FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CHRISTINE STIX-HACKL

fremsat den 8. september 2005 [1]

Indhold

I — Indledning ..... I - 11145

II — Faktiske omstændigheder og sagsforløb ..... I - 11146

A — Baggrunden for den anfægtede beslutning ..... I - 11146

B — Proceduren for Kommissionen, den anfægtede beslutning og gennemførelsen af den anfægtede beslutning ..... I - 11147

C — Hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål ..... I - 11148

D — Sager for Fællesskabets retsinstanser ..... I - 11150

III — Genstanden for sagen og for de præjudicielle spørgsmål og muligheden for realitetsbehandling ..... I - 11151

A — Realitetsbehandling af sagen for så vidt angår søgsmålet for Retten i Første Instans ..... I - 11151

B — Genstanden for og realitetsbehandlingen af de præjudicielle spørgsmål ..... I - 11153

IV — Det første og det andet præjudicielle spørgsmål (undersøgelse af gyldigheden) ..... I - 11156

A — Tilsidesættelse af artikel 87 EF ..... I - 11156

1) Spørgsmålet, om kvalificeringen af den omtvistede foranstaltning som støtte i henhold til artikel 87, stk. 1, EF, er lovlig ..... I - 11156

a) Den forelæggende rets bemærkninger og parternes væsentlige anbringender ..... I - 11156

b) Bedømmelse ..... I - 11157

c) Spørgsmålet om, hvorvidt den anfægtede beslutning er lovlig henset til anvendelsen af artikel 87, stk. 3, litra b) og c), EF ..... I - 11158

i) Den forelæggende rets bemærkninger og parternes væsentlige anbringender ..... I - 11158

ii) Bedømmelse ..... I - 11159

1 — Originalsprog: tysk.

2) Tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og retssikkerhedsprincippet ..... I - 11160

a) Den forelæggende rets bemærkninger og parternes væsentlige anbringender ..... I - 11160

b) Bedømmelse ..... I - 11160

3) Tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet ..... I - 11163

a) Den forelæggende rets bemærkninger og parternes væsentlige anbringender ..... I - 11163

b) Bedømmelse ..... I - 11163

4) Tilsidesættelse af begrundelsespligten i henhold til artikel 253 EF ..... I - 11164

a) Den forelæggende rets bemærkninger og parternes væsentlige anbringender ..... I - 11164

b) Bedømmelse ..... I - 11165

5) Konklusion vedrørende gyldighedsundersøgelsen ..... I - 11166

V — Det tredje præjudicielle spørgsmål (fortolkning) ..... I - 11167

VI — Sagens omkostninger ..... I - 11168

VII — Forslag til afgørelse ..... I - 11168

I — Indledning

1. Ved kendelse af 11. februar 2004, indgået til Domstolens Justitskontor den 23. marts 2004, har Commissione tributaria di Genova forelagt Domstolen flere præjudicielle spørgsmål, der dels drejer sig om, hvorvidt Kommissionens beslutning 2002/581/EF af 11. december 2001 om den statsstøtteordning, Italien har indført til fordel for banker [2], er gyldig, dels vedrører fortolkningen af artikel 87 EF, artikel 14 i forordning (EF) nr. 659/1999 [3] samt forskellige generelle fællesskabsretlige principper.

2. Disse spørgsmål er stillet i forbindelse med en retssag mellem Unicredito Italiano SpA, der har hjemsted i Genova (herefter »Unicredito«), og Agenzia delle Entrate, Ufficio di Genova 1 (herefter »Agenzia«), om tilbagebetaling af skat, som Unicredito har efterbetalt på grundlag af de italienske foranstaltninger til gennemførelse af den anfægtede beslutning.

2 — EFT 2002 L 184, s. 27 (herefter »den anfægtede beslutning«).

3 — Rådets forordning af 22.3.1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af EF-traktatens artikel 93 (EFT L 83, s. 1).

II — Faktiske omstændigheder og sagsforløb

A — *Baggrunden for den anfægtede beslutning*

3. Indtil i 1980'erne var den italienske banksektor delvist statsejet, og staten havde generelt en stor indflydelse på den; sektoren var desuden præget af specialisering og regionalisering. Fra begyndelsen af 1980'erne indledte de italienske myndigheder en privatiseringsproces for bankerne, der desuden skulle medføre, at bankerne generelt blev større, og at deres specialisering blev opgivet. Ved lov nr. 218/90 af 30. juli 1990, den såkaldte »Amato-lov« (herefter »Amato-loven«), iværksatte den italienske regering nogle grundlæggende foranstaltninger med henblik på en gradvis privatisering af banksektoren.

4. De statsejede banker kunne derved omdannes til aktieselskaber og blev i 1993 forpligtet hertil. Deres aktier blev sat til salg på markedet eller overdraget til organer, der ikke arbejder med gevinst for øje, de såkaldte »bankfonde«. I forbindelse med sidstnævnte foranstaltninger opstod der følgende spaltning: De nyoprettede banker (her generelt »bankerne«) overtog bankforretningerne, hvorimod bankfondene ejede og administrerede aktierne i bankerne og således kontrollerede disse. Som følge af bestemte skatteregler i Amato-loven kunne bankfondene også overdrage bankerne visse anlægsgoder og andre formuegoder, der ikke var nødvendige for at opfylde bankernes selskabsformål.

5. Sidst i 1990'erne iværksatte den italienske regering atter foranstaltninger med henblik på at fremme omstruktureringen og konsolideringen af banksektoren. Lov nr. 461/98 af 23. december 1998 (herefter »Ciampi-loven«) bemyndigede blandt andet regeringen til at fastsætte skattebestemmelser med henblik på at lette tilbageoverdragelse af bankernes anlægsgoder og øvrige formuegoder, der ikke var nødvendige for at opfylde bankernes selskabsformål, til bankfondene samt at lette omstruktureringen af banksektoren ved fusioner mellem banker eller lignende omstruktureringsforanstaltninger.

6. Ciampi-loven blev gennemført ved lovdekret nr. 153/99 af 17. maj 1999 (herefter »dekret nr. 153/99«), der opstiller skattemæssige særordninger for bestemte transaktioner med henblik på omstrukturering og tilbageoverdragelse. De foranstaltninger, der blev indført ved Ciampi-loven og dekret nr. 153/99 (herefter »den omtvistede støtteordning«), beskrives i betragtning 5 til den anfægtede beslutning.

7. Ifølge den forelæggende ret vedrører hovedsagen de foranstaltninger, der beskrives således i betragtning 5, nr. 1), til den

anfægtede beslutning (herefter »den omtvistede foranstaltning«):

en nedsættelse af indkomstskattesatsen (IRPEG) til 12,5% for de banker, som gennemfører en fusion eller en lignende omstruktureringsforanstaltning, inden for fem på hinanden følgende skatteår, under forudsætning af at fortjenesten henlægges i en særlig reservefond, hvor den bindes for tre år. Fortjenesten, der skal henlægges i den særlige reservefond, kan ikke overstige 1,2% af forskellen mellem den samlede balance i alle de banker, der har deltaget i fusionen, og balancen i den største af bankerne før fusionen (artikel 22, stk. 1, og artikel 23, stk. 1, i dekret 153/99).

B — *Proceduren for Kommissionen, den anfægtede beslutning og gennemførelsen af den anfægtede beslutning*

8. På grundlag af en parlamentarisk forespørgsel herom iværksatte Kommissionen i marts 1999 indledende undersøgelser vedrørende den omtvistede støtteordning. Under denne procedure meddelte Kommissionen ved brev af 23. marts 2000 de italienske myndigheder, at den omtvistede støtteordning kunne indeholde støtteelementer, og anmodede dem om foreløbig ikke længere at anvende ordningen. Ved brev af 12. april 2000 meddelte de italienske myndigheder Kommissionen, at de havde indstillet gennemførelsen af den omtvistede støtteordning, således at skattelettelserne kun kan være blevet givet i 1998, 1999 og 2000.

9. Ved brev af 25. oktober 2000 underrettede Kommissionen den italienske regering om sin beslutning om at indlede en statsstøtteprocedure. Under denne procedure fremsatte forskellige banker, herunder Unicredito, bemærkninger ved skrivelse af 10. marts 2001.

