FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT G. REISCHL FREMSAT DEN 4. MAJ 1982 [1]

Høje Domstol.

De forenede sager, som jeg skal behandle i nærværende forslag til afgørelse, vedrører gyldigheden af Kommissionens direktiv af 25. juni 1980 80/723/EØF om gennemskueligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder (EFT L 195 af 29. 7. 1980, s. 35). Direktivet er udstedt i henhold til traktaten om oprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab, navnlig artikel 90, stk. 3, og har, sagt i korthed, følgende indhold:

Artikel 1 bestemmer, at der skal skabes gennemskuelighed på en sådan måde, at det klart fremgår, hvilke offentlige midler de offentlige myndigheder direkte eller indirekte, gennem offentlige virksomheder eller penge- og finansieringsinstitutter, stiller til rådighed for offentlige virksomheder, samt hvorledes sådanne offentlige midler faktisk anvendes. Ifølge *artikel 3* skal der navnlig sikres gennemskuelighed med hensyn til følgende sider af de økonomiske forbindelser: udligning af driftstab, kapitaltilførsel, indskud, som ikke skal tilbagebetales, eller lån på fordelagtige vilkår, indrømmelse af økonomiske fordele i form af afkald på overskud eller undladelser af at inddrive fordringer, afkald på normal forrentning af indskudte offentlige midler samt kompensation for byrder pålagt af de offentlige myndigheder. Efter *artikel 5* skal medlemsstaterne i fem år holde oplysningerne om de nævnte økonomiske forbindelser til rådighed for Kommissionen og på begæring meddele denne oplysningerne. »Offentlige myndigheder« omfatter ifølge direktivet såvel staten som andre territoriale, lokale organer, jfr. *artikel 2*. Ved en »offentlig virksomhed« forstås enhver virksomhed, på hvilke de offentlige myndigheder direkte eller indirekte kan have en dominerende indflydelse som følge af ejerforhold, kapitalindskud eller de regler, der i øvrigt gælder for virksomheden. Der antages efter direktivet at foreligge en dominerende indflydelse, når de offentlige myndigheder direkte eller indirekte i relation til en virksomhed enten ejer over halvdelen af den tegnede kapital eller råder over flertallet af de stemmer, som er knyttet til de af virksomheden udstedte andele, eller når de kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i virksomhedens bestyrelse, direktion eller tilsynsråd. Undtaget fra direktivets anvendelsesområde er ifølge *artikel 4* for det første mindre virksomheder og tjenesteydende virksomheder, som ikke vil kunne få mærkbar indflydelse på samhandelen mellem medlemsstaterne, og for det andet offentlige kreditinstitutioner, herunder de virksomheder inden for kernekraftsektoren, som producerer og beriger uran, oparbejder bestrålet brændsel og fremstiller plutonholdige materialer, samt virksomheder inden for post-, telekommunikations- og transportvæsenet. Direktivet skulle ifølge artikel 8 være omsat til national ret inden den 31. december 1981.

Før udløbet af denne frist anlagde regeringerne for Den franske Republik, Den

1 — Oversat fra tysk.

italienske Republik og Det forenede Kongerige imidlertid sag mod Kommissionen i medfør af EØF-traktatens artikel 173, med påstand om annullation af direktivet. Stævningerne er indleveret henholdsvis den 16., 18. og 19. september 1980. Regeringen for Den franske Republik er ikke blot sagsøger, men er endvidere indtrådt som intervenient til støtte for de af Den italienske Republik og Det forenede Kongerige nedlagte påstande, mens Forbundsrepublikken Tyskland og kongeriget Nederlandene er indtrådt som intervenienter til støtte for Kommissionens frifindelsespåstand.

Jeg skal nedenfor tage stilling til søgsmålene, der støttes på inkompetence, overtrædelse af væsentlige formforskrifter, overtrædelse af traktaten og magtfordrejning.

1. De sagsøgende regeringers første og væsentligste anbringende er, at *Kommissionen ikke havde den fornødne kompetence* til at udstede et direktiv med det nævnte indhold. De tre regeringer gør stort set alle gældende, at EØF-traktatens artikel 90, stk. 3, alene giver Kommissionen beføjelse til som »traktatens vogter« at træffe konkrete foranstaltninger over for bestemte medlemsstater, men ikke nogen generel retsanordnende beføjelse til at pålægge medlemsstaterne forpligtelser, som ikke i forvejen fremgår af traktaten. I øvrigt anfører de, at der er en så snæver forbindelse mellem direktivets indhold og anvendelsesområdet for EØF-traktatens artikler 92 og 93, at alene Rådet i henhold til traktatens artikel 94 kan udstede generelle retsakter på området. Skulle informationsbehovet hos Kommissionen imidlertid gå videre end statsstøttebestemmelserne giver grundlag for, ville den fornødne hjemmel efter de sagsøgende regeringers opfattelse have kunnet findes i EØF-traktatens artikel 213, som imidlertid ligeledes forudsætter Rådets medvirken.

For at kunne vurdere det første argument vedrørende det formelle spørgsmål, hvor langt Kommissionens retsanordnende beføjelse efter *artikel 90, stk. 3,* rækker, er det nødvendigt først at se på bestemmelsens ordlyd:

»Kommissionen påser, at bestemmelserne i denne artikel bringes i anvendelse, og meddeler, såfremt det er påkrævet, Medlemsstaterne passende direktiver eller beslutninger.«

Det fremgår klart, at traktatforfatterne, under iagttagelse af kompetencefordelingsprincippet i EØF-traktatens artikel 4, med denne formulering af bestemmelsen har villet give udtryk for, for det første at *Kommissionen er enekompetent til* at drage omsorg for anvendelsen af denne opgave, hvortil den har en *direkte af traktaten udledt beføjelse* (originær beføjelse), kan udstede de i artikel 90 nævnte retsakter til medlemsstaterne. Artikel 90 er altså en lex specialis i forhold til EØF-traktatens artikel 155, som bl.a. pålægger Kommissionen at drage omsorg for gennemførelsen af traktaten og ifølge hvilken Kommissionen har en selvstændig kompetence på de i traktaten nævnte betingelser til at træffe beslutninger, der som bekendt her *ikke* skal opfattes som beslutninger i teknisk betydning. Yderligere eksempler på Kommissionens enekompetence til at udstede retsakter, findes i øvrigt for så vidt angår *gennemførelsen* af konkurrencereglerne i EØF-traktatens artikler 80, 89 og 93.

Derimod har Rådet som af de sagsøgende regeringer med rette fremhævet, hvilket ligeledes kan godtgøres med konkurrencereglernes eksempel — jeg skal herved henvise til EØF-traktatens artikler 87 og 94 — i almindelighed kompetence til at udstede *gennemførelsesbestemmelser* for at supplere og konkret udmønte traktatens bestemmelser.

I modsætning til hvad navnlig den britiske og den italienske regering har gjort gældende, kan der imidlertid ikke af sondringen mellem de retsakter, som skal sikre traktatbestemmelsernes anvendelse, og de retsakter, der udstedes til deres gennemførelse, udledes, at Kommissionen ikke, for at udføre sin overvågningsopgave, skulle kunne udstede generelle retsforskrifter, men kun kan træffe foranstaltninger i enkelttilfælde.

