

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

ANTONIO TIZZANO

fremsat den 9. februar 2006¹

1. De foreliggende sager vedrører en appel iværksat af henholdsvis P & O European Ferries (Vizcaya) SA (herefter »P & O«) og Diputación Foral de Vizcaya (provinsrådet i Vizcaya (herefter »provinsrådet i Vizcaya« eller »Vizcayas provinsråd«) til prøvelse af dom afsagt den 5. august 2003 af Retten i Første Instans i de forenede sager T-116/01 og T-118/01, P & O European Ferries (Vizcaya) SA og Diputación Foral de Vizcaya mod Kommissionen (herefter »den appellerede dom«)², der i sin helhed stadfæstede Kommissionens beslutning 2001/247/EF af 29. november 2000 (herefter »den anfægtede beslutning«)³ om Spaniens støtte til søtransportsselskabet P & O, der på daværende tidspunkt hed »Ferries Golfo de Vizcaya«.

fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, uforenelig med fællesmarkedet i det omfang, den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne.

3. I artikel 88, stk. 3, EF bestemmes det dernæst, at Kommissionen skal underrettes i god tid om enhver påtænkt indførelse eller ændring af støtteforanstaltninger, og at medlemsstaterne ikke må gennemføre de påtænkte foranstaltninger, før Kommissionen har truffet en beslutning.

I — Retsforskrifter

2. Artikel 87, stk. 1, EF bestemmer som bekendt, at bortset fra de i traktaten hjemlede undtagelser er statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler, og som

4. Med vedtagelsen af Rådets forordning nr. 659/1999⁴ (herefter »forordning nr. 659/1999«) har Det Europæiske Fællesskab desuden fastlagt detaljerede procedureregler med henblik på anvendelsen af fællesskabsbestemmelserne om kontrol med statsstøtte.

1 — Originalsprog: italiensk.

2 — Sml. II, s. 2957.

3 — EFT 2001 L 89, s. 28.

4 — Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22.3.1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af EF-traktatens artikel 93 (EFT L 83, s. 1).

II — Faktiske omstændigheder og retshandlinger

De faktiske omstændigheder i sagen

5. Henset til, at de foreliggende sager udgøres af en række komplicerede faktiske omstændigheder, som i øvrigt allerede har givet anledning til to domme fra Rettens side, og til, at disse omstændigheder er fremgået over en forholdsvis lang periode, vil jeg nøjes med at opsummere de vigtigste omstændigheder, der er relevante for den foreliggende sag.
6. Grundlaget for sagen kan føres tilbage til en aftale (herefter »den oprindelige aftale«), som provinsrådet i Viscaya og den baskiske lokalregerings ministerium for handel og turisme, på den ene side, og det søtransport-selskab, der i dag hedder P & O, på den anden side, indgik den 9. juli 1992. Aftalen, der havde til formål at indføre rutesejls mellem Bilbao og Portsmouth, bestemte, at de myndigheder, som havde underskrevet aftalen, i tidsrummet 1993-1996 var forpligtet til at købe et vist antal billetter ved at erlægge en modydelse, der var fastsat i aftalen. Aftalen blev aldrig anmeldt til Kommissionen.
7. Allerede den 21. september 1992 indgav et konkurrerende søtransport-selskab, Bretagne Angleterre Irlande (herefter »BAI«), en klage til Kommissionen over den støtte, som provinsrådet i Vizcaya og den baskiske lokalregering angiveligt havde tildelt P & O. Efter at have indhentet de nødvendige oplysninger besluttede Kommissionen den 29. september 1993 at indlede proceduren i henhold til EF-traktatens artikel 93, stk. 2 (nu artikel 88, stk. 2, EF)⁵.
8. Kommissionen konkluderede efter en indledende undersøgelse, at den oprindelige aftale ikke udgjorde en normal, kommerciel disposition, men at der var tale om statsstøtte som omhandlet i EF-traktatens artikel 92 (efter ændring nu artikel 87 EF), og at støtten ikke opfyldte betingelserne for at være forenelig med fællesmarkedet.
9. Kommissionen lagde bl.a. vægt på, at den pris, som de myndigheder, der havde underskrevet aftalen, skulle betale for rejsekuponerne, var højere end den almindelige kommercielle pris, og at aftalen indeholdt et tilsagn fra myndighederne om at dække alle tab, som P & O måtte lide i løbet af den nye forbindelses tre første driftsår. Kommissionen mente derfor, at aftalen havde fjernet enhver kommerciel risiko for P & O.
10. Efter at Kommissionen havde meddelt sin beslutning om at indlede proceduren,

⁵ — EFT 1994 C 70, s. 5.

oplyste den baskiske lokalregering over for Kommissionen, at den havde stillet aftalens opfyldelse i bero. Samtidig havde P & O under den administrative procedure i forbindelse med undersøgelsen af den pågældende foranstaltning en længere brevveksling med Kommissionen for at afklare, hvilken form for aftale søtransportsselskabet og de offentlige myndigheder kunne indgå uden at tilsidesætte Fællesskabets støtteregler.

