FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT NIAL FENNELLY

fremsat den 21. september 2000 [1]

I — Indledning

1. Den foreliggende sag rejser en række vigtige spørgsmål vedrørende fortolkningen af traktaten om oprettelse af Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab (herefter »EKSF-traktaten«). For det første er det nødvendigt at fastslå de respektive anvendelsesområder for denne traktats forbud mod forskelsbehandling, mod særlige byrder pålagt af staterne og mod tilskud eller anden støtte ydet af staterne. For det andet anmodes Domstolen om at afgøre, om disse forbud har direkte virkning og dermed kan håndhæves ved nationale domstole. For det tredje skal Domstolen tage stilling til virkningen på nationale sager af en række af Kommissionens foranstaltninger og dokumenter vedrørende spørgsmål, som i det mindste til dels hænger nøje sammen med genstanden for denne sag, og af, at en af parterne i denne sag har undladt at anlægge sag ved Retten i Første Instans vedrørende enten Kommissionens svar på eller passivitet i forbindelse med en tidligere klage fra en erhvervssammenslutning, som parten er medlem af.

II — Retlige og faktiske omstændigheder

a) Fællesskabsretlige bestemmelser

2. EKSF-traktatens artikel 4 indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

»I overensstemmelse med bestemmelserne i denne traktat ophæves og forbydes følgende inden for Fællesskabet som uforeneligt med fællesmarkedet for kul og stål:

[...]

b) forholdsregler eller fremgangsmåder, som medfører en forskelsbehandling af producenter, købere eller forbrugere, navnlig med hensyn til pris- eller leve-

1 — Originalsprog: engelsk.

ringsbetingelser og transporttariffer, samt forholdsregler og fremgangsmåder, der hindrer køberens frie valg af leverandør

c) tilskud eller anden støtte ydet af staterne eller særlige byrder pålagt af dem, i hvilken som helst form dette sker

d) restriktive fremgangsmåder, der tilsigter opdeling eller udnyttelse af markederne.«

3. EKSF-traktatens artikel 88 indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

»Er Kommissionen af den opfattelse, at en stat ikke har opfyldt en forpligtelse, der påhviler den i henhold til denne traktat, konstaterer den denne misligholdelse ved en begrundet beslutning efter forinden at have givet staten lejlighed til at fremsætte sine bemærkninger. Den giver den pågældende stat en frist til opfyldelse af dens forpligtelser.«

4. I medfør af EKSF-traktatens artikel 95 vedtog Kommissionen beslutning nr. 3632/93/EKSF af 28. december 1993 om fællesskabsordningen for statsstøtte til kulindustrien [2] (herefter »kodeksen for støtte til kulindustrien«). I henhold til kodeksens artikel 1 kan støtte til kulindustrien kun betragtes som fællesskabsstøtte og dermed som forenelig med det fælles marked, hvis den opfylder bestemmelserne i artikel 2-9. I artikel 2-7 anføres de materielle kriterier for Kommissionens vurdering af forskellige former for støtte. Artikel 9, stk. 1, foreskriver, at medlemsstaterne senest den 30. september hvert år (eller tre måneder før ikrafttrædelsen) »[meddeler] alle de finansielle foranstaltninger, som de har til hensigt at træffe til fordel for kulindustrien i det følgende år«. I kodeksens artikel 9, stk. 4, hedder det bl.a.:

»Medlemsstaterne må ikke iværksætte de planlagte støtteforanstaltninger, før Kommissionen har godkendt dem, idet den træffer sin beslutning under hensyn til bl.a. de generelle mål og kriterier i artikel 2 og de specifikke kriterier i artikel 3 til 7. Hvis Kommissionen ikke har truffet beslutning senest tre måneder efter modtagelsen af meddelelsen vedrørende de planlagte foranstaltninger, kan disse iværksættes femten arbejdsdage efter, at medlemsstaten har tilsendt Kommissionen en meddelelse om, at den agter at iværksætte foranstaltningerne [...]«

2 — EFT 1993 L 329, s. 12.

b) National lovgivning

5. Med Coal Industry Nationalisation Act 1946 (herefter »1946-loven«) blev ejendomsretten til næsten alle kulreserver i Det Forenede Kongerige overdraget til National Coal Board, som senere ændrede navn til British Coal Corporation (herefter »BCC«). Section 1 i 1946-loven gav BCC eneret til at udvinde og forarbejde kul i Det Forenede Kongerige; section 36 gav undtagelsesvis BCC bemyndigelse til at meddele tredjemand licens til udvinding af kul (herefter »section 36-licenser«) mod betaling af produktionsrelaterede afgifter eller levering af kul til BCC til en aftalt pris. Licenser til åben minedrift var begrænset til en årlig udvinding på 25 000 tons kul fra den pågældende mine; denne grænse blev hævet til 250 000 tons i 1990.

6. Coal Industry Act 1994 (herefter »1994-loven«) blev vedtaget med henblik på at privatisere BCC's kulmineaktiviteter. Med loven oprettedes en ny myndighed, Coal Authority, som den 31. oktober 1994 fik overdraget ejendomsretten til alle miner og alt uforarbejdet kul, der tidligere var samlet i BCC. I henhold til section 26 i 1994-loven udsteder Coal Authority licenser og lejekontrakter mod betaling af afgifter; i modsætning til BCC tidligere har Coal Authority ikke ret til selv at udøve minedrift, da formålet med loven er at adskille BCC's tidligere produktions- og licensmeddelelsesfunktioner. Med hensyn til licenser opkræver Coal Authority en indledende ansøgningsafgift til dækning af administrationsomkostningerne samt en årlig licensafgift i overensstemmelse med en fast afgiftstabel; for disse licenser gælder ikke mængdebegrænsninger. Der kræves ligeledes en lejekontrakt for at få ejendomsretten til kul, som tilhører Coal Authority, der i henhold til section 3(4) er forpligtet til at søge de bedste betingelser, som med rimelighed kan opnås [3]. Betaling kan ske i form af en engangsbetaling eller i form af produktionsrelaterede lejebetalinger. Allerede meddelte section 36-licenser forblev i kraft, og de pågældende afgifter betales til Coal Authority, selv om disse licenser kan ombyttes til licenser i henhold til 1994-loven. Kun to section 36-licenser til åben minedrift er på nuværende tidspunkt i kraft. Alle beløb, som Coal Authority modtager, skal betales af denne til Secretary of State for Trade and Industry (herefter »Secretary of State«).

7. 1994-loven gav Secretary of State beføjelse til at omstrukturere BCC. Efter overdragelsen af BCC's kulminer til Coal Authority udstedte Secretary of State på vegne af Coal Authority licenser til BCC og anmodede Coal Authority om vederlagsfrit at tildele BCC lejekontrakter på kul for at gøre det muligt for BCC at videreføre sin eksisterende kulminedrift. Coal Authority tilbageholdt betydelige kulreserver, som tidligere tilhørte BCC, med henblik på tildeling til produktionsselskaber, alt efter behov. Mellem december 1994 og april 1995 overførte Secretary of State veder-

3 — Jf. endvidere gennemgangen i punkt 24 og 25 nedenfor.

lagsfrit BCC's minedrift til en række statslige selskaber. Et af disse var Central and Northern Mining Ltd (herefter »CNML«), som den engelske del af BCC's virksomhed blev overdraget til sammen med de modsvarende licenser og lejekontrakter. Efter en offentlig udbudsprocedure, som de bydende skulle prækvalificere sig til, blev CNML, sammen med selskabets eksisterende licenser og lejekontrakter, i slutningen af 1994 solgt til RJB Mining plc (herefter »RJB«). Salget blev ved beslutning af 21. december 1994 [4] godkendt af Kommissionen i henhold til EKSF-traktatens artikel 66, stk. 2.

c) Faktiske omstændigheder

8. H.J. Banks & Co. Ltd (herefter »sagsøgte«) er et selskab, der er etableret i Det Forenede Kongerige, og som udvinder kul i åbne brud. Selskabet er medlem af National Association of Licensed Opencast Operators (den nationale sammenslutning af kulproducenter med licens til udvinding i åbne brud, herefter »NALOO«). H. Banks er formand for NALOO og bestyrelsesformand i det sagsøgte selskab. Sagsøgte har fået tildelt 19 licenser og lejekontrakter på grundlag af 1994-loven, hvoraf én er en konverteret section 36-licens. Den 31. oktober 1995 havde sagsøgte en række section 36-licenser, ifølge hvilke selskabet betalte en afgift på 2 GBP pr. ton kul, der blev udvundet og kørt bort. Selskabet modtog kopier af tilbudsdokumenterne om udbuddet af CNML, men afgav ikke bud.

9. Den 19. august 1994 indgav NALOO en klage til Kommissionen (herefter »klagen«) vedrørende statsstøtte, som BCC havde modtaget siden 1973, og de uforholdsmæssigt belastende vilkår og byrder, som BCC pålagde sine konkurrenter. NALOO henviste ligeledes til den forestående privatisering af BCC og gjorde gældende, at de selskaber, som efterfulgte BCC, ville opnå en urimelig fordel ved de fortsatte virkninger af den ulovlige støtte, der tidligere var udbetalt til BCC. I sammenfatningen i klagens indledning henvises der bl.a. til »salg af aktiver under kostprisen«. I afsnittet med overskriften »Baggrund« anfører NALOO, at enhver afgift over [0,40 GBP] pr. ton ved åben minedrift er diskriminerende og uforholdsmæssig høj. I klagens afsnit 5 anføres det, at »mens NALOO anerkender BCC's ret til at få godtgjort administrationsomkostningerne, går størrelsen af de pågældende afgifter langt videre end dette [...] Afgiftsprovenuet pr. ton fra åben minedrift har på visse tidspunkter været højere end BCC's fortjeneste

4 — Dette beslutning blev ikke offentliggjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*.

pr. ton fra dets egen udvinding af kul fra åbne miner«.

