FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 24. januar 2002 [1]

1. Forbundsrepublikken Tyskland har i henhold til artikel 33, stk. 1, KS og artikel 230, stk. 2, EF anlagt sag med påstand om

i) at artikel 4-7 i Kommissionens beslutning 1999/720/EF, EKSF af 8. juli 1999 om den statsstøtte, som Tyskland har ydet til Gröditzer Stahlwerke GmbH og dets datterselskab Walzwerk Burg GmbH (herefter »den anfægtede beslutning«), annulleres [2],

ii) at Kommissionen pålægges, i medfør af artikel 23 i EKSF-statutten for Domstolen, at fremlægge hele det sagsmateriale, der er indsamlet siden 1994, og give sagsøgeren adgang til at gøre sig bekendt hermed,

iii) at sagsøgte tilpligtes at betale sagens omkostninger.

I — Baggrunden for tvisten

2. Den 6. juni 1997 underrettede den tyske regering i henhold til artikel 88, stk. 3, EF Kommissionen om privatiseringen af Gröditzer Stahlwerke GmbH (herefter »Gröditzer«) og dets datterselskab Walzwerk Burg GmbH (herefter »Walzwerk«), om de omstændigheder, hvorunder aktierne var blevet solgt, og om de foranstaltninger, der var gennemført inden privatiseringen. Af selskabets produktion falder kun flydende stål og ingots ind under EKSF-traktatens anvendelsesområde.

3. I 1990 blev kapitalandelene i Gröditzer overtaget af Treuhandanstalt (et organ, der var oprettet med det formål at tilpasse de ca. 8 000 statsvirksomheder i den tidligere Tyske Demokratiske Republik til markedsøkonomien), med henblik på omstrukturering og efterfølgende privatisering [3]. Planen gik ud på at videreføre produktionen af samme slags stål, idet stålkapaciteten dog skulle reduceres fra 285 000 tons/år til 150 000 tons/år, og arbejdsstyrken reduceres med 2 500 (fra 5 200 til 2 700). De nødvendige investeringer blev betragtet som forholdsvis begrænsede, men det viste

1 — Originalsprog: spansk.

2 — Meddelt under nr. K(1999) 2264, EFT L 292, s. 27.

3 — Ifølge Treuhand-ordningen skulle støtteforanstaltninger til fordel for virksomheder inden for ikke følsomme sektorer, hvis forvaltning var overdraget til Treuhandanstalt, ikke anmeldes, hvis virksomheden havde under 1 500 ansatte i perioden 1992-1994, og støtten var lavere end 150 mio. DEM. Fra 1995 ændredes disse betingelser til 250 ansatte og 50 mio. DEM.

sig hurtigt, at denne plan ikke byggede på et solidt grundlag, da de traditionelle markeder var forsvundet, og prisen på simpelt legerede produkter var faldet om følge af overkapacitet.

I 1992 forsøgte Treuhandanstalt uden held at sælge virksomheden. Derefter afhændede Treuhandanstalt aktierne til EREL Verwaltungs GmbH & Co. Management KG, et forvaltningskommanditselskab, der fungerede som holdingselskab for flere virksomheder, der skulle privatiseres som led i en omstrukturering. Treuhandanstalt var eneejer af dette holdingselskab.

Den 1. januar 1995 skiftede holdingselskabets ejer navn til Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben, og dets virksomhed begrænsedes til kontraktforvaltning, mens opgaven med omstrukturering og privatisering af virksomhederne blev overdraget til et andet af forbundsregeringen kontrolleret statsorgan, Beteiligungs-Management-Gesellschaft Berlin mbH, som dermed blev eneejer af Gröditzer.

4. I begyndelsen af 1997 blev virksomheden solgt til Georgsmarienhütte. Walzwerk er en selvstændig virksomhed, der ikke er omfattet af EKSF-traktaten, og som af dens offentlige ejer blev solgt til Gröditzer som led i privatiseringen og siden da har fungeret som stålservicecenter for sidstnævnte [4].

5. Den 6. juni 1997 meddelte Tyskland Kommissionen, at Gröditzer i perioden 1992-1996 havde modtaget støtte på i alt 263,7 mio. DEM. Heri indgår følgende beløb: 207,3 mio. DEM som anpartshaverlån, 53,4 mio. DEM i form af banklån garanteret af Treuhandanstalt og Bundesanstalt fur vereinigungsbedingte Sonderaufgaben og 3 mio. DEM som direkte støtte. Endvidere fik Gröditzer særskilt udbetalt et beløb på 8,4 mio. DEM som led i den tyske regionale støtteordning »Gemeinschaftsaufgabe Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur«. Salget af virksomhederne var forbundet med omkostninger for ejeren på i alt 393 mio. DEM, som hovedsagelig fremkom på grundlag af eftergivelse af anpartshaverlån og indfrielse af gæld til kreditinstitutter.

6. I forlængelse af anmeldelsen besluttede Kommissionen at indlede proceduren i henhold til beslutning nr. 2496/96/EKSF [5] (sjette jern- og stålstøttekodeks). Skrivelsen til Tyskland blev afsendt den 5. august 1997 og offentliggjort i EF-Tidende, for at give de øvrige medlemsstater og andre interesserede parter mulighed for at fremsætte deres bemærkninger [6].

4 — I den anfægtede beslutning undersøgte Kommissionen denne virksomheds stilling på grundlag af EF-traktaten og kun med hensyn til privatiseringen og det omfang, hvori virksomheden har andel i de samlede likvidationsomkostninger.

5 — Kommissionens beslutning af 18.12.1996 om fællesskabsregler for støtte til jern- og stålindustrien, EFT L 338, s. 42.

6 — EFT 1997 C 395, s. 5.

Ved procedurens indledning antog Kommissionen, at der i forbindelse med anpartshaverlånene på 207,3 mio. DEM var tale om støtte, da de blev stillet rentefrit til rådighed, og virksomheden ikke stillede sikkerhed, og at de garanterede banklån på 53,4 mio. DEM desuden indebar støtte, da garantiprovisionen kun udgjorde 0,5%. Endelig besluttede den, at det også skulle undersøges, om regionalstøtten på 8,4 mio. DEM var forenelig med fællesmarkedet. Hvad angår privatiseringen stillede Kommissionen sig tvivlende over for, om salget til en negativ pris var i overensstemmelse med princippet om en privat investor, eftersom en likvidation af Gröditzer ifølge de foreliggende tal havde været en billigere løsning. På grundlag af de foreliggende oplysninger kunne det heller ikke bedømmes, om privatiseringen blev gennemført på en åben og gennemsigtig måde uden nogen form for betingelser. Endelig blev det fastslået, at privatiseringsaftalen indeholdt forpligtelser for ejeren til at yde investeringsstøtte til Gröditzer.

7. Tyskland fremsatte sine bemærkninger til procedurens indledning, og tre virksomheder (Max Aicher GmbH & Co., Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH og Lech Stahlwerke GmbH) fremsendte bemærkninger til Kommissionen. Ifølge disse virksomheder fik køberen med salget til en negativ pris tilført likvide midler, hvormed virksomheden kunne forbedre sin finansielle situation og finansiere erhvervelser. Endvidere havde betingelserne i forbindelse med salget af Gröditzer bevirket konkurrencefordrejning.

II — Den anfægtede beslutning

8. Den 8. juli 1999 vedtog Kommissionen den af Tyskland anfægtede beslutning. Den består af en begrundelse, i form af 108 betragtninger, og ti artikler.

Artikel 1, 2 og 3 er gunstige for Tyskland og er ikke genstand for søgsmålet.

9. I artikel 4, 5 og 6 fastslås det derimod, at visse foranstaltninger er uforenelige med fællesskabsretten.

10. I henhold til artikel 4 er den investeringsstøtte, som blev ydet til Gröditzer indtil et samlet beløb på 83,2 mio. DEM, og som består af banklån med en 100%-garanti stillet af Treuhandanstalt og Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben, af anpartshaverlån, der er ydet af de forskellige statslige aktieejere i perioden 1992-1996, samt af tilskud som led i privatiseringsaftalen og regionalstøtte, der er udbetalt i perioden 1997-1999 som led i ordningen »Gemeinschaftsaufgabe Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur«, uforenelig med fællesmarkedet.

11. I artikel 5 fastslås, at de foranstaltninger, som Tyskland har gennemført til fordel for Gröditzer indtil et samlet beløb på 155,5 mio. DEM, og som består af investeringsstøtte på indtil 14,3 mio. DEM og driftsstøtte på indtil 141,2 mio. DEM (idet 17 mio. DEM kan henføres til et tilskud som led i privatiseringsaftalen og 124,2 mio. DEM til en finansiering ved hjælp af banklån med en 100%-garanti og til de anpartshaverlån, som er ydet af Gröditzers forskellige offentlige ejere), udgør statsstøtte, der er uforenelig med fællesmarkedet for kul og stål.

12. I artikel 6 fastslås, at den støtte, som Tyskland agter at yde til Gröditzer i henhold til artikel 9, stk. 2, i aftalen af 27. februar 1997 om salget af andele i denne virksomhed til Georgsmarienhütte GmbH til et beløb af 3,3 mio. DEM i form af lån som forudbetalinger i forbindelse med fremtidig regionalstøtte, er uforenelig med fællesmarkedet for kul og stål.

13. I henhold til artikel 7 skal Tyskland træffe de nødvendige foranstaltninger med henblik på at kræve den i artikel 4 og 5 omtalte, ulovligt udbetalte støtte tilbagebetalt fra modtageren. Tilbagebetalingen sker i overensstemmelse med de nationale procedurer, såfremt den ikke gøres umulig eller for vanskelig som følge af den nationale lovgivning. Det støttebeløb, der skal tilbagebetales, forhøjes med renter beregnet fra datoen for støttens udbetaling til modtageren og indtil dets faktiske tilbagebetaling på grundlag af den referencesats, der anvendes ved beregning af subventionsækvivalenten i forbindelse med regionalstøtte. I denne artikel forstås ved modtager ikke kun Gröditzer, men også enhver anden virksomhed, som har fået overdraget aktiver på en sådan måde, at tilbagebetalingen af støtten vanskeliggøres.

