

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
föredraget den 20 oktober 2009¹

I — Inledning

1. I välfärdsstatens begynnelse undandrogs vissa ekonomiska områden marknadskrafterna för att minska avståndet mellan "det behärskade livsrummet" och "det effektiva livsrummet".² Med hänvisning till andra värden än rent ekonomiska – vilka avspeglas i det klassiska kontinentala rättsliga begreppet allmännyttiga tjänster – växte den statliga inblandningen inom vissa områden, monopol skapades och regleringen ökade.
2. Ända sedan Europeiska enhetsakten antogs, då en ny avgud – konkurrensen – placerades "på de politiska idéernas altare", har de allmännyttiga tjänsterna utgjort ett hinder som måste övervinnas för att kunna åstadkomma den avreglering till vilken allt hopp sätts.³
3. Införandet av en öppen marknad utgör det första steget i denna politik, men när hindren väl har undanröjts kvarstår vissa behov som marknaden inte själv klarar att tillgodose. Därför träder det allmänna in i form av "tjänster i allmänhetens intresse" och "skyldigheter att tillhandahålla allmännyttiga tjänster", vilka myndigheterna ålägger företag på avreglerade marknader för att tillgodose allmänhetens intressen. Dessa intressen får inte åsidosättas och marknadskrafterna kan därför inte ges fritt spelrum.
4. Den stora utmaningen inom dagens handelsrätt ligger i att begränsa dessa offentliga ingrepp. Hittills har det främst gjorts beträffande förekomst av ensamrätter och finansiering av sådana tjänster och mer sällan vad gäller skyldigheter att tillhandahålla allmännyttiga tjänster. Den tolkningsfråga som har ställts i förevarande mål handlar just om detta.
5. Ända sedan 1800-talet har gasen haft stor betydelse för de moderna samhällenas

1 — Originalspråk: spanska.

2 — Dessa uttryck myntades av Forsthoﬀ i hans teori om så kallad existentiell fullmakt (Daseinvortorge) (Forsthoﬀ, E., *Sociedad Industrial y Administración Pública*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1967 (1958)).

3 — Fernández, T.R. har beskrivit detta på ett mäterligt sätt i "Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy", *Revista de Administración Pública*, nr 150, september–december 1999, sidorna 57–73.

utveckling. Den misstro som gasen till en början bemöttes med⁴ och de konsekvenser den senare fick⁵ tills den så småningom

blev en del av vardagslivet har avspeglat sig i litteraturen, vilket Pérez Galdós har visat.⁶ I direktiv 2003/55/EG⁷ föreskrivs att gasmarknaden ska vara helt öppen från och med den 1 juli 2007 och Tribunale Administrativo Regionale della Lombardia frågar huruvida italienska myndigheter efter detta datum i undantagsfall får medverka i fastställandet av priser för leverans av gas i en situation där det i själva verket inte finns någon konkurrens.

4 — Alexandre Dumas beskriver 1846 i sin roman "La mujer del collar de terciopelo" (La Femme au Collier de Velours), *Mil y un fantasmas*, Editorial Valdemar, Madrid, 1996, s. 20, hur "Nodier kände skräck inför alla uppfinningar. Gasen fick honom att tappa fattningen och ångan gjorde honom ursinnig. Skövlingen av skogarna och de sinande kolgruvorna var för honom tecken på att världen snart skulle gå under."

5 — Fransmannen Montgolfier kom på ett av de första användningsområdena för gasen då han sände upp sina berömda ballonger genom att utnyttja vätgasens lätthet: Mariano José de Larra skrev 1833 tre artiklar med en och samma titel, "Ascensión aerostática", *Artículos completos*, Ed. RBA och Instituto Cervantes. I den första av dessa beskriver han på sidan 482 och följande sidor hur spanjoren García Rozo försökte få en ballong att lyfta i parterren i Retiroparken i Madrid den 28 april 1833, inför kungaparet och en synnerligen förväntansfull folkmassa. Försöket misslyckades av olika skäl, bland annat på grund av att det regnade. På sidan 546 och följande sidor i den andra artikeln beskriver han ett annat försök som García Rozo gjorde på Orientorget några dagar senare, då han inte lyckades fylla ballongen. Detta påminner om scenen med Don Quijote och Sancho som sittande på Vinghästen tror sig färdas i eldens sfär fläktade av hertigparets blåsbälgar. I den tredje artikeln, som inte finns med i ovan nämnda verk, beskriver han åter, mer kortfattat, fiaskot på Orientorget. Senare kom gasen att beskrivas som ett av den moderna tidens framsteg:

José Maria Eça de Queirós lägger i "La Reliquia", *Obras Completas*, översättning av Julio Gómez de la Serna, Ed. Aguilar, Madrid, 1954, vol. I, s. 179 och följande sidor, följande ord i huvudpersonens mun: "Hade jag ohjälpligt förlorat min identitet som Raposo, katolik och akademiker, samtida med *Times* och gasen, och förvandlats till en antik man, samtida med Tiberius?"

Så småningom blir gasen en del av vardagslivet och lyser upp gator och bostäder:

Irène Némirovsky, beskriver i *Balen* (översättning av Dagmar Olsson, Albert Bonniers Förlag, Stockholm, 2007, s. 12) hur huvudpersonen Antoinettes mor läste romaner under en taklampa med en glob av mattslipat glas som omslöt den skarpa gaslågan. På sidan 40 skildrar hon också hur Antoinette en kväll i skymningen i Paris träffade på en lykttändare, som tände den ena gaslyktan efter den andra med sin långa stång.

På senare tid har Ana María Matute, som belönats med prisen Planeta, Nadal och Café de Gijón och varit Nobelpriskandidat, i *Paraiso inhabitado* (Ed. Destino, Barcelona, 2008, s. 11) berättat hur lykttändaren under åren före den andra spanska republiken i skymningen "gick runt och tände små blåaktiga darrande lågor i gaslyktorna med en lång stång".

6. Om begreppet allmännyttiga tjänster, som Conseil d'État i Frankrike har erinrat om,⁸ definieras som "en förlängning av marknaden med andra medel när marknaden misslyckas och inte tvärtom", måste staten i ett läge där konkurrensen minskar gripa in för att motverka konsekvenserna av detta. De offentliga ingripandena på marknaden måste likväl begränsas så att den verkliga avregleringen inte skjuts upp på obestämd tid och hänsyn måste tas till konsumenternas rättigheter.

6 — M. del C. Simón Palmer återger i "El gas en la obra de Galdós", *Actas del IV Congreso internacional de estudios galdosianos de 1990*, utgivna av Cabildo Insular de Gran Canaria, Las Palmas, 1993, vol II, s. 565 och följande sidor, ett antal olika partier ur "Episodios Nacionales, 'Fortunata y Jacinta', Tormento, 'La desheredada' och 'Doña Perfecta'".

7 — Europaparlamentets och rådets direktiv av den 26 juni 2003 om gemensamma regler för den inre marknaden för naturgas och om upphävande av direktiv 98/30/EG (EUT L 176, s. 57).

8 — "Rapport public du Conseil d'État, 1994, Considérations générales: Service public, services publics: déclin ou renouveau", *Etudes et Documents* nr 46, Paris, 1995.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *De gemenskapsrättsliga bestämmelserna: direktiv 2003/55*

7. Syftet med direktiv 2003/55 är att fullborda den inre marknaden för naturgas.

8. Enligt skäl 2 i detta direktiv visar erfarenheterna från direktiv 98/30/EG,⁹ vilket upphävs genom 2003 års direktiv, på de fördelar som genomförandet av denna marknad kan komma att innebära. Samtidigt påpekas det att det fortfarande finns stora brister och att marknaden kan förbättras ytterligare, särskilt med hjälp av "konkreta bestämmelser för att säkra likvärdiga förutsättningar och att minska riskerna för dominerande marknadsställning och underprissättning ... samt genom att säkerställa att små och utsatta kunder skyddas".

9. I skäl 18 i direktiv 2003/55 tas en av de viktigaste aspekterna av avregleringsprocessen upp, nämligen att gaskunderna fritt ska kunna

välja leverantör. För att uppnå detta mål bör enligt direktivet den inre marknaden för gas fullbordas stegvis med en konkret tidsfrist, detta för att industrin ska kunna anpassa sig och för att skydda kundernas intressen och tillförsäkra dem en reell möjlighet att välja leverantör.

