta sammanhang är huruvida det är rättsligt möjligt eller om det i ekonomiskt avseende kan begäras att SEP säger upp de fleråriga elleveransavtalen, så att det inte längre är nödvändigt med en företrädesrätt vid tilldelning av importkapacitet för att kunna fullgöra dessa avtal. Det framstår här som avgörande att det inte finns några gemenskapsrättsliga regler vare sig beträffande en eventuell skyldighet att säga upp avtalen eller beträffande ett energipolitiskt val för medlemsstaterna mellan att antingen låta avtalen få fortsätta eller att finansiera de kostnader som skulle följa av en uppsägning.

36 — Det är ovisst huruvida det i fortsättningen är möjligt att enligt direktiv 96/92 ingå fleråriga elleveransavtal. Påståendet om missbruk — missbruk enligt artikel 82 EG om det har förekommit — avser förhållanden som skall ha syftat till att omintetgöra eller i vart fall fördröja öppnandet av marknaden.

37 — Punkt 33.

Vereiniging voor Energie, Milieu en Water har anfört [38] att en uppsägning av avtalen och finansiering av därmed förenade kostnader skulle leda till så kallade *stranded costs* och därför inte vara ändamålsenlig. [39] I detta sammanhang är det dock fråga om en skönsmässig bedömning av den berörda medlemsstaten som i vart fall inte strider mot sekundärrätten. [40]

82. Det ankommer under alla förhållanden på den nationella domstolen att avgöra om och i vilken utsträckning avtalen, vilkas fullgörelse skulle säkerställas genom den här aktuella möjligheten till företrädesrätt vid tilldelning av importkapacitet, innehåller någon uppsägningsklausul och om det har varit möjligt att på ekonomiskt godtagbara villkor använda sig av en sådan möjlighet.

83. Med förbehåll för vad en sådan prövning kan leda fram till talar ändå goda skäl för antagandet att den i målet aktuella nationella bestämmelsen har varit nödvändig. Den strider inte heller mot gemenskapens intressen.

84. I artikel 3.3 i direktivet erinras visserligen om att gemenskapens intressen "omfattar bland annat konkurrens när det gäller berättigade kunder enligt detta direktiv och artikel [86] i fördraget". Det fria marknadstillträdet i form av fritt tillträde till systemet gäller emellertid inte oinskränkt. I artikel 17.5 i direktivet klargörs nämligen att rätten till tillträde till systemet kan begränsas. [41]

85. När det gäller gemenskapens intressen får jag dessutom påpeka att den aktuella nationella bestämmelsen inte begränsar intensiteten i handeln med el mellan medlemsstaterna. [42] Den gäller dessutom endast för en begränsad del av kapaciteten i överföringssystemet mellan Nederländerna och andra medlemsstater. [43] Den franska rege-

38 — Det skriftliga yttrandet, s. 28 och följande sidor.

39 — Den omständigheten att beviljandet av företrädesrätt vid tillträde till systemet inte leder till någon transferering av statliga medel i den mening som avses i de gemenskapsrättsliga reglerna om statligt stöd kan säkert förklara varför den nationella domstolen inte har anfört fördragets bestämmelser om statligt stöd. En finansiering av *stranded costs* i samband med uppsägning av avtalen hade däremot väckt frågor av detta slag.

40 — Angående de primärrättsliga bestämmelserna i fråga om företräde vid tilldelning av importkapacitet, se nedan i samband med prövningen av den första tolkningsfrågan.

41 — "Den systemansvarige för det berörda överförings- eller distributionssystemet kan vägra tillträde om han saknar nödvändig kapacitet. Väl grundade skäl måste anföras för en sådan vägran, särskilt när det gäller artikel 3."

42 — Det är i stället näringsidkarnas ställning sinsemellan som påverkas. Den samlade kapaciteten i det sammanlänkade systemet mellan Nederländerna och andra medlemsstater förblir oberörd.

43 — Se sifferuppgifter i bilaga 3 till den franska regeringens skriftliga yttrande: Den nederländska importkapaciteten uppgick till 3200 MW år 2000 och 3350 MW åren 2001 och 2002. Den nederländska regeringen har angett 3900 MW och har ställt en kapacitetsökning i utsikt.

ringen har härvid anfört tveksamhet huruvida konkurrensen inom gemenskapen påverkas negativt.[44]

86. När det gäller frågan huruvida den aktuella nationella bestämmelsen om företrädesrätt är rimlig, måste det vara ett krav att de elmängder vilka ges företrädesrätt vid tilldelning av importkapacitet inte överstiger elmängderna enligt de fleråriga avtalen.[45] Även detta villkor tycks vara uppfyllt i förevarande fall eftersom företräde vid tilldelning av importkapacitet endast beviljas på begäran av SEP.

