disse problemer til bedømmelse med forslag om passende ændringer af den pågældende beslutning. I et sådant tilfælde skal Kommissionen og medlemsstaten i henhold til den regel, der pålægger medlemsstaterne og Fællesskabets institutioner en gensidig pligt til loyalt samarbejde, jfr. navnlig EØF-traktatens artikel 5, samarbejde efter bedste evne med henblik på at overvinde vanskelighederne, idet traktatens bestemmelser fuldt ud skal overholdes, særlig bestemmelserne om støtte.

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ

fremsat den 21. november 1985 *

Høje Domstol.

A. Det centrale spørgsmål i den sag, som jeg her skal tage stilling til, er, hvorvidt kongeriget Belgien har tilsidesat en forpligtelse i henhold til EØF-traktaten derved, at det ikke har efterkommet Kommissionens beslutning af 16. februar 1983 om den belgiske regerings støtte til en virksomhed inden for sektoren for sanitetsartikler af keramik [1].

1. Siden 1979 har et offentligt holdingselskab i den belgiske region Wallonien været hovedaktionær i SA Boch, en virksomhed inden for sektoren for sanitetsartikler af keramik. Den 3. august 1981 vedtog regionen at deltage i en kapitalforhøjelse med i alt 475 mio BFR. Denne kapitaltilførsel fra det offentliges side til virksomheden, der i flere år havde arbejdet med store tab og derfor befandt sig i en vanskelig økonomisk situation, skulle gøre det nemmere for denne at genskabe dens egenkapital og gøre dens fortsatte drift mulig, indtil et omstruktureringsprogram for den keramiske industri forelå.

Kommissionen for De europæiske Fællesskaber (sagsøgeren) fik kendskab til denne foranstaltning og henvendte sig i april og juni 1982 til regeringen for kongeriget Belgien (sagsøgte), idet den henviste til Belgiens pligt i henhold til EØF-traktatens artikel 93, stk. 3, om betids at give meddelelse om dets planer om støtteforanstaltninger. Telexmeddelelserne herom fra sagsøgeren blev ikke besvaret.

I september 1982 indledte sagsøgeren den undersøgelsesprocedure vedrørende støtteforanstaltninger, der er hjemlede ved EØF-traktatens artikel 93, stk. 2. Kommissionen fastslog, at støtten var blevet givet, uden at sagsøgte havde fulgt fremgangsmåden i henhold til EØF-traktatens artikel 93, stk. 3, (meddelelse om den påtænkte støtteforanstaltning til sagsøgeren).

Efter undersøgelsesproceduren vedrørende støtteforanstaltningen i henhold til EØF-traktatens artikel 93, stk. 2, gennemførte sagsøgeren den nævnte beslutning af 16. februar 1983, hvis væsentlige indhold lyder som følger:

* Overat fra tysk.

1 — EFT L 91, s. 32.

»Artikel 1

Den belgiske regerings støtte til en virksomhed inden for den keramiske sektor er i henhold til EØF-traktatens artikel 92 uforenelig med fællesmarkedet og skal derfor bringes til ophør. [2]

Artikel 2

Belgien underretter inden tre måneder fra meddelelsen af denne beslutning Kommissionen om de foranstaltninger, som det har truffet for at efterkomme beslutningen.«

I præamblen til den nævnte beslutning har sagsøgeren anført, at sagsøgtes støtteforanstaltninger i det foreliggende tilfælde er egnet til at påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne og fordreje konkurrencevilkårene, jfr. EØF-traktatens artikel 92, stk. 1.

Det anføres også, at forbudet mod den i EØF-traktatens artikel 92, stk. 1, omhandlede støtte kan anvendes på kapitalindskud fra såvel regeringen som andre offentlige instanser under staten. I det konkrete tilfælde må en kapitalinteresse på 475 mio BFR i en virksomhed, hvis kapital og reserver udgjorde 25,4 mio BFR, betragtes som støtte efter EØF-traktatens artikel 92, stk. 1.

Ligeledes anføres det, at en sådan støtte, der tager sigte på at opretholde produktionskapacitet, vil kunne fordreje konkurrencevilkårene i særlig alvorlig grad, for normalt ville markedsforholdene føre til lukning af den pågældende virksomhed, hvilket i en situation med overskydende kapacitet inden for den pågældende sektor ville give mere konkurrencedygtige virksomheder mulighed for at udvikle sig.

