FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT V. TRSTENJAK

fremsat den 19. februar 2009 [1]

1. Denne appel er blevet iværksat af Kommissionen mod Rettens dom af 12. september 2007, Friedrichshafen mod Kommissionen (sag T-196/02, Sml. II, s. 2889, herefter »den appellerede dom«). Ved denne dom annullerede Retten delvis Kommissionens beslutning 2002/898/EF af 9. april 2002 om Tysklands statsstøtte til SKL-M Motoren und Systembautechnik GmbH (herefter »SKL-M«) (herefter »den anfægtede beslutning«).

2. I den anfægtede beslutning fastsatte Kommissionen for det første påbud om tilbagesøgning af den til SKL-M ydede statsstøtte på 34,26 mio. EUR. Den delvise annullation vedrører den anfægtede beslutnings artikel 3, stk. 2, hvorved Kommissionen fastsatte påbud om tilbagesøgning af en andel på 2,71 mio. EUR af den til SKL-M ydede støtte hos MTU Friedrichshafen GmbH (herefter »indstævnte«) som solidarisk skyldner.

3. Det indholdsmæssige tyngdepunkt i denne appel udgøres af fortolkningen og anvendelsen af artikel 13, stk. 1, tredje punktum, i Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22. marts 1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af EF-traktatens artikel 93 (nu artikel 86 EF) [2]. Det fremgår af denne bestemmelse, at hvis en medlemsstat under en støtteprocedure ikke overholder et påbud om oplysninger, vedtager Kommissionen beslutningen på grundlag af de foreliggende oplysninger.

I — Retsforskrifter

4. I henhold til artikel 87, stk. 1, EF 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, som hovedregel uforenelig med fællesmarkedet, i det omfang den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne.

1 — Originalsprog: tysk.

2 — EFT L 83, s. 1.

5. Forordning nr. 659/1999 regulerer proceduren vedrørende støtte. Denne forordnings artikel 10-15 regulerer proceduren vedrørende ulovlig støtte. I henhold til forordningens artikel 10 undersøger Kommissionen omgående oplysninger om en påstået ulovlig støtte [3] og fremsætter om nødvendigt begæring om oplysninger over for den pågældende medlemsstat [4]. Meddeler den pågældende medlemsstat trods en rykkerskrivelse ikke de krævede oplysninger inden udløbet af den af Kommissionen fastsatte frist, eller er oplysningerne ufuldstændige, fremsætter Kommissionen krav om oplysningerne i form af en beslutning [5], hvorved der foretages angivelse af, hvilke oplysninger der kræves, og der fastsættes en passende frist for deres afgivelse [6].

6. Ifølge artikel 13, stk. 1, første punktum, sammenholdt med artikel 4, stk. 4, i forordning nr. 659/1999, indleder Kommissionen efter en foreløbig undersøgelse af, om en anmeldt foranstaltning giver anledning til tvivl om, hvorvidt den er forenelig med fællesmarkedet, den formelle undersøgelsesprocedure. Ifølge denne forordnings artikel 13, stk. 1, andet punktum, sammenholdt med artikel 7, stk. 5, meddeler Kommissionen en negativ beslutning, når den inden for rammerne af den formelle undersøgelsesprocedure drager den konklusion, at støtten er uforenelig med fællesmarkedet. I henhold til denne forordnings artikel 13, stk. 1, tredje punktum, vedtages beslutningen på grundlag af de foreliggende oplysninger, hvis påbuddet om oplysninger ikke overholdes.

7. I henhold til artikel 14, stk. 1, i forordning nr. 659/1999 bestemmer Kommissionen i negative beslutninger om ulovlig støtte, at den pågældende medlemsstat skal træffe alle nødvendige foranstaltninger til at kræve støtten tilbagebetalt fra støttemodtageren. Kommissionen kræver ikke tilbagebetaling af støtten, hvis dette er i strid med et generelt princip i fællesskabslovgivningen.

II — Faktiske omstændigheder, den anfægtede beslutning og den appellerede dom

8. SKL-M er en virksomhed, der udvikler og fremstiller motorer til skibe og energisektoren. SKL-M udgjorde en del af en koncern bestående af østtyske virksomheder, der blev privatiseret i 1994. Efter den oprindelige omstruktureringsplans forlis vedtog Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (herefter »BvS«) at fortsætte omstruktureringen af SKL-M med henblik på et senere salg.

9. Indstævnte er en virksomhed, der bl.a. fremstiller dieselmotorer med stor ydeevne. Som følge af de af BvS foretagne bestræbelser

3 — Artikel 10, stk. 1, i forordning nr. 659/1999.
4 — Artikel 10, stk. 2, første punktum, i forordning nr. 659/1999.
5 — Artikel 10, stk. 3, første punktum, i forordning nr. 659/1999.
6 — Artikel 10, stk. 3, første punktum, i forordning nr. 659/1999.

indgik SKL-M og indstævnte den 5. november 1997 følgende aftaler på baggrund af indstævntes planlagte overtagelse af SKL-M.

