FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
fremsat den 28. oktober 1999 *

1. Ved stævning indleveret den 2. december 1997 har Kommissionen nedlagt påstand om, at Den Portugisiske Republik dømmes for at have tilsidesat EF-traktatens artikel 93, stk. 2, andet afsnit (nu artikel 88, stk. 2, andet afsnit, EF). Kommissionen bebrejder nærmere bestemt denne medlemsstat, at den ikke inden for den fastsatte frist har gennemført Kommissionens beslutning 97/762/EF af 9. juli 1997 [1].

I — De faktiske omstændigheder

I denne beslutnings artikel 1, som blev meddelt adressatmedlemsstaten den 18. juli 1997, fastslog Kommissionen, at den støtte i form af en garanti, som den portugisiske regering havde ydet til fordel for Empresa Para a Agroalimentação e Cereais, SA (herefter »EPAC«), var ulovlig, fordi den var iværksat i strid med procedurereglerne i traktatens artikel 93, stk. 3. Kommissionen fandt desuden, at støtten var uforenelig med fællesmarkedet i henhold til EF-traktatens artikel 92, stk. 1 (efter ændring nu artikel 87, stk. 1, EF), og ikke opfyldte betingelserne for de undtagelser, der er fastsat i samme artikels stk. 2 og 3.

Ved beslutningens artikel 2 pålagde Kommissionen Den Portugisiske Republik at afvikle støtten senest 15 dage efter datoen for meddelelsen af beslutningen og foranstalte den tilbagebetalt senest to måneder efter samme dato.

2. Det fremgår af betragtningerne til beslutning 97/762 og af stævningen, at EPAC er et aktieselskab med offentlig kapital, som blev oprettet i 1991, og som driver virksomhed på kornmarkedet. Selskabet er kendetegnet ved en skæv formuesituation med overvægt af faste aktiver og en for stor arbejdsstyrke. Driftsomkostningerne er meget høje, og egenkapitalen utilstrækkelig til at kunne finansiere handelsaktiviteterne.

Som følge af den gradvise liberalisering af kornmarkedet i Portugal og en tvivlsom ledelse nåede gælden og de finansielle forpligtelser et niveau, hvor selskabet ikke kunne indfri dem med egne midler, og fra

* Originalsprog: spansk.

1 — Kommissionens beslutning 97/762/EF af 9.7.1997 om de foranstaltninger, Portugal har truffet til fordel for EPAC — Empresa Para a Agroalimentação e Cereais, SA (EFT L 311, s. 25).

april 1996 ophørte EPAC med at indfri størstedelen af sine finansielle forpligtelser.

På baggrund af den krisesituation, som en af deres virksomheder befandt sig i, bemyndigede de portugisiske myndigheder EPAC's bestyrelse til at optage et lån på markedsvilkår på maksimalt 50 mia. PTE, hvoraf 30 mia. ville blive omfattet af en statsgaranti i syv år. Formålet med lånet var at omlægge virksomhedens kortfristede banklån til mellemlange lån.

3. Den 15. oktober 1996 modtog Kommissionen en klage over eventuel statsstøtte ydet til EPAC som beskrevet. Da Kommissionen ikke havde modtaget nogen anmeldelse fra de portugisiske myndigheder, anmodede den ved skrivelse af 31. oktober 1996 disse myndigheder om oplysninger om støtten og — såfremt den fandtes — om anmeldelse af støtten med henblik på en undersøgelse af denne.

4. Ved skrivelse af 26. november 1996 bekræftede Portugals Faste Repræsentation ved Den Europæiske Union eksistensen af en statsgaranti til fordel for EPAC. Der blev dog ikke sendt en støtteanmeldelse til Kommissionen, og støtten blev derfor indført i registret for uanmeldt støtte under NN 13/97.

5. Kommissionen besluttede at indlede proceduren i henhold til traktatens artikel 93, stk. 2, og med henblik herpå tilstillede den den 27. februar 1997 de portugisiske myndigheder en skrivelse. Kommissionen anførte heri, at statsgarantien ikke overholdt fællesskabsreglerne for støtte, og at refinansieringen af EPAC var blevet gennemført på vilkår, som ikke svarede til markedssituationen. Det var Kommissionens opfattelse, at den portugisiske stats handlemåde kunne påvirke samhandelen og føre til fordrejning af konkurrencevilkårene, og at operationen var omfattet af forbuddet i traktatens artikel 92, stk. 1, eftersom der var tale om statsstøtte. Ifølge de oplysninger, som Kommissionen rådede over, kunne denne støtte ikke fritages efter nogen af undtagelsesbestemmelserne i samme artikels stk. 2 og 3, da den ikke opfyldte betingelserne for støtte til omstrukturering af virksomheder i krise.

6. Ved samme skrivelse opfordrede Kommissionen den portugisiske regering til at fremsætte sine bemærkninger og anmodede den om at træffe de fornødne foranstaltninger med henblik på øjeblikkeligt at suspendere den garanti, som var ydet

EPAC, med virkning for alle fremtidige forretningsaktiviteter på kornmarkedet [2].

7. Den portugisiske regering svarede den 21. marts 1997, at det offentlige ikke havde deltaget i forhandlingerne om de lån, som bankerne havde ydet EPAC med henblik på at finansiere kommercielle aktiviteter, og meddelte oplysninger om visse af disse lån. Regeringen omtalte ikke foranstaltninger, der var truffet for at efterkomme kravet om at ophæve virkningen af statsgarantien.

8. Den 30. april 1997 vedtog Kommissionen beslutning 97/433/EF [3], hvori den pålagde Den Portugisiske Republik med øjeblikkelig virkning at suspendere statsgarantien til fordel for virksomheden EPAC og inden 15 dage underrette Kommissionen om, hvilke foranstaltninger den havde truffet for at efterkomme beslutningen.

9. Ved skrivelse af 21. maj 1997 gentog de portugisiske myndigheder — som fortsat ikke havde givet meddelelse om, hvilke foranstaltninger de havde truffet til at suspendere garantien — at staten ikke havde deltaget i og ikke agtede at deltage i forhandlingerne om de lån, bankerne havde bevilget EPAC til finansiering af handelsaktiviteterne. De tilføjede, at staten heller ikke havde deltaget i låneaftalen. Ifølge de portugisiske myndigheder udgjorde garantien til fordel for EPAC ikke en finansiel driftsstøtte til virksomheden, og den havde derfor ikke fordrejet konkurrencevilkårene. Det var heller ikke påvist, hvordan og i hvilket omfang statsgarantien til fordel for EPAC ville kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne.

10. På baggrund af dette svar så Kommissionen sig nødsaget til at afslutte proceduren i henhold til traktatens artikel 93, stk. 2, og vedtage den negative beslutning, som den i nærværende sag kritiserer Den Portugisiske Republik for ikke at have overholdt.

II — Sagen om den portugisiske statsgaranti til fordel for EPAC for Fællesskabets retsinstanser

11. Den portugisiske stat har ikke rettet sig efter beslutning 97/433, hvorved Kommissionen anmodede den portugisiske regering om øjeblikkeligt at suspendere støtten i form af en statsgaranti, og den har endnu ikke gennemført beslutning 97/762, hvorved denne støtte blev erklæret ulovlig og

2 — Kommissionen meddelte ligeledes de portugisiske myndigheder, at den forbeholdt sig ret til at træffe en foreløbig beslutning, hvorved Portugal ville blive pålagt omgående at suspendere den pågældende støtte for fremtidige foranstaltningers vedkommende. Denne mulighed er omhandlet i Kommissionens meddelelse SG(91) D/4577 af 4.3.1991 til medlemsstaterne vedrørende de nærmere bestemmelser for underretning om støtte og om procedurereglerne i forbindelse med støtteforanstaltninger iværksat i strid med EF-traktatens artikel 93, stk. 3. Domstolen tillagde Kommissionen denne befojelse i dommen af 14.2.1990 (sag C-301/87, Frankrig mod Kommissionen, »Boussac«, Sml. I, s. 307).

