

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

PAOLO MENGOZZI

föredraget den 24 januari 2008 ¹

1. Genom beslut av den 19 april 2006 har Rechtbank Groningen (Nederländerna) med stöd av artikel 234 EG ställt två frågor till domstolen. Den första frågan avser tolkningen av artiklarna 25 EG och 90 EG och den andra frågan avser tolkningen av artikel 87.1 EG.

I — Tillämpliga bestämmelser

A — Gemenskapsrätten

3. I artikel 25 EG föreskrivs följande:

”Tullar på import och export samt avgifter med motsvarande verkan skall vara förbjudna mellan medlemsstaterna. Detta förbud skall tillämpas även på tullar av fiskal karaktär.”

2. Dessa frågor har ställts i samband med ett förfarande som Essent Netwerk Noord B.V. (nedan kallat Essent) inlett mot Aluminium Delfzijl BV (nedan kallat Aldel) i syfte att erhålla betalning av ett belopp som beräknats på den mängd elenergi som sökanden transporterat till svaranden. Denna betalning är föreskriven i en lagbestämmelse och syftar till att täcka de strandade kostnader som inhemska elproducerande företag haft under den period som föregick avregleringen av elmarknaden i Nederländerna.

4. I artikel 90 EG föreskrivs följande:

”Ingen medlemsstat skall, direkt eller indirekt, på varor från andra medlemsstater lägga interna skatter eller avgifter, av vilket slag de än är, som är högre än de skatter eller avgifter som direkt eller indirekt läggs på liknande inhemska varor.

¹ — Originalspråk: italienska.

Vidare skall ingen medlemsstat på varor från andra medlemsstater lägga sådana interna skatter eller avgifter som är av sådan art att de indirekt skyddar andra varor.”

B — Nationella bestämmelser

5. Fram till dess att Elektricitetswet 1998 (1998 års ellag) trädde i kraft den 1 augusti 1998, vilken lag inledde avregleringen av elsektorn och innebar att Europaparlamentets och rådets direktiv 96/92/EG av den 19 december 1996 om gemensamma regler för den inre marknaden för el² genomfördes, reglerades elenergiutbudet i Nederländerna av Elektricitetswet 1989.

6. Under den period som är av betydelse för målet vid den nationella domstolen, det vill säga den 1 augusti–den 31 december 2002, säkerställdes produktionen, importen och överföringen av elenergi av fyra elproducenter (nedan kallade IPE-företagen)³ och av deras gemensamma dotterbolag NV Samenwerkende Elektricitetsproductiebedrijven

2 — EGT L 27, s. 20.

3 — De fyra IPE-företagen var följande: NV Elektricitets-Produktiemaatschappij Oost-en Noord-Nederland (EPON), NV Elektricitets-Produktiemaatschappij Zuid-Nederland (EPZ), NV Elektricitetsproduktiemaatschappij Zuid-Nederland (EZH) och NV Energieproductiebedrijf UNA (UNA).

(SEP)⁴. Enligt vad som anges i beslutet om hänskjutande kontrollerades alla IPE-företagen fram till år 1999 av kommuner och provinser. Under referensperioden var det däremot endast EPZ som genom sina aktieägare, Essent och Delta⁵, fortfarande var i statlig ägo. IPE-bolagen och SEP samverkade på grundval av ett samarbetsavtal.⁶

7. Enligt det reglerade systemet gjorde SEP, enskilt eller i förening med IPE-företagen, med stöd av Elektricitetswet 1989 vissa sådana långtidsinvesteringar som myndigheterna ålagt dem i samband med val av energi- och/eller miljöpolitik. Bland dessa förekom särskilt att ingå avtal inom ramen för projekt för stadsuppvärmning och bygga en experimentell kolförgasningsanläggning (Demkolec). Dessa investeringar ledde till strandade kostnader i ett för konkurrens öppet system (så kallade stranded costs eller strandade kostnader).

8. Med avseende på den omedelbara avregleringen och i syfte att möjliggöra återbetalning av de ovannämnda kostnaderna till elsektorn ingick SEP och IPE-företagen den

4 — SEP som bildats i juni 1949 var ett aktiebolag som ursprungligen hade till uppgift att organisera ömsesidig hjälp bland producenterna vid skador till följd av en optimal användning av nätet av inhemska och internationella kopplingar (se kommissionens beslut 91/50/EEG av den 16 januari 1991 om ett förfarande enligt artikel 85 i EG-fördraget, IV/32.732-Ijsselcentrale m.fl.). Den 29 december 2000 ändrades SEP till BV Nederlands Elektriciteit Administratiekantoor (NEA).

5 — I november 1999 övertogs EPON av den belgiska koncernen Electrabel och EZH av det tyska bolaget Preussen Elektra. UNA förvärvades, också det år 1999, av det amerikanska bolaget Reliant och överfördes år 2002 till NUON, som ägs av provinser och kommuner.

6 — Enligt artikel 2 i Elektricitetswet 1989 hade SEP, i sin egenkap av "angivet bolag", tillsammans med IPE-företagen, anförtrots ett uppdrag av allmänt ekonomiskt intresse, som bestod i att säkerställa att elenergi tillhandahölls av staten till lägsta möjliga kostnad (se dom av den 23 oktober 1997 i mål C-157/94, kommissionen mot Nederländerna, REG 1997, s. I-5699).

21 januari 1997, med de företag som var verksamma inom eldistributionen,⁷ ett avtal i form av ett protokoll avseende leverans under perioden 1997-2000 (nedan kallat protokollet). På grundval av detta protokoll åtog sig distributionsföretagen att till SEP årligen betala ett belopp på 400 miljoner NLG som täckning för de strandade kostnaderna, som fördelades i förhållande till den mängd energi som SEP hade levererat till de enskilda företagen. Dessa belopp skulle finansieras genom en höjning av de avgifter som distributionsföretagen tillämpade på vissa kategorier förbrukare (små, medelstora och stora vanliga kunder).

9. Enligt artikel 97 i Elektricitetswet 1998 skulle protokollet följas fram till den 1 januari 2001, vilket var den dag då avregleringen av elmarknaden i Nederländerna skulle införas.

10. Då nya bestämmelser om avgifter trädde i kraft, enligt vilka distributionsföretagen ålades att särskilja faktureringen av ersättningen för leveransen av elenergi och ersättningen för transporten, kunde dessa företag dock inte flytta över de belopp på slutkonsumenterna som de enligt protokollet var skyldiga att betala till SEP som täckning för de strandade kostnaderna.

11. Det var i detta sammanhang som Övergångswet Elektricitetsproductiesector (övergångslagen för elproduktionssektorn) (nedan kallad OEPS) antogs, den 21 december 2000. I artikel 9 i denna, beträffande vilken den hänskjutande domstolen har ställt frågor, fastställs följande:

”1. Varje kund, som inte är en skyddad kund, är utöver sina avtalskyldigheter skyldig att till nätoperatören i det område i vilket han är bosatt betala ett belopp på 0,0117 NLG per kWh, beräknat på den totala mängd elektricitet som nätoperatören har transporterat till kundens förbrukning under perioden den 1 augusti 2000–den 31 december 2000.

2. Varje skyddad kund är, utöver sina avtalskyldigheter skyldig att till koncessionsinnehavaren i det område i vilket han är bosatt betala ett belopp på 0,0117 NLG per kWh, beräknat på den totala mängd elektricitet som koncessionsinnehavaren har levererat till honom under perioden den 1 augusti 2000–den 31 december 2000.

3. ...

4. Nätoperatören respektive koncessionsinnehavaren skall före den 1 juli 2001 till

7 — Essent har dock bestritt att distributionsbolagen som sådana var parter i avtalet.

angivet bolag⁸ överföra de belopp som de erhållit från kunderna i enlighet med punkt 1 eller punkt 2.

5. Angivet bolag skall till staten anmäla storleken på de intäkter som avses i fjärde stycket och skall i samband med detta i enlighet med artikel 393.1 andra kapitlet BW bifoga en revisionsförklaring om att uppgifterna stämmer. Om de sammanlagda intäkterna överstiger 400 miljoner NLG skall det angivna bolaget betala in det överskjutande beloppet till staten, som skall avsätta detta belopp till den kostnadsersättning som föreskrivs i artikel 7.”

12. I enlighet med artikel 25 i OEPS trädde de ovannämnda bestämmelserna i kraft den 29 december 2000 och gäller med retroaktiv verkan från och med den 1 augusti 2000. Enligt vad den hänskjutande domstolen har angett har artikel 9 i OEPS inte formellt anmälts till kommissionen. Dock har de nederländska myndigheterna, genom skrivelse av den 30 augusti 2000, översänt hela lagförslaget till OEPS till kommissionen, inbegripet artikel 9.

13. Det skall även erinras om omständigheterna i samband med utarbetandet av artiklarna 6–8 i OEPS, även om dessa inte har någon direkt betydelse för tvisten i målet vid den nationella domstolen.

14. I lagförslaget till OEPS fastställdes i dessa artiklar förfarandet för att finansiera

täckningen av de strandade kostnaderna under den efter den 1 januari 2001 följande perioden. Enligt detta förfarande skulle regeringen årligen fastställa ett tillägg som samtliga kunder, med undantag för nätoperatörerna, skulle betala och som angavs i procent på vad som skulle betalas för eltransporten och de därtill knutna tjänsterna. Kommissionen underrättades om dessa artiklar en första gång den 20 februari 1998, på grundval av artikel 24 i direktiv 96/92, och en andra gång den 16 oktober 1998, på grundval av artiklarna 87 EG och 88 EG. Kommissionen informerade genom beslut av den 8 juli 1999 den nederländska regeringen om att de anmälda bestämmelserna inte innehöll åtgärder i den mening som avses i artikel 24 i det ovannämnda direktivet men att de borde prövas på grundval av artikel 87.3 c EG.

15. Den 30 augusti 2000 informerade Nederländerna kommissionen om att vissa ändringar hade gjorts i de ifrågavarande bestämmelserna. Såsom angetts ovan översändes vid detta tillfälle hela texten av OEPS med de ovannämnda ändringarna till kommissionen. Artiklarna 6–8 i OEPS har därefter ändrats ytterligare, och det system som föreskrivits i dessa har ersatts med ett system för finansiering genom statliga medel (de aktuella artiklarna 7 och 8 i OEPS). Genom beslut av den 25 juli 2001 godkände kommissionen de nya bestämmelserna i den mening som avses i artikel 87.3 c EG.

8 — Det är fråga om SEP.

II — Bakgrund och tolkningsfrågor

16. I december 1996 ingick SEP, ett av IPE-företagen (Epon) och distributionsbolaget Edon⁹ – med utnyttjande av den möjlighet som enligt artikel 32 i Elektricitetswet 1989 gavs ett angivet bolag att ingå särskilda leveransavtal med stora industrikunder – med Aldel, som är svarande i målet vid den nationella domstolen, ett ”Avtal om tillhandahållande av elkraft och leverans av elenergi samt load management”. I detta avtal fastställdes ett enhetspris för de olika erbjudna tjänsterna. I detta pris inberäknades inte strandade kostnader.

17. Transporten av elenergi till Aldel, i dess egenskap av operatör av det lokala nätet¹⁰, säkerställdes från och med den 1 januari 2000 av Essent, som är kärande i målet vid den nationella domstolen, och som bildades genom att verksamheterna i distributionsbolaget Edon avyttrades. Essent är inte part i det ovan nämnda leveransavtalet. Essent och Aldel är båda etablerade i Nederländerna.