10. Den første aftale tildelte indstævnte en option på køb af samtlige andele i SKL-M med mulighed for at købe disse andele for et symbolsk beløb på 1 DEM indtil den 1. december 1999 og derefter for en »rimelig pris« indtil den 31. december 2001.

11. Den anden aftale mellem SKL-M og indstævnte var en gensidig licens- og samarbejdsaftale (Wechselseitiger Lizenz- und Kooperationsvertag, herefter »WLKV«), der havde til formål at etablere en fælles virksomhed. Den fastsatte bestemmelser for fælles udnyttelse af virksomhedernes eksisterende knowhow samt for udvikling, fremstilling og salg af to nye motortyper.

12. Der blev ligeledes den 5. november 1997 indgået en aftale om udbetaling af omstruktureringsstøtte til SKL-M mellem delstaten Sachsen-Anhalt og SKL-M.

13. Ved skrivelse af 9. april 1998 underrettede de tyske myndigheder Kommissionen om BvS' støtteforanstaltninger til fordel for SKL-M. Eftersom en del af disse støtteforanstaltninger allerede var blevet gennemført, blev proceduren registreret som ikke-anmeldt støtte under sagsnummer NN 56/98. På grund af retsusikkerhed angående tildeling af støtten til SKL-M gav indstævnte afkald på at overtage SKL-M. Imidlertid fortsatte de to virksomheder deres samarbejde inden for rammerne af WLKW.

14. Den 15. juni 2000 gjorde indstævnte sin ret i henhold til artikel 5 i WLKV gældende. I henhold til denne bestemmelse fik indstævnte mod en engangsbetaling eneret til at udnytte den af WKLV omfattede knowhow i forhold til tredjemand. Med engangsbetalingen skulle de af SKL-M afholdte udviklingsomkostninger godtgøres. Størrelsen på denne engangsbetaling var fastsat i henhold til det i bilag I til WLKV aftalte budget. Den udgjorde i alt 3,43 mio. EUR. I juli 2000 blev den af artikel 5 i WLKV omfattede knowhow opgjort og stillet til indstævntes rådighed. Som modydelse betalte indstævnte det fastsatte beløb til SKL-M.

15. Efter en foreløbig undersøgelse af de af de tyske myndigheder fremlagte oplysninger var Kommissionen af den opfattelse, at de omtvistede foranstaltninger gav anledning til alvorlig tvivl om deres forenelighed med fællesmarkedet. Kommissionen gav ved skrivelse af 8. august 2000 de tyske myndigheder meddelelse om, at den ville indlede den formelle undersøgelsesprocedure. Denne

beslutning blev offentliggjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* [7], og Kommissionen opfordrede interesserede parter til at fremsætte deres bemærkninger. Ved denne lejlighed anmodede Kommissionen endvidere de tyske myndigheder om at oplyse, hvorvidt indstævnte havde draget fordel af støtte ydet til SKL-M eller ville kunne drage fordel heraf [8].

16. Den 1. september 2000 trådte SKL-M i konkurs.

17. Den 16. oktober 2000 samt den 6. april og 17. oktober 2001 fremsatte Forbundsrepublikken Tyskland sine bemærkninger til beslutningen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure. Ingen interesserede parter har fremsat bemærkninger direkte over for Kommissionen.

18. Ved skrivelse af 19. september 2001 anmodede Kommissionen i henhold til artikel 10 i forordning nr. 659/1999 de tyske myndigheder om fremlæggelse af sådanne oplysninger, som var nødvendige for at foretage en bedømmelse af den til SKL-M ydede støtte. I denne skrivelse rejste Kommissionen på ny spørgsmålet om, hvorvidt en del af den støtte, der var ydet til SKL-M, var blevet benyttet i indstævntes interesse snarere end i SKL-M's. Dette kunne ikke afgøres på grundlag af de foreliggende omstændigheder. Kommissionen krævede navnlig oplysninger om, hvorvidt den pris, som indstævnte havde betalt for knowhow, var udtryk for denne knowhows aktuelle eller forventede markedsværdi. Kommissionen bekendtgjorde, at den i mangel af sådanne oplysninger ville vedtage en endelig beslutning på grundlag af de oplysninger, den var i besiddelse af. Den opfordrede myndighederne til også at fremsende skrivelsen til indstævnte.

19. Den 9. november 2001 meddelte Kommissionen de tyske myndigheder, at såfremt de ikke efterkom påbuddet om at fremlægge oplysninger, ville beslutningen i overensstemmelse med artikel 13, stk. 1, i forordning nr. 659/1999 blive vedtaget på grundlag af de foreliggende oplysninger.

20. Ved skrivelse af 23. januar, 26. februar og 11. marts 2002 reagerede de tyske myndigheder på opfordringen om at fremlægge oplysninger. Ved skrivelse af 5. marts 2002 fremsendte de ligeledes til Kommissionen indstævntes bemærkninger angående spørgsmålet om beslutningen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure, bl.a. for så vidt som den vedrørte udnyttelsen af knowhow og den engangsbetaling, som indstævnte havde ydet SKL-M.