III — Retsforhandlingerne ved Domstolen

14. Tysklands stævning blev registreret på Domstolens Justitskontor den 9. september 1999. Kommissionen indgav sit svarskrift den 29. november 1999. Endvidere blev der indgivet en replik den 14. marts 2000 og en duplik den 14. april 1999.

I henhold til artikel 23 i EKSF-statutten anmodede Domstolen den 24. juli 2001 Kommissionen om at fremsende samtlige dokumenter i sagen, da Tyskland såvel i stævningen som i replikken havde anmodet om adgang til at gøre sig bekendt med disse dokumenter. Kommissionen fremsendte den 3. oktober 2001 en fortegnelse over de 48 dokumenter i Kommissionens sagsakter, som ufortøvet blev videresendt til den sagsøgende stat. Denne svarede den 19. oktober samme år, at den ikke behøvede at konsultere nogen af disse dokumenter.

Under hensyn til Tysklands formelle anmodning om at fremsætte mundtlige indlæg besluttede Domstolen at afholde et retsmøde, som fandt sted den 27. november 2001.

IV — Anbringenderne i søgsmålet

15. Forbundsrepublikken Tyskland har nedlagt påstand om annullation af artikel 4-7 i beslutning 1999/720, da den anser dem for retsstridige, uafhængigt af om støtteforanstaltningerne i forbindelse med privatiseringen af virksomheden skal anses for statsstøtte. Den har til støtte for sit søgsmål fremsat seks anbringender.

Den har for det første gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat artikel 213 EF og 215 EF ved at vedtage beslutningen på et tidspunkt, hvor et af dens medlemmer befandt sig i en retsstridig administrativ situation. For det andet, at den har tilsidesat diligenspligten, princippet om god forvaltningsskik og retssikkerhedsprincippet samt begrundelsespligten i forbindelse med den administrative procedure. For det tredje, at den sagsøgte institution har anvendt EKSF-traktatens bestemmelser på Gröditzers produktionssektorer, som ikke er omfattet af denne traktat. For det fjerde, at Kommissionen i henhold til beslutning 3855/91/EKSF[7] (femte jern- og stålstøttekodeks) foretog en ukorrekt vurdering af investeringsstøtte til virksomhedens EKSF-produktion. For det femte, at Kommissionen foretog en ukorrekt vurdering af investeringsstøtte til de produktionssektorer, som ikke er omfattet af EKSF-traktaten, og for det sjette, at dens vurdering af de omstændigheder, under hvilke privatiseringen blev gennemført, var ukorrekt.

7 — Kommissionens beslutning af 27.11.1991 om fællesskabsregler for støtte til jern- og stålindustrien, EFT L 362, s. 57.

V — Stillingtagen til søgsmålet

A — *Det første anbringende: tilsidesættelse af artikel 213 EF, 215 EF, 9 KS ff., da Kommissionens sammensætning var ulovlig på tidspunktet for vedtagelsen af beslutningen*

16. Sagsøgeren har gjort gældende, at beslutning 1999/720 skal annulleres, da den er behæftet med en væsentlig formmangel som følge af, at Kommissionens sammensætning på tidspunktet for vedtagelsen af beslutningen ikke var forskriftsmæssig. Den 1. juli 1999 fritog denne institution kommissionsmedlemmet Martin Bangemann for tjeneste efter dennes eget ønske og overførte hans funktioner til et andet medlem med det resultat, at Generaldirektoratet for Industripolitik, som havde været direkte underlagt Martin Bangemann, ikke var inddraget i beslutningsprocessen. Tyskland har anført, at såfremt dette generaldirektorat havde kunnet udtale sig, ville den anfægtede beslutning måske ikke være blevet vedtaget.

Den situation, hvor et kommissionsmedlem fratræder og ophører med at varetage sine opgaver, er ikke omhandlet i traktaten. Kommissionen ændrede antallet af kommissionsmedlemmer af egen drift uden at afvente, at der blev udnævnt en efterfølger, eller at Rådet besluttede, hvilket senere skete, at der ikke skulle udnævnes nogen efterfølger for resten af tjenesteperioden. Derved havde den sagsøgte institution ikke alene gjort indgreb i Rådets beslutningsbeføjelser, men var heller ikke forskriftsmæssigt sammensat.

17. Kommissionen har gjort gældende, at det i artikel 215, stk. 2, EF er forudsat, at der er tilfælde, hvor antallet af kommissionsmedlemmer kan reduceres, hvorfor en sådan ændring ikke skal udgøre en hindring for, at institutionen kan fungere normalt. I det foreliggende tilfælde besluttede Rådet den 9. juli 1999, at der ikke skulle udnævnes nogen efterfølger for Martin Bangemann og bekræftede derved Kommissionens initiativ til at fritage denne for tjeneste, eftersom den pågældende havde anmodet om at blive fritaget for sit hverv med henblik på at udøve erhvervsmæssig beskæftigelse i en virksomhed. På baggrund af Martin Bangemanns pligt til at overholde de forpligtelser, der følger med hvervet, i særdeleshed pligten til efter tjenesteperiodens ophør at udvise hæderlighed og tilbageholdenhed med hensyn til overtagelse af visse hverv eller opnåelse af visse fordele, var det nødvendigt at fritage Martin Bangemann for hans hverv, for at udelukke hans deltagelse i institutionens beslutningsproces, hvis legitimitet ellers ville kunne drages i tvivl.

18. Den anfægtede beslutning blev vedtaget den 8. juli. Tyskland har gjort gældende, at vedtagelsesproceduren var behæftet med en væsentlig formmangel som følge af, at Kommissionen uden at have beføjelse hertil ændrede det i traktaterne foreskrevne antal kommissionsmedlemmer.

19. Ved skrivelse af 29. juni 1999 underrettede Martin Bangemann, der var ansvarlig for informationsteknologi og telekommunikation, formanden for konferencen mellem repræsentanterne for Den Europæiske Unions medlemsstaters regeringer, om, at han havde til hensigt at udøve erhvervsmæssig beskæftigelse i selskabet Telefónica, og anmodede ham om snarest muligt at indlede proceduren med henblik på udnævnelse af en efterfølger.

I forlængelse af denne skrivelse offentliggjorde Kommissionen en erklæring om, at den havde noteret sig Martin Bangemanns anmodning om at blive fritaget for sit hverv og havde imødekommet denne. Da den virksomhed, han skulle arbejde for, var aktiv inden for telekommunikation, en sektor, der hidtil havde været omfattet af det afgående kommissionsmedlems ansvarsområde, kunne der blive tale om en mulig interessekonflikt, navnlig på baggrund af pligten til efter tjenesteperiodens ophør at udvise hæderlighed og tilbageholdenhed med hensyn til overtagelse af visse hverv eller opnåelse af visse fordele.

20. Den 9. juli 1999 vedtog Rådet afgørelse 1999/493/EF, EKSF, Euratom [8] om Kommissionens sammensætning, hvori det bestemte, at Martin Bangemanns stilling ville forblive ubesat, indtil en ny Kommission blev udnævnt [9].

21. I henhold til artikel 213 EF og 215 EF [10] består Kommissionen af 20 medlemmer, og ved fratræden fungerer Kommissionens medlemmer, indtil deres efterfølgere er udpeget, eller indtil Rådet har besluttet, at der ikke skal udnævnes en efterfølger, og i så fald varetager institutionen fortsat sine opgaver, på trods af at den ikke består af det oprindelige antal medlemmer [11]. EF-traktaten tillægger kun Kommissionen en relevant rolle i forbindelse med afskedigelse af et af dens medlemmer i artikel 216 EF, men denne artikel var ikke anvendelig på Martin Bangemann, og der findes ikke i nogen retsakt bestemmelser om, at et medlem kan fritages fra tjenesten.

Kommissionen er forpligtet til at sikre kontinuitet i varetagelsen af dens opgaver, og også i tilfælde af et medlems fratræden skal sagerne ekspederes uden at afvente, at Rådet træffer beslutning om en efterfølger. Kommissionen har lovgivningsmæssig initiativret på en lang række områder, og dens beslutningsproces må ikke kunne lammes, bortset fra når der ikke er et beslutningsdygtigt antal medlemmer til stede [12]. I en situation som den, der opstod, da Martin Bangemann trådte tilbage, skulle institutionen handle roligt og hurtigt med henblik på ikke alene at fortsætte arbejdet på normal vis, men også at modvirke den mistillid, som truede med at opstå i den offentlige opinion, med hensyn til upartiskheden hos deltagerne i beslutningsprocessen.

22. På baggrund af den kritiske stemning, der var opstået, og den forudseelige uro, som denne begivenhed kunne afstedkomme i Fællesskabet, og under hensyn til, at det pågældende kommissionsmedlem havde indgivet sin afskedsbegæring, handlede Kommissionen inden for rammerne af sine beføjelser til at organisere sin interne arbejdsgang, da den fritog Martin Bangemann for hans hverv som medlem af kommissærkollegiet i afventen af, at Rådet traf en beslutning om en efterfølger for ham.

23. Jeg deler ikke sagsøgerens opfattelse, hvorefter det pågældende kommissions-

8 — EFT L 192, s. 53.

9 — EFT L 192, s. 55.

10 — Indholdet af disse artikler svarer til indholdet af artikel 9 KS og 12 KS.

11 — En situation, som ikke var forudset, men som opstod den 16.3.1999, var kommissionsmedlemmernes kollektive tilbagetrædelse. I sin erklæring af 21.3.1999 om Kommissionens tilbagetrædelse noterede Rådet for Den Europæiske Union beslutningen, gav udtryk for den opfattelse, at der snarest muligt burde udnævnes en ny Kommission, og udtrykte ønske om, at kommissionsmedlemmerne i den mellemliggende periode ville varetage deres hverv, indtil deres efterfølgere blev udpeget i overensstemmelse med traktaten.

12 — Ifølge artikel 5 i Kommissionens forretningsorden af 17.2.1993 (EFT L 230, s. 15), der var gældende på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning, er Kommissionen beslutningsdygtig, når flertallet af det i traktaten fastsatte antal medlemmer er til stede.

medlems manglende tilstedeværelse på det møde, hvor den anfægtede beslutning blev vedtaget, indebærer, at Generaldirektoratet for Industripolitik ikke var repræsenteret, og at beslutningen, hvis det havde været repræsenteret, muligvis ikke ville være blevet vedtaget. Dels blev udkastet til beslutningen forelagt det ansvarlige generaldirektorat med henblik på en skriftlig udtalelse, dels var dette generaldirektorat faktisk repræsenteret på mødet, eftersom det afgående kommissionsmedlems funktioner blev varetaget af K. van Miert.