3 — Kommissionens beslutning af 30.4.1997 om anmodning til den portugisiske regering om at suspendere støtten i form af en statsgaranti til virksomheden EPAC — Empresa Para a Agroalimentação e Cereais, SA (EFT L 186, s. 25).

krævet afviklet inden for 15 dage og tilbagebetalt inden for to måneder.

12. Mere end to år efter vedtagelsen af disse beslutninger er de ikke alene ikke blevet gennemført, men lovligheden af dem anfægtes også ved Fællesskabets retsinstanser i henhold til EF-traktatens artikel 173 (efter ændring nu artikel 230 EF).

For det første har EPAC anlagt to sager ved Retten i Første Instans med påstand om annullation af henholdsvis beslutning 97/433, i sag T-204/97[4], og beslutning 97/762, i sag T-270/97[5]. Der blev afholdt retsmøde i disse sager den 1. juli 1999, og de er i øjeblikket under votering.

For det andet har Den Portugisiske Republik anlagt sager ved Domstolen med påstand om annullation af først beslutning 97/433, i sag C-246/97[6], og dernæst af beslutning 97/762, i sag C-330/97[7].

Både i sagerne for Retten og i sagerne for Domstolen er der nedlagt påstand om annullation af de samme retsakter. Domstolen har derfor i medfør af artikel 47, stk. 3, i statutten for Domstolen og procesreglementets artikel 82a, stk. 1, litra a), besluttet at udsætte retsforhandlingerne i de sager, der er anlagt af Den Portugisiske Republik, indtil Retten har afsagt dom i de sager, der er anlagt af EPAC.

4 — Meddelelse offentliggjort i EFT 1997 C 318, s. 20. Sagsøgeren har gjort gældende, at garantien til fordel for EPAC ikke er en statsstøtte, da den hverken direkte eller indirekte har omfattet nogen form for overførsel af statsmidler, at den portugisiske stat som indehaver af hele virksomhedens kapital har ret til og pligt til at yde en sådan form for støtte, at såfremt garantien må anses for støtte, var staten berettiget til at yde denne og var ikke forpligtet til at give Kommissionen underretning herom, og at beslutningen som følge af sin indgribende virkning, der helt lader sagens omstændigheder og de interesser og værdier, den angår, ude af betragtning, er i strid med princippet om god tro og beskyttelse af den berettigede forventning hos erhvervsdrivende, som berøres af den, og udgør en alvorlig tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet.

5 — Meddelelse offentliggjort i EFT 1997 C 370, s. 10. Søgsmålsgrundene og de væsentligste argumenter er de samme som i sag T-204/97, EPAC mod Kommissionen. Sagsøgeren gør desuden gældende, at der foreligger en vilkårlig forskelsbehandling af offentlige og private virksomheder, og at den portugisiske stat ikke retligt har mulighed for at vedtage de foranstaltninger, som pålægges ved den anfægtede beslutning.

6 — Meddelelse offentliggjort i EFT 1997 C 271, s. 7. Den Portugisiske Republik har gjort gældende, at beslutningen savner hjemmel og er retsstridig. Med hensyn til den manglende hjemmel har Den Portugisiske Republik anført, at Kommissionen — i betragtning af, at hverken traktaten eller afledt ret indeholder hjemmel for foreløbige beslutninger i henhold til artikel 93, og at det er gennem Domstolens praksis, at Kommissionen er tillagt beføjelse til at vedtage sådanne beslutninger — ikke må pålægge en medlemsstat urimelige og indgribende foranstaltninger, som har karakter af og virkninger som en endelig foranstaltning. For så vidt angår argumentet om, at beslutningen er retsstridig, har Den Portugisiske Republik gjort gældende, at den tilsidesætter proportionalitetsprincippet.

7 — Meddelelse offentliggjort i EFT 1997 C 357, s. 14. Sagsøgeren gør følgende gældende: tilsidesættelse af EF-traktatens artikel 190 (nu artikel 253 EF), fordi beslutningens begrundelse er selvmodsigende og utilstrækkelig, tilsidesættelse af EF-traktatens artikel 92, stk. 1, fordi den ydede garanti ikke udgør en statsstøtte, tilsidesættelse af EF-traktatens artikel 222 (nu artikel 295 EF) og 90 (nu artikel 86 EF) som følge af forskelsbehandling af offentlige og private virksomheder, tilsidesættelse af artikel 92, stk. 1, fordi garantien ikke medfører konkurrencefordrejning eller påvirkning af samhandelen, tilsidesættelse af artikel 92, stk. 3, litra c), tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet, absolut umulighed for at gennemføre beslutningen og tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning.

III — Beslutning 97/762, som Kommissionen kritiserer Den Portugisiske Republik for ikke at have gennemført

13. I betragtningerne til beslutningen af 9. juli 1997 har Kommissionen

I) detaljeret beskrevet omstændighederne, hvorunder statsgarantien på 30 mia. PTE blev ydet til fordel for EPAC uden forudgående underretning

II) beskrevet forløbet af den procedure, som blev indledt i henhold til traktatens artikel 93, stk. 2, og grundene til, at den vedtog beslutningen af 30. april 1997, hvorved de portugisiske myndigheder blev pålagt omgående at suspendere støtten og inden for en frist på 15 dage at underrette Kommissionen om de foranstaltninger, der blev truffet for at opfylde dette krav

III) sammenfattet den portugisiske regerings bemærkninger til Kommissionens foranstaltninger, hvorved regeringen afviste, at garantien udgjorde en finansiel driftsstøtte til EPAC

IV) begrundet, hvorfor de foranstaltninger, Den Portugisiske Republik har vedtaget til fordel for denne virksomhed, kan tænkes at kunne påvirke samhandelen med korn mellem medlemsstaterne

V) redegjort for, hvorfor den portugisiske regerings garanti ikke er omfattet af undtagelserne i artikel 92, stk. 3, og tilbagevist dens argumenter med henvisning til, at Kommissionen har analyseret, om støtten til EPAC er lovlig i lyset af meddelelsen om »Fællesskabets rammebestemmelser for statsstøtte til redning og omstrukturering af kriseramte virksomheder« [8]

VI) anført, at Den Portugisiske Republik ikke har overholdt sin forpligtelse til at anmelde udkastet til de foranstaltninger, der er truffet til fordel for EPAC, og at den har gennemført foranstaltningerne, uden at Kommissionen har kunnet udtale sig om dem, at støttens ulovlige karakter ikke kan afhjælpes efterfølgende, at Kommissionen kan pålægge medlemsstaten at kræve, at modtagerne tilbagebetaler enhver uretmæssigt udbetalt støtte, og at den uretmæssigt ydede finansielle fordel — da der er tale om støtte i form af statsgaranti — svarer til forskellen mellem finansieringsomkostningerne for banklån på markedsvilkår (repræsenteret ved referencesatsen) og de af EPAC faktisk betalte finansieringsomkostninger i forbindelse med finansieringsoperationen.

8 — EFT 1994 C 368, s. 12.

14. I beslutningens artikel 1 fastslår Kommissionen, at støtten er ulovlig, fordi den er iværksat i strid med procedurereglerne i traktatens artikel 93, stk. 3, at den er uforenelig med fællesmarkedet i henhold til traktatens artikel 92, stk. 1, og at den ikke opfylder betingelserne for de undtagelser, der er fastsat i samme artikels stk. 2 og 3.

I artikel 2 pålægger Kommissionen Den Portugisiske Republik at afvikle den i artikel 1 nævnte støtte senest 15 dage efter datoen for beslutningens meddelelse og senest to måneder efter samme dato at træffe de foranstaltninger, der er nødvendige for, at støtten tilbagebetales. I henhold til samme artikel skal tilbagebetalingen ske efter procedurerne i den portugisiske lovgivning, og renter beregnes fra den dato, hvor støtten blev udbetalt. Den rentesats, der skal anvendes, er den referencesats, der anvendes til at beregne subventionsækvivalenten for regional støtte.