Selv om dette nok er hovedreglen, sådan som det fremgår af de ovennævnte eksempler, kan det dog allerede på grundlag af ordlyden i artikel 90, stk. 3, udledes, at Kommissionen ved varetagelsen af sine opgaver kan vælge mellem enten at udstede et direktiv eller træffe en beslutning. Der kan her navnlig ikke gives den britiske regering medhold i den sondring, som den vil anlægge, mellem direktiver med et generelt, lovgivningsmæssigt indhold og specielle, administrative direktiver, og derfor kan der heller ikke gives regeringen medhold i den opfattelse, at Kommissionen ifølge artikel 90 kun har en beføjelse til at udstede retsakter af den sidstnævnte art.

En sådan sondring kan ej heller, i modsætning til den britiske regerings forståelse, støttes på traktatens terminologi, nemlig den omstændighed, at traktaten nogen steder anvender udtrykket »udsteder« og andre steder udtrykket »retter til«. Herimod taler allerede traktatens artikel 189, stk. 1, hvori det hedder, at »Rådet og Kommissionen ... [udsteder] forordninger og direktiver, [vedtager] beslutninger ...«. Som det fremgår af artikel 189, stk. 3, skal udtrykket »rettes til« blot vise, at kun medlemsstaterne kan være adressater for et direktiv. De kompetente institutioner kan her vælge mellem at udstede »individuelle« direktiver, rettet til bestemte medlemsstater, eller »generelle« direktiver, rettet til alle medlemsstaterne. Herom findes ikke længere nogen begrundet tvivl. Når det derfor som en logisk konsekvens heraf, bestemmes i EØF-traktatens artikel 97, stk. 3, der handler om overtrædelser af visse fiskale bestemmelser, at Kommissionen meddeler den pågældende stat passende direktiver eller beslutninger, kan det ikke, sådan som den britiske regering har gjort gældende, af denne bestemmelses ordlyd udledes, at udtrykket meddeler skulle være forbeholdt tilfælde, hvor der udstedes et »individuelt« direktiv.

Kommissionens beføjelse til at udstede direktiver med et generelt indhold, som er lige bindende for alle medlemsstaterne, er ej heller, som den britiske regering har anført, i modstrid med den gældende *magtfordrejning* mellem Rådet og Kommissionen ifølge traktaten. Helt bortset fra, at Montesquieu's magtfordelingslære kun er ufuldkomment gennemført inden for Fællesskaberne, kan man ikke sige, at Kommissionen alene har udøvende og Rådet kun lovgivende magt. Selv om det er hovedreglen, findes der andre end den foreliggende bestemmelse i traktaten, som giver Kommissionen en originær beføjelse til at udstede direktiver — det gælder f.eks. artikel 13, stk. 2, artikel 33, stk. 7, og

artikel 97, stk. 2 — og i medfør af artikel 48, stk. 3, litra d), har Kommissionen endog kompetence til at udstede gennemførelsesforordninger. Selv om det med den britiske regering lægges til grund, at der her for det meste er tale om tidsmæssigt begrænsede beføjelser, som har karakter af overgangsforanstaltninger og dermed er undtagelser fra grundsætningen om, at lovgivningsfunktionen ligger hos Rådet, må *bestemmelsen i EØF-traktatens artikel 90, stk. 3, i hvert fald anses for en sådan udtrykkelig undtagelse, hvis gyldighed ikke er tidsmæssigt begrænset.*

Det »balance of power«-princip, som ligger til grund for traktaten, respekteres også i og med, at Kommissionens kompetence til at udstede generelle retsakter er begrænset til at »bringe [bestemmelserne i artiklen] i anvendelse«. Hermed sikres det, at Kommissionen ved indførelsen af sine overvågningsopgaver kun kan udstede retsakter, der har enten teknisk karakter eller karakter af gennemførelsesbestemmelser. Dette må i øvrigt også være baggrunden for, at traktatens forfattere ved tildelingen af den nævnte beføjelse til at udstede generelle retsforskrifter, som adskiller sig fra den kompetence til at udstede gennemførelsesbestemmelser til de pågældende artikler i traktaten, der som hovedregel tilkommer Rådet, ikke foreskrev opfyldelse af de processuelle garantier, som traktaten ellers normalt stiller krav om, såsom den selvstændige initiativret, og kravet om indhentning af udtalelse fra Parlamentet eller fra Det økonomiske og sociale Udvalg.

Da Kommissionen altså har en *originær beføjelse* til at udstede sådanne direktiver og ikke herved er forpligtet til at indhente samtykke fra de nævnte institutioner eller fra medlemsstaterne, kan det følgelig ej heller formelt set bebrejdes Kommissionen, at den ikke under forberedelserne forud for direktivets vedtagelse tog hensyn til de betænkeligheder over for direktivet, som var kommet til udtryk fra visse medlemsstater.

2. *Vedrørende de indholdsmæssige krav, som kan stilles til et i medfør af EØF-traktatens artikel 90, stk. 3, udstedt direktiv,* har sagsøgerne endvidere gjort gældende, at Kommissionen i medfør af denne bestemmelse alene er kompetent til at træffe konkrete forholdsregler over en medlemsstats konkrete handlinger, men ikke kan træffe abstrakte foranstaltninger i forebyggende øjemed.

Også dette anbringende må tilbagevises, og det følger af selve ordlyden i traktatens artikel 90. Det hedder i stykke 3, at Kommissionen skal påse, »at bestemmelserne i denne artikel bringes i anvendelse«. EØF-traktatens artikel 90, stk. 1, den bestemmelse, som har relevans for det foreliggende tilfælde, og som Kommissionen skal påse anvendelsen af, lyder imidlertid således:

»Medlemsstaterne afstår, for så vidt angår offentlige virksomheder ... fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med denne Traktats bestemmelser, navnlig de i artiklerne 7 og 85-94 nævnte.«

Det er altså for det første Kommissionens opgave at påse, at medlemsstaterne ikke i forhold til de nævnte virksomheder opretholder traktatstridige foranstaltninger, hvilket betyder, at Kommissionen skal drage omsorg for, at allerede bestående foranstaltninger af denne art ophæves. For det andet skal den påse, at medlemsstaterne ikke i fremtiden griber til sådanne foranstaltninger. Som følge heraf er Kommissionens

opgave efter artikel 90, stk. 3, *ikke blot at bekæmpe sådanne foranstaltninger, men også at træffe forholdsregler for at hindre fremtidige traktatbrud.*

Endelig må det imidlertid i denne forbindelse tillægges betydning — som Kommissionen med rette har gjort — at et initiativ fra Kommissionen i medfør af traktatens artikel 90, stk. 3, i modsætning til, hvad der f.eks. gælder efter artiklerne 89, 93, stk. 2, og 97, stk. 2, hvor et traktatbrud netop forudsættes, udtrykkeligt ikke er betinget af, at der foreligger en overtrædelse af bestemte traktatbestemmelser. Da der altså efter de sidstnævnte bestemmelser skal foreligge et traktatbrud fra en medlemsstats side, før Kommissionen kan skride til handling, indeholder bestemmelserne i første række hjemmel til at træffe beslutninger, det vil sige vedtage individuelle retsakter. Ifølge artikel 97, stk. 2, kan der ganske vist også udstedes passende direktiver eller beslutninger, men det hedder udtrykkeligt i bestemmelsen, at disse retsakter skal rettes til »den pågældende stat«. Artikel 90, stk. 3, giver derimod Kommissionen mulighed for at vælge mellem et direktiv eller en beslutning, som helt generelt rettes til »Medlemsstaterne«, hvorved den mulighed tages i betragtning, at der i foreliggende øjemed kan udstedes *foranstaltninger med et generelt, abstrakt indhold.*

Mod den opfattelse, at Kommissionen alene skulle have kompetence til at træffe konkrete forholdsregler i enkelttilfælde, taler endvidere den omstændighed, at EØF-traktatens artikel 90, stk. 3, ikke skal træde i stedet for den fremgangsmåde, som er foreskrevet i traktatens artikel 169 i tilfælde af traktatbrud, men at det tværtimod er formålet med bestemmelsen, via udstedelsen af klare adfærdsregler, at undgå en traktatbrudssag i henhold til artikel 169. Der må derfor også gives Kommissionen medhold i, at udstedelsen af direktiver i medfør af EØF-traktatens artikel 90, stk. 3, må betragtes som en mildere foranstaltning, sammenlignet med de forpligtelser, der påhviler Kommissionen i henhold til EØF-traktatens artikel 169.

