FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT WALTER VAN GERVEN
fremsat den 11. oktober 1990 *

Hr. præsident,
De herrer dommere,

1. Den Italienske Republik (herefter »sagsøgeren«) har i nærværende sag påstået Kommissionens beslutning 89/43/EØF af 26. juli 1988 om den italienske regerings støtte til ENI-Lanerossi [1] (herefter »den anfægtede beslutning«) annulleret. Den anfægtede beslutning fra Kommissionen (herefter »sagsøgte«) er vedtaget med hjemmel i Traktatens artikel 93, stk. 2, første afsnit, og har følgende indhold:

»*Artikel 1*

Den støtte på 260,4 mia. LIT, der i perioden 1983-1987 blev udbetalt til ENI-Lanerossi i form af kapitalindskud i koncernens datterselskaber, der fremstiller herretøj, er ulovlig, da den blev ydet i strid med EØF-Traktatens artikel 93, stk. 3. Den er desuden uforenelig med fællesmarkedet i henhold til Traktatens artikel 92.

Artikel 2

Denne støtte skal kræves tilbagebetalt.

Artikel 3

Den italienske regering underretter inden to måneder fra meddelelsen af denne beslutning Kommissionen om de foranstaltninger, som den har truffet for at efterkomme den.«

Nærværende sag drejer sig altså om en statsstøtte, der blev ydet i form af kapitalindskud i virksomheder, der var ude for vanskeligheder.

De faktiske omstændigheder og forslagene om strukturomlægning

2. Af den anfægtede beslutning fremgår, at Lanerossi SpA i 1962 blev overtaget af det statslige holdingselskab Ente Nazionale Idrocarburi (ENI) med henblik på at løse de økonomiske og finansielle problemer, som en række private virksomheder inden for tekstil- og beklædningsindustrien, som var blevet overtaget i denne forbindelse af Lanerossi, var ude i [2]. Af beslutningen fremgår endvidere, at det gennem en betydelig strukturomlægning lykkedes at gøre nogle af disse Lanerossi-datterselskaber rentable, men at fire datterselskaber, der var specialiseret i produktion af herretøj (Lanerossi Confezioni, Intesa, Confezioni di Filottrano og Confezioni Monti), fortsat var tabgivende og modtog statsstøtte i form af udbetalinger til dækning af tab [3].

* Originalsprog: nederlandsk.

1 — EFT 1989, L 16, s. 52.

2 — Den anfægtede beslutning, første del, første afsnit.

3 — Den anfægtede beslutning, første del, andet og tredje afsnit.

Efter at disse fire virksomheders underskud fra 1974 til 1979 var steget fra 2 mia. LIT til 39 mia. LIT, meddelte sagsøgte ved skrivelse af 26. juni 1980 sagsøgeren, at støtteforanstaltningerne for disse virksomheder måtte anses for støtte efter betydningen i Traktatens artikel 92, og kun kunne undtages fra bestemmelsen i denne artikels stk. 1, såfremt støtten blev ydet i et begrænset tidsrum, og såfremt det strukturomlægningsprogram, Kommissionen havde fået forelagt, blev gennemført med sigte på at nedskære de pågældende virksomheders kapacitet og gøre dem rentable og selvfinansierende på kort sigt[4].

Sagsøgte meddelte ved skrivelse af 20. maj 1983, at de strukturomlægningsforanstaltninger, der var truffet for de fire nævnte virksomheders vedkommende i årene 1980-1982, ikke havde været effektive. De tab, der var konstateret fra 1980-1982 androg langt over 150 mia. LIT, og der kunne ikke påregnes en hurtig genopretning af situationen[5]. Sagsøgte anførte dernæst, at sagsøgeren havde forelagt et strukturomlægningsprogram for årene 1983-1986, og at det kunne påregnes, at de nævnte virksomheder fortsat ville være afhængige af omfattende statsstøtte og offentlige midler til dækning af deres tab[6]. Sagsøgte var klar over, hvilken social og regional betydning, disse virksomheder havde, og havde derfor ikke indsigelser mod den støtte, der var blevet ydet indtil udgangen af 1982; det måtte dog efter sagsøgtes opfattelse være tvivlsomt, om statsstøtte til dækning af disse virksomheders driftstab i fremtiden ville kunne betragtes som forenelig med fællesmarkedet[7]. Sagsøgte udtrykte derfor stor skepsis med hensyn til hensigtsmæssigheden af strukturomlægningsprogrammet for årene 1983-1986. I skrivelsen af 20. maj 1983 erindrede sagsøgte endvidere den italienske regering om, at medlemsstaterne i henhold til Traktatens artikel 93, stk. 3, var forpligtet til at give underretning om indførelse eller ændring af støtteforanstaltninger. Ved telex af 24. juni 1983 meddelte sagsøgeren, at den ville give underretning om enhver fremtidig støtte til de fire nævnte virksomheder[8].

Sagsøgte anførte i en erindringsskrivelse af 22. juli 1983, at yderligere støtte til de pågældende datterselskaber ikke kunne betragtes som forenelig med fællesmarkedet, således som disse virksomheder og markedssituationen havde udviklet sig[9]. Ved skrivelse af 2. november 1983 bekræftede sagsøgeren over for sagsøgte, at der ikke var planer om at yde yderligere støtte til de nævnte virksomheder, der ifølge ENI-Lanerossi's ledelse var umulige at omstrukturere, og at det for årene 1983-1986 udarbejdede strukturomlægningsprogram derfor ikke ville blive gennemført[10].

Efter at der i pressen havde været forlydender om, at de pågældende virksomheder fortsat havde tab og utvivlsomt for at undgå konkurs måtte have udbetalt statsstøtte på ny, anmodede sagsøgte gentagne gange sagsøgeren om oplysninger om den faktiske situation. Sagsøgeren oplyste ved skrivelse af

4 — Den anfægtede beslutning, første del, tredje og fjerde afsnit.

5 — Den anfægtede beslutning, første del, sjette afsnit. Det skal bemærkes, at sagsøgte i samme brev meddelte sagsøgeren, at et andet af Lanerossi's datterselskaber, der fremstillede herrebeklædning, nemlig Lebole SpA, der også havde modtaget støtte i form af tabsudligningsudbetalinger, faktisk konkret havde gennemført omstrukturering, der ville blive fortsat meget snart, og at den ydede støtte derfor kunne henføres under undtagelsesbestemmelsen i EØF-Traktatens artikel 92, stk. 3, litra c) (den anfægtede beslutning, første del, femte afsnit).

6 — Den anfægtede beslutning, første del, sjette afsnit.

7 — Den anfægtede beslutning, første del, syvende afsnit.

8 — Den anfægtede beslutning, første del, ottende afsnit.

9 — Den anfægtede beslutning, første del, niende afsnit.

10 — Den anfægtede beslutning, første del, tiende afsnit. Sagsøgeren har endnu ikke set sig i stand til at efterkomme Domstolens anmodning om fremlæggelse af en kopi af denne skrivelse og har ej heller bestridt dens indhold, hvorfor skrivelsen må lægges til grund med det indhold, den har ifølge Kommissionens beslutning.

30. august 1984, at der var blevet ydet støtte til dækning af tab i 1983, og sagsøgeren fremsendtē ved samme lejlighed til sagsøgte en kortfattet redegørelse for et nyt strukturomlægningsprogram. Af denne redegørelse fremgik klart, at der også i fremtiden måtte ydes støtte til dækning af tab [11]. Det er dog tvivlsomt, om dette strukturomlægningsprogram kunne virke efter hensigten, idet det i samme skrivelse hedder, at ENI-Lanerossi's ledelse fortsat anså det for umuligt at omstrukturere disse virksomheder.

3. Sagsøgte indledte proceduren efter Traktatens artikel 93, stk. 2, første afsnit, og sagsøgeren meddelte derfor ved skrivelse af 28. maj 1985 i en første besvarelse til sagsøgte, der også indeholdt en anmodning om forlængelse af fristen til fremsættelse af bemærkninger, at man i de omhandlede virksomheder var i færd med at nedbringe antallet af beskæftigede, at strukturomlægningerne ikke hurtigt kunne give resultater, som følge af virksomhedernes situation på det tidspunkt, de blev overtaget af ENI-Lanerossi (i 1962), og at det nu var konstateret, at det sandsynligvis var umuligt at omstrukturere dem, hvor de måtte omstilles til andre aktiviteter. Dette ville imidlertid tage længere tid og kræve yderligere tiltag fra statens side [12]. Under et bilateralt møde den 21. juni 1985 fremsatte sagsøgeren supplerende oplysninger om det nye program, »der omfattede dels en strukturomlægning, dels en omstilling inden for disse virksomheder«, hvor det fremførtes, at dette program snarest ville føre til en endelig løsning [13].