10. I klagens punkt 6.3 med overskriften »Overgangsordningerne [i forbindelse med privatiseringen]« gik NALOO ud fra, at afgiftsbetalingerne efterhånden ville blive afskaffet, og at de gamle licenser kunne konverteres til nye, afgiftsfrie licenser, men tilføjede, at regeringen havde antydet, at der skulle betales afgifter indtil privatiseringen, og måske efter at Coal Authority fungerede i fuldt omfang. Dette kunne føre til årlige afgiftsbetalinger på 5 mio. GBP for de 2,5 mio. tons kul, der årligt udvindes på licens fra åbne miner. NALOO afsluttede således:

»BCC og/eller de nye selskaber vil dermed blive fritaget for en væsentlig omkostning, som resten af deres konkurrenter fortsat skal bære.«

I de følgende punkter anfører NALOO, at de foreliggende privatiseringsforslag vil bevare og øge virkningerne af statsstøtten i de tidligere år som følge af, at BCC's aktiver sælges uden gæld og forpligtelser. NALOO opfordrer Kommissionen til at undersøge privatiseringsplanerne og sammenholde dem med den historiske kontekst, hvori støtten til BCC blev tildelt, og med »den støtte, som udgør en integreret del af privatiseringspakken«.

11. Efter at Det Forenede Kongerige havde anmeldt en række støtteforslag, vedtog Kommissionen beslutning 94/995/EKSF af 3. november 1994 om finansielle foranstaltninger truffet af Det Forenede Kongerige til fordel for stenkulindustrien i regnskabsårene 1994/1995 og 1995/1996 [5]. Støtten og de finansielle foranstaltninger, som blev godkendt af Kommissionen i henhold til kodeksen for støtte til kulindustrien, vedrørte ansvaret for miljømæssige skader, forskellige sociale ydelser til og rettigheder for tidligere arbejdstagere inden for BCC og strukturomlægningsomkostninger, herunder et beløb, som ikke måtte overstige forskellen mellem de lån, der var anført på BCC's balance, og det eventuelle definitive udbytte af privatiseringsprocessen.

12. Generaldirektøren og den fungerende generaldirektør for Kommissionens Generaldirektorat for Energi besvarede ved skrivelser af henholdsvis 4. maj 1995 og 14. juli 1995 de punkter i NALOO's klage, som vedrørte statsstøtte. De understregede, at den støtte, der tidligere var blevet udbetalt til BCC, var blevet godkendt på grundlag af på hinanden følgende kulstøttekodekser for at muliggøre et omfattende strukturomlægningsprogram. Med hensyn til privatiseringsprocessen havde RJB som led i en offentlig udbudsprocedure købt CNML til markedsprisen og havde således

5 — EFT L 379, s. 6.

ikke draget fordel af statsstøtte. Generaldirektøren anførte udtrykkeligt i sin skrivelse af 4. maj 1995, at andre spørgsmål, f.eks. British Coal's licensudstedende aktiviteter, var omfattet af en særskilt undersøgelse, som blev foretaget af andre af Kommissionens tjenestegrene. I sin skrivelse af 14. juli 1995 anførte den fungerende generaldirektør, at spørgsmålene om afgift og leveringskontrakter på kul stadig var genstand for undersøgelse i Generaldirektoratet for Konkurrence.

d) Hovedsagen

13. Sagsøgte ophørte pr. 31. oktober 1995 med at betale afgifter til Coal Authority på grundlag af sine section 36-licenser. Coal Authority anlagde sag ved High Court of England and Wales med krav om betaling af de ubetalte afgifter. Sagsøgte rejste derpå modkrav om tilbagebetaling af de afgifter, der allerede var betalt på grundlag af selskabets section 36-licenser og de licenser, der var meddelt i henhold til 1994-loven, samt om erstatning. Sagsøgte gjorde gældende, at disse afgifter enten udgjorde forskelsbehandling, der var forbudt i henhold til EKSF-traktatens artikel 4, litra b), eller subsidiært særlige byrder, der var forbudt i henhold til artikel 4, litra c). Uden at prøve sagens realitet afsagde High Court dom til fordel for Coal Authority med henvisning til, at der i forbindelse med sagsøgtes indsigelser og modkrav var tale om procedurefordrejning, da sagsøgte ikke havde anlagt et annullationssøgsmål vedrørende Kommissionens beslutninger af 4. maj 1995 og 14. juli 1995, hvori lignende klager fra NALOO, som selskabet er medlem af, blev afvist.

14. Sagsøgte appellerede til Court of Appeal og gjorde gældende, at NALOO's klage havde vedrørt den overgangsperiode, hvori BCC drev virksomhed i henhold til 1994-loven, og ikke perioden efter privatiseringen, som den nationale sag vedrørte. Endvidere havde Kommissionens hidtidige korrespondance ikke behandlet et sådant aspekt af klagen.

15. Court of Appeal var af den opfattelse, at det inden forelæggelsen af spørgsmålene for Domstolen var nødvendigt for Court of Appeal at tage stilling til, om klagen til dels vedrørte de spørgsmål, der indgik i sagsøgtes indsigelser og modkrav, men var delt i dette spørgsmål. En Lord Justice of Appeal mente, at det var tilfældet, en anden, at det ikke var tilfældet, og den tredje, at det fortsatte krav om betaling af afgifter i perioden efter privatiseringen, hvor dette ikke blev krævet af sagsøgtes vigtigste konkurrent, RJB, i et »vist begrænset omfang« var rejst i NALOO's klage. Court of Appeal forelagde i medfør

af EKSF-traktatens artikel 41 følgende præjudicielle spørgsmål for Domstolen.

»1) Kan forskelsbehandlingen som beskrevet i Court of Appeal's kendelse udgøre:

— en »forskelsbehandling af producenter« som omhandlet i EKSF-traktatens artikel 4, litra b)

— en »særlig byrde« som omhandlet i EKSF-traktatens artikel 4, litra c), og/eller

— »støtte« som omhandlet i EKSF-traktatens artikel 4, litra c), eller i artikel 1 i Kommissionens beslutning nr. 3632/93/EKSF (EFT 1993 L 329, s. 12)?

2) Har EKSF-traktatens artikel 4, litra b) eller c), eller artikel 9, stk. 1 eller 4, i Kommissionens beslutning nr. 3632/93/EKSF (EFT 1993 L 329, s. 12) direkte virkning og giver de private virksomheder en ret, som kan håndhæves ved de nationale domstole, til at modsætte sig et offentligt organs krav om afgifter for licens til minedrift og til at kræve tilbagebetaling af afgifter, som er blevet betalt til organet, navnlig i tilfælde hvor der ikke foreligger en kommissionsbeslutning i henhold til EKSF-traktatens artikel 67 eller artikel 88 eller Kommissionens beslutning nr. 3632/93/EKSF eller på anden måde med den følge, at de anførte forhold udgør en »forskelsbehandling«, en »særlig byrde« eller »støtte«?

3) Kan en national domstol i bekræftende fald fastslå, at der foreligger forskelsbehandling, jf. EKSF-traktatens artikel 4, litra b), eller en særlig byrde, jf. artikel 4, litra c), eller en støtte, jf. artikel 4, litra c), eller artikel 1 i Kommissionens beslutning nr. 3632/93/EKSF, uden hensyntagen til

— Kommissionens beslutning 94/995/EKSF (EFT 1994 L 379, s. 6)

— Kommissionens beslutning af 21. december 1994, der giver tilladelse til, at RJB Mining plc erhverver Central and Northern Mining Ltd

— Kommissionens GD XVII's skrivelser af 4. maj og [14.] juli 1995 til NALOO?

4) For så vidt angår fællesskabsretten: Har det forhold, at Banks eller NALOO ikke

a) efter EKSF-traktatens artikel 33 anfægtede Kommissionens beslutning 94/995/EKSF eller Kommissionens beslutning af 21. december 1994, der giver tilladelse til, at RJB Mining plc erhverver Central and Northern Mining Ltd, eller Kommissionens GD XVII's skrivelser af 4. maj og 14. juli 1994 til NALOO, og/eller

b) påberåbte sig proceduren i EKSF-traktatens artikel 35 med henblik på at få Kommissionen til at behandle de forhold, der nu er rejst i sagen for den nationale domstol,

til følge, at Banks afskæres fra at føre sager vedrørende påståede overtrædelser af EKSF-traktatens artikel 4, litra b), eller c), eller af Kommissionens beslutning nr. 3632/93/EKSF ved de nationale domstole?«

III — Indlæg for Domstolen

16. Der er blevet afgivet skriftlige og mundtlige indlæg af sagsøgte, Coal Authority, Det Forenede Kongerige og Kommissionen. Jeg vil hovedsagelig, når det er relevant, berøre de spørgsmål, der er rejst i deres indlæg, i forbindelse med min gennemgang af de spørgsmål, som Court of Appeal har forelagt. I denne fase er det tilstrækkeligt at nævne, at sagsøgte afviser, at indsigelserne i det væsentlige vedrører det forhold, at RJB modtog statsstøtte. Sagsøgte gør i stedet gældende, at de afgifter, som sagsøgte skulle betale, burde have været justeret i lyset af den markedspris, som RJB betalte for CNML, herunder udvindingsrettighederne, og at det forhold, at dette ikke skete, indebærer, at sagsøgte enten er udsat for ulovlig forskelsbehandling eller pålægges en forbudt særlig byrde. Coal Authority betragter på den anden side sagsøgtes sag som en sag vedrørende tildeling af statsstøtte, som der allerede er taget stilling til gennem de foranstaltninger og skrivelser fra Kommissionen, der er nævnt i det tredje spørgsmål.