10. Den 11. december 2001 vedtog Kommissionen den anfægtede beslutning, hvori den fastslog, at de støtteforanstaltninger i den omtvistede ordning, der blev iværksat til fordel for bankerne — bortset fra den foranstaltning, der er nævnt i beslutningens betragtning 5, nr. 5) — var statsstøtte, der var uforenelig med fællesmarkedet (beslutningens artikel 1 og 2). Kommissionen pålagde desuden Italien at ophæve den omtvistede støtteordning (beslutningens artikel 3), tilbagesøge den støtte, med tillæg af renter, som var blevet udbetalt på grundlag af den ulovlige ordning (beslutningens artikel 4) og senest to måneder efter meddelelsen af beslutningen underrette Kommissionen om, hvilke foranstaltninger der var truffet for at efterkomme den (beslutningens artikel 5).

11. Artikel 4 i den anfægtede beslutning (herefter »tilbagesøgningspåbuddet«) lyder således:

»1. Italien træffer alle nødvendige foranstaltninger for at tilbagesøge den i artikel 1 omhandlede støtte, som allerede ulovligt er udbetalt til støttemodtagerne.

2. Tilbagesøgningen skal ske uophørligt og i overensstemmelse med national lovgivning, hvis denne giver mulighed for at efterkomme beslutningen hurtigt og effektivt. Den støtte, der skal tilbagebetales, pålægges renter fra det tidspunkt, den blev udbetalt til støttemodtagerne, og indtil den er blevet tilbagebetalt. Renterne beregnes på grundlag af den referencesats, der anvendes til at beregne subventionsækvivalenten for regionalstøtte.«

12. Med henblik på at efterkomme den anfægtede beslutning blev den omtvistede støtteordning i første omgang suspenderet fra skatteåret 2001. Derefter blev det ved lovdekret nr. 282/02 af 24. december 2002, som senere blev konverteret til lov nr. 27 af 21. februar 2003, om hasteforanstaltninger til gennemførelse af »fællesskabsretlige og fiskale forpligtelser, opkrævning og regnskabsprocedure« [4], pålagt de banker, der havde nydt godt af den omtvistede støtteordning, at efterbetale et beløb i skat, med tillæg af renter, svarende til den skat, der som følge af den omtvistede støtteordning ikke var blevet betalt i de skatteår, hvor støtteordningen gjaldt (herefter »den nationale tilbagesøgning af skat«).

C — Hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

13. En af de banker, der rammes af tilbagesøgningen, er Unicredito, der er opstået ved en fusion mellem seks banker, som før var selvstændige, og som havde opnået skattelettelserne ved den omtvistede foranstaltning.

14. I hovedsagen skal der tages stilling til den sag, som Unicredito har anlagt vedrørende Agenzias stiltiende afslag på Unicreditos anmodning om refusion af den skat, med tillæg af renter, på i alt 244 712 646,05 EUR, som banken i første omgang havde efterbetalt som følge af den nationale tilbagesøgning af skat.

15. I hovedsagen har Unicredito gjort gældende, at banken har krav på tilbagebetaling, da den omtvistede støtteordning blot er en

4 — Suppl. ord. nr. 29 til *Gazzetta Ufficiale* nr. 44 af 22.2.2003.

opfølgning af love som Amato-loven, som allerede blev vedtaget for flere år siden og ikke er til skade for konkurrencen, da alle banker — også udenlandske bankers datterselskaber — har kunnet nyde godt af skattelettelserne, og da den forskellige behandling i forhold til de øvrige sektorer er sagligt begrundet. Unicredito har desuden kritiseret, at de skattelove, som er grundlaget for tilbagesøgningspåbuddet, har tilbagevirkende kraft; muligheden for at anvende tilbagevirkende kraft begrænses i italiensk ret af grundsætninger som princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og retssikkerhedsprincippet. Den anfægtede beslutning er i strid med den hidtidige fortolkning af Amato-loven. Endelig er den omtvistede beslutning, som er grundlaget for den nationale tilbagesøgning af de skatter, som ikke er blevet opkrævet, ulovlig. Unicredito har subsidiært anmodet om, at der forelægges Domstolen de spørgsmål om gyldighed og fortolkning, som denne nu skal tage stilling til.

16. Ifølge den forelæggende ret er det berettiget at stille de præjudicielle spørgsmål om den nationale tilbagesøgning af skat med hensyn til to punkter, nemlig dels med hensyn til, om den nationale bestemmelse herom er forenelig med det fællesskabsretlige princip om beskyttelse af den berettigede forventning, dels om den overholder proportionalitetsprincippet.

17. Hvad angår spørgsmålet, om der foreligger en berettiget forventning, har den forelæggende ret undersøgt den omtvistede foranstaltning og formålet hermed og har først og fremmest bemærket, at den er en logisk fortsættelse af Amato-loven, og at Kommissionen ikke har kritiseret denne lov.

18. Den forelæggende ret har anført, at muligheden for at drage nytte af den omtvistede støtteforanstaltning var en af de forudsætninger, som lå til grund for bankernes vurdering af, om de pågældende fusioner kunne gennemføres ud fra en økonomisk betragtning. En ændring af den skatteordning, der blev indført ved den omtvistede støtteordning, ville derfor påvirke finanssektorens stabilitet negativt og i hvert fald medføre en uberettiget efterfølgende ændring af vurderingskriterierne for virksomhedsbeslutninger, der allerede er gennemført. Ifølge den forelæggende ret udelukker princippet om beskyttelse af den berettigede forventning derfor, at den anfægtede beslutning kan anvendes med tilbagevirkende kraft.

19. For så vidt angår proportionalitetsprincippet har den forelæggende ret blandt andet anført, at det ikke kan forklares rationelt, hvorfor tilbagesøgningen af hele skatteforskellen skulle være mere egnet til at genoprette den tidligere situation end en tilbagesøgning af blot en del heraf.

20. På baggrund heraf har Commissione tributaria provinciale di Genova forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er [den anfægtede beslutning] ugyldig og uforenelig med fællesskabsretten, for

så vidt som bestemmelserne i [lov nr. 461/98 og dekret nr. 153/99] om banker i modsætning til, hvad Kommissionen har antaget, er forenelige med fællesmarkedet eller under alle omstændigheder er omfattet af undtagelsesbestemmelserne i artikel 87, stk. 3, litra b) og c), EF?

2) Er navnlig [den anfægtede beslutnings] artikel 4 ugyldig og uforenelig med fællesskabsretten, for så vidt som Kommissionen

a) har tilsidesat begrundelsespligten i henhold til artikel 253 EF, og/eller

b) princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, og/eller

c) proportionalitetsprincippet?

3) Subsidiært ønskes det oplyst, om en korrekt fortolkning af artikel 87 ff. EF, af artikel 14 i [forordning (EF) nr. 659/1999] og af fællesskabsrettens generelle principper, navnlig [princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, retssikkerhedsprincippet og proportionalitetsprincippet], er til hinder for at anvende artikel 1 i [lov nr. 282/02]?«

D — *Sager for Fællesskabets retsinstanser*

21. Det skal bemærkes, at den anfægtede beslutning er genstand for flere sager for både Domstolen og Retten i Første Instans.

22. I sag C-66/02, hvor jeg ligeledes fremsætter mit forslag til afgørelse i dag — og som jeg også henviser til under angivelse af de relevante punkter — skal der træffes afgørelse i et annullationssøgsmål, som Den Italienske Republik har indledt mod Kommissionen, og som indgik til Domstolens Justitskontor den 28. februar 2002 [5]. Denne og den foreliggende sag blev behandlet under en fælles mundtlig forhandling for Domstolen.

23. Desuden fik Domstolen i sag C-336/04 ved forelæggelseskendelse fra Commissione Tributaria Provinciale di Pordenone af 14. juli

5 — EFT C 109, s. 33; forslag til afgørelse af 8.9.2005 i den verserende sag C-66/02, Italien mod Kommissionen.

2004 i det væsentlige forelagt de samme præjudicielle spørgsmål som i den foreliggende sag [6]. Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 10. september 2004 blev den nævnte sag udsat, indtil der er afsagt dom i sag C-66/02 og sag C-148/04.