Sagsøgte modtog imidlertid de lovede oplysninger så sent som den 5. februar 1986, og disse oplysninger var endda ufuldstændige [14]. På et bilateralt møde den 12. juni 1986 bekræftede sagsøgeren, at de pågældende virksomheder i statsstøtte til dækning af tab havde modtaget 78 mia. LIT i 1983, 56,8 mia. LIT i 1984 og 42,2 mia. LIT i 1986, og bekræftede desuden, at virksomhederne ville blive overdraget til den private sektor og/eller omstillet til andre aktiviteter [15]. Ved samme lejlighed blev det understreget, at det ville tage tid at finde en endelig løsning på problemerne. Kommissionen meddelte så, at sagen endnu ikke kunne undersøges til bunds, da der stadig manglede visse oplysninger, hvorefter sagsøgeren ved skrivelse af 8. september 1986 meddelte en række andre oplysninger, der dog stadig var ufuldstændige. Endnu andre oplysninger blev meddelt på et bilateralt møde den 7. november 1986 [16]. Da sagsøgeren på dette møde havde oplyst, at der snart kunne påregnes en endelig løsning, som den i god tid forinden ville give Kommissionen oplysninger om, kan man gå ud fra, at sagsøgeren på dette tidspunkt stadig ikke havde en omstruktureringsplan klar i detaljer, selv om en sådan var blevet bebudet allerede i 1984/1985 (jf. ovenfor punkt 2, sidste afsnit, og punkt 3, første afsnit).

4. På et bilateralt møde den 11. september 1987 blev det meddelt, at en privatisering af virksomhederne og deres omstilling til andre aktiviteter var i gang, men endnu ikke tilendebragt [17]. På et møde den 26. januar 1988 meddelte sagsøgeren sagsøgte, at ENI-Lanerossi inden marts 1988 ville overdrage alle sine virksomheder til den private sektor,

11 — Den anfægtede beslutning, anden del, første og andet afsnit.

12 — Den anfægtede beslutning, tredje del, første afsnit.

13 — Den anfægtede beslutning, tredje del, tredje afsnit.

14 — Den anfægtede beslutning, tredje del, fjerde og femte afsnit.

15 — Den anfægtede beslutning, tredje del, sjette afsnit.

16 — Den anfægtede beslutning, tredje del, ottende afsnit.

17 — Den anfægtede beslutning, tredje del, niende afsnit.

hvilket faktisk skete og blev bekræftet ved telex af 5. marts 1988 og ved skrivelse af 22. juli 1988 [18]. Sagsøgeren oplyste da også over for sagsøgte, at dækningen af tab i 1986 og 1987 androg henholdsvis 45,9 mia. LIT og 37,5 mia. LIT. Sagsøgeren bekræftede sine oplysninger fra mødet den 26. januar 1988 om, at 38% af de i 1983 3 563 beskæftigede ville blive førtidspensioneret, 25% ville blive overflyttet til den private sektor for almindeligt herretøj, 20% til den private sektor for militært herreovertøj og 17% til andre delsektorer inden for tekstil- og beklædningsindustrien samt andre industrigrene, bl.a. skotøjsindustrien [19]. Det tilføjedes, at produktionskapaciteten var blevet skåret ned og på samme måde og i samme omfang var blevet overført [20]. Ifølge Kommissionen er det dog på ingen måde sikkert, at produktionskapaciteten inden for denne sektor som anført af sagsøgeren er blevet formindsket med 55% [21].

5. Denne lange redegørelse for de faktiske omstændigheder, som sagsøgeren ikke har bestridt, viser efter min mening, at sagsøgeren i perioden 1983-1987, som den anfægtede beslutning omfatter, først forelagde Kommissionen en strukturomlægningsplan for årene 1983-1986, der, som sagsøgeren selv senere har erkendt, *ikke* kunne føre til en sanering, og sagsøgeren har senere meddelt, at der ville blive udarbejdet strukturomlægningsplaner, der i bedste fald kun forelå i udkast og/eller endnu *konkret* skulle udarbejdes, og det selv om ledelsen selv fra 1983 var af den opfattelse, at virksomhederne næppe lod sig omstrukturere. Sagsøgeren ydede imidlertid fortsat i strid med sine tidligere tilsagn og uden at opfylde sin forpligtelse til at give Kommissionen underretning støtte til dækning af store tab, der var lige så store eller endnu større end de støttede virksomheders omsætning [22].

Sagsøgeren har heller ikke i forbindelse med Domstolens anmodning om at få forelagt samtlige relevante strukturomlægningsprogrammer og oplysninger om, hvorledes disse programmer mellem 1979 og 1987 har kunnet fjerne eller begrænse overkapaciteten, og om at dokumentere kapacitetsnedskæringerne, kunnet fremlægge andre strukturomlægningsprogrammer end de ovenfor omtalte. Sagsøgeren har blot efterfølgende henvist til en indviklet række kommercielle transaktioner, der vedrører ændringerne i ejerforholdene for de forskellige afdelinger af de fire berørte virksomheder (uden at det overalt er let at se grundene til disse transaktioner), og givet en oversigt for tiden efter de gennemførte ændringer af personalets sammensætning (— 40% mellem 1983 og 1990), de producerede mængder (— 38% mellem 1980 og 1985), produktionskapaciteten (— 30% mellem 1983 og 1987), fabriksbygningernes størrelse (m^2) (— 20% mellem 1983 og 1987) og afskaffelser af maskiner og produktionsudstyr (25%). Selv om metoderne til beregning af disse oplysninger skulle være i orden, hvilket Kommissionen bestrider, er det ikke på grundlag af dem muligt at fastslå, at der har foreligget et seriøst strukturomlægningsprogram på et tidspunkt forud for den periode, programmet skulle omfatte. Tilsvarende nedskæringer kan også gennemføres i kriseramte virksomheder, der ikke har været genstand for strukturomlægning. Sagsøgeren har med andre ord ikke klart godtgjort, at der er en sammenhæng mellem de i det efterfølgende konstaterede nedskæringer og de på forhånd udarbejdede konkrete strukturomlægningsforanstaltninger.

18 — Den anfægtede beslutning, tredje del, tiende og tolvte afsnit.

19 — Jf. note 18.

20 — Den anfægtede beslutning, tredje del, tiende afsnit.

21 — Den anfægtede beslutning, tiende del, fjerde afsnit.

22 — Den anfægtede beslutning, tredje del, sjette og tolvte afsnit, og syvende del, syvende, tiende, ellevte og tolvte afsnit.

Efter min mening har sagsøgte på grundlag af disse oplysninger retmæssigt kunnet gå ud fra, at den støtte, der blev ydet i perioden 1983 til 1987 til de fire nævnte virksomheder som støtte til dækning af tab, ikke var i samklang med et eller flere sammenhængende, konkrete, forud fastsatte strukturomlægningsprogrammer, der havde en rimelig mulighed for at lykkes. Det drejer sig om et vigtigt faktisk forhold, som må tages i betragtning ved vurderingen af sagsøgerens retlige argumentation.

Statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form

6. Efter EØF-Traktatens artikel 92, stk. 1, er »statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form«, som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, uforenelig med fællesmarkedet i det omfang, den påvirker samhandelen mellem medlemsstater. Jeg vender senere (i punkt 17 ff.) tilbage til betingelsen om påvirkning af samhandelen efter først (i punkt 8 ff.) at have behandlet spørgsmålet om en fordrejning eller en risiko for fordrejning af konkurrencen.

Ordene »statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form«, der benyttes i Traktaten, har været grundlag for en vid fortolkning af støtte ved Domstolen. Domstolen har i dom af 30. januar 1985, Kommissionen mod Frankrig [23], fastslået, at det »af formuleringen af artikel 92, stk. 1, følger, at en statsstøtte ikke nødvendigvis forudsætter, at der er tale om støtte, der finansieres med statsmidler«. I fortsættelsen udtales, at der ikke er anledning til at sondre imellem, »om støtten ydes direkte af staten eller gennem offentlige eller private organer, som staten opretter eller udpeger til at forvalte støtten«.

I en nyere dom af 2. februar 1988 [24] har Domstolen desuden anerkendt, at en økonomisk fordel, der ydes energiforbrugere ved takstnedsættelser (og dermed ved en mindre fortjeneste) af en privat virksomhed, som staten ejer 50% af aktiekapitalen i, og hvis bestyrelse også for halvdelen af medlemmernes vedkommende udpeges af staten, må anses for statsstøtte, da det også var godtgjort, at virksomheden »på ingen måde handler selvstændigt«, men under de offentlige myndigheders kontrol og efter deres instrukser.

7. I det foreliggende tilfælde er der tale om en støtte, der blev udbetalt og finansieret af ENI, der herved handlede gennem sit helejede datterselskab Lanerossi SpA.