7 — EFT 2001 C 27, s. 5.
8 — Punkt 103 i beslutningen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure.

A — *Den anfægtede beslutning*

21. Den 9. april vedtog Kommissionen den anfægtede beslutning. Den fastslog herved, at Forbundsrepublikken Tyskland trods påbuddet om at fremlægge oplysninger ikke havde fremlagt tilstrækkelige oplysninger til, at det kunne udelukkes, at indstævnte indirekte gennem WKLV havde draget fordel af den til SKL-M ydede støtte. Kommissionen måtte derfor træffe afgørelse på grundlag af de foreliggende omstændigheder [9].

22. Den pris, som indstævnte betalte til SKL-M for overdragelsen af knowhow, var 2,71 mio. EUR lavere end de af SKL-M faktisk afholdte udviklingsomkostninger [10].

23. I betragtning 85 til den anfægtede beslutning har Kommissionen lagt til grund, at den støtte til SKL-M, der tjente til udligning af det underskud, der var betinget af knowhow-udviklingen, kan være blevet anvendt i indstævntes interesse snarere end til fordel for SKL-M.

24. I betragtning 86 til den anfægtede beslutning har Kommissionen fastslået, at den omstændighed, at SKL-M i sin egenskab af statskontrolleret virksomhed bar omkostningsrisikoen, ikke harmonerede med princippet om en markedsøkonomisk orienteret investor, og indstævntes deltagelse byggede ikke på en procedure svarende til et offentligt udbud. Kommissionen udledte heraf, at knowhow-overførslen kunne udgøre en overførsel af statsmidler til indstævnte på op til 2,71 mio. EUR.

25. I sine konklusioner i betragtning 87 og 88 fastslog Kommissionen for det første, at Tyskland havde ydet støtte i strid med artikel 88, stk. 3, EF [11]. Følgelig skulle et beløb på 34,26 mio. tilbagesøges hos SKL-M. Eftersom det på grundlag af de foreliggende oplysninger ikke kunne udelukkes, at indstævnte havde profiteret af knowhow-overførslen, skulle et beløb på 2,71 mio. EUR tilbagesøges hos SKL-M og indstævnte som solidariske skyldnere. På grundlag af disse konklusioner pålagde Kommissionen i den anfægtede beslutnings artikel 3, stk. 2, de tyske myndigheder ud af det samlede beløb på 34,26 mio. EUR, som de skulle tilbagesøge hos SKL-M, at tilbagesøge 2,71 mio. EUR hos SKL-M og indstævnte som solidariske skyldnere.

9 — Betragtning 77 og 78 til den anfægtede beslutning.

10 — Betragtning 81 til den anfægtede beslutning.

11 — Kommissionen lagde til grund, at støtten til SKL-M var uforenelig med Fællesskabets rammebestemmelser for statsstøtte til redning og omstrukturering af kriseramte virksomheder (EFT 1994 C 368, s. 12).

B — *Den appellerede dom*

26. Den 28. juni 2002 anlagde indstævnte søgsmål i henhold til artikel 230 EF med påstand om annullation af den anfægtede beslutning. Virksomheden nedlagde i stævningen påstand om annullation af den anfægtede beslutnings artikel 3, stk. 2, for så vidt som denne bestemmelse påbyder tilbagesøgning af en andel på 2,71 mio. EUR af den til SKL-M ydede støtte hos førstnævnte som solidarisk skyldner. Virksomheden underbyggede navnlig sit søgsmål med det argument, at Kommissionen havde foretaget urigtig retsanvendelse ved anvendelsen af artikel 13, stk. 1, i forordning nr. 659/1999.

27. Virksomheden fik medhold ved den appellerede dom. Retten har i sin begrundelse i det væsentlige støttet sig på, at artikel 13, stk. 1, i forordning nr. 659/1999 ikke tillader Kommissionen at foretage tilbagesøgning hos en bestemt virksomhed, når det er rent hypotetisk, om der er overført statslige midler til nævnte virksomhed [12].

12 — Præmis 46 i den appellerede dom.

III — Retsforhandlingerne for Retten og parternes påstande

28. Kommissionens appelskrift af 21. november 2007 er indgået til Domstolen den 23. november 2007. Under den skriftlige forhandling har indstævnte og Kommissionen afgivet indlæg. Der er ikke foretaget mundtlig forhandling.

29. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Den appellerede dom ophæves i det hele.

— Der træffes endelig afgørelse i sagen, og der statueres frifindelse.

— Indstævnte tilpligtes at betale omkostningerne vedrørende appelsagen og vedrørende behandlingen af sag T-196/02 i første instans.

30. Indstævnte har nedlagt følgende påstande:

— Kommissionens appel af Rettens dom af 12. september 2007 i sag T-196/02 forkastes i det hele.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Derudover har indstævnte opretholdt de i første instans nedlagte påstande i fuldt omfang.