IV — Stillingtagen

Det første spørgsmål

17. Anbringendet om procedurefordrejning, som navnlig behandles i det tredje og det fjerde spørgsmål, er opstået i den foreliggende sag på baggrund af de påstande, som NALOO angiveligt fremsatte i sin klage til Kommissionen vedrørende tildelingen af statsstøtte til BCC/CNML's efterfølgere efter privatiseringen. Af denne grund, og da både støtte og særlige byrder synes at være særlige former for forbudt forskelsbehandling af virksomheder fra offentlige myndigheders side [6], er det hensigtsmæssigt indledningsvis at analysere bestemmelserne i EKSF-traktatens artikel 4, litra c) (og endvidere bestemmelserne i kodeksen for støtte til kulindustrien), inden den mulige anvendelse af traktatens artikel 4, litra b), subsidiært undersøges.

18. Som Domstolen fastslog i Ecotrade-dommen [7], omfatter støttebegrebet i forbindelse med EKSF-traktaten »ikke blot [...] positive ydelser såsom selve tilskuddene, men ligeledes de indgreb, der under forskellige former letter de byrder, som *normalt* belaster en virksomheds budget, og derved, uden at være tilskud i ordets egentlige forstand, er af samme art og har tilsvarende virkninger«. Denne definition er i en tilpasset form overtaget i artikel 1, stk. 2, i kodeksen for støtte til kulindustrien. Den er også blevet anvendt i forbindelse med EF-traktaten [8]. I andre tilfælde er støtte blevet identificeret med henvisning til kriteriet om, »hvorvidt den virksomhed, foranstaltningen er rettet til, opnår en økonomisk fordel, som den ikke ville have opnået under *sædvanlige* markedsbetingelser« [9].

19. Den praktiske anvendelse af disse definitioner af støtte vil variere afhængigt af, om staten eller en anden offentlig myndighed handler under udøvelse af sine suveræne eller offentlige funktioner eller blot i egenskab af markedsaktør. Dette har medført to forskellige betydninger af »normale omstændigheder«. I førstnævnte tilfælde har fællesskabsretten inden for områder som skatter, social sikring eller insolvens ingen umiddelbar løsning på spørgsmålet om, hvad der bør være det »normale« niveau for byrder eller fordele, eller — som det f.eks. var tilfældet i Ecotrade-sagen — de omstændigheder, hvorunder virksomheder bør likvideres; Domstolen vil ganske enkelt undersøge, om en given national ordning sondrer mellem virksomheder til fordel for nogle af dem i forhold til den generelt gældende norm. Det er således nødvendigt at fastslå, om en given foranstaltning har en generel karakter eller er specifik (og fordelagtig) for en bestemt virksomhed eller sektor. Dette forudsætter

6 — Jf. f.eks. Domstolens dom af 24.2.1987, sag 304/85, Falck mod Kommissionen, Sml. s. 871, præmis 27, og punkt 21 nedenfor.

7 — Dom af 1.12.1998, sag C-200/97, Sml. I, s. 7907, præmis 34, min fremhævelse; jf. tillige dom af 23.2.1961, sag 30/59, De gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 211 (herefter »Steenkolenmijnen-dommen«), org.ref.: Rec. s. 1, på s. 39.

8 — Jf. f.eks. dom af 14.2.1990, sag C-301/87, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 307, præmis 41.

9 — Jf. dom af 11.7.1996, sag C-39/94, SFEI m.fl., Sml. I, s. 3547, præmis 60, min fremhævelse.

nødvendigvis en vis sammenlignelighed mellem omstændighederne i forbindelse med henholdsvis de begunstigede virksomheder eller sektorer og de andre. Anvendelsen af EF-traktatens støtteregler afhænger ikke nødvendigvis af, om de specifikt begunstigede økonomiske aktører udgør et mindretal i forhold til dem, der er underlagt den »normale« eller generelle ordning; enhver sondring mellem virksomheder eller sektorer til fordel for nogle af dem kan betragtes som en støtte til dem, der behandles mere gunstigt [10].

20. I forbindelse med statslige erhvervsmæssige aktiviteter foreskriver fællesskabsretten inden for områder som offentlige investeringer og offentligt salg af aktiver en standard (om end dens konkrete anvendelse vil være afhængig af omstændighederne i en given sag): nemlig den »almindelige erhvervsdrivende« eller den private erhvervsdrivende i en markedsøkonomi [11]. Der kan således foretages en sondring mellem i det væsentlige en deskriptiv og en normativ metode til at fastslå »de normale omstændigheder«, afhængigt af arten af den påståede støtte, der undersøges.

21. Kommissionen har ikke hidtil fastlagt en generel definition af særlige byrder. I sin dom i sagen Industries Sidérurgiques Luxembourgeoises mod Den Høje Myndighed [12] fastslog Domstolen, at »en byrde [kan] anses for særlig og dermed for ophævet og forbudt ved traktaten, hvis den på ulige vis påvirker produktionsomkostningerne for producenter med samme vilkår, og derigennem skaber en fordrejning af produktionsdelingen, som ikke er en følge af ændringer i produktiviteten«, men bemærkede, at dette kriterium alene ikke kunne betragtes som afgørende. En byrde, som på lige vis påvirkede alle aftagere af fast brændsel i en bestemt forbindelse, var tydeligvis ikke en særlig byrde i henhold til dette kriterium. I dommen i sagen Pont-à-Mousson mod Den Høje Myndighed fastslog Domstolen, at en omtvistet byrde ikke kunne betragtes som »særlig«, da den havde en generel karakter og fandt anvendelse på alle skrotforbrugende fællesskabsvirksomheder [13]. Jeg finder, at byrder, der er omfattet af EKSF-traktatens artikel 4, litra c), som et minimum bør være »særlige« i den forstand, at de ikke anvendes generelt, og at de behandler »producenter med samme vilkår« forskelligt.

22. Kommissionen gør gældende, at i kraft af sideordningen af begreberne »støtte« og »særlige byrder« i EKSF-traktatens artikel 4, litra c), bør begrebet en særlig byrde fortolkes således, at det er det modsatte af begrebet et tilskud eller en støtte. En særlig byrde kan således defineres som en særlig økonomisk ulempe, hvor der pålægges

10 — Med hensyn til situationen i forbindelse med EKSF-traktaten, jf. punkt 22 og 23 nedenfor.

11 — Jf. f.eks. dom af 21.3.1991, sag C-305/89, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 1603, præmis 19, og af 29.2.1996, sag C-56/93, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 723, præmis 10.

12 — Dom af 23.4.1956, forenede sager 7/54 og 9/54, Sml. 1954-1964, s. 21, sammendrag (herefter »Industries Sidérurgiques Luxembourgeoises-dommen«), org.ref.: Rec. s. 53, på s. 93.

13 — Dom af 17.12.1959, sag 14/59, Sml. 1954-1964, s. 153, sammendrag, org.ref.: Rec. s. 445, på s. 479 ff.

omkostninger, som en virksomhed ikke normalt skal bære [14]. Denne udlægning er efter min opfattelse i overensstemmelse med både ordlyden og opbygningen af EKSF-traktatens artikel 4, litra c), og med retspraksis. Jeg er ligeledes af den opfattelse, at forbuddet i artikel 4, litra c), bør anvendes på byrder, som i det væsentlige har offentlig karakter. Dette følger af henvisningen til byrder »pålagt af« staterne og vil, under henvisning til de pågældende foranstaltningers offentlige, ikke-markedsmæssige karakter, udgøre et logisk forenende tema for de forbud, der er fastsat i artiklen. Dette medfører imidlertid, at symmetrien mellem støtte og særlige byrder mindskes: Offentlige erhvervsvirksomheders opkrævning af kunstigt lave priser vil være omfattet af forbuddet mod støtte (til de købende virksomheder) i EKSF-traktatens artikel 4, litra c), mens opkrævningen af urimelige eller diskriminerende priser ikke vil udgøre en særlig byrde, men snarere en forbudt forskelsbehandling eller udnyttelse af den offentlige virksomheds dominerende stilling på markedet.

