RETTENS DOM (Femte Udvidede Afdeling)
17. oktober 2002 *

I sag T-98/00,

Linde AG, Wiesbaden (Tyskland), ved Rechtsanwälte H.-J. Rabe og G. Berrisch,

sagsøger,

støttet af:

Forbundsrepublikken Tyskland ved W.-D. Plessing, som befuldmægtiget, bistået af Rechtsanwälte J. Sedemund og T. Lübbig,

intervenient,

* Processprog: tysk.

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved D. Triantafyllou og K.-D. Borchardt, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

angående en påstand om delvis annullation af Kommissionens beslutning 2000/524/EF af 18. januar 2000 om Tysklands statsstøtte til Linde AG (EFT L 211, s. 7),

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Femte Udvidede Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J.D. Cooke, og dommerne R. García-Valdecasas, P. Lindh, N.J. Forwood og H. Legal,

justitssekretær: fuldmægtig D. Christensen,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter mundtlig forhandling den 31. januar 2002,

afsagt følgende

Dom

Sagens faktiske omstændigheder og den administrative procedure

1 Sagsøgeren er en tysk virksomhed, der producerer og distribuerer gas til industriformål. Virksomheden har bl.a. en produktionsenhed i Leuna (Sachsen-Anhalt).

2 Ved en kontrakt indgået den 22. april 1993 (herefter »privatiseringskontrakten af 22. april 1993«) solgte Treuhandanstalt (et offentligretligt organ, der skulle forvalte, tilpasse og privatisere den tidligere Tyske Demokratiske Republiks virksomheder, herefter »THA«) til UCB Chemie GmbH (herefter »UCB«), der er et tysk datterselskab af koncernen Union Chimique Belge, den dimethylformamid- og aminproducerende del af Leuna Werke AG (en virksomhed i Leuna, der er forgængeren for Leuna-Werke GmbH, herefter »LWG«).

3 Denne kontrakt var ledsaget af en række accessoriske kontrakter, herunder en kontrakt af 22. april 1993, hvorved THA og LWG forpligtede sig til at levere en bestemt mængde kulilte, som er en gas, der anvendes ved fremstilling af amin og dimethylformamid, til markedspris til UCB i en periode på ti år, der kunne forlænges i ubestemt tid (herefter »leveringskontrakten af 22. april 1993«). I

overensstemmelse med artikel 6, stk. 4, i den sidstnævnte kontrakt kunne kontrakten opsiges af LWG i to tilfælde, nemlig hvis UCB indgik en leveringsaftale med en anden producent på »tilsvarende vilkår«, eller hvis UCB opførte sit eget anlæg til fremstilling af kulilte. I sidstnævnte tilfælde ville THA udbetale et »investeringstilskud« til UCB på maksimalt 5 mio. tyske mark (DEM).

4 LWG og THA led meget store tab, der beløb sig til omkring 3,5 mio. DEM pr. år, som følge af opfyldelsen af leveringskontrakten af 22. april 1993. Kulilteproduktionsanlægget, som de anvendte til dette formål, var særdeles forældet og afstedkom betydelige omkostninger. Da UCB havde opgivet at opføre sit eget anlæg, og der ikke var andre kulilteproducenter i Leuna, kunne LWG ikke opsige denne kontrakt i henhold til kontraktens artikel 6, stk. 4. LGW og Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (herefter »BvS«), som er et organ, der har efterfulgt THA, søgte derefter en virksomhed, som var villig til at opføre og drive et kulilteproduktionsanlæg og langfristet sikre UCB's forsyning.