Der gøres videre i beslutningen rede for, hvorfor den nævnte støtte også må anses for at være uforenelig med fællesmarkedet i henhold til EØF-traktatens artikel 92, stk. 3. Afsluttende henvises der i beslutningen til, atdet på baggrund af udviklingen inden for den keramiske sektor, navnlig i betragtning af den overskydende kapacitet inden for Fællesskabet, må konkluderes, at opretholdelse af produktionskapacitet ved hjælp af statsstøtte strider mod den fælles interesse.

Sagsøgerens beslutning blev ikke af sagsøgte anfægtet inden for den tomånedersfrist, der er fastsat ved artikel 173, stk. 3. Beslutningen er således blevet *retskraftig*.

Efter udløbet af søgsmålsfristen henvendte sagsøgte sig ved skrivelse af 3. juni 1983 til sagsøgeren, hvori man anfægtede beslutningen, bl.a. med en påstand om, at den gennemførte foranstaltning ikke udgjorde en sådan støtte, som sagsøgeren i henhold til EØF-traktatens artikel 93, stk. 3, skulle have haft underretning om. Endvidere var det med urette, hed det videre i skrivelsen, at sagsøgeren havde nægtet at anvende undtagelsesbestemmelserne i EØF-traktatens artikel 92, stk. 3, hvorefter bestemte former for støtte kan være forenelige med fællesmarkedet. I øvrigt var det efter gældende national belgisk ret ikke muligt at efterkomme beslutningen, idet nedsættelse af egenkapitalen ved en tilbagebetaling af den indbetalte kapital ikke må gribe ind i tredjemands ret.

Afsluttende opfordrede sagsøgte sagsøgeren til at godtgøre, hvad man forstår ved at bringe støtten til ophør, samt hvilke virkninger, der efter Kommissionens opfattelse skulle følge heraf.

2 — i stedet for »bringes til ophør« skulle der rigtigt formuleret have stået »ophæves«, idet den franske og den nederlandske affattelse af beslutningen, der alene er bindende, herved knytter sig ordlyden af EØF-traktatens artikel 93, stk. 2.

I sin svarskrivelse af 22. juli 1983 fastsatte sagsøgeren en frist for sagsøgte på yderligere 15 dage til at afgive meddelelse om, hvilke foranstaltninger man havde truffet for at efterkomme beslutningen. Skrivelsen indeholdt ikke de oplysninger, som sagsøgte havde udbedt sig; tværtimod blev det blot i skrivelsen fastslået, at det i første række gjaldt om at opfylde de fællesskabsretlige forpligtelser.

I endnu en skrivelse til sagsøgeren af 5. september 1983 fastholdt sagsøgte sit tidligere standpunkt og gav ingen oplysninger over gennemførte eller påtænkte foranstaltninger til gennemførelse af sagsøgerens beslutning.

Derefter fastslog sagsøgeren, at sagsøgte ikke havde efterkommet Kommissionens beslutning, ligesom man uden at give meddelelse herom havde tillagt den pågældende virksomhed yderligere støtte til dækning af tab. [3]

Derpå anlagde sagsøgeren sag for Domstolen i henhold til EØF-traktatens artikel 93, stk. 2, 2. afsnit.

2. Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Det statueres, at kongeriget Belgien har undladt at opfylde en forpligtelse, der påhviler det i henhold til traktaten, idet det ikke inden for den fastsatte frist har efterkommet Kommissionens beslutning af 16. februar 1983 om den belgiske regerings støtte til en virksomhed inden for sektoren for sanitetsartikler af keramik.

— Kongeriget Belgien tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Sagsøgte har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

3 a) *Kommissionen* har anført, at man i forbindelse med proceduren i henhold til EØF-traktatens artikel 93, stk. 2, har fastslået, at den anfægtede støtte er uforenelig med fællesmarkedet, jfr. artikel 92. Kommissionen var derfor i henhold til artikel 93, stk. 2, 1. afsnit, forpligtet til at træffe beslutning om, at den pågældende medlemsstat skulle ophæve eller ændre støtteforanstaltningen inden for den tidsfrist, som Kommissionen fastsatte.

Beslutninger er bindende i alle enkeltheder for dem, de angiver at være rettet til, jfr. EØF-traktatens artikel 189. Sagsøgte har indtil sagens anlæg ikke efterkommet en beslutning, der blev bekendtgjort over for sagsøgte allerede ved skrivelse af 24. februar 1983; sagsøgte har ikke på noget tidspunkt givet udtryk for den ringeste hensigt om at efterkomme beslutningen. Tværtimod har sagsøgte i 1983 givet den pågældende virksomhed nye støttebeløb uden at give sagsøgeren meddelse herom.