III — Genstanden for sagen og for de præjudicielle spørgsmål og muligheden for realitetsbehandling

A — *Realitetsbehandling af sagen for så vidt angår søgsmålet for Retten i Første Instans*

24. Endelig blev der allerede den 21. februar 2002 indgivet stævning ved Retten i Første Instans fra Associazione Bancaria Italia (ABI) — en bankforening, der også repræsenterer Unicredito — samt seks andre banker med påstand om, at den anfægtede beslutning skal annulleres [7]. Disse syv annullationssager blev ved kendelser af 9. juli 2003 fra Retten i Første Instans udsat, indtil Domstolen har afsagt dom i sag C-66/02.

25. I den foreliggende sag har Unicredito, Kommissionen samt den italienske regering afgivet skriftlige og mundtlige indlæg. I det følgende gengives kun i det omfang, det er nødvendigt, Unicreditos anbringender særskilt. Anbringenderne fra den italienske regering, der først og fremmest har henvist til sin stævning i sag C-66/02, samt Kommissionen omtales i det omfang, det er relevant, i forbindelse med min bedømmelse af sagen.

26. Det første aspekt, som Kommissionen har undersøgt, og som muligvis kan gøre det tvivlsomt, om sagen som helhed kan realitetsbehandles, er spørgsmålet, om det, som i et tilfælde som her, i det hele taget er muligt, at en fysisk eller juridisk person inden for rammerne af en præjudiciel sag kan sætte spørgsmålstegn ved gyldigheden af en beslutning, der er rettet til en medlemsstat.

27. Det skal herom indledningsvis fastslås, at i henhold til fast retspraksis indgår en anmodning om en præjudiciel afgørelse af, om en retsakt fra fællesskabsinstitutionerne er gyldig, sammen med annullationssøgsmål i henhold til artikel 230 EF og indsigelser om uanvendelighed i henhold til artikel 241 EF i et fuldstændigt retsmiddel- og procedure-system, som skal sikre kontrollen med lovligheden af fællesskabsinstitutionernes retsakter, idet kompetencen til at udøve denne kontrol er tillagt Fællesskabets retsinstanser. Fysiske eller juridiske personer, der på grund af formalitetsbetingelserne i artikel 230, stk. 4, EF ikke kan anfægte almengyldige fællesskabsretsakter direkte, har inden for

6 — Banca Popolare FriulAdria (EUT C 251, s. 5).

7 — Sag T-36/02.

rammerne af dette system efter omstændighederne mulighed for at gøre gældende, at sådanne retsakter er ugyldige, enten for Fællesskabets retsinstanser i form af en indsigelse i medfør af artikel 241 EF eller for de nationale retter, og at få disse, som ikke er beføjet til selv af fastslå ugyldigheden af sådanne retsakter, til at forelægge Domstolen præjudicielle spørgsmål herom [8].

28. Herved antydes det allerede, at svaret på, om en fysisk eller juridisk person inden for Fællesskabets retsbeskyttelsessystem kan anfægte en retsakt fra en fællesskabsinstitution indirekte ved et præjudicielt søgsmål, afhænger af, om det er eller ville have været muligt for den pågældende person at anfægte retsakten direkte ved Domstolen på grundlag af artikel 230, stk. 4, EF. Fællesskabets retsbeskyttelsessystem er i denne forbindelse også blevet betegnet som »forbundne kar«, hvor den kompetence, Fællesskabets retsinstanser har, normalt udelukker, at de nationale retter er kompetente, og omvendt [9].

29. Kommissionen har i denne forbindelse henvist til Domstolens dom i sag C-188/92, TWD Deggendorf [10]. I denne dom fastslog Domstolen, at »en modtager af støtte, der er genstand for en beslutning vedtaget af Kommissionen i henhold til traktatens artikel 93, [er afskåret] fra at anfægte beslutningens lovlighed ved de nationale domstole i forbindelse med et søgsmål til prøvelse af de nationale myndigheders foranstaltninger til gennemførelse af denne beslutning, når støttemodtageren kunne have anfægtet beslutningen, men har ladet den bindende frist i traktatens artikel 173, stk. 3, udløbe« [11].

30. Som det fremgår af denne dom, er formålet med at udelukke muligheden for at anfægte en beslutning fra Kommissionen ved et præjudicielt søgsmål imidlertid at overholde retssikkerhedsprincippet; det skal forhindres, at der gives adgang til at omgå beslutningens endelighed i forhold til den pågældende efter udløbet af fristen for at indbringe et søgsmål i medfør af artikel 230, stk. 4, EF [12].

31. Der er imidlertid ikke tale om omgåelse i et tilfælde, hvor den pågældende person under overholdelse af fristen har anlagt en sådan sag ved Retten i Første Instans [13]; dette er sket her ved den sag for Retten i Første Instans, der er anlagt af ABI, som også repræsenterer Unicredito.

8 — Jf. dom af 23.4.1986, sag 294/83, Les Verts mod Parlamentet, Sml. s. 1339, præmis 23, af 25.7.2002, sag C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores, Sml. I, s. 6677, præmis 40, og af 1.4.2004, sag C-263/02 P, Jégo-Quéré, Sml. I, s. 3425, præmis 30.

9 — Jf. K. Lenaerts, »The Legal Protection of Private Parties under the EC Treaty: A Coherent and Complete system of Judicial Review?«, i *Scritti in onore di Guiseppe Federico Mancini*, Vol. II, 1998, 591 (598).

10 — Dom af 9.3.1994, Sml. I, s. 833.

11 — Dommens præmis 17.

12 — Jf. dommens præmis 18.

13 — Jf. i denne retning klart dom af 30.1.1997, sag C-178/95, Wiljo, Sml. I, s. 585, præmis 20, 21 og 22.

32. I det foreliggende tilfælde er der herefter for så vidt ingen hindring for, at den præjudicielle sag kan antages til realitetsbehandling.

B — *Genstanden for og realitetsbehandlingen af de præjudicielle spørgsmål*

33. Henset til formuleringen af de præjudicielle spørgsmål og den forelæggende rets bemærkninger i forelæggelseskendelsen har Kommissionen ytret tvivl om, hvorvidt det første præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling, og gjort gældende, at Domstolen i den foreliggende sag ikke skal undersøge, om der er sket en tilsidesættelse af artikel 87 EF. Kommissionen har i denne forbindelse også nævnt spørgsmålet, om Domstolen, når den tager stilling, skal tage hensyn til de argumenter, som Unicredito har fremført i den foreliggende sag.

34. Det skal indledningsvis fastslås, at Domstolen i fast praksis altid har fremhævet, at det som led i proceduren for samarbejde mellem de nationale retter og Domstolen, som er indført ved artikel 234 EF, tilkommer Domstolen at give den forelæggende ret et hensigtsmæssigt svar, som sætter den i stand til at afgøre den tvist, der verserer for den [14].

14 — Jf. bl.a. dom af 17.7.1997, sag C-334/95, Krüger, Sml. I, s. 4517, præmis 22 og 23.

35. I denne henseende kan Domstolen, hvis spørgsmålene eventuelt er formuleret forkert eller overskrider rammerne for dens beføjelser i henhold til artikel 234 EF, af alle de elementer, der er anført af den nationale ret (især af de i forelæggelseskendelsen anførte grunde), udlede de fællesskabsretlige elementer, der under hensyn til sagsgenstanden kræver en fortolkning eller i givet fald en gyldighedsbedømmelse [15].

36. Omfanget af Domstolens kompetence i en præjudiciel sag afgrænses som følge af opgavefordelingen mellem de nationale retter og Domstolen principielt af den nationale ret og fremgår af forelæggelseskendelsen [16]. Under præjudicielle sager om gyldighed undersøger Domstolen inden for disse rammer [17] og på grundlag af parternes anbringender [18], om der foreligger faktorer, som anfægter gyldigheden af den pågældende fællesskabsretsakt. Der skal i denne forbindelse også tages hensyn til, at de i forelæggelsesbeslutningerne givne oplysninger ikke

15 — Jf. dom af 17.6.1997, sag C-105/96, Codiesel, Sml. I, s. 3465, præmis 13, og af 29.11.1978, sag 83/78, Pigs Marketing Board, Sml. s. 2347, præmis 26.