En sammenligning mellem EØF-traktatens artikel 90, stk. 3, og traktatens artikel 169 viser dermed også, at der bør sondres mellem de foranstaltninger, det påhviler Kommissionen at træffe ved konstatering af et traktatbrud, og de foranstaltninger, som den er pligtig at iværksætte for at undgå et traktatbrud. Skal dette sidstnævnte formål opfyldes, tilsiger en fornuftig fortolkning af artikel 90, at Kommissionen i hvert fald også må have beføjelse til at træffe sådanne *foranstaltninger, »som er nødvendige, for at Kommissionen effektivt kan udføre sine opgaver«,* således som Domstolen også tidligere har fastslået i sin kendelse i Camera Care-sagen [1], der drejede sig om et lignende problem.

3. I det følgende skal det nærmere indhold af *Kommissionens forpligtelse* efter EØF-traktatens artikel 90, stk. 3, *til bl.a. at påse anvendelsen af artikel 90, stk. 1, derfor nærmere undersøges.* Til det formål er det nødvendigt at foretage en nærmere analyse af artikel 90, stk. 1's, *indhold* og *anvendelsesområde,* set på baggrund af bestemmelsens placering i traktaten som helhed.

Artikel 90, stk. 1, indeholder reglerne om de offentlige virksomheders retsstilling og dermed også om de offentlige myndigheders økonomiske virksomhed inden for det fælles marked. Som det erkendes af alle, der har afgivet indlæg i sagen, er det ikke muligt at vurdere

1 — Kendelse af 17. januar 1980 i sagen 792/79 R, Camera Care Ltd mod Kommissionen, Sml. 1980, s. 119, på s. 131 (pr. 18).

denne bestemmelses rette funktion, medmindre det sker på baggrund af traktatens artikel 222, hvorefter traktaten ikke berører medlemsstaternes ejendomsretlige ordninger. Der findes i medlemsstaterne forskellige opfattelser af, hvilken rolle det offentliges virksomhed skal spille i samfundsøkonomien, og det står dem ifølge artikel 222 principielt frit for at træffe bestemmelse om antallet af offentlige virksomheder og deres nærmere organisation. På den anden side er denne frihed undergivet den begrænsning, at den ikke må benyttes således, at der opstår fare for selve traktatens grundlag, dvs. navnlig princippet om de frie varebevægelser og princippet om, at konkurrencevilkårene ikke må fordrejes. Det betyder imidlertid, at *alle traktatens bestemmelser* principielt *skal anvendes på samme måde over for alle virksomheder i medlemsstaterne, såvel private som offentlige,* og at de offentlige virksomheder i de enkelte medlemsstater dermed ej heller må tildeles nogen form for præferencestilling.

En sådan forpligtelse for medlemsstaterne til at behandle private og offentlige virksomheder lige følger allerede af EØF-traktatens artikel 5, sådan som især forbundsregeringen med rette har anført. Når denne forpligtelse udtrykkeligt gentages i EØF-traktatens artikel 90, stk. 1, der — som Domstolen også har antydet det i INNO-sagen [1] — må betragtes som en lex specialis i forhold til EØF-traktatens artikel 5, ville man hermed udtrykke, at forholdet mellem de offentlige myndigheder og de offentlige virksomheder der har en særlig karakter, som i flere henseender adskiller sig fra det bestående forhold mellem staten og de private virksomheder. Det må således erkendes, at indehaverne af den offentlige myndighed har andre muligheder for indflydelse på de offentlige virksomheder end på de private, og at der som følge af disse særlige magtforhold navnlig *er fare for, at de offentlige virksomheder begunstiges i konkurrencen i forhold til de private virksomheder.* Det må ikke mindst antages at have været grunden til, at bestemmelsen i artikel 90, hvad angår dens systematiske placering i traktaten, for det første er optaget i det kapitel i traktaten, som vedrører de fælles regler for Fællesskabets politik på konkurrenceområdet, og for det andet, at der i selve bestemmelsen ikke blot er henvist til traktatens øvrige bestemmelser, men navnlig udtrykkeligt er henvist til konkurrencereglerne, hvortil også bestemmelserne i EØF-traktatens artikler 92-94 må henregnes.

Heraf følger imidlertid, at bestemmelserne om statsstøtte principielt skal anvendes på samme måde på offentlige og private virksomheder, således som Domstolen fastslog det allerede i Steinike und Weinlig-sagen [2]. EØF-traktatens artikel 92 bestemmer, hvilken form for støtte der er forenelig eller kan betragtes som forenelig med det fælles marked. Ifølge EØF-traktatens artikel 93, stk. 1, påhviler det Kommissionen at føre kontrol med de bestående støtteordninger og ifølge stk. 3 at udøve kontrol med de påtænkte støtteordninger i forebyggende øjemed. Artikel 93, stk. 2, indeholder bl.a. nærmere regler om, hvilken fremgangsmåde Kommissionen skal følge i forbindelse hermed. Endelig tillægger EØF-traktatens artikel 94 Rådet kompetence til at »udstede fornødne forordninger med henblik på

1 — Dom af 16. november 1977 i sag 13/77, GB-INNO-BM mod Vereniging van de Kleinhandelaars in Tabak (ATAB), Sml. 1977, s. 2115.

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

anvendelsen af artiklerne 92 og 93, og især fastlægge betingelserne for anvendelsen af artikel 93, stk. 3, og de former for støtte, som skal være undtaget fra denne fremgangsmåde«.

Når EØF-traktatens artikel 90, stk. 3, herefter tillægger Kommissionen en særlig kompetence til at udstede generelle retsforskrifter, må dette, såfremt bestemmelsen overhovedet skal have mening, betyde, at *Kommissionen*, på grund af den særlige karakter, som statsstøtten til offentlige virksomheder indtager, *må være tillagt en beføjelse, som går ud over dens kompetence i medfør af artikel 93, og som ikke falder sammen med den kompetence, der ved EØF-traktatens artikel 94 er henlagt til Rådet.* Heraf følger, at det om nødvendigt påhviler Kommissionen at udmønte det konkrete indhold af medlemsstaternes særlige forpligtelser vedrørende statsstøtte i henhold til EØF-traktatens artikel 90, stk. 1, med henblik på de særlige forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder. Som Kommissionen med rette har fremhævet, er traktatens artikel 90 altså komplementær og subsidiær i forhold til traktatens artikel 92 ff.