Endvidere kan en medlemsstat, som Kommissionen har rettet en beslutning til i henhold til EØF-traktatens artikel 93, stk. 2, ikke anfægte gyldigheden af denne beslutning i forbindelse med en af Kommissionen anlagt sag i henhold til EØF-traktatens artikel 93, stk. 2, 2. afsnit, når medlemsstaten har ladet den præklusive frist i EØF-traktatens artikel 173, stk. 3, hengå, uden at have gjort retsstridigheden gældende gennem det retsmiddel, som denne bestemmelse åbner.

Sagsøgte kan heller ikke påberåbe sig bestemmelser, fremgangsmåder eller forhold ifølge intern ret som begrundelse for ikke at overholde forpligtelser, der fremgår af fællesskabsretten.

Genstanden for den pligt, der påhviler sagsøgte, er fuldstændig klar, og den støtte,

3 — En af disse støtteforanstaltninger er genstand for sag 40/85, Kongeriget Belgien mod Kommissionen.

som Kommissionen forlanger afskaffet, lader sig klart bestemme, da det drejer sig om et konkret tilfælde med en støtte på 475 mio BFR i form af en kapitaldeltagelse i den pågældende virksomhed fra et offentligt organs side, der henhører under statsmagten.

b) Belgien har fastholdt, at man ikke har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til EØF-traktatens artikel 93, stk. 2, ved ikke at have gennemført artikel 1 i beslutningen af 16. februar 1983.

Belgien har af følgende grunde ikke efterkommet Kommissionens beslutning:

Den ved artikel 1 i beslutningen pålagte forpligtelse, hvorefter den påståede støtte skal bringes til ophør, er efter de særlige omstændigheder i forbindelse med det konkrete tilfælde uigennemførlig, således som sagsøgerens praksis er på området for offentlige erhvervsforanstaltninger.

Sagsøgeren har trods gentagne anmodninger fra sagsøgte forsømt gennem supplerende oplysninger at gøre det muligt nærmere at bestemme indholdet af forpligtelsen til at bringe den påståede støtte til ophør.

Sagsøgte har henvist til Den anden Beretning om Konkurrencepolitikken [4], hvori sagsøgeren for første gang tog stilling til offentlig kapitaldeltagelse. Det fremgår af denne beretning, at EØF-traktatens artikel 222 principielt ikke er til hinder for statslig kapitaldeltagelse i private virksomheder. Ganske vist kan en sådan deltagelse i bestemte tilfælde have karakter af støtte, der er uforenelig med det fælles marked; dette indebærer imidlertid ikke, at en sådan fremgangsmåde i sig selv på forhånd umiddelbart må ligestilles med en støtteordning. Sagsøgeren kan altså først efterfølgende fastslå, hvorvidt sådanne deltagelser har karakter af støtte. Der er på ny henvist til sagsøgerens standpunkt herom i den Syvende Konkurrenceberetning [5].

I det omfang, hvor foreneligheden af en sådan deltagelse med EØF-traktatens artikel 92 først bliver bedømt efterfølgende, griber en pligt til tilbagebetaling i alle tilfælde, hvor virksomhedens overskud ikke er tilstrækkelig til at gennemføre denne tilbagebetaling, på alvorlig måde ind i uskyldige tredjemænds rettigheder. Virksomhedens kapital anses nemlig i alle medlemsstaterne som fyldestgørelsesgrundlaget, hvormed der hæftes over for kreditorerne, hvilket indebærer, at enhver formindskelse af selskabets kapital nødvendigvis kræver samtykke fra selskabets kreditorer, ligesom en sådan formindskelse kun kan ske i overskuddet efter skat og afskrivning. Når sagsøgeren derfor pålægger en pligt til, at den påtalte deltagelse »skal bringes til ophør«, har sagsøgeren ikke i tilstrækkeligt omfang taget hensyn til det særlige tilfælde, hvor det offentlige har grebet ind i form af kapitaldeltagelse i en virksomhed.

