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

2. På grundlag af det forhold, at den pågældende virksomhed eksporterede mere end 70% af sin produktion til de andre medlemsstater, at det pågældende marked var kendetegnet af en produktionsoverkapacitet, og at virksomhedens forsvinden fra markedet ville have været uundgåelig uden den tildelte støtte, kunne Kommissionen i mangel af holdepunkter, der pegede i modsat retning, med rette fastslå, at den pågældende støtte påvirkede samhandelen mellem medlemsstaterne og kunne fordreje eller true med at fordreje konkurrencen som omtalt i trakatens artikel 92, stk. 1.

3. Retten til forsvar under en hvilken som helst procedure, der indledes over for nogen, og som kan føre frem til en retsakt, der indeholder et klagepunkt imod denne, udgør et grundlæggende fællesskabsretligt princip, der skal overholdes, selv i tilfælde, hvor der foreligger regler for den pågældende procedure. Dette princip kræver, at den person, som Kommissionen har indledt en administrativ procedure overfor, sættes i stand til under denne procedure at tage stilling dels til, om de fremførte faktiske forhold og andre omstændigheder virkelig foreligger og hvilken betydning, de har, dels til de dokumenter, som Kommissionen påberåber sig til støtte for, at der foreligger en overtrædelse af fællesskabsretten. Når den pågældende person ikke har været i stand til at kommentere dokumenter, fordi de indeholder oplysninger, der er dækket af forretningshemmeligheden, kan Kommissionen ikke lægge disse oplysninger til grund i sin beslutning.

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ

fremsat den 16. april 1986 *

Høje Domstol.

A — Det centrale punkt i den sag, som jeg i dag skal tage stilling til, er spørgsmålet om, hvorvidt et statsorgans deltagelse i en kapitalforhøjelse i en industrivirksomhed kan anses som støtte i henhold til EØF-traktatens artikel 92.

1. a) Firmaet Boch SA blev for mere end 150 år siden grundlagt i La Louvière (Belgien). Virksomheden fremstillede indtil sin likvidation i året 1985 bordservice og sanitetsartikler af keramik.

I 1979 erhvervede den belgiske region Wallonien gennem Société régionale d'investissement de Wallonie (herefter benævnt: SRIW) aktier i denne virksomhed gennem et kapitalindskud på ca. 140 mio BFR. I 1981 tegnede SRIW en kapitalforhøjelse på 475 mio BFR, i 1983 yderligere en kapitalforhøjelse på 83 mio BFR. Begge kapitalforhøjelser blev efterfulgt af nedskriv-

* Oversat fra tysk.

ninger af kapitalen[1], der var udkrævet af hensyn til udligning af tab af egenkapital. SRIW stod således til sidst med 94,9% af aktiekapitalen i Boch SA.

b) Det i 1981 foretagne kapitalindskud var genstand for søgsmålet i sag 54/82[2]; den foreliggende sag drejer sig om kapitaldeltagelsen fra 1983 på 83 mio BFR.

c) Efter at Kommissionen for De europæiske Fællesskaber (herefter benævnt: sagsøgte) gennem den belgiske presse havde fået kendskab til den planlagte kapitalforhøjelse, rettede den henvendelse til regeringen for kongeriget Belgien (herefter benævnt: sagsøgeren) og opfordrede den til at anmelde denne plan i overensstemmelse med EØF-traktatens artikel 93, stk. 3.

Den 18. februar 1983 svarede sagsøgeren, at man allerede i 1981 havde givet sit samtykke til den nye kapitalforhøjelse, hvorfor der ikke var tale om nogen ny beslutning. I den følgende tid opfordrede sagsøgte seks gange sagsøgeren til at anmelde sine påtænkte foranstaltninger, der af sagsøgte blev betegnet som statsstøtte.

Den 29. juli 1983 meddelte sagsøgeren ved telex sagsøgte, at Belgiens telex af 18. februar udgjorde en anmeldelse, som sagsøgte ikke havde reageret på.

Efter at der den 25. august 1983 i *Moniteur belge* var blevet bekendtgjort en ny indkaldelse til en ekstraordinær generalforsamling i Boch SA, der skulle afholdes den 12. september 1983 med henblik på at træffe beslutning om en kapitalforhøjelse på 83 mio BFR fra statens side, henvendte sagsøgte sig til sagsøgeren, til SRIW og til Boch SA for at gøre opmærksom på, at en hvilken som helst statsstøtte, der blev tillagt, uden at anmeldelsesproceduren blev fulgt, og uden at Kommissionen forinden kunne tage stilling til støttens forenelighed med fællesmarkedet, kunne kræves tilbagebetalt.

Den 12. september 1983 gennemførte regionen Wallonien sin plan om en yderligere deltagelse i Boch SA's kapital med et beløb på 83 mio BFR.

Den 17. april 1984 besluttede sagsøgte at indlede proceduren i henhold til EØF-traktatens artikel 93, stk. 2, i anledning af den i 1983 tillagte statsstøtte, og opfordrede den 25. maj 1984 sagsøgeren til at ytre sig. Sagsøgeren henviste i sit svar af 6. august 1984 til, at de belgiske myndigheder (regionen Wallonien) havde tegnet en kapitalforhøjelse på 83 mio BFR i 1983 til gennemførelse af en beslutning af 1981, som Kommissionen den 18. februar 1983 havde fået telexmeddelelse om.

d) Sagsøgte fastslog i sin beslutning af 24. oktober 1984[3], der anfægtes under nærværende sag, at den af sagsøgeren tillagte støtte i form af en kapitalforhøjelse på 83 mio BFR til en virksomhed inden for den keramiske sektor, er uforenelig med det fælles marked i henhold til EØF-traktatens artikel 92 og derfor skal ophæves[4].

I indledningen til denne beslutning har sagsøgte blandt andet anført følgende grunde:

Når staten erhverver kapitalinteresser i en virksomhed, kan der være tale om statsstøtte. I det foreliggende tilfælde var virk-

1 — Jfr. bekendtgørelserne i *Moniteur belge* af 10. september 1981 og af 25. august 1983.

2 — Dom af 15. januar 1986 i sag 52/84, Kommissionen mod kongeriget Belgien, Sml. 1986, s. 89.

3 — EFT 1985 L 59, s. 21.

4 — I stedet for »abgeschafft« skulle det her retteligt have heddet »aufgehoben«, idet den franske og nederlandske version, der alene er bindende, herved knytter sig til ordlyden af EØF-traktatens artikel 93, stk. 2.

somhedens finansielle situation samt overskudskapaciteten inden for den keramiske sektor, navnlig med hensyn til sanitetsartikler, to ulemper, som gjorde det usandsynligt, at virksomheden via de private kapitalmarkeder kunne tilvejebringe den kapital, der var nødvendig for at gøre den levedygtig. Den pågældende virksomhed har i flere år lidt betydelige tab. Disse udgjorde 134 mio BFR i 1979, 243 mio BFR i 1980, 302 mio BFR i 1981 og 168 mio BFR i 1982, hvilket svarer til henholdvis 23%, 39%, 45% og 20% af omsætningen i de pågældende år.

Virksomhedens finansielle stilling vil, hedder det videre i beslutningen, blive yderliger forværret ved, at den støtte på 475 mio BFR, der blev ydet i 1981, inddrages, således som Kommissionen har krævet det i sin beslutning af 16. februar 1983.

Under disse omstændigheder må en kapitaltilførsel på 83 mio BFR for statens regning betragtes som støtte i henhold til EØF-traktatens artikel 92, stk. 1.

