FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

fremsat den 19. september 1989 *

Høje Domstol.

1. Den belgiske regering anfægter beslutningen af 4. februar 1987, hvorved Kommissionen har fastslået, at den betydelige økonomiske støtte (mere end 12 mia. BFR), som den belgiske regering under diverse former (udvidelse af kapitalen og tegning af konvertible obligationer, konvertering til kapital af garanterede lån m.m.) ydede stålvirksomheden Tubemeuse i tidsrummet 1984-1986, er ulovlig (på grund af tilsidesættelse af forpligtelserne i henhold til EØF-Traktatens artikel 93, stk. 3) samt uforenelig med fællesmarkedet i henhold til artikel 92; i henhold til beslutningen skal støtten endvidere kræves tilbagebetalt.

Formalitetsspørgsmålet

2. Inden jeg undersøger, om søgsmålet er begrundet, skal jeg imidlertid behandle et spørgsmål, som Kommissionen har behandlet indgående i sine indlæg og i retsmødet, og som den har anmodet Domstolen om at tage udtrykkeligt stilling til.

Kommissionen gør således gældende, at de anbringender til støtte for søgsmålet, der vedrører anvendeligheden af EØF-Traktatens artikel 92, stk. 3, på forhånd må afvises fra påkendelse.

Det er et faktum — anføres det — at den belgiske regering ikke har bestridt, at forpligtelserne med hensyn til fremgangsmåden i henhold til artikel 93, stk. 3, konkret er tilsidesat. Denne tilsidesættelse medfører i sig selv, at støtten, uanset om den kan anses for forenelig på grundlag af de materielle bestemmelser i artikel 92, stk. 3, er indført ulovligt. Det er herefter Kommissionens opfattelse, at sagsøgerens anbringender med hensyn til anvendelsen af disse bestemmelser ikke kan påkendes.

3. Jeg skal først bemærke, at det spørgsmål, som Kommissionen har rejst, henset til sin rækkevidde og sine konsekvenser ikke synes at kunne betegnes som en *formalitetsindsigelse* i egentlig forstand.

For det første omhandler den anfægtede beslutning to retsstridige forhold, dels tilsidesættelsen af artikel 93, stk. 3, dels af artikel 92 (artikel 1: »Støtten er desuden efter EØF-Traktatens artikel 92 uforenelig med fællesmarkedet.«), og den anførte begrundelse vedrører begge forhold. Den belgiske regerings kritik også med hensyn til den del af beslutningen, der vedrører anvendelsen af artikel 92, stk. 3, kan derfor uden tvivl »admitteres til påkendelse«. For det andet bemærkes, at Kommissionen, således som den også gjorde det klart under retsmødet, snarere anmoder Domstolen om at anerkende et *hensyn til procesbesparelse*; når det således først er fastslået, at den omtvistede natio-

* Originalsprog: italiensk.

nale foranstaltning er ulovlig i henhold til artikel 93, stk. 3, er det ikke nødvendigt yderligere at undersøge, hvorvidt foranstaltningen er forenelig med andre traktatbestemmelser, og navnlig om den er forenelig med fællesmarkedet efter artikel 92, stk. 3's indhold og formål.

Kommissionen ønsker i det væsentlige fastslået, at den har kompetencen til at fastslå, at enhver statslig foranstaltning, der er støtte i artikel 92, stk. 1's forstand, og som er gennemført i strid med artikel 93, stk. 3 (underretningspligt og suspensiv virkning), er uforenelig med fællesmarkedet, uden at Kommissionen herved er forpligtet til at undersøge, om den omhandlede støtte kan anses for omfattet af undtagelsesbestemmelserne i artikel 92, stk. 3. Kommissionen anmoder i øvrigt Domstolen om ikke at tage stilling til dette spørgsmål (svarskriftet, s. 6 f.), for så vidt som Domstolen ikke har noget »frit skøn« med hensyn til sådan støtte.

Kommissionens argumentation er ganske klar: tilsidesættelsen af artikel 93, stk. 3, er en mangel, der ikke kan afhjælpes, da der er tale om en ordre public-bestemmelse med direkte virkning, og dermed bliver støtten »i sig selv« og endeligt ulovlig og uforenelig med fællesmarkedet, og der kræves herved ingen yderligere »materielle« undersøgelser. Såfremt tilsidesættelsen ikke bestrides, hvilket den belgiske regering ikke gør i nærværende sag, er de materielle kritikpunkter »inadmissible« i den forstand, at Domstolen ikke bør behandle dem.

4. Kommissionen har i forbindelse med sin begæring til Domstolen om at tage stilling til det spørgsmål, som jeg her har beskrevet, fremhævet, at der er tale om en ny og væsentlig problemstilling med henblik på effektiviteten af kontrolordningen med offentlig støtte [1]. Kommissionen anfører, at man igennem nogen tid har kunnet se stadigt flere tilfælde, hvor støtte gennemføres uden forudgående underretning [2]. Det sker således stadigt hyppigere, at medlemsstaterne i stedet for at give underretning om påtænkt støtte — som det foreskrives i artikel 93, stk. 3 — iværksætter støtten uden videre. De afventer blot, at Kommissionen, hvad enten det sker af egen drift eller som følge af en klage fra en tredjemand, udbeder sig nærmere oplysninger om de trufne foranstaltninger. På det tidspunkt, og først da, fremsender staten de ønskede oplysninger, hvilket gør det muligt — om nødvendigt — at iværksætte proceduren i artikel 93, stk. 2.

Det er endvidere Kommissionens opfattelse, at selv når proceduren fører til en beslutning, hvorved støtten erklæres for uforenelig med fællesmarkedet samt kræves ophævet med tilbagevirkende gyldighed og tilbagebetalt, er denne løsning ikke tilfredsstillende.

For det første bliver muligheden for tilbagebetaling desto fjernere, jo længere kontrolproceduren varer, og ifølge Kommissionen er medlemsstaterne tilbøjelige til kunstigt at forlænge proceduren ved forhalingsmanøvrer.

For det andet sker der i tilfælde, hvor støtten er blevet gennemført under kontrolproceduren i strid med »stand still-forpligtelsen« i artikel 93, stk. 3, sidste punktum, en

1 — Det skal bemærkes, at spørgsmålet om konsekvenserne af, at en støtte ydet i strid med artikel 93, stk. 3, i sig selv er ulovlig, er blevet rejst af Kommissionen i flere sager, der for tiden verserer: jfr. navnlig sagerne Den Franske Republik mod Kommissionen, C-301/87 (Sml. 1990, s. I-307); Kommissionen mod Den Franske Republik, C-61/88, Kommissionen mod Den Franske Republik, C-162/88, Poclain SA og Tenneco Europe Ltd mod Kommissionen, C-294/88, Den Italienske Republik mod Kommissionen, C-303/88 (sagen er under behandling).

2 — Efter de af Kommissionen meddelte oplysninger blev der i perioden 1984-1988 konstateret over hundrede tilfælde, hvor støtte blev ydet i strid med artikel 93, stk. 3.

forvridning af konkurrencen, der varer ved, og hvis skadelige virkninger — især i kriseramte sektorer — heller ikke kan ophæves ved, at den ulovligt ydede støtte senere kræves tilbagebetalt af staten, hvilket under alle omstændigheder er usikkert (der tænkes navnlig på de støttemodtagende virksomheders konkurrenter, der har været nødt til at indstille deres virksomhed)[3].

Der er i sidste ende fare for, at Traktatens ordning med en *forudgående kontrol* risikerer at blive ineffektiv som følge af en stadig mere udbredt tilbøjelighed til at stille Kommissionen over for en »fuldbyrdet kendsgerning«. Dette er klart en ulovlig adfærd, som kun delvis kan korrigeres ved hjælp af efterfølgende foranstaltninger. Det er derfor nødvendigt at indføre en ny form for indgreb på forhånd, en form for »afskrækkelse«, der tvinger medlemsstaterne til enten at give meddelelse om påtænkt støtte i rette tid eller, for så vidt angår støtte, der er gennemført for tidligt (under kontrolfasen), til at genoprette status quo ante, når dette begæres af Kommissionen. Det er hermed muligt for Kommissionen (i det mindste, når den skønner det nødvendigt) at begrænse den forudgående undersøgelse af fællesmarkedsforeneligheden til de støttesager, der endnu er på *forslagsstadiet*, hvilket netop er den i Traktaten foreskrevne fremgangsmåde.

5. Til det anførte skal jeg yderligere bemærke, at Kommissionens opfattelse er ny på to punkter. For det første kræver Kommissionen som anført en ny beslutningskompetence, nemlig muligheden for at kende en støtte ulovlig — og ramme den med sanktioner — som stridende mod artikel 93, stk. 3. Der er således, i det mindste som udgangspunkt, tale om en beføjelse, der ligger uden for den fremgangsmåde, der dels er fastsat i artikel 169 (idet Kommissionen umiddelbart fastslår det begåede retsbrud), dels uden for artikel 93, stk. 2 (idet afgørelsen træffes uafhængigt af spørgsmålet om foreneligheden).

Det viser sig imidlertid ved en nærmere bedømmelse, at dette punkt ikke er det afgørende i Kommissionens argumentation. Det bemærkes, at uafhængigt af spørgsmålet om, af hvem og hvordan tilsidesættelsen af artikel 93, stk. 3, fastslås, er det afgørende den *virkning*, som man vil drage af en sådan tilsidesættelse. Den afskrækkende virkning, som Kommissionen ønsker over for medlemsstaterne for at få artikel 93, stk. 3, overholdt, opnås nemlig, såfremt Kommissionen, når det — uanset på hvilken måde — er fastslået, at støtten er ulovlig, herefter ikke behøver at tage stilling til, om støtten er omfattet af undtagelserne i artikel 92, stk. 3, dvs. om den materielt er forenelig med fællesmarkedet.

Jeg vil følgelig koncentrere min gennemgang om dette andet punkt.

Jeg bemærker indledningsvis, at Kommissionens spørgsmål også kunne besvares ved hjælp af de samme procestekniske begreber, som formelt, men ikke materielt korrekt er anvendt ved spørgsmålets formulering. Strengt taget, og idet man herved strengt overholder de grænser, som i sagen gælder for Domstolens prøvelse, kunne Domstolen således nøjes med at tage stilling til formali-

3 — Hertil kommer yderligere risikoen for, at de andre medlemsstater, når der ydes offentlig støtte, som man ikke griber effektivt ind over for på fællesskabsplan, beslutter hver at træffe sine egne foranstaltninger i form af lignende støtte til de nationale virksomheder.

tetsindsigelsen (som efter min mening bør forkastes) og prøve spørgsmålet om den omtvistede statsstøttes forenelighed med det fælles marked efter artikel 92, hvilket Kommissionen i øvrigt har gjort i den anfægtede beslutning.

Jeg anser det imidlertid for relevant under alle omstændigheder at tage stilling til realiteten i det spørgsmål, som Kommissionen har rejst, eftersom det er klart for enhver, at det har stor betydning og fortjener indgående overvejelse ud over det processuelle aspekt.

Jeg bemærker, stadig til indledning, at det grundliggende udgangspunkt for Kommissionens opfattelse er, at artikel 93, stk. 3, efter den bestående tingenes tilstand stort set ikke har tilstrækkeligt mærkbare konsekvenser. Medlemsstaterne har, når alt kommer til alt, »intet at tabe« ved at sætte sig ud over denne bestemmelse, og dette forklarer det voksende antal tilfælde, hvor offentlig støtte udbetales ulovligt.