23. Trods den tilsyneladende overensstemmelse mellem definitionen af støtte i henholdsvis EKSF-traktaten og EF-traktaten vil sammenstillingen af begrebet støtte i EKSF-traktaten med begrebet »særlige byrder« desuden i praksis påvirke, hvordan støtte identificeres i tilfælde, hvor offentlige organer handler under udøvelse af deres suverænitet eller i egenskab af offentlige myndigheder. I modsætning til EF-traktaten, indeholder EKSF-traktaten to mulige typer af afvigelser fra den »normale« reguleringsordning, nemlig på den ene side det forhold, at der pålægges nogle virksomheder højere (særlige) byrder, og på den anden side lempelse af byrder, som deres konkurrenter ellers ville være pålagt, eller tildeling af direkte tilskud eller materielle fordele (støtte). Selv om begge typer er forbudte, vil kategoriseringen af en national bestemmelse som den ene eller anden type få forskellige virkninger, idet modtagere af ulovlig støtte skal tilbagebetale denne, mens offentlige myndigheder formentlig ville være forpligtet til at tilbagebetale særlige byrder til virksomheder, som har betalt dem. Hertil kommer, at mens kodeksen for støtte til kulindustrien (og tilsvarende foranstaltninger, som berører stålsektoren) foreskriver, at visse former for støtte skal anses for at være forenelige med fællesmarkedet, findes der endnu ikke en sådan ordning med hensyn til særlige byrder. Ved anvendelsen af EKSF-traktatens artikel 4, litra c), på en ordning med offentlige byrder, som angiveligt pålægges på ulige vis, er det således ikke tilstrækkeligt blot at fastslå denne ulige anvendelse i forbindelse med sammenlignelige virksomheder, som det ville være på grundlag af EF-traktaten. Det er ligeledes nødvendigt at fastslå, hvad der er standarden eller normen, dvs. hvad der er reglen, og hvad der er undtagelsen, for at afgøre, om en gruppe virksomheder er blevet pålagt særlige byrder, eller en anden har modtaget støtte. Afhængigt af det enkelte tilfælde kan dette indebære en deskriptiv metode (idet det f.eks. fastslås, hvilken ordning hovedparten af virksomhederne er omfattet af) eller en normativ metode (idet det fastslås, hvad der bør betragtes som normalt i betragtning af omstændighederne). Tidsmæssige aspekter, f.eks. indførelsen af en undtagelse fra en almengyldig tidligere ordning, kan også være relevante.

14 — Byrder af offentlig karakter, som uden at de sammenlignes med en generel ordning, objektivt anses for at have en »urimelig« karakter, kan eventuelt også betegnes som »særlige«. Da dette imidlertid ikke er blevet gjort gældende i hovedsagen, vil jeg ikke behandle denne mulighed her; jf. endvidere punkt 31 nedenfor.

24. Jeg skal herefter gå over til at behandle de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag. Et vigtigt indledende spørgsmål er at vurdere, om de betalinger, som er genstand for sagen ved den nationale ret, har offentlig eller erhvervsmæssig karakter. Betalinger af offentlig karakter kan eventuelt analyseres i lyset af de førnævnte definitioner af støtte og særlige byrder; betalinger af rent privat og kommerciel art for erhvervelsen af ejendomsrettigheder kan ikke udgøre særlige byrder, selv om det forhold, at en konkurrent fritages for at betale sådanne afgifter, kunne udgøre en støtte [15]. Situationen er dog ikke særlig klar. Ifølge section 2 i 1994-loven skal Coal Authority udøve en licensmeddelelsesfunktion med hensyn til kulmineaktiviteter med henblik på bl.a. at sikre opretholdelsen og udviklingen af en rentabel kulmineindustri i Storbritannien og fremme konkurrencen mellem kulmineselskaberne. Udstedelsen af sådanne licenser er betinget af, at der betales en indledende ansøgningsafgift til dækning af administrationsomkostningerne samt årlige licensafgifter, der beregnes i overensstemmelse med en fast afgiftstabel. I lyset af de kriterier, der gælder for Coal Authority's licensmeddelelsesfunktion, har disse licensafgifter efter min opfattelse i det mindste til dels offentlig karakter. På den anden side skal en licensansøger i henhold til section 26(2) i 1994-loven også erhverve rettigheder med hensyn til det kul, der skal udvindes. Da Coal Authority har ejendomsrettighederne til det uforarbejdede kul og kulminerne, vil en ansøger normalt skulle erhverve ejendomsrettigheder ved, at Coal Authority udsteder en lejekontrakt. Ifølge section 3(4) i 1994-loven skal Coal Authority forsøge at opnå de bedst mulige vilkår ved afhændelsen af disse interesser. Ved udførelsen af sine opgaver i forbindelse med ejendomsforvaltningen og -afhændelsen har Coal Authority også en række forpligtelser, bl.a. at koordinere sin praksis med udførelsen af sine licensmeddelelsesfunktioner. Dette kan have en praktisk betydning for den i øvrigt private, kommercielle karakter af Coal Authority's udlejningsfunktioner.

25. Kommissionen og Retten i Første Instans synes at have behandlet BCC's opkrævning af afgifter for udvindingen af kul fra miner, der er omfattet af licenser på grundlag af section 36 i 1946-loven, som en normal kommerciel praksis, forudsat at disse afgifter ikke var uforholdsmæssigt høje [16], men der er forelagt langt mindre detaljerede oplysninger om kriterierne for meddelelsen af licenser og beregningen af afgifter i henhold til denne lovgivning. Det ser ud til, at section 36-licenser kombinerede licens- og udlejningsfunktionerne, som reguleres separat i 1994-loven. I tilfælde af, at sagen til syvende og sidst skal afgøres under henvisning til forbuddet mod særlige byrder, vil det være den nationale rets opgave at afgøre, om og i hvilket omfang disse betalinger i realiteten har en offentlig eller privat karakter, i lyset af dens fortolkning af Coal Authority's funktioner i henhold til den gældende lovgivning. Af ana-

15 — Dette er et konkret eksempel på den asymmetriske anvendelse af forbuddene mod støtte og særlige byrder, der blev nævnt i punkt 22 ovenfor.

16 — Jf. punkt 83 i Kommissionens beslutning af 23.5.1991, som blev anfægtet i sagen NALOO mod Kommissionen, dom af 24.9.1996, sag T-57/91, Sml. II, s. 1019. Jf. tillige Kommissionens skrivelser af 28.8.1990 og 30.10.1990, som der henvises til i henholdsvis præmis 37 og 47 i den pågældende dom, samt præmis 191 i dommen.

lytiske grunde vil jeg behandle dem, som om de har en sammensat beskaffenhed, dvs. at de består af byrder, som dels har offentlig, dels kommerciel karakter.

i) Støtte

26. Jeg indleder den materielle gennemgang med spørgsmålet om støtte. Court of Appeal's første spørgsmål går ud på, om den beskrevne »forskelsbehandling« bl.a. kan udgøre »støtte«. Jeg vil derfor som arbejdshypotese for min gennemgang heraf tage udgangspunkt i, at den købspris, som RJB betalte for CNML, var forbundet med en betydelig rabat i forbindelse med de afgifter og byrder, som ellers skulle betales for de minedriftslicenser og -lejekontrakter, som RJB erhvervede. Denne omstændighed fører dog langt fra til et bekræftende svar på det stillede spørgsmål. Når en offentlig myndighed afhænder aktiver i en offentlig, gennemsigtig og konkurrencepræget procedure, kan traktatens støttebestemmelser ikke tvinge den til at sælge dem til det, der på basis af alternative analyser kunne anses for at være deres »fulde værdi«. Dette kan ganske enkelt resultere i, at aktiverne bliver usælgelige. I en situation med vigende efterspørgsel, hastig teknologisk innovation, intensiv konkurrence eller en risiko, der opfattes som værende høj, kan den markedspris, som kan opnås for en række aktiver, såsom et fungerende kuludvindingsselskab, i en offentlig og ufordrejet udbudsprocedure, være betydeligt lavere end den pris, der rent faktisk betales, eller som normalt ville blive betalt for at erhverve eller udvikle de pågældende aktiver. Under omstændigheder, hvor der ikke er blevet rejst tvivl om, at salgsproceduren havde karakter af et offentligt udbud, vil jeg derfor tilslutte mig den konklusion, som Kommissionens generaldirektør for energi har draget, nemlig at markedsværdien blev opnået for BCC's regionale kuludvindingsaktiviteter uden noget element af statsstøtte, »selv om de udviklingsomkostninger, som tidligere var opstået for British Coal [...] var højere end deres endelige salgspris« [17]. I en sammensat transaktion er det ikke nødvendigvis muligt at se, hvilken pris der er betalt for de forskellige elementer af helheden, f.eks. fysiske aktiver, eksisterende leveringskontrakter og udvindingsrettigheder i forbindelse med kulreserver. Hvis det under sådanne omstændigheder kræves, at der betales en teoretisk »fuld værdi« for Coal Authority-licenser og -lejemål, vil det formentlig kun bevirke, at det beløb, der nominelt betales for de øvrige elementer af helheden, reduceres. Hvis BCC desuden i realiteten havde betalt visse relevante licensafgifter og lejebetalinger i form af en engangsbetaling til Coal Authority forud for privatiseringen, fremgår det på ingen måde, at købsprisen ville have været en anden. Det ser ud til, at hverken BCC's gæld eller likvide midler blev overført til CNML, hvorfor en eventuel forringelse af BCC's økonomiske stilling som følge af sådanne betalinger ikke ville have påvirket værdien af de samlede

17 — Skrivelse af 4.5.1995 til NALOO's advokater. De citerede bemærkninger vedrører salget af visse nedlagte kulminer, men gælder efter min opfattelse ligeledes for hans vurdering af salget af de regionale aktiviteter i det efterfølgende afsnit.

produktive aktiver (herunder udvindingsrettigheder), der rent faktisk blev solgt [18].

ii) Særlige byrder

27. Sagsøgte gør gældende, at selskabet er udsat for en særlig byrde og/eller forskelsbehandling, da Coal Authority efter privatiseringen fortsat pålagde det at betale afgifter, lejebetalinger og licensafgifter (hvoraf i det mindste nogle opkræves til en standardsats, der tilsyneladende ikke kan forhandles), som ikke tog hensyn til den rabatpris, hvortil licenser og lejerettigheder blev solgt under privatiseringsprocessen. Jeg mener ikke, at dette uden videre kan opfattes som et tilfælde, hvor der anvendes en særlig byrde, selv for så vidt som det vedrører de dele af betalingerne, som har offentlig karakter. Selv om jeg ovenfor nåede til den konklusion, at den muligvis nedsatte pris, der blev opnået for sådanne rettigheder ved salget af CNML, var »normal« inden for rammerne af behandlingen af statsstøtte, er dette efter min opfattelse ikke tilstrækkeligt til at betragte den som normen for sådanne byrder, som de betalinger, der efterfølgende blev krævet af sagsøgte, så må betragtes som en undtagelse fra.