11. I den forbindelse fremsendte P & O ved skrivelse af 27. marts 1995 (herefter »skrivelsen af 27. marts 1995«), adresseret til en tjenestemand ved Kommissionens Generaldirektorat (GD) for Transport⁶, en ny aftale (herefter »den nye aftale« eller »den omtvistede foranstaltning«), som var indgået den 7. marts 1995 mellem provinsrådet i Vizcaya og P & O. Denne aftale, der gjaldt fra 1995 til 1998, bestemte, at provinsrådet i Vizcaya havde pligt til at købe i alt 46 500 billetter til brug på ruten Bilbao-Portsmouth, som P & O drev, og fastsatte den finansielle modydelse og de øvrige betingelser og vilkår for dette køb.

12. Den 7. juni 1995 besluttede Kommissionen at afslutte den procedure, der var blevet indledt den 29. september 1993 (herefter »beslutningen af 7. juni 1995«)⁷, idet den anførte, at den nye aftale indebar en række væsentlige ændringer i forhold til den tidligere aftale. Det fremgik navnlig, at den

baskiske lokalregering ikke længere var medunderskriver af aftalen, at billetpriserne skulle fastsættes efter nye parametre og derfor var lavere end anført i den oprindelige aftale, og at mange andre aspekter af den nævnte aftale — som Kommissionen tidligere havde taget afstand fra — var blevet fjernet. På det grundlag fandt Kommissionen, at den nye aftale ikke udgjorde statsstøtte.

13. Denne beslutning blev dog øjeblikkelig indbragt for Retten af BAI i selskabets egenskab af klager og konkurrent til P & O, idet Kongeriget Spanien og P & O indtrådte i sagen til støtte for Kommissionen.

14. Ved dom af 28. januar 1999, sag T-14/96, BAI mod Kommissionen (herefter »BAI-dommen«)⁸, annullerede Retten beslutningen af 7. juni 1995 med den begrundelse, at den nye aftale ikke udgjorde en normal, kommerciel disposition, og at Kommissionen følgelig havde foretaget en fejlagtig vurdering af denne aftale i henhold til artikel 87, stk. 1, EF.

15. Retten bemærkede især, at det samlede beløb, som den offentlige myndighed udbetalte til P & O ifølge den nye aftale, ikke alene var på højde med, men endog en smule højere, end hvad der var aftalt i den

6 — Den tjenestemand, der var ansvarlig for den omhandlede støttesag.

7 — EFT C 321, s. 4.

8 — Sml. II, s. 139.

oprindelige aftale. Selv om prisen pr. billet var blevet nedsat, var det samlede antal rejsekuponer nemlig blevet væsentligt forøget (til 46 500 kuponer mod de oprindeligt aftalte 26 000). Retten understregede desuden, at det antal billetter, der var tildelt, slet ikke svarede til modtagerens faktiske behov. Endelig medførte det større antal billetter ikke højere udgifter for P & O, da disse kun kunne anvendes i lavsæsonen. Retten fastslog derfor, at den nye aftales virkninger på konkurrencen i det væsentlige var de samme som dem, der kunne tillægges den oprindelige aftale⁹.

uforenelig med fællesmarkedet (artikel 1), hvorfor den pålagde Kongeriget Spanien at kræve tilbagebetaling af de beløb, der allerede var udbetalt (artikel 2).

Retsforhandlingerne for Retten og den appellerede dom

16. I lyset af denne dom besluttede Kommissionen den 26. maj 1999¹⁰ at indlede proceduren efter artikel 88, stk. 2, EF for så vidt angik den nye aftale. Det var nemlig Kommissionens opfattelse, at de baskiske myndigheder kunstigt havde øget det antal billetter, der skulle købes hos P & O, for at kompensere for den lavere pris og på den måde bevare det offentlige tilskud, der skulle ydes til søtransportsselskabet, på det niveau, der var aftalt i den oprindelige aftale.

18. Denne beslutning blev indbragt for Retten af både provinsrådet i Vizcaya og P & O. Hvor P & O indskrænkede sig til at nedlægge påstand om annullation af påbuddet til Spanien om at tilbagesøge den allerede udbetalte støtte, nedlagde provinsrådet i Vizcaya imidlertid påstand om, at beslutningen blev annulleret i sin helhed.

19. De to sagsøgere gjorde indledningsvis gældende, at den aftale, Kommissionen havde underkendt, var lovlig, idet modtageren af den omtvistede støtte havde anmeldt den forskriftsmæssigt til Kommissionen ved ovennævnte skrivelse af 27. marts 1995.

17. I beslutning 2001/247/EF af 29. november 2000¹¹, der blev vedtaget efter denne procedure, fastslog Kommissionen, at den nye aftale udgjorde statsstøtte, der var

20. Med hensyn til realiteten fremførte sagsøgerne dernæst en række anbringender vedrørende dels beslutningens materielle indhold, dels formelle mangler, der angiveligt var opstået under den administrative procedure ved Kommissionen. Disse anbringender drejede sig hovedsageligt om følgende: a)

9 — Præmis 74-80.

10 — EFT C 233, s. 22.