24. Af de ovenfor anførte grunde mener jeg ikke, at vedtagelsen af den anfægtede beslutning var behæftet med en væsentlig formmangel, som Tyskland har gjort gældende. Det første anbringende bør derfor forkastes.

B — *Det andet anbringende: tilsidesættelse af diligenspligten, princippet om god forvaltningsskik og retssikkerhedsprincippet samt begrundelsespligten i forbindelse med den administrative procedure*

25. Tyskland har opdelt dette anbringende i tre led.

i) Diligenspligten og god forvaltningsskik samt retssikkerhedsprincippet i forhold til allerede udbetalt støtte

26. Forbundsrepublikken Tyskland har anført, at den i 1994 og 1995 underrettede Kommissionen om de finansieringsforanstaltninger, den havde vedtaget, og at Kommissionen i tre år lod den forstå, at den ikke ville gøre indsigelse mod de finansielle ledsageforanstaltninger til omstruktureringen på grundlag af bestemmelserne om statsstøtte. Sagsøgeren anser denne adfærd for at være i strid med princippet om beskyttelse af den berettigede forventning. Denne adfærd strakte sig fra den første anmeldelse til vedtagelsen af beslutningen om at indlede undersøgelsesproceduren — uden at Kommissionen i øvrigt havde underrettet den tyske regering om, at de fremlagte oplysninger var utilstrækkelige. Kommissionen skulle i 1994 og 1995 have udtalt sig om, hvorvidt de allerede gennemførte og anmeldte økonomiske foranstaltninger udgjorde statsstøtte, og om de i givet fald var forenelige med fællesmarkedet. Den kunne derfor ikke nu kræve tilbagebetaling af de midler, der var tildelt før udgangen af 1995.

Den begæring om oplysninger, som Kommissionen fremsendte til sagsøgeren den 16. juli 1996, samt skrivelsen af 14. august 1997 omhandlede sager, der var indledt i 1994. I en skrivelse af 9. juni 1994 henviste sagsøgeren til to tidligere skrivelser fra Kommissionen af 21. april 1994 og 25. maj 1994. Der kan i dette tilfælde ikke siges at være tale om uformelle anmel-

delser, eftersom de indeholdt oplysninger fra den kompetente afdeling i finansministeriet, som handlede i den tyske regerings navn, hvorved det skal bemærkes, at fællesskabsretten ikke regulerer, på hvilken måde staterne skal underrette om en påtænkt støtteforanstaltning. Sagsøgeren har betonet, at den på foranledning af Kommissionen, som opfordrede til, at anmeldelsesproceduren blev suspenderet i en overgangsperiode, da privatiseringen af virksomheden ikke var nært forestående, ved skrivelse af 2. december 1994 trak den delvise anmeldelse, der var indgivet den 29. juni 1994, tilbage. Under disse omstændigheder fortsatte den tyske regering med at gennemføre foranstaltningerne i tilknytning til omstruktureringen af virksomheden.

27. Kommissionen mener, at den eneste relevante underretning fandt sted den 6. juli 1997, idet den støtte til stålindustrien på 133,3 mio. DEM, som var ydet inden udgangen af 1993, først blev anmeldt i juni 1994, om end på uformel vis, i strid med betingelserne i artikel 88, stk. 3, EF. For så vidt angår den formelle anmeldelse, som blev indgivet den 29. juni 1994, og som vedrørte investeringsstøtte på 79 mio. DEM, blev den trukket tilbage af de tyske myndigheder, ikke på Kommissionens initiativ som hævdet af disse, men for at de med henblik på privatiseringen kunne anmelde støtten endeligt og udtømmende og dermed anmode om en samlet undersøgelse, som det fremgår af en skrivelse, som myndighederne sendte til Kommissionen den 24. juli 1998. Trods al korrespondancen før juni 1994 indebar tilbagetrækningen af den formelle anmeldelse, at Kommissionen ikke kunne gennemføre en undersøgelse af støtten. Da Kommissionen blev opmærksom på, at privatiseringen var sket i begyndelsen af 1997, krævede den igen en formel anmeldelse, som den først modtog den 7. juni, hvilket var grunden til, at den indledte undersøgelsesproceduren i august samme år.

28. Jeg deler ikke Tysklands opfattelse, hvorefter Kommissionen burde have dannet sig en mening om foranstaltningernes forenelighed med fællesmarkedet i 1994 og 1995. Desuden er den retspraksis, som Tyskland har påberåbt sig til støtte for denne opfattelse, ikke relevant [13].

Hvis det endelige mål var privatisering af Gröditzer, måtte de oplysninger, der var fremsendt før gennemførelsen af denne, nødvendigvis have været fragmentariske og ufuldstændige, hvorfor Kommissionen med rette kunne formode, at der ikke forelå en formel og udtømmende anmeldelse, som kunne undersøges [14]. At Kommissionen indtil 1996 fortsat modtog oplysninger fra de tyske myndigheder om foranstaltninger til fordel for denne virksomhed, og at de fremlagte oplysninger skulle suppleres, selv

13 — Sagsøgeren henviser til dom af 24.11.1987, sag 223/85, RSV mod Kommissionen (Sml. s. 4617), hvori Domstolen udtalte, at Kommissionen langt havde overskredet grænserne for god forvaltningsskik ved først at have vedtaget en beslutning efter to år og to måneders forløb. Det bemærkes imidlertid, at der i denne sag forelå omstændigheder, som gjorde den speciel i forhold til langt de fleste af de støttesager, som Kommissionen behandler, for så vidt som det fremgik, at den anfægtede støtte kun blev ydet til dækning af yderligere udgifter til foranstaltninger, som der med Kommissionens godkendelse allerede var ydet støtte til.

14 — Rettens dom af 15.9.1998, forenede sager T-126/96 og T-127/96, BMF og EFIM mod Kommissionen, Sml. II, s. 3437, præmis 47.

efter at undersøgelsesproceduren var indledt, bekræfter mig i denne opfattelse [15].

I mangel af en fuldstændig underretning om foranstaltningerne rådede Kommissionen ikke over alle de oplysninger, som var nødvendige for, at den kunne danne sig en opfattelse vedrørende deres forenelighed med fællesmarkedet, og derfor kunne tomånedersfristen, inden for hvilken den skal tage stilling, ikke begynde at løbe. Ifølge en dom, som Domstolen for nylig har afsagt, må en anmeldelse i relation til den indledende fase anses for fuldstændig, således at tomånedersfristen begynder at løbe, hvis anmeldelsen fra begyndelsen eller efter medlemsstatens svar på de af Kommissionen stillede svar indeholder de oplysninger, som er nødvendige, for at Kommissionen kan danne sig en første opfattelse vedrørende støttens forenelighed med traktaten [16].

29. Princippet om beskyttelse af den berettigede forventning kan ikke anses for tilsidesat, så længe Kommissionen ikke har taget stilling til foranstaltninger, der på fuldstændig og formel vis er anmeldt til den på den foreskrevne måde. Domstolen har fastslået, at der, da den kontrol, som Kommissionen i medfør af artikel 88 EF fører med statsstøtte, har sit grundlag i ufravigelige principper, ikke hos støttemodtagerne principielt kan bestå en berettiget forventning om, at den støtte, de har modtaget, er lovlig, medmindre den er blevet ydet under iagttagelse af den i nævnte artikel fastlagte procedure. En påpasselig erhvervsdrivende må nemlig normalt være i stand til at forvisse sig om, at denne procedure er blevet fulgt [17]. På samme måde kan en medlemsstat, hvis myndigheder har ydet støtte i strid med de i artikel 88 EF fastlagte procedureregler, ikke påberåbe sig den støttemodtagende virksomheds berettigede forventning og dermed unddrage sig sin forpligtelse til at træffe de foranstaltninger, der er nødvendige for at gennemføre en kommissionsbeslutning, hvorefter denne medlemsstat skal søge støtten tilbage. Dersom dette blev anerkendt, ville bestemmelserne i traktatens artikel 87 EF og 88 EF miste deres effektive virkning, idet de nationale myndigheder med udgangspunkt i deres egen ulovlige adfærd kunne ophæve den effektive gennemførelse af de beslutninger, Kommissionen har truffet i medfør af disse traktatbestemmelser [18].

På baggrund af denne retspraksis vedrørende støttemodtagerne har Kommissionen med rette anført, at eftersom Kommissionens direkte kontakt er de nationale myndigheder, er disse bedre underrettede med hensyn til det stade, proceduren for undersøgelse af støtten befinder sig på, og med hensyn til resultatet af proceduren, og de kan derfor i mindre grad end støttemodtagerne hævde, at deres berettigede forventning er tilsidesat, særligt når de i den omtvistede periode på eget initiativ eller på Kommissionens opfordring fortsat har fremsendt supplerende oplysninger vedrørende det samme projekt.

15 — I den anfægtede beslutnings punkt 3 er det anført, at Tyskland ved skrivelse af 23.9. og 13.11.1997, 24.7., 14.8. og 14.10.1998 samt 7.1, 20.1., 1.2. og 29.3.1999 fremlagde supplerende oplysninger og dokumenter for Kommissionen. I januar 1998 samt den 1.12.1998, 11.3. samt den 23.4. og 29.4.1999 blev der afholdt møder mellem Kommissionen og Tyskland.

16 — Dom af 15.2.2001, sag C-99/98, Østrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 1101, præmis 56.

17 — Dom af 20.3.1997, sag C-24/95, Alcan Deutschland, Sml. I, s. 1591, præmis 25.