Det anføres videre, at en sådan støtte, der tager sigte på at opretholde produktionskapacitet, i særlig alvorlig grad vil kunne fordreje konkurrencevilkårene, for normalt ville markedsforholdene føre til lukning af den pågældende virksomhed, således at mere konkurrencedygtige virksomheder kunne få mulighed for at udvikle sig; den pågældende virksomhed eksporterer over 70% af sin produktion af sanitetsartikler af keramik til de øvrige medlemsstater, og den belgiske regerings støtte vil derfor kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne og fordreje konkurrencevilkårene som omhandlet i EØF-traktatens artikel 92, stk. 1, ved at begunstige den pågældende virksomhed og produktionen af sanitetsartikler af keramik og bordservice.

I de i traktatens artikel 92, stk. 3, fastsatte undtagelser fra samme bestemmelse opstilles de mål, der skal forfølges i Fællesskabets og ikke i støttemodtagerens interesse. Særligt skal der fra den støttemodtagende virksomheds side foreligge en modydelse, der gør støtten berettiget. I det foreliggende tilfælde synes der ikke at være tale om en sådan modydelse fra den støttemodtagende virksomheds side. Den belgiske regering har ikke kunnet bevise, og Kommissionen har ikke kunnet fastslå, at den pågældende støtte opfylder betingelserne for, at der kan indrømmes en undtagelse i henhold til EØF-traktatens artikel 92, stk. 3.

Det måtte derfor konstateres, at på baggrund af udviklingen inden for den keramiske sektor strider opretholdelse af produktionskapacitet ved hjælp af statsstøtte mod den fælles interesse.

Kommissionen har i sin beslutning anført, at fire medlemsstaters regeringer, en erhvervsorganisation og to andre virksomheder inden for den pågældende sektor har givet udtryk for, at de delte Kommissionens betænkeligheder med hensyn til den støtte, der er ydet af Belgien. Disse parter i sagen — med undtagelse af en af medlemsstaterne — har understreget, at den belgiske regerings gentagne støtteforanstaltninger vil medføre alvorlig konkurrencefordrejning.

2. Kongeriget Belgien har den 11. februar 1985 anlagt sag med påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 24. oktober 1984.

Ved kendelse af 12. juni 1985 har Domstolen tilladt den britiske regering at indtræde intervenient til støtte for sagsøgtes påstande.

Sagsøgeren er af flere grunde af den opfattelse, at sagsøgtes beslutning er retsstridig.

Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Kommissionens beslutning af 24. oktober 1984 annulleres.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Kommissionen har af de i beslutningen anførte grunde, som man nærmere har uddybet, fastholdt sin beslutning.

Intervenienten har nedlagt følgende påstande:

— Kommissionens beslutning af 24. oktober 1984 stadfæstes.

Jeg skal i mit forslag til afgørelse nærmere behandle de enkelte anbringender, der er gjort gældende.

3. Sagsøgeren har på Domstolens opfordring givet nærmere oplysninger om den begunstigede virksomhed, bl. a. om kapitaludvikling, ejendomsforhold, omsætning, markedsandele.

Kommissionen har fremlagt de skrivelser, som den har udvekslet med sagsøgeren.

Jeg skal andetsteds behandle disse oplysninger nærmere.

B — Da sagsøgeren under den mundtlige forhandling på grund af dommen i sag 52/84 har frafaldet anbringendet om, at det er retligt umuligt at efterkomme sagsøgtes beslutning, resterer der herefter kun tre anbringender, der skal behandles:

— Den anfægtede kapitalforhøjelse udgør ikke en støtte i henhold til EØF-traktatens artikel 92, stk. 1 (anbringende nr. 1).

— Der foreligger ikke nogen begrundelse for, hvorledes de omhandlede indskud påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne og fordrejer konkurrencen (anbringende nr. 2).

— Tilsidesættelse af princippet om kontradiktion, idet sagsøgte ikke har gjort sagsøgeren bekendt med den stillingtagen, som er fremsat af de medlemsstater og erhvervsorganisationer, der har udtalt sig under den administrative procedure (anbringende nr. 4).

Endvidere skal det spørgsmål behandles, hvorvidt EØF-traktatens artikel 92, stk. 3, finder anvendelse. Sagsøgeren har herved ganske vist ikke gjort noget udtrykkeligt anbringende gældende, men det kan dog af sagsøgerens indlæg udledes, at også den mulighed skal undersøges, hvorvidt den anfægtede kapitaldeltagelse kan anses som forenelig med det fælles marked (anbringende nr. 3).

1. *Spørgsmålet om, hvorvidt den anfægtede kapitaldeltagelse udgør støtte i henhold til EØF-traktatens artikel 92.*

a) Efter *sagsøgerens* opfattelse giver sagsøgte regionen Wallonien en ringere stilling som hovedaktionær i den pågældende virksomhed sammenlignet med en privat aktionær, dersom man forbyder sagsøgerens deltagelse i den anfægtede kapitalforhøjelse. Det ses ikke, hvorledes regionens forhold adskiller sig fra en privat aktionærs i den

samme situation. Når en virksomhed befinder sig i vanskeligheder, er dette ikke nogen grund for en selskabsdeltager til at trække sig tilbage og fremskynde virksomhedens sammenbrud. Det er normalt, at selskabsdeltageren støtter virksomhedens omstruktureringsbestræbelser ved en kapitaltilførelse. En optræden, der er sædvanlig for private aktionærer, såsom at fremme aktiviteter, der er rentable, omend de for en vis tid giver underskud, har Kommissionen alene forbudt, fordi staten har optrådt som aktionær. Dersom EØF-traktatens artikel 92 anvendes således, at de offentlige organer i sidste ende påtvinges forskelsbehandlende fremgangsmåder, indebærer dette en tilsidesættelse af den beskyttelse, der ved EØF-traktatens artikel 222 opstilles for de ejendomsretlige ordninger i Medlemsstaterne.

Endvidere hviler Kommissionens opfattelse på en grundlæggende fejl, idet den ved sine beregninger er gået ud fra virksomheds bruttoresultat og ikke har taget hensyn til de konkrete forhold inden for området for sanitetskeramik, der alene er af betydning i nærværende sag.

Inden for området for sanitetskeramik har resultatet til stadighed forbedret sig i årenes løb: tabene på 120 mio BFR i 1981 og 72 mio BFR i 1982 stod over for et overskud på 6 mio BFR i 1983. Det resultat, som sagsøgte er nået til, hvorefter regionen Wallonien gennem den anfægtede kapitalforhøjelse har finansieret en urentabel produktion, hviler således på et fejlagtigt grundlag.

Efter *sagsøgtes* opfattelse er sagsøgerens retsopfattelse ensbetydende med, at statslige virksomheder priviligeres, idet myndighederne i medlemsstaterne ikke er forpligtet til at overholde konkurrencereglerne over for disse virksomheder, især ikke med hensyn til støtte, således som dette er tilfældet for private virksomheders vedkommende. Denne antagelse strider klart mod den i EØF- traktatens artikel 90, stk. 1, indeholdte regel, hvorefter medlemsstaterne for så vidt angår offentlige virksomheder afstår fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med Traktatens bestemmelser, navnlig de i artiklerne 85-94 nævnte.

På det tidspunkt, hvor støtten blev givet, havde virksomhedens driftsresultat allerede længe været negativ, endda på trods af de tidligere kapitaltilførelser. Eftersom det anfægtede kapitalindskud således var en uomgængelig redningsforanstaltning for at udligne driftstabene, kan de ikke have været bestemt som støtte for de hævdede omstruktureringsbestræbelser. De stadige tab, som Boch SA led, og de på hinanden følgende foranstaltninger for at udskyde virksomhedens opløsning indtil 1985, viste, at virksomheden kun fortsat kunne eksistere i kraft af de statslige støtteforanstaltninger. Det kapitalindskud, der blev betalt af regionen Wallonien, er derfor blevet tilvejebragt under omstændigheder, som ingen privat aktionær ville have godtaget. Kapitaltilskuddet udgør derfor en støtte i EØF-traktatens artikel 92, stk. 1's forstand.