5 I juni indgik BvS, LWG, UCB og sagsøgeren en aftale, hvorved sagsøgeren forpligtede sig til i løbet af 18 måneder at opføre et kulilteproduktionsanlæg, der skulle integreres i sagsøgerens brintproduktionsvirksomhed i Leuna, at drive det pågældende anlæg og at levere bestemte mængder kulilte til UCB (herefter »aftalen af juni 1997«). Ifølge aftalen skulle BvS og LWG ligeledes udbetale et »investeringstilskud« på 9 mio. DEM til sagsøgeren (herefter »det omtvistede tilskud«), idet de resterende samlede investeringsomkostninger på 3,586 mio. DEM skulle bæres af sagsøgeren. Desuden blev det aftalt, at leveringskontrakten af 22. april 1993 ophørte, når sagsøgeren begyndte at levere kulilte til UCB, dog senest 18 måneder efter indgåelse af en kontrakt mellem disse to virksomheder om levering af kulilte (jf. præmis 6), eller i givet fald 18 måneder efter indgåelse af aftalen af juni 1997.

6 Samtidig med aftalen af juni 1997 indgik sagsøgeren en kontrakt med UCB om levering af kulilte for en periode på 15 år, der kunne forlænges med fem år ad gangen (herefter »leveringskontrakten af 1997«). Ifølge denne kontrakts artikel 2, stk. 2, skulle den »antages at være en sammenlignelig kontrakt i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 6, stk. 4, litra i), [i leveringskontrakten af 22. april 1993]«. I oktober 1998 begyndte sagsøgeren at levere kulilte til UCB i overensstemmelse med leveringskontrakten af 1997.

7 Efter et møde med de tyske myndigheder den 15. maj 1998 stillede Kommissionen myndighederne spørgsmål om det omtvistede tilskud. Myndighederne svarede ved meddelelse af 7. august 1998. Ved skrivelse af 18. september 1998 anmodede Kommissionen dem om yderligere oplysninger, som blev fremsendt til Kommissionen ved meddelelse af 3. december 1998.

8 Ved skrivelse af 30. marts 1999 meddelte Kommissionen den tyske regering, at den havde besluttet at indlede proceduren i henhold til artikel 88, stk. 2, EF, og Kommissionen opfordrede regeringen til at fremsætte sine bemærkninger og besvare visse spørgsmål. De interesserede parter blev ved offentliggørelse af skrivelsen i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* af 10. juli 1999 (EFT C 194, s. 14) underrettet om, at proceduren var indledt, og de blev opfordret til at gøre deres eventuelle bemærkninger gældende. Ved skrivelse af 25. maj 1999 fremsendte den tyske regering sine bemærkninger og svarene på de stillede spørgsmål. Ingen interesserede parter reagerede på denne offentliggørelse.

9 Den 18. januar 2000 vedtog Kommissionen beslutning 2000/524/EF om Tysklands statsstøtte til sagsøgeren (EFT L 211, s. 7, herefter »den anfægtede beslutning«).

10 Beslutningens dispositive del har følgende ordlyd:

»*Artikel 1*

Den støtte, som Tyskland har ydet [sagsøgeren] til opførelse af et kulilte-produktionsanlæg i Leuna (Sachsen-Anhalt), er forenelig med fællesmarkedet med hensyn til den del, der i overensstemmelse med kumuleringsreglerne ikke overstiger loftet på 35% for regionalstøtte i Sachsen-Anhalt.

Artikel 2

Den del af støtten, som Tyskland har ydet [sagsøgeren] til opførelse af et kulilteproduktionsanlæg i Leuna (Sachsen-Anhalt), og som ifølge kumuleringsbestemmelserne overskrider loftet på 35% for regionalstøtte til Sachsen-Anhalt, er uforenelig med fællesmarkedet i medfør af [...] artikel 87, stk. 1, EF.

Artikel 3

1. Tyskland træffer alle nødvendige foranstaltninger for at kræve den i artikel 2 nævnte ulovlige støtte tilbagebetalt af støttemodtageren.

2. Tilbagesøgningen skal ske uophørligt og i overensstemmelse med national lovgivning, hvis denne giver mulighed for at efterkomme beslutningen hurtigt og effektivt. Den støtte, der skal kræves tilbagebetalt, pålægges renter fra det tidspunkt, hvor den ulovlige støtte blev udbetalt til støttemodtageren, og indtil den er blevet tilbagebetalt. Renterne beregnes på grundlag af den referencesats, der anvendes til at beregne subventionsækvivalenten for regionalstøtte.