18 — Dom af 20.9.1990, sag C-5/89, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3437, præmis 17, og af 14.1.1997, sag C-169/95, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 135, præmis 48.

ii) Diligenspligten og princippet om god forvaltningsskik samt retssikkerhedsprincippet i forhold til de påtænkte finansieringsforanstaltninger, der blev anmeldt i 1994 og 1995

30. Efter sagsøgerens opfattelse har Kommissionen, idet den — da den fik oplysninger om de påtænkte støtteforanstaltninger — hverken hurtigt har taget stilling til finansieringsforanstaltningerne eller givet udtryk for tvivl om deres retmæssighed, tilsidesat fællesskabsbestemmelserne om støtte, eftersom der såvel i artikel 6, stk. 5, i beslutning nr. 3855/91 (femte kodeks) som i artikel 6, stk. 6, i beslutning nr. 2496/96 (sjette kodeks) foreskrives en frist på to måneder fra modtagelsen af anmeldelsen til at indlede undersøgelsesproceduren vedrørende foranstaltningen.

31. Kommissionen har gentaget, at den eneste fuldstændige anmeldelse, den fik kendskab til, var den, der blev indgivet i juni 1997, og at den, som anført i den anfægtede beslutnings punkt 3, måtte vente indtil marts 1999, før den fik adgang til alle de supplerende oplysninger, som den havde anmodet de tyske myndigheder om.

32. Det er rigtigt, at Kommissionen, som alle forvaltningsmyndigheder, har en diligenspligt, men for at den kan kritiseres for at have tilsidesat denne pligt, er det nødvendigt, at den havde mulighed for at opfylde den, hvilket ikke synes at have været tilfældet i den omtvistede administrative procedure.

Kommissionen kunne, efter at være blevet underrettet om de påtænkte støtteforanstaltninger, vanskeligt hurtigt vedtage en beslutning om finansieringsforanstaltningerne, når der ikke var tale om formelle anmeldelser med alle relevante oplysninger. Beviset på, at den iagttog sin diligenspligt, er, at den i forlængelse af meddelelsen af 6. juni 1997 indledte en undersøgelsesprocedure den 5. august 1997, dvs. inden for de to måneder, som er angivet i artikel 6, stk. 5, i femte kodeks og i artikel 6, stk. 6, i sjette kodeks. Ifølge Domstolens retspraksis er Kommissionen, først efter at den har fået mulighed for at danne sig en opfattelse af, hvorvidt de anmeldte påtænkte støtteforanstaltninger er i overensstemmelse med traktaten, forpligtet til uopholdeligt at indlede den i artikel 88, stk. 2, EF fastsatte kontradiktoriske procedure og opfordre medlemsstaten til at fremsætte sine bemærkninger hertil [19]. Den frist, Kommissionen råder over, kan ikke være mere end to måneder [20].

iii) Begrundelsespligten

33. Efter sagsøgerens opfattelse er den anfægtede beslutning mangelfuldt begrundet, fordi den ikke omtaler anmeldelsesproceduren for 1994 og 1995. Sådan som beslutningen er affattet, giver den indtryk

19 — Dom af 11.12.1973, sag 120/73, Lorenz, Sml. s. 1471, præmis 3.

20 — Dom af 20.3.1984, sag 84/82, Tyskland mod Kommissionen, Sml. s. 1451, præmis 11, af 30.6.1992, sag C-312/90, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 4117, præmis 18, af 11.7.1996, sag C-39/94, SFEI m.fl., Sml. I, s. 3547, præmis 38, samt i sagen Østrig mod Kommissionen, nævnt i fodnote 16, præmis 74.

af, at Tyskland ydede støtte til virksomheden i flere år uden at underrette Kommissionen herom.

34. I den anfægtede beslutning henvises der ikke til de oplysninger, som de tyske myndigheder havde fremsendt til Kommissionen forud for meddelelsen fra juni 1997. Som tidligere anført, er denne meddelelse den eneste, der kan tages i betragtning i henhold til artikel 88, stk. 3, EF, og da den blev indgivet, var størsteparten af foranstaltningerne allerede gennemført.

Det fremgår af Retten i Første Instans' praksis, at Kommissionen i begrundelsen for beslutninger, som den må træffe for at sikre anvendelsen af konkurrencereglerne, ikke er forpligtet til at tage stilling til alle de argumenter, som de berørte har fremført for den, og at Kommissionen kun behøver at redegøre for de faktiske omstændigheder og retlige betragtninger, der har været afgørende med henblik på beslutningens konklusion [21]. Denne retspraksis er blevet stadfæstet af Domstolen i appelsagen [22].

Det må endvidere antages, at den formelle anmeldelse fra juni 1997 indeholdt de delvise oplysninger, der var indgivet af de tyske myndigheder i årenes løb, og at Kommissionen tog dem i betragtning, da den vedtog den anfægtede retsakt. Beslutningen indeholder en klar, præcis og detaljeret redegørelse for de betragtninger, som er lagt til grund for beslutningen, hvorfor den ikke er mangelfuldt begrundet.

Under retsmødet fik jeg indtryk af, at den tyske regerings befuldmægtigede desuden gjorde gældende, at der i beslutningen ikke henvises til støtteforanstaltningernes virkninger for samhandelen mellem medlemsstater, og at det heller ikke angives, om disse fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencen, som omhandlet i dommen i sagen Sardegna Lines mod Kommissionen [23]. Dette argument blev ikke fremført under den skriftlige forhandling og må derfor anses for at være nyt, hvorfor det i henhold til procesreglementets artikel 42, stk. 2, skal afvises. Selv om den påberåbte dom blev afsagt, efter at den skriftlige forhandling var afsluttet, er der ikke tale om en ny retspraksis, eftersom den har støtte i flere tidligere domme.

35. På baggrund af det ovenfor anførte bør det andet anbringende forkastes i sin helhed.

21 — Rettens dom af 24.1.1992, sag T-44/90, La Cinq mod Kommissionen, Sml. II, s. 1, præmis 41, og af 8.6.1995, sag T-459/93, Siemens mod Kommissionen, Sml. II, s. 1675, præmis 31.

22 — Dom af 15.5.1997, sag C-278/95 P, Siemens mod Kommissionen, Sml. I, s. 2507, præmis 16.

23 — Dom af 19.10.2000, forenede sager C-15/98 og C-105/99, Sml. I, s. 8855.

C — *Det tredje anbringende: Kommissionens anvendelse af EKSF-traktatens bestemmelser på Gröditzers produktionssektorer, som ikke er omfattet af denne traktat*

36. Sagsøgeren har kritiseret Kommissionen for at have givet en forvansket og selvmodsigende redegørelse for de faktiske omstændigheder og at have foretaget en fejlagtig fortolkning af støttebestemmelserne. Gröditzer er en virksomhed, som kun i ringe omfang er repræsenteret på markedet for de produkter, der er opført i bilag I til EKSF-traktaten, idet de af virksomhedens produkter, som ikke er omfattet af traktaten, repræsenterer mere end 90% af dens salg. Kommissionen anvendte imidlertid bestemmelserne vedrørende støtte til jern- og stålindustrien med henblik på at vurdere virksomhedens forretningsområde som helhed betragtet og dermed virkningerne på konkurrencen af sektorer, som ikke er omfattet af EKSF-bestemmelserne, uden at bevise, at der var sket en uforholdsmæssig tilførsel af den støtte, der kvalificeredes som driftsstøtte, til EKSF-delen af virksomhedens produktion.

Sagsøgeren har anført, at Kommissionen har villet begrunde sin frygt for, at midler ulovligt blev overført fra en produktionssektor til en anden, med den omstændighed, at Gröditzer samtidig udøvede produktionsvirksomhed, som var omfattet af EKSF-traktaten, og anden produktionsvirksomhed, for hvilken dette ikke var tilfældet. Den støttede sig således på en antagelse i stedet for på en konstatering. Det fremgår imidlertid af en rapport fra revisionsfirmaet KPMG, som blev forelagt for Kommissionen i 1998, at Gröditzer siden 1990 havde ført et driftsregnskab, opdelt på driftsenheder, som gjorde det muligt meget nøjagtigt at fastslå, til hvilke produktionsanlæg midlerne blev tilført.

Sagsøgeren har gjort gældende, at størstedelen af driftsstøtten var bestemt til produktionssektorerne smedning, støbning og ringvalsning, som ikke er omfattet af EKSF-traktaten, og at Kommissionen med henblik på anvendelsen af denne traktat på produktionsstøtte, som falder uden for dennes anvendelsesområde, alene lagde til grund, at den anså Gröditzer for at være en stålvirksomhed som omhandlet i artikel 80 KS, uden at undersøge følgerne af dens økonomiske virksomhed på markedet. Dette er ikke i overensstemmelse med hverken afgrænsningen af de to traktaters anvendelsesområde eller de almindelige principper, som gælder på statsstøtteområdet.

37. Kommissionen har anført, at virksomheder som Gröditzer, der fremstiller EKSF-produkter til eget brug eller sælger blot en lille del af dem, anses for at være omfattet af EKSF-traktaten. I henhold til artikel 80 forstås ved virksomhed sådanne virksomheder, der udøver en produktionsvirksomhed inden for sektoren for kul og stål (som defineret i bilag I), og under visse omstændigheder virksomheder, som sædvanligt udøver anden distributionsvirksomhed end salg til husstande eller håndværkere. Det afgørende element for, om en virksomhed omfattes af EKSF-traktaten, er, når der er tale om integrerede fremstillingsprocesser,

ikke markedsføringen, men fremstillingen af halvfabrikata, eftersom der altid er risiko for, at produkter, som i princippet er bestemt til internt brug, faktisk bringes på markedet. I det omfang en virksomhed fremstiller EKSF-produkter, er den følgelig omfattet af denne traktat, både hvis produkterne er bestemt til markedsføring i denne tilstand, og hvis virksomheden har til hensigt at forarbejde dem til andre produkter, som ikke er omfattet af EKSF-traktaten.