I forbindelse med bedømmelsen af virksomhedens driftsresultat har sagsøgte således støttet sig på virksomhedens samlede resultat, fordi Kommissionen ikke har modtaget de oplysninger fra sagsøgeren, der er nødvendige i forbindelse med procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 93. I virksomhedens årsregnskaber sondres der ikke mellem resultaterne for bordservice og for sanitetsartikler af keramik. Derfor har Kommissionen ikke kunnet opstille konkrete oplysninger vedrørende virksomhedens forskellige aktiviteter. I øvrigt førte de data, der nu er fremlagt af sagsøgeren, til det

samme resultat, som Kommissionen var kommet til i mangel af disse oplysninger.

Intervenienten har i det væsentlige tilsluttet sig sagsøgtes argumentation, men har endvidere bemærket, at de forhold, hvorunder den her anfægtede kapitaltilførsel er sket — i lighed med de øvrige kapitaltilførsler — taler for, at de ikke har fundet sted inden for rammerne af en plan, der var udformet med henblik på en omstrukturering af den begunstigede virksomhed. Det er derfor med rette, at Kommissionen i sin beslutning er nået til det resultat, at et sådant kapitalindskud har karakter af statsstøtte.

b) Jeg skal bemærke, at i henhold til EØF-traktatens artikel 92 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. Noget andet gælder alene støtte, der enten i kraft af EØF-traktatens artikel 92, stk. 2, ifølge traktatmæssig bestemmelse anses som forenelig med Fællesmarkedet, eller som i henhold til EØF-traktatens artikel 92, stk. 3, kan betragtes som forenelig med Fællesmarkedet.

aa) På grundlag af den brede formulering af denne bestemmelse — støtte under enhver tænkelig form — har Domstolen i sin dom af 14. november 1984[5] draget den slutning, at der ikke er grundlag for at drage en principiel sondring mellem støtte i form af lån og støtte i form af kapitaldeltagelse i en virksomhed. Begge former for støtte omfattes af forbudet i EØF-traktatens artikel 92, når dens betingelser er opfyldt.

Ved afgørelsen af den nævnte sag var det imidlertid ikke påkrævet i enkeltheder at fastlægge under hvilke betingelser en statslig kapitaldeltagelse skal anses som støtte i henhold til EØF-traktatens artikel 92, idet der af andre grunde måtte gives dom efter sagsøgerens påstand.

EØF-traktaten definerer lige så lidt som EKSF-traktaten begrebet støtte. En traktatmæssig definition ville næppe have været mulig eller nødvendig, idet konkrete definitioner kan indsnævre begrebet støtte. Imidlertid er en vid fortolkning nødvendig for at EØF-traktatens artikel 92 på meningsfuld måde kan bidrage til, at konkurrencen inden for Fællesmarkedet ikke fordrejes, således som det påbydes efter målsætningen i EØF-traktatens artikel 3, litra f).

Dette svarer til den almindelige definition, som Domstolen i sin dom af 23. februar 1961 i sag 30/59[6] har givet støttebegrebet i EKSF-traktaten. Herefter omfatter støttebegrebet »indgreb, der under forskellige former letter de byrder, som normalt belaster en virksomheds budget«.

I dommen af 22. marts 1977 i sag 78/76[7] taler Domstolen i tilslutning til formuleringen i den dengang foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse omen »vederlagsfri fordel«, medens der i dommen af 2. juli 1974 i sag 173/73[8] alene er tale om »fordel«.

Man kan på grundlag af disse afgørelser drage den slutning, at enhver form for

5 — Dom af 14. november 1984 i sag 323/82, SA Intermills mod Kommissionen, Sml. 1984, s. 3809.

6 — Dom af 23. februar 1961 i sag 30/59, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen i Limburg mod Den Høje Myndighed for EKSF, Sml. 1954-1964, s. 211, citat s. 217.

7 — Dom af 22. marts 1977 i sag 78/76, Firma Steinike und Weinlig mod Forbundsrepublikken Tyskland, Sml. 1977, s. 595.

8 — Dom af 2. juli 1974 i sag 173/73, Den italienske Republik mod Kommissionen, Sml. 1974, s. 709.

understøttelse, der tillægges af en medlemsstat eller af statslige midler for at nå ethvert andet mål end det rent driftsøkonomiske, udgør støtte som omtalt i EØF-traktatens artikel 92, stk. 1. I det mindste udgør tilskud støtte, dersom modtageren opnår en fordel, som den pågældende under andre forhold ikke ville have kunnet opnå. Dette kan eksempelvis være tilfældet, når kapital stilles til rådighed, og dette sker under omstændigheder, der ikke svarer til de sædvanlige vilkår på kapitalmarkedet.

Der kan dog ikke alene på dette grundlag afsiges nogen dom om retmæssigheden af en statslig kapitaldeltagelse i en virksomhed. Af EØF-traktatens artikel 222, hvorefter de ejendomsretlige ordninger i Medlemsstaterne ikke berøres af denne Traktat, kan det nemlig udledes, at også statsdrevne virksomheder accepteres af EØF-traktaten. EØF-traktaten tager afstand fra, at Fællesskabet kan udøve nogen som helst indflydelse på eksisterende offentlige virksomheder, men den lader dog sådanne virksomheder være omfattet af traktatens regler, idet medlemsstaterne er forpligtet til ikke at undtage disse virksomheder fra anvendelsen af nogen af traktatens bestemmelser, særlig ikke dens artikler 85-94. Offentlige virksomheder skal tilpasses Fællesmarkedet og må ikke hindre dettes gennemførelse og funktion.

Særlige undtagelser findes kun i EØF-traktatens artikel 90, stk. 2, for virksomheder, der »har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, eller som har karakter af fiskale monopoler«. Heraf følger, at traktaten som hovedregel ikke indeholder undtagelser, for så vidt angår offentlige virksomheder.

bb) På dette grundlag når jeg frem til det centrale i de retsspørgsmål, der er blevet rejst i denne sag. Der skal herefter foretages en afgrænsning af den *erhvervsvirksomhed*, der af ejeren af og den rådighedsberettigede over offentlige virksomheder kan foretages uden subventionskontrol fra Fællesskabets side, over for den ved EØF-traktatens artikel 92 ff. foretagne overvågning af *støtteforanstaltninger* fra det offentliges side på dette område. Det er således påkrævet at sondre mellem den erhvervsmæssigt begrundede privatøkonomiske aktivitet fra det offentliges side på den ene side og statslig aktivitet på den anden side, der omfatter politiske mål og tjener til at fremme almenvellet, eksempelvis gennem foranstaltninger til stabilisering af arbejdsmarkedet.