Vurderer man Kommissionens spillerum i medfør af EØF-traktatens artikel 90, stk. 3, må man endvidere tage hensyn til, at der ikke blot ved artikel 90 gøres indskrænkninger i artikel 222, men også at bestemmelsen i artikel 222 på sin side sætter sine grænser for Kommissionens mulighed efter artikel 90 for at øve indflydelse på de offentlige virksomheders indre struktur, idet spillerummet for det offentliges økonomiske virksomhed ikke må indsnævres ud over, hvad der er fastsat i traktaten.

En så snæver afgrænsning af Kommissionens beføjelse efter artikel 90, stk. 3, er i sig selv en garanti for, at Kommissionen ikke efter traktaten kan gøre krav på generelt at være beføjet til at tildele de offentlige virksomheder en særstilling, sådan som de sagsøgende regeringer frygter. Kommissionen kan for det første kun træffe foranstaltninger, når der ikke er tilstrækkelig hjemmel i de øvrige traktatbestemmelser, og det er nødvendigt for at sikre, at medlemsstaterne eller andre indehavere af offentlig myndighed ikke udnytter deres særlige stilling i forhold til de offentlige virksomheder til at foranledige, at de foretager traktatstridige handlinger. For det andet kan den kun træffe sådanne foranstaltninger, når det sikres, at de offentlige virksomheders økonomiske aktiviteter ikke derigennem begrænses ud over, hvad der er fastsat i traktaten.

4. Det skal herefter undersøges, *om der findes andre særlige bestemmelser i traktaten, som udelukker, at Kommissionen kunne udstede et direktiv af den foreliggende art.* Alle de sagsøgende regeringer har her i det væsentlige påberåbt sig, at det efter EØF-traktatens artikel 94, på grund af den snævre forbindelse mellem direktivets indhold og bestemmelserne om statsstøtte kun er Rådet, der har fornøden kompetence til at udstede et direktiv af den foreliggende art. Både Kommissionen og forbundsregeringen er af den opfattelse, at direktivets indhold ikke er omfattet af anvendelsesområdet for EØF-traktatens artikler 92 og 93. Rådet har derfor ikke kompetence til at udstede et direktiv af denne art, da dets kompetence efter artikel 94 er begrænset

til det i denne artikel fastsatte. Også den nederlandske regering mener, at Kommissionen har den fornødne kompetence, uanset om Rådet i givet fald ville have kunnet udstede forskrifter i medfør af traktatens artikel 94.

Det må i denne tvist medgives de sagsøgende regeringer, at spørgsmålene om, hvornår en støtte er eller kan være forenelig med traktaten, under hvilken form for undersøgelse Kommissionen kan foretage en kontrol hermed, og efter hvilke betingelser Rådet kan betegne en støtte som forenelig med det fælles marked, alle må besvares på grundlag af traktatens artikler 92 og 93. De nævnte bestemmelser siger imidlertid intet om, *hvorledes Kommissionen, med henblik på udførelsen af sine opgaver, skal skaffe sig oplysninger om, hvorvidt en stat faktisk yder en sådan støtte eller der i øvrigt består økonomiske forbindelser,* som vil kunne sidestilles med støtte. Formålet med det foreliggende direktiv er imidlertid netop at skabe det nødvendige grundlag herfor, for at Kommissionen kan få kendskab til de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder. Man kan imidlertid ikke efter min opfattelse afvise, at der er en sammenhæng mellem direktivet og bestemmelserne om statsstøtte, eftersom direktivet udelukkende har til formål at afdække de økonomiske forbindelser, så Kommissionen kan udføre sine opgaver i henhold til traktatens artikel 93. Dette kommer til udtryk i direktivets tredje og femte betragtning, hvori det hedder, at »Kommissionen [skal] påse, at medlemsstaterne hverken til offentlige eller private virksomheder yder støtte, som er uforenelig med fællesmarkedet«, og at »EØF-traktatens regler om støtte kun [kan] anvendes effektivt og retfærdigt på offentlige og private virksomheder, såfremt disses økonomiske forbindelse gøres gennemskuelige«. Begrundelsen for, at direktivets anvendelsesområde alene dækker de offentlige virksomheder, fremgår af direktivets fjerde og sjette betragtning: »de økonomiske forbindelser mellem de offentlige virksomheders vedkommende [bør ydermere] give mulighed for klart at sondre mellem statens rolle som offentlig myndighed og som ejer«.

Det er baggrunden for, at direktivets artikel 5 pålægger medlemsstaterne at være i besiddelse af og holde oplysninger til rådighed om de i artikel 1 nævnte økonomiske forbindelser over en periode på fem år, samt på begæring at give Kommissionen meddelelse om disse oplysninger, således at Kommissionen har mulighed for under den administrative undersøgelse i henhold til traktatens artikler 92 og 93 at danne sig en opfattelse af, hvorvidt der foreligger en med fællesmarkedet forenelig støtte eller ej. Det er derfor klart, at direktivet ikke, som navnlig den italienske regering befrygter, indskrænker de processuelle garantier i henhold til traktatens artikel 93. Dette bekræftes i øvrigt udtrykkeligt af direktivets 13. betragtning, hvori det hedder: »dette direktiv indskrænker ikke rækkevidden af EØF-traktatens øvrige bestemmelser, særlig artikel 90, stk. 2, artikel 93 og 223«.

Af den opremsning af de økonomiske forbindelser, som ifølge direktivet skal være oplyst, kan desuden klart ej heller udledes uden videre, at de nævnte

økonomiske forbindelser skulle udgøre statsstøtte efter traktatens artikel 92, eftersom de pågældende oplysninger nødvendigvis må være mere omfattende end statsstøtten. Det må derfor fastholdes — i overensstemmelse med, hvad Kommissionen og de intervenienter, som er indtrådt til støtte for dens påstande, har gjort gældende — *at direktivet hverken indeholder en definition af begrebet statsstøtte eller griber ind i Kommissionens kontrolundersøgelser af støtten, ligesom direktivet ej heller indeholder regler om undersøgelsernes forløb.* Kompetencen til at udstede supplerende forskrifter til disse bestemmelser måtte i givet fald — det må erkendes — ligge hos Rådet efter traktatens artikel 94.

Sidstnævnte artikel giver ganske vist Rådet kompetence til at udstede gennemførelsesforordninger til artiklerne 92 og 93, men fastslår på den anden side ikke, som Kommissionen så træffende har bemærket, at kun Rådet kan regulere de spørgsmål i forbindelse med statsstøtte, som går ud over anvendelsesområdet for artiklerne 92 og 93. Hvis det var tilfældet, ville — som jeg allerede overfor har antydet — reglerne i traktatens artikel 90 om statsstøtte være meningsløs. Den omstændighed, at artikel 90, stk. 3, henviser til artiklen som helhed, og at artiklerne 92-94 udtrykkeligt er nævnt i artikel 90, stk. 1, viser imidlertid netop, at spørgsmål om støtte til offentlige virksomheder, som går ud over anvendelsesområdet for traktatens artikler 92 ff., kan løses af Kommissionen inden for rammerne af dennes skønsmæssige beføjelse, som jeg har beskrevet den ovenfor.