Kommissionen kunne kun have godtaget, at den ydede støtte for størstedelens vedkommende var bestemt til at støtte fremstillingen af produkter, som er omfattet af EF-traktaten, hvis der havde været en fuldstændig adskillelse mellem virksomhedens EKSF-produktion og dens EF-aktiviteter. Eftersom en sådan adskillelse ikke er bevist, finder Kommissionen — hvilket den indgående har redegjort for — at der foreligger en reel risiko for, at støtten ulovligt overføres fra en sektor til en anden, og den fastslår således i betragtning 40 til beslutningen, at stålproduktionsområdet kunne nyde godt af støtten til EF-aktiviteterne i de efterfølgende led: Støtte, som tilsyneladende var bestemt til den underskudspræge EF-produktion, som udgør hovedparten af virksomhedens produktion, kom faktisk EKSF-aktiviteterne i de efterfølgende led til gode, således at der via det interne regnskabssystem opnåedes en kunstigt fastsat fuld pris. At der ikke foreligger nogen form for »spill-over«, er en betingelse for, at støtten kan undersøges på grundlag af EF-traktaten. Desuden er det medlemsstaten, der bærer bevisbyrden herfor.

38. Efter min mening kan Tysklands standpunkter inden for rammerne af dette anbringende ikke lægges til grund. Domstolen definerede i 1959 EKSF-traktatens anvendelsesområde[24], hvorved den fastsatte en klar retspraksis, som sagsøgeren synes at kende til, også selv om der henvises til den på en upræcis måde. Efter at have fastslået, at en fortolkning af begrebet »produktion«, således at det begrænses til fremstilling af genstande, som er bestemt til at blive bragt på markedet, er i strid med traktaten, fastslog Domstolen i denne dom, at fortegnelsen i bilag I omfatter produkter, som hyppigt fremstilles med henblik på videreforarbejdning til teknisk og økonomisk nye produkter i anlæg, som er fysisk adskilt fra hinanden, men som tilhører det samme firma, og som ikke bringes på markedet. At udelukke denne produktion fra traktatens anvendelsesområde ville være i strid med de hensigter, denne traktats ophavsmænd har haft, bortset fra at anvendelsen af traktaten på et produkt ville gøres afhængig af den fremstillende virksomheds retlige struktur, hvormed bl.a. de store integrerede støberiers produktion ville være udelukket fra EKSF-traktatens anvendelsesområde[25].

Domstolen har endvidere undersøgt, om begrebet produktionsvirksomhed som omhandlet i artikel 80 KS omfattede produktion af råjern, som fremstilledes og forarbejdedes i værksteder, der udgjorde en integreret teknisk enhed, i et tilfælde hvor de økonomiske og tekniske forbindelser mellem højovnene og støberierne i en og samme virksomhed var meget tætte. Domstolen udtalte, at traktatens ophavsmænd ved afgrænsningen af den person-

24 — Dom af 17.12.1959, sag 14/59, Société des Fonderies de Pont-à-Mousson mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 153, org.ref.: Rec. s. 445.

25 — A.st., s. 470 og 471.

kreds, som omfattes af traktatens anvendelsesområde, lagde produktionskriteriet til grund, men at de på den anden side var bevidste om, at producenter af et EKSF-produkt samtidig kan være forbrugere af et andet, og at flydende råjern, der er produceret i højovnene, ikke alene umiddelbart kan forarbejdes til støberiråjern, men at der også er mulighed for at lade det størkne og afsætte det på markedet i form af ingots eller sælge det i flydende form [26]. Generaladvokat Lagrange indtog samme standpunkt i sit forslag til afgørelse i den nævnte sag [27].

Heller ikke Deutsche Babcock-dommen [28] støtter sagsøgerens opfattelse. Dommen omhandlede forordning (EØF) nr. 1430/79 om godtgørelse af importafgifter [29], og Domstolen fastslog, at i henhold til artikel 305 EF udstrækkes anvendelsen af Det Europæiske Fællesskabs bestemmelser til varer, der omfattes af EKSF-traktaten, i det omfang et forhold ikke er reguleret i EKSF-traktatens bestemmelser eller i forskrifter udstedt med hjemmel i denne.

For at fastslå, om en virksomhed er omfattet af EKSF-traktatens anvendelsesområde, er det afgørende således produktionsvirksomheden og ikke markedsføringen, hvorved det bemærkes, at støtte er forbudt i henhold til artikel 4, litra c), KS, selv om den kun skaber en ubetydelig konkurrencefordrejning. Til forskel fra artikel 87, stk. 1, EF stilles der desuden ikke i den pågældende bestemmelse krav om, at Kommissionen skal konstatere, om støtten fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencen, eftersom den pågældende bestemmelse i EKSF-traktaten forbyder enhver form for støtte uden begrænsning, hvorfor bestemmelsen ikke kan indeholde nogen de minimis-regel [30].

39. Som Retten i Første Instans for nylig har fastslået, kan investeringsstøtte til en EKSF-virksomhed ikke anses for i alle tilfælde at være omfattet af EKSF-bestemmelserne om statsstøtte, og det samme gælder for en jern- og stålvirksomhed, der delvis udøver virksomhed omfattet af EKSF-traktaten, og delvis virksomhed, der ikke er omfattet heraf, også i tilfælde, hvor virksomheden modtager investeringsstøtte til den del af sin virksomhed, der ikke er omfattet af denne traktat [31]. Dette er, hvad Kommissionen har anført i betragtning 33 til den anfægtede beslutning.

40. I betragtning 34 sondres der mellem produkter fra smedje, ringvalseværk og støberi og på den anden side slutprodukterne på stålanlægget, som sælges på andre markeder. Da produkterne fremstilles inden for selvstændige produktionsområder, er disse produktionsprocesser ikke integreret, og for så vidt angår investeringsstøtten er det derfor muligt at foretage en

26 — A.st, s. 471 og 472.

27 — Se særligt s. 93.

28 — Dom af 15.12.1987, sag 328/85, Sml. s. 5119.

29 — Rådets forordning af 2.7.1979, EFT L 175, s. 1.

30 — Rettens dom af 21.1.1999, forenede sager T-129/95, T-2/96 og T-97/96, Neue Maxhütte Stahlwerke og Lech-Stahlwerke mod Kommissionen, Sml. II, s. 17, præmis 147. Denne vurdering blev stadfæstet af Domstolen i kendelse af 25.1.2001, sag C-111/99 P, Lech-Stahlwerke mod Kommissionen, Sml. I, s. 727, præmis 41.

31 — Dom af 5.6.2001, sag T-6/99, ESF Elbe-Stahlwerke Feralpi mod Kommissionen, Sml. II, s. 1523, præmis 61 og 62.

klar sondring mellem EKSF-aktiviteter og andre aktiviteter.

Med hensyn til driftsstøtte fremgår det derimod af betragtning 35-41 til den anfægtede beslutning, at det er umuligt at sondre mellem støtte ydet til de produktionssektorer, der er omfattet af EKSF-traktaten, og støtte ydet til EF-produktion, fordi virksomheden ikke har adskilte regnskabssystemer. Endvidere viser den tabel, der er gengivet i betragtning 36, at de regnskabsoplysninger, som fremgår af rapporten fra revisionsselskabet KPMG, hvilken rapport den tyske regering har henvist til med henblik på at godtgøre, at der fandtes et adskilt driftsbogholderi, modsiges af tallene i anmeldelsen fra juni 1997 for næsten alle poster, og bekræfter Kommissionens vurdering i betragtning 39 til den anfægtede beslutning vedrørende den »spill-over«, som har fundet sted ved tildelingen af midler. Jeg deler Kommissionens opfattelse, hvorefter risikoen for en sådan »spill-over« er betydelig i virksomheder, hvor der ikke føres adskilt bogholderi for hver produktionsvirksomhed [32]. Jeg er ligeledes enig i den vurdering, at det på grundlag af bilag I, punkt 4, må tages i betragtning, at visse produkter i fortegnelsen er relateret til underprodukter som, uden tilsyneladende at være opført på listen, kan indvirke på prisen, hvorfor bilaget bør indbefatte underprodukter og andre forarbejdede EKSF-produkter, når de indvirker på de normale konkurrencevilkår, som påvirker hovedprodukterne.

Dette problem blev understreget i et dokument fra 1988 om rammebestemmelser for visse stålsektorer, der ikke er omfattet af EKSF-traktaten [33], hvori Kommissionen ikke alene understreger den yderst følsomme konkurrencesituation i disse sektorer, men også faren for, at dens støttepolitik for stålsektoren omgås gennem støtte, der udbetales til datterselskaber til aktiviteter, der ikke falder ind under EKSF-traktatens anvendelsesområde, men som kan komme stålproduktionen til gode. Denne risiko er klart endnu større, når der i stedet for datterselskaber er tale om forarbejdning af EKSF-stål i den samme virksomhed.

41. Retten i Første Instans har for nylig bekræftet, at anvendelsen af EKSF-traktaten på støtte til investeringer i forbindelse med en produktionsaktivitet, der ikke er undergivet EKSF-traktaten, kun er berettiget, såfremt der ikke foreligger tilstrækkelige garantier for, at det kan udelukkes, at der sker en afsmitning fra den pågældende støtte til fordel for den del af produktionsvirksomheden, der er omfattet af EKSF-traktaten, idet det påhviler den pågældende medlemsstat, bistået af den støttemodtagende virksomhed at give Kommissionen alle oplysninger, der under den administrative procedure gør det muligt for Kommissionen at undersøge, om disse garantier foreligger [34].

32 — Retten i Første Instans fastslog i dom af 25.6.1998, forenede sager T-371/94 og T-394/94, British Airways m.fl. og British Midland Airways mod Kommissionen, Sml. II, s. 2405, præmis 314, at et holdingselskab, hvor virksomhederne er uafhængige af hinanden, sammen med en kontrol udført af uafhængige konsulenter og fordeling af støtteudbetalingen på rater kunne anses for et tilstrækkeligt og hensigtsmæssigt middel til at sikre, at støtten kun kommer den nominelt støttemodtagende virksomhed til gode.

33 — EFT 1988 C 320, s. 3.

34 — Dommen i sagen ESF Elbe-Stahlwerke Feralpi mod Kommissionen, nævnt i fodnote 31, præmis 125 og 126.

42. De kommissionsbeslutninger, som sagsøgeren har påberåbt sig som bevis på en påstået forskelsbehandling, er heller ikke relevante, eftersom de blev vedtaget på grundlag af andre faktiske forhold [35]. Men selv om de faktiske forhold var sammenlignelige, bemærkes, at overholdelse af ligebehandlingsprincippet må ses i sammenhæng med overholdelsen af legalitetsprincippet, hvorefter ingen til egen fordel kan påberåbe sig en ulovlighed, der er begået til fordel for andre [36].

