FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ

fremsat den 11. januar 1994 *

Hr. præsident,
De herrer dommere,

A — Indledning

1. Nærværende præjudicielle sag blev indledt med en anmodning fra Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Den rejser nogle spørgsmål om fortolkningen og anvendelsen af artikel 90 i EØF-traktaten [1] i forbindelse med dels de fællesskabsretlige konkurrenceregler for virksomhederne, dels bestemmelserne om statsstøtte.

2. Ifølge den forelæggende ret er spørgsmålene relevante med henblik på at bedømme gyldigheden af en bestemmelse i en medlemsstat om afgiftsfritagelse for offentlige kreditinstitutter. Hovedsagen, der verserer mellem Banco de Crédito Industrial SA, der senere er overtaget af Banco Exterior de España SA, og de kommunale myndigheder i Valencia, udspringer af en meddelelse om opkrævning af kommunal afgift for regnskabsårene 1983-1986 på anvendelse af faste ejendomme og husrum til erhvervsformål.

3. Sagsøgeren i hovedsagen, Banco de Crédito Industrial SA, anlagde sag ved forvaltningsdomstolene vedrørende afgiftsopkrævningen. Herunder henviste sagsøgeren bl. a. til bestemmelserne om afgiftsfritagelse for offentlige kreditinstitutter i artikel 29 i lov nr. 13/71 [2], der lyder som følger:

»Offentlige kreditinstitutter er fritaget for enhver form for afgift til stat, provins, kommune og til andre offentligretlige organer og virksomheder, selv om de i øvrigt opfylder betingelserne for afgiftspligt med hensyn til disse afgifter.«

4. Den forelæggende ret anfører, at det centrale punkt i spørgsmålet er, om EØF-traktatens artikel 90, stk. 1, 2 og 3, eventuelt er tilsidesat som følge af artikel 29 i lov nr. 13/71, fordi den deri hjemlede afgiftsfritagelse for offentlige kreditinstitutter kan

* Originalsprog: tysk.

1 — Siden den 1.11.1993 EF-traktaten, jf. traktat om Den Europæiske Union af 7.2.1992 (EFT C 191 af 29.7.1992).

2 — Lov nr. 13/71 af 19.6.1971 om det offentlige kreditvæsens struktur og funktion; BOE af 21.6.1971.

udgøre et misbrug af en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf fra en eller flere virksomheders side, og den derved kan være i strid med princippet om den frie konkurrence, eller fordi støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form, som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene, er uforenelig med EØF-traktaten. Offentlige virksomheder er med de begrænsninger, der følger af artikel 90, omfattet af forbuddet mod misbrug i artikel 86. Der må imidlertid også tages hensyn til, at virksomheden ikke handler for egen regning, men som det offentliges repræsentant med henblik på gennemførelsen af regeringens økonomiske politik. I denne situation synes hovedreglen i artikel 86 ikke at finde anvendelse vedrørende artikel 90, stk. 2 — dog stadig kun for så vidt angår gennemførelsen af de nævnte opgaver.

5. Det fremgår af anmodningen om præjudiciel afgørelse, at Banco de Crédito Industrial er et erhvervsdrivende aktieselskab, hvis aktier tilhører Instituto de CréditoOficial (ICO). Efter den forelæggende rets opfattelse er det sikkert, at en offentlig institution, hvis aktier tilhører ICO, og hvis retsgrundlag og opgaver bl. a. er fastlagt i artikel 6 og 87 i Ley General Presupuestaria (den almindelige budgetlov), er et statsligt selskab, der uden for de områder, hvor Ley General Presupuestaria finder anvendelse, er omfattet af handelsretten. Som det fremgår af lovens artikel 6, stk. 3, er offentligretlige institutioner (og ikke selskaber) undergivet den offentlige ret for så vidt angår det årlige program for deres virksomhed, investeringer og finansiering.

6. Den forelæggende ret har forelagt Domstolen følgende spørgsmål til besvarelse:

»Udgør den fritagelse for enhver form for afgift til stat, provins, kommune og til andre offentligretlige organer og virksomheder, som efter loven tilkommer offentlige kreditinstitutter, selv om de i øvrigt opfylder betingelserne for afgiftspligt med hensyn til disse afgifter (artikel 29 i lov nr. 13/71 af 19.6.1971 om det offentlige kreditvæsens struktur og funktion), en tilsidesættelse af princippet om den frie konkurrence, idet en eller flere virksomheder derved misbruger en dominerende stilling på hele fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf?

Må enhver form for statsstøtte anses for uforenelig med traktaten, når den ydes ved hjælp af offentlige midler og fordrejer eller truer med at fordreje den frie konkurrence ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner?

Må den nævnte fritagelse anses for en tilsidesættelse af artikel 90 og følgelig af artikel 7 og 85-94 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab,

undertegnet i Rom den 25. marts 1957, og af artikel 2, 9, 35 og 51 i tiltrædelsesakten til traktaten, undertegnet i Madrid og Lissabon den 12. juni 1985, når henses til de interne bestemmelser i spansk ret og konkret artikel 29 i lov nr. 13/71 af 19. juni 1971 om det offentlige kreditvæsens struktur og funktion?«

7. Der er i sagen afgivet indlæg af sagsøgte i hovedsagen, af den spanske regering, af den græske regering og af Kommissionen. Domstolen har stillet et spørgsmål til procesdeltagerne.

8. *Sagsøgte i hovedsagen*, kommunalforvaltningen i Valencia, mener, at den præjudicielle anmodning er overflødig. Opkrævningerne for regnskabsårene 1983, 1984 og 1985 vedrører en periode, der ligger før Spaniens tiltrædelse af EØF. Opkrævningen for 1986 er lovlig.

9. *Kongeriget Spaniens regering* har også anført, at de forelagte spørgsmål kun kan være relevante for opkrævningen for regnskabsåret 1986, da Spanien ikke var medlem af De Europæiske Fællesskaber før dette tidspunkt. Regeringen har endvidere gjort opmærksom på, at opkrævningerne for senere regnskabsår ikke er blevet anfægtet, og at de ved lov nr. 13/71 indførte skattefordele blev afskaffet med virkning fra den 31. december 1989 [3].

10. Vedrørende spørgsmålet, om den omtvistede fritagelse kan anses for et misbrug af en dominerende stilling, har den spanske regering anført, at selv om der tages hensyn til, at staten kontrollerer de offentlige kreditinstitutter, og at disse står under en fælles ledelse, der fastlægger en ensartet politik, kan det ikke antages, at deres virksomhed inden for det almindelige spanske bankvæsen i 1986 var af så væsentlig betydning, at der forelå en dominerende stilling. Deres aktuelle markedsandel er under 15%. Det kan dernæst næppe heller antages, at de skattefordele, som de offentlige myndigheder har indrømmet, har ført til en dominerende stilling for de afgiftsfritagne banker eller kan være et misbrug af en dominerende stilling fra disses side.

11. Det er i øvrigt — stadig ifølge den spanske regering — mere relevant at behandle det præjudicielle spørgsmål under hensyn til bestemmelserne om støtte, da afgiftsfritagelsen gælder til fordel for visse virksomheder inden for et bestemt erhvervsområde. Der må tages hensyn til, at en afgift, der alene gælder for de offentlige banker, muligvis kan fordreje konkurrencen og følgelig i medfør

3 — Lov nr. 39/88 af 28.12.1988, Ley de Haciendas Locales (lov om kommunernes økonomi).

af artikel 92 være uforenelig med fællesmarkedet. I denne forbindelse må man ganske vist tage hensyn til det afgiftsfritagne selskabs opgaver såvel som til den omstændighed, at det varetager disse opgaver alene og med eneret. På denne baggrund er den omtvistede afgiftsfritagelse ikke en støtte, der er uforenelig med artikel 92.