Ved artikel 3 forpligtes Den Portugisiske Republik dels til at holde Kommissionen løbende underrettet om de foranstaltninger, der vedtages for at efterkomme beslutningen, idet den første meddelelse skal fremsendes senest en måned efter meddelelsen af beslutningen, og dels til senest to måneder efter udløbet af fristen at træffe foranstaltninger til tilbagebetaling af støtten og at meddele Kommissionen oplysninger, som uden yderligere undersøgelse sætter denne i stand til at kontrollere, at forpligtelsen til at kræve tilbagebetaling er blevet opfyldt.

IV — Parternes argumenter vedrørende traktatbrudspåstanden

15. Kommissionen har anført, at Den Portugisiske Republik ved ikke at have gennemført beslutningen har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler den efter EF-traktatens artikel 189 (nu artikel 249 EF), som bestemmer, at en beslutning er bindende for den stat, den er rettet til. Ved fortsat ikke at efterleve forpligtelserne ifølge denne beslutning har Den Portugisiske Republik tilsidesat artikel 93, stk. 3, idet den ikke anerkender den opsættende virkning af denne bestemmelse, der har til formål at forhindre, at der tildeles støtte, som er uforenelig med fællesmarkedet. Selv om Den Portugisiske Republik anså støtten for at være forenelig med fællesmarkedet og beslutningen for at være ulovlig, burde denne medlemsstat have efterlevet den inden for de fastsatte frister.

16. Kommissionen har desuden anført, at Den Portugisiske Republik ikke har vist vilje til at drøfte de nærmere betingelser for beslutningens gennemførelse, og den har ikke levet op til sin forpligtelse til loyalt samarbejde i henhold til EF-traktatens artikel 5 (nu artikel 10 EF). Den har heller ikke taget skridt til at ophæve garantien eller den fordel, den medførte for den begunstigede virksomhed. Både regeringen og virksomheden har derimod anlagt sager

ved Fællesskabets retsinstanser, hvorunder de har anfægtet lovligheden af Kommissionens beslutninger, mens Kommissionen selv — i tillid til, at den portugisiske regering, senest når den modtog den endelige beslutning, ville bringe overtrædelsen af fællesskabsretten til ophør — i første omgang undlod at anlægge sag mod Den Portugisiske Republik for ikke at have gennemført beslutning 97/433.

17. Følgerne af ikke at gennemføre beslutningen er alvorlige. EPAC råder fortsat over en finansiel støtte, som den måtte undvære, hvis den portugisiske stat ikke havde stillet garantien. Situationen kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne og fordreje konkurrencen på kornmarkedet, især i forbindelse med de offentlige udbud, som regelmæssigt afholdes vedrørende indførsel af korn, og hvorunder EPAC på grund af den likviditet, det har opnået ved hjælp af statsgarantien, kan afgive mere fordelagtige tilbud end konkurrenterne. EPAC's konkurrenter kan derfor ved de nationale domstole gøre gældende, at den portugisiske stat har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til traktaten, sådan som det påstås fastslået i den foreliggende sag.

18. Den Portugisiske Republik har i svarskriftet erkendt, at den manglende gennemførelse af Kommissionens beslutning 97/762 som udgangspunkt udgør en tilsidesættelse af fællesskabsretten. Den har til sit forsvar anført, at der ikke er ydet nogen støtte, eftersom der ikke er overført midler fra staten til den pågældende virksomhed, og at det på grund af uoverstigelige materielle og retlige vanskeligheder var absolut umuligt for Den Portugisiske Republik at gennemføre beslutningen.

19. Der er tale om flere forskellige materielle vanskeligheder, som skal have gjort det absolut umuligt for Den Portugisiske Republik at efterleve beslutningen. For det første er beslutningens konklusion i modstrid med betragtningerne. I betragtningerne til beslutningen omtaler Kommissionen kun en foranstaltning — i ental — som skulle udgøre en statsstøtte, mens den i konklusionen erklærer støtteforanstaltningerne — i flertal — ulovlige og kræver dem afviklet. Dernæst anfører Kommissionen — efter at have anerkendt, at regeringen gav bemyndigelse til, at der blev indledt forhandlinger om omlægning af EPAC's gæld på markedsvilkår, hvilket viser, at regeringen ikke har påtaget sig at betale renterne — at tilbagebetalingen skal ske efter procedurerne i national lovgivning, og at renterne skal beregnes fra den dato, hvor støtten blev udbetalt.

For det andet er Kommissionens pålæg helt uforståelige i lyset af de faktiske omstændigheder, idet det er vanskeligt at se, hvordan staten skulle kunne tilbagesøge en støtte, eller hvad den konkret skulle tilbagesøge, når det eneste, den havde gjort, var at bevilge en garanti i forbindelse med omlægning af en virksomheds lån, uden at der blev overført midler fra staten til EPAC.

20. De uoverstigelige retlige vanskeligheder, som gjorde det umuligt for Den Portugisiske Republik at gennemføre

beslutningen, foreligger også i mange henseender. For det første kan staten ikke ensidigt trække garantien tilbage, for gjorde den dette, ville EPAC's kreditorbanker kunne rejse krav om øjeblikkelig indfrielse af gælden, hvilket ville indebære, at virksomheden gik konkurs. For det andet er det i henhold til portugisisk ret kun muligt at trække en garanti tilbage i to tilfælde, nemlig hvor der føres forhandlinger med kreditorerne (og EPAC's kreditorer vil næppe acceptere at give afkald på en garanti, som har været afgørende for beslutningen om at yde lånet), og hvor der foreligger en retsafgørelse, som annullerer beslutningen om at bevilge garantien, fordi den udgør en statsstøtte. Regeringen har desuden oplyst, at der er anlagt sag ved Portugals Supremo Tribunal Administrativo med påstand om, at den garanti, staten har stillet over for EPAC's kreditorer, erklæres ugyldig. Endelig hævder regeringen, at beslutningen er fuldstændig uegnet i forhold til sit formål og i strid med proportionalitetsprincippet.

Den portugisiske regering har endvidere anført, at Kommissionen var orienteret om de grunde, der gjorde det umuligt for Den Portugisiske Republik at gennemføre beslutning 97/762. Den mener, at den ikke har forsømt sin pligt til loyalt samarbejde, og kritiserer Kommissionen for ikke at have taget hensyn til regeringens argumenter, da den anlagde dette traktatbrudssøgsmål, eftersom der var etableret en løbende dialog om dette emne mellem parterne, og Den Portugisiske Republik havde vist stor forhandlingsvilje under hele forløbet. For at opveje den konkurrencefordel, som garantien gav EPAC, meddelte den portugisiske regering således officielt Kommissionen, at så længe den ikke havde taget stilling til det materielle spørgsmål, som Den Portugisiske Republik havde forelagt den i form af en udviklingsplan for EPAC, ville virksomheden afholde sig fra at deltage i EF-udbud vedrørende indførsel af korn.

21. Kommissionen har i replikken anført, at Den Portugisiske Republik under foregivende af, at det er umuligt at gennemføre beslutningen, i forbindelse med denne sag forsøger at rejse tvivl om dens lovlighed. Kommissionen afviser imidlertid punkt for punkt Republikkens argumenter.

22. For så vidt angår den påståede modstrid mellem beslutningens konklusion og dens betragtninger, som skulle have forhindret Den Portugisiske Republik i at forstå, hvad den blev anmodet om at gøre, har Kommissionen anført, at en sådan vurdering kun kan være resultatet af en alt for hurtig og overfladisk gennemgang af dokumentet. Det fremgår således fuldstændig klart af beskrivelsen af de faktiske omstændigheder og herunder navnlig Kommissionens breve til Den Portugisiske Republik, og af de grunde, som anføres i betragtningerne, at den foranstaltning, beslutningen vedrører, kun kan være den garanti, som den portugisiske regering ydede EPAC.