IV — Parternes argumenter

31. Kommissionens appel er rettet mod den af Retten i den appellerede doms præmis 46 anførte begrundelse. I den appellerede doms præmis 46 har Retten for det første fastslået, at artikel 13, stk. 1, i forordning nr. 659/1999 ikke tillader Kommissionen at pålægge en bestemt virksomhed en forpligtelse, selv til solidarisk hæftelse, til at tilbagebetale en bestemt del af et støttebeløb, der er blevet erklæret uforeneligt, når det er rent hypotetisk, om der er overført statslige midler til nævnte virksomhed.

32. For det første har Kommissionen alene konstateret, at det på baggrund af de foreliggende omstændigheder ikke kunne udelukkes, at indstævnte har draget fordel af en overførsel af midler til den støttede virksomhed, SKL-M, ved erhvervelsen af knowhow på betingelser, der hævdes at have været fordelagtige. Det følger heraf, at den solidariske forpligtelse til tilbagebetaling, der er indeholdt i den anfægtede beslutning, er støttet på antagelser, som hverken kunne bekræftes eller afkræftes af de oplysninger, som Kommissionen havde til rådighed (den appellerede doms præmis 47).

33. For det andet er de nationale myndigheder i henhold til den anfægtede beslutning forpligtede til at gennemføre tilbagesøgningen over for indstævnte vedrørende den del af støtten, som SKL-M ikke er i stand til at betale. Nævnte myndigheder må ikke prøve denne solidariske forpligtelse. En sådan situation er ikke en nødvendig følge af gennemførelsen af den procedure, der er fastlagt ved EF-traktaten for så vidt angår statsstøtte. Den medlemsstat, der har udbetalt den støtte, der er påbudt tilbagesøgt, er under alle omstændigheder forpligtet til — under Kommissionens kontrol — at kræve tilbagesøgning hos de faktiske modtagere. Det er herved unødvendigt at nævne dem i beslutningen om tilbagesøgning eller, så meget desto mere, at præcisere størrelsen på de beløb, det påhviler hver modtager at tilbagebetale (den appellerede doms præmis 49).

A — *Det første anbringende*

34. Med det første anbringende har Kommissionen i det væsentlige gjort gældende, at Retten i den appellerede doms præmis 49 og 50 med urette lagde til grund, at modtageren ikke kunne identificeres i medfør af artikel 13, stk. 1, tredje punktum, i forordning nr. 659/1999 på grundlag af de foreliggende oplysninger. En sådan begrænset anvendelse af denne bestemmelse har ingen støtte i bestemmelsens ordlyd. For at sikre, at fællesskabskontrollen med støtte er effektiv, er identifikation af modtageren på grundlag af de foreliggende oplysninger tvingende nødvendig. Den omstændighed, at Kommissionen ikke i ethvert tilfælde behøver at identificere støttemodtageren i en eventuel negativ beslutning, betyder ikke, at den er forhindret heri som følge af en medlemsstats manglende samarbejdsvilje.

35. Det er indstævntes opfattelse, at det første anbringende er uvirksomt. Retten har ikke draget den konklusion, som Kommissionen anfægter. I den appellerede dom har Retten blot konstateret, at Kommissionen alene havde støttet sin beslutning vedrørende begunstigelse af indstævnte på en formodning. Såfremt Retten bemærkede, at den faktiske støttemodtager ikke nødvendigvis behøvede at være anført i Kommissionens beslutning, skete dette kun for klarhedens skyld.

36. Det første anbringende er endvidere irrelevant. Den anfægtede beslutning bør annulleres allerede med den begrundelse, at Kommissionen har støttet beslutningen om tilbagesøgning hos indstævnte på en formodning.

37. Desuden er anbringendet ubegrundet. Kommissionen kan ikke støtte en beslutning om tilbagesøgning på formodninger. Den må enten fortsætte med at undersøge de faktiske omstændigheder under den formelle undersøgelsesprocedure eller identificere modtageren inden for rammerne af tilbagesøgningsproceduren i samarbejde med medlemsstaterne.

B — *Det andet anbringende*

38. Med det andet anbringende anfægter Kommissionen for det første, at Retten i den appellerede doms præmis 46 ff. har foretaget en urigtig gengivelse af de krav til en beslutning på det foreliggende grundlag, der stilles i artikel 13, stk. 1, i forordning nr. 659/1999. Hvis en begæring om oplysninger ikke fører til noget resultat, kan Kommissionen vedtage sin beslutning på grundlag af de foreliggende oplysninger. I dette tilfælde kan der ikke forlanges fuldstændig vished. Ellers ville artikel 13, stk. 1, tredje punktum, i forordning nr. 659/1999 blive berøvet sin betydning.

39. For det andet er Rettens antagelse, hvorefter Kommissionen støttede sig på en formodning, efter sidstnævntes opfattelse ikke korrekt. Denne indsigelse kan antages til realitetsbehandling, da den vedrører en retlig kvalificering af de faktiske omstændigheder, der kan være genstand for prøvelse. Anbringendet er endvidere begrundet, eftersom Kommissionen har foretaget en detaljeret gengivelse og bedømmelse af de foreliggende oplysninger, herunder ikke mindst dem, der hidrører fra SKL-M's bobestyrer. Den tilbageværende usikkerhed vedrører kun markedsværdien af den knowhow, som indstævnte overtog.