18. Under perioden den 1 augusti–den 31 december 2000 transporterade Essent 717 413 761 kWh elektricitet för Aldels förbrukning. För de tjänster som tillhandahölls Aldel under denna period fakturerade Essent ett belopp som inbegrep tillägget enligt artikel 9 OEPS.

19. Sedan Aldel vägrat att betala beloppen avseende detta tillägg väckte Essent talan vid Rechtbank Groningen. Vid denna domstol har Aldel gjort gällande att artikel 9 OEPS inte är förenlig med gemenskapsrätten.¹¹

20. Rechtbank Groningen ansåg det nödvändigt att ställa följande frågor till domstolen för att lösa tvisten:

”1) Skall artiklarna 25 EG och 90 EG tolkas på så sätt att de innebär ett förbud mot en lagbestämmelse enligt vilken inhemska elkunder under en övergångsperiod (den 1 augusti–den 31 december 2000) åläggs att till sin nätoperatör betala ett pristillägg på den el som har transporterats till dem, om nätoperatören måste betala tillägget till ett av lagstiftaren angivet bolag för att täcka strandade kostnader som har uppstått till följd av åtaganden eller investeringar som bolaget har gjort före avregleringen av elmarknaden, och bolaget

— är ett gemensamt dotterbolag till de fyra inhemska elproducenterna,

9 — NEA, Elektrabel Groep BV och Edon Groep BV har i avtalet efterträtt SEP, Epon respektive Edon.

10 — Enligt artikel 1.1 k i Elektricitetswet 1998.

11 — I målet vid den nationella domstolen begärde Essent att SEP och Saranne skulle fullgöra sina garantiåtaganden medan Aldel begärde att staten skulle fullgöra sina garantiåtaganden.

- under perioden i fråga (år 2000) är ensamt ansvarigt för de strandade kostnader som uppstår under detta år,

- för att täcka kostnaderna under detta år obestriddligen behöver ett belopp på 400 miljoner NLG (181 512 086, 40 euro), och

- för det fall att intäkterna från pristillägget överstiger ovannämnda belopp skall betala in överskottet till statskassan?

- 2) Uppfyller den i första frågan angivna bestämmelsen villkoren i artikel 87.1 EG?"

III — Förfarandet vid domstolen

21. Essent, Aldel, NEA (före detta SEP), den nederländska regeringen och kommissionen har ingett yttranden enligt artikel 23 i domstolens stadga och har yttrat sig vid förhandlingen den 10 maj 2007.

22. Essent, Aldel, NEA, den nederländska regeringen och kommissionen har anmodats att besvara vissa skriftliga frågor före förhandlingen.

IV — Rättslig bedömning

A — Den första frågan

1. Inledande anmärkningar

23. Den hänskjutande domstolen vill genom den första frågan att domstolen skall klargöra huruvida artiklarna 25 EG och 90 EG utgör hinder för att tillämpa ett pristillägg som det som föreskrivs i artikel 9 i OEPS.

24. Det skall inledningsvis påpekas att det av beslutet om hänskjutande inte på ett uppenbart sätt framgår att denna fråga är av betydelse för att lösa målet vid den nationella domstolen. Det framgår nämligen inte av upplysningarna till domstolen huruvida och i vilken mån den elenergi som transporterats till Aldel under perioden den 1 augusti–den 31 december 2000 hade importerats från andra medlemsstater.

25. Det skall påpekas att om det eventuellt skulle fastställas att det omtvistade pristillägget är rättsstridigt på grund av att det strider mot artiklarna 25 EG och 90 EG skulle det endast beröra de belopp som uppburits på den importerade elenergin. Detta förhållande innebär med andra ord att Aldel endast kan invända mot uttaget av de avgifter som påförs denna produkt och endast inom de gränser inom vilka det fastställs att det är oförenligt med bestämmelserna i fördraget.

26. Av detta följer att om det visar sig att den energi som transporterats för Aldels förbrukning endast var av inhemskt ursprung har domstolens svar på den första frågan ingen betydelse för att godta eller avvisa Essents krav gentemot Aldel i målet vid den nationella domstolen.¹²

27. Inom ramen för det genom artikel 234 EG inrättade samarbetet mellan de nationella domstolarna och EG-domstolen, ankommer det, enligt fast rättspraxis, dock på de nationella domstolarna vid vilka ett mål är anhängigt att avgöra såväl huruvida ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken, som relevansen av de frågor

som ställs till domstolen. Domstolen kan emellertid vägra att avgöra en tolkningsfråga som en nationell domstol har ställt, i synnerhet när det är *uppenbart* att den begärda tolkningen av gemenskapsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen.¹³

28. Eftersom så inte är fallet i förevarande fall föreslår jag att domstolen skall pröva den första frågan, även om nyttan av det svar som uppkommer därav beror på utgången av de ytterligare granskningar som det ankommer på den nationella domstolen att göra.

2. Bedömning

a) Korta anmärkningar rörande rättspraxis

29. Enligt artiklarna 25 EG och 90 EG skall tullar och avgifter med motsvarande verkan respektive diskriminerande interna skatter vara förbjudna. Dessa artiklar har således kompletterande funktioner och syftar enligt fördragets system till att förbjuda samtliga nationella skattebestämmelser som innebär att varor från eller till andra medlemsstater kan diskrimineras och därigenom hindra

12 — Enligt *Elektricitetswet* 1998 hade SEP, i sin egenskap av angivet bolag, ensamrätt till import av elenergi för offentligt bruk och med en spänning överstigande 500 volt (se dom av den 27 april 1994 i mål C-393/92, Almelo, REG 1994, s. I-1477; svensk specialutgåva, volym 15, s. 1/I 0089). En privat förbrukare som Aldel hade således redan på grundval av denna lag rätt att importera elenergi för eget bruk. Den 1 januari 2000 avslutades dessutom den första etappen av avregleringen av den nederländska elmarknaden med genomförande av direktiv 92/96. Samtidigt öppnades marknaden för det segment som omfattade storkonsumenterna. Frågan huruvida denna möjlighet, under den period då det omtvistade tillägget tillämpades, motsvarades av en faktisk möjlighet för Aldel att importera elektricitet berodde antingen på de avtalsförhållanden genom vilka bolaget vid den tidpunkten var knutet till inhemska producentföretag eller på de sistnämnda och SEP:s beteende på marknaden (se kommissionens beslut 91/50/EEG, ovan fotnot 4).

13 — Se särskilt dom av den 15 juni 1999 i mål C-421/97, Tarantik (REG 1999, s. I-3633), punkt 33, av den 22 januari 2002 i mål C-390/99, Canal Satélite Digital (REG 2002, s. I-607), punkt 19, och av den 15 juni 2006 i de förenade målen C-393/04 och C-41/05, Air Liquide Industrie Belgium (REG 2006, s. I-5293), punkt 24.

den fria rörligheten inom gemenskapen på normala konkurrensvillkor.

30. Även om det i domstolens rättspraxis i princip har erkänts att de kompletterar varandra¹⁴ har den formella skillnaden mellan de två förbuden enligt fördraget upprätthållits i densamma. Det har därvid vid flera tillfällen preciserats att artiklarna 25 EG och 90 EG inte kan tillämpas kumulativt.¹⁵ Lagenligheten av ett nationellt skattesystem som omfattas av tillämpningsområdet för den förstnämnda artikeln kan därför inte bedömas samtidigt på grundval av den andra artikeln.¹⁶

31. Skillnaden mellan avgifter med motsvarande verkan och interna skatter är enligt rättspraxis att de förstnämnda endast läggs på importerade eller exporterade varor och inte på liknande eller konkurrerande inhemska varor medan de andra läggs på båda typerna av varor.

32. På grundval av den definition som godtagits i domstolens rättspraxis utgörs en avgift med motsvarande verkan i den mening

som avses i artikel 25 EG av en avgift, om än minimal, som införs ensidigt, oavsett dess benämning eller utformning, och som läggs på inhemska eller utländska varor på grund av att dessa passerar gränsen, även om den inte uppbärs för statens räkning, inte har någon diskriminerande eller skyddande verkan och den avgiftsbelagda varan inte konkurrerar med inhemsk produktion.¹⁷ Enligt domstolen får en sådan avgift, genom att den specifikt läggs på en vara som importerats och inte på en liknande inhemsk vara, samma restriktiva verkan på varors fria rörlighet som en tull genom att självkostnaden för varan ändras.¹⁸

33. De avgifter som följer av ett allmänt system för inhemska skatter eller avgifter som tillämpas systematiskt och enligt samma kriterier på såväl nationella som importerade varor omfattas däremot av tillämpningsområdet för artikel 90 EG.¹⁹

34. Domstolen har dock angett att det, för att kvalificera och rättsligt bedöma avgifter som utan åtskillnad läggs på inhemska och importerade varor, kan visa sig vara nödvändigt att beakta hur intäkterna från dem skall användas. Det är nämligen just i förhållande till denna användning som avgifter som är formellt neutrala vad avser utformning och

14 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 maj 1982 i mål 15/81, Schul Douane Expeditieur (REG 1982, s. 1409; svensk specialutgåva, volym 6, s. 369), punkt 26. Se även dom av den 14 december 1962 i de förenade målen 2/62 och 3/62, kommissionen mot Luxemburg och Belgien (REG 1962, s. 813, särskilt s. 827; svensk specialutgåva, volym 1, s. 133).

15 — Se tidigare, för ett liknande resonemang, dom av den 8 juli 1965 i mål 10/65, Deutschmann (REG 1965, s. 601), och av den 16 juni 1966 i mål 57/65, Lütticke (REG 1966, s. 293; svensk specialutgåva, volym 1, s. 243), som har följts av många andra domar.

16 — I praktiskt taget alla de fall i vilka domstolen har tolkat dessa artiklar med hänvisning till en bestämd nationell skattebestämmelse, eller har bedömt lagenligheten av denna på grundval av bestämmelserna i dessa artiklar, har den funnit det vara nödvändigt att avgöra frågan om huruvida avgiften kan hänföras till den ena eller den andra artikelns tillämpningsområde. I dom av den 3 februari 2000 i mål C-228/98, Dounias (REG 2000, s. I-577), punkt 50, har domstolen följt ett mindre dikotomiskt synsätt.

17 — Se bland annat dom av den 1 juli 1969 i mål 24/68, kommissionen mot Italien (REG 1969, s. 193; svensk specialutgåva, volym 1, s. 389), punkt 9, av den 9 november 1983 i mål 158/82, kommissionen mot Danmark (REG 1983, s. 3573), punkt 18, och av den 17 september 1997 i mål C-347/95, UCAL (REG 1997, s. I-4911), punkt 18.

18 — Se domen i målet kommissionen mot Luxemburg och Belgien (ovan fotnot 14), s. 828, dom av den 18 juni 1975 i mål 94/74 IGAV (REG 1975, s. 699), punkt 10, och av den 25 maj 1977 i mål 77/76, Cucchi (REG 1977, s. 987; svensk specialutgåva, volym 3, s. 383), punkt 13.

19 — Se bland annat domen i målet UCAL (ovan fotnot 17), punkt 19.

sätt för uttag kan ha en olika reell ekonomisk inverkan på de två kategorierna varor.

