

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ

Г-ЖА J. КОКОТТ

представено на 26 май 2011 година¹

I — Въведение

1. Възможно ли е да се предявят претенции срещу публичен орган във връзка с гаранция, предоставена преди това от самия този орган в нарушение на разпоредбите на правото на Съюза в областта на държавните помощи и без да е получено одобрение от страна на Европейската комисия? Това е по същество правният проблем, с който Съдът е сезиран по настоящото дело.

2. През 2003 г. при неясни обстоятелства орган на нидерландската община Ротердам става гарант по заем в размер на около 23 милиона евро, който дружество Residex предоставя на дружество Aerospace. Тъй като Aerospace не изплаща изцяло заема, Residex предявява претенции срещу общината във връзка с гаранцията и в края на 2004 г. предявява иск срещу нея за заплащане на над десет милиона евро. Пред съда в своя защита общината по-специално изтъква, че спорната гаранция била дадена в нарушение на правото на Съюза и

следователно била недействителна съгласно гражданското право.

3. В настоящия случай до Съда е отправен въпросът дали конкурентното право на Европейския съюз — и по-точно забраната за привеждане в действие на държавни помощи по член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС — оправомощава или дори задължава националната юрисдикция да приеме за установено, че дадената от общински орган гаранция, за която Европейската комисия не е уведомена и която не е одобрена от последната, е недействителна.

II — Правна уредба

A — Правна уредба на Съюза

4. Приложимата в настоящия случай правна уредба на Съюза се съдържа в член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС (предишен член 88, параграф 3, трето изречение ЕО). В допълнение, трябва да

1 — Език на оригиналния текст: немски.

се посочат известията и съобщенията, в които Европейската комисия като орган за защита на конкуренцията на ЕС оповестява административната си практика и правното си становище по някои въпроси във връзка с правилата относно държавните помощи. Релевантни за настоящото дело са Известието за гаранции и Известието за функцията на националните съдилища.

плаща ниска премия, той получава предимство. [...] В някои случаи заемополучателят без държавна гаранция не би могъл да намери финансова институция, която е готова да му даде заем при каквито и да било условия. [...].“

7. В раздел 2.3, озаглавен „Помощ за заемодателя“, обаче се уточнява:

Известието за гаранции

5. От публикуваното през 2008 г. „Известие на Комисията относно прилагането на членове 87 и 88 от Договора за ЕО [понастоящем членове 107 ДФЕС и 108 ДФЕС] по отношение на държавните помощи под формата на гаранции“² (наричано по-нататък „Известието за гаранции“) е видно, че гаранцията, дадена от публичен орган по заем или друго финансово задължение, може да представлява помощ както за заемополучателя, така и за заемодателя.

„2.3.1. Дори ако обикновено бенефициерът на помощта е заемополучателят, не може да се изключи, че при определени условия заемодателят също ще се облагодетелства пряко от помощта. По-конкретно, например ако държавната гаранция е дадена ex post по отношение на заем или друго вече поето финансово задължение, без условията на този заем или финансово задължение да са били коригирани, или ако даден гарантиран заем се използва за изплащането на друг, негарантиран заем към същата кредитна институция, то тогава може да е налице помощ за заемодателя, доколкото се повишава сигурността на заемите. [...].“

6. В това отношение раздел 2.2, озаглавен „Помощ за заемополучателя“, гласи:

„Обикновено бенефициерът на помощта е заемополучателят. [...] Когато заемополучателят не трябва да плаща премията или

2.3.2. Гаранциите се различават от другите мерки за държавна помощ, като например безвъзмездни помощи или освобождаване от данъци, по това, че при гаранциите държавата също участва в правоотношение със заемодателя. Следователно, трябва да се отчитат евентуалните последиствия за трети страни от неправомерно предоставена държавната помощ. [...] Въпросът дали незаконността на помощта влияе върху правоотношенията между държавата и трети страни е проблем, който трябва да се проучи съгласно националното

2 — ОВ С 155, 2008 г., стр. 10.

право. Националните съдилища може да се наложи да проучат дали националното право не позволява [изпълнението] на договори за гаранции и Комисията смята, че в тази оценка те трябва да отчитат нарушаването на правото на [Съюза]. [...]“.

8. Във връзка с „условия[та], изключващи съществуването на помощ“, под заглавието „Общи съображения“ в раздел 3.1. от Известието за гаранции се посочва:

„Ако индивидуална гаранция [...], в която участва държавата, не предоставя предимство на предприятието, тя не представлява държавна помощ.

[...]“.

9. Идентични по същество формулировки се съдържат и в предишната редакция на Известието за гаранции³ от 2000 г.

3 — Известие на Комисията за прилагане на членове 87 и 88 от Договора за създаване на Европейската общност по отношение на държавните помощи под формата на гаранции (ОВ С 71, 2000 г., стр. 14; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 3, стр. 158); вж. по-специално раздели 2.1.1, 2.2.1, 2.2.2 и 6.5 от него).

Известие за функцията на националните съдилища

10. В Известието на Комисията относно прилагането на законодателството за държавната помощ от националните съдилища⁴ (наричано по-нататък „Известие за функцията на националните съдилища“ се съдържа раздел 2.2 относно „неправомерна[та] държавна помощ“.

11. Подраздел 2.2.1 от това известие, озаглавен „Предотвратяване на изплащане на неправомерна помощ“, гласи:

„28. Националните съдилища са задължени да защитават правата на лицата, засегнати от нарушения на [забраната за привеждане в действие]. Във връзка с това националните съдилища трябва да [отчетат] всички подходящи правни последици, в съответствие с националното законодателство, в случаите на нарушения на член [108, параграф 3 ДФЕС] [...]. Но задълженията на националните съдилища не се ограничават до случаите на вече изплатена неправомерна помощ. Те обхващат и случаите, в които предстои да бъде извършено неправомерно плащане. [...] В случаите, когато предстои изплащане на неправомерна помощ, националният съд е длъжен да не допусне такава изплащане.

[...]“.

4 — ОВ С 85, 2009 г., стр. 1.

12. Освен това в подраздел 2.2.2, озаглавен „Възстановяване на неправомерна помощ“, се уточнява:

„30. Когато националният съд е изправен пред случай на неправомерно предоставена държавна помощ, той трябва да [отчете] всички правни последици, произтичащи от тази неправомерност съгласно националното законодателство. Следователно националният съд трябва да разпорежи по принцип пълното възстановяване на неправомерната държавна помощ от получателя. [...]“

Б — Национална правна уредба

13. От нидерландското право релевантен е член 3:40, параграф 2 от *Burgerlijk Wetboek*⁵ (наричан по-нататък „BW“), съгласно който:

„Всяко нарушение на императивна законна норма води до нищожност на правната сделка, а ако целта на съответната норма е да се предостави защита само на една от страните по многостранна правна сделка — единствено до нейната унищожимост; и в двата случая посоченото се прилага, при условие че от целта на разпоредбата не следва друго“.