23. Med hensyn til det forhold, at der ikke er overført midler fra staten til EPAC, har Kommissionen anført, at statsgarantien ikke af denne grund mister sin karakter af støtte, og at den fortsat har de virkninger, som kendetegner støtte. Disse virkninger kan kun ophæves ved at tilbagesøge den rentefordel, der som følge af garantien blev opnået under forhandlingerne om rente-

satsen for lånet, og ved at ophæve selve garantien. Kommissionen udtrykker forundring over, at den portugisiske regering ikke tidligere har henvist til disse uforudsete vanskeligheder eller gjort gældende, at det var absolut umuligt at gennemføre beslutningen, og heller ikke har anmodet Kommissionen om forklaringer eller stillet forslag med henblik på at forsøge at gennemføre den.

24. Med hensyn til den retlige umulighed har Kommissionen anført, at hvis en stat yder støtte uden at overholde proceduren i traktatens artikel 93, kan hverken støttemodtagerne eller tredjemænd påberåbe sig princippet om beskyttelse af den berettigede forventning med henblik på at undgå tilbagebetaling. Kommissionen afviser, at den har tilsidesat proportionalitetsprincippet, idet den ved beslutningen blot pålægger Den Portugisiske Republik at tilbagesøge rentefordelen, mens den indtil videre afholder sig fra at kræve, at hele det garanterede beløb tilbagebetales. Kommissionen har endelig anført, at selv om den har kendskab til de faktiske omstændigheder, som den portugisiske regering har henvist til, har den aldrig anerkendt, at disse omstændigheder medfører, at det bliver absolut umuligt at gennemføre dens beslutning korrekt. Formålet med de uformelle kontakter mellem Kommissionen og de portugisiske myndigheder var at drøfte EPAC's fremtid, ikke spørgsmålet om beslutningens gennemførelse.

25. Den Portugisiske Republik har i duplikken anført, at garantien blev stillet over for de banker, som ydede EPAC lånet, at den ikke kan tilbagesøge støtten fra virksomheden, og at den fortsat ikke forstår, hvad Kommissionen mener, når den kræver, at den iværksætter denne tilbagesøgning. Under alle omstændigheder har den allerede anlagt sag ved de nationale retter med påstand om annullation af beslutningen om bevilling af garantien, og den har forelagt Kommissionen et løsningsforslag baseret på økonomisk og finansiel sanering og efterfølgende privatisering af EPAC, hvorved det vil blive muligt at ophæve garantien. Regeringen har anført, at det ikke har været gratis at bevilge garantien, idet der beregnes et garantigebyr på 0,2%, og den har gentaget, at staten ikke deltog i forhandlingerne om fastsættelsen af rentesatsen for lånet. Den har tilføjet, at det er Kommissionen, der har tilsidesat princippet om loyalt samarbejde ved at forhaste sig med at anlægge en traktatbrudssag.

26. Efter den skriftlige forhandling anmodede Domstolen parterne om at besvare visse spørgsmål.

27. Domstolen spurgte nærmere bestemt Kommissionen, hvorfor den i punkt 31 i replikken har anført, at den indtil videre har afholdt sig fra at kræve, at hele det garanterede beløb tilbagebetales, og blot har krævet tilbagesøgning af rentefordelen, når den i beslutningen har pålagt Den Portugisiske Republik at afvikle garantien.

Kommissionen forklarede, at det er dens erfaring, at når en støtte i form af en garanti ydes til fordel for en virksomhed i vanskeligheder, har det samme virkning som en refinansiering af virksomheden med det garanterede beløb, således at lånet

i lyset af den ringe udsigt til, at virksomheden betaler det tilbage, reelt svarer til en kapitaltilførsel. Det ville derfor være muligt at kræve hele det garanterede beløb tilbagebetalt, hvilket Kommissionen imidlertid ikke har gjort, fordi den i dette tilfælde finder det tilstrækkeligt at kræve, at garantien trækkes tilbage for at ophæve dens virkninger, og fordi den for at genoprette status quo har krævet tilbagesøgning af den fordel, som virksomheden har opnået i form af finansiering til en lavere rentesats takket være garantien, idet fordelen svarer til rentebegunstigelsen i perioden, fra lånet blev ydet, til garantien ophæves.

28. Den Portugisiske Republik blev for det første spurgt, om en afgørelse fra Supremo Tribunal Administrativo om annullation af Finansministeriets beslutning nr. 430/96-XIII af 30. september 1996 om bevilling af en garanti for et lån optaget af EPAC hos en gruppe af banker ville gøre det muligt at ophæve garantien. Domstolen ønskede for det andet oplyst, hvorvidt en afgørelse fra nævnte ret var nødvendig for at tilbagesøge forskellen mellem Fællesskabets referencesats den dag, lånet blev ydet, nemlig 12,51%, og Lisbor-renten for seks måneder på 6,75%, plus 1,2% for den ikke-garanterede del af lånet (dvs. den rentesats, som faktisk anvendes på EPAC) og minus præmien på 0,2%, som EPAC skulle betale for statsgarantien.

Den portugisiske regering besvarede det første spørgsmål med, at annullationssøgsmålet ved Supremo Tribunal Administrativo er udsat i afventning af Domstolens dom i annullationssøgsmålet vedrørende Kommissionens beslutning. Hvis den nationale ret i lyset af Domstolens dom kender garantien ugyldig, vil det betyde, at den retsafgørelse, hvorved den er bevilget, ikke længere eksisterer. I så fald vil den portugisiske stat være frigjort for sine forpligtelser for så vidt angår garantien over for EPAC's kreditorer, hvorimod statens erstatningsansvar uden for kontraktforhold som følge af, at den har bevilget en ulovlig garanti, består, fordi den i sin beslutning forsikrede disse banker om, at garantien ikke udgør en statsstøtte.

Den portugisiske regering besvarede det andet spørgsmål med, at det, for at den indrømmede fordel kan tilbagesøges, ikke er nødvendigt, at Supremo Tribunal Administrativo kender garantien ugyldig, eftersom tilbagebetalingen ville skulle foretages af EPAC og ikke ville ramme kreditorbankerne.

29. Under retsmødet den 21. september 1999 fastholdt parterne de synspunkter, de havde givet udtryk for under den skriftlige forhandling.

V — Indledende bemærkninger

30. Før jeg tager stilling til den sag, som er anlagt af Kommissionen, vil jeg fremsætte nogle betragtninger vedrørende den processuelle baggrund for sagens anlæggelse.

31. Kommissionen anlagde denne traktatbrudssag, efter at EPAC og den portugisiske regering havde indgivet annullationssøgsmål mod netop beslutningen af 9. juli 1997 ved henholdsvis Retten og Domstolen.

32. Der er naturligvis ingen tvivl om, at Kommissionen er beføjet til at nedlægge traktatbrudspåstand i henhold til traktatens artikel 93, stk. 2, andet afsnit, hvis en beslutning, hvorved en støtte erklæres ulovlig, ikke inden for den fastsatte frist efterkommes af den medlemsstat, til hvilken den er rettet. Der er tale om en beføjelse, som fremgår helt klart af traktatens tekst, og som Kommissionen kan udnytte, når den finder det hensigtsmæssigt.

33. Jeg vil imidlertid henlede opmærksomheden på den situation, som denne mekanisme er havnet i fra 1993, efter overførslen af beføjelser på statsstøtteområdet fra Domstolen til Retten [9].

34. En beslutning truffet af Kommissionen, hvorved en støtte erklæres ulovlig, kan anfægtes under et annullationssøgsmål anlagt af den medlemsstat, som beslutningen er rettet til, eller af den virksomhed, som modtager støtten, for så vidt som der er tale om en beslutning, som er rettet til en anden person, men som berører denne virksomhed umiddelbart og individuelt som omhandlet i traktatens artikel 173, stk. 4, således at den dermed er tilstrækkeligt individualiseret [10].

Det er derfor blevet ganske sædvanligt, at der anlægges sag med påstand om annullation af en sådan beslutning ved begge retsinstanser samtidigt. I henhold til artikel 47 i EF-statutten for Domstolen kan Retten i sådanne tilfælde erklære sig inkompetent, således at Domstolen kan træffe afgørelse i begge sager, eller Domstolen kan beslutte at udsætte sin behandling af sagen, indtil Retten har afsagt dom, således at den sagsøgende virksomhed bevarer muligheden for at appellere, hvis sagen afvises, eller Kommissionen frifindes i første instans.