35. När intäkterna från avgifter som tagits ut på såväl importerade som inhemska varor avsätts för att finansiera verksamhet som särskilt gynnar de nationella avgiftsbelagda varorna, kan utbetalningen för den inhemska varan i mer eller mindre omfattande utsträckning kompenseras av de beviljade förmånerna, medan den för den importerade varan utgör en nettokostnad.²⁰

36. Det skall därför, om det är fråga om att undersöka huruvida en skattelikhande avgift är förenlig med artiklarna 25 EG och 90 EG, enligt numera fast rättspraxis, bedömas i vilken mån de avgifter som tas ut på den inhemska varan kompenseras av fördelar som finansieras genom intäkterna från avgiften.

37. Om kompensationen är fullständig utgör avgiften en avgift med motsvarande verkan, eftersom den faktiskt uteslutande läggs på den importerade varan och skall anses vara rättsstridig *i sin helhet*. Om det däremot endast är fråga om en partiell kompensation skall avgiften kvalificeras som en diskriminerande inhemsk skatt från den tidpunkt då den påverkar den importerade varan i högre grad

20 — Se bland annat dom av den 21 maj 1980 i mål 73/79, kommissionen mot Italien (REG 1980, s. 1533), punkt 15, av den 11 mars 1992 i de förenade målen C-78/90–C-83/90, Compagnie commerciale de l'Ouest m.fl. (REG 1992, s. I-1847), punkt 26, och domen i målet UCAL (ovan fotnot 17), punkt 21.

än den inhemska varan och följaktligen skall sättas ned i proportion härtill²¹.

38. Det är för övrigt ostridigt i rättspraxis att en sådan bedömning ankommer på den nationella domstolen som ensam har tillgång till samtliga uppgifter, även i sak, som är nödvändiga för att företa en sådan bedömning.²² I detta syfte skall den nationella domstolen framför allt kontrollera att det föreligger identitet mellan den beskattade varan och den gynnade inhemska varan²³. Den nationella domstolen skall dessutom med hänvisning till en viss tidsperiod fastställa huruvida det avgiftsbelopp som tagits ut på den inhemska produktionen i penningvärde motsvarar de fördelar som den inhemska varan ensidigt har åtnjutit. Domstolen har härvidlag angett att det vid ett sådant fastställande bortses från andra kriterier än enbart det motsvarande penningvärdet – som till exempel arten, betydelsen eller nödvändigheten av dessa fördelar – och som inte anses vara tillräckligt objektiva för att bedöma huruvida en nationell skattebestämmelse är förenlig med bestämmelserna i fördraget.²⁴

39. Efter denna korta sammanfattning av rättspraxis finner jag det lämpligt att, såsom olika generaladvokater har gjort före mig, påpeka att nyssnämnda rättspraxis, eftersom den av de nationella domstolarna kräver ofta komplicerade och osäkra ekonomiska bedömningar, innebär vissa svårigheter i

21 — Se dom av den 16 december 1992 i mål C-17/91, Lornoy m.fl. (REG 1992, s. I-6523), punkt 21, av den 27 oktober 1993 i mål C-72/92, Scharbatke (REG 1993, s. I-5509), punkt 10, domen i det ovannämnda målet Compagnie commerciale de l'Ouest m.fl., punkt 27, och domen i målet UCAL (ovan fotnot 17), punkt 22.

22 — Se bland annat domen i det ovannämnda målet Compagnie commerciale de l'Ouest m.fl., punkt 28, och domen i det ovannämnda målet Lornoy m.fl., punkt 22.

23 — Se dom av den 25 maj 1977 i mål 105/76, Interzuccheri (REG 1977, s. 1029), punkt 12, och domen i målet Cucchi (ovan fotnot 18), punkt 19.

24 — Se dom av den 2 augusti 1993 i mål C-266/91, CELBI (REG 1993, s. I-4337), punkt 18.

tillämpningen,²⁵ och detta trots att dess huvuddrag är klara²⁶. Mot bakgrund av dessa svårigheter får det inte glömmas att om det är fråga om att på grundval av gemenskapsrätten bedöma lagenligheten av en skattekliknande avgift, vars intäkter tjänar till att finansiera ett statligt system för främjande av den inhemska produktionen, kan användningen av förbuden enligt artiklarna 25 EG och 90 EG endast ses som alternativ till att tillämpa bestämmelserna i fördraget om statligt stöd.²⁷

b) Huruvida det tillägg som införts genom artikel 9.1 i OEPS utgör en avgift med motsvarande verkan i den mening som avses i artikel 25 EG eller en diskriminerande intern skatt enligt artikel 90 EG

40. Det finns härvidlag anledning att inledningsvis undersöka några av de argument

som framförts av SEP och av den nederländska regeringen, eftersom syftet med dem synes vara att ifrågasätta den ifrågavarande tilläggsavgiftens karaktär. I synnerhet är, enligt SEP, artikel 9 i OEPS endast ett instrument genom vilket distributionsbolagen kan överföra de avgifter på sina kunder som de åtagit sig att betala till produktionsbolagen enligt protokollet. Även Nederländerna har påpekat att det ifrågavarande tillägget motiveras av protokollet och har framhållit att det utgör ett inslag i den ersättning som skall betalas för transporttjänsterna.

41. Enligt min mening kan av dessa argument slutsatsen inte dras att det ifrågavarande tillägget, även om det företer kännetecknen som gör att det skiljer sig från en klassisk avgift, inte kan omfattas av begreppet avgift med motsvarande verkan i den mening som avses i artikel 25 EG eller intern skatt i den mening som avses i artikel 90 EG.

25 — Dessa svårigheter framgår för övrigt av antalet tolkningsfrågor, som mot bakgrund av en otvetydig rättspraxis ställts på denna punkt.

26 — Generaladvokaten Roemer uttryckte redan i sitt förslag till avgörande i målet Capolongo (dom av den 19 juni 1973 i mål 77/72, REG 1973, s. 611, särskilt s. 632; svensk specialutgåva, volym 2, s. 109), tvekan i samband med de komplicerade bedömningar som krävdes för att kontrollera kompensationsens storlek. I domen i detta mål fastställdes för första gången i rättspraxis kriteriet kompensation. Några år senare föreslog generaladvokaten Trabuchhi i sitt förslag till avgörande i målet IGAV (ovan fotnot 18) och generaladvokaten Reischl i målet Cucchi (ovan fotnot 18) att detta kriterium skulle tillämpas restriktivt. De ansåg att rättspraxis i målet Capolongo endast skulle hänföras till fallen med "väsentligt kringgående av lagen". Generaladvokaterna Mayras (dom av den 28 mars 1979 i mål 222/78, ICAP, REG 1979, s. 1163) och Gulmann (i mål CELBI, ovan fotnot 24, punkt 15) framförde öppet kritiska anmärkningar. Generaladvokaten Tesauro, slutligen, har vid upprepade tillfällen påpekat svårigheterna att tillämpa kompensationskriteriet i enskilda rättsfall (se exempelvis hans förslag till avgörande i det ovannämnda målet UCAL, ovan fotnot 17).

27 — Se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Gulmanns förslag till avgörande i målet CELBI (ovan fotnot 24, punkt 15), och, före honom, generaladvokaten Mayras förslag till avgörande i det ovannämnda målet ICAP (ovan fotnot 24).

42. För det första har begreppet avgift med motsvarande verkan, såsom har framgått ovan, av rättspraxis definierats i särskilt vaga ordalag. Det framgår av denna definition att det väsentliga i det ifrågavarande rättsbegreppet ligger i den verkan som en viss avgift får på handeln mellan medlemsstaterna. Sådana formella sidor som benämningen, beloppet, utformningen, sättet för uttag, ändamålet, intäkternas mottagare och de eftersträlvade målen har däremot ingen betydelse för kvalifikationen som avgift med motsvarande verkan, även om avgiften i fråga rättsligt sett har en obligatorisk karaktär

(”som införs ensidigt”).²⁸ I förevarande fall har det förhållandet, att den avgift som skall betalas av varje förbrukare som uppfyller villkoren enligt artikel 9.1 i OEPS är obligatorisk, inte ifrågasatts. Det är likaså ostridigt att det är obligatoriskt att anlita tjänsterna hos nätoperatören på den plats där förbrukaren är etablerad.

43. Begreppet intern skatt i den mening som avses i artikel 90 EG är lika omfattande.²⁹

44. För det andra har domstolen redan på grundval av artiklarna 25 EG och 90 EG bedömt pålagor som innehöll inslag av en avgift eller ett pris som regleras i lag.³⁰

45. Det finns fortfarande inledningsvis anledning att undersöka det argument som SEP har framfört, enligt vilket artikel 25 EG inte är tillämplig, eftersom det omtvistade

tillägget avser avgiften för transporttjänsten och inte priset på elenergi. SEP har dessutom påpekat att denna tjänst har tillhandahållits av nederländska nätoperatörer i Nederländerna.

46. Artikel 25 EG avser som bekant endast de avgifter som läggs på varor. Om SEP:s uppfattning skulle följas skall denna bestämmelse således inte tillämpas i förevarande fall enbart på grund av att det inte föreligger någon avgiftsbelagd *vara*.

47. Härvidlag måste det först och främst påpekas att domstolen redan har slagit fast att elenergi utgör en vara i den mening som avses i bestämmelserna i fördraget om den fria rörligheten för varor.³¹ Domstolen har vid prövning av en talan om fördragsbrott på grund av åsidosättande av artikel 31 EG dessutom angett att ”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”.³² Domstolen har följaktligen slagit fast att dessa tjänster är accessoriska i förhållande till föremålet för insatsen.

28 — Så till exempel fann domstolen, i samband med en talan om överträdelse mot Italien, inte att en av en yrkesorganisation fastställd och i lag föreskriven avgift utgör en avgift med motsvarande verkan, eftersom det inte var obligatoriskt att använda de tjänster som denna avgift tillämpades på. Se dom av den 9 februari 1994 i mål C-119/92, kommissionen mot Italien (REG 1994, s. I-393), punkterna 46–47.

29 — Se exempelvis dom av den 16 februari 1977 i mål 20/76, Schöttle (REG 1977, s. 247; svensk specialutgåva, volym 3, s. 299), punkterna 12 och 13.

30 — Se bland annat målet Interzuccheri (ovan fotnot 23), vilket avsåg två olika pristillägg på socker som fastställdes av regeringens priskommitté för att betalas till en kompensationsfond för socker. I förevarande fall framgår det av SEP:s yttrande till domstolen att under den period då det omtvistade tillägget tillämpades hade avgiften för eltransporten fastställdes av ett offentligt organ.

31 — Se dom av den 15 juli 1964 i mål 6/64, Costa (REG 1964, s. 1141; svensk specialutgåva, volym 1, s. 211), i vilken det fastslås att elenergi kan omfattas av tillämpningsområdet för artikel 31 EG i fråga om statliga handelsmonopol, och dom av den 23 oktober 1997 i mål C-158/94, kommissionen mot Italien (REG 1997, s. I-5789), punkt 17, och domen i målet Almelo (ovan fotnot 12), punkt 28, i vilken domstolen har ansett att det är ostridigt att elektricitet utgör en vara i den mening som avses i artikel 28 EG. I dom av den 2 april 1998 i mål C-213/96, Outokumpu (REG 1998, s. I-1777), har domstolen bedömt huruvida en accis på produktion av elström är förenlig med artiklarna 25 EG och 90 EG.

32 — Se domen i det ovan nämnda målet C-158/94, kommissionen mot Italien, punkt 18.