10. I skäl 26 behandlas de beslut som medlemsstaterna bör fatta för att "de allmännyttiga tjänsterna i gemenskapen" ska hålla hög kvalitet och det anges att kommissionen regelbundet bör underrättas om dessa beslut. Besluten kan vara olika "för hushåll och små och medelstora företag". I skäl 27 anges att respekt för kraven på allmännyttiga tjänster är ett grundläggande krav i direktivet, och att det i direktivet bör anges "gemensamma minimikrav som uppfylls av samtliga medlemsstater, och som beaktar målen om konsumentskydd, försörjningstrygghet, miljöskydd och likvärdiga konkurrensvåer i samtliga medlemsstater". Vidare understryks att dessa krav kan tolkas med beaktande av nationella omständigheter om inte annat följer av gemenslagslagstiftningen.

11. Enligt artikel 2.25 i direktivet avses med hushållskunder kunder som köper naturgas för sin egen hushållsförbrukning. Enligt

⁹ — 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).

artikel 2.28 avses med berättigade kunder, kunder som fritt kan välja gasleverantör i den mening som avses i artikel 23 i detta direktiv. Enligt artikel 23.1 c ska medlemsstaterna se till att samtliga kunder är berättigade från och med den 1 juli 2007.

12. Artikel 3 i direktivet handlar om skyldigheter att tillhandahålla allmännyttiga tjänster och om kundskydd. Enligt artikel 3.1 ska medlemsstaterna se till att "naturgasföretag drivs i enlighet med principerna i detta direktiv för att uppnå en konkurrensutsatt, säker och miljömässigt hållbar naturgasmarknad". De får inte "göra någon diskriminerande åtskillnad mellan dessa företag när det gäller rättigheter eller skyldigheter".

13. Ovanstående gäller emellertid "utan att det påverkar tillämpningen av punkt 2" i denna artikel 3, i vilken punkt det föreskrivs att medlemsstaterna "med beaktande fullt ut av tillämpliga bestämmelser i fördraget, särskilt artikel 86 i detta, i det allmänna ekonomiska intresset [får] ålägga gasföretag att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, vilka kan avse ... leveransernas ... pris ...". Dessa åligganden ska vara klart definierade, öppna, icke-diskriminerande och kontrollerbara

samt garantera att gasföretag i EU kan nå ut till nationella konsumenter på lika villkor.

14. Enligt artikel 3.3 föreligger en skyldighet att skydda användarna, särskilt utsatta användare: "Medlemsstaterna skall vidta lämpliga åtgärder för att skydda slutförbrukare och för att garantera ett starkt konsumentskydd, och de skall särskilt se till att utsatta förbrukare får tillräckligt skydd, inbegripet lämpliga åtgärder för att hjälpa dem att undvika att få sina leveranser avstängda ... särskilt i form av klara och begripliga allmänna avtalsvillkor, allmän information och mekanismer för tvistlösning. Medlemsstaterna skall se till att berättigade kunder i praktiken kan byta till en ny leverantör. Åtminstone när det gäller hushållskunder skall dessa åtgärder omfatta dem som anges i bilaga A."¹⁰

15. Enligt artikel 3.6 ska medlemsstaterna "när de genomfört direktivet informera kommissionen om vilka åtgärder som vidtagits för att fullgöra förpliktelseerna att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, inklusive

10 — Enligt punkt g i denna bilaga A ska "kunder som är anslutna till gassystemet [informerar] om [sina] rättigheter att, enligt tillämplig nationell lagstiftning, få tillgång till naturgas av en bestämd kvalitet till rimliga priser".

konsument- och miljöskyddsåtgärder, och om åtgärdernas eventuella inverkan på nationell och internationell konkurrens”, oavsett om åtgärderna kräver undantag från detta direktiv eller inte.

B — *De italienska bestämmelserna*

16. Bara några dagar före den 1 juli 2007, då gasmarknaden enligt artikel 23 i direktiv 2003/55 skulle öppnas helt, antogs i Italien lagdekret nr 73 av den 18 juni 2007. Enligt detta fick Autorità per l'energia elettrica e il gas (energimyndigheten) fastställa ”referenspriser” för försäljning av gas till vissa kunder, även efter det att marknaden hade öppnats helt.

17. Ovannämnda lagdekret omvandlades till lag nr 125 av den 3 augusti 2007, i vilken följande föreskrivs i artikel 1.3:

tjänster iakttas, fastställer energimyndigheten standardvillkoren för tillhandahållande av tjänsten och definierar för en övergångsperiod, på grundval av de faktiska kostnaderna för tjänsten, referenspriser för leverans av ... naturgas till inhemska kunder. De företag som ansvarar för distribution och försäljning ska använda sig av dessa referenspriser i förhållande till sina kunder med beaktande av den möjlighet som föreskrivs att välja mellan olika taxor och tidsperioder. ... Därutöver förbehålls energimyndigheten kontrollbefogenheter och befogenheter att vidta åtgärder i syfte att tillvarata kundernas rättigheter även i de fall där en oerättigad ökning av priserna och ändring av villkoren för tillhandahållandet av tjänsten konstaterats med avseende på kunder som ännu inte har utnyttjat sin valmöjlighet.”¹¹

18. Den hänskjutande italienska domstolen har konstaterat att det genom denna bestämmelse fastslås ”att energimyndigheten enligt lag har behörighet att reglera prissättningen av gas även efter den 1 juli 2007”.

”I syfte att säkerställa att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om allmännyttiga

11 — Lydelsen av artikel 1.3 i lagdekretet skiljde sig något från lydelsen av samma artikel i den lag som lagdekretet omvandlades till. I lagen preciserades det att energimyndighetens behörighet gällde under en övergångsperiod.

III — Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

19. Den 29 mars 2007 meddelade energimyndigheten beslut nr 79/07 om omprövning och fastställande av de ekonomiska leveransvillkoren för gas för perioden den 1 januari 2005–31 mars 2007. Genom detta beslut fastställdes även kriterierna för uppdateringen av de ekonomiska villkoren. Enligt punkt 1.3.1 i beslutet skulle de beräkningsformler som godkänts för uppdateringen av den rörliga ersättningen med avseende på partihandel tillämpas fram till den 30 juni 2008. Enligt punkt 1.3.2 hade energimyndigheten rätt att kontrollera om villkoren var uppfyllda för att förlänga giltighetstiden för bestämmelserna fram till den 30 juni 2009.

20. Federutility, Assogas, Libarna Gas s.p.a., Collino Commercio s.p.a., Sadori gas s.p.a., Egea Commerciale, E.On Vendita srl och Sorgenia s.p.a. (vilka är företag eller företagsammanslutningar som är verksamma på den italienska naturgasmarknaden) väckte i fem fall talan mot beslut nr 79/07 och mot andra beslut som energimyndigheten senare meddelade (beslut nr 80/07, 158/07, 242/07 och 346/07).¹²

21. Sökandena anförde som huvudargument att det föreligger en överträdelse av

direktiv 2003/55, enligt vilket gasmarknaden skulle vara helt avreglerad den 1 juli 2007. De gjorde gällande att försäljningspriset för gas från och med detta datum helt och hållet ska fastställas mot bakgrund av utbud och efterfrågan för att säkerställa alla kunders rätt att fritt välja leverantör, utan något ingripande av offentliga myndigheter. De hävdade således att ”referenspriserna” efter det andra kvartalet 2007 (vilket omfattades av beslut nr 79/07) strider mot gemenskapsrätten.

22. Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia (fjärde avdelningen), vilken prövar talan i ovannämnda mål, fann att avgörandet av tvisten är beroende av tolkningen av direktiv 2003/55, och denna domstol har därför ställt följande tolkningsfrågor till EG-domstolen i enlighet med artikel 234 EG:

”Ska artikel 23 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/55/EG av den 26 juni 2003, i vilket öppnande av gasmarknaden regleras, mot bakgrund av de principer som följer av EG-fördraget tolkas på så sätt att denna artikel tillsammans med de gemenskapsrättsliga principerna utgör hinder för en sådan nationell bestämmelse (och efterföljande tillämpliga åtgärder) i vilken, efter den 1 juli 2007, en nationell myndighets behörighet bibehålls som innebär att den ges rätt att fastställa referenspriser för leverans av naturgas till hushållskunder (en obestämd

¹² — Mål R.G. 1276/07, R.G. 1279/07, R.G. 1285/07, R.G. 1359/07 och R.G. 1490/07.

kategori som inte återfinns i någon särskild kundkategori och som inte i sig kräver någon bedömning av särskilda situationer som är bekymmersamma från socioekonomisk synvinkel, vilka skulle kunna motivera att nämnda referenspriser fastställs), som företag med ansvar för distribution eller försäljning, inom ramen för skyldigheten att tillhandahålla en allmännyttig tjänst, ska använda sig av i sina försäljningserbjudanden,

begreppet universell tjänst, trots att alla kunder ska anses vara 'fria'?"