87. Vidare krävs det att outnyttjad kapacitet som har ställts det berörda företaget till förfogande av den systemansvarige på nytt ställs till de andra företagens förfogande.[46] Enligt vad den nederländska regeringen oemotsagd har anfört ligger principen "use it or loose it" till grund för bestämmelsen i fråga.

88. Av betydelse för frågan huruvida företrädesrätten vid tilldelning av importkapacitet är rimlig är slutligen att den föreskrivna företrädesrätten vid tilldelning av överföringskapacitet i överföringssystemet är tidsbegränsad och tidsmässigt anpassad så att den motsvarar löptiden för de fleråriga avtal vars fullgörelse den skall säkerställa. Därmed ligger slutsatsen nära till hands att den ifrågavarande regleringen är proportionerlig i förhållande till dess syfte att säkerställa fullgörelsen av de avtal som har ingåtts för att fullgöra de allmännyttiga tjänsterna.

89. Det torde även ha betydelse att företrädesrätten vid tilldelning av importkapacitet inte är vederlagsfri. Behållningen av vederlagen är ändamålsbestämd och skall enligt artikel 31.5 i 1998 års lag användas till förbättringar av sammanlänkningskapaciteten.

90. Den slutgiltiga bedömningen av huruvida den ifrågavarande nationella åtgärden är proportionerlig måste under alla förhållanden göras av den nationella domstolen med beaktande av samtliga omständigheter i det enskilda fallet.

44 — Denna fråga kräver under alla förhållanden en omfattande bedömning av omständigheterna i sak som inte låter sig göras här.

45 — Enligt vad som framgår av handlingarna i målet är detta krav uppfyllt. Till och med den 31 mars 2002 avsåg avtalen 1500 MW, under tiden den 1 april 2002–31 mars 2003 avsåg de 1650 MW, under tiden den 1 april 2003–31 december 2005 skall de avse 1050 MW och under tiden den 1 januari 2006–31 mars 2009 skall de avse 750 MW. Enligt artikel 13.1 i 2001 års övergångslag begränsas den beviljade företrädesrätten till 900 MW till och med den 31 mars 2005 och till 750 MW mellan den 1 april 2005 och den 31 mars 2009, varvid det vid varje ansökan om företräde vid tilldelning av överföringskapacitet måste anges och visas att de fleråriga avtalen fortfarande är i kraft.

46 — Se, i detta avseende, artikel 6.4 andra meningen i förordning nr 1228/2003: "Tilldelad kapacitet som inte utnyttjas skall återföras till marknaden på ett öppet, tydligt och icke diskriminerande sätt."

91. Den andra tolkningsfrågan skall därför besvaras så, att artikel 7.5 i direktiv 96/92 är tillämplig i fråga om en företrädesrätt vid tilldelning av kapacitet för överföring av el. Diskrimineringsförbudet i artikel 7.5 i direktiv 96/92 utgör inte hinder mot en sådan företrädesrätt vid tilldelning av kapacitet för överföring av el på grund av bestämmelser i lag, i den mån den gynnande behandlingen inte går utöver vad som är nödvändigt för att elleveransavtalen med flera års löptid skall kunna fullgöras och i den mån dessa avtal inte strider mot gemenskapsrätten, särskilt artiklarna 81 EG, 82 EG och 86.2 EG.

C — *Den första tolkningsfrågan*

92. Den första tolkningsfrågan gäller huvudsakligen huruvida en eventuell överträdelse av primärrätten på grund av den aktuella nationella bestämmelsen kan motiveras med stöd av artikel 86.2 EG.

93. Jag har redan berört förutsättningarna för tillämpningen av artikel 86.2 EG och kan därför hänvisa till detta. [47] Det är ostridigt att SEP respektive dess efterträdare NEA inte längre anförtros att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, varför möjligheten att direkt tillämpa artikel 86.2 EG på den ifrågavarande nationella regleringen har bortfallit. [48] I linje med mitt förslag till svar på den andra tolkningsfrågan utgår jag dock från att tilldelade uppgifter av allmänt ekonomiskt intresse måste ha betydelse som underlag för bedömningen huruvida det föreligger en särbehandling av berörda näringsidkare som inte är objektivt motiverad.