Det foreliggende direktiv drejer sig imidlertid ikke, som det fremgår af direktivets eget indhold, om statsstøtte, men om det særlige problem ved, at den støtte, som medlemsstaterne yder de offentlige virksomheder, kan antage forskellige former, navnlig på grund af det offentliges ejendomsret, hvorved det bliver vanskeligt for Kommissionen at gennemskue den. Væsentligt er navnlig, at tilskuddene til de offentlige virksomheder direkte eller indirekte udbetales via statsbudgettet og ikke, som det er tilfældet ved et privat foretagende, indskydes i foretagendet af selskabsdeltagernes private formue, hvortil kommer, at den private virksomhed i alle henseender er undergivet den til enhver tid bestående erhvervsrisiko. Af den grund kan man heller ikke afvise den fare som følge af, at der ikke altid ved anvendelsen af de offentlige midler tages hensyn til de forretningsmæssige overvejelser, som et privat foretagende normalt gør sig. Selv om der også inden for private koncerner måtte finde økonomiske transaktioner sted, som vil kunne betegnes som støtte — sådan som den franske regering har indvendt — kan det dog ikke bestrides, at der allerede i kraft af den naturlige stræben efter gevinst og på grund af de private ressourcers begrænsede karakter såvel i tid som i omfang, er sat snævrere grænser for en sådan økonomisk støtte, end det er tilfældet ved de statslige tilskud. Hertil kommer, at det ved de offentlige virksomheder ofte er særlig vanskeligt at skelne mellem de handlinger, der har et egentligt erhvervsøkonomisk sigte og de foranstaltninger, der falder ind under traktatens artikel 92. Dette gælder navnlig, når ejerinvesteringer, kapitalforhøjelser eller tabsudligning skal holdes ude fra en økonomisk eller socialpolitisk begrundet statsstøtte. Ikke mindst kan der, på grund af den snævre forbindelse mellem de offentlige myndigheder og de offentlige virksomheder, ydes tilskud

eller andre fordele, som må betragtes som støtte, under sådanne former, at de er vanskelige, ja umulige for udenforstående at gennemskue.

Jeg kan derfor heller ikke på dette punkt være enig med den franske og den italienske regering. De henviser til, at der i Frankrig og Italien går en retlig skillelinje mellem offentlige og private virksomheder på den ene side og staten på den anden side og på den baggrund har de anført, at statens økonomiske mellemværende med de offentlige virksomheder til enhver tid vil kunne aflæses af finanslove, status, årsregnskab eller andre offentliggjorte oplysninger. Denne opfattelse mener jeg modsiges allerede af den omstændighed, at der kan ydes støtte i de mest forskellige former, som ikke altid fremgår af de offentligt tilgængelige oplysninger, det være sig fordi de pågældende tilskud ikke anses for statsstøtte på grund af forskellene i den gældende opfattelse i de enkelte medlemsstater med hensyn til hvilken rolle, de offentlige virksomheder indtager, eller det være sig fordi der ikke foreligger nogen direkte finansiering. Jeg skal her som eksempel kun nævne den mulighed, at der gennem private, men af staten støttede kreditinstitutioner, ydes lån til en fordelagtig rente, som fordrejer konkurrencen.

Disse særlige problemer som følge af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og deres offentlige virksomheder, som i væsentlig grad vanskelig — ja endog umuliggør Kommissionens overvågningsopgave, berettiger derfor *Kommissionen* til at vedtage bestemmelser af den foreliggende art i medfør af traktatens artikel 90, stk. 3, *som ikke berører det materielle indhold af EØF-traktatens artikler 92 ff.*, men *kun skaber de nødvendige tekniske forudsætninger for, at Kommissionen kan opfylde sine forpligtelser.* Dette gælder så meget desto mere, som Kommissionen ved individuelle beslutninger og i form af et abstrakt spørgeskema ville kunne forlange de samme oplysninger af de enkelte medlemsstater, som den kan kræve i medfør af det foreliggende direktiv.

Efter min opfattelse er det i denne forbindelse ikke nødvendigt at afklare det spørgsmål endeligt, hvorvidt Rådet desuden i medfør af artikel 94 kunne have vedtaget tilsvarende bestemmelser i form af en »fornøden forordning med henblik på anvendelsen af artiklerne 92 og 93«, jfr. ordlyden i artikel 94. Selv om man på grundlag af en fortolkning af artikel 94 under hensyn til »nyttevirkningen« (»effet utile«) besvarer spørgsmålet bekræftende, udelukker dette ikke Kommissionens særlige beføjelse i medfør af traktatens artikel 90. Når der nemlig udstedes retsakter med henblik på *anvendelsen* af sidstnævnte artikel, kan dette i sagens natur komme til at overlappe det kompetenceområde, som tilkommer Rådet ved udstedelsen af gennemførelsesforordninger i henhold til traktatens artikel 94, uden at man af den grund kan antage en egentlig konkurrerende kompetence mellem Kommissionen og Rådet. Tilstedeværelsen af en sådan mulighed er i øvrigt ikke, som Kommissionen med rette har anført, ensbetydende med, at der skulle være fare for vedtagelse af to forskellige sæt regler, da Rådet ifølge EØF-traktatens artikel 94 kun kan vedtage retsakter efter forslag fra Kommissionen, som på sin side har mulighed for af afgive en indstilling, der tager hensyn til den konkret foreliggende situation.

5. I modsætning til de sagsøgende regeringer mener jeg heller ikke, at *Kommissionen* ved udførelsen af sine kontrolbeføjelser efter traktatens artikel 90 kan være *henvist til den kompetence, som den kan udlede af traktatens artikel 213,* hvor-

efter den har mulighed for, med henblik på gennemførelsen af de opgaver, der er overdraget den, at indhente alle nødvendige oplysninger og foretage alle nødvendige undersøgelser, med de begrænsninger og på de betingelser, der fastsættes af Rådet i overensstemmelse med traktaten. Det følger allerede af meningen med den systematik, som ligger til grund for traktaten, at denne bestemmelse ikke kan finde anvendelse, når Kommissionen i medfør af sine traktatmæssige beføjelser udbeder sig oplysninger hos medlemsstater, som disse i forvejen skal give en korrekt og fuldstændig besvarelse af i kraft af deres samarbejdsforpligtelse efter traktatens artikel 5. Det ville derfor stride mod al sund fornuft, om Kommissionen ikke uden Rådets medvirken kunne skaffe sig de oplysninger hos medlemsstaterne, som er nødvendige, for at Kommissionen kan opfylde sine traktatmæssige forpligtelser. Følgelig kan det ikke være denne bestemmelses formål at tildele Kommissionen en beføjelse til at kræve oplysninger af medlemsstaterne, som er betinget af Rådets medvirken. Bestemmelsen må ene og alene forstås sådan, at den giver Kommissionen beføjelse til at indhente oplysninger hos de virksomheder og øvrige tredjemænd, som ikke er underlagt forpligtelsen i traktatens artikel 5, sådan som det er tilfældet med medlemsstaterne.

Da traktatens artikel 90, stk. 3, udtrykkeligt tillægger Kommissionen de beføjelser, som er nødvendige for, at den kan opfylde sine traktatmæssige forpligtelser, *er der ej heller* — dette være sagt som afslutning på det spørgsmål, om Kommissionens kompetence er udelukket som følge af andre bestemmelser af traktaten — *behov for at udnytte de beføjelser, der tilkommer Rådet i medfør af traktatens artikel 235.*

6. Da vi altså herefter kan lægge til grund, at Kommissionen principielt i form af et direktiv kan kræve indsigt i økonomiske forbindelser mellem det offentlige og det offentliges virksomheder, skal jeg i det følgende *undersøge, om Kommissionen* ved den materielle udformning af direktivet *har gjort sig skyldig i magtfordrejning eller har overtrådt andre af traktatens principper.*

Den franske og italienske regering har i den forbindelse gjort gældende, at der ved direktivet er skabt nye forpligtelser for medlemsstaterne, som går videre, end samarbejdspligten i artikel 5 tilsiger. Jeg skal her navnlig fremhæve forpligtelsen til at give Kommissionen meddelelse, en forpligtelse, hvis tilsidesættelse vil kunne udløse en traktatbrudssag efter artikel 169.