Jeg tillader mig her at bemærke, at denne opfattelse er udtryk for en måske lidt for pessimistisk vurdering. Overholdes artikel 93, stk. 3, ikke, har dette således i forhold til den skyldige stat nogle præcise konsekvenser, såvel internt som på fællesskabsplan. Det fremgår således, at der er knyttet reelle sanktioner til denne bestemmelse i samme omfang som til andre traktatbestemmelser, ja endog i større omfang.

I betragtning af betydningen af dette punkt finder jeg det hensigtsmæssigt, inden jeg undersøger den centrale kerne i Kommissionens opfattelse, i hovedtræk at angive de forpligtelser, der følger af artikel 93, stk. 3, samt i lyset af forvaltnings- og retspraksis at undersøge, hvilke konsekvenser det kan have, at de ikke overholdes.

6. Jeg bemærker, at ordningen med forudgående kontrol med »ny støtte« (eller med ændringer af eksisterende støtteordninger) har det hovedformål at forebygge, at sådan støtte indføres og dermed fører til forvridninger, uden at det først undersøges, om støtten er forenelig med fællesskabsretten.

Ordningen med forudgående kontrol indebærer for medlemsstaterne en dobbelt forpligtelse:

— de skal med rimeligt varsel underrette Kommissionen om enhver påtænkt indførelse eller ændring af støtteforanstaltninger (i almindelighed betegnet som en underretningsforpligtelse, selv om Traktaten, måske ikke tilfældigt, er mindre præcist formuleret);

— de må ikke gennemføre de påtænkte foranstaltninger, før fællesskabsproceduren [4] er afsluttet (»stand still-forpligtelse« eller forbud mod gennemførelse).

4 — Denne procedure er som bekendt opdelt i to faser. Den første, indledende fase omfatter en summarisk gennemgang af det anmeldte støtteprojekt, og formålet er at fastslå, om den påtænkte støtteordning for en første betragtning er klart forenelig med det fælles marked, eller om der modsat foreligger, om så blot nogen, rimelig tvivl om ordningens forenelighed. I så fald skal Kommissionen iværksætte den næste fase og indlede den kontradiktoriske procedure, der omhandles i artikel 93, stk. 2. Det skal bemærkes, at den indledende fase nødvendigvis forudsætter, at projektet er anmeldt. Senest to måneder efter anmeldelsen (jfr. Lorenz-dommen, dom af 11. december 1973, 170/73, Sml. s. 1471), én måned hvis der er tale om individuel støtte, skal Kommissionen tage stilling til, om den kontradiktoriske fase skal indledes. I øvrigt bemærkes, at såfremt Kommissionen skønner, at støtten allerede på grundlag af den indledende undersøgelse kan betragtes som EF-konform, kan den afslutte proceduren uden at vedtage nogen formel beslutning. Endelig bemærkes, at selv om der ikke er gennemført en indledende procedure (fordi støtten ikke er blevet anmeldt, som den skal), kan den kontradiktoriske procedure alligevel iværksættes, enten ex officio eller på foranledning af enhver, der har »anmeldt« til Kommissionen, at støtten er indført.

Den første af disse forpligtelser, — som jeg herved vel at mærke bedømmer isoleret — har ikke direkte virkning, idet den, som det er udtrykt af Domstolen i sagen Costa mod ENEL[5], »ikke [direkte] medfører rettigheder for borgerne«, men er en forpligtelse, der udelukkende har virkninger i forholdet mellem staterne, der har påtaget sig den, og Fællesskabet. Det er endvidere uklart, om der altid foreligger en tilsidesættelse af fællesskabsretten, såfremt en støtte ikke anmeldes, men heller ikke udbetales. Der foreligger utvivlsomt en overtrædelse, såfremt det i den retsakt, hvorved støtten indføres, er forudsat, eller der blot er åbnet mulighed for, at den sættes i værk. Omvendt kan det formentlig antages, at en ikke anmeldt støtte, der hviler på en retsakt, hvorved gennemførelsen af støtten udsættes, indtil fællesskabskontrollen er afsluttet, ikke i sig selv er ulovlig, idet staten herved blot bevarer muligheden for at vælge mellem enten at anmelde støtten senere (og dermed åbne kontrolproceduren) eller tilbagekalde den fuldstændigt. Dette er måske en teoretisk situation, men den er ikke umulig.

En tilsidesættelse af »stand still-forpligtelsen« er langt alvorligere, da dette kan føre til virkelige konkurrenceforvridninger. Således udtalte Domstolen i Heineken-dommen[6]:

»... artikel 93, stk. 3, sidste punktum, [udgør] en beskyttelse af den kontrolmekanisme, der er indført ved denne artikel, og som er vigtig til sikring af fællesmarkedets funktion. Det i artiklen fastsatte gennemførelsesforbud skal sikre, at støtteordningens virkninger ikke udfolder sig, før Kommissionen har haft en rimelig frist til at undersøge den påtænkte foranstaltning i detaljer og i givet fald indlede den i samme artikels stk. 2 omhandlede procedure« (præmis 20).

Fra og med Costa mod ENEL-dommen har Domstolen endvidere anerkendt, at gennemførelsesforbuddet har direkte virkning.

Domstolen har endvidere præciseret forbuddets rækkevidde, idet den har fastslået, at »stand still-forpligtelsen« ikke alene har virkning under kontrolproceduren i henhold til artikel 93, stk. 2, men også »under hele den indledende fase, hvor der foretages en første undersøgelse af den påtænkte støtteforanstaltning«[7].

Gennemførelsesforbuddet gælder så meget mere for støtte, der ikke er anmeldt, og hvor man derfor ikke en gang har kunnet iværksætte denne indledende fase.

7. Herefter er spørgsmålet: Hvilke er virkningerne af en tilsidesættelse af artikel 93, stk. 3?

Der må her først sondres mellem de rent interne forhold og fællesskabsrelationerne.

For så vidt angår det interne aspekt, har Domstolen som anført siden Costa mod ENEL-dommen gentagne gange haft lejlighed til at tage stilling til spørgsmålet om gennemførelsesforbuddets direkte virkning.

5 — Dom af 15. juli 1964, Costa mod ENEL, 6/64, Sml. 1954-1964, s. 531.

6 — Dom af 9. oktober 1984, Heineken Brouwerijen BV, 91/83 og 127/83, Sml. s. 3435.

7 — Kendelse af 20. september 1983, Kommissionen mod Den Franske Republik, 171/83 R, Sml. s. 2621; jfr. tillige dom af 11. december 1973, Gebr. Lorenz GmbH, 120/73, Sml. s. 1471.

I Capolongo-dommen[8] er det fastslået, at

»artikel 93, stk. 3, ... fastsætter procedure-mæssige kriterier, som den nationale dommer kan tage stilling til«.

I dommene i sagerne Lorenz, Markmann, Nordsee og Lohrey[9] slog Domstolen på ny fast, at gennemførelsesforbuddets direkte virkning udstrækkes til hele det tidsrum, hvor forbuddet er gældende, og Domstolen præciserede herefter, at denne virkning

»... udstrækkes til enhver støtte, som skulle blive gennemført uden underretning herom, eller som i tilfælde af underretning ydes i den indledende fase eller — hvis Kommissionen iværksætter den kontradiktoriske fremgangsmåde — før vedtagelsen af den endelige beslutning« (præmis 8);

herefter konkluderede Domstolen,

»[vedrørende den anden del af dette spørgsmål] nemlig om det pågældende forbuds umiddelbare virkning forpligter de nationale retter til at anvende det, uden at man heroverfor kan påberåbe sig nogen national bestemmelse, påhviler det den interne retsorden i hver enkelt medlemsstat at vedtage retsregler med henblik på opnåelsen af dette mål« (præmis 9).

I Steinike-dommen[10] anførte Domstolen, at

»for nye støtteforanstaltninger, som medlemsstaterne måtte påtænke at indføre, er der fastlagt en forudgående procedure, uden hvilken en støtte ikke kan anses som lovligt indført« (præmis 9),

og Domstolen anførte herefter, at

»[begrænsningen af privates mulighed for at støtte ret på] artikel 92 ... imidlertid ikke [betyder], at der ikke, bortset fra tilfælde, hvor støtten er indført i strid med artikel 93, stk. 3, kan forelægges tvister for de nationale retter, som nødsager dem til at fortolke — i givet fald efter anvendelse af proceduren i Traktatens artikel 177 — og til at anvende bestemmelserne i artikel 92, uden at de for så vidt kan fastslå, om en statsstøtte er uforenelig med Traktaten;

en national ret kan således være nødt til at fortolke og anvende det i artikel 92 omhandlede støttebegreb for at fastslå, om en statslig foranstaltning, som er indført uden iagttagelse af den forudgående kontrolprocedure efter artikel 93, stk. 3, skulle have været underkastet denne procedure«.

Det fremgår af denne retspraksis, at det på nationalt plan er afgørende, at fællesskabskontrollen er gennemført, idet støtten i modsat fald ikke kan anses for *lovligt ind-*

8 — Dom af 19. juni 1973, Capolongo, 77/72, Sml. s. 611.

9 — Dom af 11. december 1973, Gebr. Lorenz GmbH (nævnt ovenfor i note 7); dom af 11. december 1973, Markmann KG, 121/73, Sml. s. 1495; dom af 11. december 1973, Nordsee, Deutsche Hochseefischerei GmbH, 122/73, Sml. s. 1511; dom af 11. december 1973, Fritz Lohrey, 141/73, Sml. 1973, s. 1527.

10 — Dom af 22. marts 1977, Steinike og Weinlig, 78/76, Sml. s. 595.

ført og følgelig ikke kan have *nogen som helst virkning.*

Det må herefter lægges til grund, at den procedure (ved lovgivning eller administrativt), hvorved en støtte er indført, ikke er afsluttet, så længe Kommissionen ikke, og vel at mærke med et positivt resultat, har gennemført den »præventive« kontrol med, om støtten er EF-forenelig. Denne kontrol er således en lovhjemlet gyldighedsbetingelse af konstitutiv karakter, hvis væsentligste virkning tillige er begrundet med, at kontrollen vedrører *indholdet* af den statslige foranstaltning samt — som også understreget af Domstolen — indebærer politiske og økonomiske vurderinger, der i vidt omfang beror på et skøn.

Det følger af det anførte, at for en national retsinstans kan enhver, der har en retlig interesse, dels gøre gældende, at den *retsakt, der hjemler* støtten, er uforenelig med fællesskabsretten, såfremt den giver hjemmel til at gennemføre støtten uden hensyn til kontrollen på fællesskabsplan, dels under alle omstændigheder gøre gældende, at de *gennemførelsesforanstaltninger,* der er truffet i denne forbindelse, er ulovlige.

Såfremt der herved er tale om forvaltningsforanstaltninger, kan disse i øvrigt tilbagekaldes efter reglerne om tilbagekaldelse af ulovlige forvaltningsakter, og der knytter sig her en særlig væsentlig offentlig interesse til tilbagekaldelsen, eftersom de pågældende foranstaltninger kan pådrage staten et ansvar på internationalt plan.