[...]«

Retsforhandlingerne og parternes påstande

11 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 21. april 2000 har sagsøgeren anlagt denne sag med påstand om delvis annullation af den anfægtede beslutning.

12 Ved begæring indleveret til Rettens Justitskontor den 20. september 2000 har Forbundsrepublikken Tyskland anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for sagsøgerens påstande. Ved kendelse af 6. oktober 2000 har formanden for Femte Udvidede Afdeling taget denne begæring til følge.

13 Den 8. december 2000 har Forbundsrepublikken Tyskland indgivet skriftligt indlæg, hvortil Kommissionen har fremlagt sine bemærkninger. Sagsøgeren har givet afkald på at fremsætte bemærkninger til dette indlæg.

14 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Femte Udvidede Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling. Retten har som led i foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse opfordret Kommissionen til at besvare skriftlige spørgsmål og fremlægge bestemte dokumenter. Kommissionen har efterkommet opfordringerne.

15 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret spørgsmål fra Retten i retsmødet den 31. januar 2002.

16 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Artikel 2 og 3 i den anfægtede beslutning annulleres.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

17 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

18 Forbundsrepublikken Tyskland har støttet sagsøgerens påstande.

Retlige bemærkninger

19 Sagsøgeren har til støtte for sine påstande fremsat ét enkelt anbringende om tilsidesættelse af artikel 87, stk. 1, EF. Anbringendet er opdelt i to led, et principalt og et subsidiært led. Principalt har sagsøgeren gjort gældende, at det omtvistede tilskud ikke er statsstøtte. Subsidiært har sagsøgeren gjort gældende, at dette tilskud ikke fordrejer konkurrencen eller påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne. Forbundsrepublikken Tyskland har anført et andet anbringende om manglende begrundelse.

20 Først skal det første led af det første anbringende behandles.

Parternes argumenter

21 Sagsøgeren og Forbundsrepublikken Tyskland har gjort gældende, at det omtvistede tilskud ikke er statsstøtte i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 87, stk. 1, EF.

22 Sagsøgeren har anført, at aftalen af juni 1997, der er omfattet af »Treuhandordningen« (dvs. at den vedrører dispositioner foretaget af THA og af de organer, der har efterfulgt det), er »et resultat af forhandlinger i forlængelse af privatiseringskontrakten [af 22. april 1993]« og er »en foranstaltning til forvaltning af denne kontrakt« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i skrivelse af 16. juni 1997 fra generaldirektøren for Kommissionens Generaldirektorat for Konkurrence til forbundsøkonomiministeren samt i de til skrivelsen vedlagte retningslinjer (herefter »skrivelsen af 16. juni 1997«).

23 Sagsøgeren har, efter at have understreget den bindende karakter af skrivelsen af 16. juni 1997, forklaret, at der i skrivelsen opstilles et princip om, at foranstaltninger til forvaltning af de af BvS indgåede privatiseringskontrakter, der forfølger et kommercielt formål, ikke er statsstøtte. Sagsøgeren har anført, at der blandt disse foranstaltninger nævnes »tilpasning af privatiseringskontrakter som følge af manglende lovgivning eller ændring af omstændighederne«. Sagsøgeren har tilføjet, at de retningslinjer, der var vedlagt skrivelsen af 16. juni 1997, bl.a. undtager forvaltningsforanstaltninger, »der skyldes opfyldelsen af eller en (uddybende) fortolkning af en privatiseringskontrakt« og foranstaltninger, der »forekommer nødvendige under en (udelukkende) kommerciel synsvinkel for at sikre BvS's økonomiske interesser«, fra forpligtelsen til at anmelde dem til Kommissionen. I disse retningslinjer er det ligeledes nævnt, at »det kun er, når indrømmelserne vedrørende forvaltningen af kontrakterne under en forretningsmæssig synsvinkel viser sig at være økonomisk fordelagtige for BvS, at de ikke skal anmeldes«, og at »dette indebærer, at det er nødvendigt at foretage en efterfølgende økonomisk vurdering af forhandlingsresultaterne og overvåge, at forholdet mellem ydelserne og modydelserne er i balance«.