5 — Граждански кодекс.

III — Фактическата обстановка и спорът по главното производство

14. През 2001 г. *Residex Capital IV C.V.* (наричано по-нататък „*Residex*“) придобива дялово участие в *MD Helicopters Holding N.V.* (наричано по-нататък „*MDH*“) — дъщерно дружество на *RDM Aerospace N.V.* (наричано по-нататък „*Aerospace*“) ⁶. Същевременно на *Residex* е предоставена опция за продажба, позволяваща му впоследствие да продаде обратно на *Aerospace*, при определени условия, дяловото си участие в *MDH*.

15. *Residex* упражнява посочената опция за продажба през февруари 2003 г. На *Residex* обаче не е платена полагащата му се сума от продажбата и през март 2003 г. то преобразува вземането си във връзка с това на сума от около 8,5 милиона евро в заем към *Aerospace*. Допълнително към тази сума *Residex* предоставя на *Aerospace* заем в размер на други 15 милиона щатски долара ⁷. Така общата сума на заема, която *Aerospace* получава от *Residex*, след преобразуване е около 23 милиона евро.

16. Причината за предоставянето на посочения заем очевидно са действията на тогавашния ръководител на общинските пристанищни власти на Ротердам ⁸, който предлага на *Residex* да бъде дадена гаранция от страна на пристанищните власти във връзка със заем, който да бъде отпуснат на *Aerospace*. През март 2003 г. пристанищните власти на Ротердам действително предоставят на *Residex* гаранция в

6 — И трите фирми са дружества по нидерландското право.

7 — По онова време около 13,9 милиона евро.

8 — *Gemeentelijk Havenbedrijf Rotterdam*.

максимален размер до 23012510 EUR заедно с разходите по заема и лихвите.

17. Без тази гаранция, за която Европейската комисия не е уведомена и която съответно не е одобрена от последната, според запитващата юрисдикция Aerospace е нямало как да получи заем в такъв размер.

18. Съгласно предоставените от Residex сведения Aerospace погасява само около 16 милиона евро от заема. Поради това през декември 2004 г. Residex насочва претенцията си за плащане на сума от 10240252 EUR заедно с лихвите и разностите по събиране на вземането срещу Община Ротердам на основание на предоставената от нея гаранция. Общината обаче отказва да плати.

19. В съдебното производство Residex и Община Ротердам спорят дали въобще гаранцията, предоставена от общинските пристанищни власти, е действителна. От една страна, правният спор се концентрира върху представителната власт на ръководителя на пристанищните власти и върху съвместимостта на гаранцията с общинската правна уредба. От друга страна, според общината гаранцията е недействителна, тъй като е нарушена забраната по отношение на държавните помощи, предвидена в правото на Съюза. Същевременно общината оспорва и размера на претендираното от Residex вземане.

20. Residex губи делото както пред Rechtbank Rotterdam като първа инстанция, така и пред Gerechtshof te

's-Gravenhage като въззивна инстанция. Въз основа на член 3:40, параграф 2 от BW двете юрисдикции приемат, че гаранцията е нищожна, тъй като представлява държавна помощ по смисъла на член 87, параграф 1 ЕО (понастоящем член 107, параграф 1 ДФЕС), и че в нарушение на член 88, параграф 3 ЕО (понастоящем член 108, параграф 3 ДФЕС) Европейската комисия не е била уведомена за тази гаранция.

21. Понастоящем случаят по главното производство, образувано по касационна жалба на Residex, е висящ пред Hoge Raad der Nederlanden — запитващата юрисдикция.

IV — Преюдициалното запитване и производството пред Съда

22. С решение от 28 май 2010 г., постъпило в Съда на 2 юни 2010 г., Hoge Raad поставя на Съда следния преюдициален въпрос:

„Трябва ли последното изречение на член 88, параграф 3 ЕО, понастоящем член 108, параграф 3 ДФЕС, да се тълкува в смисъл, че в случай като настоящия, когато неправомерна помощ е приведена в действие посредством предоставена гаранция на заемодател — позволила на последния да отпусне заем на заемополучател, който последният при нормални пазарни условия никога не би могъл да получи, — в рамките на своето задължение

да отстраняват последиците от неправомерна помощ националните юрисдикции са длъжни или във всеки случай са компетентни да обезсилят спорната гаранция, дори когато това обезсилване не би довело до отмяна на заема, предоставен благодарение на тази гаранция?“.

23. В производството пред Съда устни и писмени становища представят Residex, Община Ротердам, правителствата на Дания, Германия и Нидерландия, както и Европейската комисия.

V — Анализ

24. С въпроса си Hoge Raad по същество иска да се установи дали член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС оправомощава или дори задължава националната юрисдикция да приеме за установено, че предоставената от общински орган гаранция, за която Европейската комисия не е уведомена и не е одобрена от последната, е недействителна.

25. Страните в производството са на различни позиции по този въпрос. Докато Residex в качеството си на жалбоподател в главното производство естествено застъпва тезата за действителността на гаранцията, а Община Ротердам в качеството си на ответник в главното производство също така убедено я оспорва, по-голямата част от участващите в производството

правителства и Комисията излагат в становищата си нюансирани подходи за разрешаване с различни варианти.

26. По-нататък и аз бих желала да предложа на Съда подобно диференцирано разрешение.

A — Предварителна бележка

27. Видно от всичко, което е известно относно фактите по спора в главното производство, спорната гаранция е държавна помощ по смисъла на член 107, параграф 1 ДФЕС (предишен член 87, параграф 1 ЕО), за която Комисията не е уведомена и която не е одобрена от последната. Следователно е налице *неправомерна от формална гледна точка* помощ, предоставена в нарушение на член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС (предишен член 88, параграф 3, трето изречение ЕО). Никой от участниците в производството не оспорва това пред Съда.

28. За разлика например от положението в европейското картелно право (вж. член 101, параграф 2 ДФЕС), разпоредбите относно държавните помощи в Договорите на ЕС не посочват изрично какви гражданскоправни последици произтичат от нарушаването на задължението за уведомяване и на забраната за привечдане в действие на помощи (член 108, параграф 3,

трето изречение ДФЕС). Това обаче изобщо не означава, че нарушаването на член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС би било без последици.

29. Всъщност правото на Съюза задължава националните юрисдикции да разпоредят мерките, които са подходящи, за да бъдат реално отстранени последиците от неправомерността на дадена мярка за помощ⁹. Ето защо съгласно постоянната съдебна практика националните юрисдикции трябва да гарантират, че ще бъдат понесени всички последици от нарушаването на член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС в съответствие с тяхното национално право по отношение както на действителността на актовете по привеждането в действие на мерките за помощта, така и на възстановяването на финансовите помощи, отпуснати в нарушение на тази разпоредба¹⁰.