Kommissionen har allerede bragt problemet til udtryk i begrundelsen til »gennemskuelighedsdirektivet«[9], hvori den har anført følgende:

»I henhold til EØF-traktaten skal Kommissionen påse, at medlemsstaterne hverken til offentlige eller private virksomheder yder støtte, som er uforenelig med fællesmarkedet;

de økonomiske forbindelser mellem de offentlige myndigheder i medlemsstaterne og de offentlige virksomheder er imidlertid så komplekse, at de kan vanskeliggøre udførelsen af denne opgave;

endvidere kan EØF-traktatens regler om støtte kun anvendes effektivt og retfærdigt på offentlige og private virksomheder, såfremt disse økonomiske forbindelser gøres gennemskuelige;

ydermere bør denne gennemskuelighed for offentlige virksomheders vedkommende give

9 — Kommissionens direktiv af 25. juni 1980 om gennemskueligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder, EFT 1980 L 195, s. 35.

mulighed for *klart at sondre mellem statens rolle som offentlig myndighed og som ejer.*«

En række eksempler på økonomiske forbindelser mellem de offentlige myndigheder og de offentlige virksomheder, der i henhold til »gennemskuelighedsdirektivet« skal klargøres, er opstillet i direktivets artikel 3:

»...

a) Udligning af driftstab;

b) kapitaltilførsel;

c) indskud, som ikke skal tilbagebetales eller lån på fordelagtige vilkår;

d) indrømmelse af økonomiske fordele i form af afkald på overskud eller undladelse af at inddrive fordringer;

e) afkald på normal forrentning af indskudte offentlige midler;

f) kompensation for byrder, pålagt af de offentlige myndigheder.«

Denne liste over økonomiske forbindelser mellem offentlige virksomheder og medlemsstaterne udgør imidlertid ingen definition af begrebet støtte i henhold til EØF-traktatens artikel 92 ff., således som Domstolen har anført det i sin dom af 6. juli 1982 i de forenede sager 188-190/80 [10]. Listen indeholder alene en nærmere bestemmelse af økonomiske dispositioner, som Kommissionen efter sin opfattelse skal have oplysning om, for at kunne efterprøve, hvorvidt en medlemsstat har ydet støtte til den pågældende virksomhed uden at have opfyldt sin oplysningspligt i henhold til EØF-traktatens artikel 93, stk. 3.

Ved økonomiske transaktioner mellem en medlemsstat og en offentlig virksomhed skal der ved hjælp af særlige kriterier søges foretaget en afgrænsning mellem erhvervsøkonomiske dispositioner og statslige foranstaltninger i forbindelse med tildeling af støtte. Fordele, som staten har tillagt en offentlig virksomhed i form af tilskud, kan nemlig fremtræde som en investering i virksomheden. Det samme kan være tilfældet ved udbytteafkald eller tabsregulering, idet også en privat virksomhed kan komme i den situation, hvor sådanne dispositioner må træffes. Sammenligningen med tilsvarende dispositioner inden for det private erhvervsliv bringer os således et skridt videre: Man kunne således nå til det resultat, at der foreligger statsstøtte, dersom det må antages, at en privat driftsherre i den samme situation ikke ville understøtte den pågældende virksomhed på tilsvarende måde på grundlag af en saglig økonomisk vurdering.

Når man inddrager kriteriet om, hvorledes en privat driftsherre ville optræde på grundlag af en saglig økonomisk vurdering, indrømmer man således staten som ejer af en virksomhed et vidtgående dispositionsspillerum. Man må nemlig ikke se bort fra, at staten — også i egenskab af ejer — råder over muligheden for at skaffe sig de udkrævede kapitalmidler i betragteligt omfang, nemlig gennem skatter eller tvangsopsparing. Det turde i almindelighed være udelukket, at en privat virksomheds ejer kan skaffe sig midler til refinansiering i et sådant omfang.

Selv om det også efter Domstolens retspraksis forholder sig således, at det ikke er foranstaltningens baggrund eller målsætning, der er bestemmende ved afgørelsen af, om en statslig foranstaltning har karakter af støtte, men derimod dens virkninger [11], må

10 — Dom af 6. juli 1982 i de forenede sager 188-190/80, Den franske Republik, Den italienske Republik og Det forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland mod Kommissionen, Sml. 1982, s. 2545.

11 — Dom af 2. juli 1974 i sag 173/73, ovenfor anført, præmis 26-28.

man alligevel ved afgrænsningen af statslig støtte over for statens privatøkonomiske indskud i offentige virksomheder inddrage foranstaltningens formål, i det mindste som et indicium. Hvorledes en begunstigelse til en offentlig virksomhed skal defineres, kan for så vidt ske ud fra formålet, når de erhvervspolitiske grunde, eksempelvis social- eller strukturpolitiske til, at en støtte gives nærmest lader foranstaltningen fremtræde som støtte; derimod kommer en lukrativ investering, der sigter mod gevinst, mindre i betragtning som støtte.

cc) Ved afgørelsen af spørgsmålet om, hvorvidt den anfægtede kapitaldeltagelse udgør støtte, skal der indledningsvis kastes et blik på udviklingen i den begunstigede virksomheds selskabskapital og overskud, hhv. tab. Før det tidspunkt, hvor regionen Wallonien for første gang indtrådte som deltager i den pågældende virksomhed, beløb dens egenkapital sig til 150 mio BFR. I 1979 blev virksomhedens reserver optaget i dens regnskab over anlægsmidler, og kapitalen med nedsat fra 319 mio BFR til 3 mio BFR; samtidig blev en ny kapital i en størrelse af omkring 140 mio BFR stillet til rådighed af regionen Wallonien, og 44 mio BFR blev stillet til rådighed af tredjemand, hvorefter kapitalen herefter beløb sig til 304 mio BFR.

I årene 1980 og 1981 fremkom der driftstab på 545 mio BFR; dette førte til en kapitalnedsættelse med 579 mio BFR og en yderligere statslig kapitaldeltagelse på 475 mio BFR, således at kapitalen ved udgangen af 1981 udgjorde 200 mio BFR. I 1982 opstod på ny tab i størrelsen 168 mio BFR. I 1983 blev kapitalen derpå yderligere nedskrevet med 169 mio BFR, medens regionen Wallonien tegnede den under nærværende sag anfægtede kapitalforhøjelse på 83 mio BFR. Kapitalen beløb sig således ved udgangen af 1983 til 113 mio BFR. Med andre ord, i 1979 beløb kapitalen sig til 150 mio BFR. Trods tilførsler på ca. 742 mio BFR — hvoraf 698 mio BFR, altså ca. 94%, var blevet tegnet af regionen Wallonien — har kapitalen takket være kapitalnedsættelsen ikke udviklet sig positivt. Tværtimod var den i 1983 faldet til 113 mio BFR. Trods en kapitaltilføjelse på 739 mio BFR er kapitalen faldet med 37 mio BFR.

Samtidig opstod der i årene 1979 til 1983 tab på 945 mio BFR.

Tager man endvidere hensyn til den omstændighed, at der i 1979 forud for regionen Walloniens kapitaldeltagelse havde fundet en kapitalnedsættelse sted, samt det forhold, at kapitalen på 3 mio BFR alene fremkom derved, at reserverne blev medregnet, er den slutning nærliggende, at den begunstigede virksomhed allerede dengang befandt sig i en økonomisk håbløs situation. Herefter er det videre nærliggende at antage, at en privat ejer, der handler på grundlag af saglige økonomiske overvejelser, i den samme situation ikke ville have skudt yderligere kapital ind i virksomheden. Dette bekræftes yderligere af den omstændighed, at de kapitaltilførsler, der stammede fra offentlige midler, udgjorde *ca. 94%* af de samlede nye kapitaltilførsler, hvorimod andre ejere — om hvem vi ikke ved, hvorvidt der her er tale om private virksomheder eller andre offentlige institutioner — for sidste gang i 1979 indskød 44 mio BFR i virksomheden.

Dersom man videre i denne sammenhæng tager hensyn til den overskudskapacitet, der er inden for Fællesskabets keramikindustri, kan det fastslås, at sagsøgte med rette kunne nå til det resultat, at de frie markedskræfter

under normale omstændigheder ville have medført, at virksomheden måtte lukkes.

Sagsøgte kunne derfor med rette anse den af sagsøgeren tegnede kapitalforhøjelse som redningsstøtte.