43. På baggrund af det ovenfor anførte bør også dette anbringende forkastes.

D — *Det fjerde anbringende: ukorrekt vurdering efter femte jern- og stålstøttekodeks af investeringsstøtte til virksomhedens EKSF-produktionssektor*

44. Tyskland har anført, at Kommissionen ikke kan bestride, at den investeringsstøtte, som blev ydet til Gröditzers EKSF-sektor, på 13,3 mio. DEM, er forenelig med traktaten og med artikel 5, tredje led, i femte jern- og stålstøttekodeks, med den begrundelse at den ikke var blevet anmeldt til Kommissionen inden den 30. juni 1994, når Kommissionen selv havde anmodet den tyske regering om at trække sin meddelelse af 29. juni 1994 tilbage. Det fremgår ikke af den anfægtede beslutning, om støttens lovlighed blev undersøgt i henhold til artikel 5, tredje led, i femte jern- og stålstøttekodeks, og ifølge den tyske regering berettiger en formel tilsidesættelse af anmeldelsesfristen ikke i sig selv Kommissionen til at kræve en støtte endeligt tilbagebetalt, hvis den hverken har undersøgt eller rejst tvivl om dens materielle lovlighed.

45. Kommissionen har understreget, at den anfægtede beslutning ikke alene vedrører tilsidesættelse af fristen for anmeldelse af støtten, men også den omstændighed, at Kommissionen af denne grund ikke kunne undersøge den inden den skæringsdato, der er fastsat i femte jern- og stålstøttekodeks, nemlig den 31. december 1994 for investeringsstøtte til fordel for virksomheder, som er etableret på den tidligere Tyske Demokratiske Republiks territorium.

46. Jeg deler heller ikke Tysklands opfattelse på dette punkt. I femte kodeks fastsættes med al ønskelig tydelighed skæringsdatoen for, at støtten skal kunne anses for forenelig med fællesmarkedet, hvorefter Kommissionen ikke længere kan godkende den. Dette blev fastslået af Domstolen i en dom vedrørende en bestemmelse i beslut-

35 — Det drejer sig om beslutning 97/21/EF, EKSF af 30.7.1996 om statsstøtte til Compañía Española de Tubos por Extrusión SA, Llodio (Álava), EFT 1997 L 8, s. 14, vedtaget på grundlag af EKSF-traktaten og EF-traktaten. Statsstøtten til »Productos Tubulares«, EFT 1998 C 409, s. 6, blev godkendt, fordi denne virksomhed havde gennemgået en fuldstændig omstrukturering, og dens EKSF-produktion, der var bestemt til internt brug, var ubetydelig og ikke blev bragt på markedet.

36 — Dom af 4.7.1985, sag 134/84, Williams mod Revisionsretten, Sml. s. 2225, præmis 14, og Rettens dom af 14.5.1998, sag T-347/94, Mayr-Melnhof mod Kommissionen, Sml. II, s. 1751, præmis 334.

ning nr. 2320/81/EKSF, anden jern- og stålstøttekodeks [37], hvori den udtalte, at der var tale om en præklusiv frist i den forstand, at den var til hinder for at godkende en påtænkt støtte, der blev anmeldt efter den pågældende dato [38].

Retten i Første Instans har ligeledes fastslået, at det fremgår af artikel 1, 5 og 6 i femte kodeks, at støtteforanstaltninger, som var omfattet af kodeksen, kun kunne ydes efter forhåndsgodkendelse fra Kommissionen, og at fristen pr. 31. december 1994 for udbetaling af regional investeringsstøtte nødvendigvis udgjorde skæringsdatoen for Kommissionens vedtagelse af beslutninger om foreneligheden af denne kategori af støtte med fællesmarkedet [39]. Domstolen stadfæstede denne fortolkning i appelsagen, hvori den fastslog, at det ikke kan tiltrædes, at anmeldelsesfristen i den femte kodeks blot er en vejledende frist, hvorfor Kommissionen ikke kunne godkende støtte, hvis de påtænkte foranstaltninger til indførelse eller ændring heraf ikke var blevet anmeldt til den inden udløbet af den særligt fastsatte frist, hvilken konstatering skal foretages af Fællesskabets retsinstanser ex officio, selv om ingen af parterne har anmodet herom [40].

47. Det var at forvente, at Kommissionen i den anfægtede beslutning ikke undersøgte støtteforanstaltningernes retmæssighed i henhold til artikel 5, tredje led, i femte kodeks, eftersom den i 1999 ikke kunne godkende en retsakt ved at anvende bestemmelser, som ikke længere var i kraft den 31. december 1996. Retten i Første Instans har fastslået, at en medlemsstat, der har tilsidesat sin anmeldelsesforpligtelse, ikke kan kræve, at Kommissionen foretager en undersøgelse af en støttes forenelighed med fællesmarkedet i henhold til en ophævet kodeks. En sådan medlemsstat, der ikke har overholdt betingelserne i denne kodeks, kan heller ikke påberåbe sig retssikkerhedsprincippet med henblik på at blive berettiget efter de undtagelser, der er opregnet heri [41].

48. Det er i øvrigt ubestridt, at den formelle anmeldelse af 29. juni 1994, som omhandlede investeringsstøtte på 79 mio. DEM, blev trukket tilbage af de tyske myndigheder, hvilket hindrede Kommissionen i at undersøge denne støtte inden for den gældende frist. Uanset grunden til at Tyskland handlede på denne måde, om det var på Kommissionens opfordring eller for i forbindelse med privatiseringen at anmelde støtten endeligt og udtømmende og anmode om en samlet undersøgelse, måtte den tyske regering på baggrund af de gældende bestemmelser og Domstolens

37 — Kommissionens beslutning af 7.8.1981 om fællesskabsregler for støtte til jern- og stålindustrien, EFT L 228, s. 14.

38 — Dom af 3.10.1985, sag 214/83, Tyskland mod Kommissionen, Sml. s. 3053, præmis 45-47.

39 — Rettens dom af 31.3.1998, sag T-129/96, Preussag Stahl mod Kommissionen, Sml. II, s. 609, præmis 41.

40 — Dom af 13.7.2000, sag C-210/98 P, Salzgitter mod Kommissionen, Sml. I, s. 5843, præmis 54-56.

41 — Rettens dom af 15.10.1997, sag T-331/94, IPK mod Kommissionen, Sml. II, s. 1665, præmis 45, og af 16.12.1999, sag T-158/96, Acciaierie di Bolzano mod Kommissionen, Sml. II, s. 3927, præmis 64.

dom fra 1985 i en sag, som Tyskland var part i, være klar over følgerne af dens handlemåde [42].

49. På baggrund af de ovenanførte grunde bør dette anbringende derfor ligeledes forkastes.

E — *Det femte anbringende: ukorrekt vurdering af investeringsstøtte til den produktionssektor, som ikke er omfattet af EKSF-traktaten*

50. Dette anbringende består af to led.

i) Anvendelse af femte jern- og stålstøttekodeks i stedet for rammebestemmelserne for statsstøtte til omstrukturering

51. Sagsøgeren har anført, at der er selvmodsigelser i Kommissionens begrundelse for beslutningen om, at investeringsstøtte, som ydes til en produktionssektor, der ikke er omfattet af EKSF-området, ikke kan godkendes som støtte til omstrukturering i henhold til artikel 87, stk. 3, litra c), EF, men med analog anvendelse af EKSF-traktatens støttebestemmelser kun kan anses for regionalstøtte og godkendes for 35% af det samlede investeringsbeløb. Sagsøgeren har gjort gældende, at virksomhedens aktiviteter inden for områder, der er omfattet af EF-traktaten, ikke indgår i nogen økonomisk sektor, for hvilken Kommissionen har fastsat kriterier for godkendelse af statsstøtte (følsomme sektorer). Tyskland har endvidere anført, at der inden for rammerne af meddelelserne fra 1994, 1995 og 1996 blev fremlagt en omstruktureringsplan, som blev opretholdt, indtil virksomheden blev privatiseret.

52. Kommissionen har gjort gældende, at beslutningerne vedrørende Treuhandanstalt ikke kun gælder for EKSF-stålproduktionen, men for hele jern- og stålsektoren, som også omfatter produkter, som ikke er omfattet af traktaten. Den støttemodtagende virksomhed fremstiller såvel sådanne produkter som andre. Den tilhører en følsom sektor, dvs. en, som på grund af sektormæssig overskudskapacitet kan påvirkes af konkurrencefordrejninger. Selve den omstændighed, at der foreligger særbestemmelser, er et indicium på, at sektoren er følsom.

53. Som anført i betragtning 56, andet afsnit, til den anfægtede beslutning, omfatter begrebet følsom sektor ikke alene EKSF-stålproduktionen, men også leddene forud for EKSF-stål, såsom smedning og støbning. Gröditzer, der er aktiv i begge produktionssektorer, må dermed anses for at operere i en følsom sektor, og i henhold til Treuhand-ordningerne skulle støtten anmeldes.

42 — Dommen af 3.10.1985 i sagen Tyskland mod Kommissionen.

De specifikke undtagelsesbestemmelser i de på hinanden følgende Treuhand-ordninger fandt ikke anvendelse, og Kommissionen var derfor nødt til, som det entydigt er fastsat i Treuhand-ordningerne, at vurdere disse støtteforanstaltninger på grundlag af de gældende bestemmelser, f.eks. rammebestemmelserne for statsstøtte til redning og omstrukturering af kriseramte virksomheder [43] og retningslinjerne for statsstøtte med regionalt sigte [44].

54. For så vidt angår støtte til omstrukturering af kriseramte virksomheder er modtageren en EKSF-virksomhed, og der findes intet retsgrundlag i traktaten for at godkende støtte med dette formål. Det er ganske vist rigtigt, at der er godkendt omstruktureringsstøtte til andre EKSF-virksomheder inden for rammerne af beslutninger på grundlag af artikel 95 KS, men der var i samtlige tilfælde tale om at genoprette deres rentabilitet efter en privatisering. I kendelsen i sagen Tyskland mod Kommissionen [45] fastslog Domstolens præsident, at den strenge ordning om støtte til jern- og stålsektoren navnlig har til formål at hindre de særligt skadelige følger for konkurrencen — og dermed for de konkurrencedygtige virksomheders overlevelse — af den kunstige igangholdelse af virksomheder, der ikke ville kunne overleve på normale markedsvilkår.