ENI er et statsligt holdingselskab, der er stiftet af sagsøgeren, der indskød selskabskapitalen, og medlemmerne af selskabets ledelse udpeges af regeringen [25]. ENI præsenterer sig på mange måder som et fra private selskaber forskelligt selskab: Det er stiftet

23 — Sag 290/83, Sml. 1985, s. 439, præmis 14. Jf. endvidere Domstolens dom af 7.6.1988 (sag 57/86, Grækenland mod Kommissionen, Sml. s. 2855, præmis 12).

24 — Domstolens dom af 2.2.1988 (sag 67/85, 68/85 og 70/85, Van der Kooy, Sml. s. 263, præmis 36 og 37).

25 — Artikel 12 i lov nr. 136 af 10.2.1953 om stiftelse af ENI (GURI nr. 72 af 27.3.1953), som ændret flere gange bl.a. ved lov nr. 1153 af 14.11.1967 (GURI nr. 310 af 13.12.1967).

ved lov og organiseret som et offentligtretligt selskab (artikel 1), staten kontrollerer i vidt omfang samtlige selskabsorganer (artikel 11-17) og har afgørende indflydelse på selskabets større dispositioner (artikel 4, 8, 10, 21 og 23); der er givet en bemyndigelse til ekspropriation i selskabets interesse (artikel 23), og selskabet er tillagt en række enerettigheder (artikel 2) osv. Efter min mening er denne selskabsopbygning og beføjelsesstruktur et retligt tilstrækkeligt vidnesbyrd om, at ENI og dets helejede datterselskaber er statslige institutioner i den i Traktatens artikel 92, stk. 1, forudsatte betydning, hvorigennem statsstøtte kanaliseres [26].

Staten, dvs. sagsøgeren, ejer hele indskudskapitalen i ENI. Denne kapital bærer betegnelsen »indskudsbevilling« [27] og sætter ENI i stand til at optage lån på kapitalmarkedet. Den tjener de samme formål som den risikovillige kapital i private selskaber [28]. Det kan, selv om yderligere oplysninger i denne henseende er overflødige, også nævnes, at den kapital, ENI låner på kapitalmarkedet for at skaffe sig ressourcer ud over egenkapitalen, ikke erhverves uden bistand fra staten. ENI har således i 1985 i medfør af artikel 21 i loven om ENI med sagsøgerens godkendelse og som det ses med rentestøtte fra sagsøgeren lånt 51,7 mia. LIT på kapitalmarkedet for at dække tab i tekstilsektoren [29].

26 — I Meura-sagen (Domstolens dom af 10.7.1986, sag 234/84, Belgien mod Kommissionen, Sml. s. 2263) blev det offentlige investeringsselskab SRIW's rolle som mellemled ved ydelse af statsstøtte i form af deltagelse i selskabskapitalen ikke engang draget i tvivl.

27 — Artikel 7 i nævnte lov nr. 136.

28 — Den sagkyndige parlamentariske kommissions rapport om staten som selskabsdeltager i Italien (den såkaldte »Chiarelli-kommission«) nr. 19, andet afsnit, offentliggjort i *Foro amministrativo II*, 1975, afsnit 653, s. 666.

29 — Sagsøgte har under den skriftlige forhandling og i retsmødet henvist til offentliggørelsen i GURI nr. 6 af 9.1.1986, s. 40, af en beslutning truffet af »comitato interministeriale per la programmazione economica« af 28.11.1985. Sagsøgeren har gjort indsigelse mod, at indholdet af dette aktstykke tages i betragtning med den begrundelse, at det ikke er nævnt i den anfægtede beslutning, og at det først blev omtalt under den skriftlige forhandling. Det kan imidlertid ikke bestrides, at denne beslutning eksisterer.

På denne baggrund kan det efter min mening ikke bestrides, at de midler, ENI har ydet gennem sit datterselskab Lanerossi SpA, er indirekte statsstøtte, der desuden blev ydet ved hjælp af statsmidler efter den vide betydning, dette ord har i Domstolens praksis. Det af sagsøgeren i retsmødet udtrykte ønske om, at der stilles krav om bevis for en særlig »earmarking« af statsmidler samt bevis for, at der foreligger en officiel, offentliggjort og speciel instruks fra regeringen til ENI om at holde de fire pågældende datterselskaber af Lanerossi i gang, kan således ikke tilgodeses. For gjorde man det, ville EØF-Traktatens bestemmelser om statsstøtte miste enhver nyttig virkning og blive alt for lette at overtræde.

Støtte som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene

8. Herefter er jeg nået til spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgte med føje i den omtvistede beslutning har kunnet lægge til grund, at den omhandlede støtte er uforenelig med fællesmarkedet, idet den fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner. Sagsøgte har til støtte for dette synspunkt gjort gældende, at tabsudligningen ved hjælp af kapitalindskud skete på vilkår, som en privat investor ikke ville have kunnet godtage inden for rammerne af en markedsøkonomi [30].

Den 17. september 1984 tilstillede Kommissionen medlemsstaterne et dokument, hvori den redegjorde for sine almindelige synspunkter om offentlige myndigheders erhvervelse af kapitalinteresser i virksomhederne på baggrund af bestemmelsen i Traktatens artikel 92 [31]. I dette dokument angives for-

30 — Fjerde del i den anfægtede beslutning.

31 — Bull. 9-1984, s. 98-100. Se *Fjortende Beretning om Konkurrencepolitikken*, 1984, punkt 198.

holdene for en privat investor som det afgørende kriterium for vurderingen:

»3.3. Til gengæld *er der tale om statsstøtte*, når virksomhederne tilføres ny kapital på betingelser, der ikke ville være acceptable for en privat investor, som driver virksomhed på normale markedsøkonomiske vilkår.

Dette gælder:

når virksomhedens finansielle situation, navnlig gældens struktur og størrelse er af en sådan art, at det ikke synes berettiget at forvente et normalt afkast (i form af udbytte eller værdistigninger) af den investerede kapital inden for en rimelig frist; ...«

9. Efter at Domstolen i Intermills-dommen havde anerkendt, at »der ikke er grundlag for at foretage en principiel sondring efter, om støtten ydes i form af lån eller i form af indskud i virksomhedernes kapital« [32], anerkendte den i Leeuwarder Papierfabriek-dommen [33] uden forbehold kriteriet om den fornuftige private investor og udtalte sig i den forbindelse i nævnte dom på følgende måde:

»Hvad for det første angår spørgsmålet, om der foreligger en statslig støtte som omhandlet i Traktatens artikel 92, stk. 1, bemærkes, at det fremgår af betragtningerne til beslutningen, at Kommissionen har lagt den opfattelse til grund, at forbuddet mod sådanne støtteforanstaltninger også kan gælde for kapitalindskud fra offentlige instanser, som henhører under statens kompetence (betragtning 8). Det er i den foreliggende sag antaget, at det omtvistede kapitalindskud udgør en støtte henset til, at der ikke forelå finansieringsmuligheder på det private kapitalmarked, hvilket er begrundet med tre forhold, nemlig virksomhedens finansielle struktur, dens påtrængende reinvesteringsbehov samt overkapaciteten inden for kartonnageindustrien, hvilke forhold efter Kommissionens opfattelse gjorde det lidet sandsynligt, at virksomheden på de private kapitalmarkeder skulle kunne finde den kapital, der er nødvendig for at gøre den bæredygtig (betragtning 9)« (præmis 20).

»Det bemærkes, at den anførte begrundelse opfylder kravene i Traktatens artikel 190, idet den gør det muligt for Domstolen at udøve sin kontrol og for de berørte at give deres opfattelse til kende vedrørende rigtigheden og relevansen af de anførte omstændigheder« (præmis 21).

10. I Domstolens senere praksis er dette forblevet den principielle rettesnor, navnlig i Meura-sagen, hvor det omhandlede kriterium blev benyttet i forbindelse med forhold som størrelsen af de lidte tab, en eventuel overkapacitet i den omhandlede sektor og navnlig det forhold, at der ikke forelå en fornuftig omstruktureringsplan [34]. På grund af de mange lighedspunkter mellem nævnte sag og nærværende sag tillader jeg mig at citere følgende afsnit fra dommen in extenso:

»Med henblik på at kunne afgøre, om en sådan foranstaltning har karakter af statsstøtte, skal der ske anvendelse af det kriterium, der er anført af Kommissionen i dens beslutning og i øvrigt ikke bestridt af den belgiske regering, og som hviler på virksom-

32 — Domstolens dom af 14.11.1984 (sag 323/82, Intermills, Sml. s. 3809, præmis 31).

33 — Domstolens dom af 13.3.1985 (sag 296/82 og 318/82, Leeuwarder Papierfabriek, Sml. s. 809).

34 — Domstolens dom af 10.7.1986 [sag 234/84, Belgien mod Kommissionen (Meura), Sml. s. 2263, præmis 14-17].

hedens 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 virksomhed ud fra udsigterne til rentabel drift under lignende omstændigheder ville have foretaget en sådan kapitalforhøjelse, idet der herved skal ses bort fra ethvert socialt, politisk eller regionalt hensyn til den pågældende sektor« (præmis 14).