30. По принцип в резултат от това всички правни сделки — и не на последно място

гражданскоправните договори, — сключени във връзка с предоставянето на неправомерни от формална гледна точка държавни помощи, трябва да се разглеждат като недействителни или невалидни. Съдът е постановил, че „нарушаването от националните органи на забраната за предоставяне на помощи, без да е получено одобрение от страна на Комисията, засяга действителността на актовете по привеждането в действие на мерките за помощ“¹¹.

31. Основната цел е така да се гарантира, че една несъвместима с вътрешния пазар помощ никога няма да бъде приведена в действие¹². Ако обаче дадена помощ въпреки това е предоставена в нарушение на задължението за уведомяване и на забраната за привеждане в действие, трябва поне да се гарантира, че бенефициерът ще загуби произтичащото от това предимство и ще бъдат отстранени последиците от неправомерността на мярката за помощ, за да не се наруши конкуренцията, а ако същата е нарушена — нарушението да стане по-тежко¹³. Целта е да се възстанови предходното положение¹⁴.

9 — Решение от 12 февруари 2008 г. по дело CELF и *Ministre de la Culture et de la Communication* (известно като дело „CELF“, С-199/06, Сборник, стр. I-469, точка 46) и Решение на Съда от 18 декември 2008 г. по дело *Wienstrom* (С-384/07, Сборник, стр. I-10393, точка 28); вж. в същия смисъл Решение от 5 октомври 2006 г. по дело *Transalpine Ölleitung in Österreich* и др. (известно като дело „*Transalpine Ölleitung*“, С-368/04, Recueil, стр. I-9957, точка 50).

10 — Решение по дело „*Transalpine Ölleitung*“ (посочено в бележка под линия 9, точка 47) и Решение по дело „*CELF*“ (посочено в бележка под линия 9, точка 41; вж. и точка 45 от това решение); вж. в същия смисъл Решение от 21 ноември 1991 г. по дело *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires* и *Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon* (известно като дело „FNCE“, С-354/90, Recueil, стр. I-5505, точка 12), Решение от 11 юли 1996 г. по дело *SFEI* и др. (С-39/94, Recueil, стр. I-3547, точка 40), Решение от 21 октомври 2003 г. по дело *Van Calster* и др. (С-261/01 и С-262/01, Recueil, стр. I-12249, точка 64) и Решение от 21 юли 2005 г. по дело *Xunta de Galicia* (С-71/04, Recueil, стр. I-7419, точка 49). Вж. освен това точка 30 от Известието за функцията на националните съдилища.

11 — Вж. в това отношение Решение по дело „FNCE“ (посочено в бележка под линия 10, точки 12 и 17) и Решение от 20 септември 2001 г. по дело *Banks* (С-390/98, Recueil, стр. I-6117, точка 73).

12 — Това е т.нар. „превантивна цел“ или „превенция“, на която се основава член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС; вж. в това отношение Решение по дело „CELF“ (посочено в бележка под линия 9, точки 47 и 48).

13 — В този смисъл Решение по дело „CELF“ (посочено в бележка под линия 9, точки 38 и 46) и Решение по дело „*Transalpine Ölleitung*“ (посочено в бележка под линия 9, точки 46 и 50); вж. в този смисъл и Решение по дело *Banks*, посочено в бележка под линия 11, точка 75 и Решение от 15 декември 2005 г. по дело *Unicredito Italiano* (С-148/04, Recueil, стр. I-11137, точка 113).

14 — В този смисъл Решение от 21 март 1990 г. по дело *Белгия/Комисия* (известно като дело „*Tubemeuse*“, С-142/87, Recueil, стр. I-959, точка 66), Решение от 20 март 1997 г. по дело *Alcan Deutschland* (С-24/95, Recueil, стр. I-1591, точка 23), Решение по дело *Unicredito Italiano*, посочено в бележка под линия 13, точка 113 и Решение от 20 май 2010 г. по дело *Scott и Kimberly Clark* (С-210/09, Сборник, стр. I-4613, точка 31).

32. Не е ясно обаче дали в случай на дадена от публичен орган гаранция по частен заем констатирането от националната юрисдикция на недействителността на гаранцията е във всички случаи подходящо и необходимо, за да допринесе за постигането на тези цели.

33. Както е посочено още в акта за преюдициално запитване, отговорът на този въпрос зависи главно от това дали самият заемодател — т.е. в настоящия случай Residex — следва да се разглежда като (съ) бенефициер на помощта (вж. в това отношение раздел В по-долу), или от помощта се ползва единствено заемополучателят — т.е. в настоящия случай Aerospace (вж. в това отношение раздел Б по-долу)¹⁵.

Б — Правното положение, в случай че гаранцията не дава предимство на заемодателя

34. Запитващата юрисдикция изглежда приема — подобно на Residex, Община Ротердам и датското правителство, — че в настоящия случай единствено Aerospace в качеството си на заемополучател е извлякло предимство от предоставената от общинския орган гаранция и следователно е бенефициер на помощта.

15 — Съдът изглежда се основава на това разграничение и в Решение от 24 октомври 1996 г. по дело Германия и др./Комисия (известно като дело „Bremer Vulkan“, C-329/93, C-62/95 и C-63/95, Recueil, стр. I-5151, точка 56); от решението може да се заключи, че самото предприятие, участвало в кредитна сделка, може да се разглежда като получател на помощта единствено ако е получило съответно икономическо предимство.

35. Следва да се приеме, че такова предимство за заемополучателя е налице, ако за гаранцията той не е трябвало да плати комисиона или е платил по-ниска комисиона от обичайната на пазара¹⁶. Ако финансовото положение на заемополучателя е толкова тежко, че той изобщо не би могъл повече да получи капитал на пазара, евентуално цялата сума, ефективно покрита от гаранцията, трябва да се разглежда като негово икономическо предимство¹⁷.

36. Без значение дали в настоящия случай като предимство на Aerospace се разглежда само предимството, произтичащо от комисионата, в сравнение с обичайната на пазара гаранция, или цялата сума, ефективно покрита от гаранцията¹⁸, констатирането от запитващата юрисдикция на недействителността на гаранцията само по себе си не би довело до отнемането от предприятието — получател на помощта, т.е. в случая Aerospace, на полученото с гаранцията предимство. Всъщност недействителността на гаранцията не означава непременно нито че Aerospace ще загуби

16 — Известие за гаранции, раздел 2.2.

17 — Решение от 5 октомври 2000 г. по дело Германия/Комисия (известно като дело „Jadekost“, C-288/96, Recueil, стр. I-8237, точка 31); в същия смисъл е и изводът на Комисията, съдържащ се в раздел 4.1, буква а) от известието ѝ за гаранции: „Ако вероятността заемополучателят да не е в състояние да си изплати заема стане особено висока, [...] пазарна [ставка] може да не съществува и в изключителни обстоятелства елементът на помощ при гаранцията може да се окаже толкова висок, колкото сумата, ефективно покрита от гаранцията“.