12. Den spanske regering henviser i denne forbindelse først til, at det offentlige kreditvæsen i præamblen til lov nr. 13/71, som var i kraft i 1986, beskrives som en obligatorisk statslig opgave, hvis formål er at kanalisere opsparingen til investeringer, der ud fra hensynet til samfundets interesser fortjener særlig opmærksomhed. Artikel 1 definerer det offentlige kreditvæsen i lovens forstand som »enhver virksomhed, der udøves af de offentlige kreditinstitutter ...«. Det fremgår af bestemmelsen, at de offentlige kreditinstitutter kun må udføre sådanne former for virksomhed, der hører til det offentlige kreditvæsen, og at hele deres virksomhed er direkte reguleret i loven.

13. Med hensyn til fastlæggelsen af de principper, som gælder for det offentlige kreditvæsen, har den spanske regering i første række nævnt det princip, der i lovens artikel 2 defineres således:

»a) fortrinsvis anvendelse til at opfylde målene i de økonomiske og sociale udviklingsplaner samt, under overholdelse af dette princip, valg af engagementer på grundlag af projekternes rentabilitet og under hensyn til områdernes økonomiske og sociale betydning.«

14. Det fremgår af disse bestemmelser som helhed, at de offentlige kreditinstitutter varetager en opgave af almen interesse, nemlig forvaltningen af det offentlige kreditvæsen og alene denne opgave. Den omtvistede afgiftsfritagelse kan ikke føre til konkurrenceforvridninger uden for det offentlige kreditvæsen på grund af afgrænsningen af dette aktivitetsområde. Lån til handel og industri såvel som lån til private er forbeholdt bankerne, der arbejder på konkurrencevilkår. Inden for det offentlige kreditvæsen har almene hensyn større betydning end ønsket om vinding, således som det også fremgår af angivelsen af selskabsformålet i artikel 2 i vedtægterne for Banco de Crédito Industrial. Endelig er den omtvistede afgiftsfritagelse heller ikke uforholdsmæssig.

15. Kongeriget Spanien har under henvisning til Domstolens dom i sag C-202/88 [4] påberåbt sig artikel 90, stk. 2. Denne bestemmelse skal netop forene medlemsstaternes interesse i at anvende bestemte virksomheder, navnlig virksomheder inden for den

4 — Dom af 19.3.1991, sag C-202/88, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 1223.

offentlige sektor, som redskab for den økonomiske politik eller skattepolitikken med Fællesskabets interesse i, at konkurrencereglerne overholdes og fællesmarkedets enhed sikres. Kongeriget Spanien har foreslået Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål således:

»Den omstændighed, at en virksomhed, som udelukkende har fået overdraget forvaltningen af det offentlige kreditvæsen, er fritaget for en kommunal afgift, der opkræves ved brug eller anden anvendelse af lokaler af enhver art til udøvelse af en virksomhed af almindelig økonomisk interesse,

1) udgør intet misbrug af en dominerende stilling

2) er ikke en statsstøtte, der er uforenelig med EØF-traktatens artikel 92, såfremt den ikke medfører en konkurrenceforvridning, og den udelukkende finder anvendelse inden for det offentlige kreditvæsens område, der udøves med henblik på almenvellet og ikke berører lån til handel og industri inden for bankernes konkurrencebaserede virksomhed, og

3) såfremt anvendelsen af fritagelsen må anses for misbrug eller støtte, kan der under alle omstændigheder gøres undtagelse fra de gældende bestemmelser i medfør af EØF-traktatens artikel 90, stk. 2, da det offentlige kreditvæsen for det første er en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse, der er blevet anmeldt som sådan og er et middel for statens økonomiske politik i overensstemmelse med traktatens mål, og da afgiftsfritagelsen for det andet er et middel, hvormed de nævnte virksomheder bedre kan opfylde den opgave, de har fået betroet, og som er forholdsmæssigt i forhold til det forfulgte mål og ikke påvirker samhandelen.«

16. *Den Hellenske Republiks regering* finder, at Banco de Crédito Industrial SA ikke opfylder nogen af kriterierne for en dominerende stilling, som Domstolen har opstillet i sin praksis. Derfor kan der heller ikke foreligge misbrug af en sådan stilling.

17. Enhver nedsættelse af statens indtægter og dermed også en afgiftsfritagelse, der ydes i henhold til en statslig foranstaltning, er en form for støtte. Den i artikel 90, stk. 2, hjemlede undtagelse fra bestemmelserne i traktaten for virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig

økonomisk interesse, eller som har karakter af fiskale monopoler, vedrører ikke kun konkurrencereglerne, men også bestemmelserne om statsstøtte. En støtte, der er ydet inden for rammerne af artikel 90, er lovlig, da artikel 90 går forud for artikel 92.

18. De offentlige kreditinstitutter er uden enhver tvivl virksomheder, der i henhold til lov eller ved en anden statslig foranstaltning har fået overdraget en opgave af almindelig økonomisk interesse, som består i at gennemføre statens økonomiske politik, varetage den nationale pengepolitik samt opretholde ligevægten på markedet ved hjælp af et program for planlægning og økonomisk styring. Følgelig skal konkurrencereglerne og bestemmelserne om statsstøtte finde anvendelse på offentlige kreditinstitutter med de ændringer, der er nødvendige, for at de kan opfylde og varetage de særlige opgaver, som er betroet dem. Den midlertidige afgiftsfritagelse af Banco de Crédito Industrial SA udgør ingen tilsidesættelse af EØF-traktatens artikel 85-94.

19. Den græske regering foreslår Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål således:

»Den i artikel 29 i lov nr. 13/71 af 19. juni 1971 om det offentlige kreditvæsens struktur og funktion hjemlede afgiftsfritagelse kan ikke i sig selv anses for en tilsidesættelse af princippet om den frie konkurrence, såfremt den afgiftsfritagne virksomhed ikke indtager en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, som den misbruger.

Bortset fra de i EØF-traktaten hjemlede undtagelser må enhver form for statsstøtte, som ydes ved hjælp offentlige midler og som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, anses for uforenelig med fællesmarkedet; den i artikel 29 i lov nr. 13/71 af 19. juni 1971 hjemlede afgiftsfritagelse er følgelig ikke i strid med EØF-traktatens artikel 85-94, da den vedrører et offentligt kreditinstitut og dermed en afgiftspligtig, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, som omhandlet i EØF-traktatens artikel 90, stk. 2.«

20. *Kommissionen* har først anført, at henvisningen til tiltrædelsesaktens artikel 35 til 51 ikke har nogen sammenhæng med forelæggelseskendelsens begrundelse. Den foreslår følgelig, at denne del af det præjudicielle spørgsmål ikke besvares. Den har endvidere foreslået, at der ikke tages hensyn

til henvisningen til artikel 7, 85 og 91 i EØF-traktaten, da sagens hovedspørgsmål er, om afgiftsfritagelsen er forenelig med EØF-traktatens artikel 86 og 92.

21. Kommissionen bemærker, at Banco de Crédito Industrial SA i henhold til transparensdirektivet [5] er en offentlig virksomhed, som omhandlet i artikel 90, stk. 1, i EØF-traktaten.

22. Den omtvistede afgiftsfritagelse skal snarere bedømmes ud fra artikel 92 end ud fra artikel 86. Mens det at modtage en økonomisk fordel i sig selv ikke er et misbrug i artikel 86's forstand, er spørgsmålet, om det er lovligt at yde sådanne fordele, udtrykkeligt reguleret i artikel 92 f. Da Banco de Crédito Industrial SA driver virksomhed på markedet og konkurrerer med andre banker, som er afgiftspligtige, kan støtten fordreje eller true med at fordreje konkurrencevilkårene i det omfang, samhandelen mellem medlemsstaterne påvirkes.