IV — Förfarandet vid domstolen

eller

23. Begäran om förhandsavgörande registrerades vid domstolens kansli den 20 juni 2008.

ska nämnda bestämmelse (artikel 23 i nämnda direktiv), jämförd med artikel 3 i direktiv 2003/55/EG (i vilken det anges att medlemsstaterna i det allmänna ekonomiska intresset får ålägga gasföretag att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, vilka kan avse – såsom i förevarande fall – leveransernas pris), tolkas på så sätt att nämnda gemenskapsrättsliga bestämmelser inte utgör hinder för en sådan nationell bestämmelse enligt vilken, med beaktande av den särskilda situationen på marknaden som fortfarande kännetecknas av bristen på villkor för 'effektiv konkurrens' åtminstone vad avser partihandel, referenspriset för naturgas får fastställas av behörig myndighet och detta pris med nödvändighet ska anges i samband med de försäljningserbjudanden som den enskilda försäljaren ger till sina hushållskunder inom ramen för

24. Federutility, Libarna Gas, Sorgenia och Assogas samt kommissionen och den polska, den estniska och den italienska regeringen har inkommit med skriftliga yttranden.

25. I en bilaga till kallelsen till förhandlingen i målet tillfrågades parterna i målet vid den nationella domstolen och Republiken Italien huruvida skyldigheten att ange "referenspriserna" för leverans av naturgas till enskilda innebär att företagen i sina försäljningserbjudanden måste offerera och tillämpa dessa priser gentemot sina kunder och att de således är förhindrade att tillämpa andra taxevillkor i sina avtal eller om dessa priser enbart är vägledande. Vidare tillfrågades de inom vilket

tillämpningsområde denna skyldighet gäller samt huruvida berörda kunder enbart utgörs av enskilda och inte innefattar juridiska personer. Federutility, Libarna Gas, Sorgenia och Assogas samt den italienska regeringen har svarat domstolen i inlagor daterade i juli 2009.

då direktiven 2003/54/EG¹⁴ och 2003/55/EG antogs. Enligt dessa skulle el- och gasmarknaderna öppnas för alla andra kunder än hushållskunder från och med den 1 juli 2004 och för samtliga användare, oavsett kategori, från och med den 1 juli 2007.¹⁵

26. Ombuden för Federutility, Assogas, Libarna Gas, Sorgenia, kommissionen, den estniska och den italienska regeringen yttrade sig muntligen vid förhandlingen i målet den 8 september 2009.

V — Inledning: reglering av taxor då det formellt råder konkurrens

A — Avsaknaden av verklig konkurrens på gasmarknaden

27. Den avregleringsprocess inom energisektorn som inleddes med direktiven 96/92/EG¹³ och 98/30/EG påskyndades avsevärt

28. Denna ambitiösa agenda skulle genomföras av medlemsstaterna. Utvecklingen har emellertid varierat avsevärt, vilket kommissionen har konstaterat i sitt meddelande till rådet och Europaparlamentet av den 10 januari 2007.¹⁶ Kommissionen anger där följande: ”Å ena sidan har de grundläggande koncepten för den inre energimarknaden integrerats i det rättsliga ramverket, i institutionella arrangemang och fysisk infrastruktur ... Samtidigt finns det ingen reell konkurrens i flera medlemsstater. I många fall har kunderna ingen verklig möjlighet att byta leverantör.” I allmänhet saknas det fortfarande förtroende för den inre marknaden.¹⁷

13 — Europaparlamentets och rådets direktiv 96/92/EG av den 19 december 1996 om gemensamma regler för den inre marknaden för el (EGT L 27, s. 20).

14 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/54/EG av den 26 juni 2003 om gemensamma regler för den inre marknaden för naturgas och om upphävande av direktiv 96/92/EG (EUT L 176, s. 37).

15 — Artikel 21 i direktiv 2003/54 och artikel 23 i direktiv 2003/55.

16 — Meddelande om utsikterna för den inre el- och gasmarknaden (KOM(2006) 841 slutlig).

17 — Peter D. Cameron konstaterar dessutom att ”fördelarna med avregleringen av energimarknaderna ... hittills inte [har] varit så uppenbara som det var tänkt: avregleringen leder inte nödvändigtvis till prissänkningar och inte heller till minskad statlig inblandning. De redan etablerade företagens kommersiella styrka har ökat och inträdet av nya aktörer på el- och gasmarknaden påminner om 'I väntan på Godot'” (Cameron, P., *Legal aspects of EU energy regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas Across Europe*, Oxford University Press, 2005, s. 36).

29. Den ofullbordade avregleringsprocessen har fått kommissionen att lansera ett "tredje energipaket" för att kompensera bristerna i de gällande bestämmelserna. Det innefattar ett förslag till ändring av direktiv 2003/55, i vilket det bland annat föreskrivs en effektiv åtskillnad av leverans- och produktionsverksamhet från nätdrift.¹⁸

30. Kommissionen anser att regleringen av gastaxorna (och eltaxorna) är en av orsakerna till och samtidigt en konsekvens av den rådande bristen på konkurrens inom energisektorn. En av de viktigaste bristerna beträffande införlivande av de nya direktiven är enligt kommissionen att "reglerade priser utgör ett hinder för nya marknadsaktörer".¹⁹ Kommissionen tillägger att dessa brister har lett till att "marknadsledande el- och gasföretag i stor utsträckning behåller sin dominerande ställning, vilket medfört att många medlemsstater har ... upprätthållit hård kontroll över el- och gaspriserna för slutanvändarna. Tyvärr leder ofta detta till att konkurrensen hämmas".²⁰

31. Det är ganska vanligt att öppna energimarknader och reglerade priser samexisterar i unionens medlemsstater. Kommissionen anger i sin rapport av den 15 april 2008²¹ att detta gäller "för en tredjedel av gasmarknaderna ... och för mer än hälften av elmarknaderna. I flertalet av de medlemsstater som har prisregleringar är dessa inte begränsade till små kunder – samtliga kundsegment kan vara föremål för reglerade priser."

32. Dessa förhållanden råder även på den italienska gasmarknaden. Den italienska regeringen har i sitt skriftliga yttrande förklarat att den nationella naturgasmarknaden präglas av företaget Enis dominerande ställning. Detta företag har monopol på importen av gas, samtidigt som det äger merparten av transportnätet, har en helt dominerande ställning när det gäller bearbetningen av gas och är den största grossisten. Denna brist på konkurrens på grossistmarknaden har möjliggjort en fortlevnad av lokala detaljhandelsmonopol, vilka ofta är vertikalt integrerade med dem som handhar distributionsnäten. Under sådana förhållanden förefaller det vara synnerligen svårt för nya leverantörer att etablera sig.

18 — Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om ändring av direktiv 2003/55/EG om gemensamma regler för den inre marknaden för naturgas (KOM(2007) 529 slutlig).

19 — Det ovannämnda meddelandet av den 10 januari 2007, punkt 1.3.

20 — Det ovannämnda meddelandet av den 10 januari 2007, punkt 1.4.

21 — Rapport från kommissionen till rådet och Europaparlamentet om framstegen i arbetet med att upprätta den inre el- och gasmarknaden (KOM(2008) 192 slutlig).

Dels är de tvungna att köpa gas från Eni, som ställer upp de villkor som passar dem och som innebär minimala vinstmarginaler, dels är det svårt att på lokal nivå konkurrera med vertikalt integrerade aktörer.

- 1) Myndigheten får fastställa ”referenspriser” för leverans av naturgas som företagen ska använda sig av ”i sina försäljningserbjudanden, med möjlighet att välja mellan olika taxor och tidsperioder”.

B — Regleringen av priserna för leveranser då det råder bristande konkurrens

33. De åtgärder från de italienska myndigheternas sida som den aktuella tvisten gäller föränleddes av dessa förhållanden och av en tendens till stigande priser för oljeprodukter på de internationella marknaderna. För att förhindra att de ökade råvarukostnaderna skulle få negativa konsekvenser för användarna, beslutades det att energimyndigheten skulle ha rätt att fastställa ”referenspriser” för leverans av naturgas till hushållskunder även efter den 1 juli 2007, vilket var det datum då den italienska gasmarknaden skulle vara avreglerad enligt de bestämmelser genom vilka direktiv 2003/55 införlivas.