»Som det er blevet anført af den belgiske regering, kan en privat virksomhed rimeligvis fremskaffe den nødvendige kapital til at sikre, at en virksomhed, der er kommet i forbigående vanskeligheder, kan overleve og på ny kan blive rentabel, efter omstændighederne efter en rekonstruktion. Imidlertid er der i nærværende tilfælde tale om en virksomhed, der på det tidspunkt, hvor støtten blev givet, havde lidt meget betragtelige tab i flere år i forhold til virksomhedens omsætningstal, og som kun havde kunnet overleve takket være kapitaltilførsler ved gentagne lejligheder fra de offentlige myndigheders side for at rekonstruere den fuldstændigt opbrugte selskabskapital, og hvis produkter var blevet afsat på et marked, der var kendetegnet af overkapacitet« (præmis 15).

»Den belgiske regering har gjort gældende, at kapitaltilførslen var knyttet til gennemførelsen af en omstruktureringsplan for virksomheden. I den forbindelse skal det understreges, at retmæssigheden af den anfægtede beslutning skal vurderes i forhold til de oplysninger, som Kommissionen sad inde med på det tidspunkt, hvor den gennemførte den. Imidlertid gælder det, at selv om de belgiske myndigheder rent faktisk kort har nævnt i deres brevveksling med Kommissionen, at der forelå en omstruktureringsplan, er indholdet af denne plan aldrig blevet meddelt den i forbindelse med proceduren i henhold til Traktatens artikel 93« (præmis 16).

»Når henses til de oplysninger, som Kommissionen råder over på det pågældende tidspunkt, er det derfor med rette, at den har fundet det lidet sandsynligt, at virksomheden havde kunnet fremskaffe de nødvendige beløb til dens overlevelse på det private kapitalmarked, og at den derfor har anset den fornyede kapitaltilførsel fra SRIW's side som statsstøtte« (præmis 17).

Også i nyere sager har det forhold, at der ikke forelå en seriøs og realistisk omstruktureringsplan, været en faktor af afgørende betydning for det resultat, at en indskydelse af kapital var statsstøtte [35].

11. Af det anførte fremgår klart, at Domstolen har godkendt kriteriet om den fornuftige private investor og har villet se dette i sammenhæng med forekomsten af en fornuftig omstruktureringsplan. Kommissionen har derfor kunnet benytte dette kriterium som skønselement i den anfægtede beslutning [36].

12. Sagsøgeren gør med udgangspunkt i denne praksis gældende, at de fire omhandlede datterselskaber virkelig har været genstand for en omstrukturering, der dog varede længere end forudset, og at de kapitalindskud, der blev ydet i denne sammenhæng, var nødvendige for at redde virksomheden. Kapitalindskuddene må derfor anses for retmæssige, eftersom en privat investor fornuftigvis ville være gået frem på samme måde.

35 — Jf. præmis 26-30 i Domstolens dom af 21.3.1990 (sag C-142/87, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 959) og præmis 38-41 og 54 i Domstolens dom af 14.2.1990 (sag C-301/87, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 307).

36 — Den anfægtede beslutning, anden del.

Dette synspunkt forekommer mig alt for vidtgående. De pågældende datterselskaber havde tidligere været genstand for en omstrukturering, i forbindelse med hvilken der blev ydet dem en økonomisk støtte allerede dengang ENI overtog Lanerossi SpA (i 1962). En periode på 20-25 år kan vanskeligt anses for en fornuftig strukturomlægningsperiode. Desuden fremgår det af sagsfremstillingen ovenfor, at der for perioden 1983-1987 ikke fandtes nogen seriøs omstruktureringsplan, og at ENI-Lanerossi's ledelse allerede i 1983 anså det for udsigtsløst at omstrukturere de pågældende virksomheder. Og Kommissionens skøn med hensyn til de faktiske omstændigheder må derfor efter min mening anses for rigtigt.

Ulige behandling af offentlige og private virksomheder

13. Herefter må jeg kort beskæftige mig med princippet om lige behandling af offentlige og private virksomheder. Parterne er ikke uenige om, at ligebehandling pånøder sig både efter EØF-Traktatens artikel 90 og artikel 222. Ifølge sagsøgeren gør sagsøgte sig skyldig i en misforståelse ved ikke at se, at et offentligt holdingselskab som ENI må kunne overføre kapital mellem datterselskaberne inden for rammerne af en langsigtet strategisk planlægning.

14. Det er på dette punkt min opfattelse, at offentlige og private virksomheders adfærd ikke er væsensforskellige. Den sætningsdel i Meura-dommen, hvori det siges, at staten må sammenlignes med en privat aktionær under lignende omstændigheder, der beslutter sig til at indskyde kapital »ud fra udsigterne til rentabel drift ..., idet der herved skal bortses fra ethvert socialt, politisk eller regionalt hensyn til den pågældende sektor« [37], er faktisk efter min mening i samklang med det nævnte princip om lige behandling. For udsagnet »idet der herved skal ses bort fra ethvert socialt, politisk eller regionalt hensyn« kan ikke forstås bogstaveligt, idet en privat investor under alle omstændigheder bortser fra sociale eller politiske hensyn til sektoren. I en blandingsøkonomi, hvor der er en snæver sammenhæng mellem den offentlige og den private sektors interesser, og hvor arbejdstagernes interesser kommer stærkt til udtryk, kan et større privat holdingselskab heller ikke stille sig fuldstændig afvisende over for beskæftigelsen og den økonomiske udvikling i det område, hvor det er virksomt. *Også* på baggrund heraf vil det være indstillet på at overføre kapital fra det ene datterselskab til det andet med henblik på at kunne komme over tab i kortere perioder. Det vil imidlertid tilsidesætte sine forpligtelser over for aktionærer, kapitalindskydere og personalet, såfremt det dækkede tab i virksomheder i en sektor præget af overkapacitet og dermed ophobede tab svarende til størstedelen, for ikke at sige hele omsætningen, uden at have udarbejdet en seriøs omstruktureringsplan, som den forsøger at gennemføre bedst muligt.

Sagsøgte har derfor efter min mening under de foreliggende forhold med føje kunnet gå ud fra, at en fornuftig privat investor også under hensyntagen til sociale og regionale forhold ikke fortsat ville have ydet støtte i mange år eller endog i flere tiårsperioder (uden en åbenlys eller forklædt statsstøtte, der må tages som sådan efter artikel 92), såfremt det i en ikke alt for lang periode havde vist sig, at enhver strukturomlægning

37 — Domstolens dom af 10.7.1986 (sag 234/84, Belgien mod Kommissionen, Sml. s. 2263, præmis 14).

også efter virksomhedsledelsens opfattelse var umulig. Efter min mening skal et offentligt holdingselskabs adfærd ikke vurderes på en herfra fundamentalt forskellig måde. Selv om et sådant holdingselskab kan vie sociale eller økonomiske forhold særlig opmærksomhed, har det dog hverken midler eller ret til at lade hånt om markedets love, hvilket netop gælder i kraft af princippet om lighed mellem offentlige og private virksomheder. Sagsøgerens argumentation vedrørende Traktatens artikel 90 og 222 skal derfor på baggrund af de konkret foreliggende omstændigheder forkastes.

Af samme grund forekommer heller ikke den spanske regerings indlæg at passe på de faktiske forhold i det foreliggende tilfælde. Et holdingselskabs mulighed for at acceptere et datterselskabs tab i en kortere periode med det formål at iværksætte en langsigtet strategi til en optimering af rentabiliteten er et argument, der ikke i det foreliggende tilfælde lader sig bringe i overensstemmelse med de faktiske forhold. Det argument, at et privat holdingselskab ikke ville tillade, at koncernens anseelse skades ved en konkurs, er et tveægget argument. I et konkret tilfælde kan et holdingselskabs troværdighed — det være sig et privat eller offentligt holdingselskab — skades, såfremt det påtager sig at holde datterselskaber, der konstant har tab, der er lige så store som deres omsætning, i live.

Regional udvikling

15. Jeg bliver endnu et øjeblik ved argumentationen om regional udvikling, som sagsøgeren har fremført som begrundelse for støttens forenelighed med det fælles marked. Ifølge sagsøgeren er i al fald ét af de fire omhandlede datterselskabers fabrikker hjemmehørende i en provins, der efter Rådets forordning (EØF) nr. 219/84 [38] kan modtage fællesskabsstøtte; tabsdækningen er derfor omfattet af undtagelsesbestemmelsen i artikel 92, stk. 3, litra a).

Kommissionen har generelt heroverfor anført, at den i beslutningen har lagt vægt på forhold af social og regional betydning og på grundlag heraf ikke gjort indsigelse mod den støtte, der blev ydet indtil udgangen af 1982 [39]. Der er imidlertid ikke grundlag for at påberåbe sig forordning nr. 219/84, idet denne forordning vedrører specielle støtteprogrammer til driftsomlægning i visse regioner, ikke støtte til redning af enkeltvirksomheder.