94. Därvid skall prövas i vilken utsträckning de primärrättsliga bestämmelser som den nationella domstolen har anfört kan utgöra hinder mot den aktuella bestämmelsen.

1) Artikel 28 EG som grund för bedömningen?

95. Frågan huruvida artikel 28 EG skall läggas till grund för bedömningen har varit mycket kontroversiell under såväl det skrift-

47 — Se ovan, punkt 72 och följande punkter.

48 — Samma övervägande leder för övrigt till att artikel 3.3 i direktiv 96/92 inte är tillämplig.

liga förfarandet som vid den muntliga förhandlingen.

96. Den franska regeringen har hänvisat till dom av den 13 december 2001 i mål C-324/99,[49] där domstolen uttalade att "när en fråga omfattas av harmoniserad lagstiftning på gemenskapsnivå skall all nationell lagstiftning i denna fråga bedömas mot bakgrund av harmoniseringsåtgärdens bestämmelser och inte mot bakgrund av artiklarna 30, 34 och 36 i fördraget".

97. NEA, som har efterträtt SEP, har gjort gällande att även om den nationella lagstiftningen i fråga skulle bedömas mot bakgrund av artikel 28 EG är det inte fråga om någon begränsning av den fria rörligheten för varor eftersom eventuella överbelastningar i överföringssystemen, särskilt i sammanlänkade system, har tekniska orsaker. Den aktuella nationella bestämmelsen är såtillvida endast en konsekvens av redan förefintlig kapacitetsbrist.

98. Jag instämmer med den franska regeringen i att primärrätten inte skall läggas till grund för bedömningen i den mån direktivets bestämmelser i fråga om tillgång till överföringssystem är att anse som uttömmande. Enligt min mening är det tveksamt om man inom ramen för artikel 28 EG skulle kunna anlägga rättsliga synpunkter som inte redan hade kunnat diskuteras i samband med tolkningen av artikel 7.5 i direktivet så att det framstår som överflödigt att vilja bindande fastställa graden av harmonisering enligt direktiv 96/92.

99. När det gäller graden av harmonisering enligt direktiv 96/92 kan jag i vart fall slå fast att — som jag redan har anfört[50] — ett flertal konkreta frågor angående tillgång till överföringssystemen har lämnats öppna. Det är även betecknande att man i den nyare förordning nr 1228/2003[51] i det sammanhanget har försökt att reglera vissa problem.[52] På grund av den betydelse som diskrimineringsförbudet i direktiv 96/92[53] har framstår detta förbud på sätt och vis som överordnat specialregleringen om tillträde.

100. Skulle domstolen mot denna bakgrund ändå vilja gå in på en bedömning av artikel 28 EG, får jag erinra om artikelns tillämpningsområde enligt domen i målet Dassonville, enligt vilken artikel 28 EG kan utgöra

49 — Dom av den 13 december 2001 i mål C-324/99, DaimlerChrysler, REG. 2001, s. I-9897, punkt 32.

50 — Se ovan, punkt 40 och följande punkter.

51 — Nämnd i fotnot 26.

52 — Såsom kompensationsmekanismen mellan systemansvariga, avgifter för tillträde till nät, hanteringar av överbelastningar m.m. Därvidlag går förordning nr 1228/2003 väsentligen tillbaka till arbetet vid European Electricity Regulatory Forum i Florens.

53 — Se ovan punkt 54.

hinder mot varje regel eller åtgärd av en medlemsstat som kan utgöra ett hinder, direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, för handeln inom gemenskapen.[54] Det är obestridligt att kapaciteten i överföringssystemen och de sammanlänkade systemen är begränsad i tekniskt avseende. Men om efterfrågan är större än den kapacitet som står till förfogande är det med hänsyn till den av artikel 28 EG skyddade tillgången till elöverföringssystem inte likgiltigt vilken metod som tillämpas för distribution av tillgänglig kapacitet, vilket också målet vid den nationella domstolen utgör ett tydligt åskådningsexempel på.[55] Ett beviljat företräde till systemet är nämligen ägnat att försvåra eller till och med förhindra andra näringsidkares tillträde. Ur den synpunkten kan man inte säga att en företrädesrätt vid tilldelning av överföringskapacitet vid handeln med el inom gemenskapen är begränsad till att fördela en knapp tillgång — nämligen kapaciteten i det sammanlänkade systemet — mellan näringsidkare enligt objektiva kriterier.[56]

101. Kommissionens arbetsdokument[57] utvisar att olika metoder för tilldelning av kapacitet kan tillämpas för att åtgärda överbelastningar.[58] Man kan därvid skilja mellan marknadsbaserade metoder[59] och andra metoder,[60] och 6. Florence Forum uttalade sig till förmån för marknadsbaserade lösningar. Detta har bekräftats i artikel 6.1 i förordning nr 1228/2003, där det sägs att "[p]roblem med överbelastning i näten skall åtgärdas med icke diskriminerande, marknadsbaserade lösningar".