Då parterna i målet vid den nationella domstolen och den italienska regeringen tillfrågades om vad skyldigheten innefattar, svarade de förstnämnda att dessa ”referenspriser” inte enbart är vägledande. De gjorde gällande att naturgasföretagen i praktiken inte kan föreslå alternativa, mer attraktiva taxor för sina kunder än dem som fastställts av energimyndigheten, vars ”referenspriser” ligger under det europeiska genomsnittet. Tar man dessutom hänsyn till det stora antal användare gentemot vilka leverantörerna ska erbjuda och tillämpa dessa reglerade priser, måste enligt sökandena i målet vid den nationella domstolen den slutsatsen dras att möjligheten att tillämpa andra taxor är rent teoretisk.²²

- 2) Nämnda ”referenspriser” fastställs på grundval av ”de faktiska kostnaderna för tjänsten”. Enligt de uppgifter som

34. I artikel 1.3 i den italienska lagen av den 3 augusti 2007 beskrivs denna behörighet på följande vis:

²² — Skriftligt yttrande från Federutility av den 31 juli 2009, punkterna 7–9, och från Sorgenia av den 31 juli 2009, punkt 1.

föreligger i målet bygger de ekonomiska villkor som energimyndigheten fastställer på fyra olika faktorer: priset för distribution, transporter och lagring, ett rörligt belopp knutet till detaljhandelsförsäljningen och ett belopp rörande kostnaderna för råvaruinköp, vilket innefattar kostnader för grossistinköp av gas. Tvisten i förevarande mål handlar om hur de sistnämnda ska beräknas. Till skillnad från grossistmarknaden, där gaspriset följer priserna för oljeprodukter, omfattas taxan för detaljhandelsförsäljning av en "skyddsklausul" som gör det möjligt för energimyndigheten att undvika att hela råvarukostnaden övervältras på kunderna när priset är mycket högt. Det innebär att gasleverantörerna debiterar sina kunder ett pris som inte avspeglar hela kostnaden för råvaran. För att dessa företag inte ska behöva bära hela den ekonomiska bördan för detta, har energimyndigheten ålagt grossisterna att omförhandla gasförsäljningsavtalen.²³

Kommissionen har däremot angivit att "referenspriserna tillämpas på familjer och på bostäder som ligger i hus med centralvärme i vilka årsförbrukningen understiger 200 000 kubikmeter".

I de svar som parterna i målet vid den nationella domstolen och den italienska regeringen lämnade i slutet av juli 2009 och i de muntliga inläggen vid förhandlingen klargjordes det att skyldigheten att tillämpa "referenspriserna" omfattar följande två användarkategorier:

- 3) Vad beträffar tillämpningsområdet för dessa "referenspriser" föreskrivs i artikel 1.3 i lagdekretet endast att de ska erbjudas "inhemska kunder". I beslutet att begära förhandsavgörande står det att denna kundkategori är "obestämd".

- a) Slutkunder som redan var berättigade före den 1 januari 2003 (genom att deras årsförbrukning av gas översteg 200 000 kubikmeter eller av andra skäl) och som ännu inte har ingått något nytt avtal om leverans av gas.
- b) Slutkunder som har en årsförbrukning som understiger 200 000 kubikmeter.

²³ — Se Sorgenias skriftliga yttrande, sidorna 5 och 6.

Sökandena i målet vid den nationella domstolen gjorde vid förhandlingen och i sina inlagor från juli 2009 gällande att båda kategorierna av slutkunder innefattar såväl privatpersoner som företag och därmed även juridiska personer.²⁴ De hänvisar till energimyndighetens beslut nr 64/09, i vilket det i artikel 4 föreskrevs att de reglerade priserna även ska tillämpas på ägarsammanslutningar, även om den som innehar distributionspunkten är en juridisk person som förvaltar den samägda egendomen. I artikel 5 i beslut nr 64/09 klargörs emellertid att de slutkunder som inte har ingått nya avtal och som inte är privatpersoner ska fortsätta att omfattas av skyddssystemet fram till den 30 september 2009, eller fram till den 30 september 2010 om deras årsförbrukning inte överstiger 200 000 kubikmeter.

ursprungliga lydelse nämndes inget om detta.

Sökandeföretagen hävdade vid förhandlingen att det inte räcker att fastställa att rätten att fastställa taxor gäller under en begränsad tid, eftersom det aldrig har fastställts någon tidsgräns för hur länge denna rätt får utövas. I samband med detta hänvisade de till den nyligen antagna lag nr 99 av den 23 juli 2009, vilken enligt sökandena ger energimyndigheten en allmän regleringsrätt som inte är tidsbegränsad.

Den italienska regeringen hävdade däremot att systemet med "referenspriser" enbart gäller privatpersoner.

- 5) Avslutningsvis tillägger den italienska lagstiftaren att referenspriser ska fastställas "inom ramen för förpliktelserna att tillhandahålla allmännyttiga tjänster", i syfte att "säkerställa att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om allmännyttiga tjänster iakttas".

- 4) I den ändrade lydelse av lagdekretet som har antagits av det italienska parlamentet anges det att energimyndigheten endast har rätt att fastställa taxor under en begränsad tid. I lagdekretets

35. Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia frågar domstolen huruvida ett offentligt ingrepp av det här slaget på en marknad som gasmarknaden, som visserligen är avreglerad men där det råder brist på verklig konkurrens, strider mot artikel 23 i direktiv 2003/55 eller om det kan motiveras med stöd av artikel 3. Således måste båda dessa bestämmelser analyseras.

²⁴ — Yttrande från Federutility av den 31 juli 2009, punkterna 12 och 13, och från Sorgenia av den 31 juli 2009, punkt 2.

VI — Prövning av tolkningsfrågan

A — Artikel 23 och avregleringen av priserna

36. För att skapa en inre marknad för naturgas, vilket är det främsta syftet med direktiv 2003/55, krävs det en fullständig avreglering.

37. Gemenskapslagstiftaren insåg snabbt att öppnandet måste ske successivt. Utgångspunkten var strängt reglerade marknader som var rent nationella och ofta monopolistiska.²⁵ Utmaningen bestod i att omvandla dem till en enda europeisk marknad som var helt fri och där alla användare kunde köpa gas från vilken säljare de ville. Direktiv 98/30 utgjorde ett blygsamt första steg. Därefter följde artikel 23 i direktiv 2003/55, vilken innehöll en successiv tidsplan som innebar att samtliga kunder, inklusive hushållskunder, så småningom skulle bli berättigade.²⁶

38. Detta mål skulle uppnås senast den 1 juli 2007. För att lyckas med det måste konkurrenshindren på gasmarknaden undanrö-

jas, däribland sådan reglering av taxor som motverkade investeringar. Enligt artikel 3.1 i direktivet ska medlemsstaterna ”se till att naturgasföretag drivs i enlighet med principerna i detta direktiv för att uppnå en konkurrensutsatt, säker och miljömässigt hållbar naturgasmarknad”.

39. Mot bakgrund av direktivet och den tydliga avregleringssträvan som genomsyrar det förefaller det svårt att, som den polska regeringen gör i sitt skriftliga yttrande, hävda att ett fastställande av priser utifrån utbud och efterfrågan inte är ett nödvändigt villkor för att säkerställa rätten att fritt välja leverantör. I själva verket föreskrivs det inte uttryckligen i direktivet, vare sig i artikel 23 eller i någon annan del, att medlemsstaterna måste låta priset på gas bestämmas av marknadskrakterna och ingenting hindrar att man på ett teoretiskt plan diskuterar huruvida en sådan åtgärd alltid gynnar konsumenterna.

40. Det är emellertid talande att gemenskapslagstiftaren föreskriver att tillsynsmyndigheterna ska godkänna tariffer för överföring och distribution av gas (artikel 25.2 i direktivet) och samtidigt stadgar att priser för leveranser i undantagsfall får fastställas inom ramen för

25 — Det rörde sig inte sällan om offentligägda monopol.

26 — I den mening som avses i artikel 2 i direktivet.

skyldigheterna att tillhandahålla en allmännyttig tjänst (artikel 3.2).

B — Artikel 3 och skyldigheterna att tillhandahålla en allmännyttig tjänst

41. Avregleringen av marknaden utesluter således inte olika slags reglering av priserna för försäljning av gas. Genom nämnda artikel 3 i direktivet möjliggörs olika åtgärder från medlemsstaternas sida inom detta område.

42. För det första får de enligt artikel 3.2 "i det allmänna ekonomiska intresset ålägga gasföretag att tillhandahålla allmännyttiga tjänster" beträffande priset för leveranser. Vidare förutsätts det enligt artikel 3.3 att medlemsstaterna vidtar lämpliga åtgärder för att skydda slutförbrukare och garantera ett starkt konsumentskydd, och de ska särskilt se till att utsatta förbrukare får skydd.