18 — По настоящото дело Hoge Raad подчертава, че заемополучателят Aerospace [е получил заем] „посредством предоставена на заемодателя гаранция, позволила на последния да отпусне заем на заемополучателя, който последният при нормални пазарни условия никога не би могъл да получи“. Това позволява да се приеме, че Aerospace изобщо не би могло да получи и гаранцията като такава при нормални пазарни условия, включително и при по-неблагоприятни условия.

сумата по заема, нито че в случай на недействителност на гаранцията автоматично би се наложило Aegospase да заплати комисиона на Община Ротердам.

37. При тези обстоятелства възниква въпросът дали с оглед на целта на член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС може да бъде обосновано да се допусне настъпването на такава сериозна правна последица за заемодателя като недействителност на гаранцията. В производството пред Съда тази проблематика е разисквана в различни аспекти, на които по-нататък накратко ще се спра.

1. По Решение по дело Комисия/Португалия: „Отмяна чрез премахване“

38. Първо, в това отношение самата запитваща юрисдикция се позовава на Решение по дело Комисия/Португалия¹⁹, посочено по-горе. Тя има съмнения относно тълкуването на това решение. Според някои участници в производството от решението следвало, че държавната гаранция, която е в противоречие с правото на Съюза, трябва да се разглежда като недействителна или да се обяви за недействителна.

39. Тази позиция е неубедителна.

19 — Решение от 27 юни 2000 г. по дело Комисия/Португалия (С-404/97, Recueil, стр. I-4897).

40. Решение по дело Комисия/Португалия, посочено по-горе, се отнася до предприятието ЕРАС²⁰, което осъществява дейност в сектора на селското стопанство и е притежавано от държавата акционерно дружество. През 1996 г. Португалската република разрешава на ЕРАС да вземе заем в максимален размер от 50 милиарда португалски ескуда²¹ от частен банков консорциум, като 30 милиарда португалски ескуда²² са обезпечени с държавна гаранция. С Решение 97/762/ЕО от 9 юли 1997 г. Комисията задължава Португалската република „да премахне помощите, предоставени на ЕРАС“²³. След като Португалия не изпълнява решението на Комисията, по искане на Комисията в посоченото по-горе Решение по дело Комисия/Португалия Съдът приема, че е налице неизпълнение на задължение.

41. Вярно е, че както в Решение 97/762 на Комисията, така и в Решение по дело Комисия/Португалия става дума за „премахване“ на „помощта“²⁴, като под „помощ“ следва да се разбира гаранцията, предоставена от португалската държава²⁵. При по-задълбочен анализ обаче се оказва, че

20 — Empresa Para a Agroalimentação e Cereais SA.

21 — На 26 юли 1996 г. — датата, на която португалската държава оправомощава ЕРАС да проведе преговори във връзка със заема, 50 милиарда португалски ескуда са се равнявали на приблизително 255,2 милиона екю (обменен курс: ОВ С 288, 1996 г., стр. 1), като понастоящем едно екю е равно на едно евро.

22 — На 30 септември 1996 г. — датата на одобряването на гаранцията, 30 милиарда португалски ескуда са се равнявали на около 153,7 милиона екю (обменен курс: ОВ С 288, 1996 г., стр. 1), като понастоящем едно екю е равно на едно евро.

23 — Член 1 и член 2, параграф 1 от Решение 97/762/ЕО на Комисията от 9 юли 1997 г. относно мерките, взети от Португалия в полза на дружество ЕРАС (ОВ L311, стр. 25), чийто текст е възпроизведен в точка 16 от Решение по дело Комисия/Португалия (посочено в бележка под линия 19).

24 — Решение по дело Комисия/Португалия (посочено в бележка под линия 19, точки 16 и 38).

25 — Решение по дело Комисия/Португалия (посочено в бележка под линия 19, точка 47).

„премахването“ на гаранцията в действителност означава *премахване на произтичащото от лихвите предимство*, получено от ЕРАС въз основа на държавната гаранция, в сравнение с обичайната на пазара лихва²⁶.

42. Следователно Решение по дело Комисия/Португалия в крайна сметка се отнася само до обстоятелства, при които португалската държава е трябвало да предприеме действия по отношение на заемополучателя, тоест спрямо ЕРАС, за да отнеме неправомерното му икономическо предимство, а именно произтичащото от лихвите предимство²⁷. В Решение по дело Комисия/Португалия изобщо не става дума за по-широко задължение на Португалия да премахне самата държавна гаранция, която е в противоречие с правото на Съюза, или да я обяви за невайдна, и освен това не се установява да е налице нарушение на задължение на Португалия в това отношение.

43. В най-общ смисъл, съгласно постоянната съдебна практика *„премахването на*

26 — В точка 46 от Решение по дело Комисия/Португалия (посочено в бележка под линия 19), Съдът се позовава на „задължението да се премахне неправомерната помощ чрез възстановяване“; в точка 48 от същото решение Съдът посочва, че „подлежащото на премахване финансово предимство“ е равно на „разликата между обичайния на пазара лихвен процент при банков заем [...] и лихвения процент, който [...] ЕРАС реално трябва да заплати“; вж. и точка 56 от това решение, в която също така се разяснява какво „е необходимо, за да се премахне финансовото предимство, до което се отнася спорното решение“.

27 — В тогавашната си практика Комисията все още се е основавала на произтичащото от лихвите предимство, докато съгласно настоящата практика по-скоро би следвало да се изхожда от предимството, произтичащо от комисионата.

неправомерна помощ *посредством възстановяване* е логична последица от установяването на нейната неправомерност“²⁸. Премахването на предимство обаче изобщо не е равнозначно на обявяване на недействителността на правните сделки, от които произтича това предимство.

44. В този смисъл от досегашната съдебна практика и поне от Решение по дело Комисия/Португалия не може да се заключи, че съществува задължение за обявяване на недействителността на гаранция, която е предоставена в нарушение на европейското право в областта на помощите и по отношение на която единствено заемополучателят следва да се разглежда като бенефициер на помощта.

2. По принципа на равностойност

45. На второ място, Комисията се позовава на принципа на равностойност. Що се отнася до този принцип, наричан още принцип на еквивалентност, следва да се припомни, че съгласно постоянната съдебна практика той изисква всички правила относно исковите или жалбите да се прилагат еднакво за исковите или жалбите, основани на нарушение на правото на

28 — Решение по дело „Tubemeuse“ (посочено в бележка под линия 14, точка 66), Решение по дело Banks (посочено в бележка под линия 11, точка 74), Решение по дело Комисия/Португалия (посочено в бележка под линия 19, точка 38), Решение от 29 юни 2004 г. по дело Комисия/Съвет (C-110/02, Recueil, стр. I-6333, точка 41), Решение по дело „CELF“ (посочено в бележка под линия 9, точка 54) и Решение от 22 декември 2010 г. по дело Комисия/Словакия (C-507/08, Сборник, стр. I-13849, точка 42); курсивът е мой. Вж. в същия смисъл и точка 30 от Известието за функцията на националните съдилища.