28. Det kan f.eks. næppe gøres gældende, at Coal Authority skulle forpligtes til at ændre sine byrder, hvis aktiverne (herunder udvindingsrettighederne) i et insolvent privat kulmineselskab blev solgt til en forholdsvis lav pris på begæring af dets kreditorer. Både før og efter privatiseringen af CNML har selskaber, som har opnået individuelle licenser for individuelle kullejer og erhvervet de tilsvarende lejerettigheder til de pågældende kulreserver, været omfattet af samme procedure for fastsættelse af byrderne [19]. Disse procedurer for tildeling af licenser og beregning af de gældende byrder er — i deskriptiv forstand — normale i forbindelse med tildelingen af udvindingsrettigheder til individuelle lejer [20]. Det fremgår desuden ikke af fællesskabsretten, at sådanne procedurer ikke er normale i normativ forstand, dvs. at de ikke er en hensigtsmæssig måde, hvorpå offentlige myndigheder kan tildele sådanne rettigheder af offentlig karakter, eller at sådanne offentlige byrder automatisk bør variere i forhold til deres markedsværdi for virksomheder, der under andre omstændigheder har mulighed for at byde på dem [21]. Det kan derfor ikke hævdes, at den ene pris (den, der blev betalt for CNML's rettigheder) var normal og den anden unormal. Situationerne er ikke sammenlignelige. Som led i en mere omfattende transaktion betalte RJB en pris, som må

18 — Det ville kun have øget den støtte, som Det Forenede Kongerige skulle betale for at udligne forskellen mellem lånene på BCC's balance ved udgangen af regnskabsåret 1994/1995 og det eventuelle definitive udbytte af salget af de regionale kulselskaber, som Kommissionen havde godkendt i beslutning 94/995/EKSF. Sagsøgte har ikke klaget over støtten til BCC som sådan, da selskabet ikke længere er en konkurrerende kulproducent.

19 — De forskelle, som der kan være mellem ordningerne på grundlag af henholdsvis 1946- og 1994-loven med hensyn til andre selskaber end BCC og efterfølgerne er ikke relevante for den foreliggende tvist, ikke mindst fordi gamle section 36-licenser kan omdannes til licenser, der forhandles på grundlag af den nyere lovgivning. Jeg vil nedenfor [i afsnit iii) Forskelsbehandling] foretage en nærmere undersøgelse af den måde, hvorpå private ejendomsrettigheder til kulreserver afhændes, i det omfang de kan adskilles fra tildelingen af udvindingslicenser af offentlig karakter.

20 — BCC's situation inden privatiseringen var ikke sammenlignelig, da selskabet i henhold til 1946-loven havde fået overdraget licensmeddelelsesfunktionen og tildelingen af kulreserver, som det selv ejede, samt minedriftsfunktionen.

21 — Jeg ser her bort fra spørgsmålet om beregningen af den sats, der opkræves for private rettigheder, da dette under ingen omstændigheder kan betegnes som en særlig byrde.

antages at være baseret på, at der ikke forelå en fremtidig forpligtelse til at betale afgifter i forbindelse med eksisterende kulproducerende aktiver. Situationen ville være en anden, hvis Coal Authority blot gav afkald på licensafgifter i nogle tilfælde eller opkrævede en lavere eller højere afgift i nogle tilfælde end i andre, hvor der var blevet indgivet sammenlignelige ansøgninger. Det, der mangler i den foreliggende sag, er elementet af sammenlignelighed mellem de to måder, hvorpå der kan erhverves sådanne rettigheder — den normale ansøgningsprocedure og privatiseringen af CNML — hvoraf det kunne udledes, at de, der benytter sig af den dyrere erhvervelsesmåde, pålægges unormalt høje byrder, som kan karakteriseres som særlige i EKSF-traktatens forstand. Under disse omstændigheder er det derfor ikke nødvendigt at behandle den eventuelle betydning af forhold som f.eks. det meget større omfang af aktiviteterne i de regionale selskaber, der er udskilt fra BCC, i forhold til aktiviteterne hos sagsøgte og de øvrige medlemmer af NALOO.

iii) Forskelsbehandling

29. Meget af det, jeg har givet udtryk for umiddelbart ovenfor vedrørende spørgsmålet, om de offentlige byrder, som skal betales af sagsøgte, skal betragtes som særlige byrder, gælder ligeledes ved vurderingen af, om de byrder, som har privat karakter, er udtryk for forskelsbehandling. Stillet over for to så forskellige metoder for afhændelsen af Coal Authority's private rettigheder til kulreserverne er det mildest talt vanskeligt at drage den konklusion, at den ene metode er diskriminerende, blot fordi den ikke medfører, at der opkræves en pris, som faktisk svarer til den, der blev tilbudt og accepteret i forbindelse med den anden. Tildelingen af en lejerettighed til kulreserver gennem forhandling i forbindelse med specifikke lejer og salget af en sådan rettighed gennem afhændelse af alle aktiverne i et kulmineselskab er ikke umiddelbart så sammenlignelige, at der kan opstå en umiddelbar mistanke om forskelsbehandling, hvis den faktiske pris, der betales, er forskellig i de to tilfælde.

30. Man kunne muligvis gøre gældende, at salget af CNML blev organiseret på en sådan måde, at mindre udvindingsselskaber som f.eks. sagsøgte i realiteten, og uberettiget, var udelukket fra udbudsproceduren. Dette argument gendrives ikke nødvendigvis af, at sagsøgte prækvalificerede sig til en del af privatiseringsprocessen. Sagsøgte synes imidlertid ikke at gøre noget sådant gældende i den foreliggende sag, og Court of Appeal har ikke forelagt et sådant spørgsmål.

31. Som jeg allerede har nævnt ovenfor, kan det muligvis også hævdes, at den pris, som sagsøgte betalte for licenser og lejemål i forbindelse med kulreserverne, objektivt set er for høj i forhold til den gældende markedsværdi af kul, omkostningerne osv. Den pris, som RJB betalte for CNML, kunne give nyttige oplysninger til en sådan undersøgelse, uden at denne behøver at blive formuleret som et spørgsmål om forskelsbehandling. Det er uden betydning, om et sådant argument eventuelt kunne

behandles enten på grundlag af bestemmelsen i artikel 4, litra c), om særlige byrder [22] eller på grundlag af artikel 4, litra d) (eventuelt sammenholdt med EKSF-traktatens artikel 66, stk. 7) [23]. Domstolen er imidlertid ikke blevet spurgt om den mulige anvendelse af sidstnævnte bestemmelse, og selv om et sådant argument skulle have fællestræk med sagsøgtes stilling i den foreliggende sag, synes dette under alle omstændigheder ikke at indgå i dennes argumentation. Jeg agter derfor ikke at gå nærmere ind på dette punkt.

32. På baggrund af ovenstående gennemgang, parternes indlæg i hovedsagen og de faktiske omstændigheder, der er forelagt Domstolen, konkluderer jeg derfor, at den forskel, der ifølge sagsøgte foreligger mellem de beløb, der faktisk blev opkrævet for kuludvindingslicenser og lejemål i forbindelse med kulreserver, ikke kan udgøre forskelsbehandling af producenter som omhandlet i EKSF-traktatens artikel 4, litra b), en særlig byrde som omhandlet i traktatens artikel 4, litra c), eller støtte som omhandlet i samme traktats artikel 4, litra c), eller som omhandlet i kodeksen for støtte til kulindustrien.

Det andet spørgsmål

33. Mit forslag til svar på det første spørgsmål vil, hvis det accepteres af Domstolen, gøre de øvrige spørgsmål, som Court of Appeal har forelagt, overflødige. I tilfælde af, at Domstolen er af en anden opfattelse, og navnlig på baggrund af, at spørgsmålet om definitionen af særlige byrder som omhandlet i EKSF-traktatens artikel 4, litra c), ikke tidligere er blevet undersøgt særlig indgående, agter jeg ikke desto mindre at undersøge det andet spørgsmål mere udførligt og kort behandle de to øvrige spørgsmål.