43. Dessa båda punkter avspeglar de olika syftena med direktiv 2003/55, nämligen att inrätta en inre marknad för gas som ett sätt

att på samma gång tillvarata såväl företagens som konsumenternas intressen. Avregleringen får dock inte ske till vilket pris som helst för privatpersoner och därför krävs det ett visst mått av reglering när marknaden inte fungerar ordentligt. Skyldigheterna att tillhandahålla allmännyttiga tjänster är ett instrument för att strukturera ett sådant offentligt ingripande i undantagsfall, även efter slutdatumet den 1 juli 2007.

44. När det andra energipaketet antogs hade denna metod redan prövats ordentligt. Efter det att de offentliga monopolen hade avskaffats²⁷ inom denna bransch, som nu styrdes av marknads regler, återstod det fortfarande att tillgodose vissa behov i det allmänna intresse. Därför övervägde gemenskapslagstiftaren redan när de första sektorerna, såsom postsektorn, transportsektorn och telekommunikationssektorn hade avreglerats, möjligheten att ålägga företag att tillhandahålla allmännyttiga tjänster och samhällsomfattande tjänster. Domstolen har granskat dessa undantag noggrant, särskilt vad beträffar deras finansiering, och fastslagit att de bidrag som utbetalas som "ersättning" för förpliktelserna att tillhandahålla allmännyttiga tjänster inte utgör något statligt stöd²⁸ och att de inte strider mot fördraget om vissa villkor är uppfyllda.²⁹

27 — Vilka enligt Jones, C.W., *EU Energy Law, Volume I, The Internal Energy Market*, andra upplagan, Leuven: Caléis & Castells, 2006, s. 223, "förutsattes alltid handla i det allmänna intresset".

28 — I den mening som avses i artikel 87.1 EG.

29 — Dom av den 24 juli 2003 i mål C-280/00, Altmark (REG 2003, s. I-7747), punkterna 84–95. I dom av den 27 november 2003 i målen C-34/01–C-38/01, Enirisorse (REG 2003, s. I-14243) tillämpade domstolen de villkor som hade slagits fast i ovanstående mål på ett mål som handlade om hur en hamnavgift som ett offentligt företag hade erhållit en del av skulle karaktäriseras. Redan före domen i målet Altmark hade domstolen i dom av den 22 november 2001 i mål C-53/00, Ferring (REG 2001, s. I-9067), preciserat vad som krävs för att en skattebefrielse som har beviljats företag som fullgör allmännyttiga uppgifter ska vara förenlig med fördraget.

45. Genom artikel 3.2 i direktiv 2003/55 införs en sådan skyldighet att tillhandahålla allmännyttiga tjänster i katalogen över instrument för att reglera gassektorn. Därigenom ges medlemsstaterna möjlighet att ålägga gasföretagen att göra vissa saker, förutsatt att det är nödvändigt för att värna om ett "allmänt ekonomiskt intresse". Det anges inte närmare vad ett sådant intresse innebär.³⁰

46. De vaga formuleringarna i direktivet visar vilket stort handlingsutrymme som gemenskapslagstiftaren har gett medlemsstaterna. Detta bekräftas i skäl 27, enligt vilket det är viktigt att vissa "gemensamma minimikrav" anges beträffande respekt för

kraven på allmännyttiga tjänster, det vill säga en hård kärna som beaktar "målen om konsumentskydd, försörjningstrygghet, miljöskydd och likvärdiga konkurrensvivåer i samtliga medlemsstater". Dessa bör tolkas på nationell grund, "med beaktande av nationella omständigheter om inte annat följer av gemenskapslagstiftningen".

47. Medlemsstaternas frihet beträffande detta är emellertid inte oinskränkt. Enligt artikel 3.6 i direktivet ska medlemsstaterna, när de har genomfört direktivet, informera kommissionen om "vilka åtgärder som vidtagits för att fullgöra förpliktelserna att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, inklusive konsument- och miljöskyddsåtgärder, och om åtgärdernas eventuella inverkan på nationell och internationell konkurrens". Därefter ska medlemsstaterna vartannat år underrätta kommissionen om eventuella ändringar av dessa åtgärder.³¹

30 — I direktivet anges endast att förpliktelserna att tillhandahålla allmännyttiga tjänster syftar till att främja ett sådant intresse. De kan "avse tillförlitlighet, inbegripet försörjningstrygghet, leveransernas regelbundenhet, kvalitet och pris samt miljöskydd, inbegripet energieffektivitet och klimatskydd". Denna uppräkningsavgränsning av "allmänt ekonomiskt intresse" som kan legitimera statliga ingrepp har av vissa betraktats som uttömmande (Geldhof, W., och Vandendriessche, F., "Chapter 1: European Electricity and Gas Market Liberalisation. Background, Status, Developments", *EU Energy Law and Policy Issues*, red. Delvaux, B., Hunt, M. och Talus, K., Euroconfidentiel, s. 48, som i sin tur citerar Jones, C.W., *a.a.* s. 230). Jag anser emellertid att denna bestämmelse anger de typer av verksamhet då sådana förpliktelser att tillhandahålla allmännyttiga tjänster kan komma i fråga och inte en lista över de omständigheter som måste motivera dem, även om det finns ett nära samband mellan dessa båda aspekter. Av artikel 3.2 i direktivet följer att medlemsstaterna får ålägga företag att tillhandahålla allmännyttiga tjänster beträffande priset på försäljning av gas, men denna formulering är inte tillräcklig. Det måste i varje enskilt fall klargöras huruvida det föreligger ett allmänt ekonomiskt intresse.

31 — Kommissionen har försökt att precisera kraven i direktivet i en icke-bindande not, som kommissionen delvis tillämpar då den förhandsgranskar de förpliktelser att tillhandahålla allmännyttiga tjänster som medlemsstaterna har underrättat kommissionen om ("Note de la DG Énergie et Transports sur les Directives 2003/54/CE et 2003/55/CE du marché intérieur de l'électricité et du gaz naturel. Document n'engageant pas la Commission", vilken finns på http://ec.europa.eu/energy/electricity/legislation/doc/notes_for_implementation_2004/public_service_obligations_fr.pdf). För att stärka kommissionens ställning i denna kontrollverksamhet föreslås i det tredje energipaketet att kommissionen antar riktlinjer för att genomföra artikel 3 i direktivet (artikel 3.4 i det ovannämnda förslaget till direktiv om ändring av direktiv 2003/55, enligt vilken en ny punkt 7 ska läggas till i artikel 3 i direktiv 2003/55).

48. Dessutom innehåller direktivet tämligen strikta villkor för att medlemsstaterna ska få ålägga företag att tillhandahålla allmännyttiga tjänster. Åläggandena ska

tvistefrågan i förevarande mål, är beroende av om dessa villkor respekteras. Detta ska prövas av den nationella domstolen enligt EG-domstolens tolkning av direktivet.³²

— vara i det ”allmänna ekonomiska intresset”,

50. Således bör kraven på att det ska finnas ett ”allmänt ekonomiskt intresse” (C), att fördraget beaktas, särskilt artikel 86 i detta (D) och att åläggandena inte är diskriminerande (E) prövas.

— ske ”med beaktande fullt ut av tillämpliga bestämmelser i fördraget, särskilt artikel 86 i detta”,

C — Behovet av rimliga priser som grund för ett ”allmänt ekonomiskt intresse”

— vara klart definierade, öppna och kontrollerbara,

— icke-diskriminerande och

51. Huruvida det föreligger ett ”allmänt ekonomiskt intresse” som motiverar förpliktelserna att tillhandahålla allmännyttiga tjänster är den första tvistefrågan i förevarande mål.

— garantera att gasföretag i EU kan nå ut till nationella konsumenter på lika villkor.

52. Som kommissionen mycket riktigt har påpekat i sitt skriftliga yttrande³³ innebär hänvisningen i artikel 3.2 i direktivet till såväl

49. Frågan huruvida energimyndighetens rätt att fastställa taxor är lagenlig, vilket utgör

³² — Enligt artikel 3.6 i direktivet ska kommissionen underrättas om dessa åtgärder, vilket den italienska regeringen gjorde efter att ha anmodats att göra det (kommissionens skriftliga yttrande, punkt 42).