23. Ved bedømmelsen af foranstaltningens konsekvenser for konkurrencevilkårene og samhandelen inden for Fællesskabet må der tages hensyn til, at Spanien i forbindelse med tiltrædelsen af Fællesskabet fik en overgangsperiode indtil den 31. december 1992, hvorunder der ifølge tiltrædelsesaktens artikel 378 og aktens bilag XXXII, kapitel II, på det spanske kreditinstitutmarked fortsat kunne findes en række forhold, der behandles som begrænsninger i Rådets direktiv 77/780/EØF af 12. december 1977, første direktiv om samordning af lovgivningen om adgang til at optage og udøve virksomhed som kreditinstitut [6].

24. For så vidt angår spørgsmålet, om der muligvis foreligger en tilsidesættelse af EØF-traktatens artikel 92, har Kommissionen anført, at selv om en national domstol kan rette henvendelse til Domstolen og forelægge spørgsmålet, om en konkret foranstaltning efter sin art kan være en statsstøtte i artikel 92, stk. 1's forstand, skal spørgsmålet, om betingelserne for anvendelsen af denne bestemmelse er opfyldt, undersøges efter proceduren, der er fastsat herfor i artikel 93. Kommissionen har endvidere fremhævet, at eftersom det er fastslået, at artikel 93, stk. 3, tredje punktum, har direkte virkning, kan det gøres gældende for den nationale domstol, at en medlemsstat har tilsidesat denne bestemmelse. Efter de oplysninger, der foreligger for Kommissionen, har den hverken

5 — Kommissionens direktiv 80/723/EØF af 25.6.1980 (EFT L 195, s. 35).

6 — Jf. EFT L 322, s. 30.

modtaget underretning om artikel 29 i lov nr. 13/71 i medfør af artikel 93 eller i forbindelse med de støtteordninger, der gjaldt på tidspunktet for Spaniens tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber.

25. Kommissionen foreslår Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål således:

»Den blotte omstændighed, at der ydes en økonomisk fordel af den art, som hjemles i artikel 29 i lov nr. 13/71 af 19. juni 1971 om det offentlige kreditvæsens struktur og funktion, er ikke en tilsidesættelse af EØF-traktatens artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 86.

Fritagelsen af et offentligt kreditinstitut for afgiften på virksomheders forretningssted (impuesto de radicación) kan udgøre en statsstøtte, som er uforenelig med fællesmarkedet ifølge EØF-traktatens artikel 92, stk. 1, hvorved bedømmelsen af, om betingelserne for anvendelsen af denne bestemmelse er opfyldt, skal ske efter den særlige procedure herfor i EØF-traktatens artikel 93.«

26. Alle, der har afgivet indlæg i sagen, har besvaret Domstolens spørgsmål om, hvilke konsekvenser det først og fremmest ville have for anvendelsen af EØF-traktatens artikel 92 og 93, såfremt ydelsen af en statsstøtte var berettiget i medfør af artikel 90, stk. 2, og navnlig om en medlemsstat, der vil påberåbe sig denne bestemmelse, skal overholde den i artikel 93 foreskrevne procedure, samt om private kan påberåbe sig artikel 90, stk. 2, for den nationale domstol. Jeg vender tilbage til besvarelsen af spørgsmålene i forbindelse med den retlige bedømmelse.

B — Stillingtagen

Afgrænsning af sagens genstand

27. Med henblik på besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål er det først nødvendigt nærmere at afgrænse sagens genstand. Som det med rette er anført af sagsøgte i hovedsagen såvel som af Kongeriget Spaniens regering, kan kun opkrævningen af kommunal afgift for året 1986 være fællesskabsretligt relevant. For tiden før Spaniens tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber finder fællesskabsretten ikke anvendelse. En yderligere tidsmæssig begrænsning af de retlige følger for hovedsagen af de svar, som Domstolen vil give, fremgår deraf, at for det første er — efter hvad den spanske regering har forklaret

— afgiftsopkrævningerne for årene efter 1987 ikke blevet anfægtet, og for det andet er bestemmelserne om den omtvistede afgiftsfritagelse blevet ophævet med udgangen af 1989.

28. For så vidt angår de retsforskrifter, der skal undersøges, er det præjudicielle spørgsmål formuleret temmelig generelt. Med henvisning til formuleringen af artikel 90, stk. 1, spørger den forelæggende ret, om der ved den omtvistede afgiftsordning eventuelt foreligger en tilsidesættelse af artikel 7, 90 og 85-94. Efter den præjudicielle anmodnings begrundelse må det imidlertid antages, at der alene er anledning til at undersøge artikel 90 sammenholdt med artikel 86 og 92. Også spørgsmålet, om der foreligger en tilsidesættelse af tiltrædelsesaktens artikel 2, 9, 35 og 51, nævnes meget generelt. Artikel 35 og 51 har ingen forbindelse med begrundelsen for anmodningen om præjudiciel afgørelse, hvilket Kommissionen med rette har anført. Artikel 2 i tiltrædelsesakten pålægger derimod de tiltrædende medlemsstater at overholde »l'acquis communautaire«, idet den bestemmer:

»Fra tiltrædelsen er bestemmelserne i de oprindelige traktater og de af Fællesskabernes institutioner før tiltrædelsen vedtagne retsakter bindende for de nye medlemsstater og gælder i disse stater på de vilkår, som er fastsat i disse traktater og i denne akt.«

29. Fra denne hovedregel kan der gøres nogle tidsmæssigt begrænsede undtagelser med hjemmel i tiltrædelsesaktens artikel 9, der er sålydende:

»Ved anvendelsen af de oprindelige traktater og af institutionernes retsakter gælder de i denne akt fastsatte undtagelsesbestemmelser som overgangsforanstaltning.«

30. Overgangsforanstaltningerne omfatter f. eks. også artikel 378, som Kommissionen har henvist til. Det hedder i bestemmelsens stk. 1:

»De retsakter, som er opført i listen i bilag XXXII til denne akt, anvendes i forholdet til de nye medlemsstater på de i dette bilag fastsatte vilkår.«

31. I bilag XXXII nævnes i kapitel II, nr. 1, direktiv 77/780 [7] om samordning af lovgivningen om adgang til at optage og udøve virksomhed som kreditinstitut, og de tilladte undtagelser fra direktivet anføres. Således havde Kongeriget Spanien f. eks. ret til

7 — Rådets første direktiv af 12.12.1977 om samordning af lovgivningen om adgang til at optage og udøve virksomhed som kreditinstitut (EFT L 322, s. 30); senest ændret ved Rådets andet direktiv 89/646/EØF af 15.12.1989 om samordning af lovgivningen om adgang til at optage og udøve virksomhed som kreditinstitut og om ændring af direktiv 77/780 (EFT L 386, s. 1).

blandt betingelserne for tilladelse til kreditinstitutter med hjemsted i en af medlemsstaterne og filialer i andre medlemsstater at anvende kriteriet »økonomisk behov« indtil udgangen af 1992. Der findes endvidere også særlige bestemmelser om bl.a. antallet af yderligere filialer, der oprettes, eller om de nævnte kreditinstitutters procentvise andel i ressourcerne. I forbindelse med disse specielle undtagelsesbestemmelser hedder det:

»Så længe de ovennævnte midlertidige undtagelsesforanstaltninger er i kraft, opretholdes de almindelige eller særlige faciliteter, som følger af spanske lovbestemmelser ...; de pågældende faciliteter anvendes uden forskelsbehandling på alle de øvrige medlemsstater ...« [8].