Det er i alle medlemsstaternes selskabsret et grundprincip, at virksomdens egenkapital tjener som sikkerhed for kreditorerne og dermed er sidestykket til den begrænsning i hæftelsen, som selskabsdeltagerne har, og som ikke kan anfægtes. Denne grundsætning er blevet bekræftet ved Rådets Andet Direktiv af 13. december 1976 »om samordning af de garantier, der kræves i medlemsstaterne af de i artikel 58, stk. 2, i traktaten nævnte selskaber til beskyttelse af såvel selskabsdeltagernes som tredjemands inter-

4 — EKSF-EØF-Euratom-Kommissionen — Anden Beretning om Konkurrencepolitikken (bilag til »Sjette Almindelige Beretning om De europæiske Fællesskabers Virksomhed«), Bruxelles — Luxembourg, april 1973, nr. 122 ff.

5 — Syvende Konkurrenceberetning, nr. 232.

esser, for så vidt angår stiftelsen af aktieselskabet samt besvarelsen af og ændringer i dets kapital, med det formål at gøre disse garantier lige byrdefulde« [6].

Man kan ikke heroverfor anføre, at det er meningen med EØF-traktatens artikel 92, at den skal gå forud for virksomhedens kreditorers interesser. I så fald ville uskyldige tredjemænd nemlig blive ramt, hvis gode tro ikke kan drages i tvivl, så længe der ikke foreligger noget kriterium, hvorved man på forhånd kan bedømme retsstridigheden af en deltagelse fra det offentliges side.

Sagsøgte har endvidere anført, at sagsøgeren trods anmodninger herom ikke har givet nærmere oplysninger om omfanget af forpligtelsen til, at den påståede støtte »bringes til ophør«. Som Domstolen har fremhævet det i dom af 12. juli 1973 i sag 70/72 [7], kan retsvirkningerne af de i medfør af artikel 93, stk. 2, trufne beslutninger kun gøre sig gældende fuldt ud, hvis Kommissionen underretter den pågældende medlemsstat om, hvilke omstændigheder ved støtten man anser for uforenelige med Traktaten, og om heraf følgende forslag til ophævelse eller ændring.

Da sagsøgeren har undladt at præcisere omfanget af den pågældende forpligtelse, kan der ikke rettes nogen bebrejdelse mod sagsøgte i anledning af, at man ikke har opfyldt denne forpligtelse.

Sagsøgte har i duplikken og under den mundtlige forhandling anført, at man på ingen måde bestrider retmæssigheden af beslutningen af 16. februar 1983. Man gør alene gældende, at det på grund af de optrådte vanskeligheder i forbindelse med gennemførelsen rent faktisk er umuligt at efterkomme den.

Det kontrolsystem, der er skabt ved EØF-traktatens artikel 92, hviler på den tanke, at medlemsstaterne på forhånd skal vide ganske nøjagtig besked med, i hvilke tilfælde det er påbudt at give en meddelelse om, at man agter at yde støtte, således at dennes forenelighed med EØF-traktatens artikel 92 kan efterprøves i rette tid. Sagsøgeren har imidlertid indtil nu forsømt at fastsætte de kriterier, hvorefter medlemsstaterne kan afgøre, i hvilke tilfælde en deltagelse fra det offentliges side medfører pligt til forudgående meddelelse i henhold til EØF-traktatens artikel 93, stk. 3. Så længe kontrollen af, at offentlig støtte er i overensstemmelse med EØF-traktatens artikel 92, alene hviler på en efterfølgende vurdering, kan Kommissionen ikke forlange ophævelse med tilbagevirkende kraft af støtte, som man anser for at være uforenelig med EØF-traktatens artikel 92, uden på alvorlig måde at gribe ind i tredjemands rettigheder, uden at bryde princippet om aktionærernes ligestilling, uden at anfægte retssikkerheden og uden at støde på uovervindelige vanskeligheder ved gennemførelsen.

B — Jeg skal som indledning til mit forslag til afgørelse i denne sag først søge at afklare, hvad der overhovedet på nuværende tidspunkt kan være genstand for denne sag.

Da sagsøgte ikke har anfægtet sagsøgerens beslutning af 16. februar 1983 inden for den frist, der er fastsat ved EØF-traktatens artikel 173, stk. 3, er denne beslutning blevet retskraftig. Efter Domstolens faste praksis [8] kan retmæssigheden af sagsøgerens nævnte beslutning ikke længere anfægtes af

6 — EFT 1977 L 26, s. 1.