I denne sammenhæng skal der også henvises til sagsøgtes beslutning af 16. februar 1983, hvorved Kommissionen anordnede tilbagebetaling af den i 1981 ydede støtte på 475 mio BFR. Denne beslutning var retskraftig på tidspunktet for den fornyede kapitalforhøjelse af 12. september 1983, idet hverken sagsøgeren eller den berørte virksomhed klagede over denne beslutning, der senere førte til dommen af 15. januar 1986 i sag 52/84 [2]. Både sagsøgeren og den berørte virksomhed måtte derfor regne med, at støtten på 475 mio BFR ville blive trukket tilbage; dermed ville virksomhedens finansielle situation ikke kun blive yderligere forværret, således som sagsøgte har anført det i sin anfægtede beslutning, men den foreliggende kapital, der i september 1983 efter kapitalforhøjelsen var på 113 mio BFR, ville gennem tilbagebetalingen af den nævnte tidligere støtte på 475 mio BFR blive mere end opbrugt.

Dette resultat strider heller ikke mod sagsøgerens opfattelse, hvorefter sagsøgte havde skullet sondre mellem virksomhedens to vigtigste aktivitetsområder; i så fald havde Kommissionen måttet fastslå, at der på området for sanitetsartikler af keramik var fremkommet et overskud på 6 mio BFR i 1983.

Heroverfor skal det fremhæves, at kapitalforhøjelsen er kommet virksomheden som sådan til gode, der rent faktisk inden for den keramiske sektor havde indtjent et beskedent overskud på 6 mio BFR i 1983, idet der dog heroverfor stod tab på 104 mio BFR inden for sektoren bordservice.

Sammenfattende må det fastholdes, at sagsøgte har udledt den anfægtede kapitaldeltagelses støttekarakter af det forhold, at en finansiering på det private kapitalmarked ikke havde været mulig. Særlig udgjorde virksomhedens finansielle situation og overskudskapaciteten inden for den keramiske industri hindringer, der gjorde det usandsynligt, at de nødvendige midler til virksomhedens fortsatte eksistens havde kunnet rejses på det private kapitalmarked.

Dette resultat har Kommissionen særligt dokumenteret ved hjælp af tabsudviklingen inden for den pågældende virksomhed.

Endvidere blev Kommissionens bemærkninger vedrørende virksomhedens finansielle situation bekræftet gennem oplysningerne om kapitaludviklingen, som sagsøgeren har fremlagt efter Domstolens opfordring. Der var efter min opfattelse ingen grund til at fremstille enkelthederne i denne kapitaludvikling i beslutningen; dersom de ikke ligefrem var sagsøgeren bekendt, så var de dog i det mindste tilgængelige. Når alt kommer til alt var det offentlige jo ejer af mindst 94% af den begunstigede virksomhed.

Denne påvisning og begrundelsen for beslutningen er efter min opfattelse tilstrækkelig, især man sammenholder sagsøgerens adfærd og den forbindelse, der er mellem sagsøgeren og den begunstigede virksomhed.

dd) Det forhold, at begrundelsen af den anfægtede beslutning er faldet relativt knapt og lapidarisk ud, skyldes ikke mindst den omstændighed, at sagsøgeren hverken anmeldte den planlagte støtteforanstaltning

2 — Dom af 15. januar 1986 i sag 52/84, Kommissionen mod kongeriget Belgien, Sml. 1986, s. 89.

over for Kommissionen, eller under forvaltningsproceduren meddelte Kommissionen de nærmere enkeltheder vedrørende planlagte eller trufne foranstaltninger.

En sådan optræden stemmer ikke overens med de forpligtelser, som en medlemsstat har i henhold til EØF-traktatens artikel 92 ff. og artikel 5. For at sikre en gradvis udvikling af og fællesmarkedets funktion i overensstemmelse med bestemmelserne i EØF-traktatens artikel 92, foreskriver EØF-traktatens artikel 93 en løbende undersøgelse af de støtteordninger, som anvendes eller påtænkes gennemført af medlemsstaterne, »hvilket forudsætter et konstant samarbejde mellem disse stater og Kommissionen,« således som dette er blevet bekræftet af Domstolen i den allerede flere gange nævnte dom af 2. juli 1974 i sag 173/73.

Både ordlyden af EØF-traktatens artikel 93, stk. 3, 1. pkt., — *enhver* påtænkt indførelse af statsstøtte skal meddeles — og tanken bag og formålet med denne bestemmelse taler for, at der gælder en omfattende oplysningspligt for medlemsstaterne, idet man i videst muligt omfang endog skal søge at undgå, at der opstår uoverensstemmelser mellem Kommissionen og medlemsstaterne vedrørende retmæssigheden af en statsstøtte. Endvidere kan man heller ikke se bort fra, at også tilbagesøgning af en eventuel retsstridig statsstøtte kan være forbundet med betragtelige vanskeligheder. Uoverensstemmelserne i sag 52/84 udgør i den forbindelse et tydeligt eksempel.

Om end det egentligt ikke er medlemsstaterne, men Kommissionen, der skal efterprøve, hvorvidt en statsstøtte er retmæssig i henhold til fællesskabsretten, må denne opgavefordeling også omfatte spørgsmålet om, *hvorvidt* der overhovedet foreligger statsstøtte.

Oplysningspligten i henhold til EØF-traktatens artikel 93, stk. 3, angår således ikke kun den statsstøtte, om hvilken det alene skal prøves, om den er i overensstemmelse med EØF-traktaten, men også sådanne foranstaltninger, hvor det kan være tvivlsomt, hvorvidt der overhovedet foreligger statsstøtte.

Dette gælder især for foranstaltninger, der træffes af medlemsstaterne i forbindelse med virksomheder, der er deres ejendom, idet det her ofte kun på grundlag af indgående undersøgelser kan fastslås, hvorvidt staten alene har optrådt i sin egenskab af ejer, eller om den har handlet i sin egenskab af offentlig myndighed.

Da Kommissionen således skal have oplysninger om alle foranstaltninger, der vedrører offentlige virksomheder, også foranstaltninger, som kan »mistænkes« for at være statsstøtte, kan sagsøgeren ikke sige sig fri for ansvar under henvisning til, at den tegnede kapitalforhøjelse ikke skulle anmeldes, fordi den ikke må anses som statsstøtte.

2. *Spørgsmålet om, hvorvidt den anfægtede statsstøtte påvirker samhandelen mellem Medlemsstater og fordrejer konkurrencen*

Da statsstøtte, særligt i form af statens eller offentligretlige sammenslutningers overtagelse af selskabsandele, ikke uden videre kan anses som traktatstridig, skal det først undersøges, hvorvidt den pågældende statsstøtte indebærer en overtrædelse af EØF-traktatens artikel 92, stk. 1. Især skal det afgøres, hvorvidt statsstøtten fordrejer konkurrencen eller truer med at fordreje den, samt om samhandelen mellem Medlemsstater påvirkes.

a) Efter *sagsøgerens* opfattelse kan det ikke af sagsøgtes beslutning udledes, hvorvidt overtagelsen af de anfægtede andele kan påvirke samhandelen mellem Medlemsstater

eller fordreje konkurrencen, eller true med at fordreje den.

Hertil kommer — hvilket Domstolen da også har påtalt i dommen af 14. november 1984 i sag 323/82 og dommen af 13. marts 1985 i de forenede sager 296 og 318/82 [12] — at sagsøgte ikke har givet konkrete holdepunkter for den nærmere beskaffenhed af den hævdede begrænsning i konkurrencen; Kommissionens beslutning rummer overhovedet ingen oplysninger om situationen på det pågældende marked, den pågældende virksomheds markedsandel, handelsvejene mellem medlemsstaterne for så vidt angår de berørte varer og virksomhedens eksport. Beslutningen begrænser sig således til en henvisning til de indvendinger, der er fremsat af medlemsstaternes regeringer, en erhvervsorganisation og to andre virksomheder inden for den samme industrisektor.