16 — Jf. Codiesel-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 12, samt dom af 4.7.1985, sag 167/84, Drünert, Sml. s. 2235, præmis 12, og af 1.3.1973, sag 62/72, Bollmann, Sml. s. 269, præmis 4.

17 — Dermed er en fysisk eller juridisk person inden for rammerne af det præjudicielle søgsmål i et vist omfang afhængig af den nationale retsinstans for så vidt angår vedkommendes mulighed for at fremføre ugyldighedsgrunde. Dette udgør en indskrænkning ved et præjudicielt søgsmål i forhold til et annullationssøgsmål, og det fik i forslag til afgørelse af 21.3.2002 i sag C-50/00 P (nævnt ovenfor i fodnote 8), punkt 102, generaladvokat Jacob til at sætte spørgsmålstegn ved Domstolens restriktive fortolkning af den enkeltes søgsmålsadgang i henhold til artikel 230, stk. 4, EF.

18 — Jf. f.eks. dom af 22.10.1991, sag C-16/90, Noelle, Sml. I, s. 5163, præmis 14-35; ligeledes udtrykkeligt dom af 25.10.1978, forenede sager 103/77 og 145/77, Royal Scholten-Honig, Sml. s. 2037, præmis 16 og 17.

blot tjener til at sætte Domstolen i stand til at give hensigtsmæssige svar, men også til at give medlemsstaternes regeringer samt andre interesserede parter mulighed for at afgive indlæg i henhold til artikel 20 i statutten for Domstolen [19].

37. Domstolen har dog hvad dette angår f.eks. anset det for tilstrækkeligt, at det fremgår af forelæggelseskendelsen, at den nationale ret er i tvivl om, hvorvidt en retsakt fra en fællesskabsinstitution er gyldig; Domstolen har herved taget hensyn til, at de skriftlige indlæg kan suppleres under den mundtlige forhandling [20].

38. Endelig skal det huskes, at Domstolen ikke har kompetence til at tage stilling til et præjudicielt spørgsmål, når det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af fællesskabsbestemmelserne eller undersøgelsen af, om disse er gyldige, savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand [21].

39. For så vidt angår det første præjudicielle spørgsmål har Kommissionen i det væsentlige gjort gældende, at hovedsagen udelukkende vedrører spørgsmålet, om tilbagesøgningspåbuddet i den anfægtede beslutning er ugyldigt, og ikke, om den anfægtede beslutning i sin helhed er gyldig.

40. Under hovedsagen har Unicredito gjort gældende, at den anfægtede beslutning, der gennemføres ved den nationale tilbagesøgning af skat, er ugyldig, og har, som det fremgår af forelæggelseskendelsen, også fremført argumenter for dette, der ikke kun vedrører tilbagesøgningspåbuddet, men også kvalificeringen af den omtvistede foranstaltning som støtte. Det skal fastslås, at forpligtelsen til at tilbagebetale de skattelettelser, der er opnået ved den omtvistede foranstaltning, også åbenbart hænger sammen med spørgsmålet om kvalificeringen af denne foranstaltning som støtte. Det første præjudicielle spørgsmål savner således ikke klart forbindelse med hovedsagens genstand.

41. Det fremgår desuden af ordlyden i første præjudicielle spørgsmål samt af bemærkningerne i forelæggelseskendelsen — især de argumenter fra Unicredito, der gengives — at den forelæggende ret er i tvivl om, hvorvidt den anfægtede beslutning er forenelig med fællesmarkedet, hvilket rejser spørgsmål om dens gyldighed, samt i tvivl om anvendelsen af artikel 87 EF.

19 — Jf. bl.a. dom af 1.4.1982, forenede sager 141/81, 142/81 og 143/81, Holdijk m.fl., Sml. s. 1299, præmis 6.

20 — Jf. den i fodnote 19 nævnte dom, præmis 7; jf. ligeledes forslag til afgørelse fra generaladvokat Jacobs af 4.12.1997 i sag C-162/96, Racke, dom af 16.6.1998, Sml. I, s. 3655, punkt 67.

21 — Jf. bl.a. dom af 13.3.2001, sag C-379/98, PreussenElektra, Sml. I, s. 2099, præmis 39, af 22.1.2002, sag C-390/99, Canal Satélite Digital, Sml. I, s. 607, præmis 19, samt af 6.6.2000, sag C-281/98, Angonese, Sml. I, s. 4139, præmis 18.

42. Der er for så vidt ingen grund til at afvise det første præjudicielle spørgsmål fra realitetsbehandling.

43. Kommissionen har endvidere gjort gældende, at det ikke er muligt inden for rammerne af en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF at spørge Domstolen, om en bestemt statsstøtte eller støtteordning er forenelig med fællesmarkedet.

44. Kommissionen har ganske vist ret i, at der ikke generelt kan forelægges Domstolen spørgsmål om en national støtteordnings forenelighed med fællesmarkedet, og at det alene er Kommissionen, der er kompetent til at træffe afgørelse om støtteforanstaltningers eller støtteordningers forenelighed med fællesmarkedet [22]. En konstatering af, at en støtte er uforenelig med fællesmarkedet, beror imidlertid i virkeligheden — bortset fra spørgsmålet om, hvorvidt de undtagelser i henhold til loven, der er opstillet i artikel 87, stk. 2, EF, men som ikke har særlig stor betydning i praksis [23], er opfyldt — på to faktorer, nemlig for det første kvalificeringen af en ordning som støtte på grundlag af indholdet af det støtteforbud, der er opstillet i artikel 87, stk. 1, EF, og for det andet en bedømmelse af, om forudsætningerne for at anvende undtagelserne i artikel 87, stk. 3, EF, [24] er opfyldt. Domstolen kan i forbindelse hermed for det første undersøge, om den pågældende støtteforanstaltning eller støtteordning i henhold til artikel 87, stk. 1, EF skal kvalificeres som støtte. For det andet råder Kommissionen ganske vist ved spørgsmålet, om undtagelsesbestemmelserne i artikel 87, stk. 3, EF skal anvendes, over en vidtgående skønsbeføjelse, hvis udøvelse indebærer økonomiske og sociale vurderinger [25], og Domstolen må derfor ikke erstatte Kommissionens skøn med sit eget [26]; Domstolen kan derfor heller ikke træffe afgørelse om, hvorvidt en støtteforanstaltning i sidste ende er forenelig med fællesmarkedet. Udøvelsen af Kommissionens skøn er dog underlagt en — ganske vist meget begrænset — kontrol fra Domstolens side [27].

45. De skitserede kontrolmuligheder, som Domstolen har, når det skal fastslås, om en støtteforanstaltning er forenelig med fællesmarkedet, må Domstolen — især når der henses til den nødvendige overensstemmelse mellem et annullationssøgsmål og et præjudicielt søgsmål om gyldigheden af en fællesskabsretsakt inden for Fællesskabets retsbe-

22 — Jf. kendelse af 24.7.2003 i sag C-297/01, Sicilcassa og Graci, Sml. I, s. 7849, præmis 47.

23 — Jf. Heidenhain, *Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts*, 2003, s. 192, punkt 2.

24 — Heidenhain, a.st., betegner dem som »fakultative« undtagelser.

25 — Jf. bl.a. dom af 24.2.1987, sag 310/85, Deufil mod Kommissionen, Sml. s. 901, præmis 18, af 8.3.1988, forenede sager 62/87 og 72/87, Exécutif régional wallon og SA Glaverbel mod Kommissionen, Sml. s. 1573, og af 29.4.2003, sag C-372/97, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 3679, præmis 83.

26 — Bl.a. dom af 14.1.1997, sag C-169/95, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 135, præmis 34.

27 — Jf. bl.a. dommen i sagen Italien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 83.

skyttelsessystem — også kunne udøve inden for rammerne af et præjudicielt søgsmål om gyldigheden af en fællesskabsretsakt [28].

46. Jeg mener derfor, at det første præjudicielle spørgsmål ikke skal afvises fra realitetsbehandling, og at den forelæggende ret har anmodet Domstolen om at undersøge, om den anfægtede beslutning er ugyldig, idet den tilsidesætter artikel 87, stk. 1, EF og artikel 87, stk. 3, EF.

47. Med det andet præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret åbenbart oplyst, om den anfægtede beslutning er ugyldig, idet der er sket en tilsidesættelse af begrundelsespligten, af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og/eller af proportionalitetsprincippet.