7 — Dom af 12. 7. 1973 i sag 70/72 — Kommissionen mod Forbundsrepublikken Tyskland — Sml. 1973, s. 813.

8 — Jfr. dom af 15. 11. 1983 i sag 52/83 — Kommissionen mod Den franske Republik — Sml. 1983, s. 3707, og dom af 12. 10. 1978 i sag 156/77 — Kommissionen mod kongeriget Belgien — Sml. 1978, s. 1881.

sagsøgte. Sagsøgtes bemærkninger om, hvorvidt der ved den statslige kapitaldeltagelse er tale om støtte, hvorvidt sagsøgeren skulle underrettes om gennemførelsen af denne deltagelse forinden, samt hvorvidt denne støtte ikke kan anses som forenelig med fællesmarkedet i henhold til EØF-traktatens artikel 92, stk. 3, er altsammen spørgsmål, som der i nærværende sag ikke længere skal tages stilling til; for så vidt kan der ikke tages hensyn til sagsøgtes anbringender.

Hvad der alene kan tages i betragtning, er spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgerens beslutning er tilstrækkelig konkretiseret til at kunne efterleves, og hvorvidt den indeholder et påbud om en retligt mulig adfærd fra sagsøgtes side.

Ganske vist kunne man finde støtte for, at også de to sidste spørgsmål, som sagsøgte har fremdraget, skulle have været rejst under en sag om efterprøvelse af retmæssigheden af sagsøgerens beslutning af 16. februar 1983. I dommen af 12. juli 1973 i sag 70/72 og i dommen af 15. november 1983 i sag 52/83 har Domstolen imidlertid prøvet spørgsmålet om den tilstrækkelige konkretisering af Kommissionens beslutninger, om end den dér omhandlede beslutning ikke var blevet anfægtet af disse sagsøgte.

Generaladvokat Mancini har beskrevet Domstolens ræsonnement i dommen af 12. juli 1973 i sag 70/72 i sit forslag til afgørelse i sag 52/83 derhen, at Domstolen på grund af beslutningens manglende nøjagtighed ikke kunne lægge de sagsøgte de forhold »til last«, at de ikke havde fulgt sagsøgerens beslutning.

Jeg er bekendt med retsfiguren »forvaltningsakten som en nullitet« fra tysk forvaltningsret, der — i modsætning til den blot retsstridige forvaltningsakt, der må anfægtes, dersom man ikke vil følge den — ikke behøver at blive anfægtet, da den som nullitet ikke medfører nogen retsvirkninger.

I tilslutning til disse betragtninger mener jeg, at det i hvert fald ikke er udelukket ikke at følge en retskraftig beslutning, truffet af et af Fællesskabets organer (som her) under påberåbelse af, at denne ikke er tilstrækkelig konkretiseret til at kunne følges, eller at efterkommelsen af den er retligt umulig. Dette vil have til følge, at sådanne »ikke-beslutninger« heller ikke kan få retsvirkninger, selv om de ikke anfægtes inden for den i EØF-traktatens artikel 173, stk. 3, fastsatte frist på to måneder.

1. *Er konkretiseringen af beslutningen af 16. februar 1983 tilstrækkelig?*

Artikel 1 i beslutningen af 16. februar 1983 har følgende ordlyd i de sprogligt bindende tekster:

»L'aide en faveur d'une entreprise du secteur de la céramique accordée par le gouvernement belge est incompatible avec le marché commun au sens de l'article 92 du traité CEE et doit dès lors être supprimée.

De door de Belgische Regering verleende steun ten behoeve een onderneming in de ceramische sector is onverenigbar met de gemeenschappelijke markt in de zin van artikel 92 van het EEG-Verdrag en dient derhalve te worden obgeheven.«

EØF-traktatens artikel 93, stk. 2, 1. afsnit, bestemmer følgende:

»Finder Kommissionen — efter at have givet de interesserede parter en frist til at fremsætte deres bemærkninger — at en

støtte, som ydes af en Stat eller med statsmidler, ifølge artikel 92 ikke er forenelig med fællesmarkedet, eller at denne støtte misbruges, træffer den beslutning om, at den pågældende Stat skal ophæve eller ændre støtteforanstaltningerne inden for den tidsfrist, som Kommissionen fastsætter.«

Sagsøgeren har ved sin beslutning af 16. februar 1983 fastslået, at en konkret udpeget støtte er uforenelig med fællesmarkedet, samt fastsat en af de to retsfølger, der er hjemlet som obligatorisk retsfølge i EØF-traktaten. Den konkrete foranstaltning, der er blevet anset som retsstridig støtte, er entydigt blevet beskrevet i beslutningen. Lige så entydigt er den af sagsøgeren fastsatte retsfølge: der skal ske tilbageføring af en kapital, der i strid med både de materielle og formelle støttebestemmelser i EØF-traktaten er blevet tilført en bestemt virksomhed.