32. Trods denne generelle formulering mener jeg, at undtagelsesbestemmelsen er uden betydning for det juridiske spørgsmål, som Domstolen skal besvare, da undtagelsesbestemmelserne vedrører procedurer for tilladelse (artikel 3 og 4 i direktiv 77/780), der ikke spiller nogen rolle i nærværende sag. Ved besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål finder traktatens bestemmelser herefter anvendelse uden begrænsninger.

33. Spørgsmålene vedrører udtrykkeligt en undersøgelse af, om artikel 29 i lov nr. 13/71 er forenelig med fællesskabsbestemmelserne. Efter Domstolens faste praksis [9] skal der under den præjudicielle procedure efter artikel 177 ikke tages stilling til, om national ret er forenelig med fællesskabsretten. Domstolen har dog altid i forbindelse med sådanne spørgsmål vedrørende foreneligheden fortolket fællesskabsretten således, at den med spørgsmålenes besvarelse forsyner den forelæggende ret med de kriterier, der er nødvendige for at kunne tage stilling til spørgsmålet om den nationale rets foreneligheden med fællesskabsretten.

34. Den forelæggende ret ønsker klarlagt, om en afgiftsfritagelse for offentlige kreditinstitutter, som den der hjemles i artikel 29 i lov nr. 13/71, kan anses for gyldig efter fællesskabsretten, hvorved der kan være spørgsmål om en tilsidesættelse af artikel 86, sammenholdt med artikel 90, eller af artikel 92.

Spørgsmålet om tilsidesættelse af artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 86

35. Konkurrencereglerne finder principielt anvendelse på banksektoren, således som det

8 — Bilag XXXII, kapitel II, nr. 1, litra b), fjerde led.

9 — Jf. f. eks. dom af 27.3.1980, sag 61/79, Amministrazione delle Finanze dello Stato mod Denkavit italiana, Sml. s. 1205, præmis 12.

fremgår af dommen i Züchner-sagen [10]. Artikel 86 henvender sig umiddelbart til virksomhederne, idet den forbyder disse at misbruge en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf i den udstrækning, samhandelen mellem medlemsstater derved kan påvirkes. Den foreliggende sag drejer sig imidlertid om at bedømme en retsforskrift, der er en statslig foranstaltning. Ifølge artikel 90, stk. 1, skal medlemsstaterne for så vidt angår offentlige virksomheder afstå fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som bl. a. er i strid med artikel 86. Domstolen har indtil nu i en lang række sager [11] undersøgt medlemsstaternes foranstaltninger med henblik på forbuddet i artikel 90, stk. 1, jf. artikel 86.

36. Konstateringen af, at de faktiske omstændigheder foreligger, som er betingelsen for at anvende artikel 86, sammenholdt med artikel 90, henhører i sidste ende under den nationale ret [12]. Såvel den forelæggende ret som alle, der har ytret sig i sagen, antager, at Banco de Crédito Industrial SA er en offentlig virksomhed, som omhandlet i artikel 90, stk. 1, da den er kontrolleret af staten. Ved den videre undersøgelse skal det derfor lægges til grund, at der er tale om en sådan virksomhed.

37. Virksomheden skal have en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, hvorved en medlemsstats område principielt skal betragtes som en væsentlig del af fællesmarkedet [13]. For at kunne vurdere virksomhedens styrke må det relevante marked først bestemmes [14]. Det relevante marked kan dels tænkes at være banksektoren i almindelighed, dels det offentlige kreditvæsen i særdeleshed. Efter hvad den spanske regering har forklaret, må det lægges til grund, at de offentlige kreditinstitutter i Spanien og følgelig også Banco de Crédito Industrial SA i 1986 udelukkende udøvede deres virksomhed inden for det offentlige kreditvæsen. I det omfang de overhovedet konkurrerede med de private banker, skete det kun i meget begrænset omfang. Det

10 — Dom af 14.7.1981, sag 172/80, Züchner mod Bayerische Vereinsbank, Sml. s. 2021.

11 — Dom af 30.4.1974, sag 155/73, Sacchi, Sml. s. 409, af 9.6.1977, sag 90/76, Van Ameyde mod UCI, Sml. s. 1091, af 16.11.1977, sag 13/77, INNO mod ATAB, Sml. s. 2115, af 4.5.1988, sag 30/87, Bodson mod Pompes funèbres des régions libérées, Sml. s. 2479, af 11.4.1989, sag 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen m. fl. mod Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, Sml. s. 803, af 23.4.1991, sag C-41/90, Höfner og Elser, Sml. I, s. 1979, af 18.6.1991, sag C-260/89, ERT, Sml. I, s. 2925, af 10.12.1991, sag C-179/90, Merci Convenzionali Porto de Genova, Sml. I, s. 5889, af 13.12.1991, sag C-18/88, GB-INNO-BM, Sml. I, s. 5941, af 17.11.1992, forenede sager C-271/90, C-281/90 og C-289/91, Spanien m. fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 5833, af 27.10.1993, forenede sager C-46/90 og C-93/91, Lagauche m. fl., Sml. I, s. 5267, og af 27.10.1993, sag C-69/91, Decoster, Sml. I, s. 5335.

12 — Dom af 9.6.1977, sag 90/76, Van Ameyde mod UCI, Sml. s. 1091.

13 — Dom af 2.3.1983, sag 7/82, GLV mod Kommissionen, Sml. s. 483, præmis 44 og af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmis 28.

14 — Dom af 14.2.1978, sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, Sml. s. 207, præmis 10 f. og af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461, præmis 21 f.

synes herefter at være det rigtige at tage udgangspunkt i det offentlige kreditvæsen ved definitionen af det relevante marked. Herved må det ganske vist overvejes, om der overhovedet er tale om et »marked« i bestemmelsens forstand eller alene udførelsen af en opgave af almen interesse.

38. Ved en virksomheds dominerende stilling skal der ifølge Domstolens praksis forstås en så stærk økonomisk stilling for virksomheden, at den har mulighed for at »hindre, at der opretholdes effektiv konkurrence på det pågældende marked, idet den nævnte stilling giver virksomheden vide muligheder for uafhængig adfærd i forhold til konkurrenter, kunder og i sidste instans til forbrugerne« [15].

39. Det forekommer temmelig usandsynligt, at Banco de Crédito Industrial SA indtog en stilling, der var i overensstemmelse med disse kriterier, da det — efter hvad der blev fremført under den mundtlige forhandling — på tidspunktet for de relevante omstændigheder fandtes adskillige offentlige kreditinstitutter i Spanien, hver med et lidt forskelligt arbejdsområde. Det er lige så usandsynligt, at den omtvistede afgiftsfritagelse skulle have ført til at opbygge en dominerende stilling.

40. Såfremt virksomheden ikke indtager en dominerende stilling i bestemmelsens forstand, er der ikke anledning til at undersøge et misbrug af den. Det anførte i det følgende om begrebet misbrug kan derfor kun være af betydning, såfremt den forelæggende ret kvalificerer den stilling, som Banco de Crédito Industrial SA har på markedet, som dominerende.

41. Det må som udgangspunkt lægges til grund, at gerningsindholdet vedrørende misbrug realiseres ved den dominerende virksomheds adfærd [16]. Artikel 90, stk. 1, forbyder, at medlemsstaterne »ved lov eller ved administrativt fastsatte bestemmelser bringer offentlige virksomheder ... i en situation, som disse virksomheder ikke selv ville kunne bringe sig i ved selvstændige handlinger uden at tilsidesætte bestemmelserne i artikel 86« [17]. Det kræves derfor ikke ved en foranstaltning, der er forbudt efter artikel 90, stk. 1, at den begunstiger et faktisk begået misbrug, men den kan også bestå i en objektiv handling, som f. eks. udvidelsen af et monopol ved statslige foranstaltninger [18]. Hovedsagen

15 — Jf. sag 27/76 (United Brands mod Kommissionen, a. st., præmis 63-66); jf. også sag 85/76 (Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, a. st., præmis 38).