Съюза, и за сходните искове или жалби, основани на нарушение на националното право²⁹. С други думи, за привеждането в действие на правото на Съюза националните юрисдикции не може да прилагат по-неблагоприятни условия от тези за привеждането в действие на съответните правила на вътрешното право³⁰.

46. Според Комисията принципът на равностойност изисква гаранцията, дадена в нарушение на член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС, да се разглежда като недействителна, ако се установи, че има императивни разпоредби на вътрешното право, чието нарушение съгласно член 3:40, параграф 2 от ВВ също може да доведе до недействителност на съответната гаранция.

47. Този довод не е убедителен. Той предполага, че е налице нещо, което в действителност все още е предмет на разглеждане, а именно, че с оглед на целта си за защита член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС императивно налага мярката за помощ, която е в противоречие с правото на Съюза, да бъде обявена за недействителна.

48. В националното право е възможно да има закони, с оглед на чиято цел за защита

всяко закононарушение води до гражданскоправна недействителност на правните сделки, като може да има и други закони, с оглед на чиято цел за защита нарушението на закона да не води до такава правна последица. Същото се отнася до нарушението на разпоредбите на правото на Съюза. От решаващо значение е с кои национални разпоредби се сравнява член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС: с тези, чието нарушение с оглед на тяхната цел за защита води до недействителност, или с тези, които не пораждаат такава правна последица.

49. Принципът на равностойност би имал посочените от Комисията последици само ако вече бе установено, че нарушението на член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС от гледна точка на правото на Съюза трябва непременно да води до недействителност на гаранцията. Предвид обаче на обстоятелството, че в настоящото производство тепърва следва да се изясни дали правото на Съюза императивно изисква гаранцията да бъде обявена за недействителна, член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС не може априори да се приравнява на други национални забранителни закони по смисъла на член 3:40, параграф 2 от ВВ.

50. Ето защо в настоящия случай не може да се прави позоваване на принципа на равностойност.

29 — Решение от 19 септември 2006 г. по дело i-21 Germany и Arcor (C-392/04 и C-422/04, Recueil, стр. I-8559, точка 62), Решение от 26 януари 2010 г. по дело Transportes Urbanos y Servicios Generales (C-118/08, Сборник, стр. I-635, точка 33) и Решение от 15 април 2010 г. по дело Barth (C-542/08, Сборник, стр. I-3189, точка 19).

30 — В този смисъл вж. например Решение по дело Rewe-Zentralfinanz и Rewe-Zentral (33/76, Recueil, стр. 1989, точка 5) и Решение от 15 април 2008 г. по дело Impact (C-268/06, Сборник, стр. I-2483, точка 46).

3. По взаимната обусловеност на гаранцията и заема

51. Трето, според Община Ротердам между гаранцията и заема съществува взаимна обусловеност, в смисъл че евентуалната недействителност на гаранцията води до незабавната изискуемост на възстановяването на сумата по заема и възстановяването на предишното положение³¹. Това също било в подкрепа на тезата за недействителността на нарушаваща член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС гаранция, в приложение на предвидената в националното право разпоредба на член 3:40, параграф 2 от BW.

52. Срещу това може да се възрази, че макар по всяка вероятност да е възможно евентуалната недействителност на гаранцията да води до незабавната изискуемост на възстановяването на сумата по заема, по правило тя все пак няма със сигурност за последица отнемането на кредитора на предимството, което е в противоречие с правото на Съюза.

53. Всъщност, от една страна, сама по себе си изискуемостта на претенцията за възстановяване не гарантира, че заемът действително ще бъде незабавно възстановен, особено ако заемополучателят вече има икономически трудности. От друга страна, в повечето случаи възстановяването на цялата сума по заема би надхвърлило необходимото за отнемането на предимството, което противоречи на правото на Съюза; както бе посочено по-горе³², това

предимство по правило се състои само в разлика в размера на комисионата спрямо обичайната на пазара комисионата и само по изключение то обхваща цялата сума, покрита от гаранцията. Накрая следва да се отбележи, че по този начин полученото от заемодателя предимство, което противоречи на правото на Съюза, би било „възстановено“ не на публичния орган, предоставил посоченото предимство под формата на гаранция, а на трето лице — на заемодателя, който въобще няма право на компенсация за такова предимство, и в този случай би се стигнало до ново нарушаване на конкуренцията.

54. Ето защо евентуалната взаимна обусловеност на гаранцията и обезпечения с нея заем не води до заключението, че при нарушаване на член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС гаранцията трябва задължително да се разглежда като недействителна.

4. По недопускането на продължаването на действието на помощта

55. Четвърто, Община Ротердам твърди, че с недействителността на гаранцията може да се попречи на продължаването на действието на помощта.

56. В случай като настоящия, в който заемът вече е изцяло изплатен, този довод е неубедителен.

31 — В това отношение общината се позовава, от една страна, на общата следвана от заемодателите практика, и от друга, на клауза, която в настоящия случай е конкретно договорена в сключения между Residex и Aegorspae договор за заем.

32 — Вж. точка 35 от настоящото заключение.

57. Всъщност, ако само заемополучателят, т.е. в случая Aegospase, следва да се разглежда като бенефициер на помощта, спорната мярка за помощ е изцяло изпълнена в момента, в който е изплатен обезпечението с гаранцията заем. Обстоятелството, че впоследствие е възможно да бъдат предявени претенции във връзка с гаранцията срещу публичния орган в качеството му на гарант, не променя с нищо това, че заемополучателят е получил в пълна степен антиконкурентното си преимущество и освен това го запазва. В такъв случай констатацията, че гаранцията е недействителна, не може да спомогне за недопускането на привиждането в действие на помощта, която е в противоречие с правото на Съюза.

5. По евентуалните задължения на заемодателя за полагане на дължимата грижа с оглед на ефективното спазване на член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС

58. Пето, някои от участниците в производството посочват, че заемодателят евентуално има задължения за полагане на дължимата грижа, които според тях били необходими, за да се гарантира във възможно най-голяма степен полезното действие на член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС. Заемодателят можел да има оправдани правни очаквания относно съществуването на гаранцията само ако съвместимостта ѝ с вътрешния пазар е потвърдена от Европейската комисия. Ако заемодателят изплатял предварително заема, обезпечен с гаранцията, той щял да извърши това на свой риск.

59. Според мен обаче и този довод не може да бъде приет.

60. Съгласно установената практика на Съда полагащият дължимата грижа икономически оператор е длъжен да се увери, че процедурата по член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС е спазена³³. Такова задължение за полагане на дължимата грижа, основано на правото на Съюза, обаче изглежда досега се приема, че има само фактическият получател на помощта, но не и третите предприятния, които, както често е случаят със заемодателите³⁴, само са участвали в привиждането в действие на помощта, без самите те същевременно да са били бенефициери на помощта³⁵.