Det forhold, at denne deltagelse udgør en støtte, der er i strid med fællesmarkedet, er en bestanddel af sagsøgerens retskraftige beslutning, hvorfor dette ikke længere kan anfægtes. For god ordens skyld skal jeg dog erindre om, at Domstolen i sin dom af 14. november 1984 i sag 323/82 [9] har bekræftet, at kapitaldeltagelse i virksomheder kan betragtes som støtte. Domstolen har i præmis 31 i den nævnte dom anført følgende:

»Det fremgår af de anførte bestemmelser [artikel 92], at traktaten tager sigte på statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler 'under enhver tænkelig form'. Heraf følger, at der ikke er grundlag for at foretage en principiel sondring efter, om støtten ydes i form af lån eller i form af indskud i virksomhedernes kapital. Begge former for støtte rammes af forbudet i artikel 92, når de heri angivne betingelser er opfyldt.«

Endvidere skal jeg erindre om, at sagsøgeren i det mindste er beføjet til (jeg vil endog sige: forpligtet til) at træffe bestemmelse om, at den retsstridigt ydede støtte skal fordres tilbagebetalt. Allerede i den nævnte dom af 12. juli 1973 i sag 70/72 har Domstolen bekræftet dette, idet det i præmis 13 hedder:

»Kommissionen [er], når den fastslår en støtteordnings uforenelighed med fællesmarkedet, ... beføjet til at bestemme, at den pågældende stat skal ophæve eller ændre ordningen; denne ophævelse eller ændring kan, for at den kan få praktisk virkning, indebære en pligt til tilbagebetaling af støtte ydet i strid med Traktaten, således at Kommissionen, hvis tilbagesøgning ikke sker, kan forelægge spørgsmålet for Domstolen ...

da det er traktatens mål effektivt at bringe traktatkrænkelser og disses følger, både allerede indtrådte og fremtidige, til ophør, tilkommer det de fællesskabsmyndigheder, der har til opgave at sikre Traktatens overholdelse, at bestemme det omfang, hvori den medlemsstaten påhvilende forpligtelse i givet fald kan konkretiseres i begrundede udtalelser eller beslutninger i medfør af artikel 169 eller 93, stk. 2, eller i en til Domstolen indgivet stævning.«

Da sagsøgte også har henvist til dommen af 12. juli 1973 i sag 70/72 til støtte for sin påstand om, at man ikke behøvede at følge sagsøgerens beslutning, skal der i den forbindelse henvises til, at den beslutning fra Kommissionen, der lå til grund for dommen i sag 70/72, ikke kan sammenlignes med

9 — Dom af 14. 11. 1984 i sag 323/82 — SA Intermills mod Kommissionen — Sml. 1984, s. 3809.

Kommissionens beslutning af 16. februar 1983.

I Kommissionens beslutning af 17. februar 1971 om støtte ydet i medfør af § 32 i lov om tilpasning og sanering af tyske kulmine- og mineområder er følgende fastsat ved beslutningens [10] artikel 1:

» Forbundsrepublikken Tyskland [træffer]... uopholdeligt alle *nødvendige* foranstaltninger for... at standse den *ikke-selektive* ydelse af investeringspræmier.«

Denne beslutning var rent faktisk ubestemt, idet der skulle træffes *nødvendige foranstaltninger* for at indstille den *ikke-selektive* ydelse af investeringspræmier. Hvilke foranstaltninger, der skulle træffes, og hvad der skulle forstås ved en *ikke-selektiv* ydelse af præmier, havde sagsøgeren i den daværende sag imidlertid ikke godtgjort. Derfor nåede Domstolen i den nævnte dom til den opfattelse, at i betragtning af usikkerheden med hensyn til en af de væsentlige sider af det af Kommissionen nedlagte forbud kunne man ikke lægge de tyske myndigheder til last, at de traf de nødvendige forholdsregler for at beskytte de legitime interesser hos investorerne i de zoner, som senere skulle udelukkes fra den omhandlede støtte.