16 — Dom af 13.12.1991, sag C-18/88, GB-INNO-BM, a. st., præmis 20, og af 19.5.1993, sag C-320/91, Paul Corbeau, Sml. I, s. 2533, præmis 10.

17 — Sag C-18/88 (GM-INNO-BM, a. st., præmis 20).

18 — Sag C-18/88 (GB-INNO-BM, a. st., præmis 23 og 24).

vedrører dog hverken et monopol eller udvidelsen af en dominerende stilling ved en statslig foranstaltning [19]. Kun såfremt der foreligger en foranstaltning, der er forbudt efter artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 86, ville artikel 90, stk. 2's forhold til disse bestemmelser have betydning.

42. I medfør af artikel 90, stk. 2, kan der i begrænset omfang gøres undtagelse fra konkurrencereglerne for virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, eller som har karakter af fiskale monopoler. Traktatens bestemmelser, og især konkurrencereglerne, gælder ganske vist også for sådanne virksomheder, dog kun i det omfang anvendelsen af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem. Undtagelsen begrænses imidlertid derved, at udviklingen af samhandelen ikke må påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesse. »Formålet med artikel 90, stk. 2, der under visse omstændigheder gør det muligt at fravige traktatens generelle regler, er at forlige medlemsstaternes interesse i at anvende visse, navnlig offentlige, virksomheder som økonomiske eller skattepolitiske instrumenter med Fællesskabets interesse i, at konkurrencereglerne overholdes, og at fællesmarkedets enhed bevares.« [20]

43. Vedrørende forholdet mellem artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 86, og artikel 90, stk. 2, bemærkes, at Domstolen altid har admitteret et anbringende støttet på artikel 90, stk. 2, inden for anvendelsesområdet for artikel 90, stk. 2, sammenholdt med artikel 86, om end anbringendet normalt ikke er blevet taget til følge [21], enten fordi opgaven ikke er blevet pålagt den offentlige virksomhed af staten [22], eller fordi der ikke er påvist nogen konflikt mellem virksomhedens særlige opgave og konkurrencereglerne [23]. Kun helt undtagelsesvis har Domstolen fundet, at betingelserne for at anvende artikel 90, stk. 2, forelå [24]. Der var i disse tilfælde tale om præjudicielle sager i medfør af artikel 177. Domstolen fastslog herved, at prøvelsen af betingelserne i artikel 90, stk. 2, henhører under de nationale domstole [25]. Det kan herefter lægges til grund, at artikel 90, stk. 2, er

19 — Sag C-18/88 (GB-INNO-BM, a. st., præmis 21 og 24).

20 — Dom af 19.3.1991, sag C-202/88, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 1223, præmis 12.

21 — Dom af 30.4.1974, sag 155/73, Sacchi, a. st., s. 409, af 11.4.1989, sag 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen m. fl. mod Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, a. st., af 23.4.1991, sag C-41/90, Höfner og Elser, a. st., af 18.6.1991, sag C-260/89, ERT, a. st., af 10.12.1991, sag C-179/90, Merci Convenzionali Porto di Genova, a. st., af 13.12.1991, sag C-18/88, GB-INNO-BM, a. st. og af 19.5.1993, sag C-320/91, Paul Corbeau, Sml. I, s. 2533.

22 — Sag 66/86 (Ahmed Saeed Flugreisen m. fl., a. st., præmis 55).

23 — Sag 155/73 (Sacchi, a. st., præmis 15), sag C-41/90 (Höfner og Elser, a. st., præmis 24 og 25), sag C-260/89 (ERT, a. st., præmis 33 og 38) og sag C-179/90 (Merci Convenzionali Porto di Genova, a. st., præmis 27).

24 — Sag C-320/91 (Paul Coubeau, a. st., præmis 15) og sag C-18/88 (GB-INNO-BM, a. st., præmis 16).

25 — Således udtrykkeligt i domskonklusionen i sag C-320/91 (Paul Corbeau, a. st.). Jf. også sag C-260/89 (ERT, a. st., præmis 34), sag 66/86 (Ahmed Saeed Flugreisen m. fl., a. st., præmis 55,56 og 57). Se også dom af 27.3.1974, sag 127/73, BRT mod SABAM og Fonior, Sml. s. 313, præmis 22.

direkte anvendelig i forbindelse med bestemmelserne i artikel 90, sammenholdt med artikel 86.

44. Den første del af den forelæggende rets spørgsmål skal besvares med, at afgiftsfritagelsen — med forbehold for den forelæggende rets endelige konstatering af de faktiske omstændigheder — ikke opfylder kriterierne for, at en offentlig virksomhed som følge af en statslig foranstaltning misbruger en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf.

Spørgsmålet om tilsidesættelse af artikel 92 og 93

45. Med spørgsmålenes anden del ønsker den forelæggende ret at få fastslået, om den nævnte afgiftsfritagelse skal betragtes som en støtte, der er uforenelig med fællesmarkedet i artikel 92's forstand. Traktatens bestemmelser og navnlig konkurrencereglerne, hvorunder også hører afsnittet om statsstøtte, finder ifølge artikel 90, stk. 1, ligeledes anvendelse på offentlige virksomheder. Udgangspunktet for undersøgelsen af, om der foreligger en forbudt støtte, er for så vidt et andet end ved spørgsmålet om misbrug af en dominerende stilling som følge af nationale foranstaltninger, fordi støtteforanstaltninger altid — direkte eller i nogle tilfælde kun indirekte [26] — er statslige foranstaltninger. Den særlige situation, som offentlige virksomheder befinder sig i i forhold til staten, og den dermed sammenhængende mulighed for at skjule statsstøtte, er baggrunden for, at Kommissionen i medfør af artikel 90, stk. 3, har udstedt det såkaldte transparensdirektiv [27]. Som det fremgår af betragtningerne til direktivet og er blevet understreget af Domstolen, er direktivets væsentligste formål »at fremme en effektiv anvendelse af traktatens bestemmelser om statsstøtte i artikel 92 og 93 på de offentlige virksomheder« [28].

46. Støttebegrebet skal principielt fortolkes vidt og omfatter alle former for lettelse af byrder for virksomhederne. Støttebegrebet er herved videre end tilskudsbegrebet [29]. En afgiftsmæssig fordel kan derfor falde ind under støttebegrebet [30].

26 — Dom af 17.3.1993, forenede sager C-72/91 og C-73/91, Sloman Neptun, Sml. I, s. 887, præmis 19, og af 30.11.1993, sag C-189/91, Kirsammer-Hack, Sml. I, s. 6185, præmis 16.

27 — Direktiv 80/723/EØF om gennemskueligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder (EFT L 195, s. 35), senest ændret ved Kommissionens direktiv 93/84/EØF af 30.9.1993 (EFT L 254, s. 16).

28 — Dom af 6.7.1982, forenede sager 188/80,189/80 og 190/80, Frankrig, Italien og Det Forenede Kongerige mod Kommissionen, Sml. s. 2545, præmis 2.

29 — Dom af 23.2.1961, sag 30/59, Steenkolenmijnen Limburg mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 211, org. ref.: Rec. s. 3, der vedrører EKSF-traktaten og også er relevant for støttebegrebet i henhold til fællesskabsretten.