48. Den forelæggende ret ønsker åbenbart også med det tredje præjudicielle spørgsmål, der er formuleret som et spørgsmål om fortolkning af fællesskabsretten, oplyst, om de i det første og det andet præjudicielle spørgsmål nævnte bestemmelser er forenelige med de nævnte bestemmelser og principper i fællesskabsretten, her dog for så vidt angår den nationale tilbagesøgning af skat.

28 — Jf. dom af 27.2.1985, sag 112/83, Société des produits de maïs, Sml. s. 719, præmis 17.

49. I det følgende skal det altså først undersøges, om den anfægtede beslutning er ugyldig af følgende grunde: tilsidesættelse af artikel 87, stk. 1 og 3, EF, tilsidesættelse af begrundelsespligten samt tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og proportionalitetsprincippet.

IV — Det første og det andet præjudicielle spørgsmål (undersøgelse af gyldigheden)

A — *Tilsidesættelse af artikel 87 EF*

1) Spørgsmålet, om kvalificeringen af den omtvistede foranstaltning som støtte i henhold til artikel 87, stk. 1, EF, er lovlig

a) Den forelæggende rets bemærkninger og parternes væsentlige anbringender

50. Den forelæggende ret rejser for det første spørgsmål om, hvorvidt den anfægtede beslutning er gyldig, idet den finder det tvivlsomt, om Kommissionen med rette har kvalificeret den omtvistede foranstaltning som støtte i henhold til artikel 87, stk. 1, EF. Unicredito har — i det væsentlige med de samme argumenter, som den italienske

regering har fremført i sag C-66/02, og som jeg for så vidt henviser til[29] — gjort gældende, at den omtvistede foranstaltning ikke indebærer bevilling af en fordel, ikke iværksættes med statsmidler, ikke er en selektiv fordel og ikke påvirker konkurrencen og samhandelen mellem medlemsstaterne. Unicredito har især rejst indsigelse mod Kommissionens konstatering i punkt 33 i den anfægtede beslutning, ifølge hvilken den omtvistede foranstaltning ikke er neutral med hensyn til de deltagende virksomheders relative størrelse. Kommissionen har desuden med urette undladt at anvende reglen om de minimis-støtte, selv om den selv anerkender, at bestemte foranstaltninger i visse konkrete tilfælde kan ligge under de tærskler, der finder anvendelse for de minimis-støtte.

b) Bedømmelse

51. Det skal indledningsvis konstateres, at genstanden for den anfægtede beslutning — sådan som Kommissionen også har anført i punkt 29 i den anfægtede beslutning — ikke er individuelle støtteforanstaltninger, men derimod den (omtvistede) støtteordning som sådan. I henhold til retspraksis kan Kommissionen begrænse sig til at undersøge en støtteordning »på abstrakt plan«, idet den undersøger dens generelle kendetegn med henblik på at konstatere, om disse indeholder støtteelementer[30]. Den anfægtede beslutnings gyldighed kan således ikke anfægtes med henvisning til individuelle støtteforanstaltninger, som f.eks. støtten til Unicredito i det foreliggende tilfælde. Det, der skal undersøges, er altså, om det var korrekt af Kommissionen at kvalificere den omtvistede støtteforanstaltning, der udgør en del af den omtvistede støtteordning, og som Unicredito har nydt godt af, som statsstøtte i henhold til artikel 87, stk. 1, EF som følge af foranstaltningens generelle kendetegn.

52. Herom skal det indledningsvis bemærkes, at den i traktaten omhandlede statsstøtte i henhold til artikel 87, stk. 1, EF defineres som statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form, og som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencen ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, i det omfang, den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne.

53. Ifølge fast retspraksis skal en foranstaltning kvalificeres som støtte i henhold til denne bestemmelse, såfremt den opfylder følgende kumulative betingelser i) foranstaltningen giver visse virksomheder eller visse produktioner en ensidig fordel; ii) fordelen ydes direkte eller indirekte ved hjælp af statsmidler; iii) foranstaltningen fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencen;

29 — Jf. især punkt 40-46 og 85-88 i mit forslag til afgørelse i sag C-66/02, nævnt ovenfor i fodnote 5.

30 — Jf. om undersøgelsen af et sådant »støtteprogram« bl.a. dom af 17.6.1999, sag C-75/97, Belgien mod Kommissionen, »Maribel«, Sml. I, s. 3671, præmis 48, og af 14.10.1987, sag 248/84, Tyskland mod Kommissionen, Sml. s. 4013, præmis 18.

iv) foranstaltningen kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater [31].

54. I mit forslag til afgørelse i sag C-66/02 har jeg allerede undersøgt, om Kommissionen i den anfægtede beslutning i tilstrækkeligt omfang har påvist, at disse betingelser er opfyldt for så vidt angår den omtvistede støtte, der også omfatter den omtvistede støtteforanstaltning, og jeg er nået frem til, at dette er tilfældet.

55. Jeg henviser for så vidt til de relevante steder i ovennævnte forslag til afgørelse: for så vidt angår spørgsmålet, om der foreligger en begunstigelse, henviser jeg til punkt 47-57, hvor jeg især også udtaler mig om den omtvistede foranstaltning; for så vidt angår det forhold, at der ydes en fordel ved hjælp af statsmidler, henvises til punkt 63 og 64. Af de grunde, som jeg derefter har anført under punkt 65-84, anser jeg ligeledes den omtvistede foranstaltning for at være selektiv — i hvert fald i sektormæssig henseende. Som anført under punkt 82 og 83 i forslaget til afgørelse er det derfor især ikke nødvendigt at undersøge, om den omtvistede foranstaltning ligeledes er selektiv inden for sektoren, altså for eksempel med hensyn til bankernes størrelse. Hvad angår spørgsmålet, om Kommissionen med rette kunne gå ud fra, at der skete en fordrejning af konkurrencen og en påvirkning af samhandelen, henviser jeg til punkt 82-99 i forslaget.

56. Hvad endelig angår Unicreditos anbringende om, at bestemte foranstaltninger i visse konkrete tilfælde kan ligge under tærsklen for de minimis-støtte, er det tilstrækkeligt at henvise til, at genstanden for beslutningen som allerede nævnt ikke var individuelle støtteforanstaltninger, men derimod en støtteordning som sådan, og at det forhold, at støtte, der blev bevilget på grundlag af denne ordning, muligvis i konkrete tilfælde ikke oversteg tærsklen for de minimis-støtte, er uden betydning [32].

57. Det skal følgelig fastslås, at anbringendet om, at beslutningen er ugyldig, idet artikel 87, stk. 1, EF er tilsidesat, er ugrundet.

c) Spørgsmålet om, hvorvidt den anfægtede beslutning er lovlig henset til anvendelsen af artikel 87, stk. 3, litra b) og c), EF

i) Den forelæggende rets bemærkninger og parternes væsentlige anbringender

58. Efter Unicreditos opfattelse — som den forelæggende ret har henvist til i forelæggel-

31 — Jf. bl.a. dom af 24.7.2003, sag C-280/00, Altmark Trans, Sml. I, s. 7747, præmis 75, og af 3.3.2005, sag C-172/03, Heiser, Sml. I, s. 1627, præmis 27.

32 — Jf. ovenfor under punkt 51.

seskendelsen — har Kommissionen desuden tilsidesat artikel 87, stk. 3, litra b) og c), EF. Den omtvistede foranstaltning har nemlig faktisk til formål at fremme en fuldstændig og endelig privatisering af den italienske banksektor, og den burde derfor have været anset for »støtte, der kan fremme virkeliggørelsen af vigtige projekter af fælleseuropæisk interesse« eller »støtte til fremme af udviklingen af visse erhvervsgrene« i henhold til disse bestemmelser, og som støtte, der er forenelig med fællesmarkedet.

ii) Bedømmelse

59. Som allerede omtalt råder Kommissionen ved anvendelsen af artikel 87, stk. 3, EF over en vidtgående skønsbeføjelse, hvis udøvelse indebærer komplekse økonomiske og sociale vurderinger, og Domstolen må derfor ikke erstatte den bedømmelse af spørgsmålet om forenelighed, som den kompetente myndighed har foretaget, med sin egen [33].