34. Domstolen fastslog i Banks I-dommen [24], at for at besvare spørgsmålet om, hvorvidt visse bestemmelser i EKSF-traktaten — artikel 4, litra d), artikel 60, artikel 65 og/eller artikel 66, stk. 7 — havde »direkte virkninger, der medfører rettigheder for borgerne, som de nationale retter skal beskytte«, var det nødvendigt at undersøge, om disse bestemmelser »er klare og ubetingede bestemmelser, der umiddelbart skaber rettigheder for private, som de nationale retsinstanser skal beskytte«. Domstolen bemærkede, at reglerne i EKSF-traktatens »artikel 4 kun finder selvstændig anvendelse i mangel af mere specifikke regler. I tilfælde, hvor reglerne i artikel 4 er gentaget eller nærmere uddybet i andre af traktatens bestemmelser, skal de regler, der angår én og samme bestemmelse, betragtes som en helhed og anvendes under ét« [25]. EKSF-traktatens artikel 60 var ikke relevant i den pågældende sag, men Domstolen fastslog, at artikel 65 og artikel 66,

22 — Jf. fodnote 14 ovenfor.

23 — Artikel 4, litra d), vil i dette tilfælde ikke have direkte virkning; jf. gennemgangen af dommen af 13.4.1994, sag C-128/92, Banks, Sml. I, s. 1209 (herefter »Banks I-dommen«), i punkt 34.

24 — Præmis 7 og 15.

25 — Banks I-dommen, præmis 11; Domstolen citerede i denne henseende Industries Sidérurgiques Luxembourgeoises-dommen og dom af 21.6.1958, sag 13/57, Wirtschaftsvereinigung Eisen- und Stahlindustrie m.fl. mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 109, org.ref.: Rec. s. 261.

stk. 7, indeholder en nærmere uddybning af det i artikel 4, litra d), fastlagte princip [26]. Domstolen konkluderede, at »[h]vad angår artikel 4, litra d), kan denne bestemmelse [...] ikke finde selvstændig anvendelse, hvorfor den ikke kan være umiddelbart anvendelig« [27]. I henhold til artikel 65 og artikel 66, stk. 7, har Kommissionen enekompetence til at foretage den nødvendige bedømmelse af henholdsvis aftaler mellem virksomheder og misbrug af en dominerende stilling på markedet [28]. Artikel 4, litra d), artikel 65 og artikel 66, stk. 7, skabte således ikke rettigheder, som private kan påberåbe sig umiddelbart ved de nationale retsinstanser [29].

35. Det fremgår klart af Banks I-dommen, at bestemmelser i EKSF-traktaten skal have direkte virkning og kunne påberåbes ved de nationale retsinstanser, hvis de opfylder de kriterier, som tidligere er fastslået af Domstolen, da den behandlede det samme spørgsmål i forbindelse med bestemmelser i EF-traktaten, og at bestemmelserne i EKSF-traktatens artikel 4 — uanset hvor klar og ubetinget deres ordlyd kan forekomme, når de læses særskilt — ikke vil kunne anses for at have direkte virkning, såfremt deres anvendelse er afhængig af udøvelsen af beslutningsbeføjelser, som på grundlag af mere specifikke bestemmelser på samme område udelukkende er tillagt Kommissionen. På den anden side kan det efter min opfattelse, hvis der sluttes modsætningsvis fra Banks I-dommen, ikke med sikkerhed udledes, at Domstolen i mangel af bestemmelserne i EKSF-traktatens artikel 65 og artikel 66, stk. 7, ville have fundet, at artikel 4, litra d), havde direkte virkning.

36. Med hensyn til den eventuelle direkte virkning af EKSF-traktatens artikel 4, litra b) og c), vil jeg gerne indledningsvis bemærke, at disse bestemmelser efter min opfattelse kan have direkte virkning, hvis de betragtes isoleret. Jeg har allerede tilkendegivet dette synspunkt i mit forslag til afgørelse i Ecotrade-sagen [30] med hensyn til forbuddet mod støtte i artikel 4, litra c). Jeg ser ingen grund til ikke at nå til samme konklusion i denne sag med hensyn til alle tre forbud.

37. Det er derfor nødvendigt at afgøre, om den (om nogen) af de nævnte bestemmelser, som kan anvendes på omstændighederne i den foreliggende sag, kan finde selvstændig anvendelse, eller om den suppleres af mere specifikke regler, som den skal betragtes og anvendes sammen med som en helhed. Jeg henviser indledningsvis til, at Kommissionen i henhold til traktatens artikel 88 har beføjelse til ved en begrundet beslutning at konstatere, at en medlemsstat ikke har opfyldt en forpligtelse, og give den pågældende medlemsstat en frist til opfyldelsen heraf. Denne bestemmelse kan efter min opfattelse ikke anses for at være en »mere specifik regel«, som forhindrer en selvstændig anvendelse af en anden bestemmelse i traktaten, f.eks. artikel 4. For det første er den generelt anvendelig på alle de forpligtelser, der skabes af eller i henhold til EKSF-traktaten, uden nogen specifik forbindelse

26 — Præmis 12 og 13.
27 — Præmis 16.
28 — Præmis 17 og 18.
29 — Præmis 19.

30 — Nævnt i fodnote 7 ovenfor, punkt 17 i forslaget til afgørelse.

til en bestemt forpligtelse. Den foreskriver en procedure til sikring af overholdelsen af forpligtelser, hvis karakter og materielle indhold (eller metoder til at fastslå disse) er defineret andetsteds. For det andet ville der — hvis alle bestemmelserne i EKSF-traktaten skulle sammenholdes med artikel 88 — aldrig kunne blive tale om direkte virkning på grundlag af denne traktat; men Domstolen tilkendegav klart det modsatte i Banks I-dommen.

38. Der synes ikke at foreligge nogen alvorlig uenighed om det forhold, at EKSF-traktaten ikke indeholder bestemmelser, der er mere specifikke end artikel 4, litra b), med hensyn til den form for forskelsbehandling, der er gjort gældende i den foreliggende sag, nemlig Coal Authority's forskelsbehandling af producenter med hensyn til priser. EKSF-traktatens artikel 60 og 63 vedrører henholdsvis forskelsbehandling fra sælgeres side med hensyn til priser og udøvelse af forskelsbehandling fra køberes side. EKSF-traktatens artikel 65, som forbyder aftaler, der fordrejer den normale konkurrence, kan finde anvendelse parallelt med artikel 4, litra b), på de samme omstændigheder, og de to bestemmelser supplerer hinanden i så henseende [31]. Omstændighederne i den foreliggende sag vedrører imidlertid ikke en aftale mellem virksomheder. I henhold til EKSF-traktatens artikel 66, stk. 2, skal Kommissionen overholde »princippet om ikke-forskelsbehandling i artikel 4, litra b)« ved bedømmelsen af påtænkte fusioner. Dette indebærer imidlertid, at der tages hensyn til betydningen af de inden for Fællesskabet bestående virksomheder af samme art for at kunne afgøre, om koncentrationen vil resultere i, at de pågældende virksomheder opnår en urimelig markedsstyrke — dette har ingen åbenbar forbindelse til den diskriminerende praksis med hensyn til byrder, som Coal Authority ifølge sagsøgte har udøvet.

39. EKSF-traktatens artikel 4, litra c), har været genstand for en mere intens debat i forbindelse med to andre regelsæt, nemlig EKSF-traktatens artikel 67 med hensyn til både støtte og særlige byrder og kodeksen for støtte til kulindustrien med hensyn til støtte.

40. Domstolen fastslog i Steenkolenmijnen-dommen [32], at selv om EKSF-traktatens artikel 4 og artikel 67 har det samme grundlæggende mål, nemlig at sikre normale konkurrencevilkår, underkaster de forskellige sagsområder forskellige fremgangsmåder. På grund af de skønsmæssige beføjelser, som Kommissionen og medlemsstaterne er tillagt i henhold til artikel 67, stk. 2 og 3, med henblik på at imødegå handlinger fra en medlemsstat, som kan have mærkbare indvirkninger på konkurrencevilkårene i kul- og stålindustrien, ved hjælp af udlignende støtte eller andre afbødende foranstaltninger, konkluderede Domstolen, at den ikke kunne omhandle de samme foranstaltninger, som ifølge artikel 4 skal ophæves og forbydes. Den fastslog, at artikel 67 vedrører de øvrige grene af den nationale økonomiske politik, som ikke direkte var berørt af den partielle integration, der var indført ved EKSF-traktaten, men som ikke desto mindre kan

31 — Dom af 20.3.1957, sag 2/56, Geitling mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 41, sammendrag, org.ref.: Rec. s. 9, på s. 44.

32 — Rec. s. 43.

have mærkbare indvirkninger på konkurrencevilkårene i de sektorer, som reguleres på grundlag af traktaten. De forskellige midler, som stilles til Kommissionens disposition i henhold til artikel 67, var i overensstemmelse med denne opfattelse, da den ikke kunne diktere medlemsstaternes politik på områder, der ikke henhørte under Fællesskabets kompetence [33].

41. Kommissionen har gjort gældende, at Domstolen bør tage denne opfattelse op til fornyet overvejelse i lyset af udviklingen i fællesskabsretten siden 1961. Denne har ført til en definition af støtte i henhold til EKSF-traktaten, som f.eks. også omfatter nationale foranstaltninger, som begunstiger EKSF-virksomheder i forhold til virksomheder inden for andre sektorer af økonomien; hvis den bestående opfattelse fastholdes, vil artikel 67 blive et dødt bogstav. Kommissionen henviser tillige til min egen korte behandling af den direkte virkning af EKSF-traktatens artikel 4, litra c), i Ecotrade-sagen [34] og anfører, at én og samme foranstaltning, afhængigt af omstændighederne, kunne omfattes af enten artikel 4, litra c), eller artikel 67, uden at dette udelukker, at artikel 4, litra c), har direkte virkning.