48. Det skall därefter erinras om att begreppet avgift med motsvarande verkan kan omfatta vilken som helst avgift som tas ut på inhemska eller utländska varor på grund av att de har passerat gränsen, oavsett det sätt på vilket den tas ut. Även en avgift som inte utlöses genom importen eller exporten av en vara utan genom att det tillhandahålls en tjänst som är nödvändig eller som har samband med fullföljandet av sådana transaktioner uppfyller dessa villkor³³, om den i vart fall kan påverka rörligheten för den ifrågavarande varan inom gemenskapen. Det är enligt min mening uppenbart att en avgift som tas ut på tillhandahållandet av transporttjänster, och som fastställs i förhållande till den mängd varor som transporteras och indirekt berör dessa, i princip är avsedd att få denna inverkan.

49. Domstolen har för övrigt redan haft tillfälle att pröva en fråga som motsvarar den aktuella frågan, men enbart med hänvisning till artikel 90 EG. I domen i målet Schöttle³⁴, som kommissionen har åberopat i sitt yttrande, hade det ställts några frågor till domstolen avseende tolkningen av denna bestämmelse med avseende på en i Tyskland gällande skatt på godstransporter på väg. Domstolen som avvisade de argument som framfördes av den tyska regeringen, vilken ansåg att den ifrågavarande avgiften inte omfattades av tillämpningsområdet för artikel 90 EG, eftersom den inte togs ut på varan som sådan, ansåg att en skatt som den aktuella skatten ”som tas ut på internationella godstransporter på väg i förhållande till den sträcka som avverkas på inhemskt

territorium och det berörda godsets vikt”³⁵, skulle kvalificeras ”som en skatt eller avgift som indirekt läggs på varor”³⁶. Domstolen har nämligen ansett att ”[e]n sådan avgift, som omedelbart återverkar på den inhemska och den importerade varans pris,... dock, med stöd av artikel 9[0], [skall] tillämpas på ett sådant sätt att de importerade varorna inte diskrimineras”³⁷.

50. Av ovanstående skäl anser jag inte att en bedömning av lagenligheten av den omtvistade avgiften enligt artikel 25 EG skall uteslutas enbart på grund av att den utlösande faktorn för denna avgift bestäms av en tjänst (transporttjänsten) som är nödvändig för att saluföra den vara som är i fråga.

51. Sedan allt detta klargjorts finns det anledning att undersöka kännetecknen för det omtvistade pristillägget för att bedöma huruvida detta omfattas av förbudet enligt artikel 25 EG eller förbudet enligt artikel 90 EG.

52. Det är ostridigt att den ifrågavarande avgiften tas ut utan åtskillnad på el som produceras i Nederländerna och på el som importeras enligt samma sätt för uttag. Det förefaller således att den omständigheten att avgiften är uppenbart neutral gör att artikel 25 EG inte skall tillämpas och att avgiften hellre skall bedömas på grundval av artikel 90 EG.

33 — Såsom exempelvis i det fall i vilket avgiften utgörs av ersättningen för utfärdandet av importlicenser eller för hälsokontroller.

34 — Domen i målet Schöttle (ovan fotnot 29).

35 — Punkt 16.

36 — Domslutet.

37 — Punkt 15.

53. Det skall dock, i enlighet med ovannämnd rättspraxis³⁸ och innan en sådan slutsats dras, kontrolleras huruvida denna neutralitet kullkastas beroende på hur de uppburna intäkterna används. Om den avgift som tas ut på den inhemska varan helt kompenseras av de fördelar som den inhemska varan eventuellt åtnjuter på grund av fördelningen av de intäkter som inbringats genom att det omtvistade tillägget har tillämpats, är det artikel 25 EG och inte artikel 90 EG som skall tillämpas. Oavsett den yttre formen tas detta tillägg i själva verket nämligen endast ut på den importerade varan.

54. Trots att denna granskning enligt fast rättspraxis ankommer på den nationella domstolen anser jag inte desto mindre det lämpligt att domstolen, inom gränserna för sin behörighet, skall lämna några anvisningar och därvid särskilt ta hänsyn till de argument som framförts av parterna i det nationella förfarandet.

55. Detta är utgångspunkten till följande anmärkningar.

56. Det framgår av de ifrågavarande nationella bestämmelserna och av beslutet om hänskjutande att de belopp som nätope-
ratörerna har uppburit enligt artikel 9.1 i OEPS skulle betalas av dessa till SEP. Dessa belopp skulle, tillsammans med de belopp som uppbars enligt artikel 9.2 i OEPS, upp till

ett belopp av 400 miljoner NLG, tjäna till att täcka de strandade kostnaderna för år 2000. Det eventuella överskottet skulle däremot SEP betala till ekonomiministern och var avsett att finansiera täckningen av de strandade kostnaderna enligt artikel 7 i OEPS för de efter år 2000 följande åren (artikel 9.5 *in fine*).

57. På grundval av detta system var *samtliga uppburna belopp avsedda att täcka de strandade kostnaderna* och skulle betalas till SEP (eller till IPE) enligt artikel 9.4 i OEPS eller, i fråga om belopp som översteg 400 miljoner NLG, enligt artikel 7 i OEPS.

58. Om det visar sig att de betalningar som föreskrivs i dessa bestämmelser verkligen har skett och att de motsvarande beloppen verkligen och helt och hållet har använts till förmån för inhemska elproducenter – på ett sådant sätt att det av detta har följt att avgifternas värde i penninghänseende motsvarar fördelarna – är det följaktligen logiskt att, såsom kommissionen har gjort i sitt yttrande, dra slutsatsen³⁹, att det omtvistade tilläggets ekonomiska inverkan på den inhemska elenergin har neutraliserats helt.

39 — Denna slutsats synes kunna uppnås även i avsaknad av uppgifter om de totala belopp som följer av att det ifrågavarande tillägget tillämpades och om den andel elenergi som importerades från andra medlemsstater och som – antingen direkt eller indirekt genom SEP – under den period då detta tillägg togs ut tillhandahölls de rättssubjekt som var skyldiga att betala tillägget.

38 — Se ovan, punkterna 36–39.

59. För att komma till denna slutsats måste den hänskjutande domstolen dock först fastställa huruvida i) de belopp som härrör från uttaget av det omtvistade tillägget faktiskt är avsedda att användas så att de förvandlas till en *särskild fördel* för den inhemska varan och ii) att det föreligger ”identitet mellan den beskattade varan och den gynnade inhemska varan”.

60. Såvitt avser frågan under i) måste den hänskjutande domstolen fastställa huruvida och i vilken mån de ifrågavarande strandade kostnaderna, då de inte täcks av intäkterna från det omtvistade pristillägget eller genom varje annan offentlig medverkan, direkt eller indirekt har belastat IPE-företagens balansräkning.

61. Eftersom den hänskjutande domstolen förefaller utgå från att SEP ensamt stod för dessa kostnader⁴⁰, innebär detta i huvudsak att de finanssystem beaktas genom vilka det reglerade samarbetet mellan de fyra IPE-företagen genomfördes (genom SEP:s

försorg) under den period då de ifrågavarande kostnaderna fördelades⁴¹.

62. Det är för övrigt inte uteslutet att den hänskjutande domstolen i sin bedömning även skall ta hänsyn till protokollet, i syfte att granska på vilka villkor det har föreskrivits att de strandade kostnaderna i huvudsak skulle överföras på distributionsbolagen (eller i vart fall på de rättssubjekt som var skyldiga att ta ut det omtvistade tillägget).⁴² Det skall härvidlag påpekas att Essent, enligt vad SEP har hävdat, hade betalat vad bolaget för år 2000 var skyldigt att betala enligt protokollet även innan artikel 9 I OEPS trädde i kraft. Det tillägg som föreskrivs i bestämmelserna i denna artikel förefaller således i första hand gynna distributionssektorn⁴³ och ge de enskilda bolagen möjlighet att ta ut av konsumenterna vad som redan betalats eller i vart fall skulle betalas till SEP. Det ankommer således på den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida skyldigheten till betalning enligt protokollet kvarstår för dessa bolag då en sådan återvinning inte är möjlig.

40 — Av kommissionens beslut av den 25 juli 2001 samt av den inledande rapporten till OEPS framgår det dock att de skyldigheter som följer av avtalen om stadsuppvärmning fortfarande åligger det företag som ingick avtal om dem. Av svaren på domstolens skriftliga frågor tycks det däremot framgå att ansvaret för samtliga strandade kostnader fram till slutet av år 2000 låg hos SEP. Ansvaret för de skyldigheter som följde av avtalen för stadsuppvärmning överfördes, enligt vissa procentuella andelar, från och med den 1 januari 2001 till IPE-företagen. Ansvaret för de kostnader som Demkolec gett upphov till låg dock fortfarande hos SEP (genom NV Demkolec, ett helägt dotterbolag till SEP), som fram till den dag då centralen överfördes från detta bolag till NUON var ägare till denna.

41 — Av parternas svar på domstolens frågor synes inte den omständigheten ha ifrågasatts att de fyra IPE-företagen under referensperioden fortsatte att vara verksamma på grundval av samarbetsavtalet från år 1986. Enligt detta avtal gavs SEP i uppdrag att saluföra all elenergi som IPE-företagen producerat och som bland annat innebar att produktionskostnaderna samlades på ett ställe samt att de fördelades mellan IPE-företagen enligt procenttal som återspeglade vart och ett av företagens andelar i SEP:s kapital. Det framgår dessutom att SEP:s aktiva roll inom sektorn för elenergitillförsel minskade i och med att bolaget den 1 januari 2001 omvandlades till NEA, vilket bolag endast har till uppgift att slutföra de transaktioner som inlemts före år 2001.

42 — I svaren på domstolens skriftliga frågor har Essent påpekat att produktionssektorn enligt protokollet har rätt att av distributionssektorn kräva beloppet på 400 miljoner NLG för år 2000, förmodligen även då distributionsföretagen inte kan täcka dessa belopp med hjälp av transport- eller leveransavgifterna.

43 — Det skall dock påpekas att det av parternas svar på domstolens skriftliga frågor framgår att Essent till följd av fusion blev en av de fyra aktieägarna i NEA (före detta SEP) och att bolaget även är verksamt inom produktionssektorn.

63. Även om det av denna undersökning som, att döma av parternas svar på domstolens skriftliga frågor, inte förefaller lätt, framgår att IPE-företagen under perioden den 1 augusti–den 31 december 2000 direkt eller genom sin finansiella andel i SEP, huvudsakligen eller i andra hand var ansvariga för de strandade kostnaderna i fråga, kan det anses att kravet på att det skall föreligga en särskild fördel för den inhemska produktionen för att kriteriet kompensation skall kunna tillämpas var uppfyllt. Enligt min mening är däremot enbart den omständigheten att betalningar enligt artiklarna 9.4 och 9.7 i OEPS hade skett till förmån för SEP och inte till förmån för IPE-företagen sådan att det, som den nederländska regeringen och SEP har hävdad, kan uteslutas att det föreligger en sådan fördel, medan det i vart fall kan fastställas att de betalda beloppen faktiskt och helt har använts för att täcka de kostnader som direkt eller indirekt belastade de sistnämnda företagen.

64. Den nederländska regeringen har dessutom bestritt att det skulle föreligga en fördel för den inhemska varan som grundar sig på anmärkningen att betalningarna till förmån för SEP enligt artikel 9.4 i OEPS inte har medfört att priset på den inhemska elproduktionen har sänkts.