Det forholder sig imidlertid ganske anderledes i nærværende sag, da den konkrete foranstaltning, der skal omgøres, er entydigt bestemt, og der ved ophævelse af støtten kun kan forstås tilbageførsel til kapitalgiveren af den retsstridigt indskudte kapital.

Det forhold, at der i andre af sagsøgte anførte tilfælde var sket ophævelse af støtten på en anden måde, ændrer intet ved dette resultat. I disse andre tilfælde blev der nemlig ad forhandlingsvejen opnået enighed mellem sagsøgte og sagsøgeren — i modsætning til det her foreliggende tilfælde — om vilkårene for ophævelsen.

Endelig har sagsøgte afsluttende anført, at sagsøgeren alene har påbudt ophævelse af støtten, derimod ikke dømt den virksomhed til undergang, som støtten er kommet til gode. Da ophævelsen af støtten imidlertid nødvendigvisvil have virksomhedens undergang til følge, kunne sagsøgeren efter sagsøgtes opfattelse ikke have haft tilbageførslen af den indskudte kapital til kapitalgiveren for øje.

Det er givetvis rigtigt, at sagsøgeren ikke har anordnet virksomhedens undergang. Kommissionen ville heller ikke være beføjet hertil.

Sagsøgtes anbringende kan derfor kun forstås således, at sagsøgeren ikke skulle have været sig bevidst, hvilke følger gennemførelsen af beslutningen ville medføre.

Imidlertid har sagsøgeren utvivlsomt indset disse følger, hvilket lader sig fastslå på grundlag af præamblen til beslutningen. Kommissionen har nemlig heri anført følgende:

»En sådan støtte, der tager sigte på at opretholde produktionskapacitet, vil kunne fordreje konkurrencevilkårene i særlig alvorlig grad, for *normalt ville markedsforholdene føre til lukning af den pågældende virksomhed*, hvilket i en situation med overskydende kapacitet inden for den pågældende sektor ville give mere konkurrencedygtige virksomheder mulighed for at udvikle sig.«

At der i en økonomisk situation, der kendetegnes af overkapacitet, i nødsfald muligvis

10 — EFT 1971 L 57, s. 19.

sker lukning af de virksomheder, hvis overlevelse efter markedsforholdene ikke er mulig, og som der heller ikke kan ydes retmæssigstøtte til — netop dette er hensigten og formålet med det almindelige forbud mod støtte i EØF-traktaten.

Jeg er herefter af den opfattelse, at man må forkaste sagsøgtes anbringende om, at sagsøgerens beslutning af 16. februar 1983 ikke er tilstrækkelig konkretiseret og derfor heller ikke kan efterleves.

2. *Var det retligt umuligt at gennemføre beslutningen af 16. februar 1983?*

Sagsøgte har anført, at det ville være retligt umuligt at bringe den statslige deltagelse i den nævnte virksomhed til ophør derved, at kapitalen blev tilbagebetalt til kapitalgiveren. Dette ville stride mod bestemmelser i henhold til national (belgisk) ret og fællesskabsretten. Efter begge retsordener kan der kun ske udlodninger til aktionærerne af en virksomheds overskud, der imidlertid ikke foreligger i det konkrete tilfælde.

Vedrørende dette anbringende skal det indledningsvis bemærkes, at den anfægtede kapitaltilførsel fra først af indebar en overtrædelse både i formen af EØF-traktatens artikel 93, stk. 3, og materielt af EØF-traktatens artikel 92.

I henhold til EØF-traktatens artikel 93, stk. 3, skulle der ske meddelelse til sagøgeren af den påtænkte indførelse af støtteforanstaltningen. Støtteforanstaltningen måtte ikke gennemføres, før sagsøgeren havde truffeten endelig beslutning. Sagsøgte har tilsidesat begge forpligtelser, hvorfor den gennemførte kapitaltilførsel var retsstridig.

Endvidere var støtteforanstaltningen også materielt reststridig, idet den ikke var forenelig med fællesmarkedet, jfr. EØF-traktatens artikel 92. Dette fremgår som allerede flere gange anført af sagsøgerens retskraftige beslutning af 16. februar 1983.

Hvad tilbageførslen af støtten angår, har sagsøgte påberåbt sig Rådets direktiv af 13. december 1976 [11].