24 I denne sag var »tilpasningen« af privatiseringskontrakten af 22. april 1993 efter sagsøgerens opfattelse netop baseret på forretningsmæssige hensyn og var i overensstemmelse med kravene om »et [balanceret] forhold mellem ydelser og modydelser«. Sagsøgeren har i den forbindelse forklaret, at en opsigelse af leveringskontrakten af 22. april 1993 var nødvendig som følge af de store tab, som driften af LGW's kulilteproduktionsanlæg medførte. Da UCB afviste at opføre et sådant anlæg, og da der ikke fandtes andre kulilteproducenter i Leuna, havde BvS og LWG intet andet valg end at henvende sig til en anden virksomhed, der var villig til at opføre et produktionsanlæg til denne gas og forsyne UCB. Det var under disse omstændigheder, at sagsøgeren blev »opfordret til at deltage i forhandlingerne med UCB efter indgåelsen af privatiseringskontrakten af [22. april 1993]«.

25 Ifølge sagsøgeren skulle det omtvistede tilskud gøre det muligt for sagsøgeren at forsyne UCB med kulilte på »tilsvarende vilkår« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 6, stk. 4, i leveringskontrakten af 22. april 1993, og navnlig at forlange rimelige priser.

26 Derudover har sagsøgeren anført, at betingelsen om »privat investor« (jf. præmis 36) ikke kan anvendes i forbindelse med ordningen for forvaltningen af privatiseringskontrakter.

27 Forbundsrepublikken Tyskland har for sin del anført, at det omtvistede tilskud ikke er en »ensidig fordel« for sagsøgeren. Det udgør nemlig en passende modydelse for sagsøgerens forpligtelse til, i stedet for BvS og LGW, at forsyne UCB med kulilte på »tilsvarende vilkår« som i henhold til leveringskontrakten af 22. april 1993. Under retsmødet har sagsøgeren i det væsentligste gentaget denne argumentation.

28 Forbundsrepublikken Tyskland har ligeledes anført, at beslutningen om at udbetale det omtvistede tilskud blev foretaget på grundlag af forretningsmæssige overvejelser. Enhver privat virksomhed i samme situation som BvS og LGW ville have udbetalt 9 mio. DEM til sagsøgeren for at kunne frigøre sig fra forpligtelsen til at levere kulilte til UCB og ophøre med den underskudsgivende drift af et forældet anlæg.

29 Heroverfor har Kommissionen for det første anført, at sagsøgeren ikke kan støtte ret på skrivelsen af 16. juni 1997.

30 For det første er denne skrivelse ikke en officiel stillingtagen fra Kommissionens side, men et »uforbindende fortolkningsbidrag, der er afgivet som led i det loyale samarbejde mellem Kommissionens tjenestegrene og de nationale myndigheder«.

31 For det andet er det omtvistede tilskud ikke omfattet af nogen af de tilfælde, der henvises til i skrivelsen eller i de vedlagte retningslinjer, og er således ikke en »foranstaltning til forvaltning af privatiseringskontrakten« af 22. april 1993.

32 For det tredje kan det omtvistede tilskud ikke henføres til denne sidstnævnte kontrakt. Kommissionen har i den forbindelse understreget, at forpligtelsen til at levere kulilte i henhold til leveringskontrakten af 22. april 1993 ikke vedrørte forholdene mellem THA, LWG og UCB, og at den pågældende kontrakt overhovedet ikke gav mulighed for, at en anden virksomhed opførte et produktionsanlæg og for dette modtog et tilskud, der var to gange større end tilskuddet i henhold til samme kontrakt. Kommissionen har under henvisning til 32. betragtning til den anfægtede beslutning gjort gældende, at det omtvistede tilskud, der i virkeligheden vedrører aftalen af juni 1997, er en ny aftale med andre parter, og at der ved behandlingen heraf skal ses bort fra privatiserings-

kontrakten af 22. april 1993. Ifølge Kommissionen skal dette tilskud således hverken betragtes som en ren »tilpasning« af denne kontrakt eller som begrundet i en »ændring af omstændighederne«.