61. Действително, в Решение по дело ЕРАС/Комисия във връзка с вече

33 — Решение от 20 септември 1990 г. по дело Комисия/Германия (С-5/89, Recueil, стр. I-3437, точка 14), Решение по дело Alcan Deutschland, посочено в бележка под линия 14, точка 25, Решение от 11 ноември 2004 г. по дело Demesa и Territorio Histórico de Álava/Комисия (С-183/02 Р и С-187/02 Р, Recueil, стр. I-10609, точки 44 и 45) и Решение от 23 февруари 2006 г. по дело Atzeni и др. (С-346/03 и С-529/03, Recueil, стр. I-1875, точка 64).

34 — Относно особената хипотеза, при която самият заемодател следва да се разглежда като бенефициер на помощта, вж. по-долу точки 69—87 от настоящото заключение.

35 — По този въпрос вж. по-специално Решение по дело Alcan Deutschland (посочено в бележка под линия 14, точка 49), Решение по дело Demesa и Territorio Histórico de Álava/Комисия (посочено в бележка под линия 33, точки 44 и 45), Решение по дело Atzeni и др. (посочено в бележка под линия 33, точки 64 и 65) и Решение от 22 април 2008 г. по дело Комисия/Salzgitter (С-408/04 Р, Сборник, стр. I-2767, точка 104). Вж. в същия смисъл и правното становище, изложено от Комисията в раздел 2.3.2 от нейното Известие за гаранциите, в което се разисква въпросът за последиците от неправомерността на помощта за правоотношенията между държавата и заемодателя в хипотезата, при която самият заемодател е бенефициер на помощта. Не може да се направи друг извод от разискваното понастоящем Известие на Комисията от 1983 г. (ОВ С 318, 1983 г., стр. 3), което също визира само получателя на неправомерна помощ: „Комисията информира [...] потенциалните получатели на държавна помощ за това, че [...] на всеки получател на неправомерно предоставена помощ [...] може да се наложи да възстанови помощта“.

споменатата гаранция, предоставена от португалската държава³⁶, Общият съд на Европейския съюз посочва, че и банките кредитори е трябвало да проявят необходимата предпазливост и грижа и да направят необходимите проверки относно правомерността на помощта³⁷. Общият съд обаче въобще не мотивира това становище³⁸, и по-специално не разглежда всички обстоятелства, които са предмет на разглеждане в настоящото производство по преюдициално запитване.

62. Разбира се, възможно най-голям възпиращ ефект би могъл да бъде постигнат, ако при предоставянето на гаранция от страна на публичен орган задълженията за полагане на дължимата грижа, предвидени от правилата относно държавните помощи, винаги се прилагаха и спрямо заемодателя, който сам не е бенефициер на помощта. По мое мнение обаче така би се надхвърлило необходимото за ефективно прилагане на член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС.

63. Да се обременява заемодателят с посочените задължения за полагане на дължимата грижа с оглед на спазването на правото на Съюза би било равнозначно на

недвусмислено прехвърляне на свързания с гаранцията икономически риск от публичния орган върху частно предприятие, което само не е бенефициер на помощта. В такъв случай не публичният орган гарант, а заемодателят би понесъл риска от несъстоятелност на заемополучателя. Това би създавало неоправдан стимул за публичните органи да дават твърде лесно гаранции, които може да не са съвместими с правото на Съюза, и по същество да прехвърлят върху частния заемодател финансовата тежест от евентуална отмяна на сделката³⁹.

64. Същевременно подобно прехвърляне на риска върху частните заемодатели би могло да породи възпиращ ефект (т.нар. „chilling effect“) и така да доведе до отрицателни последици за осигуряването на финансиране за предприятията, по-конкретно под формата на банкови заеми. Неотдавнашната икономическа и финансова криза илюстрира по особено впечатляващ начин тежестта на проблемите, които могат да възникнат за икономическото развитие на целия Европейския съюз, когато заемодателите се колебаят да осигурят финансиране на предприятията, действащи на вътрешния пазар.

65. При това положение не виждам причина Съдът да възприеме тезата на Общия съд, изложена по този въпрос в Решението по дело ЕРАС/Комисия⁴⁰. Ако дадена

36 — Във връзка с това вж. по-горе, точка 40 от настоящото заключение.

37 — Решение на Общия съд от 13 юни 2000 г. по дело ЕРАС/Комисия (Т-204/97 и Т-270/97, Recueil, стр. II-2267, точка 144); вж. в същия смисъл Решение на Общия съд от 13 септември 2010 г. по дело Гърция и др./Комисия (Т-415/05, Т-416/05 и Т-423/05, Сборник, стр. II-4749, точка 354).

38 — Същият извод е направен и в заключението на генералния адвокат Cosmas, представено на 28 март 1996 г. по дело „Bremer Vulkan“ (посочено в бележка под линия 15, точка 102), както и в заключението на генералния адвокат Ruiz-Jarabo Colomer, представено на 28 октомври 1999 г. по дело Комисия/Португалия, посочено в бележка под линия 19, точка 53.

39 — Вж. и Решение по дело „CELF“, посочено в бележка под линия 9, точка 40, в което Съдът отхвърля тълкуване на правото на Съюза, което би довело до благосклонно третиране на незачитането от съответната държава членка на член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС (предишен член 88, параграф 3, трето изречение ЕО).

40 — Във връзка с това вж. по-горе, точка 61 от настоящото заключение и бележка под линия 37.

държавна помощ е предоставена под формата на гаранция, на заемодателя, който сам не е бенефициер на тази помощ, не следва да се налагат задължения за полагане на дължимата грижа, основани на правото на Съюза.

6. Междинно заключение

66. Ето защо, както бе посочено по-горе, ефективното прилагане на правилата на правото на Съюза в областта на държавните помощи *не* изисква държавната гаранция да се разглежда като недействителна поради нарушение на член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС в случаите, в които самият заемодател не е бенефициер на помощта.

67. Ще добавя, че в такъв случай националната юрисдикция също така няма дискреционната власт да приеме гаранцията за недействителна поради посоченото нарушение на член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС. Всъщност от конкурентното право на Съюза за предприятия, които действат на вътрешния пазар, не могат да произтичат различни права и задължения в зависимост от държавата членка и от компетентната национална юрисдикция. Напротив, европейското конкурентно право трябва да се тълкува и прилага така, че спрямо всички действащи на вътрешния пазар предприятия да се прилагат уеднаквени условия на конкуренция,

произтичащи от единна правна рамка („level playing field“)⁴¹.

68. Обратно на становището на няколко от участниците в производството, от Решение по дело CELF не може да се направи извод в противоположен смисъл. В това решение Съдът просто посочва, че националният съд може да разпорежи възстановяването на помощ, изплатена в нарушение на член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС, дори и впоследствие да е била одобрена от Комисията⁴². Както обаче бе посочено по-горе⁴³, *премахването* на полученото икономическо предимство изобщо не е равнозначно на гражданско-правна *недействителност* на правните сделки, свързани с мярката за помощ.

В — Правното положение, в случай че гаранцията дава самостоятелно предимство на заемодателя

69. Остава да се разгледа правното положение, в случай че (и) самият заемодател е бенефициер на държавната помощ, свързана с гаранция.