102. I den mån en företrädesrätt vid tilldelning av överföringskapacitet i slutändan endast förvärrar befintliga överbelastningar och begränsar utrymmet för marknadsbaserade lösningar bör den prövas med artikel 28 EG som bedömningsgrund. En överträdelse av den bestämmelsen föreligger framför allt om företrädesrätten vid tilldelning av överföringskapacitet är diskriminerande. Då har man emellertid kommit åter till diskrimineringsförbudet i artikel 7.5 i direktiv 96/92.[61]

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

55 — Se ovan punkt 58.

56 — NEA har slutligen inte påstått något annat när NEA gör gällande att företrädet vid tilldelning av importkapacitet inte utgör någon åtgärd med motsvarande verkan i den mening som avses i artikel 28 EG "så länge lagstiftningen inte medför någon diskriminering". En diskriminering föreligger emellertid just om det inte finns sakliga skäl för en åtskillnad i behandling mellan näringsidkare, vilket i detta fall just är den rättsliga motsägelsen.

57 — Se särskilt "Congestion management in the EU electricity transmission network — Status report", september 2002.

58 — Det är mot bakgrund av hanteringen av överbelastningar som en tilldelning av begränsad överföringskapacitet skall ses.

59 — Såsom uttryckliga eller underförstådda (market splitting) kapacitetsauktioner.

60 — Särskilt "retention" (reservering av kapacitet till förmån för vertikalt integrerade företag), "first come, first serve", "pro-rata".

61 — Alternativt kunde prövas i vilken utsträckning en överträdelse av bestämmelserna om den fria rörligheten för varor kan motiveras enligt artikel 30 EG. I den utsträckning som NEA har åberopat försörjningstryggheten, som enligt rättspraxis har ansetts utgöra ett sakligt skäl, (se dom av den 10 juli 1984 i mål 72/83, Campus Oil m.fl, REG 1984, s. 2727, punkt 34; svensk specialutgåva, volym 7, s. 633,) kan det vara värt att diskutera det förhållandet att de aktuella fleråriga elleveransavtalen visserligen ingicks i det syftet men att det företräde vid tilldelningen som nu är föremål för prövning tillkom vid en tidpunkt då SEP inte längre anförtroddes någon sådan uppgift.

2) Gemenskapens konkurrensrätt

a) Tillämpningsområdet för artiklarna 81 EG och 82 EG

103. Utgångspunkten för min bedömning är att föremålet för denna begäran om förhandsavgörande är den företrädesrätt vid tilldelning av importkapacitet som beviljats för att fleråriga leveransförpliktelser skall kunna fullgöras, men inte de fleråriga elleveransavtal som ligger till grund för dessa förpliktelser som sådana.

104. Jag kan inledningsvis konstatera att artiklarna 81 EG och 82 EG enligt fast rättspraxis "enbart avser sådant konkurrensbegränsande beteende som företagen själva har tagit initiativ till. Om företagen åläggs att agera på ett konkurrensbegränsande sätt i nationell lagstiftning eller om denna lagstiftning ger upphov till ett rättsligt ramverk som omöjliggör ett konkurrensmässigt agerande från företagens sida, är artiklarna 81 EG och 82 EG inte tillämpliga. Som framgår av dessa bestämmelser orsakas inte konkurrensbegränsningen i en sådan situation av företagens självständiga agerande." [62]

105. I förevarande fall kan slås fast att företrädesrätten vid tilldelning av överföringskapacitet följer av nationell lagstiftning. Bortsett från att artiklarna 81 EG och 82 EG eventuellt kan vara tillämpliga på fleråriga elleveransavtal som sådana [63] är dessa artiklar i vart fall inte direkt tillämpliga vid bedömningen av de aktuella nationella bestämmelserna.