16. Kommissionens synspunkt er efter min mening rigtigt. Efter dommen i Philip Morris-sagen ligger det fast, at Kommissionen ved afgørelsen af, om der kan gøres undtagelse i medfør af EØF-Traktatens artikel 92, stk. 3, råder over et vidt skøn [40]. Der består med andre ord ikke en subjektiv ret eller en ret, der kan påberåbes direkte til undtagelse for nationale foranstaltninger, der har deres grundlag i regionalpolitiske overvejelser. I den anfægtede beslutning har Kommissionen (i afsnittene VII og VIII) redegjort for, hvorledes sagsøgeren ikke

38 — Rådets forordning nr. 219/84 om gennemførelse af en særlig fællesskabsaktion med henblik på regional udvikling, der skal bidrage til at fjerne hindringerne for udviklingen af nye økonomiske aktiviteter i visse områder, der er berørt af strukturomlægningen i tekstil- og beklædningsindustrien (EFT L 27, s. 22).

39 — Jf. den anfægtede beslutning, første del, syvende afsnit.

40 — Domstolens dom af 17.9.1980 (sag 730/79, Philip Morris Holland BV mod Kommissionen, Sml. s. 2671, præmis 16, 17 og 24) og Domstolens dom af 21.3.1990 (sag C-142/87, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 959, præmis 56).

havde fulgt de retningslinjer, den forinden havde tilstillet medlemsstaterne om støtte til tekstilsektoren og redningsstøtte. Muligheden for at yde en støtte i forbindelse med et fællesskabsprogram fra Den Europæiske Fond for Regional Udvikling bemyndiger ikke medlemsstaterne til på eget initiativ og uden forudgående underretning at yde støtte, der falder uden for dette fællesskabsprogram.

I øvrigt følger det af artikel 1, 3, 4 og 5 i forordning nr. 219/84, at Kommissionen i de af omstruktureringen for tekstil- og beklædningsindustrien omfattede regioner kan godkende en særlig aktion, hvorved der foruden andre foranstaltninger til sanering af forholdene i vedkommende region kan ydes supplerende investeringsstøtte til små og mellemstore virksomheder. Formålet med sådan en støtte skal være skabelse af nye virksomheder eller tilpasning af produktionen i bestående virksomheder. Den karakter af supplerende støtte, denne støtte har, fremgår af, at den ydes i form af et kapitaltilskud eller en rentegodtgørelse, samt af, at en støtte fra Fællesskabet, der kommer op på 50% af den planlagte investeringsstøtte, kun kan andrage 10% af investeringsbeløbet og højst strække sig over fire år. Endelig fremgår det af artikel 6, stk. 2, at vedkommende medlemsstat ved udgangen af hvert år skal forelægge Kommissionen en rapport, hvori der, som omtalt, skal gives oplysninger om andre foranstaltninger end støtte. I nærværende sag har sagsøgeren ikke på noget trin i sagen gjort gældende, at de materielle og formelle betingelser for at anse den omhandlede støtte som forenelig med et særligt program inden for rammerne af Den Europæiske Fond for Regional Udvikling, som Kommissionen har godkendt i medfør af forordning nr. 219/84.

Påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater

17. Ifølge sagsøgeren har sagsøgte ikke givet nogen fyldestgørende begrundelse for udtalelsen i den anfægtede beslutning om, at betingelsen ifølge EØF-Traktatens artikel 92, stk. 1, om påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater er opfyldt. Ifølge sagsøgeren bliver der ikke tale om en sådan påvirkning som følge af de fire datterselskabers begrænsede markedsandel i den italienske sektor for herrebeklædning og den relativt beskedne del af disse fire virksomheders produktion, der eksporteres til de øvrige lande i Fællesskabet.

Sagsøgte har over for dette klagepunkt om ufyldestgørende begrundelse for det første bemærket, at en stor del af afsnittene VI-X i den anfægtede beslutning beskæftiger sig med denne betingelse. Sagsøgte gør dér i vidt omfang brug af forskellige statistiske oplysninger. Efter min mening er derfor kravet om begrundelse opfyldt, såfremt det forholder sig således, at de i den anfægtede beslutning indeholdte angivelser er relevante og støtter Kommissionens udtalelse om anvendeligheden af kriteriet i artikel 92, som jeg her skal beskæftige mig med.

18. Sagsøgte anfører flere gange i den anfægtede beslutning, at der er overskudskapacitet i den pågældende sektor[41], et forhold, der som fastslået af Domstolen bl.a. i

41 — Den anfægtede beslutning, sjette del, fjerde afsnit, ottende del, tredje led, ottende del, næstsidste afsnit, samt tiende del, andet afsnit, og niende del, ottende afsnit, hvor udtalelsen om, at det er økonomisk nødvendigt for virksomhederne at gennemføre kapacitetsnedskæringer, må opfattes på denne måde.

Meura-sagen [42] har relevans ved afgørelsen af, om samhandelen mellem medlemsstater er påvirket, ligesom det også normalt fastslås, at der er en meget skarp konkurrence i denne sektor [43]. Den fremhæver dernæst, at de fire omhandlede virksomheder er store virksomheder i sammenligning med virksomhedernes gennemsnitlige størrelse i den sektor, hvor de fire er virksomme [44]. Dette må der efter dens opfattelse tages hensyn til ved vurderingen af deres produktion til eksport. Den fremhæver dernæst i den anfægtede beslutning, at selv om de fire støttemodtagervirksomheder selv kun har eksporteret en forholdsvis begrænset del af deres produktion (14%), har de dog deltaget aktivt i handelen i Fællesskabet inden for den pågældende sektor, der er præget af skarp konkurrence og af en omfattende og konstant voksende samhandel mellem medlemsstaterne [45]. Endelig siges det i beslutningen, at den italienske produktion og eksport udgør en betydelig del af samhandelen i Fællesskabet med tekstiler og beklædning, navnlig i industrien for herretøj [46], og at den påtalte støtte har givet denne industri en fordel, der kan medføre, at samhandelen mellem medlemsstaterne påvirkes [47].

19. Efter min mening har sagsøgeren ikke kunnet godtgøre, at Kommissionen ikke kunne nå til det resultat, at den påtalte støtte kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. Sagsøgeren grunder navnlig sin argumentation på de fire virksomheders begrænsede enkelte andele af handelen i Fællesskabet med de omhandlede produkter. Men dette afgiver efter Domstolens praksis ikke et tilstrækkeligt grundlag til en gendrivelse af de konstateringer, den anfægtede beslutning indeholder, og som er gengivet ovenfor.

Sagsøgte har således med føje påberåbt sig Domstolens dom af 11. november 1987 [48], hvori de snævre fortjenstmargener (på grund af overkapacitet) i en bestemt sektor medførte, at den statsstøtte, der var ydet med forholdsvis begrænsede beløb, ansås for omfattet af forbuddet i artikel 92, og navnlig Domstolens dom af 13. juli 1988 i SEB-sagen, hvori Domstolen anerkendte det synspunkt, at en virksomhed, der ikke selv deltager i udførslerne til andre medlemsstater, dog i kraft af statsstøtte til produktion kan bidrage til at forringe produktionsmulighederne for virksomheder, der er etableret i de øvrige medlemsstater, når henses til hvordan forholdene ville have været, hvis statsstøtten ikke var blevet ydet. Selv når der ikke er overkapacitet inden for den pågældende sektor, kan der således blive tale om en fordrejning af konkurrencen i fællesmarkedet til fordel for indenlandske producenter [49]. Denne argumentation er snævert knyttet til de i den anfægtede beslutning anførte grunde, der fremhæver den pågældende nationale produktionssektors rolle på et fælles marked, der er præget af omfattende handel og skarp konkurrence.

At forhindre konkurrencebegrænsninger til fordel for en samlet national industrisektor er et af de formål med Traktatens artikel

42 — Domstolens dom af 10.7.1986 (sag 234/84, Belgien mod Kommissionen, Sml. s. 2263, præmis 22). Der henvises der til næstsidste afsnit i ottende del i den anfægtede beslutning.

43 — Ottende del, første afsnit, og sjette del, andet afsnit.

44 — Sjette del, tredje afsnit, og syvende del, ellevte afsnit.

45 — Den anfægtede beslutning, sjette del, tredje afsnit.

46 — Den anfægtede beslutning, sjette del, andet afsnit.

47 — Den anfægtede beslutning, sjette del, tiende afsnit.

48 — Sag 259/85, Frankrig mod Kommissionen, Sml. s. 4393, præmis 24.

49 — Domstolens dom af 13.7.1988 (sag 102/87, Frankrig mod Kommissionen, Sml. s. 4067, præmis 19).