³³ — Punkt 38.

artikel 86 EG som det "allmänna ekonomiska intresset" att de förpliktelser som där föreskrivs motsvarar förpliktelserna för de företag som har anförtroddes att tillhandahålla "tjänster av allmänt ekonomiskt intresse" i den mening som avses i ovannämnda artikel i fördraget.³⁴

för att bara nämna några exempel. Det är svårt att utifrån dessa domar⁴² komma fram till ett entydigt och exakt begrepp. Såväl direktivet som fördraget och rättspraxis bygger på samma tanke om en avvägning mellan marknadskrafter och reglering, mellan konkurrens och allmänintressets konsekvenser. De har även enligt min uppfattning det gemensamt att de överlåter på medlemsstaterna att avgöra vilka tjänster av allmänt ekonomiskt intresse de vill skydda, samtidigt som gemenskapsinstitutionerna (särskilt domstolen) har rätt att kontrollera dessa beslut och förhindra överdrifter.⁴³

53. Domstolen har fastställt att en stor mängd tjänster av olika slag är av allmänt ekonomiskt intresse, som distribution av vatten,³⁵ gas³⁶ och el,³⁷ insamling och utdelning av post inom hela landet,³⁸ förvaltning av flygbolag som inte är lönsamma,³⁹ ambulans transporter⁴⁰ och läkemedelsgrossisters verksamhet,⁴¹

54. Vill man försöka hitta en gemensam nämnare kan man erinra om de berömda Rolland-lagarna, vilka domarna i målen Corbeau⁴⁴ och Almelo m.fl.⁴⁵ indirekt för tankarna till

34 — "Uttrycket" tjänster av allmänt ekonomiskt intresse syftar på tjänster av ekonomisk karaktär som en medlemsstat underkastar skyldigheter med hänsyn till ett visst allmänintresse (Szyszczak, E., *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Hart, 2007, s. 211). Formuleringen i artikel 3.2 i direktivet är enligt Laget-Annamayer en korsning "mellan det franska begreppet" allmännyttig tjänst och gemenskapsbegreppet tjänst av allmänt ekonomiskt intresse ("Laget-Annamayer, A., *La régulation des services publics en réseaux. Télécommunications et électricité*, Bruylant, Bryssel, 2002, s. 98").

35 — Dom av den 8 november 1983 i de förenade målen C-96/82–102/82, 104/82, 105/82, 108/82 och 110/82, IAZ m.fl. (REG 1983, s. 3369).

36 — Dom av den 23 oktober 1997 i mål C-159/94, kommissionen mot Frankrike (REG 1997, s. I-5815).

37 — Dom av den 27 april 1994 i mål C-393/92, Commune d'Almelo m.fl. (REG 1994, s. I-1477; svensk specialutgåva, volym 15, s. I-89).

38 — Dom av den 19 maj 1993 i mål C-320/91, Corbeau (REG 1993, s. I-2533; svensk specialutgåva, tillägg, s. 77), av den 10 februari 2000 i mål C-147/97, Deutsche Post (REG 2000, s. I-825), och av den 17 maj 2001 i mål C-340/99, TNT Traco (REG 2001, s. I-4109).

39 — Dom av den 11 april 1989 i mål 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen och Silver Line Reisebüro (REG 1989, s. 803; svensk specialutgåva, volym 10, s. 9).

40 — Dom av den 25 oktober 2001 i mål C-475/99, Firma Ambulanz Glöckner (REG 2001, s. I-8089).

41 — Domen i det ovannämnda målet Ferring.

42 — Samtliga domar rörde för övrigt företag med exklusiva eller särskilda rättigheter och inte företag som var verkamma på avreglerade marknader eller som var ålagda att tillhandahålla allmännyttiga tjänster. För att tillämpa dem i förevarande mål måste man således beakta detta särskilda sammanhang, vilket ännu inte har behandlats i rättspraxis.

43 — Denna tanke ligger även bakom artikel 16 EG, där följande föreskrivs: "Utan att det påverkar tillämpningen av artiklarna 73, 86 och 87 och med beaktande av den betydelse som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har för unionens gemensamma värderingar och den roll som dessa tjänster spelar när det gäller att främja social och territoriell sammanhållning, skall gemenskapen och medlemsstaterna, var och en inom ramen för sina respektive befogenheter och inom detta fördrags tillämpningsområde, sörja för att sådana tjänster utförs på grundval av principer och villkor som gör det möjligt för dem att fullgöra sina uppgifter." Bestämmelsen fördes in i Amsterdamsfördraget medan avregleringen av energimarknaderna pågick för fullt, som en följd av "en djup oro inom vissa samhällssektorer för de liberala strömningarna på europeisk nivå" (Sarmiento, D., "La recepción en el derecho de la Unión Europea y en su jurisprudencia de las técnicas de regulación económica", *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, red. Muñoz Machado, S. och Esteve Pardo, J., Ed. Iustel, Fundación Ortega y Gasset, 2009, s. 259).

44 — Domen i det ovannämnda målet Corbeau, punkt 15.

45 — Domen i det ovannämnda målet Commune d'Almelo m.fl., punkt 48. Se även dom av den 23 oktober 1997 i mål C-159/94, kommissionen mot Frankrike (REG 1997, s. I-5815), punkt 57.

genom att det där anges under vilka förhållanden som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse tillhandahålls, nämligen utan avbrott (kontinuitet), till förmån för samtliga konsumenter inom den berörda medlemsstatens hela territorium (allmängiltighet), till enhetliga taxor och på likartade kvalitetsvillkor, utan hänsyn till särskilda förhållanden eller till graden av ekonomisk lönsamhet hos varje enskild transaktion (jämlighet).

direktivet är uppfyllda, motiverar en offentlig reglering av taxorna för leverans av naturgas.

D — Proportionalitetstestet och respekten för gemenskapens intressen

55. Kontinuitet, allmängiltighet och jämlighet. Till dessa klassiska regler brukar man nuförtiden lägga öppenhet och överkomliga priser för tjänsten. Direktiv 2003/55 syftar således till kontinuitet, allmängiltighet och icke-diskriminering vid leverans av gas,⁴⁶ men även till att säkerställa kundernas rättigheter "att få tillgång till gasförsörjning av en bestämd kvalitet till överkomliga priser" (skäl 26). Det är därför som det i artikel 3.2 i direktivet föreskrivs en möjlighet att reglera priset för leveranserna.

57. Det andra villkoret handlar om respekten för fördraget, närmare bestämt artikel 86 i detta.

58. Av stor betydelse är punkt 2 i ovan nämnda artikel 86 EG, vilken enligt rättspraxis syftar till att "föreninga medlemsstaternas intresse av att använda vissa företag, särskilt inom den offentliga sektorn, som instrument för sin ekonomiska eller fiskala politik, med gemenskapsintresset att säkerställa efterlevnaden av konkurrensreglerna och att bevara den gemensamma marknadens enhet".⁴⁷

56. Mot bakgrund av detta kan slutsatsen dras att syftet med att undvika att oönskade och orimliga prishöjningar drabbar kunderna utgör en grund för "allmänt ekonomiskt intresse" som, förutsatt att övriga villkor i

59. Enligt denna bestämmelse ska "företag som anförtrots att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse" vara

⁴⁶ — Uppräkningen av skyldigheter i artikel 3.2 och möjligheten att utse en "anvisad gasleverantör" (artikel 3.3) bekräftar detta.

⁴⁷ — Dom av den 19 mars 1991 i mål C-202/88, Frankrike mot kommissionen (REG 1991, s. I-1223; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-97), punkt 12.

underkastade reglerna i fördraget, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs. Under alla förhållanden får utvecklingen av handeln inte påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse.

60. I förevarande mål bör det för det första provas huruvida en reglering av taxorna för leverans av gas är en åtgärd som är nödvändig för att säkerställa "rimliga priser" (den så kallade proportionalitetskontrollen) och för det andra huruvida detta strider mot "gemenskapens intresse".

1. Proportionalitetstestet

61. Den ovannämnda artikel 86.2 EG, enligt vilken ett undantag från marknadens regler inte rättsligt eller i praktiken får hindra att det allmänna ekonomiska intresset tillgodoses, aktualiserar det så kallade "proportionalitetstestet", vilket är en veritabel nyckel till artikel 86.2 EG, eftersom testet gör det möjligt att anpassa användningen av denna artikel.

a) Rättspraxis

62. Domen i målet *Sacchi* ökade förväntningarna på denna artikel. I domen fastslogs att det är medlemsstaternas sak att visa att den fria konkurrensen oundvikligen skulle förhindra den uppgift som det berörda företaget anförtrots.⁴⁸ Senare fastslog domstolen i domen i målet *Höfner* att fördraget inte hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats en offentlig institution för sysselsättning fullgörs, "om institutionen uppenbarligen inte är i stånd att tillgodose marknadens efterfrågan i detta hänseende" och tolererar att andra företag gör intrång i dess exklusiva rättighet.⁴⁹

63. Proportionalitetsprincipen dyker dock inte upp i domstolens resonemang förrän i domen i det ovannämnda målet *Corbeau*. I domen i målet *Corbeau* och senare i domen i det ovannämnda målet *Almelo m.fl.*, fastställde domstolen att sådana undantag från marknadens regler fick göras som var nödvändiga för att säkerställa "den ekonomiska jämvikten" hos tjänsten, beroende på förhållandet mellan lönsamma och olönsamma verksamheter.