65. Det räcker härvidlag att påpeka att det på grundval av rättspraxis inte krävs att avgiftsintäkterna skall användas för att täcka produktionskostnaderna, eftersom de avgifter som följer av att denna avgift tillämpas på den inhemska varan kan kompenseras genom finansiering av exempelvis säljfrämjande åtgärder eller forskning

som även om den gynnar den inhemska varan inte medför sådana fördelar som omedelbart kan överföras på försäljningspriset.

66. Såvitt avser den ovan i punkt 59 under ii) angivna frågan ankommer det i första hand på den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida den nödvändiga identiteten mellan den beskattade varan och den gynnade inhemska varan kan uteslutas på grund av förfarandena för uttag av det omtvistade tillägget och, särskilt på grund av den omständigheten att detta inte har betalats av elproducenterna, utan har fakturerats slutkonsumenterna. Enligt Essent och den nederländska regeringen innebär denna omständighet att det inte finns någon möjlighet till kompensation i den mening som krävs enligt domstolens rättspraxis.

67. Denna uppfattning förefaller inte vara helt grundlös.

68. Det är även sant att ett pristillägg eller en höjning av det fakturerade priset till slutkonsumenten i ett system som är öppet för konkurrens kan övergå i en avgift för varan som tas ut direkt eller indirekt, i den mån som den påverkar dess marknadspris. Inte desto mindre uppstår frågan huruvida en sådan avgift kan beaktas för att bedöma huruvida det föreligger kompensation i den mening som avses i den rättspraxis som åberopats ovan. Såsom har framgått bygger nämligen en sådan bedömning på en jämförelse av utlägg och fördelar *endast i penninghänseende*.

69. Det är dessutom berättigat att ställa frågan huruvida det, mot bakgrund av att det omtvistade tillägget tas ut till nackdel för konsumenten, är integrerat i transportpriset och inte i elpriset och tillämpas enligt icke-diskriminerande former, kan konkret fastställas att *den importerade varan* verkligen är föremål för någon sorts påлага eller att rörligheten för denna vara har ändrats på något sätt eller att den till följd av tillämpningen av detta tillägg utsätts för en konkret konkurrensnackdel, som *skiljer sig från* den konkreta konkurrensnackdel som följer av att intäkterna från denna är avsedda att finansiera åtgärder till förmån för inhemska producenter (som kan kritiseras på grundval av bestämmelserna i fördraget om statligt stöd).

70. Essents och den nederländska regeringens uppfattning förefaller dock inte hålla vid en genomgång av rättspraxis. Enligt rättspraxis krävs det inte att de rättssubjekt som är skyldiga att betala avgiften skall vara samma rättssubjekt som gynnas av de verksamheter som finansieras genom intäkterna från densamma utan endast att den beskattade (inhemska) varan och den gynnade varan skall vara identiska, på så sätt att det inte skall vara möjligt med kompensation om inkomsterna från uttaget används till fördel för en annan än den avgiftsbelagda produktionsverksamheten. Där denna varuidentitet föreligger är det således likgiltigt om det ifrågavarande uttaget tas ut på *produktionen* (och på importen) eller på *konsumtionen* av en vara.

71. Å andra sidan är det enligt min mening ur ekonomisk synpunkt inte stor skillnad mellan den situation, i vilken konsumenten är den *person som är skyldig att betala* en

avgift, och den situation i vilken konsumenten däremot är den person som avgiften (*som tagits ut av producenten och importören*) överförs på genom en höjning av försäljningspriset på den beskattade varan. De pålagor som följer av beskattningen bestrids nämligen i båda fallen av andra personer än producenten och importören. I rättspraxis medges likväl att det i det andra fallet kan föreligga kompensation.⁴⁴

72. Om den hänskjutande domstolen efter sin undersökning kommer till slutsatsen att intäkterna från det omtvistade tillägget konkret har varit avsedda att finansiera kostnader som direkt eller indirekt berör den inhemska elenergin och att detta har gett producenterna av denna energi möjlighet att med tillämpning av detta tillägg kompensera avgifter som faktiskt bestritts, skall den bedöma huruvida kompensationen har varit fullständig, såsom förefaller följa av ordalydelsen i artikel 9 i OEPS, eller endast partiell. I det första fallet kan det ifrågavarande tillägget kvalificeras som en avgift med motsvarande verkan i den mening som avses i artikel 25 EG och i det andra fallet som en diskriminerande intern skatt eller avgift enligt artikel 90 EG.

73. Om den hänskjutande domstolen däremot kommer till slutsatsen att det inte förelegat någon kompensation är varken den ena eller den andra av dessa artiklar tillämplig, eftersom det omtvistade tillägget tillämpas utan åtskillnad på den inhemska varan och på den importerade varan enligt icke-diskriminerande former.

44 — Se domen i målet Interzuccheri (ovan fotnot 23), punkt 15.

c) Förslag till svar på den första frågan

B — *Den andra frågan*

74. På grundval av det ovan anförda föreslår jag att domstolen skall besvara den första frågan enligt följande:

”Ett pristillägg som det som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, och som tas ut utan åtskillnad och på samma villkor på transporten av inhemsk och importerad elenergi, utgör en avgift med motsvarande verkan som en tull som är förbjuden enligt artikel 25 EG, när intäkterna från detta tillägg är avsedda att finansiera verksamhet som endast gynnar inhemska produkter och om fördelarna som följer därav helt kompenserar den avgift som tas ut på samma produkter. Om dessa fördelar endast partiellt kompenserar den avgift som tas ut på inhemska produkter utgör detta tillägg en diskriminerande intern skatt eller avgift som är förbjuden enligt artikel 95 i EG-fördraget.

Det ankommer på den nationella domstolen att göra nödvändiga undersökningar för att fastställa hur den ifrågavarande avgiften skall kvalificeras i rättsligt hänseende. I detta sammanhang skall den nationella domstolen undersöka huruvida och i vilken mån de kostnader som intäkterna från det ifrågavarande pristillägget är avsedda att täcka direkt eller indirekt belastar de inhemska elproducenterna.”

1. Inledande anmärkningar

75. Den nationella domstolen vill med den andra tolkningsfrågan få klarhet i huruvida det system som inrättats genom artikel 9.1 i OEPS utgör ett statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG.

76. Det skall i detta avseende erinras om att den nationella domstolen kan bli tvungen att tolka begreppet stöd enligt artikel 87.1 EG enligt den direkta effekt som enligt rättspraxis tillerkänns artikel 88.3 sista meningen EG.⁴⁵ Enligt fast rättspraxis ankommer det nämligen på de nationella domstolarna att säkerställa de enskildas rättigheter om de nationella myndigheterna har underlåtit att iaktaga det förbud att genomföra stöd som föreskrivs i denna bestämmelse.⁴⁶

77. Vad gäller åtgärder som kan eller skall vidtas för att upprätthålla detta domstolskydd har domstolen klargjort att ”den

45 — Se bland annat dom av den 22 mars 1977 i mål 78/76, Steynike & Weinlig (REG 1977, s. 595; svensk specialutgåva, volym 3, s. 329), punkt 14, av den 30 november 1993 i mål C-189/91, Kirsammer-Hack (REG 1993, s. I-6185), punkt 14.

46 — Se bland annat dom av den 21 november 1991 i mål C-354/90, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires och Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon (REG 1991, s. I-5505; svensk specialutgåva, volym 11, s. 463), punkt 12, och av den 16 december 1992 i mål C-17/91, Lornoy m.fl. (REG 1992, s. I-6523), punkt 30 (ovan fotnot 21).

nationella domstolen skall säkerställa att överträdelsen, vilken åberopats av de enskilda, får de rättsverkningar som följer i enlighet med de nationella processrättsliga bestämmelserna, både vad gäller giltigheten av de rättsakter som utfärdats för genomförandet av stödåtgärderna och återkrävande av det finansiella stöd som beviljats i strid med artikel 88.3 EG”.⁴⁷

78. Även om den hänskjutande domstolen inte har ställt någon fråga i detta avseende är det dock ändamålsenligt att erinra om att enligt domstolens rättspraxis skall prövningen av en stödåtgärd, när finansieringsmetoden utgör en del av denna åtgärd, också omfatta bedömningen av effekterna av finansieringsmetoden.⁴⁸ Ett stöds finansieringsmetod kan medföra att detta är oförenligt med den gemensamma marknaden och detta även om den uppfyller de villkor som fastställts i andra bestämmelser i fördraget, särskilt i artiklarna 25 EG och 90 EG.⁴⁹

79. I domen i målet Van Calster har domstolen dessutom klargjort att i liknande fall är medlemsstaten ”[f]ör att säkerställa den ändamålsenliga verkan av anmälningsskyldigheten och att kommissionen gör en lämplig och fullständig prövning av ett statligt stöd ... följaktligen ..., för att fullgöra

anmälningsskyldigheten, skyldig att inte bara anmäla förslaget till stöd i egentlig mening, utan även stödets finansieringsmetod om den utgör en del av den planerade åtgärden”.⁵⁰ För övrigt skall enligt domstolen ”[e]ftersom anmälningsskyldigheten även omfattar stödets finansieringsmetod ... konsekvenserna av att de nationella myndigheterna har åsidosatt artikel [88].3 sista meningen i fördraget även gälla denna aspekt av stödåtgärden”.⁵¹ Av detta följer att ”när en stödåtgärd vars finansieringsmetod utgör en del av stödåtgärden har genomförts utan att anmälningsskyldigheten har fullgjorts är de nationella domstolarna i princip skyldiga att besluta om återbetalning av avgifter som särskilt tagits ut för att finansiera stödet”.⁵²

80. I domen i målet Streekgewest har domstolen angett att ”[f]ör att en skatt eller en del härav skall anses utgöra del av en stödåtgärd krävs att skatten enligt relevanta bindande nationella bestämmelser är avsedd att finansiera stödåtgärden” och direkt inverkar på dess storlek och, följaktligen, på bedömningen av om stödet är förenligt med den gemensamma marknaden.⁵³

47 — Se domen i målet Air Liquide (ovan fotnot 13), punkt 42. Se dessutom domen i målet Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires och Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon (ovan fotnot 46), punkt 12, och dom av den 13 januari 2005 i mål C-174/02, Streekgewest (REG 2005, s. I-85), punkt 17.

48 — Se dom av den 21 oktober 2003 i de förenade målen C-261/01 och C-262/01, Van Calster m.fl. (REG 2003, s. I-12249), punkt 49, av den 27 november 2003 i de förenade målen C-34/01–C-38/01, Enirisorse (REG 2003, s. I-14243), punkt 44.

49 — Se domen i det ovannämnda målet Van Calster, punkt 47. Se tidigare, för ett liknande resonemang, dom av den 25 juni 1970 i mål 47/69, Frankrike mot kommissionen (REG 1970, s. 487; svensk specialutgåva, volym 1, s. 449), punkt 13.

50 — Se domen i det ovan i punkt 48 nämnda målet Van Calster, punkt 51.

51 — Ibidem, punkt 52.

52 — Ibidem, punkt 54.

53 — Se domen i målet Streekgewest (ovan fotnot 47), punkt 26. Se dessutom, för ett liknande resonemang, dom av den 27 oktober 2005 i de förenade målen C-266/04–C-270/04, C-276/04 och C-321/04–C-325/04, Casino Francia m.fl. (REG 2005, s. I-9481), punkt 40, och domen i det ovan i punkt 13 nämnda målet Air Liquide, punkt 46.