Der blev imidlertid aldrig forelagt en omstruktureringsplan for Gröditzer, som tog sigte på at genoprette rentabiliteten. Ifølge Kommissionen indebar hverken den sammenfattende beskrivelse eller den sammenfatning af investeringsplanerne, som blev fremsendt, at der blev forelagt et konsekvent og udtømmende omstruktureringsprogram. Retten i Første Instans har fastslået, at et dokument ikke kan betragtes som en egentlig omstruktureringsplan, hvis det ikke fastsætter særlige foranstaltninger til at afhjælpe virksomhedens specifikke problemer. Den støtte, som hidrørte fra offentlige midler, var således ikke kædet sammen med konkrete omstruktureringsforanstaltninger fastsat i et program, hvilket er en uomgængelig betingelse for, at en plan kan betragtes som en omstruktureringsplan [46].

55. I henhold til betragtning 52 ff. til den anfægtede beslutning udgjorde investeringerne på områder, der ikke er omfattet af EKSF-traktaten, 96,9 mio. DEM, og der blev tildelt støtte hertil på i alt 96,1 mio. DEM. Heraf hidrørte 8,4 mio. DEM fra regionalstøtte, 3,6 mio. DEM fra investeringspræmier og restbeløbet fra anpartshaverlån og garanterede banklån. Tildelingen af disse lån var baseret på de generelle bestemmelser i traktaten om Tysklands forening og i loven om Treuhandgesetz. I oktober 1998 underrettede Tyskland Kommissionen om, at Gemeinschaftsaufgabe ikke fandt anvendelse på Treuhand-virksomheder i den pågældende periode. Derfor

43 — EFT 1994 C 368, s. 12.

44 — EFT 1998 C 74, s. 9.

45 — Kendelse af 3.5.1996, sag C-399/95, Sml. I, s. 2441, præmis 80.

46 — Dommen i sagen BFM og EFIM mod Kommissionen, præmis 88.

handlede Treuhandanstalt og de successive ejere af virksomheden ved tildelingen og sikringen af disse lån de facto som regionalt støtteorgan, og lånene var en erstatning for regional investeringsstøtte.

56. Efter min mening var det med rette, at Kommissionen fandt, at retningslinjerne for statsstøtte med regionalt sigte, der gjaldt på tidspunktet for støttens tildeling, var det eneste retsgrundlag, der kunne finde anvendelse ved vurderingen af investeringsstøtten. Virksomhedens aktiviteter på EF-området udøves i en følsom sektor, og på disse aktiviteter finder i henhold til rammebestemmelserne for statsstøtte med regionalt sigte til visse jern- og stålsektorer, som ikke er omfattet af EKSF-traktaten, ligeledes lofterne for regionalstøtte anvendelse.

57. Jeg deler Kommissionens opfattelse, hvorefter genopretningen af rentabiliteten ikke er bevist og forekommer lidet sandsynlig, eftersom den let kan bero på de ekstraordinære indtægter, som tilskuddene udgør, hvorfor det ikke kan godtages som bevis på, at virksomheden kan anses for levedygtig. Retten i Første Instans har fastslået, at det ikke er tilstrækkeligt med et positivt cash flow til at bedømme virksomhedens finansielle situation, i særdeleshed når likviditeten hidrører fra omfattende tilskud [47].

47 — Dommen i sagen BFM og EFIM mod Kommissionen, præmis 83 og 84.

ii) Kommissionens undladelse af at anvende artikel 87, stk. 2, litra c), EF

58. Tyskland har gjort gældende, at omstruktureringen af virksomheden samt Treuhandanstalts og de andre offentlige organers ledsageforanstaltninger hertil udgør et typisk tilfælde af anvendelse af artikel 87, stk. 2, litra c), EF, bl.a. fordi Gröditz som et tidligere hjemsted for jern- og stålproduktionsanlæg er særligt hårdt ramt af følgerne af den socialistiske planøkonomi, og fordi det gennemsnitlige økonomiske niveau i dette område på grund af følgerne af Tysklands deling langt fra når op på siden af niveauet i de gamle delstater.

59. Efter min mening kan sagsøgeren af to grunde ikke påberåbe sig artikel 87, stk. 2, litra c), EF, hvorefter støtteforanstaltninger for økonomien i visse af Forbundsrepublikken Tysklands områder, som er påvirket af Tysklands deling, er forenelige med fællesmarkedet i det omfang, de er nødvendige for at opveje de økonomiske ulemper, som denne deling har forårsaget.

For det første har de tyske myndigheder, også selv om bestemmelsen havde været

anvendelig, ifølge Kommissionens oplysninger ikke påberåbt sig denne rettidigt og heller ikke fremlagt noget bevis for, at de nødvendige betingelser for at antage, at virksomheden kunne falde ind under bestemmelsen, forelå.

For det andet er Domstolens fortolkning af denne bestemmelse i dommen af 19. september 2000[48] til hinder for, at sagsøgeren kan påberåbe sig nævnte artikel. I denne dom påpegede Domstolen indledningsvis, at denne bestemmelse ikke er blevet ophævet efter Tysklands forening ved traktaten om Den Europæiske Union eller Amsterdam-traktaten, men at den, da der er tale om en undtagelse fra det almindelige princip om, at statsstøtte er uforenelig med fællesmarkedet, skal undergives en streng fortolkning. Den tilføjede, at de økonomiske ulemper, som denne deling har forårsaget, kun kan omfatte de økonomiske ulemper, der i visse tyske regioner blev forårsaget som følge af den isolering, der fulgte med etableringen af en fysisk grænse, som eksempelvis afbrydelsen af samfærdselsårerne eller tab af naturlige afsætningsmuligheder eller forstyrrelser i forretningsforbindelserne mellem de to tyske områder. De økonomiske ulemper, som de nye delstater generelt lider under, er ikke direkte forårsaget af den geografiske deling, men skyldes navnlig de forskellige politisk-økonomiske systemer, der blev etableret i de to stater på hver sin side af grænsen[49].

48 — Dom af 19.9.2000, sag C-156/98, Tyskland mod Kommissionen, Sml. I, s. 6857, præmis 46-56. Retten i Første Instans gav en tilsvarende fortolkning i dom af 15.12.1999, forenede sager T-132/96 og T-143/96, Freistaat Sachsen m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 3663, præmis 136 og 137.

49 — Som svar på et spørgsmål, som jeg stillede under retsmødet, indrømmede den tyske regerings befuldmægtigede, at i lyset af denne dom, der blev afsagt under skriftvekslingen i denne sag, var der kun ringe sandsynlighed for, at påstanden ville blive taget til følge.

60. Af ovennævnte grunde må dette anbringende ligeledes forkastes i sin helhed.

F — *Det sjette anbringende: ukorrekt vurdering af de omstændigheder, hvorunder privatiseringen gennemførtes*

61. Dette anbringende består af to led.

i) Urigtig bedømmelse af tysk ret og urigtig anvendelse af princippet om en privat investor

62. Efter Forbundsrepublikken Tysklands opfattelse anvendte Kommissionen i betragtning 75 ff. til den anfægtede beslutning ukorrekte tal, da den vurderede likvidationsomkostningerne. Den har anført, at sondringen i betragtning 80, litra a), mellem forpligtelser for forbundsinstitutioner, som direkte ejes af staten, og forpligtelser for anpartshavere er fejlagtig, eftersom garantierne ikke udgjorde støtteforanstaltninger i et statsligt garantiprogram, men tværtimod var sammenlignelige med de garantier, som stilles af holdingselskaber til fordel for deres datterselskaber, og som er sædvanlige inden for den private sektor, eller sammenlignelige med garantier, som stilles af selskabets datterselskaber. Sådanne holdingselskaber skal ligeledes, når der er tale om at beregne omkostningerne til likvidation af et datterselskab, medregne forpligtelsen til at hæfte for datterselskabets gæld, hvis det har stillet garanti for dets banklån inden for ram-

merne af den sædvanlige forretningsvirksomhed. På samme måde hæfter kapitalindehaveren i henhold til tysk ret i tilfælde af en likvidation for omkostningerne til genopretning af det område, hvorpå anlægget var beliggende, hvilke omkostninger var beregnet til 87 mio. DEM. Under disse omstændigheder ville likvidationsomkostningerne for aktieejerne have andraget 445 mio. DEM, og privatiseringen til en negativ salgspris på 340 mio. DEM var således utvivlsomt den billigste mulighed, hvormed det for støttereglerne gældende princip om en privat investor var opfyldt.

63. Kommissionen har anført, at likvidationsværdien af aktiverne ifølge rapporten lå på 94 mio. DEM, hvilket beløb skulle anvendes til at indfri alle virksomhedens forpligtelser i den rækkefølge, der er fastsat i den gældende tyske insolvenslovgivning. Likvidationsomkostningerne er derfor begrænset til beløbet på 94 mio. DEM, og hvis staten indbefatter større beløb på grund af andre forpligtelser, handler den ikke som ejer af egenkapitalen, men som offentlig myndighed, og disse beløb kan derfor ikke tages i betragtning ved anvendelsen af princippet om en privat investor.

64. Efter min opfattelse må man ved kontrollen af de kriterier, hvorefter Kommissionen har bedømt privatiseringsproceduren, tage udgangspunkt i den omstændighed, at Gröditzer, som det anføres i betragtning 44 til beslutningen, lige siden dens etablering har været en kriseramt virksomhed, som forskellige offentlige organer rentefrit og uden tilbagebetalingspligt har stillet lån til rådighed for, og at en privat investor aldrig ville have ydet den sådanne lån.

Tyskland har beregnet likvidationsomkostningerne til 475 mio. DEM, fordelt på 418 mio. DEM (196 mio. DEM, svarende til anpartshaverlånene, 49 mio. DEM til garanterede banklån, 26 mio. DEM til øvrige forpligtelser, 147 mio. DEM som midler til dækning af forskellige omkostninger) og 57 mio. DEM til omkostningerne ved selve likvidationsproceduren, bl.a. driftsomkostninger og omkostninger til suspension af aktiviteter i likvidationsperioden.