92, der får stadig større betydning, efterhånden som medlemsstaterne ikke længere kan anvende andre midler inden for den økonomiske politik for at begunstige den indenlandske produktion, hvorfor de fristes mere til at yde statsstøtte. Endvidere bliver konkurrencebegrænsninger mere mærkbare, efterhånden som sammensmeltningen af markederne tager fart[50].

Den omstændighed, at kravet om begrundelse for påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater er lempet i SEB-dommen må efter min mening ses i denne sammenhæng. Da der er tale om en dom af stor betydning i udviklingen i praksis[51], tillader jeg mig at citere den her henhørende del i dens helhed:

»Den franske regering har i denne henseende fremført, at de omtvistede lån ikke kan antages at berøre samhandelen mellem medlemsstaterne og konkurrencen. Regeringen har desuden anført, at beslutningen ikke indebærer noget element, der gør det muligt at forstå Kommissionens ræsonnement på dette punkt« (præmis 17).

»Det bemærkes, at den anfægtede beslutning indeholder en undersøgelse af ølmarkedet i Frankrig. Efter en konstatering af, at det årlige ølforbrug pr. indbygger i perioden 1975-1985 var stagnerende i de fleste medlemsstater, og lettere faldende i Frankrig, fastslås det i beslutningen, at Frankrig traditionelt dækker lidt over 10% af sin efterspørgsel ved import fra de øvrige medlemsstater. Den franske eksport til de øvrige medlemsstater har været lidt faldende i samme periode og tegnede sig for ca. 1,5% af den franske produktion. Den virksomhed, der har modtaget det omtvistede lån, kontrolleres 100% af en fransk koncern, hvis ølproduktion overstiger 50% af den samlede franske produktion, og som deltager i samhandelen med øl inden for Fællesskabet. Virksomheden selv tegner sig for ca. 20% af det franske marked« (præmis 18).

»Disse faktiske omstændigheder bestrides ikke af den franske regering. Regeringen har imidlertid bemærket, at Kommissionen hverken har konstateret en overkapacitet i sektoren for ølproduktion eller angivet den andel, som den lånemodtagende virksomhed repræsenterer med hensyn til udførslerne til de øvrige medlemsstater. En støtte til en virksomhed kan imidlertid være af en sådan art, at den berører samhandelen mellem medlemsstaterne og fordrejer konkurrencen, endog selv om denne virksomhed konkurrerer med produkter fra andre medlemsstater, uden selv at deltage i udførslerne. En sådan situation kan ligeledes foreligge, når der ikke er overkapacitet inden for den pågældende sektor. Når en medlemsstat yder støtte til en virksomhed, kan den indenlandske produktion derved blive opretholdt eller forøget med den konsekvens — under omstændigheder som de af Kommissionen konstaterede — at chancerne for virksomheder, der er etableret i de øvrige medlemsstater, for at eksportere deres produkter til denne medlemsstats marked herved bliver formind-

50 — Jf. *Attende Beretning om Konkurrencepolitikken*, 1988, 1989, punkt 164, tredje afsnit.

51 — I Domstolens dom af 17.9.1980 (sag 730/79, Philip Morris, Sml. s. 2671, præmis 11) og Domstolens dom af 11.11.1987 (sag 259/85, Frankrig mod Kommissionen, Sml. s. 4393, præmis 16), der gentages i præmis 43 i Domstolens dom af 21.3.1990, [sag C-142/87, Belgien mod Kommissionen (Tubemeuse), Sml. I, s. 959], anførte Domstolen, at den omstændighed, at en virksomhed, der modtager støtte, er en mindre virksomhed, eller at støtten er beskeden, ikke udelukker, at samhandelen mellem medlemsstater kan være påvirket. SEB-dommen er imidlertid mere vidtgående.

skede. En sådan støtte kan derfor berøre samhandelen mellem medlemsstaterne og fordreje konkurrencen« (præmis 19).

Efter min mening fremgår det klart, omend indirekte af denne argumentation, at når en støttemodtagervirksomhed er virksom på et marked, hvor der er reel konkurrence mellem producenter, der er hjemmehørende i forskellige medlemsstater, kan Kommissionen fornuftigvis fastslå, at kriteriet vedrørende »en negativ indflydelse på samhandelen mellem medlemsstaterne« er opfyldt. Ifølge Domstolen kan dette endog være tilfældet, når der i modsætning til, hvad der er tilfældet i nærværende sag, ikke findes overkapacitet i den pågældende sektor. Dette må efter min mening medføre, at det kun er på varemarkeder, der ikke er genstand for international handel som følge af meget høje transportomkostninger eller andre særlige forhold, at det stadig er muligt på det aktuelle markeds sammensmeltningsstadium at forestille sig støtte, som samhandelskriteriet ikke bliver relevant for.

20. På baggrund af denne retspraksis kan sagsøgerens anbringende efter min mening ikke tages til følge. De oplysninger, Domstolen efter anmodning har fået forelagt, ændrer intet herved: de italienske producenters markedsandel steg mellem 1983 og 1987 fra 27,1 til 29,1% for tekstil- og beklædningssektoren under ét; for de fire kategorier herretøj, der er tale om i nærværende sag, har den gennemsnitlige markedsandel mellem 1983 og 1987 ligget fast på et højt og omtrent stabilt niveau, nemlig på mellem 35 og 40%. Heraf følger efter min mening, at Kommissionen også har holdt sig inden for grænserne for sine skønsbeføjelser i begrundelsen til den anfægtede beslutning, når det gælder kriteriet om påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater.

Artikel 93, stk. 3, og undladelsen af at give underretning om støtten

21. Sagsøgeren mener i alt væsentligt at have handlet med respekt af artikel 93, stk. 3. Sagsøgte har faktisk i god tid fået mulighed for at fremsætte sine bemærkninger. Kun fordi sagsøgte i fire år undlod at tage stilling, blev støtten udbetalt. Når henses til den betydning virksomhedernes fortsatte beståen havde, burde Kommissionen i givet fald have reageret hurtigere.

Sagsøgerens anbringende om, at artikel 93, stk. 3, er blevet overholdt, holder faktisk ikke, idet der ikke korrekt blev givet underretning om støtten, der var blevet ydet fra den 1. januar 1983, selv om sagsøgeren i telex af 24. juni 1983 havde lovet at give underretning om samtlige foranstaltninger i fremtiden (jf. ovenfor i punkt 2)[52]. Først lang tid efter det tidspunkt, hvor de faktiske omstændigheder udspillede sig, fik Kommissionen — efter flere gange indtrængende at have anmodet om oplysninger, idet dens mistanke var blevet bestyrket ved pressemeddelelser — officielt underretning om den omstændighed, at støtte også faktisk *var blevet* ydet i 1983 og i de følgende år. Det er klart, at forpligtelsen til at give un-

52 — Den anfægtede beslutning første del, ottende afsnit, jf. punkt 2 ovenfor. Sagsøgeren har hidtil ikke kunnet fremlægge en kopi af dette telex, således som Domstolen havde ønsket det, og har desuden heller ikke bestridt dets indhold, således at dette telex, med det indhold det har ifølge Kommissionens beslutning, retmæssigt kan lægges til grund.

derretning omfattede alle tabsudligningsforanstaltninger i tiden efter den 1. januar 1983. Da sagsøgte udtrykkeligt havde anført, at det ikke kunne accepteres, at der blev udbetalt yderligere produktionsstøtte efter udgangen af 1982, og da sagsøgeren allerede i november 1983 havde meddelt Kommissionen, at ledelsen anså det for uladsiggørligt at omstrukturere de pågældende virksomheder, kunne sagsøgeren gå ud fra, at der ikke ville blive givet tilladelse til at yde en sådan støtte. Men en tilsidesættelse af forpligtelsen til at give underretning kan jo ikke undskyldes hermed, tværtimod.

22. Sagsøgeren og sagsøgte har endvidere også taget stilling til et spørgsmål, der ikke har større betydning for afgørelsen af nærværende tvist, nemlig spørgsmålet om, hvorvidt undladelsen af at give underretning i og for sig kan begrunde, at støtten anses for at være i strid med EØF-Traktaten. Domstolen har vedrørende dette spørgsmål givet en vigtig rettesnor i dommen af 14. februar 1990 i sag 301/87, Frankrig mod Kommissionen (Boussac) [53]. Domstolen fastslog i denne dom, at en undladelse af at give underretning ikke absolut overflødiggjorde enhver stillingtagen til, om de grundlæggende betingelser var opfyldt; først når medlemsstaten har undladt at efterkomme et særligt pålæg fra Kommissionen om at meddele de ønskede oplysninger om et støtteprojekt, der ikke er givet underretning om, kan Kommissionen uden (mere indgående) at have undersøgt, om betingelserne for at gøre fravigelse i medfør af artikel 92, stk. 2 og 3 er opfyldt, rejse krav om, at den udbetalte støtte skal tilbagesøges (præmis 22).