Over for en tilsidesættelse af gennemførelsesforbuddet kan der endvidere på nationalt plan anvendes *sikrende retsmidler* (navnlig udsættelse med udbetalingen af den støtte, hvis forenelighed med fællesmarkedet ikke er prøvet) samt *erstatningssøgsmål* mod de offentlige myndigheder (søgsmål kan såvel tænkes anlagt af konkurrenterne, der har lidt skade som følge af en ulovligt gennemført støtte, som af den, hvis støtte er sat i bero eller blevet annulleret på grund af tilsidesættelsen af bestemmelserne om proceduren) [11].

8. Det må imidlertid også bemærkes, at muligheden for på internt plan at gribe ind over for tilsidesættelser af artikel 93, stk. 3, konkret begrænses af en række faktorer. Blandt disse er:

a) Den manglende klarhed med hensyn til de foranstaltninger, der gennemføres af staterne, og med hensyn til Kommissionens eventuelle beslutninger under den indledende kontrolfase: Der findes p.t. ingen ordning vedrørende offentliggørelse af anmeldelser om nye støtteforanstaltninger eller af Kommissionens eventuelle beslutning om ikke at indlede proceduren i artikel 93, stk. 2, for så vidt angår anmeldte støtteforanstaltninger, og de potentielt berørte personer mangler således de oplysninger, der er nødvendige for at anlægge sag i rette tid [12];

b) afvigelserne mellem de forskellige retsordener i henseende til betingelserne for og omfanget af domstolsbeskyttelsen (jfr. f.eks. forvaltningsdomstolenes begrænsede adgang til at behandle sager om retssikrende foranstaltninger);

11 — Disse spørgsmål blev behandlet indgående på den 12. FIDE-kongres (Paris, 1986), og jeg henviser vedrørende de nærmere enkeltheder til rapporterne herfra.

12 — Jfr. rapporterne fra FIDE-kongressen (ovenfor note 11), s. 205 og s. 296, samt E. H. Pinacker Hordijk: »Judicial protection of private interests under the EEC competition rules relating to State aids«, i *Legal Issues of European Integration,* 1985/1, s. 67 (navnlig s. 74-78).

c) de særlige vanskeligheder i forbindelse med gennemførelsen af visse former for søgsmål (vedrørende erstatningssøgsmål skal navnlig nævnes vanskelighederne — navnlig på et marked, der ikke beherskes af nogle få virksomheder — med hensyn til at fastslå en årsagsforbindelse mellem den ydede støtte og det påståede tab [13]);

d) en vis utilbøjelighed hos de støttede virksomheders konkurrenter med hensyn til at gå til domstolene — selv hvor dette ikke er forbundet med vanskeligheder af betydning — eftersom det ofte af forskellige grunde foretrækkes at formå de offentlige myndigheder til at give konkurrenterne lignende eller samme støtte [14];

e) den afvisende holdning, som især visse retter indtager over for at anerkende og systematisk anvende princippet om »den direkte virkning«, såvel i almindelighed som konkret i forbindelse med de her omhandlede bestemmelser, en holdning, der kan afskrække fra at benytte de interne rettergangsmuligheder [15], idet udfaldet heraf bliver mere usikkert.

9. Uanset disse vanskeligheder kan den interne retsbeskyttelse dog ikke anses for helt ineffektiv.

Jeg kan her henvise til to domme, der er afsagt af den italienske forfatningsdomstol [16], hvorved en regional støttelovgivning, som regionalforsamlingen havde vedtaget før afslutningen af EF-kontrolproceduren, kendtes forfatningsstridig [17].

En afgørelse af større interesse — fordi den klarere angiver »den direkte virkning« af artikel 93, stk. 3, som hjemmel — er en dom afsagt af Court of Appeal, London, den 24. februar 1986 (Attorney-General mod Imperial Chemical Industries), hvori det fastslås, at myndigheden er forpligtet til »not to implement the aid or plan unless and until the Commission (has) approved it« [18].

Der er dernæst på det seneste ikke så få tegn på en udvikling i national retspraksis om støtte [19], der viser, at man i højere grad er opmærksom på betydningen af disse spørgsmål, ligesom modstanden mod at lade den direkte virkning slå fuldt igennem gradvist og sikkert fortager sig.

Kommissionen kunne for øvrigt selv bidrage til at løse nogle af de nævnte vanskeligheder, navnlig ved at indføre en tiltrængt ordning for offentliggørelse af anmeldelserne om støtteprojekterne.

13 — Jfr. FIDE-rapporterne (nævnt ovenfor i note 11), s. 79 og s. 299.

14 — Jfr. FIDE-rapporterne (nævnt ovenfor i note 11), s. 78.

15 — Jfr. FIDE-rapporterne (nævnt ovenfor i note 11), s. 183; jfr. også det italienske Consiglio di Statos dom af 24. januar 1989, der udtrykkeligt frakender en kommissionsbeslutning i henhold til artikel 93, stk. 2, direkte virkning.

16 — Corte costituzionale, 9. april 1963, nr. 49, Foro italiano, 1963, I, 859, og 8. juli 1969, nr. 120, a. st., 1969, I, 2069.

17 — Corte costituzionale fandt, at de regionale besluttende organer havde overskredet grænserne for den lovgivningsbeføjelse, som de har fået tillagt, da de ikke havde taget hensyn til forskrifterne om fremgangsmåden i Traktatens artikel 93, stk. 3, hvorom der var lovgivet af de kompetente statsinstitutioner.

18 — Jfr. J. Flynn: »Can misapplication of a fiscal measure constitute state aid?«, i *Eur. Law Rev.*, 1986. s. 232.

19 — Som eksempel kan nævnes sagerne ved de italienske forvaltningsdomstole om en række bestemmelser i lov nr. 64 af 1. marts 1986 (den almindelige ordning vedrørende ekstraordinære foranstaltninger i Mezzogiorno), som har givet anledning til flere præjudicielle sager, der for tiden verserer ved Domstolen; jfr. ligeledes den væsentlige afgørelse af 22. januar 1985, forvaltningsretten i Lazio, Tredje Afdeling, i *Foro amministrativo* 1985, s. 941.

I lyset af det således anførte mener jeg, at de nationale domstoles »diffuse kontrol« med, at medlemsstaterne overholder gennemførelsesforbuddet i artikel 93, stk. 3, udgør og endnu mere i fremtiden kan udgøre et vigtigt kontrolinstrument. Det er derfor ønskeligt, at Domstolen i sagen her bekræfter, at »stand still-forpligtelsen« har direkte virkning, samt understreger, at dette indebærer, at enhver, der er berørt, kan påstå en for tidligt udbetalt støtte kendt ulovlig under anvendelse af *samtlige de søgsmålsformer*, der er hjemlet inden for det nationale retssystem.

10. Med hensyn til de retsvirkninger, som en tilsidesættelse af artikel 93, stk. 3, har på fællesskabsplan, bemærkes, at dette spørgsmål allerede flere gange er blevet behandlet såvel af Domstolen som af Kommissionen selv.

Der er et første punkt, som må gøres helt klart: det ligger i selve ordningen med forhåndskontrol og følger navnlig af »stand still-forpligtelsens« karakter af »beskyttelsesklausul«, at det er ulovligt at gennemføre en støtte i strid med bestemmelserne om fremgangsmåden i artikel 93, stk. 3. Det første spørgsmål er således, efter hvilken procedure denne ulovlighed kan fastslås.

I sagen Italien mod Kommissionen[20] fastslog Domstolen klart, at Kommissionen, såfremt en medlemsstat tilsidesætter forpligtelserne i henhold til artikel 93, stk. 3, har to *sideordnede* retsmidler: proceduren efter artikel 169 og proceduren i henhold til artikel 93, stk. 2[21]. Tilsidesættelsen af fællesskabsbestemmelserne kan med andre ord fastslås (i tilfælde af manglende overholdelse af anmeldelsespligten eller »stand still-forpligtelsen«) enten selvstændigt ved anvendelse af den generelle procedure eller i forbindelse med bedømmelsen af støttens materielle forenelighed. Der er i øvrigt intet til hinder for, at begge procedurer gennemføres sideløbende, såfremt Kommissionen finder dette nødvendigt[22].

Der er rigeligt med eksempler herpå. I sagen Kommissionen mod Den Franske Republik, 171/83, anlagde Kommissionen således *i medfør af artikel 169* sag mod Frankrig, der havde gennemført et (anmeldt) støtteprojekt, selv om den kontradiktoriske procedure i artikel 93, stk. 2, var indledt. I nævnte sag indgav Kommissionen samtidig med sagsanlægget endvidere i henhold til Traktatens artikel 186 begæring om foreløbige forholdsregler, hvorunder den krævede den omtvistede støtte indstillet øjeblikkeligt[23].

De tilfælde, hvor Kommissionen med hensyn til støtte, der var gennemført i strid med artikel 93, stk. 3, har foretrukket straks at iværksætte proceduren i *artikel 93, stk. 2*, er også forskellige. Som eksempler herpå kan ikke blot anføres den førnævnte sag Italien mod Kommissionen, men også sagen Belgien mod Kommissionen, kendelsen i Deufil-sagen og sagen Kommissionen mod For-

20 — Dom af 2. juli 1974, Italien mod Kommissionen, 173/73, Sml. s. 709.

21 — Domstolen udtalte navnlig, at »Kommissionens retsmidler ikke [kan] være begrænset til anvendelsen af den mere komplicerede fremgangsmåde i artikel 169«.

22 — Jfr. A. Dashwood: »Control of State aids in the EEC: prevention and cure under article 93«, *C. M. L. R.*, volume 12, 1975.

23 — Begæringen blev taget til følge af Domstolen ved den førnævnte kendelse af 20. september 1983 (Kommissionen besluttede efterfølgende at hæve hovedsagen).

bundsrepublikken Tyskland [24]. I de to sidstnævnte tilfælde vedtog Kommissionen — som også i sagen her — som afslutning på artikel 93, stk. 2-proceduren en beslutning, hvori Kommissionen fastslår, at støtten dels er ulovlig (på grund af tilsidesættelse af forpligtelserne vedrørende fremgangsmåden), dels materielt uforenelig med fællesmarkedet.

11. Kommissionen har selv generelt flere gange fastslået, at det er muligt at anvende disse procedurer med henblik på at sanktionere overtrædelser af artikel 93, stk. 3. I meddelelsen af 30. september 1980 (EFT C 252, s. 2) fastslog Kommissionen, at støtte ikke må udbetales i strid med artikel 93, stk. 3, og meddelte derefter

»Såfremt der spores en tendens til, at medlemsstaterne systematisk eller åbenbart misligholder deres forpligtelser, vil de systematisk blive forfulgt *i henhold til Traktatens artikel 169 eller ved hjælp af andre foranstaltninger efter Traktaten.*«

Kommissionen har senere taget spørgsmålet op på ny i meddelelsen af 24. november 1983 (EFT C 318, s. 3) [25]. I den *Femtende Rapport om Konkurrencepolitikken* nævner Kommissionen tillige, at den har instrueret sine tjenestegrene om at indlede proceduren i henhold til artikel 93, stk. 2, automatisk, såfremt en medlemsstat ikke reagerer på en anmodning om anmeldelse inden for den frist, som man har givet den.

12. Dette er således de procedurer, der kan anvendes på fællesskabsplan. Det bør i denne forbindelse fremhæves, at disse procedurer ikke blot afsluttes ved den blotte konstatering af, at der foreligger en overtrædelse. Den faktiske konstatering af, at der er ydet støtte i strid med artikel 93, stk. 3, har en vigtig *materiel* retsvirkning, nemlig muligheden for at anmode medlemsstaterne om at *kræve den ulovligt udbetalte støtte tilbagebetalt* [26].