Denne beregning forekommer ikke at være korrekt i lyset af Domstolens praksis, hvorefter en privat investor, der søger at gennemføre en strukturpolitik, globalt eller for en branche, med henblik på mulighederne for at opnå fortjeneste på lang sigt, ikke fornuftigvis kan tillade sig, efter at der i en årrække uafbrudt har været tab, at foretage kapitalindskud, der i økonomisk henseende ikke alene koster mere end at likvidere aktiverne, men som desuden er betinget af, at virksomheden sælges, hvilket fjerner enhver udsigt til, at den kan give overskud, selv på lang sigt [50].

Endvidere har Tyskland som en del af de samlede omkostninger i forbindelse med en

50 — Dom af 14.9.1994, forenede sager C-278/92 — C-280/92, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 4103, præmis 26.

likvidation anført en række omkostninger, som dybest set udgør omkostninger for staten som offentlig myndighed. Det gælder for tilbagebetalingen af garanterede banklån; garantierne, der var stillet af Treuhandanstalt og andre offentlige organer; midler til dækning af gammel miljøforurening på 15 mio. DEM, 22 mio. DEM til omkostninger i forbindelse med socialplanen, som ikke følger af en obligatorisk forpligtelse, og midler på 87 mio. DEM til dækning af omkostningerne i forbindelse med sanering af virksomhedens areal, herunder nedrivning af alle bygninger, fuldstændig genetablering af arealet og salget af arealet til tredjemand, for hvilket salgsprisen højst ville udgøre 9 mio. DEM.

65. Kommissionen har med rette gjort gældende, at i betragtning af virksomhedens finansielle situation er det usandsynligt, at en privat investor havde anvendt yderligere midler til en socialplan. En privat investor ville heller ikke have besluttet at sanere arealet i betragtning af, at det kun havde en salgsværdi på ca. 9 mio. DEM. Selv hvis virksomheden ifølge loven var forpligtet til at gennemføre en sanering, ville ejeren ikke have indskudt yderligere midler i en likvidationssituation. Sådanne omkostninger ville skulle afholdes af staten som garant for miljøbeskyttelsen.

Selv i tilfælde af, at anpartshaverlån efter tysk ret betragtes som egenkapital i tilfælde af insolvens, som ikke kan kræves indfriet af insolvensboet, og fuldt ud skulle medregnes i likvidationsomkostningerne, ville disse ligge på 292 mio. DEM. Målt i forhold til privatiseringsomkostningerne på 340 mio. DEM havde en likvidation af virksomheden været billigere end en privatisering, hvoraf følger, at en privat investor ville have afviklet virksomheden.

ii) Fejlagtig bedømmelse af udbudsproceduren

66. Med hensyn til Kommissionens indsigelser vedrørende salget af virksomheden gennem offentligt udbud har Tyskland understreget, at det i 1992 gav en investeringsbank til opgave at iværksætte et internationalt udbud vedrørende salg af virksomheden. Udbuddet var åbent for alle potentielle interesserede, og der var ingen betingelser for at afgive bud. Ifølge de tyske myndigheder blev Georgsmarienhütte valgt, fordi dette selskab afgav det økonomisk mest fordelagtige bud. Den tyske regering mener, at Kommissionens adfærd udgør en uberettiget indblanding i medlemsstaternes selvstyre, eftersom der ikke findes nogen bestemmelse i den afledte fællesskabsret, som regulerer proceduren for privatisering af virksomheder, eller som foreskriver, at salget skal ske på grundlag af et udbud, og eftersom det eneste kriterium, der fremgår af traktaten, er, at staten som indehaver af kapitalen skal handle på samme måde som en privat investor. Tyskland har gjort gældende, at Kommissionen heller ikke har godtgjort, at andre mulige købere ville have betalt mere for virksomheden, eller at andre privatiseringsprocedurer i det foreliggende tilfælde ville have givet et mere fordelagtigt resultat.

Forbundsrepublikken Tyskland har endelig anført, at den er bekendt med, at Kommissionen har fastsat nogle generelle principper for privatisering af virksomheder[51] med henblik på at fritage staten fra anmeldelsespligten. Ifølge disse principper antages det, at der ikke er ydet støtte, når en privatisering gennemføres på grundlag af et offentligt, gennemsigtig og betingelsesløst udbud, hvor det højeste tilbud accepteres. Dette betyder imidlertid ikke, at andre udbudsprocedurer også kan at sikre, at en stat som kapitalindehaver foretager salget på de bedst mulige betingelser, også selv om den så ikke er fritaget for anmeldelsesforpligtelsen, hvilken forpligtelse den tyske regering imidlertid opfyldte i det foreliggende tilfælde. Ved vurderingen af, om et salg indeholder støtteelementer til fordel for køberen, kan prisen ikke være det eneste afgørende element. Der må foretages en vurdering af de samlede omstændigheder, som lå til grund for aftalen, herunder, foruden den nominelle pris, investorens overtagelse af virksomhedens passiver og gæld samt de garantier og forpligtelser, denne påtager sig. I privatiseringsaftalen vedrørende Gröditzer forpligtede erhververen sig til investere 39,6 mio. DEM. Hvis disse investeringer ikke gennemføres, er der fastsat en sanktion på 100% af differencen mellem de garanterede investeringer og de faktisk gennemførte investeringer frem til den 31. december 2002. Endvidere har erhververen kontraktligt forpligtet sig til at bevare arbejdspladser for 717 medarbejdere og 45 lærlinge. Hvis denne forpligtelse ikke opfyldes, skal der betales 40 000 DEM pr. tabt arbejdsplads om året. Begge forpligtelser gælder indtil udgangen af 2002.

51 — *23. beretning om konkurrencepolitikken*, 1993, nr. 403.

67. Kommissionen er derimod af den opfattelse, at der i mangel af gennemførelse af en åben, gennemsigtig og betingelsesløs udbudsprocedure, hvor det højeste tilbud accepteredes, må antages at foreligge støtte. Hverken inddragelsen af private banker, med sådanne kommunikationsmidler, der er sædvanlige i handelen, eller den blotte anmeldelse af foranstaltningerne er tilstrækkeligt til at udelukke, at der foreligger støtte.

68. Også på dette punkt tilslutter jeg mig de af Kommissionen fremførte argumenter til støtte for den opfattelse, at proceduren hverken var åben, gennemsigtig eller uden betingelser.

For det første blev der i investeringsbankernes memoranda, hvor der udtrykkeligt gøres opmærksom på muligheden for tildeling af statsstøtte, ikke anmodet om et bindende tilbud, men potentielle købere blev opfordret til at forelægge en virksomhedsstrategi, hvor ansøgerne skulle fremkomme med detaljerede forpligtelser i relation til skabelse og bevarelse af arbejdspladser, fremtidige investeringer og finansiering. I tilslutning hertil blev de udvalgte parter indbudt til tosidede forhandlinger, og de indgåede forpligtelser havde en afgørende indflydelse på købsprisen. Der blev ikke anmodet om et konkret tilbud, og til vurderingen af tilbuddene var der ikke fastlagt nogen parametre eller lofter. Proceduren blev gennem-

ført uden en åben indkaldelse af tilbud inden for rammerne af præcise betingelser, men blot en opfordring til at indlede individuelle forhandlinger på grundlag af forpligtelser, som såvel sælger som køber skulle påtage sig, og som skulle indgås som led i en forhandlingsproces på et ikke klart afgrænset grundlag. Det må heraf udledes, at de indgåede forpligtelser påvirkede den endelige købspris.

For det andet skyldtes forskelle i standpunkterne under de afsluttende forhandlinger nødvendigvis den valgte procedure, og køberen, Georgsmarienhütte, havde mulighed for at tilpasse sin slutposition til sælgerens krav, således at der, da der ikke var tale om reel konkurrence, ikke var nogen garanti for, at modydelsen for de indgåede forpligtelser, som ikke på forhånd var meddelt alle ansøgere, svarede til den normale markedspris. Denne mangel på gennemsigtighed bekræftes i lyset af den anfægtede beslutnings artikel 6, hvorefter Tyskland i henhold til artikel 9, stk. 2, i aftalen af 27. februar 1997 om salget af andele i Gröditzer til Georgsmarienhütte agtede at yde lån til et beløb af 3,3 mio. DEM som forudbetalinger i forbindelse med fremtidig regionalstøtte.

69. Endelig deler jeg ikke den tyske regerings opfattelse, hvorefter Kommissionens kritik af privatiseringsproceduren udgør en indblanding i medlemsstaternes selvstyre. Selv om traktaten i henhold til artikel 295 EF ikke berører de ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne, er tildeling af offentlig støtte på grund af, at offentlig ejendom overgår til privat ejendom, forbudt i henhold til artikel 87 EF og artikel 4, litra c), KS. Jeg deler Kommissionens opfattelse, hvorefter den omstændighed, at virksomheden blev solgt til den højestbydende inden for rammerne af en udbudsprocedure, fordi de øvrige tilbudsgivere ikke var indstillet på at overtage virksomheden, medmindre staten stillede større finansielle midler til rådighed, ikke beviser, at de med køberen aftalte betingelser ikke indeholdt statsstøtte.

70. Af de ovenfor anførte grunde bør dette anbringende ligeledes forkastes i sin helhed.

VI — Sagens omkostninger

71. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da jeg foreslår at frifinde Kommissionen i det hele, og Kommissionen har nedlagt påstand om, at Forbundsrepublikken Tyskland tilpligtes at betale sagens omkostninger, bør det pålægges den sagsøgende medlemsstat at betale disse omkostninger.

VII — Forslag til afgørelse

72. På grundlag af de ovenfor anførte betragtninger foreslår jeg, at Domstolen træffer følgende afgørelse:

»1) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes i den sag, som Forbundsrepublikken Tyskland har anlagt med påstand om annullation af artikel 4-7 i Kommissionens beslutning 1999/720/EF, EKSF af 8. juli 1999 om den statsstøtte, som Tyskland har ydet til Gröditzer Stahlwerke GmbH og dets datterselskab Walzwerk Burg GmbH.

2) Forbundsrepublikken Tyskland betaler sagens omkostninger.«