40. Indstævnte har gjort gældende, at det andet anbringende bør afvises, fordi Kommissionen derved i det væsentlige anfægter et spørgsmål vedrørende faktiske omstændigheder. Kommissionens nærmere bemærkninger er af generel karakter og uden betydning for denne sag. Desuden er anbringendet ugrundet. Kommissionen kan ikke støtte en bebyrdende beslutning på en formodning. Dette har Kommissionen imidlertid gjort både vedrørende spørgsmålet om begunstigelse af indstævnte og vedrørende denne begunstigelses omfang.

V — Retlige bemærkninger

41. Jeg skal i det følgende undersøge det andet anbringende (A) og derefter det første (B). Denne fremgangsmåde følger dommens opbygning, eftersom det andet anbringende er rettet mod den appellerede doms præmis 46-48 og det første mod den appellerede doms præmis 49 og 50. Det forekommer mig endvidere også at være hensigtsmæssig, fordi Rettens begrundelse i den appellerede doms præmis 49 og 50 efter min opfattelse kun er medtaget for fuldstændighedens skyld.

A — *Det andet anbringende*

42. Det andet anbringende omfatter to anfægtelser. Den første anfægtelse angår fortolkningen af artikel 13, stk. 1, i forordning nr. 659/1999 (1), den anden angår Rettens antagelse, hvorefter Kommissionen blot støttede sig på en formodning (2). Begge disse anfægtelser bør efter min mening forkastes.

1. Om fortolkningen af artikel 13, stk. 1, i forordning nr. 659/1999

43. Jeg finder ikke, at der foreligger nogen urigtig retsanvendelse ved den fortolkning, som Retten har foretaget af artikel 13, stk. 1, i forordning nr. 659/1999. Retten har med rette bemærket, at et krav om tilbagesøgning hos en bestemt virksomhed — også når henses til

artikel 13, stk. 1, tredje punktum, i forordning nr. 659/1999, og når de dér anførte betingelser er opfyldt — ikke kun kan være støttet på en formodning om begunstigelse af denne virksomhed.

44. Jeg skal først bemærke, at artikel 13, stk. 1, tredje punktum, i forordning nr. 659/1999 skal fortolkes under hensyn til de betingelser og krav angående Kommissionens beslutninger i støttesager, der følger af den primære ret. Såfremt der skal vedtages en beslutning om tilbagesøgning hos en bestemt virksomhed, kræves det i henhold til artikel 87, stk. 1, EF, at virksomheden har modtaget statsstøtte eller støtte, der ydes ved hjælp af statsmidler, som ved at begunstige den berørte virksomhed fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene og påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne. Ved en samlet vurdering af betingelserne i artikel 87, stk. 1, EF fremgår, at begunstigelsen af den berørte virksomhed udtrykkeligt skal fastslås, mens det vedrørende konkurrencefordrejning er tilstrækkeligt, at der foreligger trussel om en sådan.

45. Det forekommer mig derfor, at det i henhold til den primære ret kræves, at Kommissionen i hvert fald i dens retlige konklusioner skal tage udtrykkeligt stilling til, hvorvidt der foreligger begunstigelse af en virksomhed, når den ønsker at vedtage en beslutning om tilbagesøgning hos denne virksomhed. Den omstændighed, at forordning nr. 659/1999 er en gennemførelsesforordning til artikel 89 EF, betyder efter min opfattelse, at forordningens artikel 13, stk. 1, tredje punktum, ikke ændrer denne betingelse i henhold til den primære ret.

46. Endvidere indeholder bestemmelsen i artikel 13, stk. 1, tredje punktum, i forordning nr. 659/1999 ikke nogen holdepunkter for den antagelse, at Kommissionen i tilfælde af en medlemsstats manglende samarbejde kan støtte en tilbagesøgningsbeslutning på en formodning om begunstigelse af den berørte virksomhed.

47. Ved bestemmelsen i artikel 13, stk. 1, tredje punktum, i forordning nr. 659/1999 har fællesskabslovgiver indarbejdet den faste retspraksis, hvorefter Kommissionen kan træffe afgørelse på grundlag af de foreliggende oplysninger, hvis en medlemsstat undlader at efterkomme et påbud om oplysninger [13]. Denne bestemmelse kan udgøre et yderligere instrument for Kommissionen til at indhente de fornødne oplysninger til brug for beslutninger vedrørende ulovlig statsstøtte, selv når en medlemsstat undlader at samarbejde for at forhindre eller vanskeliggøre vedtagelse af en beslutning [14].

48. Det er min opfattelse, at denne bestemmelse først og fremmest regulerer, i hvilket omfang Kommissionen skal fastlægge de faktiske omstændigheder. Bestemmelsen skaber en balance mellem kontradiktionsprincippet og Kommissionens interesse i så hurtigt som muligt at gribe ind over for støtte, der er i strid med fællesskabsretten. I henhold

13 — Jf. bl.a. Domstolens dom af 14.2.1990, sag C-201/87, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 307, præmis 22, af 21.3.1991, sag C-303/88, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 1433, præmis 47, og af 13.4.1994, forenede sager C-324/90 og C-342/90, Tyskland og Pleuger Worthington mod Kommissionen, Sml. I, s. 1173, præmis 29.