42. Med hensyn til mine bemærkninger i Ecotrade-sagen vil jeg understrege, at jeg blot konstaterede, at omstændighederne i den pågældende sag ikke kunne anses for at falde ind under anvendelsesområdet for artikel 67, stk. 2 eller 3, og at forpligtelsen i henhold til artikel 67, stk. 1, til at holde Kommissionen underrettet om nationale foranstaltninger, som kan indvirke på konkurrencevilkårene, ikke i sig selv kan påvirke anvendelsen af forbuddet i artikel 4, litra c). Den direkte virkning af artikel 4, litra c), i den pågældende sag kunne således under ingen omstændigheder påvirkes af nogen forpligtelse til at sammenholde den med artikel 67 [35]. Det var derfor ikke nødvendigt igen at undersøge den ovenfor opsummerede dom i Steenkolenmijnen-sagen med hensyn til forholdet mellem EKSF-traktatens artikel 67 og artikel 4, litra c), og mine bemærkninger bør heller ikke opfattes således, at der nødvendigvis sættes spørgsmålstegn ved den.

43. Med hensyn til den mere generelle argumentation, som Kommissionen har fremført, overbeviser det mig ikke. Selv om støttebegrebet er blevet bredere i de år, der er gået efter Steenkolenmijnen-dommen, med det resultat, at den relative betydning af de to bestemmelsers anvendelsesområder er ændret, gælder den sondring fortsat, som Domstolen foretog mellem det absolutte forbud mod støtte og særlige byrder i artikel 4, litra c), og den stiltiende formodning for, at statslige for-

33 — Rec. s. 43-46. Med hensyn til en nylig anvendelse af denne udtalelse, jf. Rettens dom af 25.3.1999, sag T-37/97, Forges de Clabecq mod Kommissionen, Sml. II, s. 859, præmis 141. Domstolen indtog et andet standpunkt vedrørende forholdet mellem disse to bestemmelser i Industries Sidérurgiques Luxembourgeoises-dommen, Rec. s. 90 ff. og behandlede artikel 67, stk. 3, som en særlig anvendelse af artikel 4, litra c).

34 — Punkt 17 i mit forslag til afgørelse.

35 — Situationen var således forskellig fra situationen i Banks I-sagen, hvor artikel 4, litra d), artikel 65 og artikel 66, stk. 7, blev anvendt sammen, og i dom af 2.5.1996, sag C-18/94, Hopkins m.fl., Sml. I, s. 2281, som vedrørte fortolkningen af EKSF-traktatens artikel 4, litra b), og artikel 63, stk. 1.

anstaltninger, som omfattes af artikel 67, er lovlige.

44. Hvad angår kodeksen for støtte til kulindustrien kan bestemmelserne heri efter min opfattelse, på baggrund af omstændighederne i den foreliggende sag, ikke anses for at skabe mere specifikke regler, som forbuddet mod støtte i EKSF-traktatens artikel 4, litra c), skal sammenholdes med, således at de to bestemmelser skal betragtes som en helhed og anvendes under ét. Kodeksen for støtte til kulindustrien blev vedtaget i medfør af EKSF-traktatens artikel 95, som i alle de tilfælde, som ikke omhandles i den pågældende traktat, giver Kommissionen beføjelse til efter samstemmende og enstemmig udtalelse fra Rådet at træffe de foranstaltninger, der er nødvendige for at virkeliggøre et af Fællesskabets mål, således som de nærmere er angivet i traktatens artikel 2, 3 og 4. Jeg mener ikke, at den blotte omstændighed, at EKSF-traktatens artikel 95 potentielt i fremtiden kunne anvendes til yderligere at begrænse anvendelsesområdet for forbuddene i artikel 4, litra b) og c), er relevant for spørgsmålet om, hvorvidt sidstnævnte bestemmelser har direkte virkning. På den anden side kan foranstaltninger, der på dette grundlag allerede er vedtaget på områder, som reguleres af artikel 4, være relevante. Jeg har allerede haft lejlighed til at undersøge anvendelsesområdet for en støttekodeks, der er vedtaget til stålindustrien på grundlag af artikel 95, i mit fælles forslag til afgørelse i sagerne Wirtschaftsvereinigung Stahl mod Kommissionen og British Steel mod Kommissionen [36]. Navnlig på baggrund af Domstolens dom i sagen Nederlandene mod Den Høje Myndighed [37] nåede jeg til den konklusion, at EKSF-traktatens artikel 95 på grund af sin karakter af residualbestemmelse ikke var et korrekt retsgrundlag for blot en præcisering af medlemsstaternes bestående forpligtelser i henhold til traktaten [38]. Den pågældende støttekodeks kunne således ikke lovligt indeholde og burde derfor ikke i tvivlstilfælde fortolkes således, at den indeholder et *generelt* forbud mod andre former for statsstøtte end dem, den udtrykkeligt tillader [39]; en sådan støttekodeks kunne kun fortolkes således, at den opregner alle former for støtte, som når de er i overensstemmelse med de deri fastsatte betingelser, af Kommissionen kan anses for at være forenelige med det fælles marked uden yderligere høring af Rådet [40].

45. Hvis Domstolen godtager denne opfattelse i disse sager, fører samme ræsonnement til, at kravene i artikel 9, stk. 1 og 4, i kodeksen for støtte til kulindustrien om, at medlemsstaterne inden en bestemt dato skal meddele Kommissionen alle de finansielle foranstaltninger, som de har til hensigt at træffe til fordel for kulindustrien i det følgende år og afstå fra at iværksætte de planlagte støtteforanstaltninger, før Kommissionen har godkendt dem, ikke kan fortolkes således, at det *i medfør af disse bestemmelser* er forbudt at tildele ikkemeddelt støtte. Artikel 9 kan efter min opfattelse lovligt foreskrive procedurer for Kommissionens udøvelse af den beføjelse,

36 — Forslag til afgørelse af 27.1.2000 i henholdsvis sag C-441/97 P og sag C-1/98 P.

37 — Dom af 12.7.1962, sag 9/61, Sml. 1954-1964, s. 325, org.ref.: Rec. s. 413.

38 — Forslag til afgørelse i sagerne Wirtschaftsvereinigung Stahl m.fl. mod Kommissionen og British Steel mod Kommissionen, punkt 45.

39 — Punkt 47.

40 — Punkt 46.

som kodeksen tillægger den, til at erklære visse former for støtte forenelige med det fælles marked, og at medlemsstaterne kan pålægges at overholde disse procedurer for at få fordel af en sådan undtagelsesvis godkendelse af støtteordninger, som ellers ville være forbudte i henhold til EKSF-traktatens artikel 4, litra c). Hertil kommer, at bestemmelsen i artikel 9, stk. 4, om, at medlemsstaterne lovligt kan iværksætte en støtteordning, hvis Kommissionen ikke har truffet beslutning senest tre måneder efter modtagelsen af meddelelsen, sammen med de brede definitioner i artikel 2-7 i kodeksen for støtte til kulindustrien af de former for støtte, der kan godkendes, gør, at det forekommer usandsynligt, at en national domstol på grundlag af det underliggende forbud i EKSF-traktatens artikel 4, litra c), skulle kunne fastslå, at en bestemt meddelt støtte, som Kommissionen ikke havde udtalt sig om, i realiteten var ulovlig. Situationen er imidlertid en anden med hensyn til ikke-meddelt støtte. Domstolen har for nylig bekræftet, at Kommissionen på grundlag af en sådan støttekodeks end ikke er berettiget til at godkende støtte, som er meddelt efter udløbet af den pågældende frist, uden at indhente Rådets samstemmende udtalelse herom i overensstemmelse med EKSF-traktatens artikel 95[41]. En støtteordning, som er blevet meddelt for sent eller, som i den foreliggende sag, overhovedet ikke er blevet meddelt, falder uden for anvendelsesområdet for den pågældende støttekodeks. Under disse omstændigheder følger forbuddet mod en sådan støtte direkte af EKSF-traktatens artikel 4, litra c), hvis virkning ikke afhænger af, at der vedtages yderligere foranstaltninger på grundlag af EKSF-traktatens artikel 95. Dette ville faktisk gælde, selv hvis Kommissionen havde beføjelse til lovligt at erklære, at støtte, der er meddelt enten for sent eller overhovedet ikke, er forenelig med fællesmarkedet[42]. Har Kommissionen ikke truffet beslutning herom, må de nationale domstole drage de nødvendige konsekvenser med hensyn til ikke-meddelt støttes status direkte af EKSF-traktatens artikel 4, litra c).

Det tredje spørgsmål

46. Efter min opfattelse er der intet i Kommissionens beslutning 94/995/EKSF eller i Kommissionens beslutning af 21. december 1994, hvori RJB's erhvervelse af CNML blev godkendt, som er relevant for sagsøgtes indlæg i den foreliggende sag.