35. Der er imidlertid ikke ændret ved Kommissionens kompetence til at gå direkte til Domstolen med en påstand om, at det fastslås, at der foreligger undladelse af at opfylde en forpligtelse, og Domstolen kan, eftersom der er tale om en sag, som behandles i en enkelt instans, fastslå dette, inden der er truffet afgørelse om beslutningens lovlighed. Hvis vi viderefører dette tankeeksperiment, som er ved at blive til

9 — Overførslen af beføjelser blev gennemført ved Rådets afgørelse 93/350/Euratom, EØF, EKSF af 8.6.1993 om ændring af afgørelse 88/591/EKSF, EØF, Euratom om oprettelse af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans (EFT L 144, s. 21).

10 — Dom af 17.9.1980, sag 730/79, Philip Morris mod Kommissionen, Sml. s. 2671, præmis 5, af 13.3.1985, forenede sager 296/82 og 318/82, Nederlandene og Leeuwarder Papierwarenfabriek mod Kommissionen, Sml. s. 809, præmis 13, og af 30.6.1988, sag 297/86, CIDA mod Rådet, Sml. s. 3531, præmis 13.

virkelighed i denne sag, kan det endda forekomme, at en beslutning, som en medlemsstat allerede er blevet dømt for ikke at have efterlevet, erklæres ulovlig.

36. Dette er naturligvis ikke et nyt fænomen. Det er ikke første gang, at der anlægges annullationssøgsmål mod en kommissionsbeslutning, hvorved en statsstøtte erklæres ulovlig, samtidig med at Kommissionen forsøger at få medlemsstaten dømt for ikke at have gennemført denne beslutning. Før oprettelsen af Retten i Første Instans kunne Domstolen imidlertid behandle begge sager parallelt og afsige dom i disse samme dag [11]. Herved undgik man, at en medlemsstat blev dømt for ikke at have efterlevet en beslutning, som senere viste sig at være ulovlig [12].

37. Hvis Domstolen udsætter behandlingen af en sag, som er anlagt af Kommissionen i henhold til artikel 93, stk. 2, andet afsnit, og afventer Rettens dom for at behandle traktatbrudssagen parallelt med det annullationssøgsmål, der er indgivet af medlemsstaten, eller den appel, der er iværksat af virksomheden, vil det i praksis svare til at indrømme udsættelse af gennemførelsen af den anfægtede retsakt, på trods af at hverken virksomheden eller medlemsstaten har anmodet Fællesskabets retsinstanser om at vedtage foreløbige forholdsregler, selv om de kunne have gjort det.

Dette resultat synes at være i strid med den ordning, som er indført ved traktaten, eftersom anlæggelse af søgsmål ved Domstolen i henhold til EF-traktatens artikel 185 (nu artikel 242 EF) ikke har opsættende virkning [13], og eftersom det — som Domstolen også har fastslået — følger af den ved traktaten indførte ordning for den lovgivende og dømmende myndighed, at selv om Fællesskabets legalitetsprincip indebærer, at de retsundergivne kan anfægte fællesskabsretsakters gyldighed ad rettens vej, medfører dette princip også, at alle Fællesskabets retssubjekter er forpligtet til at anerkende, at disse retsakter i fuldt omfang er gyldige, så længe deres ugyldighed ikke er fastslået [14].

38. Som allerede antydet er der også ulemper og problemer forbundet med at behandle sagen separat; f.eks. risikerer Den Portugisiske Republik i nærværende sag at blive dømt for ikke at have gennemført en kommissionsbeslutning, hvis gyldighed landet har anfægtet ved samme retsinstans, uden at være blevet hørt vedrørende beslutningens gyldighed. Under sådanne omstændigheder er der fare for, at traktat-

11 — Se f.eks. domme af 2.2.1988, forenede sager 67/85, 68/85 og 70/85, Van der Kooy mod Kommissionen, Sml. s. 219, og sag 213/85, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. s. 281, og domme af 7.6.1988, sag 57/86, Grækenland mod Kommissionen, Sml. s. 2855, og sag 63/87, Kommissionen mod Grækenland, Sml. s. 2875.

12 — I andre sager har den berørte medlemsstat indgivet annullationssøgsmål inden for den i traktatens artikel 173 fastsatte frist, hvorefter Kommissionen, efter at der var blevet afsagt frifindende dom, har nedlagt traktatbrudspåstand i en sag mod denne medlemsstat anlagt i henhold til traktatens artikel 93. Jf. dom af 3.10.1991, sag C-261/89, Italien mod Kommissionen (Aluminia og Comsal-sagen), Sml. I, s. 4437, af 23.2.1995, sag C-349/93, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 343, domme af 21.3.1991, sag C-305/89, Italien mod Kommissionen (Alfa Romeo-sagen), Sml. I, s. 1603, og sag C-303/88, Italien mod Kommissionen (Lanerossi I-sagen), Sml. I, s. 1433, og domme af 4.4.1995, sag C-348/93, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 673, og sag C-350/93, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 699.

13 — Dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland, anført i fodnote 11, præmis 11.

14 — Dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland, præmis 10, og dom af 13.2.1979, sag 101/78, Granaria, Sml. s. 623.

brudssøgsmålet mister sin effektivitet og bliver til en formel og nærmest mekanisk procedure, hvilket næppe er i overensstemmelse med en forfatningsdomstols kompetence, idet det er nødvendigt at afvente, om der må gives medhold i annullationssøgsmålet, inden der kan tages endelig stilling til lovligheden af en medlemsstats handlinger.

VI — Stillingtagen

39. Det står i denne sag klart, at Den Portugisiske Republik ikke har fulgt de pålæg, som Kommissionen rettede til det i beslutning 97/762 af 9. juli 1997. Ifølge disse pålæg skulle Portugal trække garantien tilbage og over for EPAC tilbagesøge et beløb svarende til forskellen mellem finansieringsomkostningerne for banklån på markedsvilkår, repræsenteret ved referencesatsen, og de af EPAC faktisk betalte finansieringsomkostninger [15], inklusive omkostningerne ved garantien på 0,2%. Af dette beløb skulle der endvidere i overensstemmelse med Kommissionens skrivelse SG(91) D/4577 af 4. marts 1991 til medlemsstaterne beregnes morarenter fra den dag, hvor den ulovlige støtte blev ydet [16], og disse renter skulle beregnes på grundlag af den referencesats, der anvendes til at beregne subventionsækvivalenten i forbindelse med regional støtte [17].

Det fremgår heller ikke af sagens akter, at Den Portugisiske Republik skulle have forsøgt at gennemføre beslutningen, eller at det har indledt drøftelser med Kommissionen med henblik på at nå frem til en løsning, som kunne sikre dens gennemførelse. Derimod findes der dokumenter, der viser, at der har været mere eller mindre regelmæssige kontakter mellem parterne, hvor det tilsyneladende har været formålet at undersøge en eventuel fremtidig omstrukturering af EPAC, men ikke en tilbagesøgning af statsgarantien [18].

40. Det står klart, Kommissionens beslutning 97/762 i henhold til traktatens artikel 189, stk. 4, som sådan er bindende i alle enkeltheder for den medlemsstat, den er rettet til. Domstolen har allerede fastslået, at artikel 92 og 93 regulerer kontrollen med statslige støtteordningers forenelighed med fællesmarkedet således, at enhver national foranstaltning, der indfører

15 — Kommissionen anfører i beslutningens punkt VI, at da rentesatsen er indekseret til Lisbor-renten for seks måneder, og renterne skal betales halvårligt, skal forskellen også beregnes halvårligt.

16 — Se Kommissionens meddelelse 95/C 156/05 til medlemsstaterne (EFT 1995 C 156, s. 5).