64. Tre domar rörande ensamrätt till import och export av energi som beviljats i

48 — Dom av den 30 april 1974 i mål 155/73, *Sacchi* (REG 1974, s. 409; svensk specialutgåva, volym 2, s. 269). Se även domen målet *Ahmed Saeed Flugreisen* och *Silver Line Reisebüro* (ovan fotnot 39).

49 — Dom av den 23 april 1991 i mål C-41/90, *Höfner* och *Elser* (REG 1991, s. 1979; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-135), punkt 25.

Nederländerna, Italien och Frankrike⁵⁰ gav senare ytterligare vägledning. Å ena sidan tog domstolen upp proportionaliteten inom ramen för artikel 86 EG och fastslog att punkt 2 i denna artikel kan åberopas ”för att motivera att ett företag som har anförtratts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse ... beviljas ensamrätt, när fullgörandet av de särskilda uppgifter som företaget har tilldelats inte kan säkerställas på annat sätt än genom att denna rätt beviljas och när utvecklingen av handeln inte påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse”.⁵¹ Å andra sidan fastslog domstolen att för att bestämmelserna i fördraget inte ska vara tillämpliga, är det tillräckligt att de ”rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda skyldigheter som åvilar detta företag fullgörs. Det är inte nödvändigt att företagets överlevnad hotas.”⁵² Även om bevisbördan vilar på den berörda medlemsstaten kan det inte krävas att denna ska visa ”att ingen annan tänkbar åtgärd gör det möjligt att säkerställa fullgörandet av dessa uppgifter under samma villkor”.⁵³

65. Av rättspraxis följer att konkurrensreglerna i artikel 86 EG bara får åsidosättas om det krävs för att den berörda uppgiften av allmänt intresse ska kunna fullgöras och att medlemsstaterna ska pröva dessa omständigheter utifrån sin nationella politik med iakttagande av fördraget.

b) Dess tillämpning på förevarande mål

66. Den italienska regeringen valde att genom ett lagdekret ge den nationella regleringsmyndigheten rätt att reglera taxorna för leverans av naturgas, med hänvisning till avsaknaden av faktisk konkurrens på den nationella gasmarknaden och tendensen till stigande priser för oljeprodukter på de internationella marknaderna.

67. Enligt min bedömning skulle ett läge som det ovan beskrivna eventuellt kunna hindra att det ”allmänna ekonomiska intresset” tillgodosågs, nämligen genom att försörjningen av gas till rimliga priser säkerställdes. Därmed är det legitimt att staten ingriper i de fria marknadsförhållandena.

68. I sitt ovannämnda meddelande av den 10 januari 2007 medger kommissionen att

50 — 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), och i mål C-159/94, kommissionen mot Frankrike (REG 1997, s. I-5815). En fjärde talan om fördragsbrott mot Spanien ogillades (dom av den 23 oktober 1997 i mål C-160/94, kommissionen mot Spanien (REG 1997, s. I-5851)).

51 — Domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Nederländerna, punkt 32, kommissionen mot Italien, punkt 43, och kommissionen mot Frankrike, punkt 49.

52 — Domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Nederländerna, punkt 43, och kommissionen mot Frankrike, punkt 59. Se även domen i det ovannämnda målet TNT Traco, punkt 54, och dom av den 15 november 2007 i mål C-162/06, International Mail Spain (REG 2007, s. I-9911), punkt 35.

53 — Domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Nederländerna, punkt 58, kommissionen mot Italien, punkt 54, och kommissionen mot Frankrike, punkt 101.

”erfarenheter på området visar att energipriserna i grossistledet svänger kraftigt. Därmed uppstår frågan om och hur kunden/slutavändaren, inklusive känsliga kunder, skall utsättas för sådana svängningar.” Därefter tillägger kommissionen att ”trots att priskontroller förhindrar att kunderna får lämpliga prisindikationer om framtida kostnader kan riktad prisreglering vara nödvändig för att skydda konsumenter i särskilda situationer, t.ex. i övergångsperioden till en marknad med faktisk konkurrens. Dessa måste vara balanserade så att de inte hindrar marknaden från att öppnas, skapar diskriminering bland EU:s energileverantörer, befäster konkurrenssnedvridning eller inskränkningar i detaljledet.”⁵⁴

i) Tidsbegränsning och anpassbarhet

70. Att åtgärden ska vara tidsbegränsad är enligt min uppfattning den första och viktigaste konsekvensen av proportionalitetsprincipen, eftersom det inte längre finns något skäl att frånga den inre marknadens regler om situationen förändras på så sätt att det kommer in konkurrenter på grossistmarknaden eller att priserna stabiliseras. En rätt att fastställa taxor på obestämd tid skulle således strida mot denna regel,⁵⁵ men det innebär inte att en tidpunkt måste anges för när denna rätt upphör. Att den kan anpassas till ändrade förhållanden och omprövas med jämna mellanrum⁵⁶ är aspekter som måste betraktas som positiva.

ii) Innehåll

69. Ingreppet måste således stå i proportion till det eftersträfvade syftet, vilket enligt rättspraxis innebär att det inte får gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det berörda syftet ”av allmänt ekonomiskt intresse”, vilket i förevarande mål är att hålla nere priserna. För att utföra det ovannämnda proportionalitetstestet används följande kriterier som vägledning, vilka hämtats från den redovisade rättspraxisen:

71. För det andra bör innehållet i den aktuella åtgärden granskas. Om man vill undvika att det pris som slutkunden får betala för naturgasen ökar alltför mycket på grund av stigande oljepriser, bör det offentliga

55 — Detta är sannolikt orsaken till att det under den parlamentariska godkännandeprocessen betonades att energimyndighetens befogenhet var av tillfällig karaktär.

56 — Enligt den italienska regeringen sker det varje kvartal (punkt 60 i det skriftliga yttrandet).

54 — Punkt 2.6.2.

ingripandet begränsas till den del av försäljningspriset som rör råvaran.⁵⁷

på fler än kategorin ”utsatta förbrukare”, i den mening som avses i artikel 3.3 i direktivet. Där månas särskilt om denna grupp (därefter nämns de som bor i avlägsna områden), dock inom ramen för en allmän strävan att skydda konsumenterna. Varken av punkt 3 eller punkt 2 framgår det således att skyldigheten att tillhandahålla allmännyttiga tjänster alltid måste grunda sig på social solidaritet.

iii) Vilka beslutet riktar sig till

72. För det tredje kräver proportionaliteten att den krets som det statliga beslutet riktar sig till avgränsas. Att fastställa taxor för kommersiella användare (som inte är familjer eller ”hushållskunder”) faller utanför syftet med att värna om konsumenterna, vilket när allt kommer omkring är det som rättfärdigar ett offentligt ingripande på marknaden. I förevarande mål innebär det att det måste klarläggas huruvida kategorin ”inhemska kunder” som anges i lagdekretet uppfyller detta krav. Sökandena i målet vid den nationella domstolen och den italienska regeringen klargjorde vid förhandlingen att de var oeniga om detta. Det är den nationella domstolens uppgift att klarlägga huruvida taxeskyddet tillämpas på företag enligt de italienska bestämmelserna, i första hand energimyndighetens beslut nr 64/09. Om så är fallet måste detta ingripande betraktas som oproportionerligt och det strider i så fall mot gemenskapsrätten.

iv) Jämförelse med andra instrument

74. För det fjärde måste bland alla möjliga lösningar den väljas som minst inskränker den fria konkurrensen. Av rättspraxis följer att medlemsstaterna har ett stort handlingsutrymme inom detta område. De behöver inte bevisa det omöjliga: ”att ingen annan tänkbar åtgärd gör det möjligt att säkerställa fullgörandet av dessa uppgifter under samma villkor”.⁵⁸ I domen i målet Albany⁵⁹ fastslog domstolen att myndigheterna inte behöver välja den lösning som inskränker konkurrensen minst.

73. Federutility, Assogas och Libarna vänder sig också mot att ”referenspriserna” tillämpas

57 — Kommissionen (punkt 56) hävdar att så är fallet i Italien. Denna fråga måste liksom de övriga prövas av den nationella domstolen.

58 — Domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Nederländerna, punkt 58, kommissionen mot Italien, punkt 54, och kommissionen mot Frankrike, punkt 101.

59 — Dom av den 21 september 1999 i mål C-67/96 (REG 1999, s. I-5751), punkterna 99 och 104.