33 For det andet har Kommissionen under henvisning til Rettens dom af 14. december 2000 i sag T-613/97 (Ufex m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 4055) understreget, at der skal tages hensyn til virkningerne af støtten for modtagervirksomheden og dens konkurrenter, og ikke til situationen for de institutioner, som fordeler og forvalter støtten. Begrebet støtte er et objektivt begreb, ved hvis afgrænsning det alene har betydning, om en statslig foranstaltning giver en eller nogle virksomheder en fordel.

34 I den foreliggende sag har det omtvistede tilskud utvivlsomt været en fordel for sagsøgeren, idet det har gjort det muligt for denne at tilføje et kulilteproduktionsanlæg til sine eksisterende anlæg uden at skulle bære omkostningerne derved og at udvide sit produktsortiment. Den omstændighed, at BvS og LWG har kunnet opnå store besparelser ved at yde dette tilskud, er uden betydning.

35 Desuden har Kommissionen bestridt relevansen af argumentet om, at det omtvistede tilskud udgør en modydelse for sagsøgerens forpligtelse. Kommissionen har i den forbindelse gjort gældende, at støtte, der er fundet forenelig med fællesmarkedet i henhold til artikel 87 EF, altid forudsætter en modydelse, idet støtte udelukkende til modtagervirksomhedens drift er forbudt. Kommissionen har tilføjet, at det ikke er en vilkårlig modydelse, der udelukker, at der er tale om statsstøtte, men at der foreligger en almindelig modydelse i et gensidigt bebyrdende forhold, som f.eks. »de gældende markedspriser i tilfælde af salg«. Imidlertid »er forpligtelsen til, i stedet for den oprindelige offentlige skyldner, at levere til en privatiseret virksomhed til en pris, der dækker udgifter til subventionerede investeringer, ikke en almindelig modydelse i et gensidigt

bebyrdende forhold for så vidt angår udbetalingen af investeringsstøtte«. Kommissionen har navnlig gjort gældende, at sagsøgerens forpligtelse til at levere kulilte til rimelige priser svarer til en »gældende handelspraksis«, og for sagsøgeren ikke er en reel byrde. Endelig er den omstændighed, at den tildelte fordel under alle omstændigheder ikke er »urimelig«, uden betydning ved vurderingen af, om der foreligger statsstøtte. Der kan kun tages hensyn hertil ved bedømmelsen af den pågældende foranstaltnings forenelighed med fællesmarkedet i henhold til artikel 87, stk. 2 og 3, EF.

36 For det tredje har Kommissionen gjort gældende, at den adfærd, der i denne sag er udvist af BvS og LWG, ikke svarer til den, der udvises af en »privat investor, der handler på normale markedsvilkår«, idet »medlemsstaten her har handlet [...] for at gennemføre sin privatiseringsopgave«. Kommissionen har understreget, at ved anvendelsen af dette kriterium skal der ses bort fra de forpligtelser, der påhviler en medlemsstat som offentlig myndighed. Da THA og LWG vidste, at kulilteproduktionen i LGW's eksisterende anlæg ville medføre store omkostninger, var den leveringsforpligtelse, de havde påtaget sig som led i leveringskontrakten af 22. april 1993, ikke en »normal forpligtelse«, som ville være blevet godkendt af en »hypotetisk skyldner, der handler under normale markedsvilkår«. Da ordningen i henhold til aftalen af juni 1997 havde til formål at frigøre BvS og LWG for en forpligtelse, »der er kendetegnet [...] ved det offentlige formål med privatiseringen«, kan ordningen ikke anses for at være »i overensstemmelse med markedet«.

Rettens bemærkninger

37 Det bemærkes, at artikel 87, stk.1, EF bestemmer, at »[b]ortset fra de i denne traktat hjemlede undtagelser er statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form, og 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 medlemsstaterne«.