I øvrigt var investeringerne led i en rationalisering, der ikke medførte nogen kapacitetsudvidelse, anfører sagsøgeren.

Efter *sagsøgtes* opfattelse kommer det i den anfægtede beslutning klart til udtryk, at den anfægtede statsstøtte er egnet til i særlig alvorlig grad at fordreje konkurrencevilkårene, for under normale omstændigheder ville markedsforholdene have ført til lukning af Boch, således at mere konkurrencedygtige virksomheder havde haft mulighed for at udvikle sig. Markedssituationen er ligeledes blevet beskrevet, idet der er henvisning til produktionsoverskudskapaciteten og den meget livlige handel inden for Fællesskabet. Selskabet Boch's stilling på dette marked er blevet beskrevet således, at der her er tale om en virksomhed, der i 1983 eksporterede over 70% af sin produktion til de øvrige medlemsstater.

12 — Dom af 13. marts 1985 i de forenede sager 296 og 318/82, kongeriget Nederlandene m. fl. mod Kommissionen m. fl., Sml. 1985, s. 809.

Sagsøgte har endvidere fremlagt oplysninger om den pågældende virksomheds markedsandel i de forskellige medlemsstater inden for Fællesskabet, og om de samlede belgiske udførsler, hvis andel af handelen inden for Fællesskabet på dette område er steget fra 19,4% i 1979 til 34,8% i 1983.

De gentagne støtteforanstaltninger havde gjort det muligt for det begunstigede selskab at udnytte sine produktionskapaciteter bedre og afsætte sine produkter til en frit valgt pris på det fælles marked.

Også *intervenienten* er af den opfattelse, at konkurrencen fordrejes, og at samhandelen mellem medlemsstater påvirkes af den tildelte statsstøtte.

Kapitaltilførselen må have spillet en afgørende rolle for selskabets fortsatte produktion, eftersom man kunne arbejde med så betydelige tab. Det er ubestridt, at virksomhedens produktion har kunnet afsættes inden for Fællesskabet. Den opfattelse støttes af den omstændighed, at indførslerne af sanitetsartikler af keramik fra Belgien sammenlignet med indførslerne fra de andre medlemsstater klart var stigende, mens de i øvrigt nærmest var faldende.

b) Jeg må først fastslå, at redegørelsen i den anfægtede beslutning vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt den anfægtede støtte påvirker samhandelen mellem medlemsstater og fordrejer konkurrencen, er faldet meget knapt ud. Af faktiske omstændigheder henvises der alene til, at den pågældende virksomhed har eksporteret over 70% af sin produktion af sanitetsartikler af keramik til de øvrige medlemsstater samtidig med, at markedet var kendetegnet ved en overskudskapacitet inden for den keramiske sektor. På grundlag af den antagelse, at

markedsforholdene normalt ville føre til lukning af den pågældende virksomhed, drages endvidere den slutning, at mere konkurrencedygtige virksomheder ville have fået mulighed for at udvikle sig, dersom støtten ikke var blevet givet.

Faktisk mangler der en angivelse af virksomhedens markedsandel og handelsvejene for produkterne. Oplysninger vedrørende virksomhedens markedsandel i medlemsstaterne inden for Fællesskabet samt prismønsteret er først blevet fremsat af sagsøgeren under sagen for Domstolen.

Ganske vist behøvede Kommissionen ikke i sin beslutning at angive alle omstændigheder, der bærer resultatet. Men Kommissionen skal dog angive de væsentligste af de bærende hensyn, således at der kun kan tages hensyn til yderligere og senere fremsatte anbringender i det omfang, hvor de angår omstændigheder, der sådan set allerede er at finde i beslutningen, eller som man kan forudsætte som almindelig kendt.

Da det for Kommissionen stod fast, at den pågældende virksomhed eksporterede 70% af sine produkter af sanitetsartikler af keramik til de andre medlemsstater i Fællesskabet — under sagen for Domstolen har det vist sig, at godt 70% af den samlede produktion blev eksporteret, deraf den største del til Fællesskabets andre medlemsstater —, kunne den efter min opfattelse med rette gå ud fra, at allerede det forhold, at den pågældende virksomhed blev holdt kunstigt i live måtte føre til en fordrejning af konkurrencen og til, at samhandelen mellem medlemsstaterne blev påvirket. Den betragtelige andel, som eksporten udgjorde af den pågældende virksomheds produktion, medførte i forbindelse med produktionens samlede omfang, der i henhold til direktiv 68/151 [13] skulle offentliggøres og dermed måtte anses som bekendt, at den pågældende virksomhed i betragteligt omfang deltog i handelen inden for Fællesskabet. Erindrer man endvidere, at virksomheden kun takket være statsstøtten kunne leve videre, eller omvendt udtrykt, at virksomheden uden statsstøtten ikke ville have kunnet fortsætte sin drift, foreligger der hermed en påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater. Da statsstøtten består i en fordel, der sædvanligvis ikke kunne have været opnået på markedsvilkår, må det i tvivlstilfælde antages, at den begunstigede virksomheds konkurrencedygtighed i forhold til dens konkurrenter, der ikke har fået lignende ydelser, er blevet forbedret, hvorved konkurrencen også er blevet fordrejet.

Under hensyn til virksomhedens samlede omsætning og dens eksport kunne sagsøgte derfor med rette gå ud fra, at ydelsen i sig selv fordrejer konkurrencen og påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne. Lukningen af virksomheden ville have givet mere konkurrencedygtige virksomheder mulighed for at udvikle sig, både på det belgiske marked og på markedet i de andre medlemsstater, der i så fald ikke ville få flere leveringer fra den pågældende virksomhed.

Sagsøgtes beslutning ville givetvis være faldet klarere og tydeligere ud, dersom den havde rummet oplysninger om den absolutte størrelse af omsætningen (der i øvrigt lader sig udlede af tabsbeløbene og procentangivelserne i forhold til omsætningen, der er

13 — Rådets første direktiv af 9. marts 1968 om samordning af de garantier, som kræves i medlemsstaterne af de i traktatens artikel 58, stk. 2, nævnte selskaber til beskyttelse af såvel selskabsdeltagernes som tredjemands interesser med det formål at gøre disse garantier lige byrdefulde, EFT 1968 I, s. 41.

indeholdt i beslutningen) for virksomheden samt dennes markedsandel i Belgien og inden for Fællesskabet. Efter min opfattelse forekommer oplysningerne herom dog ikke at være absolut nødvendige for at nå til det resultat, der er fastslået i den anfægtede beslutning. Beslutningen forekommer mig derfor at være lige netop tilstrækkeligt faktisk underbygget og begrundet.

Jeg skal også i denne sammenhæng på ny henvise til, at beslutningens knappe faktiske beskrivelse og begrundelse ikke mindst må henføres til sagsøgerens optræden, der under tilsidesættelse af pligter, der påhviler sagsøgeren i henhold til bestemmelserne i EØF-traktatens artikel 93 og artikel 5, på ingen måde har fremmet eller blot understøttet Kommissionens procedure til undersøgelse af, om statsstøtte foreligger. Stillet over for en sådan mangel på samarbejde fra den pågældende medlemsstats side, skal man ikke opstille overdrevent strenge krav til sagsøgtes bevis- og begrundelsesbyrde. Endelig råder Kommissionen ikke over handlebeføjelser i forbindelse med proceduren til undersøgelse af, om statsstøtte foreligger, sådan som den eksempelvis gør det ved proceduren i forbindelse med konkurrencekontrollen — således at den om fornødent kan fremtvinge de krævede oplysninger under trussel om eller anvendelse af tvangsforanstaltninger.