Kommissionens beføjelse til at pålægge medlemsstaterne at gennemføre en sådan tilbagebetaling i selve den beslutning (i henhold til artikel 93, stk. 2), der tager stilling til, om støtten er EF-forenelig, har været anerkendt af Domstolen fra og med dens dom af 12. juli 1973 i sag 70/72 [27].

Det bemærkes, at eftersom tilbagebetalingen tilgodeser det formål at *håndhæve de EF-bestemmelser*, der er overtrådt, idet støtten er ydet ulovligt, kan den pålægges gennemført uafhængigt af, om den pågældende støtte er fundet forenelig eller uforenelig med de materielle bestemmelser. Dette fremgår af den

24 — Dom af 10. juli 1986, Belgien mod Kommissionen, 234/84, Sml. s. 2263; kendelse af 6. februar 1986, Deufil GmbH & Co. KG, 310/85 R, Sml. s. 537; dom af 2. februar 1989, Kommissionen mod Forbundsrepublikken Tyskland, 94/87, Sml. s. 175.

25 — I begge disse meddelelser henviste Kommissionen navnlig til Capolongo-dommen vedrørende den direkte virkning af artikel 93, stk. 3.

26 — Jfr. den nævnte meddelelse af 24. november 1983, hvorefter »Kommissionen ... følgelig [vil] give de potentielle modtagere af statsstøtte underretning om, at retten til et støttebeløb, som måtte blive ydet dem ulovligt, i givet fald vil blive anfægtet, således at enhver, der har modtaget en ulovlig støtte, fordi Kommissionen endnu ikke har truffet en endelig beslutning om dens forenelighed med Traktaten, kan pålægges at tilbagebetale støtten. Så snart Kommissionen bliver bekendt med, at en medlemsstat har vedtaget støtteforanstaltninger uden at have overholdt de forpligtelser, der gælder ifølge artikel 93, stk. 3, vil den i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* offentliggøre en særlig advarsel, hvori den gør de potentielle støttemodtagere opmærksom på, at retten til støttebeløbet i givet fald vil blive anfægtet«. Det bemærkes (jfr. Kommissionens svar på skriftlig forespørgsel nr. 181/88, EFT C 151 af 19.6.1989, s. 9), at den ulovligt ubetalte støtte, som Kommissionen har krævet tilbagebetalt, beløb sig til i alt 5 mio. ECU i 1985, 11 mio. ECU i 1986 og 747 mio. ECU i 1987 (i dette sidste tal indgår de 210 mio. ECU, der kræves tilbagebetalt af virksomheden Tubemeuse).

27 — Dom af 12. juli 1973, Kommissionen mod Forbundsrepublikken Tyskland, 70/72, Sml. s. 813.

førnævnte sag Italien mod Kommissionen, hvori Domstolen udtalte:

»... ånden og systemet i artikel 93 [indebærer] at Kommissionen, når den konstaterer, at en støtte er blevet indført eller ændret under tilsidesættelse af stk. 3, og *navnlig når den finder, at denne støtte ikke er forenelig med fællesmarkedet i henhold til artikel 92*, skal kunne træffe beslutning om, at den pågældende medlemsstat bør ophæve eller ændre støtten, uden at Kommissionen er forpligtet til at indrømme en frist, og således at sagen kan indbringes for Domstolen, hvis den omhandlede stat ikke retter sig herefter med fornøden omhu« (præmis 16).

Det følger heraf, at uanset den materielle bedømmelse er og bliver en støtte, der er udbetalt, før kontrollen er afsluttet, ulovlig. Ligesom den nationale dommer, der anvender retsmidlerne i henhold til den interne retsorden, kan også Kommissionen fastslå denne ulovlighed i den beslutning, hvori den tager stilling til forenelighedsspørgsmålet — selv om dette besvares bekræftende — og herved drage de fornødne konsekvenser, for så vidt angår tilbagebetalingen.

Kommissionen ses imidlertid aldrig at have krævet tilbagebetaling af en støtte, der er fundet forenelig ex nunc. Måske er dette en for forsigtig holdning, idet en mere håndfast praksis ville gøre det klarere, at støtte, der er ydet i strid med suspensionsbestemmelsen i artikel 93, stk. 3, kan anfægtes. Medlemsstaterne ville i så fald formentlig føle sig tilskyndet til at anmelde støtteprojekter og ikke gennemføre dem i utide, i det mindste ikke sådanne støtteprojekter, der så godt som sikkert — eventuelt med visse i enighed gennemførte ændringer — er omfattet af en af undtagelserne i artikel 92, stk. 3.

13. Det fremgår af det anførte, at der på fællesskabsplan kan gribes ind over for en tilsidesættelse af artikel 93, stk. 3, og at den ulovligt ydede støtte i denne forbindelse vil kunne kræves tilbagebetalt. Kommissionen har imidlertid anført, at effektiviteten af denne »sanktion« i praksis er stærkt begrænset, fordi beslutningen i medfør af artikel 93, stk. 2, der eventuelt indeholder et pålæg om tilbagebetaling af støtten, træffes længe efter, at staten har truffet foranstaltningen. Det kan følgelig vise sig vanskeligt at gennemføre tilbagebetalingen af det uretmæssigt udbetalte beløb.

Det er klart, at den langvarige kontrolprocedure er et reelt problem, ikke alene fordi den som netop nævnt forringer chancerne for at genoprette status quo ante fuldstændigt, men navnlig fordi den ulovlige gennemførelse af en støtte, der senere fastslås at være uforenelig med fællesmarkedet, under alle omstændigheder skaber konkurrenceforvridninger, som ikke kan afhjælpes [28].

Det skal dog generelt bemærkes, at det er Kommissionens ansvar at overvåge gennemførelsen af denne procedure, også for så vidt angår dens *varighed*. Også på dette særlige punkt er Kommissionen i øvrigt ikke helt »uden våben«.

Staternes eventuelle forhalingsmanøvrer — der konkret kommer til udtryk ved tilbøjeligheden til ikke at meddele de krævede oplysninger rettidigt — er for det første ikke uden konsekvenser, der rammer medlems-

28 — Jfr. her rapporterne fra FIDE-kongressen (ovenfor note 11), s. 359, hvori det anføres, at »the longer the gap between grant and recovery, the less effective recovery is«, hvorved det dog tilføjes, at »the gap is further lengthened by the Commission's dilatoriness in enforcing recovery orders when Member States refuse to comply with them«.

staterne i denne situation. Der påhviler nemlig medlemsstaterne en samarbejdsforpligtelse, der indebærer, at de loyalt skal medvirke ved tilvejebringelsen af oplysninger under kontrolproceduren, og det er endog klart, at en medlemsstat ikke kan påberåbe sig en mangel ved bedømmelsen af en støtte, der skyldes, at staten ikke beredvilligt har meddelt de ønskede oplysninger[29].

I sag 234/84[30] har Domstolen således fastslået, at retmæssigheden af Kommissionens beslutning (i henhold til artikel 93, stk. 2), som bl. a. karakteriserede en kapitaltilførsel fra den belgiske stat som støtte,

»skal vurderes i forhold til de oplysninger, som Kommissionen sad inde med på det tidspunkt, hvor den gennemførte den« (præmis 16)[31].

I samme dom udtalte Domstolen, at begrundelsen for den omtvistede beslutning kunne anses for tilstrækkelig,

»selv om beslutningens begrundelse er meget kortfattet, hvilket til dels skyldes det manglende samarbejde fra den belgiske regerings side« (præmis 22).

Det følger af det anførte, at Kommissionen ikke er totalt afskåret fra at fastsætte den »rytme«, som den skønner passende under hensyn til sagens presserende karakter. Den kan fastsætte rimeligt korte frister og herved præcisere, at de skal overholdes, og således at en eventuel mangel på samarbejde fra den stat, der har ydet støtten, alene får konsekvenser til skade for denne stat.

Det forhold, som jeg her har gjort opmærksom på, forekommer mig at være særlig væsentligt med henblik på de virkelige problemer, som Kommissionen skal løse. Og Domstolen har rig lejlighed til at håndhæve og stadigt stærkere grundfæste denne »samarbejdsforpligtelse« for staterne og præcisere dens retsvirkninger, også for så vidt angår Kommissionens begrundelsespligt. Jeg mener rent ud sagt, at staterne har en egentlig bevisbyrde med hensyn til de oplysninger og data, der skal meddeles Kommissionen med henblik på den behørige anvendelse af artikel 92, stk. 3, en bestemmelse, der — som det ikke må glemmes — hjemler undtagelser fra det generelle forbud mod støtte, der fastslås i artikel 92, stk. 1. Det påhviler således medlemsstaterne straks i forbindelse med anmeldelsen og senest inden udløbet af den fastsatte frist at meddele enhver oplysning til Kommissionen, der kan begrunde en undtagelse fra forbuddet. Det følger klart heraf, at omfanget af den begrundelse, som Kommissionen skal give, nødvendigvis må svare til de oplysninger, den har modtaget fra medlemsstaterne.

14. For det andet — og dette er efter min mening af særlig stor interesse — findes der et særligt retsmiddel, hvorved man i tide kan gribe ind over for ulovlig gennemførelse af en støtte, uden at det har betydning, hvor længe proceduren for prøvelse af de mate-

29 — At der på dette punkt gælder en særlig samarbejdsforpligtelse, som er et konkret eksempel på den almindelige forpligtelse i henhold til Traktatens artikel 5, understreges af Smit & Herzog: *The Law of the EEC*, 1982, bind 3, s. 414 f., hvor det anføres: »Article 93 (1) obligates the Member States to co-operate with the Commission in its investigation and to supply it with all necessary data. This obligation receives further support from article 5, paragraph 1.«

30 — Dom af 10. juli 1986, Belgien mod Kommissionen, 234/84, Sml. s. 2263.

31 — Om samarbejdsforpligtelsens rækkevidde i forbindelse med artikel 93, stk. 2-proceduren henvises navnlig til Smit & Herzog (ovenfor note 29), s. 415, hvor det anføres: »Although the Member State wishing to grant an aid does not have the burden of proof in the technical sense, it must supply the Commission with those facts and data which the Commission cannot conveniently obtain itself.«

rielle betingelser varer. Som jeg allerede har anført, kan Kommissionen således med hjemmel i artikel 169 gribe ind over for den stat, der ikke har overholdt forbuddet mod gennemførelse, idet Kommissionen samtidig hermed (i henhold til artikel 186) kan anmode Domstolen om at træffe de fornødne foreløbige foranstaltninger. Det skal her bemærkes, at i den tidligere nævnte sag — sag 171/83 — blev Domstolens kendelse, der imødekom begæringen om foreløbige foranstaltninger, afsagt blot tre måneder efter datoen for Kommissionens åbningsskrivelse. Så vidt jeg kan se, har man her et effektivt middel (også i betragtning af den betydning, som en kendelse fra Domstolen kan have under en eventuel retssag på nationalt plan om det samme spørgsmål) og især et hensigtsmæssigt middel, eftersom det kan bringes i anvendelse rimeligt hurtigt, efter at Kommissionen har modtaget den første oplysning om den ydede støtte.