38 Begrebet »støtte« i denne bestemmelses forstand betegner nødvendigvis fordele, der direkte eller indirekte ydes ved hjælp af statsmidler, eller som udgør en supplerende byrde for staten eller organer, der er udpeget eller oprettet af staten til dette formål (Domstolens dom af 7.5.1998, forenede sager C-52/97, C-53/97 og C-54/97, Viscido m.fl., Sml. I, s. 2629, præmis 13, og af 22.11.2001, sag C-53/00, Ferring, Sml. I, s. 9067, præmis 16).

39 Det er fastslået i retspraksis, at det med henblik på at vurdere, hvorvidt en statslig foranstaltning skal anses for at være støtte, må afgøres, hvorvidt den virksomhed foranstaltningen er rettet til, opnår en økonomisk fordel, som den ikke ville have opnået under sædvanlige markedsbetingelser (Domstolens dom af 11.7.1996, sag C-39/94, SFEI m.fl., Sml. I, s. 3547, præmis 60, og af 29.4.1999, sag C-342/96, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 2459, præmis 41).

40 Endelig bemærkes, at begrebet statsstøtte efter definitionen i traktaten har en retlig karakter og skal fortolkes på grundlag af objektive elementer. Af denne grund skal Fællesskabets retsinstanser principielt under hensyntagen såvel til de konkrete omstændigheder i den sag, der verserer for dem, som til, at Kommissionens vurderinger er af teknisk eller kompleks karakter, gennemføre en fuldstændig efterprøvelse af, om en foranstaltning henhører under artikel 87, stk. 1, EF (Domstolens dom af 16.5.2000, sag C-83/98 P, Frankrig mod Ladbroke Racing og Kommissionen, Sml. I, s. 3271, præmis 25, og Rettens dom af 12.12.2000, sag T-296/97, Alitalia mod Kommissionen, Sml. II, s. 3871, præmis 95).

41 Det er på baggrund af disse principper og den sammenhæng, som det omtvistede tilskud indgår i, at parternes argumenter skal behandles.

42 Det fremgår af sagens akter, at BvS, der havde efterfulgt THA, og som var ejer af det kulilteproduktionsanlæg, der blev drevet af LWG i Leuna, i 1996 stod over for et finansielt problem som følge af et sammenfald af følgende omstændigheder:

— Ved leveringskontrakten af 22. april 1993 havde THA og LGW forpligtet sig til at levere bestemte mængder kulilte til UCB til en pris svarende til markedsprisen i en periode på ti år, med mulighed for forlængelse i ubestemt tid.

— Det havde imidlertid efterfølgende vist sig, at leveringsprisen ikke dækkede LGW's omkostninger ved kulilteproduktionen.

— Disse omkostninger var særlig høje på grund af det forældede udstyr og den forældede teknologi, der blev anvendt af LWG.

— Desuden var leveringsprisen blevet fastsat i forventning om, at endnu en køber af kulilte ville etablere sig i Leuna — hvilket i sidste ende aldrig skete — hvilket kunne have gjort driften af LGW's produktionsanlæg mere rentabel.

— BvS og LWG's tab som følge af opfyldelsen af leveringskontrakten beløb sig til cirka 3,5 mio DEM pr. år og ville fra 1998 have beløbet sig til 5 mio. DEM pr. år.

— Hvis kontrakten var blevet opfyldt, indtil den udløb, dvs. den 30. april 2003, i stedet for at være blevet opsagt i oktober 1998, ville BvS og LGW fra sidstnævnte dato have lidt et samlet tab på over 15 mio. DEM.

— LGW kunne ikke opsige leveringskontrakten af 22. april 1993 i overensstemmelse med kontraktens artikel 6, stk. 4 (jf. præmis 3), da ingen af de to tilfælde i henhold til denne bestemmelse var opstået.

— Dels havde UCB opgivet at opføre og drive sit eget kulilteproduktionsanlæg.

— Dels var der i Leuna ikke andre producenter af denne gas, som kunne forsyne UCB.