81. I förevarande fall uttas det ifrågavarande tillägget specifikt och uteslutande för att ge SEP och/eller IPE-företagen möjlighet att täcka sina strandade kostnader. Det samband som enligt domstolen måste föreligga mellan användningen av intäkterna från avgifterna och finansieringen av den statliga åtgärden föreligger enligt min mening i förevarande fall. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida åtgärden utgör statligt stöd.

82. Essents krav gentemot Aldel med stöd av artikel 9.1 i OEPS kan på grundval av ovannämnd rättspraxis således avvisas, om det fastställs att det system som inrättats genom denna artikel utgör ett statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG och att denna åtgärd inte har anmälts till kommissionen.

83. Jag skall således i det följande undersöka dessa två aspekter.

2. Utgör bestämmelserna i artikel 9.1 jämförd med bestämmelserna i artikel 9.4 i OEPS en stödåtgärd i den mening som avses i artikel 87.1 EG?

84. I enlighet med fast rättspraxis från domstolen skall det för bedömningen av om en statlig åtgärd utgör ett statligt stöd undersökas om fyra kumulativa villkor är uppfyllda, det vill säga att det föreligger en fördel för ett företag, att åtgärden är selektiv, att åtgärden

finansieras av staten eller med statliga medel, samt att den påverkar handeln mellan medlemsstaterna och att konkurrensen snedvrids som en följd därav.⁵⁴

85. Vad avser det första och det andra villkoret är det enligt min mening uppenbart att den omtvistade åtgärden medför en fördel för SEP och/eller IPE-företagen och att denna fördel, eftersom den är begränsad till elproduktionssektorn, är selektiv.

86. Den omständigheten, som den nederländska regeringen har åberopat, att nätooperatörerna enligt avtalsprotokollet dock är skyldiga att bidra till att täcka de strandade kostnaderna har enligt min mening ingen avgörande betydelse. Artikel 9 i OEPS innebär att de rättssubjekt som är skyldiga att ta ut tillägget får en sådan rättslig skyldighet att betala motsvarande belopp till SEP som är självständig och oberoende av den skyldighet som eventuellt åvilar samma rättssubjekt enligt avtalsprotokollet.⁵⁵ Det system som föreskrivs i artikel 9 i OEPS ger SEP möjlighet att räkna med en större säkerhet i fråga om betalningarna, vars medel kommer från uttaget av skattelikhande avgifter, och att minska eller följaktligen utesluta risken

54 — Se bland annat domen i målet *Air Liquide Industries Belgium* (ovan fotnot 13), punkt 28.

55 — Detta även om, såsom den nederländska regeringen har påpekat och såsom framgår av beslutet om hänskjutande, avtalsprotokollet utgör *förutsättningen* för att denna skyldighet skall kunna åläggas. Vidare skall uttaget av tillägget vara ägnat att möjliggöra avtalsprotokollets verkställande och därmed tillåta distributionssektorn att överföra de avgifter som följer av detta på konsumenterna. I artikel 9 OEPS föreskrivs för övrigt inte uttryckligen något kompensationsystem för det fall i vilket SEP redan helt eller delvis har erhållit de betalningar som nätooperatörerna (eller leverantörerna) är skyldiga att verkställa enligt protokollet.

för ett eventuellt fördragsbrott eller för att de rättssubjekt som är bundna av protokollet inte kan verkställa dem.⁵⁶

87. Om resultatet blir att SEP vid den tidpunkt när betalningarna enligt artikel 9.4 i OEPS gjordes redan helt eller delvis, som en följd av att avtalsprotokollet verkställdes, hade erhållit de 400 miljoner NLG som föreskrivs i artikel 9.5 i OEPS⁵⁷, minskar dock den fördel som följer för SEP och/eller IPE-företagen av det berörda systemet i motsvarande mån, till att eventuellt begränsas till enbart överskottet⁵⁸.

88. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att utföra motsvarande kontroller.

89. Jag anser vidare att även det fjärde villkoret avseende den ifrågavarande åtgärdens effekter på konkurrensen och dess inverkan på handeln mellan medlemsstaterna är uppfyllt. Jag skall härvidlag endast påpeka att domstolen i detta avseende har ett särskilt brett synsätt. Enligt fast rättspraxis är det

”inte nödvändigt att det kan fastställas att stödet faktiskt påverkar handeln mellan medlemsstaterna och snedvrider konkurrensen, utan det räcker att stödet kan ha en sådan inverkan”.⁵⁹ Om ett stöd som beviljas av en medlemsstat förstärker ett företags ställning i förhållande till andra konkurrerande företag i handeln inom gemenskapen, skall handeln anses påverkad av detta stöd.⁶⁰

90. Även om SEP inte var direkt involverat i elproduktionen sålde bolaget, i sin egenkap av gemensamt dotterbolag till de fyra IPE-företagen, energi som producerats av dessa och som SEP importerat. Bolaget handlade, åtminstone formellt, i konkurrens på marknaden för import av elenergi för icke-offentligt bruk⁶¹, skötte kolförgasningsanläggningen Demkolec och var verksam inom sektorn för stadsuppvärmning. Vad gäller den ifrågavarande åtgärdens inverkan på handeln mellan medlemsstaterna framgår det av det ovan anförda att SEP:s verksamhet inte var begränsad enbart till det nationella området utan att bolaget deltog i den gränsöverskridande handeln.

56 — Jag påpekar i förbigående att artikel 97 i Elektriciteitswet dock har medfört att verkställandet av avtalsprotokollet har gjorts obligatoriskt i lag. Även om den hänskjutande domstolen inte direkt har beaktat denna bestämmelse, som inte synes ha anmälts till kommissionen, kan denna bestämmelse i sig utgöra en stödåtgärd vars finansieringsmetod föreskrivs i artikel 9 i OEPS.

57 — Det är inte känt om nätoperatörerna och/eller leverantörerna, i det fall i vilket de redan har verkställt protokollet, har befriats från betalningarna enligt artikel 9.4 OEPS i fråga om de belopp som motsvarar deras andel i de strandade kostnaderna eller om de, med undantag för om SEP senare återkräver dessa belopp, dock är skyldiga att göra dessa betalningar.

58 — Enligt artikel 9.5 OEPS är detta överskott dock avsett att gynna elproducenterna för täckningen av de strandade kostnaderna.

59 — Se bland annat dom av den 29 april 2004 i mål C-372/97, Italien mot kommissionen (REG 2004, s. I-3679), punkt 44, och domen i målet Air Liquide Industries Belgium (ovan fotnot 13), punkt 34.

60 — Se dom av den 15 december 2005 i mål C-148/04, Unicredito Italiano (REG 2005, s. I-11137), punkt 56 och där angivna rättspraxis, och domen i det ovannämnda målet Air Liquide Industries Belgium, punkt 35.

61 — Enligt Elektriciteitswet 1989, se domen i målet Almelo (ovan fotnot 12), punkt 13 och följande punkter.

91. Det ankommer således på den hänskjutande domstolen att göra de motsvarande kontrollerna.⁶²

92. Resonemanget om huruvida villkoret att åtgärden skall finansieras med statliga medel är däremot mer komplicerat. Denna fråga har diskuterats utförligt både vid den hänskjutande domstolen och vid domstolen. Jag skall således undersöka om detta villkor är uppfyllt.

93. Jag kommer i denna undersökning med avsikt inte att gå in på diskussionen i sak. Denna diskussion har bland annat fått näring av några äldre domar från domstolen⁶³, angående kravet att en statlig åtgärd för att kunna kvalificeras som stöd i den mening som avses i artikel 87 EG skall vara statligt finansierad. Jag skall härvidlag endast påpeka att domstolen, från och med domen i målet *Sloman Neptun*⁶⁴, vid upprepade tillfällen och utan tvekan, har slagit fast principen att ett stöd skall *finansieras direkt eller indirekt med hjälp av statliga medel*⁶⁵ och, således, visat att detta krav betraktas som en av de grundläggande förutsättningarna för begreppet stöd.

94. Denna princip har åter fastställts⁶⁶ i domen i målet *PreussenElektra*⁶⁷. I denna dom ansåg domstolen att en statlig bestämmelse, enligt vilken dels privata elförsörjningsföretag ålades en skyldighet att köpa el från förnybara energikällor till minimipriser som översteg det ekonomiska värdet av denna typ av energi, dels den ekonomiska börda som följer av denna skyldighet fördelades mellan elförsörjningsföretagen och de privata nätoperatörerna i föregående distributionsled, inte utgör ett statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG. I avsaknad av en direkt eller indirekt överföring av statliga medel var, enligt domstolen, den omständigheten att denna bestämmelse gav företag som producerade el från förnybara källor en otvivelaktig ekonomisk fördel och att denna fördel var en följd av myndigheternas medverkan inte tillräcklig för att kvalificera den ifrågavarande åtgärden som stöd.⁶⁸

95. På senare tid har domstolen, i domen i målet *Pearle*⁶⁹, ansett att bestämmelser som antas av ett offentligtorgan som syfte att med hjälp av medel som uttas av de egna medlemmarna och som obligatoriskt skall avsättas för detta syfte, finansiera en gemensam reklamkampanj som beslutats av dessa medlemmar, inte utgör stödåtgärder, om det fastställs att denna finansiering har genomförts med hjälp av medel som organisationen aldrig hade befogenhet att fritt förfoga över. Domstolen fäste särskilt vikt vid den omständigheten att de kostnader som den offentliga organisationen haft för reklamkampanjen helt

62 — Se domen i det ovannämnda målet *Air Liquide Industries Belgium*, punkt 37.

63 — Se dom av den 30 januari 1985 i mål 290/83, kommissionen mot Frankrike (REG 1985, s. 439; svensk specialutgåva, volym 8, s. 39), punkterna 13 och 14, av den 2 februari 1988 i de förenade målen 67/85, 68/85 och 70/85, *Kwekerij van der Kooy m.fl. mot kommissionen* (REG 1988, s. 219; svensk specialutgåva, volym 9, s. 305), punkterna 32–38, och av den 7 juni 1988 i mål 57/86, *Grekland mot kommissionen* (REG 1988, s. 2855), punkt 12, och förslag till avgörande av generaladvokaterna *VerLoren van Themaat* i de förenade målen 213/81–215/81, *Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Will m.fl. (dom av den 13 oktober 1982, REG 1982, s. 3583)*, *Slynn* i det ovannämnda målet *kommissionen mot Grekland och Darmon* i de förenade målen C-72/91 och C-73/91, *Sloman Neptun (dom av den 17 mars 1993, REG 1993, s. I-887; svensk specialutgåva, volym 14, s. 47)*.

64 — Domen i det ovannämnda målet *Sloman Neptun*.

65 — Denna formulering hade redan använts i dom av den 24 januari 1978 i mål 82/77, *van Tiggele* (REG 1978, s. 25; svensk specialutgåva, volym 4, s. 1), punkt 25.

66 — Vid detta tillfälle hade kommissionen öppet anmodat domstolen att ompröva sin rättspraxis, särskilt mot bakgrund av den senare utvecklingen av gemenskapens rättsordning.

67 — Dom av den 13 mars 2001 i mål C-379/98, *PreussenElektra* (REG 2001, s. I-2099).

68 — Punkterna 59 och 61.