14 — A. Sinnaeve i M. Heidenhain, *Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts*, Beck, 2003, § 34, punkt 6.

til kontradiktionsprincippet er Kommissionen generelt forpligtet til at opfordre medlemsstaten til at fremlægge alle de nødvendige oplysninger [15]. Hvis et sådant påbud fra Kommissionen ikke fører til noget resultat, kan Kommissionen træffe afgørelse på grundlag af de foreliggende oplysninger.

49. Denne bestemmelse har betydning for den judicielle prøvelse af Kommissionens afgørelser. Hvis den berørte medlemsstat trods et udtrykkeligt påbud om oplysninger ikke tilbageviser Kommissionens holdepunkter for, at der foreligger støtte, kan Kommissionen ikke foreholdes at støtte sig på disse holdepunkter, selv når de er kendetegnet ved at være fragmentariske eller ufuldstændige [16]. Artikel 13, stk. 1, tredje punktum, i forordning nr. 659/1999 regulerer således de betingelser, hvorunder Kommissionen kan anse en omstændighed for godtgjort på grundlag af de for den ellers ufuldstændige foreliggende oplysninger [17].

50. Jeg kan hverken af denne bestemmelses affattelse (»vedtages beslutningen på grundlag af de foreliggende oplysninger«) eller af den ved denne bestemmelse indarbejdede retspraksis [18] udlede, at Kommissionen, når et påbud om oplysninger ikke overholdes, er berettiget til at antage, at betingelserne i artikel 87, stk. 1, EF er opfyldt. Artikel 13, stk. 1, tredje punktum, i forordning nr. 659/1999 fritager ikke Kommissionen fra forpligtelsen til faktisk at fastslå, at der foreligger en begunstigelse, idet denne retlige bedømmelse skal støttes på faktiske omstændigheder, ligesom det skal fastslås, at disse faktiske omstændigheder foreligger. Bestemmelsen svækker blot kravene til de beviser, på grundlag af hvilke Kommissionen kan gå ud fra, at de omstændigheder, som den har lagt til grund, faktisk foreligger [19]. Denne fortolkning af artikel 13, stk. 1, tredje punktum, i forordning nr. 659/1999 forekommer mig også nødvendigt, når henses til den ret til forsvar, som medlemsstaten og andre personer, der er berørt af beslutningen, har, idet de har behov for at vide, hvilke antagelser Kommissionen har lagt til grund for beslutningen.

51. I modsætning til, hvad Kommissionen har anført, fører en sådan fortolkning af artikel 13, stk. 1, første punktum, i forordning nr. 659/1999 ikke til, at håndhævelsen af støtteforbuddet hæmmes unødigt. Som det fremgår af ovennævnte, kræves ingen »100%'s sikkerhed« ved Kommissionens bedømmelse af de faktiske omstændigheder. Ved en beslutning, der vedtages på grundlag af de

15 — Dommen i sagen Tyskland og Pleuger Worthington mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 29.

16 — Domstolens dom af 26.9.1996, sag C-241/94, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 4551, præmis 36 og 37, og af 13.6.2002, Nederlandene mod Kommissionen, sag C-382/99, Sml. I, s. 5163, præmis 76, samt Rettens dom af 19.10.2005, sag T-318/00, Freistaat Thüringen mod Kommission, Sml. II, s. 4179, præmis 88.

17 — Denne bestemmelse påvirker dermed beviskravene. Ifølge A. Sinnaeve, nævnt ovenfor i fodnote 14, § 34, punkt 6, lettes bevisbyrden. Se imidlertid J.-P. Keppenne, Une vue d'ensemble des règles de procédure de l'article 88 CE et commentaires sur leur application depuis l'entrée en vigueur du règlement 659/1999, *European competition law*, 2001, s. 205 ff., på s. 234, der lægger til grund, at det drejer sig om en bestemmelse, hvorved bevisbyrden vendes.

18 — Jf. navnlig dommen i sagen Frankrig mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 22, dommen i sagen Italien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 47, og dommen i sagen Tyskland og Pleuger Worthington mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 29.

19 — Se i den forstand formentlig også A. Sinnaeve, nævnt ovenfor i fodnote 14, § 34, fodnote 15 til punkt 6, der henviser til, at Kommissionen også i dette tilfælde skal begrunde sin beslutning, idet begrundelseskravene dog er forenklede.

foreliggende oplysninger, godtages det snarere, at Kommissionen ikke er i besiddelse af alle de oplysninger, der kunne have betydning for bedømmelsen af de omhandlede statslige foranstaltninger.