— UCB kunne ikke få forsyninger udefra, da kulilten skal produceres i nærheden af aftageren (jf. 22. betragtning til den anfægtede beslutning).

43 På baggrund heraf må det konstateres, at det ud fra et forretningsmæssigt synspunkt var normalt, at BvS og LGW forsøgte at finde en løsning, der ville gøre det muligt for dem at frigøre sig fra deres forpligtelse til at levere kulilte til UCB, samtidig med at de overholdt deres forpligtelser over for UCB.

44 Navnlig var det berettiget, at BvS og LGW indgik en aftale med en anden virksomhed, som var villig til i Leuna at opføre og drive et nyt kulilteproduktionsanlæg med henblik på i deres sted at forsyne UCB på »tilsvarende vilkår« som i henhold til leveringskontrakten af 22. april 1993.

45 Det var økonomisk fornuftigt, at BvS og LGW med henblik herpå valgte sagsøgeren. Sagsøgeren havde nemlig i Leuna allerede et brintproduktionsanlæg, som et kulilteproduktionsanlæg kunne integreres i, hvilket gav mulighed for en væsentlig formindskelse af investeringsomkostningerne, og som følge heraf produktionsomkostningerne. Det er således ikke blevet bestridt af Kommissionen, at opførelsen af et nyt kulilteproduktionsanlæg under andre forhold ville have krævet en meget større investering, dvs. i størrelsesordenen 15-20 mio. DEM. I betragtning af UCB's forholdsvis begrænsede behov for kulilte og i mangel af en anden potentiel køber i Leuna ville driften af et nyt anlæg imidlertid ikke have været rentabelt i en sådan situation.

46 Desuden fremgår det af et dokument, der er vedlagt replikken, og hvis rigtighed Kommissionen ikke har bestridt, at selv om valget af sagsøgeren gjorde det muligt at formindske investeringsomkostningerne til 12,586 mio. DEM, ville sagsøgerens levering af kulilte til UCB på »tilsvarende vilkår« som i henhold til leveringskontrakten af 22. april 1993 i vidt omfang have givet underskud, hvis sagsøgeren skulle have båret alle disse omkostninger. Det er således objektivt begrundet, at BvS og LGW bidrog til investeringsomkostningerne ved at bevilge sagsøgeren et tilskud, der var væsentlig lavere end de kumulerede tab, som de ville have lidt, hvis den sidstnævnte kontrakt skulle være opfyldt, indtil den udløb (jf. præmis 42). Ingen erhvervsdrivende ville have foretaget en sådan investering og på samme tid have accepteret sådanne leveringsforpligtelser over for UCB, hvis der ikke var givet et betragteligt tilskud udefra til dækning af de omkostninger, som denne investering medførte. I den forbindelse er det fra et økonomisk synspunkt uden betydning, om dette tilskud udformes som en forhåndskompensation for fremtidige tab, som uvægerligt ville opstå som følge af levering af

kulilte til UCB på de nævnte underskudsgivende vilkår, eller som en overtagelse af en del af de omkostninger, som den oprindelige investering gav anledning til.

47 Det er således under disse omstændigheder, at aftalen af juni 1997 og leveringskontrakten af 1997 blev forhandlet og indgået. Sammenfattet er de udtryk for en samlet ordning, der omfatter BvS, LGW, UCB og sagsøgeren, og som forpligter sagsøgeren til i stedet for BvS og LGW at forsyne UCB med kulilte på »tilsvarende vilkår« som i henhold til leveringskontrakten af 22. april 1993. Med henblik herpå skulle sagsøgeren opføre et kulilteproduktionsanlæg, som sagsøgeren skulle integrere i sin brintproduktionsvirksomhed i Leuna, og modtage et »investeringstilskud« på 9 mio. DEM fra BvS og LGW.