75. Federutility menar att den italienska staten skyddar kvaliteten och priset på leverans av gas (liksom dess säkerhet och kontinuitet) genom att utse en anvisad gasleverantör. Det är den italienska domstolens sak att avgöra huruvida taxeregleringen och den samhälls-omfattande tjänsten (som föreskrivs i artikel 3.3 i direktivet) har ett och samma syfte eller om de har olika syften som kompletterar varandra.

76. Kommissionens "benchmarking" kan, med stöd av artikel 3.6 i direktivet, användas för att göra en prövning av det här slaget och jämföra vad som genomförts i de olika medlemsstaterna. Största försiktighet måste dock iakttas vid en sådan jämförelse, eftersom det i själva direktivet anges "att kraven på allmännyttiga tjänster kan tolkas på nationell grund, med beaktande av nationella omständigheter om inte annat följer av gemenskapslagstiftningen" (skäl 27).

2. Åsidosättande av "gemenskapens intresse"

77. Utan att det påverkar det beskrivna proportionalitetstestet föreskrivs i artikel 86.2 EG att åtgärden inte får påverka

handeln i en omfattning "som strider mot gemenskapens intresse".

78. I de tre ovannämnda domarna från den 23 oktober 1997⁶⁰ fastslog domstolen att kommissionen ska definiera detta intresse. Som generaladvokaten Léger har påpekat i sitt förslag till avgörande i målet Wouter m.fl.⁶¹ förklaras emellertid denna skyldighet av de regler som gäller i fråga om bevisbördan i fördragsbrottsmål. Jag håller med min tidigare kollega om att för att den omtvistade åtgärden ska anses vara till förfång för handeln inom gemenskapen i den mening som avses i artikel 86.2 EG, måste det bevisas att den i väsentlig omfattning har rubbat den inre marknadens funktion – till skillnad från det traditionella begreppet åtgärd med motsvarande verkan som en kvantitativ restriktion.

79. I förevarande mål måste den italienska domstolen pröva huruvida energimyndighetens reglering av priserna har gett upphov till en sådan rubbning. I dess beslut att begära förhandsavgörande framskymtar det att "bibehållandet av bestämmelser som reglerar kostnaderna för råvaran" kan ha negativ inverkan på den rätt att välja leverantör som direktivet värnar om. Den italienska domstolen måste också pröva huruvida det har

60 — Domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Nederländerna, punkt 69, kommissionen mot Italien, punkt 65, och kommissionen mot Frankrike, punkt 113.

61 — Förslag till avgörande av den 10 juli 2001 i mål C-309/99, Wouters m.fl., där domstolen meddelade dom den 19 februari 2002 (REG 2002, s. I-1577).

uppkommit en faktisk skada och huruvida regleringen, som det har gjorts gällande,⁶² hindrar öppnandet av marknaden.

innebära. Denna omständighet – och det faktum att åtgärden inte var begränsad i tiden – gjorde att Conseil constitutionnel i Frankrike fastslog att en bestämmelse som innebar att de ”traditionella aktörerna” ålades att tillämpa vissa taxor för leverans av el och naturgas stred mot författningen.⁶³

E — Den icke-diskriminerande karaktären hos förpliktelserna att tillhandahålla allmännyttiga tjänster

80. Enligt artikel 3.2 i direktivet får förpliktelser för gasföretag att tillhandahålla allmännyttiga tjänster inte vara diskriminerande.

81. Denna precisering innebär att förpliktelserna ska gälla lika för alla aktörer i branschen för att inte konkurrensen ska minska ytterligare.

82. Det skulle till exempel strida mot direktivet om ”referenspriser” enbart infördes för den dominerande aktören, med de ytterligare konkurrensfördelar som detta skulle

83. En allmän och enhetlig tillämpning säkerställer emellertid inte heller jämlikhetsprincipen. Företaget Assogas tillägger att energimyndighetens beslut innebär att de gasleverantörer som samtidigt är verksamma som grossister behandlas annorlunda än dem som inte är det. Båda är skyldiga att tillämpa ”referenspriserna”, men det finns inget som hindrar att de förstnämnda kompenserar sig för de ökade råvarukostnaderna då de säljer till de sistnämnda. Av de uppgifter som föreligger i målet framgår att energimyndigheten har försökt att motverka denna nackdel för detaljhandlarna genom att verka för en omförhandling av grossistförsäljningsavtalen.⁶⁴ Assogas har låtit förstå att detta inte räcker, eftersom energimyndigheten inte får blanda sig i privaträttsliga förhållanden. Den hänskjutande domstolen bör således pröva huruvida det har skett en diskriminering som har gett upphov till en faktisk skada för vissa naturgasdetaljhandlare.

63 — Beslut nr 2006–543 av den 30 november 2006. Conseil constitutionnel fastslog att dessa taxor för de traditionella aktörerna var uppenbart oförenliga med gemenskapsdirektivens avregleringssyften och att de inte på något sätt var motiverade för den allmännyttiga tjänsten. Beträffande detta beslut, se Schoettl, E., ”Les problèmes constitutionnels soulevés par la loi relative au secteur de l’énergie”, *Petites affiches*, 395e année (2006), nr 244, sidorna 3–23.

64 — Sorgenias skriftliga yttrande, s. 6. Åtgärderna innebär ekonomiska incitament för omförhandling och de infördes genom energimyndighetens beslut nr 79/07, vilket tas upp i punkterna 22 och 23 i den italienska regeringens skriftliga yttrande.

62 — Federutilitys skriftliga yttrande, punkt 62.

F — *Vilken betydelse artikel 3.3 i direktivet har i förevarande mål*

godkänna i enlighet med artikel 3.3 i direktivet "inte direkt rör fastställande av taxeskyldigheter, eftersom det finns en mer specifik bestämmelse i punkt 2".

84. Medan det i artikel 3.2 i direktivet enbart föreskrivs att medlemsstaterna får ålägga företag att tillhandahålla allmännyttiga tjänster "i det allmänna intresset", ska medlemsstaterna enligt artikel 3.3 "vidta lämpliga åtgärder för att skydda slutförbrukare och för att garantera ett starkt konsumentskydd".

88. Endast indirekt tas i punkt 3 upp bestämmelser som rör priserna på leverans av gas, genom att det i bilaga A, till vilken det hänvisas, anges att det finns ett behov av att informera kunderna om deras rättigheter att "få tillgång till naturgas av en bestämd kvalitet till rimliga priser" (punkt g).

85. Möjligheten att tillämpa artikel 3.3 på förevarande mål tas upp i några av de skriftliga yttranden som har inkommit i målet och den förkastas på ett mer eller mindre välgrundat sätt.

86. Några av sökandena i målet vid den nationella domstolen gör gällande att de omtvistade besluten inte kan motiveras med stöd av artikel 3.3, eftersom de omfattar alla slags användare och inte bara de "utsatta". Detta argument saknar grund, eftersom bestämmelsen inte bara omfattar dessa personer även om de nämns uttryckligen för att de ska ges ett särskilt skydd.

89. Att reglera priser för leverans av gas är således endast något som är tillåtet i enlighet med punkt 2 och inte punkt 3.

87. Jag delar kommissionens uppfattning att de beslut som de nationella regeringarna ska

90. Artikel 3.3 stärker medlemsstaternas makt genom att de ges tillåtelse – och till och med åläggs – att ingripa på en avreglerad marknad som gasmarknaden om de bedömer att det finns ett verkligt hot mot användarna som inte kan undanröjas med hjälp av instrumenten i artikel 3.2.

VII — Förslag till avgörande

91. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen besvarar den tolkningsfråga som har ställts av Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia (Italien) på följande sätt:

”Artiklarna 3 och 23 i direktiv 2003/55/EG ska tolkas på så sätt att dessa artiklar inte utgör hinder för en nationell bestämmelse vari det, med beaktande av den särskilda situationen på en marknad som fortfarande kännetecknas av bristen på villkor för en ’effektiv konkurrens’, föreskrivs att referenspriset för naturgas får fastställas av behörig myndighet och att detta pris ska anges i samband med de försäljningserbjudanden som ges till hushållskunder, förutsatt att villkoren i artikel 3.2 i direktiv 2003/55 är uppfyllda, och i synnerhet att åtgärden

— vidtas i ett allmänt ekonomiskt intresse, exempelvis ett behov av att hålla priserna på en rimlig nivå,

— klarar ’proportionalitetstestet’ beträffande giltighet, innehåll och målgrupp,

- inte i väsentlig omfattning rubbar den inre marknadens funktion, och
- inte leder till en diskriminering av aktörer i branschen.”