17 — I overensstemmelse med definitionen i Kommissionens meddelelse 96/C 232/06 om metoden for fastsættelse af referencesatsen og kalkulationsrenten (EFT C 232, s. 10) anses referencesatsen fra den 1.8.1996 for at være lig med gennemsnittet af de vejledende satser, der registreres i løbet af de foregående september, oktober og november måneder. Den vejledende sats defineres som afkastet af statsobligationer på det sekundære marked, der forhøjes med en justeringspræmie, der er specifik for de enkelte medlemsstater, og som for Portugal er fastsat til 3,35.

18 — Kommissionen har vedlagt sagens akter en kopi af et referat af et møde afholdt den 4.5.1998 mellem repræsentanter for EPAC, SILOPOR, de portugisiske myndigheder og Kommissionen med henblik på at drøfte planerne for omstrukturering og privatisering for begge virksomheder. Heri er det udtrykkeligt nævnt, at de portugisiske repræsentanter ikke var bemyndigede til at drøfte Kommissionens beslutning.

eller ændrer en sådan støtte, skal undersøges af Kommissionen, og at en sådan foranstaltning ikke kan iværksættes, før Kommissionen har taget stilling hertil, og selv om en medlemsstat anser støtteforanstaltningen for forenelig med fællesmarkedet og Kommissionens herimod stridende beslutning som uforenelig med traktatens bestemmelser, kan dette ikke berettige den til at tilsidesætte de klare bestemmelser i artikel 93 og til at handle, som om den nævnte beslutning retligt set ikke eksisterer [19].

41. Den portugisiske regering stiller ikke spørgsmålstegn ved dens retlige forpligtelse til at gennemføre beslutningen, men den nægter at have ydet nogen støtte, og den har anført, at det af materielle og retlige grunde er absolut umuligt for den at gennemføre beslutningen korrekt.

42. Jeg mener ikke, at anbringendet om, at der ikke foreligger en støtte, skal undersøges i forbindelse med denne sag, idet dette anbringende relaterer sig til beslutningens lovlighed. Det står fast, at der ikke over for den sagsøgte stat kan henvises til Domstolens faste praksis, hvorefter en medlemsstat, som er adressat for en beslutning truffet i medfør af traktatens artikel 93, stk. 2, første afsnit, efter udløbet af den ved traktatens artikel 173, stk. 3, fastsatte frist ikke kan anfægte beslutningens gyldighed under en sag anlagt i medfør af samme bestemmelses andet afsnit [20], for som allerede anført har den portugisiske regering anfægtet beslutningen inden for denne frist.

Det står imidlertid også fast, at det er Domstolens lige så faste praksis, at i henhold til de i traktaten indeholdte søgsmålsregler sondres der mellem søgsmål i henhold til EF-traktatens artikel 169 og 170 (nu henholdsvis artikel 226 EF og artikel 227 EF), der har til formål at få fastslået, at en medlemsstat har tilsidesat sine forpligtelser, og søgsmål i henhold til EF-traktatens artikel 173 og 175 (nu artikel 232 EF), der har til formål at kontrollere lovligheden af fællesskabsinstitutionernes handlinger eller undladelser. Disse retsmidler forfølger forskellige mål og er undergivet forskellige betingelser. En medlemsstat kan således ikke — medmindre traktaten udtrykkeligt giver hjemmel hertil — under en traktatbrudssag, der er anlagt på grund af manglende gennemførelse af en beslutning, som er rettet til staten, gøre gældende, at beslutningen er ulovlig [21].

Som svar på en medlemsstats argument om, at Domstolen alligevel under sådanne omstændigheder rent undtagelsesvis bør udøve sin prøvelsesret over for en beslut-

19 — Jf. Domstolens kendelse af 21.5.1977, forenede sager 31/77 R og 53/77 R, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. s. 921, præmis 16 og 18, og af 20.9.1983, sag 171/83 R, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 2621, præmis 12.

20 — Dom af 10.6.1993, sag C-183/91, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 3131, præmis 10, af 15.1.1986, sag 52/84, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 89, præmis 13, af 13.3.1985, sag 93/84, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 829, præmis 9, af 15.11.1983, sag 52/83, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 3707, præmis 10, og af 12.10.1978, sag 156/77, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 1881, præmis 23.

21 — Dom af 27.10.1992, sag C-74/91, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 5437, præmis 10, og af 30.6.1988, sag 226/87, Kommissionen mod Grækenland, Sml. s. 3611, præmis 14.

ning, har Domstolen fastslået, at der kun påhviler den en sådan forpligtelse, hvis den anfægtede retsakt er behæftet med så grove og åbenbare mangler, at den må betragtes som en nullitet [22].

Den Portugisiske Republik har imidlertid ikke hævdet, at den beslutning, som den kritiseres for ikke at have gennemført, er behæftet med sådanne mangler.

43. Det forholder sig anderledes med det andet anbringende, som Den Portugisiske Republik har gjort gældende. Det fremgår nemlig af Domstolens praksis, at den eneste indsigelse, som kan gøres gældende over for en af Kommissionen i henhold til traktatens artikel 93, stk. 2, nedlagt traktatbrudspåstand, er indsigelsen om, at det er absolut umuligt at gennemføre beslutningen korrekt [23]. Domstolen har imidlertid endnu aldrig konstateret, at en medlemsstat har befundet sig i en sådan situation.

44. De uoverstigelige materielle vanskeligheder, som skulle forhindre Den Portugisiske Republik i at gennemføre Kommissionens beslutning, består i følgende: Beslutningen er så dårligt formuleret, at det er umuligt at forstå, hvad medlemsstaten skal gøre, den ved ikke, hvad den skal tilbagesøge, eftersom der ikke er overført midler fra staten til virksomheden, og det er umuligt at tilbagesøge støtten som krævet af Kommissionen, for en ikke-eksisterende støtte kan ikke tilbagesøges.

45. De eksempler, Den Portugisiske Republik har givet i sine indlæg for at illustrere de problemer, der er forbundet med forståelsen af beslutningen, beviser efter min opfattelse ikke, at det er umuligt at gennemføre den. Det er rigtigt, at Kommissionen i teksten omtaler ydelsen af garantien i ental, og at den i beslutningens konklusion går over til at tale om støtteforanstaltninger i flertal. Forståelsen af beslutningen som helhed og navnlig omfanget af de forpligtelser, som den pålægger, kan dog ikke volde problemer for en læser, der er bare nogenlunde øvet i at behandle juridiske spørgsmål, og endnu mindre for specialister i medlemsstatens tjeneste, som har deltaget i den forudgående procedure, både på nationalt plan i forbindelse med ydelsen af garantien og i forbindelse med Kommissionens undersøgelse.

Under alle omstændigheder har Domstolen i en dom afsagt i en appelsag vedrørende statsstøtte fastslået, at man ikke kan udskille en retsakts konklusion fra dens betragtninger, hvorfor den om nødvendigt må fortolkes under hensyntagen til de betragtninger, som har ført til dens vedtagelse [24].

22 — Dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland, anført i fodnote 21, præmis 16.

23 — Dom af 15.1.1986 i sagen Kommissionen mod Belgien, anført i fodnote 20, præmis 14, dom af 2.2.1989, sag 94/87, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 175, præmis 8, og dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland, anført i fodnote 20, præmis 10.

24 — Dom af 15.5.1997, sag C-355/95 P, TWD mod Kommissionen, Sml. I, s. 2549, præmis 21.

46. Den portugisiske regering har ligeledes anført, at det er umuligt for den at tilbagesøge støtten, fordi den retsakt, hvorved den bevilgede garantien, ikke har medført overførsel af midler fra staten til virksomheden. Uden at forsøge at afgøre, om der er tale om støtte i dette tilfælde, vil jeg gerne i denne forbindelse understrege, at medlemsstaternes muligheder for at begunstige visse virksomheder ikke kun omfatter tilfælde, hvor de overfører midler til disse. Som fastslået af Domstolen er støttebegrebet mere generelt end tilskudsbegrebet, fordi det ikke blot omfatter positive ydelser såsom selve tilskuddene, men ligeledes de indgreb, der under forskellige former letter de byrder, som normalt belaster en virksomheds budget, og derved, uden at være tilskud i ordets egentlige forstand, er af samme art og har tilsvarende virkninger [25].