Dette er imidlertid ikke det hele. Kommissionen har nemlig den beføjelse — som den aldrig har udøvet, men som Domstolen imidlertid udtrykkeligt har fastslået, at den har — at den selv kan træffe *uopsættelige, foreløbige foranstaltninger.* I dommen i sag 70/72, jfr. ovenfor, anførte Domstolen, ganske vist som et obiter dictum, at bestemmelsen i artikel 93, stk. 3,

»indebærer beføjelse for Kommissionen til i påkommende tilfælde at træffe umiddelbare, foreløbige foranstaltninger«.

Ved at træffe sådanne foranstaltninger kan man efter min mening løse en stor del af de vanskeligheder, som Kommissionen har påpeget. Kommissionen kan således ved sin egen beslutning — der ganske vist er foreløbig — tvinge medlemsstaterne til at opfylde forpligtelserne i henhold til artikel 93, stk. 3. En sådan beslutning vil endvidere, idet den er direkte anvendelig, kunne påberåbes for de nationale domstole. Endelig bemærkes, at sådanne foranstaltninger kan besluttes inden for få dage efter oplysningen om, at en støtte er gennemført, da det blot skal oplyses, hvorvidt en stat har ydet støtte til en virksomhed, uden at den foreskrevne kontrol er gennemført. Denne reaktion er øjeblikkelig og gør det dermed muligt at minimere — eller fuldstændigt eliminere — risikoen for, at den udbetalte støtte fastlåser forholdene, som dermed ikke kan ændres, eller fører til konkurrenceforvridninger, der ikke længere kan ophæves.

Hvad enten de foreløbige foranstaltninger vedtages af Domstolen eller af Kommissionen, er de også på grund af deres fleksible indhold et særligt egnet retsmiddel. De kan dels bruges til at forhindre statslige foranstaltninger, dels til at få udsat gennemførelsen heraf, dels og endelig til at påbyde tilbagebetaling af allerede udbetalte beløb. De synes således at være det bedst egnede middel til straks at få genoprettet status quo ante, hvor dette er nødvendigt, for at den senere, endelige beslutning ikke i det væsentlige skal blive virkningsløs som følge af gennemførelsen af støtten.

15. På grundlag af den foretagne gennemgang er det muligt at tage konkret stilling til den opfattelse, som Kommissionen har hævdet i nærværende sag.

Som jeg allerede har anført, ønsker Kommissionen, at Domstolen statuerer, at Kommissionen har en beslutningskompetence, der efter sin art, sit indhold og sine virkninger adskiller sig fra de beføjelser, som jeg indtil nu har gennemgået.

Der skal således være tale om en beslutning, hvorved

— det fastslås, at en konkret, statslig foranstaltning har karakter af støtte i betydningen i artikel 92, stk. 1, og at den er ulovlig, da den er gennemført i strid med artikel 93, stk. 3;

— staten anmodes om at kræve den (anmeldte eller ikke anmeldte) støtte tilbagebetalt som udbetalt for tidligt og dermed ulovligt.

For det andet, og dette er hovedpunktet, hævdes det, at prøvelsen af, om det i forbindelse med artikel 93, stk. 2-proceduren er muligt at anvende undtagelserne i artikel 92, stk. 3, kun skal foretages, såfremt en sådan anmeldelse og / eller tilbagebetaling har fundet sted.

En stillingtagen hertil skal således være helt uafhængig af proceduren i henhold til artikel 93, stk. 2, eftersom den er uafhængig af og endog overflødiggør en undersøgelse af forenelighedsspørgsmålet i medfør af artikel 92, stk. 3. Til forskel fra beslutningerne om retssikrende foranstaltninger, som jeg først har gennemgået, er en sådan beslutning endvidere *definitiv*, idet Kommissionen alt efter omstændighederne ikke behøver at indlede eller fortsætte artikel 93, stk. 2-proceduren.

16. Kommissionens argumentation er absolut ikke uden logisk stringens. Det er dernæst klart, at denne opfattelse giver Kommissionen en væsentlig større handlefrihed: den bliver den, der »styrer« kontrolproceduren, med mulighed for at fastlægge procedurens gennemførelse efter et vidt skøn, og den har især i sager om ulovligt gennemført støtte mulighed for at afgøre, om der er anledning til at foretage en bedømmelse af sådan støtte i henhold til artikel 92, stk. 3 [32], samt bestemme fremgangsmåden herfor.

Selv om jeg i vidt omfang kan tilslutte mig den argumentation og de hensyn, der motiverer denne opfattelse, må jeg dog give udtryk for betænkeligheder ved de mest nyskabende og vidtgående konsekvenser heraf. Der kan i denne forbindelse nævnes en række relevante betragtninger af såvel principiel som praktisk karakter.

Der kan for det første sættes spørgsmålstegn ved hjemmelen for den beslutningskompetence, som Kommissionen gør krav på. Som jeg har anført, kan tilsidesættelsen af forpligtelserne i artikel 93, stk. 3, enten generelt fastslås af Domstolen under et søgsmål i medfør af artikel 169 eller — undtagelsesvis — af Kommissionen ved en beslutning i henhold til artikel 93, stk. 2, hvis formål ellers i det væsentlige er at kontrollere, at en støtte er *EF-forenelig*. Beføjelsen til at træffe beslutninger, der *endeligt* afgør spørgsmålet om en støttes *ulovlighed* isoleret fra prøvelsen af forenelighedsspørgsmålet og *proceduren herfor*, falder derimod klart uden for de to førnævnte procedurer.

32 — Det skal i øvrigt bemærkes, at såfremt man i det hele accepterer Kommissionens opfattelse, følger det heraf nødvendigvis, at i tilfælde af ulovlighed på grund af tilsidesættelse af artikel 93, stk. 3, vil en undersøgelse af spørgsmålet om forenelighed i henhold til artikel 92, stk. 3, være helt udelukket, da der ikke efter opfattelsen — allerede på grundlag af en juridisk korrekt fortolkning — ses at være noget skøn for Kommissionen (eller for Domstolen, således som Kommissionen også selv har anført i sit indlæg).

Denne indvending er dog ikke i sig selv uovervindelig. At få fastslået, at en støtte er ulovlig, er faktisk forudsætningen for den konstitutive beslutning i henhold til artikel 93, stk. 2, hvorved der gives pålæg om at kræve støtten tilbagebetalt. Den udtrykkelige beføjelse[33] hertil indebærer således som en forudsætning beføjelsen til at fastslå, at gennemførelsesforbuddet og anmeldelsesforpligtelsen er tilsidesat.

Kommissionen stiller ganske vist normalt krav om tilbagebetaling af en støtte, der er gennemført ulovligt, i den samme beslutning, som behandler spørgsmålet om forenelighed. Dette er imidlertid to uafhængige spørgsmål, for så vidt som der — som fastslået af Domstolen — kan stilles krav om tilbagebetaling ab initio af en støtte, der samtidig, omend kun med virkning ex nunc, findes at være forenelig. Der er derfor intet til hinder for, at Kommissionen, også før den tager stilling til spørgsmålet om forenelighed, kan fastslå, at den statslige foranstaltning er iværksat retsstridigt, og kræve den tilbagekaldt.

Hensigtsmæssighedsbetragtninger kan imidlertid i praksis tale for, at der som afslutning på proceduren i henhold til artikel 93, stk. 2, træffes én enkelt beslutning, der samtidigt afgør begge spørgsmål. For det første for at forenkle behandlingen, idet det er muligt i det hele at afgøre spørgsmålet om den pågældende støttes gyldighed og tidsmæssige virkning ved én retsakt og herved træffe afgørelse om støtten for så vidt angår fortiden (vedrørende en eventuel ulovlig gennemførelse) og for så vidt angår fremtiden (vedrørende dens materielle forenelighed). Der foreligger imidlertid også et principielt hensyn. Et pålæg om tilbagebetaling er ikke en automatisk følge af, at gennemførelsen er ulovlig. Det er Kommissionen, der afgør, hvorvidt den bør give et sådant pålæg, på grundlag af vurderinger, der i vidt omfang er udtryk for et skøn. Det kan derfor være hensigtsmæssigt, at den endelige afgørelse om tilbagebetalingsspørgsmålet træffes, når proceduren i henhold til artikel 93, stk. 2, er afsluttet, dvs. når Kommissionen — efter bl.a. at have hørt alle berørte parter — har alle de oplysninger, der er nødvendige for at bedømme støttens påvirkning af markedet, og således kan udøve sit skøn bedst muligt.

Dette har naturligvis intet at gøre med den beføjelse, der tilkommer Kommissionen — under artikel 93, stk. 2-proceduren, eller endog før denne procedure er iværksat — til at træffe foreløbige og uopsættelige foranstaltninger over for ulovligt gennemført støtte; beslutningerne herom har her foreløbig og ikke endelig karakter.

17. Som jeg allerede har understreget flere gange, er dette ikke det afgørende punkt. Det helt nye i Kommissionens opfattelse er, at den omstændighed, at støtten er indført ulovligt — uanset hvorledes ulovligheden fastslås — skal kunne fritage Kommissionen fra at iværksætte eller gennemføre prøvelsen af spørgsmålet om forenelighed.

Det er dette punkt, der giver anledning til de største betænkeligheder.

33 — Hjemmelen for befojelsen til at fastslå, at en stotte er ulovlig, kunne umiddelbart også synes at være indeholdt i bestemmelserne i artikel 93, stk. 2, i henhold til hvilke Kommissionen kan træffe beslutning om, at en stotte skal ophæves, også såfremt stotten »*misbruges*». Dette udtryk synes imidlertid retteligt at skulle forstås ikke som en henvisning til stotte, der er ydet i strid med artikel 93, stk. 3, men stotte, der først i *gennemforelses*fasen viser sig at være uforenelig med fællesmarkedet. I disse tilfælde vil Kommissionen følgelig træffe en beslutning om stottens materielle *forenelighed*, men ikke en beslutning om eventuel ulovlighed.

Der er i så henseende ingen tvivl om, at det er ulovligt at undlade anmeldelse og især at gennemføre støtten for tidligt. Disse forhold er en åbenbar tilsidesættelse af forpligtelserne i artikel 93, stk. 3.

Det er lige så klart, at en sådan tilsidesættelse ændrer de vilkår, hvorunder prøvelsen af EF-foreneligheden skal finde sted. Idet prøvelsen ikke længere finder sted med henblik på *anmeldte støtteprojekter*, gennemføres den således i en *anormal situation*, dvs. en situation der er grundlæggende forskellig fra den, som Traktaten har for øje.

18. Men er disse hensyn tilstrækkelige til at begrunde — det hævder Kommissionen — at prøvelsen af foreneligheden *kan undlades*?

Efter min opfattelse skal dette spørgsmål besvares benægtende.

Jeg bemærker først, at forpligtelserne i henhold til artikel 93, stk. 3, vedrører fremgangsmåden. De vedrører forskrifterne for, hvorledes kontrollen skal gennemføres, og de er følgelig *accessoriske* i forhold til kontrollen.

Som følge af deres formål og beskaffenhed har disse forpligtelser kun betydning under kontrolfasen; såfremt de tilsidesættes, er virkningen heraf, som jeg har anført, at den retsakt, der er hjemmel for støtten, samt de gennemførelsesforanstaltninger, der er truffet under kontrollen, er ulovlige. Er der imidlertid først truffet en afgørelse om foreneligheds spørgsmålet — forenelig eller uforenelig — har den tidligere krænkelse af forpligtelserne vedrørende fremgangsmåden fra den nævnte afgørelses tidspunkt ikke længere nogen betydning. Så snart afgørelsen om foreneligheden foreligger, er det alene denne, der ex nunc regulerer den omhandlede støtteordning; det forhold, at tidligere gennemførelsesforanstaltninger måtte være ugyldige — lad det være sagt endnu en gang — består naturligvis uændret.