60. Det tilkommer derfor heller ikke Domstolen at fastslå, om en statsstøtte skal anses for eller kunne have været anset for forenelig med fællesmarkedet [34].

61. Den retlige kontrol med Kommissionens skønsudøvelse skal derimod begrænses til en efterprøvelse af, at procedurereglerne og begrundelsesforskrifterne er overholdt, at de omstændigheder, der er lagt til grund, er materielt korrekte, og at der ikke er begået retlige fejl eller foretaget et åbenbart urigtigt skøn ved vurderingen af de faktiske omstændigheder eller begået magtfordrejning [35].

62. I det omfang Unicredito har gjort gældende, at begrundelsen af beslutningen er behæftet med mangler, henviser jeg til min redegørelse nedenfor under punkt 89 ff. I de øvrige henseender svarer Unicreditos argumenter vedrørende artikel 87, stk. 3, EF i det væsentlige til den italienske regerings, som jeg allerede undersøgte under punkt 113-125 i mit forslag til afgørelse i sag C-66/02, og hvor jeg nåede frem til, at den anfægtede beslutning er lovlig i så henseende.

63. Der er derfor efter min opfattelse intet i det foreliggende tilfælde, der tyder på, at beslutningen for så vidt angår anvendelsen af artikel 87, stk. 3, EF er retlig ukorrekt.

33 — Jf. ovenfor under punkt 44 og den deri nævnte retspraksis.

34 — Jf. kendelsen i Sicilcassa og Graci-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 47.

35 — Jf. bl.a. dommen i sagen Italien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 83.

2) Tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og retssikkerhedsprincippet

a) Den forelæggende rets bemærkninger og parternes væsentlige anbringender

64. Den forelæggende ret har endvidere rejst spørgsmålet, om tilbagesøgningspåbuddet i den anfægtede beslutning strider mod princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og retssikkerhedsprincippet. I forelæggelseskendelsen har retten henvist til, at den omtvistede foranstaltning er en logisk opfølgning af Amato-loven, som Kommissionen selv har anset for at være retmæssig og forenelig med artikel 87 EF. Der opstår også et klart problem om beskyttelse af den berettigede forventning og retssikkerhed, i og med at muligheden for at nyde godt af den omtvistede støtteordning var en af de forudsætninger, som lå til grund for de enkelte bankers vurdering af, om de pågældende fusioner kunne gennemføres ud fra en økonomisk betragtning.

65. Den forelæggende ret har dermed i det væsentlige gengivet Unicreditos argumenter vedrørende dette aspekt, hvorved banken har gjort gældende, at ligheden mellem den omtvistede støtteordnings formål og indhold og Amato-loven giver grundlag for at formode, at støtteordningen er forenelig med artikel 87 EF. Ifølge Unicredito har Kommissionens adfærd for så vidt angår Amato-loven skabt et »ekstraordinært tilfælde« af berettiget forventning, der i henhold til artikel 14, stk. 1, i forordning nr. 659/1999 kan beskytte virksomhederne mod tilbagesøgning af støtten. Kommissionen har derudenikke ret, når den antager, at det kun er bestemmelserne i artikel 7, stk. 1 og 2, i Amato-loven, der kan være grundlag for, at der skabes en berettiget forventning. En berettiget forventning kan også opstå i forbindelse med skatteforanstaltningen i henhold til artikel 7, stk. 3, i Amato-loven, eftersom denne bestemmelse anvendes på en måde, der meget ligner den, artikel 22 og 23 i Ciampi-loven anvendes på.

b) Bedømmelse

66. Domstolen har i fast praksis betegnet ophævelsen af en ulovlig støtte ved tilbagesøgning som en »logisk følge« af, at støtten er fundet ulovlig [36]. I henhold til artikel 14, stk. 1, i forordning nr. 659/1999 må Kommissionen ikke kræve tilbagebetaling af støtten, hvis det vil være i modstrid med et generelt princip i fællesskabslovgivningen.

67. Hvad angår princippet om beskyttelse af den berettigede forventning skal det indledningsvis bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at en medlemsstat, hvis myndigheder har ydet støtte i strid med de i artikel 88 EF fastlagte procedureregler, ikke kan påberåbe sig den støttemodtagende virksomheds berettigede forventning og dermed unddrage sig sin forpligtelse til at træffe de foranstaltninger, der er nødvendige for at

36 — Bl.a. dommen i sagen Belgien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 30, præmis 64, og dom af 21.3.1990, sag 142/87, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 959, præmis 66.

gennemføre en kommissionsbeslutning, hvorefter denne medlemsstat skal søge støtten tilbage. Dersom dette blev anerkendt, ville bestemmelserne i artikel 87 EF og 88 EF ikke kunne virke efter hensigten, idet de nationale myndigheder med udgangspunkt i deres egen ulovlige adfærd kunne ophæve den effektive gennemførelse af de beslutninger, Kommissionen har truffet i medfør af disse traktatbestemmelser [37].

68. I henhold til fast retspraksis er det imidlertid ikke udelukket, at en virksomhed, der har modtaget en støtte, vil kunne henvise til særlige omstændigheder, der hos den retmæssigt har kunnet skabe en berettiget forventning om, at støtten var lovlig [38]. Da den kontrol, som Kommissionen i medfør af artikel 88 EF fører med statsstøtte, har sit grundlag i ufravigelige principper, kan der dog ikke hos de støttemodtagende virksomheder principielt bestå en berettiget forventning om, at den støtte, de har modtaget, er lovlig, medmindre den er blevet ydet under iagttagelse af den i nævnte artikel fastlagte procedure; en påpasselig erhvervsdrivende »må [normalt] være i stand til at forvisse sig om, at denne procedure er blevet fulgt« [39].

69. Navnlig kan den, der har modtaget en støtte, som blev udbetalt, uden at Kommissionen på forhånd fik underretning herom, således at støtten var ulovlig i henhold til artikel 88, stk. 3, EF, ikke på dette tidspunkt have en berettiget forventning om, at støtten var lovligt ydet [40].

70. I det foreliggende tilfælde er det ubestridt, at den omtvistede støtteordning i strid med artikel 88, stk. 3, EF blev indført uden forhåndsunderretning.

71. Efter min opfattelse foreligger der heller intet, der undtagelsesvis kan begrunde en berettiget forventning.

72. I princippet skal der nemlig for det første tages hensyn til, at kvalificeringen af en statslig foranstaltning som støtte i henhold til artikel 87 EF ifølge indholdet af denne bestemmelse afhænger af en række forskellige faktorer og kræver, at der foretages en nærmere undersøgelse fra sag til sag af de tekniske og retlige egenskaber ved den enkelte statslige foranstaltning og den økonomiske sammenhæng, denne indgår i [41].

37 — Jf. dommen i sagen Spanien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 48.

38 — Bl.a. dommen i sagen Italien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 111.

39 — Jf. bl.a. dom af 11.11.2004, forenede sager C-183/02 P og C-187/02 P, Demesa og Territorio Histórico de Álava mod Kommissionen, Sml. I, s. 10609, præmis 44, af 20.9.1990, sag C-5/89, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3437, præmis 14, dommen i sagen Spanien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 51, og dom af 20.3.1997, sag C-24/95, Alcan Deutschland, Sml. I, s. 1591, præmis 25.

40 — Jf. dommen i Alcan Deutschland-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 39, præmis 30 og 31.

41 — Jf. vedrørende spørgsmålet om en selektiv fordel generaladvokat Tizzanos bemærkninger i forslag til afgørelse af 8.5.2001 i sag C-53/00, dom af 22.11.2001, Ferring, Sml. I, s. 9067, punkt 39.

73. For det andet råder Kommissionen, sådan som jeg allerede har fastslået ovenfor [42], når den skal fastslå, om en støtte er forenelig med fællesmarkedet, over en vidtgående skønsbeføjelse, hvis udøvelse indebærer komplekse økonomiske og sociale vurderinger, der skal foretages vedrørende Fællesskabet som helhed [43].