52. Hvis Kommissionen ikke anser sig for at være i stand til på grundlag af de foreliggende oplysninger at afgøre, om en virksomhed er blevet begunstiget, kan den ikke støtte en beslutning om tilbagesøgning hos denne virksomhed udelukkende på en formodning. Således som Retten med rette for fuldstændighedens skyld har anført i den appellerede doms præmis 49, er medlemsstaterne bundet af beslutningen om tilbagesøgning. De er således forpligtet til at tilbagesøge de påbudte beløb til solidarisk hæftelse hos SKL-M (der er insolvent) og indstævnte, idet de herved ikke kan tage i betragtning, at Kommissionen kun har haft en formodning om, at der forelå en begunstigelse i forhold til indstævnte [20].

53. Således som Retten har fremhævet, kan Kommissionen — i det mindste i et tilfælde som det foreliggende — snarere identificere de faktiske modtagere og de støttebeløb, der i samarbejde med medlemsstaten skal tilbagesøges inden for rammerne af tilbagesøgningsproceduren, hvorved medlemsstaten er forpligtet til at samarbejde [21].

20 — Den appellerede doms præmis 49.
21 — Den appellerede doms præmis 50.

54. Jeg skal derfor konkludere, at Kommissionen på grundlag af nævnte betragtninger ikke udelukkende kan støtte en beslutning om tilbagesøgning på en formodning, selv om betingelserne i artikel 13, stk. 1, tredje punktum, i forordning nr. 659/1999 er opfyldt. Retten har derfor i den appellerede dom foretaget en korrekt fortolkning af artikel 13, stk. 1, tredje punktum, i forordning nr. 659/1999.

2. Om Rettens konstatering af, at Kommissionen udelukkende har støttet sig på en formodning

55. Kommissionen har gjort gældende, at Retten med urette lagde til grund, at Kommissionen støttede den anfægtede beslutning på en formodning. Kommissionen fastslog derimod, at overdragelse af knowhow på vilkår, der ikke var markedsmæssige, medførte en begunstigelse af indstævnte.

56. Denne indsigelse bør efter min opfattelse antages til realitetsbehandling. Ganske vist kan Rettens fastlæggelse af de faktiske omstændigheder som hovedregel ikke være genstand for prøvelse. Imidlertid omfatter urigtig retsanvendelse såvel urigtig fortolkning af en retsnorm som urigtig retlig kvalificering af de faktiske omstændigheder i

forhold til en retsnorm [22]. For så vidt som Kommissionen har gjort gældende, at Retten foretog urigtig retsanvendelse, idet den kvalificerede det (ubestridte) indhold af den anfægtede beslutning som en formodning, er det min opfattelse, at indsigelsen bør antages til realitetsbehandling.

57. Indsigelsen er imidlertid ugrundet. Retten har med rette fastslået, at Kommissionen blot formodede, at der forelå en overførsel af statsmidler til indstævnte, og ikke positivt fastslog, at dette var tilfældet.

58. I betragtning 85 til den anfægtede beslutning har Kommissionen lagt til grund, at den omhandlede støtte *kunne* være blevet anvendt i indstævntes interesse snarere end til fordel for SKL-M. I betragtning 86 har Kommissionen fastslået, at knowhow-overførslen *kunne* udgøre en overførsel af statsmidler til indstævnte på op til 2,71 mio. EUR. For så vidt som Kommissionen i betragtning 87 har konkluderet, at Tyskland ulovligt har ydet den omhandlede støtte i strid med EF-traktatens artikel 88, stk. 3, EF, kan heller ikke denne konklusion antages at indeholde en forudsætningsvis fastlæggelse af, at der forelå en begunstigelse af indstævnte. I betragtning 88 har Kommissionen nemlig på ny anført, at *det ikke kan udelukkes*, at der er sket overførsel af statsmidler. Kommissionen har herved gjort det klart, at det for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt der forelå en begunstigelse af indstævnte, udelukkende drejede sig om en formodning.

59. Der foreligger følgelig ikke noget grundlag i den anfægtede beslutning for det af Kommissionen under appelsagen fremførte argument, hvorefter den ikke eller kun for så vidt angik fordelens størrelse støttede sig på en formodning. Kommissionen havde derimod kun opstillet en formodning vedrørende overførsel af statsmidler og dermed ladet spørgsmålet om, hvorvidt der forelå en begunstigelse, stå åbent.

60. Retten fastslog derfor med rette, at Kommissionen udelukkende støttede sig på en formodning vedrørende spørgsmålet om begunstigelse af indstævnte.

61. Da Kommissionen har fremført argumenter til støtte for, at den i denne sag skulle tage udtrykkelig stilling til spørgsmålet om begunstigelsen af indstævnte, og indstævnte har gjort gældende, at Kommissionen ikke skulle tage stilling hertil, er disse argumenter uden betydning for denne appelsag. Eftersom Retten ikke har bemyndigelse til at sætte sin egen begrundelse i stedet for Kommissionens [23], er det kun den begrundelse, som

22 — Domstolens dom af 1.6.1994, sag C-136/92 P, Kommissionen mod Brazzelli Lualdi m.fl., Sml. I, s. 1981, præmis 49. Jf. i herved punkt 3 i generaladvokat van Gervens forslag til afgørelse af 26.6.1991 i sag C-145/90 P, Costacurta mod Kommissionen, Sml. I, s. 5449.