I denne forstand kan forholdet mellem artikel 93 og artikel 92 ikke sammenlignes med forholdet mellem artikel 92 og en hvilken som helst anden materiel bestemmelse i Traktaten, som f. eks. artikel 30 eller artikel 95.

For så vidt angår overlappende, materielle bestemmelser (der ikke hænger sammen som hovedregel og undtagelse), kan den omstændighed, at en national foranstaltning er i strid med den ene af disse bestemmelser, faktisk gøre det overflødigt at bedømme foranstaltningen i relation til den anden bestemmelse: foranstaltningen må nemlig i alle tilfælde anses for uforenelig med fællesmarkedet, selv om begrundelsen herfor findes andetsteds end i de særlige bestemmelser om støtte i artikel 92 og artikel 93.

En tilsidesættelse af den foreskrevne fremgangsmåde i artikel 93, stk. 3 — hvorefter det er ulovligt at gennemføre støtten i utide — er omvendt uden enhver betydning for bedømmelsen af *foreneligheden* i lyset af artikel 92's indhold og formål.

Selve denne sidste bedømmelse vil således altid kunne gennemføres, medmindre det fremgår, at lovgiver har ønsket at gøre overholdelsen af procedureforskrifterne til en *forhåndsbetingelse* for foreneligheds prøvelsen.

Herimod taler imidlertid navnlig Kommissionens *faste* praksis, hvorefter en overtræ-

delse af artikel 93, stk. 3, indtil nu aldrig er blevet betragtet som en hindring for at tage stilling til spørgsmålet om støttens fællesmarkedsforenelighed.

Tværtimod: krænkelsen af artikel 93, stk. 3, har — således som det også fremgår af den anfægtede beslutning — sin egen betydning, nemlig den at give grundlag for at kræve den ulovligt ydede støtte tilbagebetalt, uden i øvrigt at være til hinder for, at støtten under alle omstændigheder undersøges i materiel henseende. Jeg bemærker i øvrigt, at også i de sager, som Kommissionen har indbragt for Domstolen for at få fastslået, at artikel 93, stk. 3, er tilsidesat, har et sådant søgsmål hverken suspenderet eller forhindret den samtidige gennemførelse af kontrolproceduren [34].

At overholdelsen af forpligtelserne vedrørende fremgangsmåden ikke er en forhåndsbetingelse for forenelighedsprøvelsen, fremgår tillige af den nævnte dom 173/73, hvoraf det fremgår, at støtten kan kræves tilbagebetalt uanset udfaldet af kontrolproceduren.

Mens en tilsidesættelse af artikel 93, stk. 3, har sine særlige retsvirkninger — det være hermed sagt endnu en gang — kan den således på den anden side ikke være til hinder for, at der tages stilling til støttens materielle retmæssighed med virkning ex nunc.

19. Der er imidlertid endvidere endnu et argument, som jeg finder væsentligt.

Det må ikke glemmes, at prøvelsen af forenelighedsspørgsmålet ikke sker af hensyn til den stat, der har indført støtten, men i *Fællesskabets generelle interesse.*

Med henblik herpå skal artikel 93, stk. 2-proceduren gøre det muligt for Kommissionen at indhente alle relevante oplysninger, således at den så hurtigt som muligt kan fastslå, om en statslig foranstaltning er i overensstemmelse med eller i strid med fællesmarkedets principper. I begge tilfælde skal et *generelt retssikkerhedsprincip* overholdes [35].

Såfremt støtten findes at være uforenelig (ud over ulovlig), vil det ofte være uhensigtsmæssigt at »opstykke« kontrolproceduren ved at træffe en afgørelse om tilsidesættelsen af artikel 93, stk. 3. Det er derimod ønskeligt, at det endeligt og straks fastslås, at den statslige foranstaltning, der er tale om, ud over at have tilsidesat forpligtelserne vedrørende fremgangsmåden, er i strid med Fællesskabets interesser.

34 — Jfr. navnlig de tidligere nævnte domme 171/83, 173/73, 234/84 og 94/87.

35 — Det fremgår herved efter min mening af Domstolens praksis, at iværksættelsen og gennemførelsen af artikel 93, stk. 2-proceduren er en pligt, så snart der blot er nogen tvivl om en støttes forenelighed. Denne praksis belyses af dom af 20. marts 1984, Tyskland mod Kommissionen (84/82, Sml. s. 1451), hvorved Domstolen tog Forbundsrepublikken Tysklands påstand til følge, nemlig at Kommissionen havde tilsidesat forpligtelserne i henhold til artikel 93, stk. 2, idet den ikke havde indledt den dér omhandlede prøvelse af forenelighedsspørgsmålet. Domstolen udtalte navnlig, at »et af de væsentligste kendetegn, hvorved undersøgelsesfasen efter artikel 93, stk. 2, adskiller sig fra den indledende fase efter artikel 93, stk. 3, består i, at Kommissionen under denne indledende fase ikke er forpligtet til at give de berørte lejlighed til at fremsætte bemærkninger, inden den træffer beslutning. En sådan fremgangsmåde, der sikrer, at de øvrige medlemsstater og de berørte erhvervskredse høres, og som gør det muligt for Kommissionen at opnå fuld oplysning om alle sagens momenter, inden den træffer beslutning, er dog *undværlig*, når Kommissionen støder på alvorlige vanskeligheder ved undersøgelsen af, om en påtænkt støtte er forenelig med fællesmarkedet« (præmis 13). Selv om der i denne sag var tale om en behørigt anmeldt støtte, anser jeg Domstolens bemærkninger om forenelighedsprøvelsens karakter og formål for at have generel rækkevidde, dvs. at denne procedure også pligtmæssigt skal indledes, såfremt Kommissionen får kendskab til en ulovligt ydet støtte.

Såfremt støtten anses for forenelig — i det mindste på visse betingelser — er det endnu vigtigere, at dette fastslås erga omnes, og at støtten dermed kan komme til udbetaling hurtigt og forskriftsmæssigt.

Dette gælder navnlig, for så vidt angår undtagelserne i artikel 92, stk. 3. Det er nemligt klart, at bestemmelserne herom er indført og skal anvendes »i den fælles interesse«. Der er følgelig intet grundlag for at anse dem for uanvendelige, blot fordi den stat, der udbetaler støtten, har overtrådt artikel 93, stk. 3. Der vil ellers være fare for, at man ikke tillader udbetaling af en støtte, der er i overensstemmelse med Fællesskabets væsentlige mål og harmonerer med dets interesser.

Hertil kommer, at hvis man ville drage samtlige konsekvenser af Kommissionens opfattelse, vil også en støtte, der er omfattet af artikel 92, stk. 2 — dvs. i sig selv er lovlig — være uforenelig med fællesmarkedet, såfremt den er indført i strid med forpligtelserne i henhold til artikel 93, stk. 3.

Da det sidstnævnte retsbrud efter gældende ret kan sanktioneres selvstændigt, skal Kommissionen efter min mening under alle omstændigheder foretage undersøgelsen af støtten i lyset af undtagelserne i artikel 92, stk. 3, og kan ikke nøjes med vurderingen på grundlag af artikel 92, stk. 1. Denne vurdering er ganske vist skønspræget, men det er klart, at dens *genstand* er traktatreguleret og angivet ved indholdet af de tre stykker i artikel 92. Ligesom Kommissionen ikke kan gå ud over dette indhold, skal den også efter min opfattelse foretage en fuldstændig prøvelse af foreneligheden og herved tage hensyn til samtlige kriterier i henhold til artikel 92, herunder kriterierne i stk. 3 [36].

20. Jeg bemærker endelig, at under artikel 93, stk. 2-proceduren skal *alle de interesserede parter*, medlemsstater og private, gives lejlighed til at »fremsætte deres bemærkninger« (hvilket i øvrigt stemmer overens med hovedformålet, nemlig at sikre en så fuldstændig og nøjagtig materiel prøvelse som mulig).

Endvidere beskytter fællesskabsretten den, der har »anmeldt« en støtte til Kommissionen, idet anmelderen har kompetence til at anlægge et søgsmål, hvis genstand både kan være den kommissionsbeslutning, der erklærer støtten for forenelig, og en eventuel passivitet fra Kommissionens side, idet denne ikke i anledning af klagen træffer nogen, hverken positiv eller negativ, foranstaltning i henhold til artikel 93, stk. 2.

Det er klart, at enhver ordning, der hindrer eller forsinker den fuldstændige gennemførelse af proceduren i henhold til artikel 93, stk. 2, nødvendigvis krænker de *formelle og materielle garantier*, som tredjemænd (stater og private) har i henhold til Traktaten.

Det er følgelig min opfattelse, at Kommissionen altid, når den modtager »notitia criminis« om en støtte, *skal gennemføre proce-*

36 — Om forenelighedsprøvelsens *enhed* og *obligatoriske* karakter henvises navnlig til Smit & Herzog (jfr. ovenfor note 29), s. 415: »When investigating the incompatibility of an aid with the common market, the Commission *should also examine on its own motion* whether any of the exceptions of article 92(2) or 92(3) are applicable, in particular if the facts and the arguments advanced indicate that an exception may be applicable.«

duren i henhold til artikel 93, stk. 2, og træffe den endelige afgørelse vedrørende forenelighedsspørgsmålet.

21. Det er klart, at såfremt det var absolut nødvendigt for at sikre den effektive virkning af ordningen med forudgående kontrol, at artikel 92, stk. 3, kun anvendes, såfremt forpligtelserne i artikel 93, stk. 3, er overholdt, kan fællesskabslovgiver gribe ind med hjemmel i artikel 94. Så længe dette ikke er sket, må det efter min mening nødvendigvis lægges til grund, at forpligtelserne med hensyn til fremgangsmåden i henhold til artikel 93, stk. 3, og forenelighedsprøvelsen ligger på forskelligt plan, hvorfor tilsidesættelsen af de førstnævnte forpligtelser ikke kan være til hinder for den forskriftsmæssige og rettidige gennemførelse af prøvelsen.

Dette resultat ses i øvrigt at være bestyrket af, at det — som jeg har anført — er muligt at gribe effektivt ind over for en ulovlig tilstand som følge af tilsidesættelse af artikel 93, stk. 3, såvel internt som på fællesskabsplan, og endvidere — og især — af, at Kommissionen, for at et eventuelt pålæg om tilbagebetaling ikke skal blive betydningsløst, fordi kontrolproceduren trækker ud, kan indgive begæring til Domstolen om at få fastsat de nødvendige foreløbige foranstaltninger — eller endog fastsætte dem selv. Men — og dette er det væsentlige punkt — selv om sådanne foranstaltninger umiddelbart fastsættes af Kommissionen, *udelukker* de ikke, men *bebuder* tværtimod den endelige forenelighedsafgørelse (der er undergivet Domstolens fulde prøvelse), idet foranstaltningerne alene forhindrer, at der i mellemtiden opstår — eller vedvarer — nogle faktisk *konkurrenceforvridende* forhold, som det senere er umuligt eller meget vanskeligt at afskaffe.