74. For det tredje er kontrollen vedrørende støtte i henhold til traktaten heller ikke statisk, netop fordi bestemmelserne om støtte, sådan som den italienske regering med rette har anført, skal tage højde for den økonomiske virkelighed. Rådet gav således udtryk for dette i fjerde betragtning til forordning nr. 659/1999:

»fuldførelsen og udbygningen af det indre marked er en gradvis proces, der afspejles i den stadige udvikling af statsstøttepolitikken; som følge af denne udvikling kan visse foranstaltninger, som ikke blev anset for statsstøtte, da de blev indført, senere være blevet til statsstøtte«.

42 — Jf. ovenfor under punkt 44 og 59.

43 — Jf. bl.a. dommen i sagen Spanien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 34.

75. Henset til dette træk ved bestemmelserne om støtte kan det forhold, at Kommissionen ikke har rejst indsigelse mod Amato-loven tidligere, ikke være nok til at begrunde en berettiget forventning hos de berørte virksomheder om, at den omtvistede støtteordning er lovlig, selv hvis denne ordning tids- eller indholdsmæssigt set er udtryk for en vis opfølgning af Amato-loven, og ordningerne har det fælles generelle formål at privatisere banksektoren. Det fremgår desuden af sagens akter, at Kommissionen kun har undersøgt Amato-loven for så vidt angår visse aspekter — især med hensyn til kapitalforhøjelse.

76. Under hensyn til det anførte i det hele må det derfor fastslås, at Kommissionen med tilbagesøgningspåbuddet ikke har tilsidesat princippet om beskyttelse af den berettigede forventning. Da der tydeligvis heller ikke er blevet fremført nogen særlige argumenter for, at retssikkerhedsprincippet er tilsidesat, må klagepunktet herom ligeledes afvises som ugrundet.

77. Det skal derefter fastslås, at der i denne sag ikke er noget, der tyder på, at tilbagesøgningspåbuddet tilsidesætter princippet om beskyttelse af den berettigede forventning eller retssikkerhedsprincippet.

3) Tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet

a) Den forelæggende rets bemærkninger og parternes væsentlige anbringender

78. Den forelæggende ret har derefter rejst spørgsmålet, om tilbagesøgningspåbuddet strider mod proportionalitetsprincippet. Ifølge retten kan det ubestrideligt ikke forklares rationelt, hvorfor tilbagesøgningen af hele skatteforskellen skulle være mere egnet til at genoprette den tidligere situation end en tilbagesøgning af blot en del heraf. Der må bl.a. tages hensyn til, at den omtvistede støtteordning skulle tilskynde bankerne til at fusionere, og at en fjernelse af fusionsfordelen med tilbagevirkende kraft ville ændre de økonomiske forbindelser mellem private erhvervsdrivende på grundlæggende vis. Den forelæggende ret har også henvist til stabiliteten inden for den økonomiske sektor.

79. Unicredito har gjort gældende, at Kommissionen, idet den ikke har påbudt en gradvis, men derimod en fuldstændig og øjeblikkelig tilbagebetaling af støtten, har tilsidesat proportionalitetsprincippet, som skal anvendes i lyset af artikel 14, stk. 1, i forordning nr. 659/1999. Tilbagesøgningen med tilbagevirkende kraft er meget ufordelagtig både for Unicredito og hele den italienske banksektor, fordi den på grundlæggende vis ændrer de økonomiske forbindelser, der er etableret på grundlag af den omtvistede foranstaltning. For de berørte virksomheder er følgerne af tilbagesøgningen mærkbart værre, end hvis den omtvistede foranstaltning aldrig var blevet iværksat.

b) Bedømmelse

80. Jeg har allerede henvist til, at ophævelsen af en ulovligt ydet statsstøtte ved tilbagesøgning — af hele støtten — er den logiske følge af, at støtten er fundet ulovlig [44]. I henhold til fast retspraksis kan tilbagesøgning af en ulovligt udbetalt statsstøtte for herved at genoprette den oprindelige situation derfor principielt ikke betragtes som en foranstaltning, der ikke står i rimeligt forhold til formålene i traktatens bestemmelser om statsstøtte [45].

81. Ved tilbagebetalingen af støtten mister støttemodtageren den fordel, der var opnået på markedet i forhold til konkurrenterne, og situationen fra tiden før ydelsen af støtten er genoprettet [46].

44 — Jf. bl.a. dommen i sagen Belgien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 36, præmis 66.

45 — Jf. bl.a. dommen i sagen Italien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 103, i sagen Belgien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 36, præmis 66, og i sagen Spanien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 47.

46 — Dom af 4.4.1995, sag C-350/93, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 699, præmis 22.

82. Domstolen har fastslået, at det følger af dette formål med tilbagebetalingen, at Kommissionen normalt ikke, bortset fra usædvanlige omstændigheder, kan undlade at udøve den skønsbeføjelse, som tilkommer den efter Domstolens praksis, når Kommissionen anmoder medlemsstaten om at tilbagesøge den ulovligt ydede støtte, eftersom Kommissionen alene herved genopretter den oprindelige situation [47].

83. I dommen i sag C-372/97, Italien mod Kommissionen, anså Domstolen det ikke engang for at være usædvanlige omstændigheder, der kunne gøre tilbagesøgningspåbuddet uforholdsmæssigt, at en tilbagesøgning for de modtagende virksomheder ville være en meget betydelig byrde, som kunne medføre, at et stort antal af dem forsvandt fra markedet, hvilket ville fremkalde en alvorlig beskæftigelsesmæssig og social krise [48].

84. Set i lyset af denne praksis fra Domstolen er de påberåbte ulemper, som den pågældende tilbagesøgning skulle medføre for de berørte banker, banksektoren som sådan og det italienske finansvæsen, efter min opfattelse ikke omstændigheder, der gør tilbagesøgningspåbuddet i den anfægtede beslutning uforholdsmæssigt. Det vil især ved foranstaltninger, der tilskynder til en bestemt adfærd, tit forholde sig sådan, at virksomheder har truffet økonomiske dispositioner på grundlag af en støtte. Dette kan imidlertid ikke i sig selv medføre, at tilbagesøgningen af støtten er uforholdsmæssig, da dette, som Kommissionen med rette har anført, ellers generelt ville påvirke effektiviteten af det fællesskabsretlige forbud mod støtte, og specielt ville tilbagesøgningens funktion blive stærkt svækket.

85. Endelig er det ikke blevet gjort gældende i denne sag, at tilbagesøgningen skulle være absolut umulig [49].

86. Følgelig er der ikke noget, der tyder på, at tilbagesøgningspåbuddet skulle tilsidesætte proportionalitetsprincippet.

4) Tilsidesættelse af begrundelsespligten i henhold til artikel 253 EF

a) Den forelæggende rets bemærkninger og parternes væsentlige anbringender

87. I forbindelse med det andet præjudicielle spørgsmål har den forelæggende ret uden

47 — Jf. bl.a. dommen i sagen Belgien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 30, præmis 66, og dom af 7.3.2002, sag C-310/99, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 2289, præmis 99.

48 — Dommen er nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 105.

49 — Jf. herom bl.a. dommen i sagen Belgien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 30, præmis 86, hvorefter en beslutning fra Kommissionen ville være ugyldig, hvis den pålagde adressaten en forpligtelse, hvis gennemførelse det allerede ved beslutningens vedtagelse var objektivt og absolut umuligt at realisere.

yderligere angivelser i forelæggelseskendelsen anmodet Domstolen om at fastslå, om forpligtelsen til at begrunde det omtvistede tilbagesøgningspåbud i den anfægtede beslutning er blevet tilsidesat.

88. Unicredito har i denne forbindelse kritiseret, at Kommissionen ikke har begrundet, hvorfor den ikke brugte den mulighed, som artikel 14, stk. 1, i forordning nr. 659/1999 giver til at undlade at tilbagesøge en støtte, så meget mere som tilbagesøgningen i denne sag strider mod det fællesskabsretlige princip om beskyttelse af den berettigede forventning. Begrundelsen i den anfægtede beslutning vedrørende selektivitet og konkurrencefordrejning er også behæftet med mangler. Kommissionen burde også have afgrænset det relevante marked for at kunne konstatere, om der foreligger en konkurrencefordrejning. Kommissionens afvisning af at bruge de minimis-reglen er heller ikke begrundet. Endelig skulle Kommissionen ikke have undersøgt den omtvistede støtteordning på abstrakt vis, men derimod med hensyn til hvert enkelt tilfælde, hvor den er blevet anvendt.

b) Bedømmelse

89. Det skal indledningsvis bemærkes, at begrundelsespligten udgør et væsentligt formkrav, som bør adskilles fra spørgsmålet om begrundelsens holdbarhed og materielle rigtighed, der henhører under spørgsmålet om lovligheden af den anfægtede retsakt [50].