47. Den beslutning, hvori privatiseringen af CNML blev godkendt i overensstemmelse med EKSF-traktatens artikel 66, stk. 2, henviser således hverken direkte eller indirekte til den pris, der blev betalt for CNML, og kan derfor ikke opfattes således, at den berører spørgsmålet om tildeling af statsstøtte til RJB. Den behandler ikke det generelle spørgsmål om licens- og lejebetalinger. Der henvises kun til andre licenshavende mineselskaber for at fastslå, at de frembyder en stærk konkurrence med hensyn til leverancer til elforsyningsindustrien og hurtigt vil kunne afhjælpe en

41 — Dom af 13.7.2000, sag C-210/98 P, Salzgitter mod Kommissionen, Sml. I, s. 5843, præmis 49, 54 og 55; jf. tillige dom af 3.10.1985, sag 214/83, Tyskland mod Kommissionen, Sml. s. 3053, præmis 45, 46 og 47, og Falckdommen, præmis 16.

42 — Jf. dom af 9.9.1998, sag T-110/98, RJB Mining mod Kommissionen, Sml. II, s. 2585.

eventuel mangel, og for at fastslå, at RJB ikke vil være i stand til at dominere det nationale marked, samt for at tilkendegive, at Coal Authority havde tilbageholdt tilstrækkelige reserver til RJB's konkurrenter.

48. Kommissionens beslutning 94/995/EKSF er heller ikke direkte relevant for denne sag, da den snarere vedrører forskellige former for støtte, som skulle ydes til BCC, til pensionsordninger til tidligere arbejdere eller til dets arbejdere og tidligere arbejdere, end støtte til enten CNML eller RJB i form af udstedelse af licenser eller lejekontrakter enten vederlagsfrit (i førstnævnte tilfælde) eller for mindre end den normale engangsbetaling (som angiveligt i sidstnævnte tilfælde). Det er anført i afsnit IX i beslutningen, at salget af BCC's mineaktiviteter via en udbudsprocedure garanterer, at aktiverne sælges til markedsprisen. Dette bemærkes imidlertid i tilknytning til spørgsmålet om tildeling af støtte til sælgeren BCC, svarende til forskellen mellem udbyttet ved salget og selskabets gæld. Desuden har ingen af parterne i den foreliggende sag bestridt, at den pris, der blev betalt for CNML, svarede til selskabets markedsværdi; tvisten vedrører snarere de konsekvenser for behandlingen af andre licenshavende udvindingsselskaber, der skal drages af salget af CNML til markedsprisen.

49. De skrivelser, som henholdsvis generaldirektøren og den fungerende generaldirektør for Kommissionens Generaldirektorat for Energi sendte til NALOO den 4. maj 1995 og den 14. juli 1995, er af mere direkte interesse. I den førstnævnte skrivelse redegør forfatteren for sin opfattelse, som jeg allerede har henvist til ovenfor, at man i forbindelse med salget af BCC's regionale udvindingsselskaber via en åben og konkurrencepræget udbudsprocedure opnåede markedsværdien for disse aktiver »uden statsstøtte til de regionale kulselskaber og deres respektive købere«. Det er ikke nødvendigt at tage stilling til, om denne skrivelse kan behandles som enten en kommissionsbeslutning eller en omstødelig retsakt sui generis, da dens indhold er fuldstændig i overensstemmelse med min ovenfor tilkendegivne opfattelse af støttelovgivningen, som den, hvis omstændighederne kræver det, skal anvendes af den nationale domstol. Der kunne kun opstå en konflikt, hvis Kommissionens præmis — at salgsproceduren var åben og konkurrencepræget — blev draget i tvivl i sagen ved den nationale domstol; dette synes ikke at være tilfældet. Endelig fremgår det af den sidste sætning, at andre af Kommissionens tjenestegrene undersøgte spørgsmålene vedrørende licensudstedelsen.

50. For så vist som sagsøgtes nuværende klagepunkter med hensyn til licens- og lejebetalinger behandles i den klage, som NALOO indgav til Kommissionen den 19. august 1994 — et spørgsmål, som jeg vender tilbage til nedenfor — bekræftede Kommissionen i sin skrivelse af 14. juli 1995, at dens tjenestegrene endnu ikke havde taget stilling til dette aspekt af klagen.

51. Jeg konkluderer derfor, at den nationale domstols analyse af den eventuelle anvendelse af EKSF-traktatens artikel 4, litra b) og c), og af kodeksen for støtte til kulindustrien i den foreliggende sag ikke berøres af de foranstaltninger eller dokumenter, der henvises til i det tredje spørgsmål.

Det fjerde spørgsmål

52. Det følger af min konklusion med hensyn til det tredje spørgsmål, at sagsøgte i henhold til fællesskabsretten ikke er afskåret fra at rejse sine nuværende klagepunkter ved den nationale domstol, fordi sagsøgte ikke anlagde sag med påstand om annullation af nogle af de foranstaltninger eller dokumenter, der er behandlet umiddelbart ovenfor. Det er derfor ikke nødvendigt at undersøge, om eller i hvilket omfang Domstolens ræsonnement i sager som TWD Textilwerke Deggendorf [43], som vedrørte EF-traktatens artikel 173 (efter ændring nu artikel 230 EF) og EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF), kan anvendes på de noget anderledes bestemmelser i EKSF-traktatens artikel 33 og 41, eller om omstændighederne i den foreliggende sag opfylder de betingelser, der er fastslået i denne retspraksis.

53. Den anden del af dette spørgsmål vedrører den omstændighed, at hverken sagsøgte eller NALOO anlagde sag mod Kommissionen i henhold til EKSF-traktatens artikel 35 for passivitet i forbindelse med de aspekter af NALOO's klage, som svarer til de forhold, der nu er rejst i hovedsagen. Dette spørgsmål synes at være blevet forelagt (efter beslutning af et flertal i Court of Appeal) på det grundlag, at klagen, om end kun i et vist begrænset omfang, henviste til genstanden for den foreliggende sag. Ligesom i sager som TWD-sagen drejer dette spørgsmål sig om, hvilken indflydelse det kan have på nationale sager, hvori de nationale domstole fastslår de faktiske forhold, at en part har undladt at anlægge sag ved Retten i Første Instans, hvor sidstnævnte fastslår de faktiske omstændigheder, som er nødvendige for at afgøre dens egen kompetence. Det er nødvendigt at undgå en situation, hvor den kompetente nationale domstol afviser en sag, fordi en part ikke har anlagt en alternativ retssag, hvis antagelse til realitetsbehandling med rette kan betvivles. Domstolen tillagde det således betydning i TWD-dommen, at sagsøgeren i hovedsagen i denne sag »uden tvivl kunne have anfægtet den [omtvistede beslutning] i henhold til [EF-]traktatens artikel 173« [44].

54. På baggrund af omstændighederne i den foreliggende sag, og trods Court of Appeal's (ikke enstemmige) beslutning, mener jeg ikke, at det er muligt at sige *uden nogen som helst tvivl*, at Kommissionen havde modtaget en klage, som til dels svarede til genstanden for den foreliggende sag, og at dens passivitet i denne forbin-

43 — Dom af 9.3.1994, sag C-188/92, Sml. I, s. 833 (herefter »TWD-dommen«).

44 — Præmis 24.

delse kunne have været genstand for en sag i henhold til artikel 35. Som følge heraf bør hovedsagens normale gang efter min opfattelse ikke berøres af, at NALOO eller sagsøgte ikke har anlagt en sådan sag. Det er således unødvendigt her at behandle såvel det principielle spørgsmål om, hvorvidt begrundelsen i TWD-dommen — inden for rammerne af EKSF-traktaten — kan udvides til at omfatte undladelser af at anlægge passivitetssøgsmål, som spørgsmålene om betydningen af sagsøgtes forhold til NALOO og om de oplysninger, som sagsøgte havde til rådighed om klagen og Kommissionens behandling af denne på det pågældende tidspunkt, dvs. i oktober 1995.

V — Forslag til afgørelse

55. På baggrund af ovenstående foreslår jeg, at Domstolen besvarer de spørgsmål, som Court of Appeal har forelagt, på følgende måde:

— »Forskellen mellem de beløb, der faktisk blev opkrævet for kuludvindingslicenser og lejemål i forbindelse med kulreserver, og som er gjort gældende i indsigelserne og modkravet i hovedsagen, kan ikke udgøre forskelsbehandling af producenter som omhandlet i EKSF-traktatens artikel 4, litra b), en særlig byrde som omhandlet i traktatens artikel 4, litra c), eller støtte som omhandlet i samme traktats artikel 4, litra c), eller i artikel 1 i Kommissionens beslutning nr. 3632/93/EKSF af 28. december 1993 om fællesskabsordningen for statsstøtte til kulindustrien.«

56. Såfremt Domstolen skulle være af den opfattelse, at den forskel i behandling, der er gjort gældende, kan være omfattet af en af de ovennævnte bestemmelser, foreslår jeg subsidiært, at Domstolen fastslår, at EKSF-traktatens artikel 4, litra b), eller eventuelt artikel 4, litra c), under omstændigheder som de foreliggende har direkte virkning og kan håndhæves ved nationale domstole. I det tilfælde vil jeg ligeledes foreslå, at Domstolen giver et bekræftende svar på det tredje spørgsmål, der er forelagt af Court of Appeal, og et benægtende svar på det fjerde spørgsmål, i det omfang disse spørgsmål vedrører forskelsbehandling eller særlige byrder.