47. Hertil kommer, som Kommissionen har anført i både beslutningen og sine indlæg, at det forhold, at EPAC kunne regne med en statsgaranti ved optagelsen af et lån i en privat bank, har givet denne virksomhed uomtvistelige, kvantificerbare økonomiske fordele i forhold til virksomheder, som ikke råder over en sådan støtte. En af disse fordele svarer til forskellen mellem den rentesats, som virksomheden skulle have betalt på det frie marked, og den rentesats, der faktisk er opnået ved hjælp af garantien, med fradrag af enhver præmie, der er betalt for garantien [26]. De oplysninger, der er nødvendige for at kunne beregne denne forskel, findes i afsnit V, punkt 13, litra d), i Kommissionens beslutning 97/762 [27].

48. Den Portugisiske Republik har fastholdt, at omlægningen af EPAC's gæld blev forhandlet på markedsvilkår, og at staten ikke deltog i disse forhandlinger. Det er imidlertid helt sikkert, at de private banker ikke ville have tilbudt en virksomhed i en situation som den, EPAC befandt sig i på tidspunktet for forhandlingerne om lånet, den rentesats, som EPAC opnåede, da bankerne fik kendskab til, at den portugisiske stat garanterede for lånet. Hvis det er rigtigt, at statsgarantien til fordel for EPAC ingen betydning havde for virksomhedens muligheder for at optage et lån af denne størrelse i de private banker på de givne vilkår, hvorfor stillede staten så denne garanti, når det ikke var nødvendigt? Spørgsmålet, om der foreligger en ulovlig støtte, kan imidlertid ikke behandles inden for rammerne af nærværende sag, men vil blive undersøgt i forbindelse med afgørelsen af de annullationssøgsmål, som er anlagt ved Fællesskabets retsinstanser.

49. De uoverstigelige retlige vanskeligheder, som gør det umuligt for Den Portugi-

25 — Dom af 15.3.1994, sag C-387/92, Banco Exterior de España, Sml. I, s. 877, præmis 13, og, med hensyn til EKSF-traktaten, dom af 23.2.1961, sag 30/59, De gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 211, på s. 217, org. ref.: Rec. s. 1, på s. 39.

26 — Kommissionens meddelelse til medlemsstaterne om anvendelse af EØF-traktatens artikel 92 og 93 samt artikel 5 i Kommissionens direktiv 80/723/EØF på offentlige fremstillingsvirksomheder (EFT 1993 C 307, s. 3). Se meddelelsens punkt 38 om lånegarantier.

27 — I Kommissionens meddelelse om de minimis-støtteordninger (EFT 1996 C 68, s. 9) beskrives det, hvordan man for lånegarantier kan beregne subventionsækvivalenten for et givet år.

siske Republik at gennemføre Kommissionens beslutning, kan sammenfattes til, at staten ikke ensidigt kan ophæve den garanti, som er stillet for hele lånets løbetid, medmindre de banker, som har ydet lånet, er indforståede hermed, eller Supremo Tribunal Administrativo træffer afgørelse om annullation af den forvaltningsakt, hvorved garantien er bevilget.

Hvad angår det annullationssøgsmål, som er indgivet for Supremo Tribunal Administrativo, har Den Portugisiske Republik anført, at denne ret afventer Domstolens afgørelse af, om der skal gives medhold i annullationspåstanden i sagen vedrørende Kommissionens beslutning. Det skal imidlertid erindres, at garantien blev bevilget i september 1996 for syv år, at retsforhandlingerne i sagen for Domstolen er udsat i afventning af dommen fra Retten i Første Instans, at der endnu ikke er afsagt dom i den sag, EPAC har anlagt ved Retten, og at dommen til sin tid vil kunne appelleres. Når Supremo Tribunal Administrativo endelig kan afsige dom, vil en stor del af den periode, for hvilken garantien er indrømmet, allerede være forløbet, og hvis tilbagesøgningen først kunne foretages på dette tidspunkt, ville denne foranstaltnings effektivitet i konkurrenceretlig henseende i vid udstrækning gå tabt.

50. Den Portugisiske Republik tager med de synspunkter, den har fremført, tilsyneladende ikke hensyn til Domstolens praksis vedrørende ulovligt bevilget statsstøtte.

51. Kommissionen anfører ganske vist i beslutningen, at tilbagebetalingen skal ske efter procedurerne i den portugisiske lovgivning. Domstolen har imidlertid fastslået, at tilbagesøgning af en ulovligt udbetalt støtte principielt skal ske i henhold til de herfor gældende bestemmelser i national ret, hvorved det dog er en betingelse, at disse bestemmelser anvendes på en sådan måde, at den efter fællesskabsretten krævede tilbagesøgning ikke gøres praktisk umulig [28]. Domstolen har herom tilføjet, at de relevante nationale retsregler skal anvendes således, at der fuldt ud tages hensyn til Fællesskabets interesse ved anvendelsen af en bestemmelse, der gør tilbagekaldelsen af en ulovlig forvaltningsakt afhængig af en vurdering af de forskellige involverede interesser [29].

Det er desuden fast praksis, at en medlemsstat ikke kan påberåbe sig bestemmelser, praksis eller forhold i den nationale retsorden som begrundelse for at undlade at opfylde de forpligtelser, der påhviler den i henhold til fællesskabsretten [30].

Under alle omstændigheder har den portugisiske regering som svar på et af Domstolens skriftlige spørgsmål anført, at det ikke er nødvendigt for at tilbagesøge den ind-

28 — Dom af 20.9.1990, sag C-5/89, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3437, præmis 12, og af 21.3.1990, sag C-142/87, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 959, præmis 61.

29 — Dom af 2.2.1989 i sagen Kommissionen mod Tyskland, anført i fodnote 23, præmis 12, og dom af 21.9.1983, forenede sager 205/82-215/82, Deutsche Milchkontor, Sml. s. 2633.

30 — Dom af 20.9.1990 i sagen Kommissionen mod Tyskland, anført i fodnote 28, præmis 18.

rømmede fordel, at Supremo Tribunal Administrativo kender garantien ugyldig, eftersom tilbagebetalingen ville skulle foretages af EPAC og ikke ville ramme kreditorbankerne.

52. Den Portugisiske Republik har anført, at selv om den ensidigt kunne trække garantien tilbage, ville en sådan ophævelse af garantien ikke få retlige virkninger for kreditorbankerne, som har indgået låneaftalen under forudsætning af, at der var stillet garanti for lånet i hele dets løbetid. Ifølge Domstolens praksis er den kompetente myndighed imidlertid efter fællesskabsretten forpligtet til at tilbagekalde den afgørelse, hvorved der ydes en ulovlig støtte, i henhold til en endelig kommissionsbeslutning, som kender støtten uforenelig og kræver tilbagesøgning af den, selv om denne myndighed har et sådant ansvar for, at afgørelsen er ulovlig, at tilbagekaldelsen for støttemodtageren må fremstå som stridende mod redelig handlemåde, idet støttemodtageren ikke, da den i traktatens artikel 93 fastlagte procedure ikke er blevet fulgt, kan have nogen berettiget forventning om støttens lovlighed [31].

53. Samme princip må gælde for de banker, som ydede EPAC lånet på grundlag af statsgarantien, også selv om den portugisiske regering i punkt v) i anden betragtning til den forvaltningsakt, hvorved den bevilgede garantien til fordel for EPAC, anførte, at der ikke var tale om en statsstøtte. Kun Kommissionen kan vedtage beslutninger vedrørende støtte, og Kommissionen var ikke blevet underrettet om den påtænkte foranstaltning, da retsakten blev vedtaget.