90. Hvad dernæst angår kravene til begrundelsen, skal denne i henhold til fast retspraksis tilpasses karakteren af den pågældende retsakt og klart og utvetydigt angive de betragtninger, som fællesskabsinstitutionen har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, og således at den kompetente ret kan udøve sin prøvelsesret. Det nærmere indhold af begrundelseskravet skal navnlig fastlægges i lyset af indholdet af den pågældende retsakt samt den interesse, som retsaktens adressater samt andre, der må anses for berørt af retsakten, kan have i begrundelsen. Det kræves dog ikke, at begrundelsen angiver alle de forskellige relevante faktiske og retlige momenter, da spørgsmålet, om en beslutnings begrundelse opfylder kravene efter traktatens artikel 253 EF, ikke blot skal vurderes i forhold til ordlyden, men ligeledes til den sammenhæng, hvori den indgår, samt under hensyn til alle de retsregler, som gælder på det pågældende område [51].

91. Hvad angår begrundelsen af tilbagesøgningspåbuddet i den foreliggende sag, skal det fastslås, at Kommissionen i betragtning 49 til den anfægtede beslutning henviser til artikel 14 i forordning nr. 659/1999, ifølge hvilken Kommissionen i negative beslutninger om ulovlig støtte bestemmer, at der skal ske en tilbagesøgning. I betragtning 50-56 til den anfægtede beslutning gør Kommissionen

50 — Jf. bl.a. dom af 7.3.2002, Italien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 47, præmis 48.

51 — Jf. bl.a. dom af 2.4.1998, sag C-367/95 P, Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, Sml. I, s. 1719, præmis 63, af 30.3.2000, sag C-265/97 P, VBA mod Florimex m.fl., Sml. I, s. 2061, præmis 93, af 22.3.2001, sag C-17/99, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 2481, præmis 35 og 36, og dommen i sagen Italien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 47, præmis 48.

derefter rede for, hvorfor der efter dens opfattelse ikke er noget generelt princip i fællesskabsretten, der taler imod tilbagesøgningen. Spørgsmålet om konkurrenceforvridning og påvirkningen af samhandelen mellem medlemsstaterne omtales i den anfægtede beslutnings betragtning 30 og 41.

92. Hvad nærmere angår påstanden om, at det påhvilede Kommissionen at afgrænse det relevante marked for at kunne konstatere påvirkningerne af konkurrencen, skal det bemærkes, at det i henhold til fast retspraksis er tilstrækkeligt, at det påvises, at den pågældende støtte kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne og truer med at fordreje konkurrencevilkårene; det er ikke nødvendigt at afgrænse markedet og undersøge dette markeds struktur og de konkurrencevilkår, der følger heraf[52].

93. Endelig gør Kommissionen i beslutningens betragtning 32-37 udførligt rede for grundene til, at den anser henholdsvis den omtvistede støtteordning og den omtvistede foranstaltning for selektiv. I betragtning 44 omtaler Kommissionen desuden spørgsmålet om overskridelsen af de minimis-grænsen.

94. Den anfægtede beslutning opfylder herefter for så vidt kravene til en tilstrækkelig begrundelse.

95. Hvad endelig angår anbringendet om, at Kommissionen burde have undersøgt og begrundet den omtvistede støtteordning med hensyn til hvert enkelt tilfælde, hvori den er blevet anvendt, har jeg allerede henvist til, at genstanden for den anfægtede beslutning er undersøgelsen af en støtteordning som sådan, og at Kommissionen i henhold til retspraksis kan begrænse sig til at undersøge en støtteordning »på abstrakt plan«, idet den undersøger dens generelle kendetegn med henblik på at konstatere, om disse indeholder støtteelementer[53]. Det er derfor ikke nødvendigt, at den anfægtede beslutning indeholder en begrundelse for så vidt angår konkrete tilfælde, hvor den pågældende støtteordning er blevet anvendt.

96. Det fremgår heraf, at der — uafhængigt af spørgsmålet, om begrundelsen for den anfægtede beslutning er materielt rigtig — ikke kan konstateres nogen tilsidesættelse af begrundelsespligten.

5) Konklusion vedrørende gyldighedsundersøgelsen

97. I lyset af alt det anførte skal det fastslås, at den foretagne undersøgelse intet har

52 — Jf. bl.a. dom af 17.9.1980, sag 730/79, Philip Morris mod Kommissionen, Sml. s. 2671, præmis 9-12.

53 — Jf. ovenfor under punkt 51.

frembragt, der kan rejse tvivl om gyldigheden af den anfægtede beslutning og især af det tilbagesøgningspåbud, som denne indeholder.

V — Det tredje præjudicielle spørgsmål (fortolkning)

98. Det tredje præjudicielle spørgsmål er stillet som et fortolkningsspørgsmål, der åbenbart også vedrører de bestemmelser og principper i fællesskabsretten, som den forelæggende ret allerede har henvist til i forbindelse med de to præjudicielle spørgsmål om gyldigheden af den anfægtede beslutning, herunder især tilbagesøgningspåbuddet. Med dette fortolkningsspørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om disse bestemmelser og principper i fællesskabsretten, altså især princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og proportionalitetsprincippet (fællesskabsretlige principper, som artikel 14, stk. 1, i forordning nr. 659/1999 også henviser til) samt artikel 87 EF er til hinder for den nationale tilbagesøgning af skat.

99. Hvad angår dette spørgsmål, der efter Kommissionens opfattelse ikke skal besvares selvstændigt, skal det fastslås, at den nationale tilbagesøgning af skat ifølge det af den forelæggende ret oplyste blot gennemfører tilbagesøgningspåbuddet. Ovenstående undersøgelse har imidlertid vist, at dette tilbagesøgningspåbud ikke tilsidesætter de bestemmelser og principper i fællesskabsretten, som den forelæggende ret har nævnt, især artikel 87 EF og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning samt proportionalitetsprincippet, og at det dermed er gyldigt. Disse principper kan derfor heller ikke være til hinder for den nationale tilbagesøgning af skat, eftersom den forelæggende ret ikke har nævnt nogen forventninger eller andre omstændigheder, der går videre end det, jeg allerede har taget hensyn til ved undersøgelsen af spørgsmålet om påbuddets gyldighed. Der skal i øvrigt henvises til, at det kan udledes af Domstolens praksis, at den nationale myndighed ikke har nogen beføjelse til at foretage en anden konstatering, såfremt der foreligger en gyldig kommissionsbeslutning om tilbagesøgning; da de nationale myndigheder ikke råder over noget skøn på dette punkt, er deres opgave begrænset til gennemførelsen af Kommissionens beslutning [54].

100. Det tredje præjudicielle spørgsmål skal derfor efter min opfattelse besvares således, at de bestemmelser og principper i fællesskabsretten, som den forelæggende ret har nævnt, ikke er til hinder for at anvende en ordning som den nationale tilbagesøgning af skat til gennemførelse af den anfægtede beslutning, især det tilbagesøgningspåbud, der indgår heri.

54 — Jf. Alcan Deutschland-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 39, præmis 34.

VI — Sagens omkostninger

101. Den italienske regerings og Kommissionens udgifter kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

VII — Forslag til afgørelse

102. Sammenfattende foreslår jeg Domstolen at besvare de spørgsmål, som Commissione tributaria di Genova, har forelagt således:

»1) Undersøgelsen af de stillede spørgsmål har intet frembragt, der kan rejse tvivl om gyldigheden af Kommissionens beslutning 2002/581/EF af 11. december 2001 om den statsstøtte, Italien har iværksat til fordel for banker, især tilbagesøgningspåbuddet heri.

2) Artikel 87 EF, artikel 14 i forordning (EF) nr. 659/1999 samt princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og proportionalitetsprincippet er ikke til hinder for at anvende en ordning som den nationale tilbagesøgning af skat til gennemførelse af denne beslutning, især tilbagesøgningspåbuddet heri.«