Som nævnt ovenfor er det imidlertid alene direktivets formål at sikre, at medlemsstaterne stiller de oplysninger til rådighed, som gør det muligt for Kommissionen i hvert enkelt tilfælde at foretage en undersøgelse efter traktatens artikler 92 ff. Det er altså kun på begæring, at medlemsstaterne er pligtige at stille oplysninger til rådighed for Kommissionen vedrørende forhold, som de er i besiddelse af oplysninger om, og om hvilke Kommissionen principielt er pligtig at iagttage tavshed efter direktivets artikel 6. De eksempler, som er nævnt i direktivets artikel 3, omfatter da også kun økonomiske forbindelser, som udgør en »foranstaltning« efter traktatens artikel 90, stk. 1. »Foranstaltninger« må nemlig, såfremt bestemmelsen overhovedet skal have mening og kunne opfylde sit formål, omfatte enhver kontantoverførsel eller enhver form for begunstigelse af offentlige virksomheder, der kan omsættes i penge; og som ydes af den til enhver tid værende indehaver af den offentlige myndighed, dvs. omfatte enhver handling eller undladelse af økonomisk art.

Medlemsstaterne må derfor til stadighed være indstillet på, at Kommissionen ved opfyldelsen af sine overvågningspligter kan kræve indsigt vedrørende sådanne »foranstaltninger«. Det er, jfr. EØF-traktatens artikel 5, en refleksvirkning af Kommissionens forpligtelse til at undersøge disse foranstaltninger, at medlemsstaterne på forlangende skal give Kommissionen oplysninger om sådanne foranstaltninger og som følge heraf holde oplysningerne i beredskab. Direktivet *pålægger derfor ikke medlemsstaterne nye forpligtelser,* men fastslår blot, hvilke oplysninger de under alle omstændigheder ville være pligtige at afgive i forbindelse med Kommissionens konkrete undersøgelse af et bestemt spørgsmål. Det gør derfor her ingen forskel, om spørgsmålene stilles bestemte medlemsstater i form af individuelle beslutninger, eller om de rettes til alle medlemsstaterne i form af et direktiv.

7. Ugyldighedsindsigelsen mod direktivet støtter de sagsøgende regeringer endvidere på, at direktivet ikke var nødvendigt, og at det i hvert fald gik videre, end formålet krævede. Da det imidlertid ikke, som jeg ovenfor har påvist, har været tanken med traktatens artikel 90, stk. 3 — i modsætning til hvad navnlig den franske regering har gjort gældende — at Kommissionen alene skulle have en subsidiær beføjelse, nemlig i de tilfælde, hvor Rådet ikke har den fornødne kompetence, kan betingelsen, »såfremt det er påkrævet« i artikel 90, stk. 3, kun forstås på den måde, at der på grund af de komplekse forbindelser mellem medlemsstaterne og deres offentlige virksomheder *må indrømmes Kommissionen et vist frit skøn, for at den kan udføre sine traktatmæssige opgaver, og dette uanset om den anser en konkret handling for påkrævet eller ej.*

Jeg kan ikke tilslutte mig den opfattelse, at Kommissionen med udstedelsen af det foreliggende direktiv skulle have overskredet grænserne for sin skønsfrihed, som i sagens natur må være vid på grund af de sammensatte økonomiske forhold, der er på spil. Skal Kommissionen kunne opfylde sine opgaver i henhold til traktatens artikel 90, stk. 3, (som medlemsstaterne efter traktatens artikel 5, stk. 1, 2. pkt., skal lette Kommissionen gennemførelsen af) må den have mulighed for at skaffe sig kendskab til de økonomiske forbindelser i forholdet mellem det offentlige og det offentliges virksomheder. Det er nødvendigt, allerede fordi det ikke kan overlades til medlemsstaterne selv at bedømme, *om der i det konkrete tilfælde forelægger en støtte eller ej,* hvorfor *Kommissionen må afgøre spørgsmålet på fællesskabsniveau efter ensartede retningslinjer i alle medlemsstaterne, i givet fald under Domstolens kontrol.* Kommissionen har med rette bemærket, at det er nødvendigt at definere de økonomiske forbindelser i så vid en betydning som muligt, hvis de erhvervsøkonomiske forbindelser mellem virksomhederne og deres ejere skal kunne afgrænses over for de transaktioner, som falder ind under traktatens artikler 92 ff. Da direktivet kun angiver de situationer, hvor det ikke kan udelukkes, at der i det mindste i visse tilfælde ydes støtte, som er uforenelig med fællesmarkedet, stiller det alene krav om, at de oplysninger, som gør det muligt for Kommissionen at udøve den nødvendige kontrol, skal stilles til rådighed.

Endvidere må det i den forbindelse fremhæves, at direktivet ikke, modsat det af de sagsøgende regeringer antagne, kræver, at medlemsstaterne systematisk indsender oplysninger til Kommissionen, men alene pålægger dem en efterfølgende forpligtelse til at afgive oplysninger inden for en periode på fem år, når Kommissionen forlanger det. En

heraf flydende forpligtelse til at arkivere oplysningerne, således at de økonomiske forbindelser kan rekonstrueres, kan ikke siges at stå i misforhold til det tilstræbte formål. Direktivet fører i øvrigt ej heller, sådan som den franske regering tror, til uvished om, hvorvidt vigtige investeringer og økonomiske transaktioner kan opretholdes, da direktivet ikke som sådan indeholder bestemmelser om sådanne transaktioners forenelighed med fællesmarkedet, hvilket da også med rette er gjort gældende af Kommissionen. En medlemsstat, der er i tvivl om sådanne transaktioners retmæssighed, vil altid i forebyggende øjemed kunne anmelde foranstaltningerne, så de kan gøres til genstand for en undersøgelse efter traktatens artikel 93.

Sidst, men ikke mindst, findes der også en processuel begrundelse for at anse direktivet for nødvendigt. Som det kan udledes af Domstolens domme i Lorenzsagen [1] og i sag 173/73 Italien mod Kommissionen [2], er det i strid med traktaten at yde statsstøtte uden at give Kommissionen underretning derom, med henblik på den undersøgelse, som er foreskrevet i traktatens artikel 93, stk. 3. Opfylder medlemsstaterne ikke deres underretningspligt, vil Kommissionen følgelig ej heller kunne rejse traktatbrudssag i medfør af artikel 169. En sådan traktatbrudssag, hvis formål da ikke vil være at få fastslået, hvorvidt en statsstøtte er forenelig med fællesmarkedet ifølge traktatens artikel 92, men alene at sikre, at traktatens artikel 93 *kan virke efter sit formål, forudsætter på sin side, at Kommissionen har kendskab til den statsstøtte, som ikke er anmeldt til den.* Hensigten med det foreliggende direktiv er jo imidlertid netop at give Kommissionen grundlag for at skaffe sig det fornødne kendskab til sådan statsstøtte. Derfor bestemmer direktivet, at de heri omhandlede oplysninger — jeg kan ikke, i modsætning til den franske regering, se, at dette skulle indebære nogen værdidomme — skal kunne stilles til rådighed under nærmere angivne omstændigheder. Direktivet overskrider altså ikke, med indførelsen af denne ordning, grænserne for, *hvad der er rimeligt og nødvendigt for at nå det tilstræbte formål.*