Generaladvokat Cosmas har om den mulighed, at tredjemænd, ud over støttemodtageren, påberåber sig princippet om beskyttelse af den berettigede forventning i forbindelse med tilbagesøgning af støtte, udtalt, at »[d]isse [kreditor]banker var forpligtede til at udvise den fornødne forsigtighed og påpasselighed og at foretage de fornødne efterprøvelser for så vidt angik garantiens retmæssighed. Jeg skal navnlig understrege, at Kommissionen ved en meddelelse af 24. november 1983, som blev offentliggjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*, allerede havde gjort det klart, at støttemodtagere, der ikke var blevet ydet støtte på lovformelig vis, kunne tilpligtes at tilbagebetale støtten. I denne meddelelse angives det nemlig, at 'Kommissionen vil ... give de potentielle modtagere af statsstøtte underretning om, at retten til et støttebeløb, som måtte blive ydet dem ulovligt, i givet fald kan blive anfægtet, således at enhver, der har modtaget en ulovlig støtte, fordi Kommissionen endnu ikke har truffet en endelig beslutning om dens forenelighed med traktaten, kan pålægges at tilbagebetale støtten'« [32].

54. I det øjeblik, staten ophæver garantien, kan kreditorbankerne vende sig mod EPAC for at få dækning for deres fordring, og hvis de ikke opnår fyldestgørelse, kan de rejse indsigelse mod medlemsstatens eventuelle retsstridige handlinger ved de nationale domstole ved hjælp af de relevante rets-

31 — Dom af 20.3.1997, sag C-24/95, Alcan Deutschland, Sml. I, s. 1591, præmis 43.

32 — Forslag til afgørelse i de forenede sager C-329/93, C-62/95 og C-63/95, Tyskland m.fl. mod Kommissionen, hvori der blev afsagt dom den 26.10.1996, Sml. I, s. 5151, særlig s. 5195, punkt 102.

midler i henhold til national ret, som anvendes i sager om erstatningsansvar for de statslige organers handlinger.

55. Den omstændighed, at garantien blev benyttet til at indgå en privatretlig låneaftale, har heller ingen betydning for pligten til at ophæve den. I modsat fald kunne medlemsstaterne som anført af Kommissionen benytte sig af en fremgangsmåde, hvorefter de bevilgede støtte i henhold til privatretlige aftaler for at unddrage sig de forpligtelser, der påhviler dem i henhold til traktatens artikel 92 og 93. Retten i Første Instans har vedrørende en beslutning om ophævelse og tilbagebetaling af en støtte, som en lokal myndighed havde bevilget en privat virksomhed i form af salg af en grund til en lavere pris end markedsprisen, udtalt, at den omstændighed alene, at denne myndighed kunne blive tvunget til dels at opsige en aftalebestemmelse — i dette tilfælde en bestemmelse vedrørende købesummen — fordi den var retsstridig, dels at anlægge sag mod støttemodtageren for at udvirke, at den påståede støtte tilbagebetaltes, ikke var i modstrid med grundsætningen »pacta sunt servanda«, men blot en anvendelse af princippet om lovmæssig forvaltning [33].

56. Den Portugisiske Republik kan heller ikke nægte at gennemføre Kommissionens beslutning under henvisning til, at EPAC måske vil gå konkurs. Domstolen har nemlig udtalt følgende: »Det forhold, at de belgiske myndigheder på grund af virksomhedens økonomiske situation ikke har kunnet tilbagesøge den udbetalte sum, udgør ikke umulighed for gennemførelsen, eftersom Kommissionens formål er, at støtten ophæves. Dette formål kan, som af den belgiske regering erkendt, opnås ved en selskabslikvidation, som de belgiske myndigheder kan fremkalde i deres egenskab af enten aktionærer eller kreditorer« [34].

57. Den Portugisiske Republik afslutter sin argumentation vedrørende den retlige umulighed af at gennemføre beslutningen med at anføre, at retsakten ikke alene var uegnet i forhold til sit formål, men også i strid med proportionalitetsprincippet. Det fremgår imidlertid af Domstolens praksis, at tilbagesøgningen af en ulovlig støtte er den logiske følge af, at støtten er fundet ulovlig. Tilbagesøgning af en ulovligt udbetalt statsstøtte for herved at genoprette den oprindelige situation kan derfor principielt ikke betragtes som en foranstaltning, der ikke står i rimeligt forhold til formålene i traktatens bestemmelser om statsstøtte [35].

58. Den Portugisiske Republik har tilføjet, at Kommissionen — trods sit kendskab til grundene til, at det var umuligt at efter-

33 — Kendelse afsagt af Rettens præsident den 6.12.1996, sag T-155/96 R, Stadt Mainz mod Kommissionen, Sml. II, s. 1655, præmis 22.

34 — Dom af 15.1.1986 i sagen Kommissionen mod Belgien, anført i fodnote 20, præmis 14.

35 — Dommen i sagen Belgien mod Kommissionen, nævnte i fodnote 28, og dom af 24.2.1987, sag 310/85, Deufil mod Kommissionen, Sml. s. 901.

komme dens krav, vedtog beslutningen og anlagde sag mod den med påstand om traktatbrud. Den Portugisiske Republik mener, at hvis kontakten mellem parterne var blevet opretholdt, ville det have været muligt at nå frem til en mindelig løsning.

Jeg må endnu en gang sige, at den portugisiske regering tilsyneladende ikke tager hensyn til Domstolens omfattende praksis, i henhold til hvilken en medlemsstat, der under gennemførelsen af en sådan beslutning støder på uforudsete eller uforudsigelige vanskeligheder eller får kendskab til følger, der ikke er forudset af Kommissionen, skal forelægge Kommissionen disse problemer til vurdering med forslag om passende ændringer af den pågældende beslutning. I så fald skal Kommissionen og medlemsstaten i henhold til den regel, der pålægger medlemsstaterne og Fællesskabets institutioner en gensidig pligt til loyalt samarbejde, jf. navnlig traktatens artikel 5, samarbejde efter bedste evne med henblik på at overvinde vanskelighederne, idet traktatens bestemmelser fuldt ud skal overholdes, særligt bestemmelserne om støtte [36].

59. I det foreliggende tilfælde har den portugisiske regering imidlertid ikke kontaktet Kommissionen for at drøfte gennemførelsen af beslutningen, og de møder, den henviser til, blev afholdt for at drøfte et forslag, som blev forelagt Kommissionen efter anlæggelsen af nærværende sag, og hvorved man søgte at opnå en varig løsning for EPAC. Det forholder sig på samme måde med den portugisiske regerings hensigtserklæring fra slutningen af 1997, ifølge hvilken EPAC i fremtiden ville afholde sig fra at deltage i EF-udbudsprocedurerne for kornindførsler.

60. Da Den Portugisiske Republik ikke har bevist, at det var absolut umuligt for den at gennemføre Kommissionens beslutning af 9. juli 1997, bør Kommissionen gives medhold i sagen.

VII — Sagens omkostninger

61. Da Kommissionen har fået medhold i sine anbringender, bør det i overensstemmelse med procesreglementets artikel 69, stk. 2, første afsnit, pålægges Den Portugisiske Republik at betale sagens omkostninger.

36 — Dom af 15.1.1986 i sagen Kommissionen mod Belgien, anført i fodnote 20, præmis 16, af 2.2.1989 i sagen Kommissionen mod Tyskland, anført i fodnote 23, præmis 9, af 10.6.1993 i sagen Kommissionen mod Grækenland, anført i fodnote 20, præmis 18, af 4.4.1995, sag C-348/93, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 673, præmis 17, af 23.2.1995, sag C-349/93, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 343, og af 4.4.1995, sag C-350/93, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 699, præmis 16.

VIII — Forslag til afgørelse

62. Af disse grunde foreslår jeg Domstolen

1) at fastslå, at Den Portugisiske Republik har tilsidesat sine forpligtelser efter EF-traktaten, da den ikke har gennemført Kommissionens beslutning 97/762/EF af 9. juli 1997 om de foranstaltninger, Portugal har truffet til fordel for EPAC — Empresa Para a Agroalimentação e Cereais, SA, og

2) at pålægge Den Portugisiske Republik at betale sagens omkostninger.