Som nævnt har dette spørgsmål slet ingen betydning i denne sag, idet støtten *virkelig her* blev behandlet i lyset af grundbetingelserne i artikel 92.

53 — Sml. I, s. 307.

Tilbagesøgning af støtten — berettiget forventning

23. Sagsøgeren har fremført forskellige grunde med henblik på at bevise, at den af Kommissionen påbudte tilbagesøgning af den kritiserede støtte er retsstridig. Sagsøgeren har i første række argumenteret på grundlag af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning. Sagsøgeren har endvidere anført, at det ikke er muligt at kræve beløb, der er gået til at dække tab, tilbage, idet der ikke ved opstilling af salgsvilkårene ved privatiseringen af de fire datterselskaber blev taget højde for en mulig tilbagesøgning i fremtiden. For det tredje gør sagsøgeren gældende, at tilbagesøgning forudsætter udøvelsen af et skøn, der skal begrundes, hvilket ikke er sket, og at det ikke klart er anført, hvem det er, der skal gennemføre påbuddet om tilbagesøgning.

Jeg vil først se på det sidst anførte synspunkt. Kommissionen har gjort gældende, at det allerede af ordlyden af Traktatens artikel 93, stk. 2 — hvorefter støtteforanstaltningen skal ophæves (eller ændres) — følger, at kravet om tilbagesøgning ikke kræver særlig begrundelse. Allerede på grundlag af Domstolens dom i sag 70/72 kan det fastslås, at de grunde, Kommissionen skal anføre i beslutningen, omhandler støttens uforenelighed med Traktaten [54]; når denne beslutning er begrundet, kan Kommissionen uden videre stille krav om tilbagesøgning. Denne opfattelse må efter min mening være korrekt. Ophævelse eller ændring af en støtteforanstaltning og dermed tilbagesøgning af en allerede eventuelt udbetalt støtte, er faktisk »den logiske følge« [55] af konstateringen af, at støtten er uforenelig, en følge, der

54 — Domstolens dom af 12.7.1973 (sag 70/72, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 813, præmis 20).

55 — Domstolens dom af 21.3.1990 (sag C-142/87, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 959, præmis 64), hvori der henvises til Domstolens dom af 24.2.1987 (sag 310/85, Deufil, Sml. s. 901).

på sin side begrundes i det argument, hvorpå det støttes, at støtten er uforenelig. Faktisk har, når det er godtgjort, at den ydede støtte har påvirket konkurrencen og samhandelen mellem medlemsstater, denne faktisk udbetalte støtte haft den ved Traktaten uforenelige virkning, og tilbagesøgning af den kan kræves uafhængigt af alle senere foreliggende forhold.

Det er unægtelig hensigtsmæssigt, at Kommissionen så præcist som muligt angiver, hvem der skal tilbagebetale støtten. Normalt er det støttemodtageren, hvilket *her*, jf. artikel 1 i den anfægtede beslutning, vil sige ENI-Lanerossi, altså de datterselskaber, der har modtaget støtten, moderselskabet (Lanerossi SpA) og »bedstemoder«-selskabet (ENI). Med de faktiske forhold i det foreliggende tilfælde, hvor der ikke på forhånd blev givet underretning om støtten, og denne langt fra er gennemsigtig, vil denne angivelse være tilstrækkelig. Som vi senere skal få at se (i punkt 27), er det i øvrigt den berørte medlemsstat, der eventuelt må forelægge Kommissionen forslag vedrørende forholdene i forbindelse med tilbagesøgningen, og dermed også vedrørende de personer, som tilbagesøgningskravet rettes til. Sagsøgerens argumentation på dette første punkt skal derfor forkastes.

24. Lad os herefter se på argumentationen vedrørende den berettigede forventning. Sagsøgeren har gjort gældende, at Domstolens dom af 24. november 1987 i RSV-sagen[56] skal lægges til grund for afgørelsen i det foreliggende tilfælde. Domstolen fastslog i nævnte dom, at Kommissionen ved at lade *seksogtyve måneder* hengå, før den afsluttede proceduren i henhold til artikel 92, havde tilsidesat en god forvaltningspraksis. Den omhandlede sektor havde tidligere modtaget godkendt støtte, således at Kommissionens forsinkelse med at vedtage beslutningen havde kunnet skabe en berettiget forventning, der måtte medføre, at en tilbagesøgning af støtten blev retsstridig. Ifølge sagsøgeren følger anvendeligheden af denne dom af, at en egentlig procedure i det foreliggende tilfælde ikke blev indledt før december 1984.

25. Sagsøgte har med føje gjort gældende, at sagsøgerens argument på dette punkt er uholdbart. Det fremgår klart af tidsforholdene i denne sag efter anførslerne herom i den anfægtede beslutning, der ikke på dette punkt er blevet bestridt af sagsøgeren, at en eventuel forsinkelse fra sagsøgtes side med at indlede en procedure hovedsagelig skyldtes den langsommelighed, hvormed sagsøgeren meddelte de ønskede oplysninger samt det forhold, at sagsøgeren ikke holdt sit løfte om at ville opfylde sin forpligtelse til at give underretning.

At dette sidste er tilfældet fremgår af, at sagsøgeren i et telex af 24. juni 1983 havde lovet at give underretning om samtlige foranstaltninger i fremtiden til fordel for de fire omhandlede datterselskaber[57]. Domstolen har anmodet sagsøgeren om at fremlægge dette telex i kopi, hvilket endnu ikke er sket. Da sagsøgte var blevet gjort bekendt med, at de fire virksomheder fortsat led betydelige tab, fremsendte den den 20. juli 1983 en erindringsskrivelse[58]. Sagsøgeren svarede ved skrivelse af 2. november 1983, at der ikke påtænktes yderligere støtte til de fire virksomheder[59]. Heller ikke dette brev har sagsøgeren kunnet fremlægge. Kommis-

56 — Domstolens dom af 24.11.1987 (sag 223/85, RSV mod Kommissionen, Sml. s. 4617).

57 — Den anfægtede beslutning, første del, ottende afsnit.

58 — Den anfægtede beslutning, første del, niende afsnit.

59 — Den anfægtede beslutning, første del, tiende afsnit.

sionen meddelte ved skrivelse af 7. december 1983, at den tog dette tilsagn fra sagsøgeren til efterretning [60].

Den 14. december 1984, det vil sige *tretten måneder* efter at sagsøgeren for anden gang havde bekræftet, at der ikke mere i 1983 eller senere ville blive ydet støtte uden forudgående underretning og godkendelse, anmodede sagsøgeren om officielt at fremsætte sine bemærkninger inden for rammerne af en procedure i medfør af Traktatens artikel 93, stk. 2, første afsnit [61]. Har denne tretten måneders periode en sådan længde, at sagsøgeren retmæssigt kunne mene, at statsstøtten var traktatmæssig? Dette spørgsmål må efter min mening besvares benægtende, når henses til sagens konkret foreliggende omstændigheder. I modsætning til, hvad der var tilfældet i RSV-sagen, har sagsøgte i nærværende sag klart gentagne gange meddelt, at enhver støtte, der måtte blive tale om efter 1982, sandsynligvis ville blive anset for retsstridig. Sagsøgeren har på sin side ikke holdt sit udtrykkelige løfte om at give underretning om enhver ny støtte, selv om det var blevet lovet ikke mere at yde sådan støtte. Efter at sagsøgte i anledning af pressemeddelelser havde rettet forespørgsler til sagsøgeren, fremsendte denne i august 1984 en sammenfatning af et nyt strukturomlægningsprogram, som sagsøgte logisk måtte undersøge for at kunne træffe en afgørelse på sagligt grundlag. Helt uafhængig heraf kan det spørges, om en medlemsstat, der tilsidesætter sin forpligtelse til at give underretning, senere kan påberåbe sig princippet om beskyttelse af den berettigede forventning [62]. Desuden må det ikke glemmes, at sagsøgte først ved en skrivelse af 30. august 1984 blev underrettet om det (uhyrlige) omfang af de tab, der var blevet dækket i 1983 [63], og det skønt sagsøgte havde anmodet om at blive underrettet om resultaterne ved hvert års udgang.