8. Af det hidtil anførte følger endvidere, at der *ej heller vil kunne lægges vægt på den indsigelse,* at den i direktivets artikel 3, jfr. artikel 1, nævnte *liste over de økonomiske forbindelser,* klart — uden at være udtømmende — ligger uden for begrebet statsstøtte. Man må ved vurderingen af indsigelsen også tænke på, at det ikke er direktivets formål at opregne de bestående kapitalbevægelser og da slet ikke nærmere at definere de forskellige grupper af statsstøtte, som er uforenelige med fællesmarkedet. Forudsætningen for, at Kommissionen på et senere stadium kan danne sig en mening herom, er imidlertid også, at der levnes Kommissionen et vist skøn med hensyn til, hvilke oplysninger den anser for nødvendige for at kunne udføre sine opgaver. Ved fastlæggelsen af grænserne for dette skøn må der endvidere tages hensyn til, at begrebet »statsstøtte« må forstås bredt, jfr. udtrykket »statsstøtte ... under enhver tænkelig form« i traktatens artikel 92, således at ethvert tilskud eller enhver form for begunstigelse, som ydes af det offentlige, og som kan fordreje konkurrencevilkårene, må anses for omfattet af

1 — Dom af 11. december 1973 i sag 120/73, Gebr. Lorenz mod Forbundsrepublikken Tyskland og delstaten Rheinland-Pfalz, Sml. 1973, s. 1471.

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

begrebet. *Når de former, hvorunder der kan ydes statsstøtte, har en sådan variationsbredde, må grænserne for de økonomiske forbindelser, som skal danne grundlag for undersøgelsen af, om der foreligger en sådan støtte, nødvendigvis også drages ret vidt.*

9. Endelig må det også være klart, at *Kommissionen* ved afgrænsningen af direktivets anvendelsesområde må *være kompetent til at definere begreber som »en offentlig myndighed« og »en offentlig virksomhed«.* I betragtning af målsætningen i EØF-traktatens artikel 90, stk. 1, og under hensyn til de forskellige strukturer i medlemsstaterne kan der endvidere ikke rejses indvending mod, at direktivet, med henblik på at skabe grundlag for en bedre registrering af den statslige virksomhed, i stedet for at anvende begrebet »medlemsstat« opererer med begrebet »offentlige myndigheder«, der omfatter såvel staten som lokale organer i øvrigt.

Videre har navnlig den franske, men også den italienske regering, rejst indsigelse mod direktivets definition af de offentlige virksomheder. De anfører, at det ensartede begreb, som ligger til grund for direktivet, ikke tager behørigt hensyn til medlemsstaternes forskellige opfattelse af den offentlige økonomi, sådan som det er forudsat i EØF-traktatens artikel 90. Da direktivet ikke lægger vægt på bestemte virksomheders offentlige funktion eller opgaver, men alene omhandler de offentlig myndigheders mulige direkte eller indirekte dominerende indflydelse, indebærer den efter disse regeringers opfattelse en væsentlig ændring af artikel 90 i strid med traktaten.

Der må her gives de sagsøgende regeringer medhold i, at traktatforfatterne bevidst tog afstand fra at definere begrebet offentlige virksomheder nærmere, fordi der i medlemsstaterne gjaldt og gælder forskellige opfattelser af disse virksomheders plads, nytte og nødvendighed. At traktatforfatterne undlod dette, kan imidlertid ikke ændre ved den omstændighed, *at det i EØF-traktatens artikel 90, stk. 1, anvendte udtryk er et EF-retligt begreb* og derfor *må fortolkes på samme måde for alle medlemsstater* ud fra bestemmelsens ånd og formål. Som nævnt ovenfor er det imidlertid formålet med artikel 90 at forhindre, at de offentlige myndigheders indflydelse på det fælles markeds funktion ikke misbruges til at udøve skjult forskelsbehandling og indføre konkurrencefordrejende foranstaltninger. Principielt må der antages altid at være fare herfor, når medlemsstaterne behersker bestemte økonomiske aktiviteter ud over den almindelige regulering ifølge lovgivningen — og det er i den forbindelse uden betydning, hvorvidt indflydelsen kan føres tilbage til offentligretlige eller privatretlige forbindelser. At Kommissionen således, for at opfylde direktivets formål, ved definitionen af de offentlige virksomheder anser det for det afgørende, at de offentlige myndigheder har en dominerende indflydelse på de pågældende offentlige virksomheder, medfører derfor ikke nogen materiel ændring af traktatens artikel 90, stk. 1, og giver følgelig ikke grund til at nære nogen betænkeligheder. Denne fortolkning ændres navnlig ej heller, modsat det af den franske regering gentagne, af Domstolens dom i sag BRT mod SABAM [1], som i modsætning til det foreliggende tilfælde, bl.a. drejede sig om fortolkningen af det i EØF-traktatens

1 — Dom af 21. marts 1974 i sag 127/73, Belgische Radio en Televisie og Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs mod SV/SABAM og NV Fonior, Sml. 1974, s. 313.

artikel 90, stk. 2, nævnte begreb »virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse«.

Endelig er det også korrekt, når Kommissionen under hensyn til målsætningen for EØF-traktatens artikel 90, stk. 1, vil anse den blotte indirekte indflydelse fra det offentliges side for tilstrækkelig til, at der kan antages at foreligge en offentlig virksomhed i direktivets betydning. Begrundelsen er, at man i sidste instans kun på denne måde kan imødekomme kravet om, at *artikel 90, stk. 1, også forbyder støtte, der ydes indirekte ved andre instansers mellemkomst.*

10. Da det altså hermed står fast, *at det er objektivt begrundet at behandle de offentlige og private virksomheder forskelligt med hensyn til gennemskueligheden af de økonomiske forbindelser,* kan jeg herefter — hvilket jeg også kan gøre kort — gå over til at behandle den yderligere indvending, som den franske og italienske regering har fremført og hvorefter direktivet indebærer en forskelsbehandling af de offentlige virksomheder. Det må her for det første fremhæves, som Kommissionen og de intervenienter, der er indtrådt til støtte for dennes påstande har gjort, at direktivet, som er rettet til medlemsstaterne, kun skaber pligter for medlemsstaterne, men ikke for de offentlige virksomheder. For det andet er det klart, at udøver medlemsstaterne en passende kontrol med de offentlige virksomheder, vil der normalt ej heller være grund til, at medlemsstaterne skulle overføre de forpligtelser til virksomhederne, der påhviler medlemsstaterne selv som adressater for direktivet.

Selv om man imidlertid skulle antage, at disse forpligtelser i mange tilfælde i sidste ende alligevel må bæres af de offentlige myndigheder, er der, som ovenfor nævnt, så betydelige forskelle mellem de statslige tilskud til offentlige virksomheder og lignende tilskud til private virksomheder, at en forskellig behandling er objektivt begrundet. Dette understreges yderligere af den omstændighed, at også traktatens forfattere indså, at forbindelserne mellem medlemsstaterne og de offentlige myndigheder, bl.a. ved gennemførelsen af bestemmelserne om statsstøtte, rejste et særligt problem som ville begrunde en forskellig behandling og netop EØF-traktatens artikel 90 beviser dette. Det foreliggende direktiv, som er udstedt i medfør af artikel 90, stk. 3, indebærer derfor *ikke nogen forskelsbehandling af offentlige virksomheder* men tilstræber tværtimod, netop fordi der består en risiko for, at konkurrencevilkårene forvrides, *en ligelig behandling af offentlige og private virksomheder.*

Der er yderligere en grund til, at de offentlige virksomheder ikke diskrimineres i forhold til de private virksomheder, sådan som den franske regering hævder. Grunden er, at de offentlige virksomheder ikke er forpligtet til at afsløre deres »indre liv«, men kun pligtige at fremlægge de oplysninger, som alligevel ville komme frem under en konkret undersøgelse.