41 — Вж. в това отношение моето заключение от 29 април 2010 г. по дело Akzo Nobel Chemicals и Akros Chemicals/Kommission (C-550/07 P, Сборник, стр. I-8301, точка 169).

42 — Решение по дело „CELF“ (посочено в бележка под линия 9, точка 53); вж. и Решение по дело Wienstrom (посочено в бележка под линия 9, точка 29).

43 — Вж. по-горе точки 41—43 от настоящото заключение.

1. Индиции за наличието на самостоятелно предимство за заемодателя

70. Германското правителство и Комисията правилно посочват, че не е задължително само заемополучателят да се ползва от гаранцията, предоставена от публичен орган. Заемодателят, чиито вземания срещу заемополучателя са обезпечени с държавна гаранция, също може да извлеча конкретни икономически предимства от тази гаранция.

71. Ето защо запитващата юрисдикция следва обстойно да провери дали не трябва в настоящия случай като бенефициер на помощта, наред със заемополучателя Aerospace, да се разглежда и заемодателят Residex⁴⁴. Всъщност, обратно на становището на Residex, в направените в главното производство фактически констатации има ясни данни, че в качеството си на заемодател това предприятие действително е получило от гаранцията, предоставена от общински орган, икономическо предимство по смисъла на правото в областта на държавните помощи.

72. Безспорно това предимство не се дължи само на обстоятелството, че орган на Община Ротердам е гарантирал за заема, предоставен от Residex. Много предприятия сключват правни сделки с публични органи — под формата на обществени поръчки, заеми или гаранции — и не на всяка

такава правна сделка непременно е присъщ елемент на държавна помощ, който е забранен от правото на Съюза⁴⁵. Конкретно в случая на гаранция, предоставена от публичен орган по частен заем, следва да се има предвид, че заемодателят наистина получава по този начин обезпечение, позволяващо му да намали риска за себе си; същевременно все пак е възможно и лихвеният процент по заема, договорен в такъв случай между заемодателя и заемополучателя, да се окаже значително по-нисък, отколкото в случая на необезпечен заем.

73. Все пак съгласно насоките⁴⁶, публикувани от Комисията в Известието ѝ за гаранции, заемодателят следва да се разглежда като бенефициер на държавна гаранция по-специално в две хипотези:

- ако гаранцията е предоставена с цел *последващо обезпечаване* на вече съществуващо вземане на заемодателя, без условията на заема или на финансовото задължение да са били коригирани, или

44 — Юрисдикциите, които разглеждат случая по същество в главното производство, изглежда не са проучили този въпрос; вж. бележка под линия 53 от заключението на генералния адвокат Keus от 12 февруари 2010 г. в касационното производство пред Hoge Raad.

45 — И в Известието за гаранции Комисията съвсем не счита, че всички гаранции, предоставени от публични органи, винаги автоматично съдържат помощ в полза на заемодателя. Напротив, от раздел 2.2 и подраздел 2.3.1 от Известието за гаранции следва, че обикновено заемополучателят е бенефициерът на помощта и че само при определени условия заемодателят също има пряка полза от гаранцията. Комисията потвърждава това становище пред Съда в съдебното заседание по настоящото дело.

46 — Вж. във връзка с това раздел 2.3.1 от Известието за гаранции. Раздел 2.2.2 от Известието за гаранции от 2000 г. (посочено в бележка под линия 3) също съдържа идентична по същество формулировка.

— ако дълг е *преструктуриран* по такъв начин, че даден гарантиран заем се използва за изплащането на друг, негарантиран заем към същия заемодател.

74. Както отбелязва запитващата юрисдикция⁴⁷, към момента на предоставяне от общинския орган на гаранцията дружество Residex е имало срещу Aerospase вземане в размер на много милиони евро по повод плащането на цената във връзка с обратното изкупуване на дружествените дялове в MDH, върнати от Residex на Aerospase при упражняване на опцията му за продажба. Посоченото вземане е преобразувано от Residex в заем, предоставен на Aerospase, за което в значителна степен допринася гаранцията, предоставена от пристанищните власти на Ротердам.

75. Всичко това ясно показва, че в случая гаранцията е предоставена от общинския орган с цел последващо обезпечаване на съществуващо вземане или в рамките на реструктуриране на дълг, последицата от което би била Residex да получи от гаранцията, предоставена от общинския орган, самостоятелно икономическо предимство по смисъла на правото в областта на държавните помощи. Освен това няма данни, от които да е видно, че Residex е платило на Община Ротердам обичайната на пазара комисиона за поемането на гаранцията като компенсация за своето предимство. В такъв случай, наред с Aerospase, и Residex би следвало да се разглежда като бенефициер на помощта.

2. Последници с оглед на действителността на гаранцията

76. За разлика от разгледаната на първо място хипотеза⁴⁸, недействителността на гаранцията е подходящо и необходимо средство за постигането на целта на член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС, когато, наред със заемополучателя, и заемодателят следва да се разглежда като бенефициер на помощта.

77. Първо, гражданскоправната недействителност на гаранцията е *подходяща* за постигането на целта на член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС, тъй като допринася за отнемането на заемодателя — в качеството му на един от бенефициерите на помощта — на икономическото предимство, което той е получил от публичния орган по начин, който е в противоречие с правото на Съюза.

78. Всяко плащане от Община Ротердам въз основа на гаранцията би допринесло за утежняване на нарушението на забраната за привеждане в действие, предвидена в правото на Съюза, и би увеличило неправомерното предимство, което Residex вероятно би извлякло в качеството си на бенефициер на помощта от гаранцията, за която не е получено одобрение. От друга страна, ако националната юрисдикция

47 — Вж. по-горе, точки 14—17 от настоящото заключение.

48 — Вж. в това отношение точки 34—68 от настоящото заключение (относно правното положение, в случай че гаранцията *не* предоставя самостоятелно предимство на заемодателя).

приеме гаранцията за недействителна, ще бъде предотвратено запазването на предимството на Residex. Така националната юрисдикция ще изгълни задължението си да не допусне изплащане на държавни помощи, които са в противоречие с правото на Съюза⁴⁹.

79. Дори Residex да има правни очаквания относно действителността на гаранцията, тези очаквания не подлежат на защита. Всъщност в качеството му на бенефициер на помощта от него е могло да се очаква, в рамките на задължението му за полагане на дължимата грижа, да се увери, че процедурата по член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС е била спазена⁵⁰. Този факт не могат да променят с нищо и евентуалните правни становища, които изглежда са били получени от Община Ротердам⁵¹ и които явно съдържат извод за неприложимостта на член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС. Подлежащи на защита правни очаквания възникват едва когато е налице окончателно решение на Комисията като европейски орган за защита на конкуренцията, в което или се отрича, че гаранцията има характера на държавна помощ, или във всеки случай се установява нейната съвместимост с вътрешния пазар⁵².

49 — Вж. в този смисъл точка 28, последно изречение от Известието за функцията на националните съдилища.