26. Det vil også kun vanskeligt kunne gøres gældende, at varigheden af selve den administrative procedure, der blev indledt i december 1984 og sluttede med forkyndelsen af den anfægtede beslutning i august 1988, kan give sagsøgeren argumenter i hænde, hvorpå dette synspunkt kan støttes. Den kronologiske fremstilling af de faktiske forhold i dette tidsrum i den anfægtede beslutning byder faktisk på en meget bemærkelsesværdig serie af forhalingsfaktorer: anmodninger om fristforlængelse, manglende eller utilstrækkelige svar, uafladeligt fornyede strukturomlægningsforslag vedrørende den nærmeste fremtid, ændringer i det uendelige af den grundlæggende opfattelse af, hvorledes problemerne skal løses: først strukturomlægning, senere omlægning af driften og derpå privatisering. Først ved udgangen af 1987 eller i begyndelsen af 1988 fik Kommissionen tilstillet alle de oplysninger, den længe havde anmodet om, og på grundlag af hvilke den vedtog den anfægtede beslutning den 26. juli 1988 [64]. Det anførte må udgøre tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at enhver påberåbelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning også falder til jorden for dette tidsrum. For at være mere end fuldstændig kan jeg tilføje, at sagsøgeren, også efter at proceduren var blevet indledt i december 1984, ydede en støtte, der ikke blev givet underretning om.

Endelig kan sagsøgeren heller ikke begrunde undladelsen af at efterkomme beslutningen (ved ikke at foretage tilbagesøgning) under henvisning til en tilsidesættelse af sin berettigede forventning. Domstolen har i dommen af 2. februar 1989 i sag 94/87

60 — Jf. bilag III til Kommissionens svarskrift.

61 — Jf. den anfægtede beslutning, anden del, syvende afsnit, der angiver datoen den *19.* december i stedet for den *14.* december.

62 — Jf. på linje hermed generaladvokat Jacobs forslag til afgørelse i sag C-301/87, Frankrig mod Kommissionen, punkt 21 og 22 (Sml. 1990 I, s. 307).

63 — Den anfægtede beslutning, anden del, andet afsnit.

64 — Den anfægtede beslutning, tredje del.

udtalt, at en medlemsstat ikke kan påberåbe sig princippet om beskyttelse af den berettigede forventning som begrundelse for ikke at gennemføre en beslutning om støtte; den vil alene kunne påberåbe sig absolut umulighed for gennemførelsen, og de problemer, der melder sig for den i den anledning, skal endda forelægges for Kommissionen til vurdering med henblik på en løsning [65].

»Umuligheden« af at tilbagesøge støtten efter overdragelse

27. Endelig må det desuden spørges, om statens forpligtelse til at tilbagesøge en støtte også uden videre skal opfyldes, når de virksomheder, der har modtaget støtten, er blevet afhændet, eventuelt i afdelinger eller endnu mindre enheder, og når følgerne af en eventuel tilbagesøgning ikke er blevet taget i betragtning ved vilkårene for overdragelsen. Dette spørgsmål, der er blevet rejst af den italienske regering, må afgrænses præcist efter den sammenhæng, det hører hjemme i.

Ifølge Domstolens faste praksis skal tilbagesøgning af en ulovlig udbetalt støtte i mangel af særlige fællesskabsregler herom ske i henhold til de relevante bestemmelser om fremgangsmåden i national ret, idet det dog herved er en betingelse, at disse bestemmelser anvendes på en sådan måde, at den efter fællesskabsretten krævede tilbagesøgning ikke gøres praktisk umulig [66]. Ved tilbagesøgning skal Kommissionen og medlemsstaten efter EØF-Traktatens artikel 5 samarbejde loyalt med henblik på at rydde de vanskeligheder, som tilbagesøgningen giver anledning til, af vejen, således at Traktatens bestemmelser respekteres fuldt ud og navnlig bestemmelserne om støtte, og medlemsstaten skal eventuelt »foreslå passende ændringer af den omhandlede beslutning« [67].

Af denne praksis fremgår klart, at det påhviler medlemsstaten, som i øvrigt har det bedste kendskab til de nationale procedurebestemmelser, at meddele Kommissionen, hvorledes den agter at gå frem ved tilbagesøgningen. Det er herefter forståeligt, at Kommissionen ved artikel 3 i den omtvistede beslutning har pålagt sagsøgeren inden to måneder fra beslutningens meddelelse at meddele Kommissionen, hvilke foranstaltninger, den har truffet for at efterkomme tilbagesøgningskravet. Det spørgsmål, der melder sig i nærværende annullationssøgsmål, er spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen har benyttet sine beføjelser korrekt ved at pålægge medlemsstaten en forpligtelse til tilbagesøgning, som er fastlagt i generelle vendinger og ikke særskilt begrundet og samtidig i alt videre har overladt til staten at bestemme, hvorledes den vil gå til værks. Omvendt bliver der ikke tale om her at afgøre, om de midler, som er eller ikke er blevet bragt i anvendelse af medlemsstaten ved tilbagesøgningen, er tilstrækkelige til, at staten kan opfylde sin fællesskabsforpligtelse. En undersøgelse heraf kan eventuelt ske under en procedure i medfør af artikel 169. I et sådant tilfælde fastslås en pligtforsømmelse fra statens side, medmindre der har været tale om en absolut umulighed for en punktlig gennemførelse af tilbagesøgningsbeslutningen, når medlemsstaten ikke har meddelt oplysninger om de foranstaltninger, den har truffet inden for den af Kommissionen fastsatte frist [68], og/eller når

65 — Domstolens dom af 2.2.1989 (sag 94/97, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 175, præmis 9). Jf. endvidere Domstolens dom af 15.1.1986 (sag 52/84, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 89, præmis 16). Princippet om, at en medlemsstat normalt ikke kan påberåbe sig beskyttelse af den berettigede forventning, bekræftes endnu engang klart i den nyere dom af 20.9.1990 (sag C-5/89, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3437, præmis 17 og 18).

66 — Domstolens dom af 21.3.1990 (sag C-142/87, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 959, præmis 61) og Domstolens dom af 20.9.1990 (den tidligere nævnte sag C-5/89, Kommissionen mod Tyskland, præmis 12). Jf. endvidere Domstolens dom af 21. september 1983 (forenede sager 205/82-215/82, Sml. s. 2633).

67 — Jf. de ovenfor i note 65 nævnte domme, navnlig præmis 16 i dommen i sag 52/84.

68 — Jf. den ovenfor i note 65 nævnte dom af 15.1.1986, præmis 15.

det kan konstateres, at den ikke har truffet skridt til at gennemføre tilbagesøgningen og ikke har stillet forslag til Kommissionen med henblik på at rydde de opdukkede vanskeligheder af vejen [69].

Som tidligere anført er det ikke nået så vidt i nærværende sag. Inden for annullationssøgsmålets rammer bliver der alene tale om at afgøre, om sagsøgte ved i den anfægtede beslutning at pålægge sagsøgeren en forpligtelse til at tilbagesøge den udbetalte støtte har holdt sig inden for sine beføjelser. Dette spørgsmål må efter min mening besvares bekræftende af de allerede nævnte grunde (jf. ovenfor i punkt 23); efter at Kommissionen havde konstateret, at støtten var uforenelig med artikel 92, kunne den uden angivelse af særlige grunde stille krav om tilbagesøgning af støtten. Ifølge Domstolens tidligere omtalte praksis påhviler det medlemsstaten at finde frem til, hvorledes og over for hvem [70] tilbagesøgning bedst muligt kan gennemføres på grundlag af national rets bestemmelser, og medlemsstaten skal give Kommissionen underretning om de skridt, den herved tager, og eventuelt foreslå den de nødvendige tilpasninger af beslutningen. Dog kan efter Domstolens dom i sag C-142/87 [71] eventuelle vanskeligheder vedrørende fremgangsmåden eller af anden art, der vedrører gennemførelsen af den anfægtede beslutning, ikke påvirke dennes lovlighed. Også sagsøgerens anbringende på dette punkt skal derfor forkastes.

Forslag til afgørelse

28. På grundlag af det anførte skal jeg foreslå Domstolen i det hele at frifinde sagsøgte for sagsøgerens påstande og at pålægge sagsøgeren at betale sagens omkostninger med tilføjelse om, at sagsøgeren efter EØF-Traktatens artikel 5 har været og stadig er forpligtet til at iværksætte de procedurer i henhold til national ret, hvorefter den udbetalte støtte skal tilbagesøges, samt til i samråd med Kommissionen at træffe afgørelse om, hvorledes eventuelle vanskeligheder i forbindelse med tilbagesøgningen kan løses.

69 — Jf. Domstolens ovenfor i note 65 nævnte dom af 2.2.1989, præmis 10, og de andre dér anførte domme.

70 — Som tidligere (i punkt 23) nævnt er der normalt tale om den endelige modtager, det vil sige modtagervirksomheden. I visse tilfælde kan tredjemand måske anses for forpligtet til at betale støtten tilbage, således f.eks. i et moderselskab, som har overtaget en virksomheds aktiver og passiver i forbindelse med en likvidation, eller som gennem støtten har opnået en anden »gevinst« i virksomheden. Spørgsmålet herom har været fremme i en anden sag, der verserer for Domstolen, nemlig sagen Italien mod Kommissionen (Alfa Romeo) (sag C-305/89, dom af 21.3.1991, Sml. I, s. 1603).

71 — Den tidligere i noterne 55 og 66 nævnte dom af 21.3.1990, præmis 63.