30 — Således også Kommissionens svar på et spørgsmål fra parlamentsmedlem Burgbacher (org. ref.: JO nr. 125 af 17.8.1963, s. 2235), hvori Kommissionen udtrykkeligt nævner fritagelse for skatter og afgifter som potentielle former for støtte.

47. Før undersøgelsen af bestemmelserne om støtte i artikel 92 og 93 må der imidlertid tages stilling til spørgsmålet om disse bestemmelsers forhold til artikel 90, stk. 2. Såfremt den begrænsede undtagelsesordning fra konkurrencereglerne for offentlige virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, eller som har karakter af fiskale monopoler, finder anvendelse, må det fastslås, om det dermed er overflødigt at undersøge støttebestemmelserne, eller om artikel 90, stk. 2, kun kan gøres gældende i forbindelse med støttebestemmelserne, navnlig i forbindelse med proceduren for kontrol med støtte.

48. Spørgsmålet om artikel 92 og 93's forhold til artikel 90, stk. 2, hænger direkte sammen med spørgsmålet, om artikel 90, stk. 2, er direkte anvendelig. Såfremt artikel 90, stk. 2, nemlig har forrang for artikel 92 og 93, er det af afgørende betydning for en virksomhed, om den kan støtte ret på undtagelsesbestemmelsen for domstolene i en medlemsstat.

49. Med henblik på besvarelsen af disse spørgsmål har Domstolen stillet parterne et spørgsmål om, hvilke konsekvenser det først og fremmest vil have for EØF-traktatens artikel 92 og 93, såfremt ydelsen af en statsstøtte er lovlig i medfør af artikel 90, stk. 2, og navnlig, om en medlemsstat, der påberåber sig denne bestemmelse, skal følge proceduren i artikel 93, og om en privat for den nationale domstol umiddelbart kan støtte ret på artikel 90, stk. 2, sammenholdt med artikel 92. Disse spørgsmål har parterne i det væsentlige besvaret som følger.

50. *Valencia kommune* mener, at Banco de Crédito Industrial SA ikke kan påberåbe sig artikel 90, stk. 2, sammenholdt med artikel 92, direkte over for den forelæggende ret.

51. *Kongeriget Spaniens regering* har anført, at ordningen i artikel 90, stk. 2, er afgørende forskellig fra den i tilknytning til artikel 92 foreskrevne ordning med anmeldelse af statslige støtteordninger før disses ikrafttrædelse, således som den fremgår af artikel 93, stk. 2 og 3. Såfremt man havde ønsket at lade ordningen i artikel 93 finde anvendelse på støtte til virksomheder i artikel 90, stk. 2's forstand, havde det været tilstrækkeligt at optage regelindholdet af sidstnævnte bestemmelse sammen med de situationer, der nævnes i artikel 92, stk. 3. Desuden indeholder artikel 90, stk. 3, en særlig procedure, ved hjælp af hvilken Kommissionen kan kontrollere medlemsstaternes handlinger på dette område. Der er en afgørende forskel mellem procedurerne i artikel 90, stk. 3, og i artikel 93. Den spanske regering mener derfor, at proceduren

i artikel 93 ikke gælder for statsstøtte, som kan være lovlig ifølge artikel 90, stk. 2. En privat kan ikke påberåbe sig artikel 90, stk. 2, sammenholdt med artikel 92, direkte for den nationale ret.

52. *Regeringen for Den Hellenske Republik* finder ligeledes, at artikel 93 ikke gælder for støtte til virksomheder, der er omfattet af artikel 90, stk. 2. Bestemmelserne i EØF-traktaten og især konkurrencereglerne gælder ikke for sådanne virksomheder. Eftersom det tilkommer den nationale ret at bedømme, hvorvidt betingelserne for at anvende artikel 90, stk. 2, er opfyldt, har den, der modtager en støtte, ret til at anlægge sag for at få fastslået, at den omtvistede støtte ikke falder ind under artikel 92 og 93, fordi traktatens bestemmelser ifølge artikel 90, stk. 2, ikke finder anvendelse på ham.

53. *Kommissionen* har først anført, at den løbende undersøgelse af statslige støtteordninger, der foreskrives i artikel 93, og som — med forbehold for Domstolens kontrol — henhører under Kommissionens enekompetence, også omfatter bedømmelsen af støtten med henblik på artikel 90, stk. 2. En medlemsstat kan ikke påberåbe sig artikel 90, stk. 2, for at unddrage sig pligten til at give underretning i henhold til artikel 93. Medlemsstaten kan i anmeldelsen henvise til artikel 90, stk. 2. Kommissionen har endvidere anført, at Domstolen kun har tillagt artikel 90, stk. 2, direkte virkning i forbindelse med traktatens direkte anvendelige bestemmelser og især med artikel 86. En national ret kan derfor ikke anvende artikel 90, stk. 2, i forbindelse med artikel 92, da sidstnævnte bestemmelse ikke er direkte anvendelig, og da retten, før den anvender artikel 90, stk. 2, måtte undersøge, om støtten strider mod artikel 92. Undersøgelsen heraf henhører under Kommissionens enekompetence og skal gennemføres som led i den i artikel 93 fastsatte procedure. Såfremt Kommissionens opfattelse ikke svarer til medlemsstatens, kan denne anlægge sag ved Domstolen.

54. Domstolens hidtidige praksis vedrørende virkningerne af artikel 90, stk. 2, er for en umiddelbar betragtning ikke helt ensartet. I en ældre dom tog Domstolen i en præjudiciel sag stilling til, om artikel 90, stk. 2, kan anvendes direkte [31]. Spørgsmålet var herved i sidste instans, om en privat kan påberåbe sig artikel 90, stk. 2, for at opnå, at en (konkurrerende) *offentlig virksomhed* overholder konkurrencereglerne. Domstolen fastslog herom:

»Artiklens [dvs. artikel 90] andet stykke indeholder ikke nogen ubetinget regel. Anvendelsen af denne regel indebærer nemlig en bedømmelse af de krav, der følger dels af den særlige opgave, som de pågældende virksomheder har fået overdraget, dels af hensynet til Fællesskabets interesse. Denne

31 — Dom af 14.7.1971, sag 10/71, Luxembourgs anklagemyndighed mod Müller, Sml. 1971, s. 165, org. ref.: Rec. s. 723.

bedømmelse skal ske ud fra den almindelige økonomiske politik, som staterne under Kommissionens tilsyn forfølger. Følgelig og uden at dermed noget præjudiceres med hensyn til Kommissionens udøvelse af sine beføjelser efter artikel 90, stk. 3, giver artiklens andet stykke ikke på det nuværende stadium private rettigheder, som de nationale domstole skal beskytte.« [32]

55. I en senere dom fra 1983 [33] fastslog Domstolen under henvisning til dommen i sag 10/71 [34], at artikel 90, stk. 2, ikke kunne påberåbes i forbindelse med undersøgelsen af traktatens bestemmelser om de *frie varebevægelser*. Domstolen anførte:

»Endelig gælder det, at selv om den af medlemsstaten tildelte godkendelse må betragtes som en eksklusiv rettighed efter EØF-traktatens artikel 90, stk. 1, betyder dette ikke, at medlemsstaten kan undlade at overholde de øvrige bestemmelser i fællesskabsretten, herunder nærmere bestemtreglerne om de frie varebevægelser ... Med hensyn til artikel 90, stk. 2, har Domstolen allerede fastslået, at denne bestemmelse ikke på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin kan give private rettigheder, som de nationale domstole skal beskytte (dom af 14.7.1971, sag 10/71 ...).« [35]

56. Under juridisk analoge omstændigheder traf Domstolen afgørelse ved dommen i sag 72/83 [36], ganske vist mindre klart, men med samme indhold. Vedrørende henvisningen til artikel 90, stk. 2, bemærkede Domstolen:

»Imidlertid fritager denne bestemmelse ikke den medlemsstat, der har overdraget en virksomhed en sådan opgave, fra forbuddet mod at træffe foranstaltninger til fordel for denne virksomhed med henblik på at beskytte dens aktivitet, der i strid med traktatens artikel 30 hindrer indførsler fra andre medlemsstater.« [37]

57. Det er klart, at Domstolen ikke med denne afgørelse tillægger artikel 90, stk. 2, nogen forrang i forhold til bedømmelsen af traktatens bestemmelser om de frie varebevægelser.