106. Jag vill erinra om att medlemsstaterna, enligt artikel 86.1 EG beträffande företag som de beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter, inte skall vidta och inte heller bibehålla någon åtgärd som strider mot reglerna i fördraget, i synnerhet reglerna i artiklarna 12 och 81–89. Frågan är därför huruvida artiklarna 81 EG och 82 EG jämförda med artikel 86.1 EG utgör hinder mot en lagstiftning som den i målet aktuella.

b) Tillämpningsområdet för artikel 86.1 EG

107. En förutsättning för att tillämpa artikel 86.1 EG på företag är att företagen har beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter.

62 — Domen i det ovan i fotnot 8 i samband med förslag till avgörande nämnda målet Altair Chimica, punkt 30.

63 — Se ovan punkt 65 och följande punkter.

108. I den nederländska övergångslagen från år 2001 förbehölls, genom den nederländske lagstiftaren, ett företag företrädesrätten vid tilldelning av importkapacitet i elöverföringssystemet, detta för att företaget skulle kunna fullgöra de fleråriga elleveransavtal som det ingått med utländska elproducenter. Det är därmed fråga om en rättighet som en medlemsstat i lag eller förordning har beviljat ett begränsat antal företag inom ett område och alltså en särskild rättighet i den mening som avses i artikel 86.1 EG.

3) Företrädesrätt vid tilldelning av importkapacitet som en konkurrensfråga

109. Företrädesrätten vid tilldelning av importkapacitet har följt direkt av nationell lag utan att det i detta avseende har ingåtts något konkurrensbegränsande avtal mellan företag såsom mellan SEP och den systemansvarige. Från en prövning enligt artikel 81 EG kan därför bortses. [64]

110. I den mån den systemansvarige är att anse som ett företag kan däremot artikel 82 EG vara tillämplig, eftersom den systemansvarige enligt den nationella lagstiftningen uppmanas att tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel. [65]

111. Genom artikel 82 c EG jämförd med artikel 86.1 EG uppkommer därmed, i samband med företrädesrätten vid tilldelning av importkapacitet för att kunna fullgöra fleråriga elleveransavtal, frågan om diskriminering av näringsidkare. Någon diskriminering i den mening som avses i artikel 82 c EG föreligger dock inte om det finns sakliga skäl för åtgärden i fråga. Jag kan härvidlag hänvisa till mina uttalanden rörande diskrimineringsförbudet i artikel 7.5 EG [66] så, att det inte heller beträffande artikel 82 c EG finns ytterligare synpunkter att lägga till den rättsliga bedömningen av den aktuella nationella lagstiftningen. Jag kan därför underlåta att här göra en separat prövning.

112. I den mån artikel 82 EG åberopas i samband med artikel 86.1 EG vid bedömningen av SEP:s och dess efterträdares agerande i samband med företrädesrätten vid tilldelning av importkapacitet, uppkommer frågan huruvida det företag som gynnas

64 — Därvid berörs inte frågan huruvida långfristiga elleveransavtal såsom avtal mellan elproducenter och distributörer och därmed mellan företag är förenliga med artikel 81 EG. Se härom ovan punkt 65 och följande punkter.

65 — Artikel 82 c EG.

66 — Se ovan punkt 55 och följande punkter.

av tilldelningen, om det har en dominerande ställning på den relevanta marknaden, utnyttjar den fördel som tilldelningen innebär för att förstärka sin dominerande ställning, minska konkurrensen eller försvåra marknadstillträdet för nya näringsidkare. Först måste då prövas om SEP och dess efterträdare innehar en dominerande ställning. Oavsett detta utgör det emellertid en motsägelse att å ena sidan finna att sakliga skäl föreligger för åtskillnaden i behandling av näringsidkare och å andra sidan anse att samma reglering utgör orsaken till ett missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG.

V — Förslag till avgörande

113. På grund av de överväganden som jag redovisat föreslår jag att domstolen besvarar tolkningsfrågorna på följande sätt:

1) Artikel 7.5 i Europaparlamentets och rådets direktiv 96/92/EG av den 19 december 1996 om gemensamma regler för den inre marknaden för el är tillämplig i fråga om en företrädesrätt vid tilldelning av kapacitet för överföring av el.

2) Diskrimineringsförbudet i artikel 7.5 i direktiv 96/92 utgör inte hinder mot en sådan företrädesrätt vid tilldelning av kapacitet för överföring av el på grund av bestämmelser i lag, i den mån den gynnande behandlingen inte går utöver vad som är nödvändigt för att elleverans avtalen med flera års löptid skall kunna fullgöras och i den mån dessa avtal inte strider mot gemenskapsrätten, särskilt artiklarna 81 EG, 82 EG och 86.2 EG."