22. Sammenfattende mener jeg, at følgende konklusioner fremkommer på grundlag af den gennemgang, som jeg her har foretaget:

— det formalitetsspørgsmål, som Kommissionen har rejst, skal omformuleres som tidligere angivet;

— forpligtelserne i henhold til artikel 93, stk. 3, indebærer efter deres indhold og formål, at en støtte, der er gennemført i strid med disse forpligtelser, altid er ulovlig;

— denne ulovlighed udløser præcise virkninger og kan sanktioneres såvel internt som på fællesskabsplan;

— Kommissionen kan navnlig give pålæg om, at den ulovligt udbetalte støtte skal tilbagebetales, selv om støtten senere er erklæret for forenelig med fællesmarkedet;

— der kan endvidere fastsættes foreløbige foranstaltninger, således at Kommissionens endelige beslutning ikke bliver virkningsløs som følge af en — ulovlig — gennemførelse af støtten;

— den omstændighed, at forpligtelserne i henhold til artikel 93, stk. 3, er tilsidesat, fritager imidlertid ikke Kommissionen fra tillige at undersøge spørgsmålet om støttens forenelighed i lyset af bestemmelserne i artikel 92, stk. 3.

Realiteten

A — Anvendelsen af artikel 92, stk. 1

Karakteren af den belgiske regerings bistand i form af kapitalindskud

23. Den belgiske regering bestrider, at de økonomiske foranstaltninger vedrørende selskabet Tubemeuse er støtte i artikel 92, stk. 1's forstand. Denne bistand har tværtimod karakter af et kapitalindskud, der er ganske normalt i betragtning af aktionærernes normale adfærd inden for en markedsøkonomi. Den belgiske regering har navnlig handlet som enhver anden aktionær, der, efter allerede at have foretaget en betydelig investering, i lyset af de opståede vanskeligheder mener at burde foretage yderligere indskud for at sikre virksomhedens fortsatte beståen og dermed en mulighed for et, om så blot begrænset, afkast.

Til støtte for dette anbringende har den belgiske stat navnlig anført, at den som aktionær disponerede i det væsentlige på samme måde som andre aktionærer i konkurrerende virksomheder. Belgien har endvidere anført, at investeringerne i Tubemeuse for en dels vedkommende blev finansieret af et internationalt bankkonsortium, hvilket viser, at der i det mindste på mellemlangt sigt var udsigter til en økonomisk bedring. Den belgiske stat har endelig anført, at kapitalindskuddene blev foretaget på grundlag af undersøgelser foretaget af et anerkendt internationalt virksomhedskonsulentfirma.

24. Det bemærkes i denne forbindelse, at efter en praksis, der nu ligger fast, kan et statsligt kapitalindskud i virksomheder betragtes som »offentlig støtte«, såfremt betingelserne i artikel 92 er opfyldt[37].

I den nævnte Intermills-dom udtalte Domstolen bl.a.:

»... tildeling af støtte, navnlig i form af statens eller kollektive enheders kapitalinteresse, [kan] ikke uden videre betragtes som traktatstridig. Uanset støtteformen, hvad enten der er tale om lån eller kapitalinteresse, påhviler det Kommissionen at undersøge, om støtten er i strid med artikel 92, stk. 1, og såfremt dette er tilfældet, at vurdere, om støtten eventuelt kan fritages i medfør af artikel 92, stk. 3, samt at træffe en begrundet beslutning herom« (præmis 32).

I den nævnte dom i sag 234/84 udtalte Domstolen ligeledes, at med henblik på at kunne afgøre, om en stats økonomiske engagement i en virksomhed har karakter af støtte,

»skal der ske anvendelse af det kriterium, ... som hviler på virksomhedens muligheder for at rejse de omtalte beløb på det private kapitalmarked. Når der er tale om en virksomhed, hvis ansvarlige kapital udelukkende er i hænderne på de offentlige myndigheder, skal det navnlig vurderes, om en privat virk-

37 — Jfr. navnlig domme af 14. november 1984, Intermills, 323/82, Sml. s. 3809, af 13. marts 1985, Leeuwarder Papierwarenfabriek, 296/82 og 318/82, Sml. s. 809, og af 10. juli 1986, Belgien mod Kommissionen, 234/84, Sml. s. 2281.

somhed ud fra udsigterne til rentabel drift under lignende omstændigheder ville have foretaget en sådan kapitalforhøjelse« (præmis 14).

25. I den anfægtede beslutning har Kommissionen afvist, at selskabet Tubemeuse havde mulighed for at rejse de pågældende midler på det private kapitalmarked, og har herved henvist til flere forhold. Det anføres navnlig i detaljer, at den pågældende sektor var præget af en betydelig strukturbetinget overskudskapacitet i produktionsleddet; at markedet inden for olieudvindingen, som er den vigtigste faktor i efterspørgslen efter sømløse rør, gik mere og mere tilbage; og at Tubemeuses finansielle situation længe havde været præget af betydelige underskud (i 1984 udgjorde gælden mere end 14% af omsætningen, finansieringsomkostningerne 8,4%), og stadigt flere private aktionærer havde som følge heraf afhændet deres aktier.

På baggrund af disse omstændigheder, hvis rigtighed ikke er bestridt, kan det lægges til grund, at Kommissionen anvendte artikel 92, stk. 1, korrekt, da den fandt, at de omhandlede økonomiske foranstaltninger var en statsstøtte, der skulle sikre eksistensgrundlaget for en virksomhed, der ellers ikke på kapitalmarkedet kunne have skaffet de nødvendige midler til at fortsætte sin virksomhed.

26. Kommissionen har endvidere overbevisende taget stilling til de argumenter, som den belgiske regering har fremført i sagen, og som skal vise, at de omtvistede økonomiske indskud ikke kan betragtes som en »redningsstøtte«.

Hvad navnlig angår aktionærernes dispositioner i konkurrerende virksomheder, skal det bemærkes, at der ikke kan drages nogen sammenligning med den belgiske regerings dispositioner som økonomisk interessent i Tubemeuse, idet de nævnte virksomheder dels havde gennemført effektive saneringsforanstaltninger, dels generelt havde en regnskabssituation og økonomiske udsigter, der i det væsentlige var positive.

Med hensyn til banklånene, som Tubemeuse opnåede, er det efter min mening afgørende, at disse engagementer reelt var dækket af en garanti fra den belgiske stat, der således overtog risikoen ved disse transaktioner.

Hvad endelig angår det forhold, at den belgiske regering fulgte anbefalingerne fra et internationalt virksomhedskonsulentfirma, skal jeg først bemærke, som det også er anført af Kommissionen, at det allerede i selve rapporten, som det nævnte firma udarbejdede i 1986, blev nævnt, at virksomheden siden 1983 i det hele havde stået overordentligt svagt på en række punkter (driftsresultater, finansieringsomkostninger og likviditet). Kommissionen har endvidere fremlagt en rapport fra 1985 fra »Comité national belge de planification et de contrôle de sidérurgie«, hvori det anførtes, at selv om virksomheden via en finansiel omstrukturering havde formået at nedbringe finansieringsomkostningerne, ville fremstillingspriserne stadig have været 3,9% højere end salgspriserne. Det anføres i rapporten, at selskabet Tubemeuse under indtryk af de strukturbetingede økonomiske vanskeligheder, der viste sig efter 1979, havde henvendt sig til (kommunale og regionale) offentlige myndigheder om hjælp.

Det må herefter lægges til grund, at Kommissionen med rette skønnede, at det belgiske selskab efter al sandsynlighed ikke kunne have rejst de fornødne midler på kapitalmarkedet, og at den statslige foranstaltning følgelig må betragtes som en offentlig støtte efter betydningen i artikel 92, stk. 1.

Påvirkningen af samhandelen inden for Fællesskabet

Den belgiske regering har herom først anført, at selskabet Tubemeuse, da støtten blev udbetalt, eksporterede 90%, dvs. så godt som hele sin produktion, uden for Fællesskabet, konkret til Sovjetunionen.

Den belgiske regering finder på grundlag heraf for det første, at den omhandlede foranstaltning højst kan betragtes som en støtte til eksporten til tredjelande og dermed som en foranstaltning, der har hjemmel i bestemmelserne i Traktatens artikel 112.

I betragtning af omfanget af udførslerne til tredjelande må det for det andet under alle omstændigheder antages, at den omhandlede støtte ikke kan påvirke samhandelen inden for Fællesskabet. Kommissionsbeslutningen er i hvert fald ikke tilstrækkeligt begrundet på dette punkt.

27. Vedrørende artikel 112 bemærkes, at man ikke a priori kan udelukke, at en støtte til udførsel til tredjelande kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne og tillige fordreje konkurrencen. Det vil således kunne forekomme, at en ordning for støtte til eksporten til lande uden for Fællesskabet i sidste ende gør det muligt for den subsidierede virksomhed at holde væsentligt lavere priser på det fælles marked, end den ellers ville have haft mulighed for. Jeg mener ikke, at artikel 112, der blot foreskriver en gradvis harmonisering af støtteordningerne for eksport til lande uden for Fællesskabet, under disse omstændigheder kan bevirke, at den offentlige foranstaltning falder uden for artikel 92.

Artikel 112 kan nemlig ikke — når henses til dens indhold, formål og den regelsammenhæng, som den indgår i — fortolkes som en bestemmelse, der hjemler undtagelse fra andre traktatbestemmelser, således netop bestemmelserne vedrørende offentlig støtte. Det må således tværtimod for hver enkelt sag undersøges, om en konkret støtte til eksport til tredjelande kan påvirke samhandelen og fordreje konkurrencen inden for Fællesskabet[38].

Den belgiske regerings fortolkning af artikel 112 synes herefter ikke at kunne accepteres generelt. Det skal imidlertid bemærkes, at den i sagen her ydede støtte til selskabet Tubemeuse ikke under nogen omstændigheder kan betragtes som en støtte til eksport uden for Fællesskabet. Der er nemlig ikke tale om en støtte til *handelen* med tredjelande. Det drejer sig tværtimod om en foranstaltning, der skal støtte *produktionen* i virksomheden, og som dermed falder uden for anvendelsesområdet for artikel 112.

38 — Jfr. således Smit & Herzog (ovenfor note 29), s. 397.

28. Genstanden for undersøgelsen er således blot, om den belgiske regerings produktionsstøtte ved hjælp af de omhandlede pengeindskud vil kunne påvirke samhandelen inden for Fællesskabet.

Jeg bemærker, at betingelsen vedrørende virkningerne for samhandelen mellem medlemsstaterne har det formål at afgrænse anvendelsesområdet for EF-rettens konkurrenceregler. Det følger af dette kriterium, at EF-bestemmelserne ikke omfatter de retlige eller faktiske dispositioner, der alene har virkninger inden for én medlemsstats territorium, og som følgelig ikke kan have nogen virkning, heller ikke indirekte, for den fri samhandel inden for Fællesskabet og herved modvirke gennemførelsen af målene for et fælles marked, hvilket f. eks. kunne være virkningen i tilfælde af, at sådanne retlige eller faktiske dispositioner i væsentlig grad ændrer konkurrencens struktur eller karakter inden for fællesmarkedet [39].