58. For så vidt angår virkningerne af artikel 90, stk. 2, set i sammenhæng med *artikel 90, stk. 1, sammenholdt med artikel 86*, har jeg allerede nævnt [38], at Domstolen har anerkendt, at artikel 90, stk. 2, i hvert fald potentielt er direkte anvendelig i denne sammenhæng. Herved er artikel 90, stk. 2, altid blevet behandlet inden for rammerne af

32 — Sag 10/71 (Luxembourgs anklagemyndighed mod Müller, a. st., præmis 13-16).

33 — Dom af 10.3.1983, sag 172/82, Fabricants raffineurs d'huile de graissage mod Inter-Huiles, Sml. s. 555.

34 — Jf. note 32.

35 — Sag 172/82 (Fabricants raffineurs d'huile de graissage mod Inter-Huiles, a. st., præmis 15).

36 — Dom af 10.7.1984, sag 72/83, Campus Oil Limited mod ministeren for industri og energi, Sml. s. 2727.

37 — Jf. sag 72/83 (Campus Oil Limited mod ministeren for industri og energi, a. st., præmis 19).

38 — Jf. punkt 42 f.

undersøgelsen af artikel 90, stk. 1, og artikel 86, således at det ikke kan fastslås, at artikel 90, stk. 2, har forrang.

59. Vedrørende forholdet mellem *artikel 90, stk. 2,* og *artikel 92 og 93* er Domstolens hidtidige praksis meget sparsom. I den præjudicielle sag 52/76 [39] var der spørgsmål om at kvalificere en støtte til en virksomhed, der måske opfyldte betingelserne i artikel 90, stk. 2. I mangel af fornødne oplysninger fra den forelæggende ret om de faktiske omstændigheder kunne Domstolen ikke tage stilling til virksomhedens karakter eller til de retlige konsekvenser heraf. Dog synes det at fremgå af den rækkefølge, spørgsmålene undersøges i [40], at særreglen for offentlige virksomheder finder anvendelse som led i undersøgelsen af støtten og ikke skal behandles på forhånd.

60. Noget tydeligere er en stillingtagen fra Domstolen i Steinike & Weinlig-dommen [41]. Spørgsmålet, om en virksomhed i artikel 92's forstand kun er private foretagender eller tillige offentligretlige institutioner uden erhvervsmæssigt formål, besvarer Domstolen således:

»Traktatens artikel 92 omfatter samtlige private eller offentlige virksomheder og samtlige produktioner i disse virksomheder alene med forbehold af artikel 90, stk. 2.«

61. Desværre giver heller ikke dette udsagn et klart svar på spørgsmålet om forholdet mellem bestemmelserne, for den kan fortolkes. Dog kan »forbehold« måske forstås således, at forbeholdet finder anvendelse ved bedømmelsen af en anden bestemmelse.

62. Som resultat af den foregående oversigt over praksis vedrørende artikel 90, stk. 2, kan det fastslås, at spørgsmålet om virkningerne af artikel 90, stk. 2, ikke kan besvares abstrakt, men at det i hvert enkelt tilfælde har betydning, hvilke regler det er, artikel 90, stk. 2, skal anvendes i sammenhæng med.

63. Da nærværende sag vedrører anvendelsen af artikel 90, stk. 2, inden for området af, henholdsvis i sammenhæng med artikel 92 og 93, er indholdet af og formålet med

39 — Dom af 3.2.1977, sag 52/76, Benedetti mod Munari, Sml. s. 163.

40 — Først undersøgelsen af, om der forelå en støtte, præmis 17,18 og 19, derefter undersøgelsen af, om der forelå en offentlig virksomhed, præmis 20,21 og 22.

41 — Dom af 22.3.1977, sag 78/76, Steinike & Weinlig mod Forbundsrepublikken Tyskland, Sml. s. 595, præmis 18.

fællesskabsbestemmelserne om støtte samt disses karakter relevant. Artikel 92, stk. 1, opstiller princippet om, at statsstøtte, som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, er uforenelig med fællesmarkedet og følgelig forbudt i det omfang, den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne.

64. Dette princip gøres der i stk. 2 og 3 undtagelser fra derved, at der i stk. 2 nævnes former for støtte, der er forenelige med fællesmarkedet, og i stk. 3 nævnes former for støtte, der *kan betragtes som* forenelige med fællesmarkedet. Det er et væsentligt træk ved artikel 92, at den *ikke* er direkte anvendelig, hverken for så vidt angår selve forbuddet mod støtte ifølge stk. 1 [42] eller som en særlig undtagelsesbestemmelse i medfør af stk. 2. Det tilkommer ikke de nationale domstole at tage stilling til, om de pågældende støtteforanstaltninger er forenelige med fællesmarkedet, idet Kommissionen er enekompetent til at træffe den endelige afgørelse herom under forbehold af Domstolens prøvelsesret [43].

65. Kompetence-og procedurespørgsmål i forbindelse med den undersøgelse af statsstøtte, som Kommissionen foretager, reguleres i artikel 93. Det gør herved en afgørende forskel, om der er tale om bestående støtteordninger eller om nye, der påtænkes indført. Direkte anvendelighed og dermed prøvelseskompetence for nationale retter har Domstolen alene anerkendt med henblik på støttebegrebet [44] og forbuddet i artikel 93, stk. 3, tredje punktum [45]. Heraf følger, at Kommissionens beslutningsbeføjelser i forbindelse med støttekontrollen ikke berøres.

66. Inden for reglerne om støtte, der er forenelig med, henholdsvis uforenelig med fællesmarkedet, kan artikel 90, stk. 2, efter sin karakter formentlig henføres til undtagelserne i artikel 92, stk. 2 og 3. Om der herved er tale om omstændigheder, der snarere kan sammenlignes med forholdene i stk. 2 eller med dem i stk. 3, beror på det skøn, som tilkommer Kommissionen i forbindelse med bedømmelsen. Når alt kommer til alt er det ikke nødvendigt at tage stilling til, hvilken af undtagelsesbestemmelserne der har størst lighed med artikel 90, stk. 2, da de alle anvendes under Kommissionens kontrol.

67. At den retlige struktur af artikel 90, stk. 2, og af artikel 92 kan sammenlignes,

42 — Dom af 19.6.1973, sag 77/72, Capolongo mod Maya, Sml. s. 611, præmis 4,5 og 6.

43 — Dom af 21.11.1991, sag C-354/90, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires og Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon, Sml. I, s. 5505, præmis 14.

44 — Forenede sager C-72/91 og C-73/91 (Sloman Neptun, a. st., præmis 12) og sag C-189/91 (Kirsammer-Hack, a. st., præmis 14).