Jeg kan derfor kun nå til den opfattelse, at sagsøgte i lige netop tilstrækkelig grad har dokumenteret sin beslutning i faktisk henseende og begrundet denne.

3. Skønt sagsøgeren ikke udtrykkeligt har fremsat noget anbringende om tilsidesættelse af EØF-traktatens artikel 92, stk. 3, hvilket skyldes sagsøgerens opfattelse, hvorefter den anfægtede kapitaldeltagelse ikke udgør nogen statsstøtte, finder jeg det dog påkrævet kort at behandle disse undtagelsesbestemmelser. Når sagsøgeren således har anført, at den af regionen Wallonien tegnede kapitalforhøjelse skete i forbindelse med et moderniseringsprogram, der i 1981 til 1984 havde skullet føre til rationaliseringsinvesteringer og til en reduktion af arbejdsstyrken, kan man anskue disse bemærkninger som en retlig påstand om, at den anfægtede statsstøtte kunne anses som forenelig med fællesmarkedet i den i EØF-traktatens artikel 92, stk. 3's forstand.

Angående muligheden for at anvende EØF-traktatens artikel 92, stk. 3, har *sagsøgte* fremsat nogle teoretiske betragtninger i sin beslutning. Kommissionen har henvist til, at en anvendelse af EØF-traktatens artikel 92, stk. 3, litra a), ikke kommer i betragtning, idet det område, hvor den pågældende virksomhed er beliggende, ikke er et område, hvor levestandarden er usædvanlig lav, eller hvor der hersker alvorlig underbeskæftigelse. Under sagen for Domstolen har sagsøgte præciseret, at denne betragtning gælder i forhold til fællesskabsniveauet som helhed. Der kan ikke indvendes noget herimod, idet Domstolen i sin dom af 17. september 1980 i sag 730/79 [14] har fastslået, at sagsøgte er berettiget til at bedømme levestandarden og underbeskæftigelsen i et bestemt geografisk område, ikke i forhold til landsgennemsnittet, men i forhold til fællesskabsniveauet.

Vedrørende muligheden for at anerkende støtte som forenelig med Fællesmarkedet i henhold til EØF-traktatens artikel 92, stk. 3, litra b), har sagsøgte anført, at Belgien hører til et af Fællesskabets centralområder, hvis sociale og økonomiske problemer ikke er de alvorligste i Fællesskabet; derimod er faren for et subventionskapløb her den

14 — Dom af 17. september 1980 i sag 730/79, Philip Morris Holland BV mod Kommissionen, Sml. 1980, s. 2671, særligt s. 2691 ff.

største, hvorfor enhver form for støtte i området er egnet til at påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. I øvrigt kan man ikke på grundlag af det foreliggende økonomiske og sociale materiale angående Belgien drage den slutning, at der foreligger en alvorlig forstyrrelse i det belgiske økonomiske liv i traktatens forstand.

Også disse betragtninger forekommer mig at være indlysende; sagsøgeren har intet anført, der mærkbart kan rokke ved dem.

Herefter skal kun den undtagelsesmulighed, der er indeholdt i EØF-traktatens artikel 92, stk. 3, litra c), undersøges. Sagsøgte har afvist at anvende denne undtagelse med den begrundelse, at forholdet er det, at udviklingen inden for den keramiske sektor gør det nærliggende at antage, at opretholdelse af produktionskapacitet ved hjælp af statsstøtte strider mod den fælles interesse.

Denne lakoniske oplysning afgiver muligvis grundlag for den slutning — og sagsøgeren drager den under henvisning til Domstolens dom af 13. marts 1985 i de forenede sager 296 og 318/82 — at sagsøgte ikke har taget hensyn til en væsentlig omstændighed, der muligvis vil kunne medføre en anden bedømmelse, nemlig det forhold, at den pågældende statsstøtte er kommet i stand i forbindelse med en omstrukturering af den begunstigede virksomhed.

Skulle dette vise sig at holde stik, skal der ske annullation både af Kommissionens her anfægtede beslutning og af Kommissionens beslutning, der har foranlediget dommen af 13. marts 1985 i de forenede sager 296 og 318/82. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at det ikke forholder således.

Det forhold, at det påståede moderniseringsprogram for virksomheden for årene 1981 til 1984 forelå, var ganske vist blevet meddelt sagsøgte, men selve programmets indhold var imidlertid ikke af sagsøgeren blevet meddelt Kommissionen, hverken i forbindelse med proceduren vedrørende statsstøtte eller i forbindelse med en sag for Domstolen. Allerede denne omstændighed i forbindelse med den faktiske udvikling inden for den pågældende virksomhed, der førte til stadig større tab og endelig medførte virksomhedens lukning, gør den slutning nærliggende, at det i forbindelse med det såkaldte moderniseringsprogram ikke kan have drejet sig om en brugelig omstruktureringsplan. Denne antagelse skal dog ikke undersøges nærmere, idet sagsøgeren under den mundtlige forhandling for Domstolen har anført, at den egentlige omstrukturering først har fundet sted efter virksomhedens opløsning i januar 1985 og førte til indstilling af dens fabrikationsvirksomheden indenfor bordservice og en fortsættelse af dens virksomhed inden for sektoren sanitetsartikler af keramik gennem en ny virksomhed, Noviboch SA.

Spørgsmålet om, hvorvidt der forelå en omstruktureringsplan, der muligvis kunne have ladet den statslige rednings- hhv. saneringsstøtte fremså i et andet lys [15], er således til syvende og sidst ikke blevet rejst og langt mindre bevist.

Der er således ikke grundlag for at rejse tvivl om retmæssigheden af det resultat, som Kommissionen er nået til, hvorefter den af statsorganer, der henhører under sagsøgeren, udbetalte statsstøtte ikke kan anses som forenelig med fællesmarkedet i henhold til EØF-traktatens artikel 92, stk. 3.

4. *Spørgsmålet om tilsidesættelse af princippet om kontradiktion*

a) *Sagsøgeren* har henvist til, at sagsøgte ifølge den anfægtede beslutning har modtaget tilkendegivelser fra fire andre medlemsstaters regeringer, en erhvervsorga-

15 — Jfr. herved den nævnte dom af 14. november 1984 i sag 323/82, præmis 39, og af 13. marts 1985 i de forenede sager 296 og 318/82, præmis 26.

nisation og to andre virksomheder inden for den pågældende sektor, hvorefter disse skulle have erklæret, »at de delte Kommissionens betænkeligheder med hensyn til... støtte[n]«, og hvori disse skal have understreget, at de gentagne støtteforanstaltninger ville kunne medføre alvorlig konkurrencefordrejning.

Hverken indholdet af disse erklæringer eller de pågældendes identitet er på noget tidspunkt blevet meddelt sagsøgeren. Sagsøgeren har derfor ikke effektivt kunnet forberede sit forsvar. Endelig er det ulogisk, at sagsøgeren i sin egenskab af medlemsstat modtager færre oplysninger om de indvendinger, der er rejst mod den anfægtede deltagelse, end en tredjestat, som der gennemføres antisubventionsprodure imod i henhold til forordning nr. 2176/84 [16]. Det er i forbindelse med denne procedure bestemt, at de berørte parter og særligt repræsentanterne for eksportlandet kan få kendskab til alle de oplysninger, som de parter, der er berørt af en undersøgelse, har stillet til rådighed for Kommissionen, ligesom de har ret til at blive underrettet om de vigtigste kendsgerninger og betragtninger, som fællesskabsmyndighederne henholder sig til.