23 — Domstolens dom af 27.1.2000, sag C-164/98 P, DIR International Film m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 447, præmis 44-48.

Kommissionen faktisk har angivet i sin beslutning, der har betydning, og ikke den begrundelse, som Kommissionen kunne have angivet.

3. Foreløbig konklusion

62. Som følge heraf må det andet anbringende forkastes som ugrundet.

B — *Det første anbringende*

63. Med det første anbringende har Kommissionen gjort gældende, at Retten i den appellerede doms præmis 49 og 50 med urette fastslog, at modtageren ikke kunne identificeres i medfør af artikel 13, stk. 1, tredje punktum, i forordning nr. 659/1999 på grundlag af de foreliggende oplysninger.

64. Dette anbringende er uvirksomt. Den appellerede dom bør opretholdes, allerede fordi Retten med rette foretog delvis annullation af den anfægtede beslutning af de ovenfor anførte grunde. Kommissionen var ikke berettiget til at støtte sin beslutning til skade for indstævnte på en formodning [24].

65. Dette anbringende bør efter min opfattelse endvidere forkastes, eftersom der herved rejses kritik af en antagelse, som Retten ikke har lagt til grund. I modsætning til, hvad Kommissionen har gjort gældende, har Retten ikke i den appellerede doms præmis 49 og 50 fastslået, at identifikation af en støttemodtager på grundlag af de foreliggende oplysninger principielt er udelukket.

66. I den appellerede doms præmis 46 har Retten fastslået, at artikel 13 stk. 1, i forordning nr. 659/1999 ikke tillader Kommissionen at støtte en beslutning om tilbagesøgning hos en bestemt virksomhed på en formodning om overførsel af statslige midler til denne virksomhed. Retten har i den appellerede doms præmis 49 og 50 for fuldstændighedens skyld fastslået, at de nationale myndigheder ikke kan anfægte en beslutning om tilbagebetaling, selv om denne beslutning kun er støttet på en formodning, og at disse i tilfælde af SKL-M's manglende betalingsdygtighed skal tilbagesøge den fastsatte andel hos indstævnte. Retten fastslog endvidere, at de primærretlige bestemmelser på støtteområdet ikke i alle tilfælde kræver, at den begunstigede eller støttebeløbets størrelse angives allerede i tilbagesøgningsbeslutningen.

24 — Jf. Domstolens dom af 12.7.2001, forenede sager C-302/99 P og C-308/99 P, Kommissionen og Frankrig mod TF1, Sml. I, s. 5603, præmis 26-29.

67. Jeg kan ikke af nogen af disse betragtninger udlede den konstatering, som Kommissionen har anfægtet, hvorefter muligheden for at vedtage en beslutning på grundlag af de foreliggende oplysninger i henhold til artikel 13, stk. 1, tredje punktum, i forordning nr. 659/1999 i princippet ikke finder anvendelse vedrørende identifikation af støttemodtageren eller den tilbagebetalingspligtige.

68. På denne baggrund er spørgsmålet, hvorledes et anbringende, hvorved det gøres gældende, at en antagelse, som Retten ikke har lagt til grund, udgjorde urigtig retsanvendelse, skal behandles processuelt.

69. Indstævnte har gjort gældende, at det første anbringende bør forkastes som uvirksomt. For denne fremgangsmåde kunne i denne sag tale, at det andet anbringende vedrører en begrundelse, hvorpå den appellerede dom faktisk ikke er støttet. Det er imidlertid min opfattelse, at et anbringende kun bør forkastes som uvirksomt, når der ikke foreligger nogen berettiget interesse i prøvelse heraf, eftersom en godtagelse af anbringendet ikke ville kunne føre til ophævelse af den appellerede dom. Såfremt en appellant lægger en urigtig præmis til grund, påvirker det ikke appellantens interesse i undersøgelse af anbringendet som sådan. Spørgsmålet om, hvorvidt Retten i den appellerede dom har foretaget den konstatering, således som appellanten har gjort gældende, eller ej, udgør et spørgsmål om, hvorvidt anbringendet er begrundet [25].

25 — Jf. i denne retning Domstolens dom af 6.3.1997, sag C-150/96, Galtieri mod Parlamentet, Sml. I, s. 1229, præmis 15 og 16.

70. Det første anbringende er derfor uvirksomt af de grunde, der er anført i punkt 64 i dette forslag til afgørelse og bør endvidere forkastes som ugrundet af de grunde, der er anført i punkt 65-69 i dette forslag til afgørelse.

C — *Foreløbig konklusion*

71. Appellen bør således forkastes i sin helhed.

VI — Sagens omkostninger

72. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, som ifølge artikel 118 finder tilsvarende anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har tabt sagen, og indstævnte har nedlagt påstand om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger, bør det pålægges Kommissionen at betale appelsagens omkostninger.

VII — Forslag til afgørelse

73. I betragtning af det ovenfor anførte foreslår jeg derfor Domstolen at træffe følgende afgørelse:

»— Appellen forkastes.

— Kommissionen betaler appelsagens omkostninger.«