45 — Dom af 11.12.1973, sag 120/73, Lorenz mod Tyskland, Sml. s. 1471.

bekræftes efter min mening af en bemærkning fra Domstolen i dommen i sag 41/83 [46], der lyder som følger:

»Det bemærkes videre, at en medlemsstat, som har overdraget udførelsen af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse til en virksomhed, ikke frit kan bestemme, hvorledes traktatens artikel 90, stk. 2, skal anvendes. I henhold til artikel 90, stk. 3, har Kommissionen nemlig på dette område tilsynsret under Domstolens kontrol.« [47]

68. I forbindelse med denne afvejningsproces skal medlemsstaternes interesse i at anvende visse virksomheder som økonomiske eller skattepolitiske instrumenter afvejes med Fællesskabets interesse i, at fællesmarkedets enhed bevares [48]. Afvejningen kan foretages som led i støttekontrollen. Domstolen har i dommen i de forenede sager C-48/90 og C-66/90 [49] taget stilling til spørgsmålet om, hvorvidt kontrolprocedurerne i artikel 90, stk. 3, og i artikel 93 kan sammenlignes, såvel i formel som i materiel henseende. Det hedder i dommen:

»Det bemærkes endvidere, at de beføjelser, som Kommissionen kan udøve over for medlemsstaterne ved beslutninger i henhold til traktatens artikel 90, stk. 3, må sammenholdes med dem, som den har i henhold til traktatens artikel 93 til at konstatere, at en statsstøtte, som fordrejer eller kan fordreje konkurrencen, ikke er forenelig med fællesmarkedet.

I begge tilfælde har Kommissionen nemlig kompetence til at gribe ind, ikke over for den virksomhed, som har fået mulighed for at tilsidesætte konkurrencereglerne, men over for den medlemsstat, som er ansvarlig for det indgreb, der er sket i konkurrencen.« [50]

69. Domstolen anfører dernæst, at artikel 90, stk. 3, »i lighed med traktatens artikel 93, som foreskriver, at Kommissionen skal foretage en løbende undersøgelse af offentlige støtteordninger, giver ... Kommissionen hjemmel til ved en beslutning at bedømme,

46 — Dom af 20.3.1985, sag 41/83, Italien mod Kommissionen, Sml. s. 873.

47 — Jf. sag 41/83 (Italien mod Kommissionen, a. st., præmis 30).

48 — Jf. sag C-202/88 (Frankrig mod Kommissionen, a. st., præmis 12).

49 — Dom af 12.2.1992, forenede sager C-48/90 og C-66/90, Nederlandene m. fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 565.

50 — Jf. forenede sager C-48/90 og C-66/90 (Nederlandene m.fl. mod Kommissionen, a. st., præmis 31 og 32).

om de foranstaltninger, som medlemsstaterne træffer eller opretholder med hensyn til de i artikel 90, stk. 1, nævnte virksomheder, er i overensstemmelse med traktaten« [51].

70. Bedømmelsen af artikel 90, stk. 2, som led i støttekontrollen må også antages at kunne ske, uden at der gøres indgreb i medlemsstaternes ret til kontradiktion. En beslutning i forbindelse med proceduren i henhold til reglerne om kontrol med støtte kan ligesom en beslutning i henhold til artikel 90, stk. 3, anfægtes i medfør af artikel 173.

71. For at konkludere er det min opfattelse, at det for så vidt angår forholdet mellem bestemmelserne i artikel 90, stk. 2, og artikel 92 og 93 ikke kan accepteres, at artikel 90, stk. 2, påberåbes forlods, navnlig fordi anvendelsen af artikel 90, stk. 2, indebærer en undersøgelse af fællesskabsretlige kriterier, hvorved Fællesskabets interesser beskyttes.

72. Proceduren for undersøgelse af, om nationale støtteordninger er i overensstemmelse med Fællesskabet, er forskellig, alt efter om der er tale om eksisterende eller nye støtteordninger.

73. Med hensyn til eksisterende støtteordninger foretager Kommissionen en løbende undersøgelse i henhold til artikel 93, stk. 1 og 2, sammen med medlemsstaterne. Finder Kommissionen, at en støtteordning er uforenelig med fællesmarkedet, fastsætter den en tidsfrist, inden for hvilken medlemsstaten skal ændre eller ophæve støtteforanstaltningen [52]. Såfremt medlemsstaten ikke retter sig efter opfordringen, kan såvel Kommissionen som en anden interesseret stat indbringe sagen direkte for Domstolen.

74. Derimod skal medlemsstaten, før den ændrer eller indfører støtteforanstaltninger, ifølge artikel 93, stk. 3, give Kommissionen underretning om den påtænkte foranstaltning. Efter at denne pligt er opfyldt, gennemføres den videre procedure, henholdsvis udløses retsvirkninger. En støtteforanstaltning, hvorom der ikke er givet underretning, er i hvert fald formelt i strid med fællesskabsretten, men dette berettiger ikke Kommissionen til at anse støtten for ulovlig uden at undersøge, om den er forenelig med fællesmarkedet [53].

75. Den væsentlige forskel mellem eksisterende støtteordninger og indførelse eller ændring af støtteforanstaltninger er, at det i forbindelse med eksisterende støtteordninger er Kommissionen, der skal tage initiativet, hvorimod der i forbindelse med indførelse af

51 — Forenede sager C-48/90 og C-66/90 (Nederlandene m.fl. mod Kommissionen, a. st., præmis 34).

52 — Sag 78/76 (Steinike & Weinlig, a. st., præmis 9).

53 — Dom af 21.11.1991, sag C-354/90, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires og Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon, a. st., præmis 13.

støtteforanstaltninger påhviler medlemsstaten en retlig forpligtelse til at handle.

76. Ved eksisterende støtteordninger forstås alle de ordninger, der fandtes i de oprindelige medlemsstater ved Fællesskabets oprettelse ved Rom-traktaten, samt de ordninger, der fandtes i de senere tiltrådte medlemsstater på tiltrædelsestidspunktet, og endelig alle nationale støtteordninger, der er indført i overensstemmelse med fællesskabsreglerne. For så vidt angår den i nærværende sag omhandlede ordning er der således tale om en eksisterende støtteordning, hvilket har den konsekvens, at Kommissionen skulle have taget initiativet, såfremt støtten er uforenelig med fællesmarkedet.

77. Hvad denne sag angår stillede Kommissionen under tiltrædelsesforhandlingerne den spanske regering et generelt spørgsmål vedrørende de bestående støtteordninger. Som svar herpå overgav den spanske regering en fortegnelse over love, som imidlertid ikke indeholdt loven om afgiftsfritagelse for den daværende Banco de Crédito Industrial SA. Den spanske regering har anført, at de spørgsmål, der herved forelå i forhold til artikel 90 og 93, var for komplicerede til, at de kunne løses inden for rammerne af denne enkle procedure.

78. Kommissionen hævder ikke, at den spanske regering bevidst fortav den omtvistede afgiftsfritagelse og dermed skulle have tilsidesat artikel 93, stk. 1, sammenholdt med artikel 5, eller en tilsvarende retlig forpligtelse under tiltrædelsesforhandlingerne.

79. Den omtvistede afgiftsordning skal følgelig betragtes som en eksisterende støtteordning, hvis overensstemmelse med fællesskabsretten Kommissionen endnu ikke har undersøgt efter artikel 93, stk. 1.

C — Forslag til afgørelse

80. Som resultat af det foran anførte foreslår jeg, at de præjudicielle spørgsmål besvares som følger:

1. En afgiftsfritagelse som den, der er fastsat i artikel 29 i lov nr. 13/71, frembyder ikke — med forbehold for den forelæggende rets endelige bedømmelse af

de faktiske omstændigheder — kriterierne for, at der foreligger et misbrug af en dominerende stilling på fællesmarkedet som følge af en statslig foranstaltning.

2. En sådan afgiftsfritagelse skal bedømmes på grundlag af fællesskabsbestemmelserne om eksisterende statsstøtteordninger.