48 Som følge af disse betragtninger skal det for det første fastslås, hvilket Kommissionen med rette understreger i den anfægtede beslutning (32. betragtning) og i sine skriftlige indlæg, at denne samlede ordning udgør en ny aftale, der i retlig henseende er adskilt fra privatiserings- og leveringskontrakterne af 22. april 1993. Dette fremgår bl.a. af den omstændighed, at den omfatter en ny kontrahent, nemlig sagsøgeren, ændrer de enkelte parters rettigheder og forpligtelser og skal føre til udbetaling af et »investeringstilskud«, der er væsentlig højere end det oprindelig aftalte tilskud. Kommissionens argument om, at de tyske myndigheder i denne sag har handlet for at gennemføre deres offentlige privatiseringsopgave og ikke har handlet under normale markedsbetingelser, kan således ikke tiltrædes.

49 For det andet bemærkes, at den samlede ordning, som er beskrevet ovenfor, må betragtes som en normal forretningsmæssig disposition, hvor BvS og LGW opfører sig som rationelle erhvervsdrivende under markedsøkonomiske forhold. Det er åbenbart, at disse organer først og fremmest har ladet sig lede af forretningsmæssige betragtninger uden overhovedet at tage finans- eller socialpolitiske hensyn.

50 For det tredje bemærkes, at det omtvistede tilskud principielt udgør en væsentlig del af denne samlede ordning, og, i lighed med selve ordningen, er begrundet i forretningsmæssige hensyn.

51 For det fjerde skal det fastslås, at Kommissionen i den anfægtede beslutning overhovedet ikke har vurderet, hvorvidt den samlede ordning og det omtvistede tilskud, der udgør en integreret del af ordningen, helt eller delvist har karakter af en normal forretningsmæssig disposition. Kommissionen har begrænset sig til fastslå, at dette tilskud er statsstøtte, »da det giver [sagsøgeren] mulighed for at udvide sit brintanlæg med et anlæg til fremstilling af kulilte uden selv at bære de hermed forbundne omkostninger« (28. betragtning til den anfægtede beslutning), inden den med rette (jf. præmis 48) afviste et argument, der blev anført af de tyske myndigheder under den administrative procedure, og som var baseret på en påstået sammenhæng mellem privatiseringskontrakten af 1993 og den samlede ordning (29.-32.betragtning til den anfægtede beslutning).

52 Kommissionen har specielt ikke vurderet, hvorvidt størrelsen af det omtvistede tilskud samlet set svarede til den pris, der ville være blevet aftalt mellem erhvervsdrivende, der befandt sig i en tilsvarende situation. Det er imidlertid kun for den del, der overstiger denne pris, at tilskuddet under alle omstændigheder vil kunne betragtes som statsstøtte.

53 Kommissionen har ikke godtgjort, at det beløb, der blev udbetalt til sagsøgeren som modydelse for dennes forpligtelser, overstiger omkostningerne ved disse forpligtelser og, i bekræftende fald, med hvilket beløb.

54 Kommissionen har således ikke ført tilstrækkeligt bevis for, at det omtvistede tilskud helt eller delvist er en statsstøtte i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 87, stk. 1, EF.

55 På baggrund af ovenstående må første led i det første anbringendet til støtte for annullationspåstanden tages til følge.

56 Uden at det er fornødent at tage stilling til de andre argumenter, der er fremført af sagsøgeren og Forbundsrepublikken Tyskland, skal artikel 2 og 3 i den anfægtede beslutning herefter annulleres.

Sagens omkostninger

57 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har tabt sagen, pålægges det Kommissionen, ud over at bære sine egne omkostninger, at betale sagsøgerens omkostninger i overensstemmelse med dennes påstand herom.

58 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 4, bærer Forbundsrepublikken Tyskland sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Femte Udvidede Afdeling)

1) **Artikel 2 og 3 i Kommissionens beslutning 2000/524/EF af 18. januar 2000 om Tysklands statsstøtte til Linde AG annulleres.**

2) **Kommissionen bærer sine egne omkostninger og betaler sagsøgerens omkostninger.**

3) **Forbundsrepublikken Tyskland bærer sine egne omkostninger.**

Cooke García-Valdecasas Lindh

Forwood Legal

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 17. oktober 2002.

H. Jung

Justitssekretær

J.D. Cooke

Afdelingsformand