69 — Dom av den 15 juli 2004 i mål C-345/02, *Pearle m.fl.* (REG 2004, s. I-7139).

hade kompenseras av avgifter som ålagts de gynnade företagen. Härav följde enligt domstolen att ”syftet med [denna organisations] medverkan inte [var] att skapa en förmån som skulle utgöra en ytterligare kostnad för staten eller ovannämnda organ”.⁷⁰ Nämnda organ fungerade ”endast som ett verktyg för uppbörd och tilldelning av de insamlade medlen i syfte att fullgöra ett rent affärsmässigt mål som i förväg uppstälts av aktörer inom den aktuella yrkesgruppen och inte ett mål som de nederländska myndigheterna hade uppställt”.⁷¹

96. Det är framför allt med hänvisning till de fastslagna principerna och till domstolens lösningar i dessa två rättsfall som det skall bedömas huruvida den åtgärd som genom den ifrågasvarande nationella bestämmelsen har vidtagits till förmån för SEP uppfyller kravet på finansiering genom statliga medel. Nederländerna har särskilt hävdad att mot bakgrund av vad domstolen har slagit fast i dessa domar måste denna bedömning gå i negativ riktning.

97. Jag vill härvid påpeka att domstolens dom i målet PreussenElektra kan få en särskilt stor inverkan på marknader som är under avreglering (vilket särskilt är fallet med elmarknaden), då de kostnader som inte kan erhålla täckning och som uppkommit genom liberaliseringen är särskilt betydande.

70 — Punkt 36.

71 — Punkt 37.

På sådana områden är kommissionens befo-genhet att kontrollera nationella åtgärder till stöd för de företag som belastats med sådana kostnader betydligt reducerad på grund av att villkoret om finansiering genom statliga medel tillämpas strikt. Detta gäller särskilt om man betänker att sådana åtgärder ofta utformas på så sätt att den ekonomiska bördan för de ovannämnda kostnaderna faller på slutkonsumenterna, vilket rätt ofta sker genom att skattelikhande avgifter införs.⁷² Risken är således att statliga åtgärder som även avsevärt kan påverka resultatet av den i medlemsstaterna pågående avregleringen faktiskt undantas all kontroll enligt gemenskapsbestämmelserna om stöd och undgår den stränga reglering som de åtgärder som är underställda denna kontroll däremot omfattas av, enligt de riktlinjer för prövning av stöd i samband med strandade kostnader som utfärdats av kommissionen.⁷³

98. Detta är i huvudsak skälet till att jag anser att domstolens slutsatser i målet PreussenElektra inte bör utsträckas utöver de särskilda faktiska omständigheter som motiverade dem.

72 — På så sätt har exempelvis kommissionen, genom att hänvisa till domen i målet PreussenElektra, avstått från att på grundval av artikel 87.1 EG bedöma påförandet i Förenade kungariket av en skattelikhande avgift (*Competitive Transition Charge*) som tas ut av slutkonsumenterna och som betalas direkt till elleverantörerna (beslut av den 27 februari 2002 i förfarandet N 661/99).

73 — Kommissionens meddelande avseende analysmetodik för statligt stöd i samband med vissa strandade kostnader, som antogs den 26 juli 2001.

99. En omständighet som enligt domstolen var väsentlig för avgörandet i målet PreussenElektra är den privata karaktären på de rättssubjekt som ålades att betala avgifterna enligt Stromeinspeisungsgesetz. Betydelsen av denna omständighet framgår klart, förutom av domslutet, av punkterna 55 och 56 i domen. Domstolen har i denna dom, mot bakgrund av den tyska regeringens uppgifter om aktieägarstrukturen i de inblandade företagen (PreussenElektra och Schlesweg), omformulerat frågan från Landgericht Kiel så att den i huvudsak skall förstås så att den nationella domstolen vill ha klarhet i huruvida avgifter enligt den tyska lagstiftningen (skyldighet att köpa el till ett på förhand fastställt pris och fördelning av motsvarande avgifter) som påförs *privata* elförsörjningsföretag och de privata nätoperatörerna i föregående distributionsled utgör statligt stöd.⁷⁴ I systemet för Stromeinspeisungsgesetz föreskrevs inte heller någon medverkan av mellanhänder, såsom uppbördsmän och/eller förvaltare av de belopp som skulle avsättas för subventionen. Eftersom fördelen för de stödmottagande företagen bestod i en garanti om försäljning av den el som de producerade och i skillnaden mellan det ekonomiska värdet av denna och det enligt lag fastställda högre priset, uppstod denna fördel automatiskt vid den tidpunkt när avtalen om leverans ingicks och ersättningen betalades.

100. Under dessa omständigheter kan det således anses att räckvidden av domen i målet PreussenElektra begränsas till de fall en subvention som myndigheterna beviljar vissa företag uteslutande finansieras genom avgifter som åläggs *de privata operatörerna* och som av dessa operatörer betalas *direkt* till stödmottagarna.

101. Omvänt angår domstolens dom inte i) det fall i vilket subventionen finansieras genom att avgifter åläggs offentliga företag eller genom medel som ställs till förfogande för sådana företag och ii) det fall i vilket de medel som är avsedda att finansiera subventionen och som härrör från avgifter som ålagts privata rättssubjekt (till exempel skattelikhande avgifter) går genom företag eller organ som medverkar som mellanhänder, innan de tilldelas de gynnade rättssubjekten.

102. I dessa fall kan den ifrågavarande subventionen omfattas av begreppet stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG, om det visar sig att den är finansierad med hjälp av statliga medel. Enligt domstolens rättspraxis föreligger detta villkor när de använda medlen direkt eller indirekt omfattas av statens kontroll. I domen i målet Ladbroke Racing⁷⁵ och på senare tid i domen i målet

74 — Genom denna omformulering har domstolen kunnat begränsa räckvidden av frågan från den hänskjutande domstolen – som utsträcktes till att omfatta bedömningen av hela det system av åtgärder till stöd för energiproduktionen från förnybara källor som föreskrivs i de omtvistade bestämmelserna – och begränsa den till enbart en prövning av de skyldigheter som åligger parterna i målet vid den nationella domstolen enligt dessa bestämmelser.

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

Stardust⁷⁶ har domstolen uttryckligen slagit fast att begreppet statliga medel, i den mening som avses i artikel 87.1 EG, "omfattar alla likvida medel som den offentliga sektorn faktiskt kan använda för att stödja företag och att det inte är relevant om dessa medel permanent ingår bland denna sektors tillgångar eller inte". Följaktligen är det så att "även om de belopp som motsvarar åtgärden genom vilken PMU ges tillgång till oinlösta vinster inte permanent disponeras av staten är det förhållandet att de fortlöpande kontrolleras av staten och således kan disponeras av de behöriga myndigheterna tillräckligt för att de skall kunna anses utgöra statliga medel."⁷⁷

103. Såvitt mer specifikt avser det fall som anges ovan i punkt 101, under i), avseende en åtgärd som subventioneras genom att avgifter åläggs offentliga företag eller i vart fall genom att medel används som kommer från sådana företag, har domstolen i domen i det ovannämnda målet Stardust angett att dessa medel skall anses vara statliga medel om staten "[g]enom sitt dominerande inflytande över dessa företag... nämligen... fullständigt [kan] bestämma över användningen av deras medel för att i förekommande fall finansiera specifika förmåner som beviljas andra företag".⁷⁸ Det behöver i detta syfte inte visas att staten har överfört särskilda medel till dessa företag för finansieringen av stödåtgärden.

76 — Dom av den 16 maj 2002 i mål C-482/99, Frankrike mot kommissionen (REG 2002, s. I-4397). Se dessutom generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande.

77 — Punkt 50 i domen i det ovannämnda målet Frankrike mot Ladbroke Racing och kommissionen och punkt 37 i domen i det ovannämnda målet Stardust. Denna princip hade tidigare fastställts av förstainstansrätten i dom av den 12 december 1996 i mål T-358/94, Air France mot kommissionen (REG 1996, s. II-2109), punkt 67.

78 — Punkt 38.

104. Ett organs offentliga karaktär innebär dock inte att de medel som står till dess förfogande automatiskt skall kvalificeras som "statliga" i den mening som avses i artikel 87.1 EG. Såsom har framgått ovan⁷⁹ kan denna kvalifikation exempelvis uteslutas då detta organ handlar "endast som ett verktyg för uppbörd och tilldelning av de insamlade medlen" och dess medverkan inte är avsedd "att skapa en förmån som skulle utgöra en ytterligare kostnad för staten".

105. För att en åtgärd som genomförts av ett statligt företag skall kunna anses som stöd enligt artikel 87.1 EG krävs det dessutom att den i vart fall kan tillskrivas staten, på så sätt att den är resultatet av en åtgärd som vidtagits av myndigheter.⁸⁰

106. Då det däremot är fråga om det fall som anges ovan i punkt 101, under ii), i vilket de för finansieringen av subventionen nödvändiga medlen tas ut av privata rättssubjekt och tilldelas mottagarna av denna genom förmedlande företag eller organ, skall det först och främst erinras om att det av fast rättspraxis framgår att det inte finns anledning att göra åtskillnad mellan de fall i vilka stödet ges direkt av staten och de fall i vilka det ges genom ett offentligt eller privat organ som utsetts eller inrättats av denna stat.⁸¹

79 — Punkt 95.

80 — Domstolen har i domen i det ovannämnda målet Stardust klargjort de kriterier som skall ligga till grund för fastställandet av begreppet "kan tillskrivas staten" (ovan fotnot 76).

81 — Se domen i målet PreussenElektra (ovan fotnot 67), punkt 58 och där angiven rättspraxis.

107. Det skall därefter särskilt hänvisas till den rättspraxis som avser statliga stödåtgärder som finansieras genom skattelikhande avgifter eller obligatoriska [avgifter]. Enligt denna rättspraxis finns det, eftersom de ”med[el] [som] tillförs genom obligatoriska [avgifter] som föreskrivs i den nationella lagstiftningen och eftersom de... förvaltas och fördelas enligt denna lagstiftning,... anledning att anse dem som statliga medel enligt artikel [87.1 EG] även om de förvaltas av andra institutioner än de offentliga myndigheterna”.⁸²

108. Det kan förvisso invändas att denna rättspraxis underförstått har överspelats av domen i målet *PreussenElektra*, åtminstone i det fall i vilket mellanhandens roll endast är att ta ut avgiften eller i vart fall begränsas till en ren revision av de insamlade medlen och således utesluter något som helst utrymme för skönmässig bedömning av medlens användning och ändamål. Ur ekonomisk synvinkel är det objektivt svårt att särskilja denna situation från den situation då de belopp som är avsedda att finansiera stödåtgärden överförs direkt av de rättssubjekt som har skyldighet att betala avgiften till de företag som gynnas av åtgärden.⁸³

109. Jag anser dock att denna invändning kan motbevisas för det fall det anses att medverkan av en av staten utsedd mellan-

hand, även om dennas uppgift endast är uppbörd och en ren revision, kan innebära att den direkta tillströmningen av medel från de skattskyldiga personerna till stödmottagarna avbryts och att en tidpunkt därmed kan fastställas då dessa medel, åtminstone indirekt, står under statens kontroll, såvitt de är bundna till sitt ändamål och på så sätt får karaktären av statliga medel. En sådan tolkning är enligt min mening möjlig åtminstone i två situationer, det vill säga när det är fråga om en offentlig mellanhand och när de obligatoriska avgifter som tas ut av företag eller enskilda betalas till en offentlig eller privat fond som inrättats eller utsetts av staten i syfte att bevilja stödet i överensstämmelse med lagen, oavsett hur självständig denna fond är i sin förvaltning och fördelning av de uppburna beloppen.