Denne argumentation er imidlertid ikke rigtig. Ganske vist passer det, at det nævnte direktiv, særlig dets artikler 15 ff. og 32 ff. indeholder beskyttelsesbestemmelser til fordel for aktieselskabers kreditorer. Således er ifølge artikel 15 uddelinger til aktionærer forbudt, dersom den tegnede kapital derved ville blive mindre. Ifølge artikel 32 skal der ved kapitalnedsættelse stilles sikkerhed for kreditorkrav, som endnu ikke er forfaldne; der må ikke finde nogen betaling sted til fordel for aktionærerne, før kreditorerne er fyldestgjort.

Til grund for de to nævnte bestemmelser ligger utvivlsomt det princip, at et aktieselskabs hæftende kapital blandt andet skal tjene selskabets kreditorer til sikkerhed og derfor ikke må afkortes til ugunst for dem. Denne tanke spiller imidlertid ingen rolle i det foreliggende tilfælde.

Artikel 15 regulerer tilfælde, hvor der sker udlodninger til aktionærerne, der kun må ske af selskabets overskud. Da den nævnte virksomhed ubestridt ikke råder over noget overskud, er det udelukket, at tilbagebetalingen af den retsstridigt stedfundne kapitaldeltagelse sker i form af udlodning.

11 — Rådets Andet Direktiv af 13. 12. 1976 om samordning af de garantier, de kræves i medlemsstaterne af de i artikel 58, stk. 2, i traktaten nævnte selskaber til beskyttelse af savel selskabsdeltagernes som tredjemands interesser, for sa vidt angår stiftelsen af aktieselskabet samt bevarelsen af og ændringer i dets kapital, med det formal at gøre disse garantier lige byrdefulde (EFT 1977 L 26, s. 1).

Ligeledes gælder det, at artikel 32 ikke finder anvendelse, idet bestemmelserne om kapitalnedsættelse kun kan angå nedsættelse af den *retmæssigt* tegnede kapital. Da der imidlertid i nærværende tilfælde er tale om at ophæve en *retsstridig* kapitaltilførsel, kan disse bestemmelser ikke finde anvendelse til fordel for aktieselskabets kreditorer, eftersom disse ikke har noget krav på, at retsstridigt tegnet egenkapital bevares som sikkerhed for deres krav på aktieselskabet.

Denne fortolkning af det nævnte direktiv må nødvendigvis være rigtig. En modsat fortolkning ville nemlig *rejse tvivl om direktivets gyldighed*, idet det i så fald ville være i modstrid med bestemmelserne i EØF-traktatens artikel 92 og 93. Det er nemlig fællesskabsorganerne forbudt at genemføre retsregler, der står i modsætning til traktatbestemmelser eller som blot kan påvirke disses faktiske virkning.

Sagsøgte kan derfor ikke påberåbe sig Rådets direktiv af 13. december 1976 for at unddrage sig de forpligtelser, der påhviler sagsøgte i henhold til bestemmelserne i EØF-traktatens artikel 92 og 93.

Det samme gælder anbringendet om, at gældende national ret stiller sig i vejen for tilbageføringen. Efter Domstolens faste praksis kan medlemsstaterne nemlig ikke påberåbe sig bestemmelser, praksis eller forhold i deres nationale retsorden som begrundelse for ikke at overholde deres forpligtelser i henhold til fælleskabsretten [12].

Heller ikke den almindelige henvisning til beskyttelsen af »uskyldig tredjemand«, altså virksomhedens kreditorer, kan lægges til grund. Beskyttelseshensynet kan ikke fremdrages for efterfølgende at begrunde støtte, der er gennemført under overtrædelse af fællesskabsretten. Dersom tredjemand måtte være blevet påført et tab gennem den retsstridige optræden fra sagsøgtes myndigheders side, må disse henvises til den nationale retsvej og de nationale bestemmelser vedrørende offentlige organers ansvar for deres retsstridige forhold.

C — Jeg skal derfor foreslå, at følgende afgørelse kendes for ret:

1) Kongeriget Belgien har tilsidesat en forpligtelse i henhold til EØF-traktaten, idet det ikke har efterkommet Kommissionens beslutning af 16. februar 1983 om den belgiske regerings støtte til en virksomhed inden for sektoren for santitetsartikler af keramik.

2) Kongeriget Belgien betaler sagens omkostninger.

12 — Jfr. f.eks. dommen af 28. 3. 1985 i sag 215/83 — Kommissionen mod kongeriget Belgien — Sml. 1985, s. 1045.