50 — Вж. по-горе точка 60 от настоящото заключение и съдебната практика, посочена в бележка под линия 33.

51 — Комисията посочва правни становища от такова естество в писменото си становище. Естествено, в случая не е възможно да се изрази мнение относно качеството на посочените правни становища.

52 — Вж. в този смисъл Решение по дело „SELF“ (посочено в бележка под линия 9, точки 66—68) и подраздел 2.3.2 от Известието за гаранции; вж. и Решение по дело Alcan Deutschland, посочено в бележка под линия 14, точки 25 и 49), съгласно което предприятието — получател на помощта, по правило може да има оправдани правни очаквания относно правомерността на помощта само ако тя е предоставена при спазване на процедурата, предвидена в член 108 ДФЕС.

80. Именно поради факта, че Residex е имало споменатите задължения за полагане на дължимата грижа, предприятието няма как да се позовава спрямо общината и на забраната за противоречиво поведение (*venire contra factum proprium*)⁵³. Ако Община Ротердам трябваше да спази ангажимента си да даде гаранция, която е в противоречие с правото на Съюза, това би противоречало диаметрално на целта за закрила на европейското конкурентно право като цяло, и в частност на член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС. Публичният орган трябва да може в своя защита пред съда да се позовава на обстоятелството, че предимството или плащането, което дадено предприятие търси от него, нарушава правилата на конкурентното право на Съюза⁵⁴. Обратно, както е известно, всяко предприятие може да изложи пред съда и твърдението, че исканата от него парична престация е несъвместима с конкурентното право⁵⁵.

81. Второ, гражданскоправната недействителност на гаранция, която не е

53 — Същото важи и за принципа „*nemo audiatur propriam turpitudinem allegans*“, на който германското правителство се позовава в съдебното заседание.

54 — Това приема и Съдът в Решение от 3 март 2005 г. по дело Heiser (C-172/03, Recueil, стр. I-1627, точка 18 във връзка с точки 58 и 59) и в Решение по дело „Transalpine Ölleitung“, посочено в бележка под линия 9, по-конкретно точка 49.

55 — Такъв е именно случаят, когато парадоксална такса е съставна част от схемата за помощи, която е в противоречие с правото на Съюза; вж. в това отношение Решение по дело Van Calster (посочено в бележка под линия 10, по-специално точки 54 и 65), Решение от 7 септември 2006 г. по дело Laboratoires Boiron (C-526/04, Recueil, стр. I-7529, точка 40) и Решение от 22 декември 2008 г. по дело Régie Networks (C-333/07, Сборник, стр. I-10807). В спор между частноправни субекти всяка от страните по договора също може да се позове на това, че дадена договорена престация нарушава разпоредбите на европейското конкурентно право; вж. Решение от 20 септември 2001 г. по дело Courage и Crehan (C-453/99, Recueil, стр. I-6297, точка 24).

одобрена от Комисията, освен това е *необходима*, за да се постигне целта на член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС.

заем изобщо не би бил сключен без тази гаранция⁵⁶.

82. Действително, чисто теоретично би било възможно тази гаранция да бъде обявена само за частично недействителна, а именно доколкото тя съдържа антиконкурентно предимство за заеодателя. В случай като настоящия това би имало за последица общината в качеството си на гарант да трябва да плати въз основа на гаранцията и освен това евентуално от гарантираната от нея сума да може да приспадне сумата, която би била равна на обичайната на пазара комисиона за предоставяне на гаранцията.

85. От друга страна, в случай на (само) частична недействителност на гаранцията облагодетелстваният от помощта заеодател до голяма степен би бил освободен от неговата съотговорност за спазването на правилата на конкурентното право на Съюза⁵⁷. В резултат на това за облагодетелствания от помощта заеодател би се породил неправилният стимул за прибързано участие във финансирането на проекти, за които липсва одобрение съгласно европейското право в областта на държавните помощи.

83. Тезата за такава частична недействителност обаче би била в много по-малка степен подходяща за постигането на целта на член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС, отколкото тази за пълната недействителност.

86. Безспорно Съдът не изисква във всички случаи пълното връщане на помощта, предоставена в нарушение на член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС. Например в Решение по дело „SELF“, посочено по-горе, Съдът приема за достатъчно разпореждането по съдебен ред получателят на помощта да заплати подходящи лихви върху полученото от самия него икономическо предимство, предоставено от публичния орган, без да е необходимо да възстановява самата помощ⁵⁸. Посочената съдебна практика по дело „SELF“ обаче е приложима само в случаите,

84. Всъщност, от една страна, националният съд би бил изправен пред трудната задача да определи каква комисиона е била обичайна на пазара и следователно подходяща в момента на предоставяне на гаранцията. Ако заемополучателят — както в настоящия случай — не е можел да получи на пазара въобще никакъв заем, би се наложило целият обем на заема, т.е. цялата сума, покрита от гаранцията, да се разглежда като предимство за заеодателя, като се отчита фактът, че договорът за

56 — В това отношение важат съответно съображенията, съдържащи се в точка 35 от настоящото заключение.

57 — Относно задълженията за полагане на дължимата грижа на получателя на помощта вж. по-горе точка 60 от настоящото заключение и съдебната практика, посочена в бележка под линия 33.

58 — Решение по дело „SELF“ (посочено в бележка под линия 9, точки 52 и 55); в същия смисъл и Решение по дело *Wienstrom*, посочено в бележка под линия 9, точки 28—30.

когато помощта, предоставена в нарушение на член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС, впоследствие е одобрена с „положително решение“ на Комисията⁵⁹. Следователно определящият критерий за възможността на получателя да иска за период, предхождащ приемането на положително решение, плащането на помощ или да задържи вече изплатена помощ, е констатацията на Комисията, че помощта е съвместима с вътрешния пазар⁶⁰.

3. Междинно заключение

87. В обобщение следва да се посочи, че: Държавната гаранция по частен заем, която е предоставена в нарушение на член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС и впоследствие не е одобрена от Европейската комисия, следва да се разглежда като недействителна, ако самият заемодател е бенефициер на помощта.

VI — Заключение

88. С оглед на предходните съображения предлагам на Съда да отговори на поставения от Hoge Raad der Nederlanden въпрос по следния начин:

„Държавната гаранция по частен заем, която е предоставена в нарушение на член 108, параграф 3, трето изречение ДФЕС и впоследствие не е одобрена от Европейската комисия, не следва да се разглежда като недействителна, освен ако самият заемодател не е бенефициер на помощта“.

⁵⁹ — Това е подчертано в Решение по дело CELF (посочено в бележка под линия 9) с формулировки като „когато Комисията взема положително решение [...]“ (точка 49), „в този случай [...]“, „в положение като това по спора по главното производство [...]“ (точка 52) и „когато Комисията е взела окончателно решение [...]“ (точка 55).

⁶⁰ — Решение по дело Wienström (посочено в бележка под линия 9, точка 31).