I den forbindelse kan jeg heller ikke give den italienske regering medhold i den opfattelse, at direktivets artikel 4 er i strid med princippet i EØF-traktatens artikel 90, stk. 1, om ligebehandling af alle offentlige virksomheder, fordi artikel 4 uden tilstrækkelig begrundelse fritager de offentlige virksomheder fra gennemskuelighedskravet. Her gælder, at levnes der *Kommissionen et vist frit skøn* med hensyn til de foranstaltninger, som den anser for hensigtsmæssige for at opfylde sine forpligtelser, må der også

indrømmes den *ret til at undtage bestemte virksomheder fra direktivets anvendelsesområde, hvor det er sagligt begrundet.*

Den 12. betragtning til direktivet indeholder en sådan saglig begrundelse for at undtage visse offentlige sektorer fra direktivets anvendelsesområde. Det hedder udtrykkeligt heri, at der i direktivet bør fastsættes undtagelser for visse aktiviteter, enten på grund af disse aktiviteters natur aller på grund af størrelsen af en virksomheds omsætning.

Herunder falder for det første visse aktiviteter, som ikke har nogen indflydelse på konkurrencen, og som dermed må henregnes til de offentlige virksomheder, som er nævnt i direktivets artikel 4, litra a), og som præsterer tjenesteydelser, der ikke vil kunne få mærkbar indflydelse på samhandelen mellem medlemsstaterne. Endvidere er de aktiviteter undtaget, »som allerede er undergivet særlige EF-bestemmelser, hvorved en passende gennemskuelighed allerede er sikret«, hvilket efter Kommissionens oplysninger navnlig omfatter jernbanerne og indenrigsluftfart. Ifølge betragtningerne finder direktivet desuden ej heller anvendelse på »visse sektorer, hvis særlige karakter gør det berettiget, at der gælder særlige regler for dem«, hvilket efter artikel 4, litra b), omfatter virksomheder inden for energisektoren, virksomheder inden for post- og telekommunikation, samt offentlige kreditinstitutioner. Endelig er de offentlige virksomheder undtaget, »hvis begrænsede økonomiske betydning ikke retfærdiggør de administrative byrder, der kan følge af de foranstaltninger, der skal træffes«, jfr. artikel 4, litra d). Den omstændighed, at de nævnte virksomheder er udelukket fra direktivets anvendelsesområde, er ikke i strid med ligebehandlingsprincippet, idet en forskellig behandling er begrundet i de pågældende virksomheders særlige karakteristika. Konsekvenserne af, at man kendte denne bestemmelse ugyldig, ville i øvrigt, som Kommissionen med rette har bemærket, blot have den konsekvens, at direktivets anvendelsesområde blev udvidet.

11. Endelig vedrører den franske regerings sidste subsidiære anbringende spørgsmålet om direktivets anvendelsesområde. Regeringen har indvendt, at *det foreliggende direktiv, som er udstedt i henhold til EØF-traktaten, er i strid med princippet* i traktatens artikel 232 om den funktionelle deling mellem de tre Fællesskaber. I denne artikel bestemmes det udtrykkeligt — anfører regeringen videre — at den afledte ret, som udstedes i medfør af EØF-traktaten, hverken berører bestemmelserne i EKSF-traktaten eller i Euratom-traktaten. Af definitionen af de offentlige virksomheder i direktivets artikel 2, sammenholdt med de i direktivets artikel 4 nævnte undtagelser, kan det ifølge regeringen imidlertid udledes, at direktivet, bortset fra de nævnte undtagelser, omfatter alle økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder, hvorpå de tre traktater finder anvendelse.

Heroverfor har Kommissionen anført, at det ikke var nødvendigt udtrykkeligt at undtage de virksomheder, som er omfattet af EKSF-traktaten, fordi det fremgår allerede af EØF-traktatens artikel 232, stk. 1, sammenholdt med EKSF-traktatens bestemmelser om statsstøtte, at direktivet ikke finder anvendelse på virksomheder, som er omfattet af EKSF-traktaten. Det samme gælder derimod ikke for de virksomheder, som er omfattet af bestemmelserne i Euratom-traktaten. I denne traktat findes nemlig ingen særlige bestemmelser om statsstøtte, siger Kommissionen, således

at de almindelige bestemmelser i EØF-traktatens artikel 90, som må ses i sammenhæng med EØF-traktatens artikler 92-94, principielt også finder anvendelse på de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder, som er omfattet af Euratom-traktaten. Af denne grund var det ifølge Kommissionen nødvendigt at indføje en udtrykkelig undtagelse for virksomheder inden for atomenergisektoren.

Selv om det må medgives den franske regering, at det, af hensyn til en afklaring af retsstillingen, ville have været rigtigt for så vidt at fastslå direktivets anvendelsesområde klart og entydigt, er jeg imidlertid ligesom Kommissionen af den opfattelse, at denne mangel ikke er så væsentlig, at den kan begrunde en ophævelse af direktivet, da en ifølge traktaten korrekt fortolkning nødvendigvis må føre til, at direktivet ikke kan finde anvendelse på de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder, som er omfattet af EKSF-traktaten. Her må det endvidere erindres, at EØF-traktatens artikel 90, stk. 1, udtrykkeligt henviser til EØF-traktatens artikler 85-94. I EKSF-traktaten er ydelse af statsstøtte derimod efter artikel 4, litra c), undergivet særlige regler, hvilket, sammenholdt med EØF-traktatens artikel 232, stk. 1, — hvorefter EKSF-traktatens bestemmelser ikke berøres af EØF-traktaten — betyder, at ej heller EØF-traktatens artikel 90 kan være hjemmel for at træffe foranstaltninger med henblik på anvendelse af statsstøttebestemmelserne i EKSF-traktaten.

Euratom-traktaten derimod indeholder ingen bestemmelser svarende til EØF-traktatens artikler 92-94. Følgelig må disse bestemmelser som en bestanddel af den EØF-traktat, der sigter mod en fuldstændig økonomisk integration, principielt også finde anvendelse på virksomheder, der er omfattet af Euratom-traktaten.

På grund af forbindelsen mellem artikel 90 og artiklerne 92 ff. må artikel 90 som en logisk følge heraf også finde anvendelse inden for Euratom-traktatens område. Derfor *var det påkrævet, at det af direktivet udtrykkeligt fremgik, at kravet om gennemskuelighed i de økonomiske forbindelser ikke skulle finde anvendelse på de offentlige myndigheder og de i direktivet nævnte Euratom-virksomheder.*

12. Da en gennemgang af alle de anbringender, som er gjort gældende af de sagsøgende regeringer og den franske regering som intervenient, har vist, at *direktivet ikke er behæftet med nogen retlige mangler,* foreslår jeg, at *sagsøgte frifindes.* Da de sagsøgende regeringer således ikke har fået medhold i deres påstande, bør de tilpligtes at afholde sagens omkostninger.