110. Enligt min mening kan domen i det ovannämnda målet *Pearle* inte anses vara ett hinder för det ovan anförda. Såsom har framgått ansåg domstolen vid detta tillfälle att de medel som härrör från obligatoriska avgifter som betalas till en yrkesorganisation av medlemmarna i denna, och som kunnat tas ut tack vare det rättssystem som gäller för detta organ och vars uppbörd syftade till att finansiera en gemensam reklamkampanj till förmån för dessa medlemmar, inte hade karaktären av statliga medel. Bland de olika omständigheter som domstolen anförde för att motivera denna slutsats (nämligen att organisationen inte hade förfoganderätt till medlen, att organisationens roll var begränsad till uppbörden av bidragen och att en fördel tilldelats utan motsvarande avgift för staten eller för det inblandade offentliga organet) hade enligt min mening den omständigheten att initiativet till att inleda den ifrågavarande reklamkampanjen, och förslaget angående formerna för fördelning av motsvarande avgifter, kom från den

82 — Dom av den 2 juli 1974 i mål 173/73, Italien mot kommissionen (REG 1974, s. 709; svensk specialutgåva, volym 2, s. 321), punkt 35. Se även domen i målet *Steinike Weinling* (ovan fotnot 45).

83 — Se, för ett liknande resonemang, kommissionens beslut av den 31 oktober 2001 i förfarandet N/6/A/2001.

berörda affärssektorn och inte från de offentliga myndigheterna, en avgörande karaktär för domstolens resonemang, eftersom detta innebar att den ifrågavarande åtgärden inte kunde hänföras till staten.⁸⁴

111. Mot bakgrund av det hittills anförda uppstår frågan huruvida de betalningar till SEP som verkställdes enligt bestämmelserna i artikel 9.1 jämfört med bestämmelserna i artikel 9.4 i OEPS innebär att "statliga medel" i den mening som avses i artikel 87.1 EG har använts.

112. Det system som föreskrevs i den ifrågavarande nationella bestämmelsen var såsom framgått följande. Elkonsumenterna ålades en prishöjning för transporttjänsten, denna höjning uppbars av nätoperatörerna, och dessas intäkter överfördes till det "angivna bolaget" (SEP), som hade till uppgift att göra en revision av de överförda medlen och var skyldigt att betala de belopp som eventuellt översteg 400 miljoner NLG till finansministern. Tvisten i målet vid den hänskjutande domstolen avser mer specifikt de belopp som en privat förbrukare, det vill säga Aldel, enligt den ovan nämnda höjningen skall betala till nätoperatören på det territorium där den är etablerad, det vill säga Essent.

84 — Se, för ett liknande resonemang, även generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande.

113. Det skall för det första påpekas att Essent som svar på en skriftlig fråga från domstolen har angett att dess kapital under referensperioden, det vill säga den 1 augusti–den 31 december 2000, till hundra procent kontrollerades av Essent NV, vars kapital i sin tur till hundra procent innehades av kommuner och provinser och således var helt i statlig ägo. Av detta följer att Essent under denna period, såsom kommissionen med rätta har påpekat i sitt yttrande, var ett offentligt företag i den mening som avses i artikel 2.1 b i kommissionens direktiv 80/723/EEG av den 25 juni 1980 om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag.⁸⁵

114. Enligt domstolens rättspraxis skall de medel som står till Essents förfogande⁸⁶ således i princip anses vara statliga medel. Såvitt avser den nederländska regeringens invändning om att Essents funktion enbart är att uppbära skatter hänvisar jag till vad som redan angetts ovan i punkterna 108–110⁸⁷.

85 — EGT L 195, s. 35; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 54.

86 — Situationen förefaller inte vara annorlunda för de andra nätoperatörerna som också ägs av offentliga organ.

87 — Jag vill dessutom påpeka att även om det är sant att Essent enligt artikel 9.1 och 9.4 OEPS endast hade i uppdrag att uppbära det ifrågavarande tillägget och att betala det till SEP var bolaget dock – enligt artikel 97 i Elektriciteitswet 1998, enligt vilken verkställandet av avtalsprotokollet blev obligatoriskt – i lag skyldigt att gentemot SEP verkställa de betalningar som det vid tillämpning av detta protokoll ålåg bolaget att göra. I frågan från den hänskjutande domstolen hänvisas det inte till att artikel 97 i Elektriciteitswet eventuellt utgör en stödåtgärd i den mening som avses i artikel 87.1 EG. Det är således inte nödvändigt att göra någon sådan prövning.

115. För det andra anser jag den omständigheten vara av betydelse att SEP var skyldigt att revidera de belopp som härrörde från intäkterna från det ifrågavarande tillägget, och som bolaget skulle redovisa för finansministern. Det var förmodligen först efter denna kontroll som de ifrågavarande beloppen ställdes till SEP:s förfogande. SEP var dock skyldigt att använda dem för särskilda ändamål, det vill säga för att täcka de kostnader som följde på investeringar som genomförts på begäran av myndigheterna.

116. Slutligen är den omständigheten av lika stor betydelse att SEP enligt artikel 9.5 i OEPS skulle betala de belopp som översteg 400 miljoner NLG till finansministern.

117. På grundval av det ovan anförda anser jag att betalningar till förmån för SEP enligt bestämmelserna i artikel 9.1 jämfört med bestämmelserna i artikel 9.4 i OEPS innebär användning av "statliga medel" i den mening som avses i artikel 87.1 EG.

118. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag således att domstolen skall besvara den andra frågan enligt följande:

"En nationell bestämmelse enligt vilken intäkterna från ett pristillägg, som under en

övergångsperiod påförs elkonsumenterna och som tas ut av nätoperatörerna, vilka betalar dessa intäkter till ett bolag som är det gemensamma dotterbolaget till de nationella elproducenterna och som enligt denna bestämmelse är skyldigt att hålla inne en del av dessa intäkter för att täcka de strandade kostnader som följer av investeringar som detta bolag eller producerande företag har gjort innan marknaden öppnades för konkurrens, men som även är skyldigt att betala det eventuella överskottet till staten, som på motsvarande sätt är avsett att täcka de ovannämnda kostnaderna, kan utgöra ett statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG.

Det ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida förutsättningarna föreligger för att tillämpa denna artikel."

3. Huruvida anmälningsskyldigheten har iakttagits

119. Även om den hänskjutande domstolen inte har frågat domstolen om tolkningen av artikel 88.3 EG, då den utgått från att Nederländerna åsidosatt den anmälningsskyldighet som föreskrivs i denna bestämmelse, anser jag det dock lämpligt att ägna några korta funderingar åt de argument som den nederländska regeringen har framfört för att bestrida den underlåtenhet som denna regering beskylls för.

120. Nederländerna har gjort gällande att den inom ramen för förfarandet avseende

stöd N 597/1998 "hade underrättat" kommissionen om hela lagförslaget till OEPS. Denna anmälan skedde genom skrivelse av den 30 augusti 2000, i vilken Nederländerna särskilt fäste kommissionens uppmärksamhet på bestämmelsen i artikel 9 i detta förslag. Kommissionen har inte bestritt att hela lagförslaget förekommer i bilagan till skrivelsen av den 30 augusti 2000. Det framgår dessutom av denna skrivelse som den nederländska regeringen inlämnade på domstolens begäran att denna regering däri uttryckligen hänvisar till artikel 9 i OEPS, även om det endast sker i den punkt som rubricerats "ytterligare upplysningar om protokollet för tillämpningen av artikel 24 i direktiv 92/96".

121. Det skall påpekas att förfarandet N 597/1998 avslutades genom beslutet av den 25 juli 2001.

122. Systemet enligt artikel 9 i OEPS trädde i kraft den 29 december 2000. I detta föreskrevs att intäkterna från det tillägg som togs ut enligt artikel 9.1 skulle betalas av nätooperatörerna till SEP senast den 1 juli 2001 (artikel 9.4). Nederländerna genomförde således detta system utan att vänta på det beslut genom vilket kommissionen avslutade

förfarandet inom ramen för vilket den införda bestämmelsen anmäldes till kommissionen.

123. I samband med detta genomförande föreskrevs dessutom att tillägget enligt artikel 9.1 i OEPS skulle tas ut med retroaktiv verkan från och med den 1 augusti 2000, det vill säga vid ett tidigare datum än den skrivelse genom vilken åtgärderna enligt denna artikel anmäldes till kommissionen. Det skall i detta avseende erinras om att domstolen i domen i det ovannämnda målet Van Calster ansåg att skattelikhande avgifter som var avsedda att finansiera åtgärder till stöd för vissa jordbrukssektorer och som uttagits med retroaktiv verkan vid en tidigare tidpunkt än kommissionens beslut, i vilket det fastslagits att dessa åtgärder var förenliga med den gemensamma marknaden, var rättsstridiga. Enligt domstolen hade den berörda staten genom att föreskriva att uttaget av sådana avgifter hade retroaktiv verkan handlat med åsidosättande av skyldigheten att på förhand anmäla att stödet skulle genomföras.

124. Av detta följer att även om det skall anses att meddelandet i skrivelsen av den 30 augusti 2000 är en anmälan i den mening som avses i artikel 88.3 EG är detta inte tillräckligt för att anse att skyldigheten enligt denna bestämmelse är uppfylld.

V — Förslag till avgörande

125. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen skall fastslå följande :

1. Ett pristillägg som det som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, och som tas ut utan åtskillnad och på samma villkor på transporten av inhemsk och importerad elenergi, utgör en avgift med motsvarande verkan som en tull som är förbjuden enligt artikel 25 EG, när intäkterna från detta tillägg är avsedda att finansiera verksamhet som endast gynnar inhemska produkter och om fördelarna som följer därav helt kompenserar den avgift som tas ut på samma produkter. Om dessa fördelar endast partiellt kompenserar den avgift som tas ut på inhemska produkter utgör detta tillägg en diskriminerande intern skatt eller avgift som är förbjuden enligt artikel 90 i EG-fördraget.

Det ankommer på den nationella domstolen att göra nödvändiga undersökningar för att fastställa hur den ifrågavarande avgiften skall kvalificeras i rättsligt hänseende. I detta sammanhang skall den nationella domstolen undersöka huruvida och i vilken mån de kostnader som intäkterna från det ifrågavarande pristillägget är avsedda att täcka direkt eller indirekt belastar de inhemska elproducenterna.

2. En nationell bestämmelse enligt vilken intäkterna från ett pristillägg, som under en övergångsperiod påförs elkonsumtionen och som tas ut av nätoperatörerna, vilka betalar dessa intäkter till ett bolag som är det gemensamma dotterbolaget till de nationella elproducenterna och som enligt denna bestämmelse är skyldigt att hålla inne en del av dessa intäkter för att täcka de strandade kostnader som följer av investeringar som detta bolag eller producerande företag har gjort innan marknaden öppnades för konkurrens, men som även är skyldigt att betala det eventuella överskottet till staten, som på motsvarande sätt är avsett att täcka de ovannämnda kostnaderna, kan utgöra ett statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG.

Det ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida förutsättningarna föreligger för att tillämpa denna artikel.