Sagsøgte er af den opfattelse, at det forhold, at der gives de berørte en frist til at ytre sig, alene har det formål, at man kan indsamle alle de data, som man behøver for at vurdere foreneligheden af støtten med Fællesmarkedet. Der foreligger således i forbindelse med støtte ikke nogen kontradiktorisk sagsbehandling, som kan sammenlignes med den, der gælder inden for konkurrencereglerne for virksomhederne (EØF-traktatens artikel 85 ff.).

16 — Rådets forordning nr. 2176/84 af 23. juli 1984 om beskyttelse mod dumpingimport eller subsidieret import fra lande, der ikke er medlemmer af Det europæiske økonomiske Fællesskab, EFT 1984 L 201, s. 1.

Videre anføres, at Kommissionen på grund af sin forpligtelse til at udvise tjenstlig tavshed i henhold til EØF-traktatens artikel 214 heller ikke var berettiget til at videregive de udtalelser, de berørte har afgivet, idet disse kunne indeholde rent interne og til dels fortrolige oplysninger vedrørende de berørte virksomheder. Dersom Kommissionen ikke på dette område udøvede en vis tilbageholdenhed, kunne dette få tredjemænd til at afstå fra at meddele bestemte oplysninger, hvorved Kommissionen ikke ville kunne opfylde sine opgaver i henhold til reglerne.

Sammenligningen med antidumpingproceduren beviser endelig kun, at det kræves, at fællesskabslovgiveren måtte gennemføre regler herom, for at man kan påberåbe sig en ordning som den, der kræves iagttaget af sagsøgeren.

Efter *intervenientens* opfattelse hjemler EØF-traktaten ikke nogen udtrykkelig pligt for Kommissionen til at meddele den berørte medlemsstat de udtalelser, der er fremsat fra anden side. Det kan af billighedsgrunde være nødvendig at antage, at der foreligger en sådan forpligtelse. Et endeligt svar på dette spørgsmål er ikke mulig, idet det afhænger af det konkrete tilfælde. Kommissionen er ikke forpligtet til at give meddelelse om udtalelser, der er fremsat fra anden side, dersom disse ikke drejer sig om spørgsmål, der ikke allerede er blevet behandlet i de udtalelser, der er afgivet af den medlemsstat, der har anmeldt statsstøtten. Ligeledes kan Kommissionen af hensyn til forretningshemmeligheden se sig ude af stand til at videregive bestemte oplysninger. Når der imidlertid undtagelsesvis i meddelelserne fra de øvrige berørte foreligger nye kendsgerninger, der kan påvirke Kommissionens beslutning, er det det rigtigste, at Kommissionen på ny giver den berørte medlemsstat lejlighed til at tage stilling forud for gennemførelsen af den definitive beslutning, anfører intervenienten.

b) Principielt må jeg give sagsøgeren medhold i, at den berørte skal høres vedrørende de punkter, som en beslutning støtter sig på, førend en forvaltningsbeslutning gennemføres. Dette har Domstolen udtrykkeligt anerkendt blandt andet i sine domme af 13. februar 1979 i sag 85/76 [17]og i dommen af 20. marts 1985 i sag 264/82 [18].

Af dette resultat følger det imidlertid ikke, at den pågældende medlemsstat i alle tilfælde har ret til indsigt i de udtalelser, der er afgivet over for sagsøgte. Det kan nemlig i henhold til det i EØF-traktatens artikel 214 indeholdte princip om tjenstlig tavshed være sagsøgte forbudt at videregive bestemte meddelelser, dersom de er fortrolige [19]. Dette har i så fald alene den virkning, at Kommissionen under forvaltningssagen ikke kan støtte sig på disse meddelelser, idet disse i så fald — i det omfang, hvor de ikke meddeles den berørte — ikke kan påberåbes som begrundelse for Kommissionens beslutning [20].

Sagsøgtes anbringende, hvorefter der ikke kan bestå nogen ret til aktindsigt, når retten til aktindsigt i forbindelse med støtteproceduren ikke har udtrykkelig hjemmel, kan givetvis ikke formuleres så bredt, idet retten til indsigt i de forhold, der anføres imod nogen, allerede følger af princippet om kontradiktion. Sagsøgeren har under den mundtlige forhandling henvist til, at man er blevet dårligere behandlet end en tredjestat i henhold til reglerne i forordning nr. 2176/84 (*antidumping-* hhv. antisubventionsforordningen). Man kan derfor rejse spørgsmålet om analog anvendelse af denne forordning.

Resultatet er imidlertid efter min opfattelse ikke afhængig af en definitiv løsning af dette problem, og jeg skal end ikke henholde mig til, at sagsøgeren ifølge sit eget indlæg under den mundtlige forhandling aldrig af Kommissionen har forlangt indsigt i de pågældende dokumenter. Kommissionens beslutning tager nemlig kun hensyn til de bemærkninger, der er fremsat af de andre parter under proceduren, i det omfang, hvor den meddeler, at disse delte Kommissionens betænkeligheder med hensyn til den af sagsøgeren tillagte støtte, og at nogle af dem havde understreget den alvorlige konkurrencefordrejning, som støtten ville medføre.

I forbindelse med den omstændighed, at nogle af de berørte delte Kommissionens betænkeligheder, foreligger der givetvis intet forhold, som sagsøgeren skulle have været hørt om. Derimod foreligger der en vurdering af kendsgerninger, der givetvis var sagsøgeren bekendt. Det samme gælder oplysningen om, at nogle af de berørte havde fremhævet den alvorlige konkurrencefordrejning, som de gentagne støtteforanstaltninger ville medføre.

Også denne konkurrencefordrejning har Kommissionen dokumenteret ved henvisning til kendsgerninger, som den havde kunnet fastslå også uden meddelelser herom fra de berørtes side.

Den anfægtede beslutning hviler således ikke på de udtalelser, som de nævnte øvrige involverede har afgivet over for sagsøgte.

Dersom disse oplysninger overhovedet kan have haft nogen betydning, da kun således, at de har bestyrket Kommissionen med hensyn til den retlige vurdering af sagsøgerens adfærd. Det ses dog ikke, at sagsøgeren er blevet afskåret fra at varetage sine

17 — Dom af 13. februar 1979 i sag 86/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG mod Kommissionen, Sml. 1979, s. 461, særligt s. 510 ff. (vedrørende konkurrenceproceduren).

18 — Dom af 20. marts 1985 i sag 264/82, Timex Corporation mod Rådet og Kommissionen, Sml. 1985, s. 849 (vedrørende antidumpingsproceduren).

19 — Jfr. herved mit forslag til afgørelse af 22. januar 1986 i sag 53/85, AKZO Chemie mod Kommissionen, Sml. 1986, s. 1965.

20 — Jfr. dommen af 13. februar 1979 i sag 85/76, ovenfor anført, særligt s. 512 f. (præmis 14).

interesser gennem det forhold, at sagsøgeren ikke har fået tilstillet de nævnte udtalelser, idet sagsøgeren i fuldt omfang var bekendt med de kendsgerninger, som sagsøgtes beslutning hviler på: den berørte virksomheds eksportvirksomhed, udviklingen i virksomhedens tab og udligningen af dem fra de statslige myndigheders side.

C — Herefter foreslår jeg Domstolen, at sagsøgte frifindes, og at sagsøgeren idømmes sagens omkostninger. Det er ikke nødvendigt at træffe afgørelse om intervenientens omkostninger, idet intervenienten ikke har nedlagt nogen påstand herom.