Det fremgår for det første, at de i sagen omhandlede produkter indgår i samhandelen mellem medlemsstaterne. Konkret afsættes, efter hvad der anføres i den anfægtede beslutning, ca. 50% af Fællesskabets produktion på EØF's eget marked. Endvidere afsættes næsten 25% af EF-producenternes eksport inden for EF (1984-tal). Tubemeuses produktion udgjorde i samme periode 17% af produktionen i EF og var, som jeg har nævnt, for 90%'s vedkommende bestemt til eksport til Sovjetunionen.

29. Jeg bemærker endvidere, at en virksomhed, der har 17% af produktionen i EF, klart ikke kan betragtes som marginal, og den massive støtte, som den modtog, kan derfor påvirke den normale konkurrence og hermed påvirke de normale handelsstrømme. Det er heller ikke afgørende, at virksomheden, da støtten blev ydet, eksporterede hovedparten af sin produktion til et tredjeland. Det afgørende er nemlig, at det omhandlede produkt indgår i samhandelen inden for Fællesskabet, og at selskabet Tubemeuse konkret kunne deltage i denne samhandel som en vigtig aktør. I øvrigt har Domstolen allerede haft lejlighed til at fastslå, at den omstændighed, at en virksomhed søger at udvikle sin eksport til tredjelande, ikke udelukker, at en støtte, der er ydet virksomheden, kan anses for at kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne [40].

Det sidst anførte hviler i øvrigt på den betragtning, at det må bedømmes i et *dynamisk* perspektiv [41], om betingelsen vedrørende påvirkning af samhandelen er opfyldt (såvel som også betingelsen vedrørende forvridning af konkurrencen). I sagen her tog Kommissionen med rette hensyn til den forventelige udvikling i handelsstrømmene ved bedømmelsen af støttens påvirkning af samhandelen. Således anførte Kommissionen i den anfægtede beslutning, at idet situatio-

39 — Disse principper, som Domstolen har knæsat ved fortolkningen af artiklerne 85 og 86 (jfr. navnlig dom af 31. maj 1979, Hugin, 22/78, Sml. s. 1869), har også relevans for artikel 92, idet betingelsen vedrørende virkningen for samhandelen inden for Fællesskabet klart har den samme funktion i disse tre bestemmelser, der alle er placeret i Traktatens kapitel om »konkurrencereglerne«.

40 — Jfr. dom af 10. juli 1986, Belgien mod Kommissionen, præmis 23 (ovenfor note 24).

41 — Jfr. således J. Megret: *Le droit de la Communauté économique européenne*, bind 4, s. 384.

nen generelt var præget af en stærk integration af verdensmarkederne og af en voksende uligevægt mellem efterspørgsel og udbud på verdensplan (som følge af væksten i udviklingslandenes og statshandelslandenes produktionskapacitet og som følge af den faldende efterspørgsel i De Forenede Stater — på grund af indførelsen af importrestriktioner — og i efterspørgslen inden for olieindustrien), kunne det med rimelighed forventes, at Tubemeuse ville *søge at forøge* sin afsætning inden for EØF's marked. Det bør bemærkes, at udviklingen efter 1984 har vist, at disse prognoser havde solid basis. Det fremgår således af de oplysninger, som Kommissionens repræsentant fremlagde i retsmødet, at Tubemeuse i 1987 eksporterede 23% af sin produktion til fællesmarkedet, og at dette tal var steget til 33,3% i det første halvår af 1988.

Det må herefter lægges til grund, at Kommissionen i sagen her med føje har anset samhandelen inden for Fællesskabet for at være påvirket af den støtte, som den belgiske regering ydede, og endvidere at den anfægtede beslutning indeholder en tilstrækkelig og klar begrundelse, for så vidt angår de omstændigheder og vurderinger, på grundlag af hvilke Kommissionen tog stilling til dette punkt.

B — Anvendelsen af artikel 92, stk. 3

30. Den belgiske regering finder, at Kommissionen i denne sag under alle omstændigheder burde have anerkendt, at støtten kunne henføres under undtagelsesbestemmelserne i artikel 92, stk. 3, litra a) og c).

Det bemærkes, at hvad der — i øvrigt kortfattet — er fremført herom, ikke er underbygget med henvisning til faktiske omstændigheder, der virker overbevisende.

Det fremgår navnlig af den anfægtede beslutning, at Kommissionen fandt bestemmelserne i litra a) i artikel 92, stk. 3, uanvendelige, idet den herved henholdt sig til en tidligere analyse af den socio-økonomiske situation i de berørte belgiske områder (beslutning 82/740/EØF af 22. juli 1982, EFT L 212 af 9.11.1982, s. 18, som ændret ved beslutning 85/544/EØF af 31. juli 1985, EFT L 341 af 19.12.1985, s. 19), hvoraf det fremgik, at levestandarden i disse områder ikke var usædvanlig lav, og at der ikke herskede alvorlig underbeskæftigelse. Den belgiske regering har blot meddelt nogle oplysninger om lukningen af virksomheder i disse regioner, men har ikke bestridt indholdet af de vurderinger, der blev anlagt i disse beslutninger.

Hvad angår undtagelsesbestemmelsen i artikel 92, stk. 3, litra c), har Kommissionen påvist, at virksomheden her arbejder på et marked med en betydelig, strukturbetinget overskudskapacitet i produktionen, og at den belgiske regerings økonomiske støtte ikke lå inden for rammerne af en reel genopretningsplan med en dertil hørende begrænsning af produktionskapaciteten. Under disse omstændigheder kunne selskabet Tubemeuse takket være den modtagne støtte bevare eller udvide sin markedsandel på bekostning af andre virksomheder, der ikke modtog en lignende støtte fra de offentlige myndigheder, og som var nødt til at tilpasse deres produktion på baggrund af vilkårene på et marked med overskudskapacitet. Støtten ændrede således samhandelsvilkårene på en måde, der klart strider mod den fælles interesse. Det var herefter med føje, at

Kommissionen fandt undtagelsen i artikel 92, stk. 3, litra c), uanvendelig.

C — Gennemførelsen af den anfægtede beslutning

31. Den belgiske regering har anført, at Kommissionen ikke tog hensyn til, at selskabet Tubemeuse var genstand for tvangsakkordforhandlinger, da den anfægtede beslutning blev truffet, og at det derfor ikke var muligt at gennemføre beslutningen.

Den belgiske regering har i denne forbindelse fremført følgende argumenter:

— den anfægtede beslutning er uden genstand og kan følgelig ikke gennemføres, eftersom virksomheden i økonomisk forstand var ophørt;

— akkordforhandlingerne var i det mindste til hinder for den øjeblikkelige gennemførelse af beslutningen;

— i betragtning af akkordsituationen er det uforholdsmæssigt at kræve støtten tilbagebetalt.

32. Den belgiske regerings argumentation ses ved en nærmere betragtning at kunne føre til at svække håndhævelsen af bestemmelserne om støtte. En virksomhed, der har modtaget en massiv økonomisk støtte fra staten, behøvede nemlig i så fald blot at indlede akkordforhandlinger for dermed at opnå, at artiklerne 92 ff. bliver uanvendelige i forhold til virksomheden.

Jeg bemærker i øvrigt, at selskabet Tubemeuse konkret fortsatte med at drive virksomhed også efter den omtvistede beslutning. Kommissionsbeslutningen måtte derfor gennemføres fuldt ud, således at konkurrenceforvridningerne som følge af støtten ikke varede ved.

Der er dernæst ingen grund til at behandle virksomheder, der er genstand for en tvangsakkord, gunstigere med hensyn til tilbagebetalingsforpligtelsen end enhver anden virksomhed. Som jeg indgående har forklaret ovenfor, kan Kommissionen altid kræve en ulovligt udbetalt støtte tilbagebetalt. Det tilkommer derefter staten at træffe bestemmelse om den rette fremgangsmåde med henblik på at nå dette resultat. Dette gælder også for virksomheder, for hvilke der er indledt en akkordforhandling, især i betragtning af, at de beløb, som staten *er forpligtet* til at kræve tilbagebetalt, *ulovligt* indgår i virksomhedens aktiver.

Det er endelig væsentligt, at Kommissionen ikke krævede, at de ulovligt udbetalte beløb skulle tilbagebetales *øjeblikkeligt*, men blot anmodede den belgiske regering om — ved hjælp af de retsmidler, der findes i den nationale retsorden — at træffe de fornødne foranstaltninger for at opnå en sådan tilbagebetaling. Det fremgår herved, at staten har opfyldt denne forpligtelse ved at anmelde de pågældende beløb som akkordfordringer, og Kommissionen har erklæret, at den anså denne disposition for egnet til at sikre, at tilbagesøgningsforpligtelsen i henhold til den omtvistede beslutning blev efterkommet. Under hensyn til disse faktiske omstændigheder kan der heller ikke af betydning for sagen her henvises til Domstolens velkendte praksis, hvorefter kun *en absolut umulighed* kan accepteres som begrun-

delse for ikke at efterkomme forpligtelsen med hensyn til tilbagebetaling [42].

Den særlige situation, som virksomheden befandt sig i, da den omtvistede beslutning blev truffet, er følgelig efter min opfattelse ingen hindring for, at denne beslutning gennemføres, så meget mere som staten, i hvert fald efter det oplyste i nærværende sag, ses faktisk at have opfyldt de forpligtelser, der påhviler den.

D — Krænkelse af retten til kontradiktion

33. Den belgiske regering har anført, at Kommissionen i den anfægtede beslutning henviser til bemærkninger, som »tre andre medlemsstater og fire brancheforeninger af stålrørsproducenter« fremsatte. Disse skrivelser, der er væsentlige for beslutningen, blev hverken fremlagt eller kommenteret af de berørte parter.

Jeg skal hertil blot bemærke, at den omtvistede beslutning hviler på en lang række objektive, økonomiske oplysninger vedrørende situationen på det pågældende marked samt dettes udvikling, og at den belgiske regering var bekendt med disse oplysninger og fremførte sine egne argumenter i denne forbindelse. Det er herefter min opfattelse, at de omhandlede bemærkninger, selv om det er beklageligt, at de ikke blev behørigt forelagt, dog ikke har haft betydning for beslutningens indhold, og at det ikke er annullationsgrundlag for beslutningen, at de ikke blev fremlagt.

Jeg henviser i denne forbindelse til dommen Kongeriget Belgien mod Kommissionen, 234/84, jfr. ovenfor, hvori Domstolen vedrørende en lignende kritik anførte følgende:

»... den anfægtede beslutning [er] i tilstrækkeligt omfang ... støttet på objektive omstændigheder, der er anført i begrundelsen til beslutningen, som regeringen fuldt ud var blevet oplyst om, og som den selv havde haft rig lejlighed til at fremsætte sine synspunkter om. Det følger heraf, at selv om Kommissionen end ikke havde modtaget indlæg fra de berørte tredjemænd under proceduren, ville beslutningen ikke have fået noget andet indhold. Under disse omstændigheder kan selve den omstændighed, at Kommissionen i sin beslutning gik ud fra disse indlæg uden at have givet den pågældende medlemsstat lejlighed til at kommentere dem, ikke begrunde en annullation af denne beslutning« (præmis 30).

34. Under henvisning til det anførte i det hele skal jeg sammenfattende foreslå, at Domstolen

— statuerer, at søgsmålet i det hele kan admitteres;

— frifinder Kommissionen;

— pålægger den belgiske regering at betale sagens omkostninger.

42 — Jfr. senest dom af 2. februar 1989, Kommissionen mod Forbundsrepublikken Tyskland, især præmisserne 8 og 9 (ovenfor note 24).