11 — Jf. fodnote 3.

betegnelse af den omtvistede foranstaltning som statsstøtte, b) tilsidesættelse af ejendomsretten og af artikel 295 EF, c) manglende anvendelse af undtagelsen i artikel 87, stk. 2, litra a), EF, d) tilsidesættelse af de processuelle regler, som er fastsat i EF-traktaten og i forordning nr. 659/1999, navnlig med hensyn til undladelsen af at indhente nærmere oplysninger fra de offentlige myndigheder, e) tilsidesættelse af principperne om beskyttelse af den berettigede forventning, om retssikkerhed og om god forvaltningsskik, f) tilsidesættelse af artikel 88 EF, for så vidt som støtten burde anses for at være blevet stiltiende godkendt, og g) utilstrækkelig eller irrelevant begrundelse i henhold til artikel 253 EF.

21. Kommissionen anfægtede ikke blot rigtigheden af alle disse anbringender, men gjorde også gældende, at anbringendet om den omtvistede foranstaltnings karakter af statsstøtte skulle afvises fra realitetsbehandling, fordi det tilsidesatte BAI-dommens materielle retskraft.

22. Retten udtalte, at søgsmålene kunne antages til realitetsbehandling i deres helhed, men forkastede alle de anbringender, der var fremført af P & O og provinsrådet i Vizcaya. I det følgende vil jeg ganske kort beskrive årsagerne hertil i den rækkefølge, hvori de er anført i den appellerede dom.

23. Retten fastslog indledningsvis, at den nye aftale ikke var indgået i overensstemmelse med proceduren i artikel 88, stk. 3, EF, og at den derfor måtte anses for ulovlig.

24. Den afviste i den forbindelse sagsøgernes argumenter om, at den nye aftale skulle betragtes som en ny støtteforanstaltning, og at det modtagende selskab derfor havde anmeldt den behørigt til Kommissionen. Efter Rettens opfattelse kunne den omstændighed, at støttemodtagerens advokater havde underrettet Kommissionen om denne aftale, nemlig på ingen måde anses for en formel anmeldelse af ny støtte i henhold til EF-traktaten¹².

25. Retten bemærkede videre, at den nye foranstaltning i hvert fald ikke udgjorde en ny støtte i forhold til den, der oprindeligt var blevet bevilget (og aldrig var blevet anmeldt), eftersom ændringerne i den oprindelige støtte ikke havde indvirkning på dennes indhold. Da den oprindelige aftale og den nye aftale derfor skulle betragtes som én enkelt støtteforanstaltning, som blev indført og iværksat i 1992 og derefter blev ændret, havde den manglende anmeldelse af den første aftale også betydning for lovligheden af den anden aftale.

26. Med hensyn til den omtvistede foranstaltnings betegnelse som støtte i henhold til

12 — Præmis 57-74.

artikel 87, stk. 1, EF forkastede Retten først Kommissionens førnævnte formalitetsindsigelse, idet den påpegede, at det kun er muligt at påberåbe sig en tidligere doms retskraft, hvis den sag, der gav anledning til denne dom, har samme parter og samme genstand og hviler på de samme søgsmålsgrunde. Alle disse betingelser var ikke opfyldt i det omhandlede tilfælde¹³.

27. Hvad angik realiteten stadfæstede Retten Kommissionens vurdering.

28. Retten fastslog nemlig indledningsvis, at en række faktorer pegede i retning af, at Vizcayas provinsråd ikke indgik den nye aftale for at opfylde faktiske behov. Den mente, at »den blotte omstændighed, at en medlemsstat køber varer og tjenesteydelser på markedsvilkår, ikke er tilstrækkeligt til, at denne transaktion må anses for at være en kommerciel disposition, gennemført på vilkår, som en privat investor ville have accepteret [...] hvis det skulle vise sig, at staten ikke har et faktisk behov for disse varer og tjenesteydelser [...] Kravet om, at medlemsstaten skal påvise, at dens erhvervelse af varer eller tjenesteydelser udgør en normal, kommerciel disposition, har så meget desto mere betydning, når valget af leverandør som i den foreliggende sag ikke er sket i henhold til et åbent udbud, som i

tilstrækkelig grad er blevet offentliggjort [...]«¹⁴. Da dette krav ikke var opfyldt i den omhandlede sag, kunne Kommissionen med rette konkludere, at den nye aftale kunne give P & O en økonomisk fordel¹⁵.

29. Retten var desuden enig med Kommissionen i, at den omtvistede foranstaltning kunne fordreje konkurrencevilkårene og påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne¹⁶.

30. Hvad dernæst angik den påståede tilsidesættelse af ejendomsretten i artikel 295 EF havde provinsrådet i Vizcaya gjort gældende, at den anfægtede beslutning udgjorde en urimelig begrænsning i myndighedens beføjelse til at indgå aftaler og berøvede den ejendomsretten til de rejsekuponer, som den havde erhvervet på lovlige vis. Hertil svarede Retten imidlertid, at artikel 295 EF ikke fører til, at eksisterende ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne ikke er omfattet af traktatens grundlæggende principper, og således ikke kan begrænse rækkevidden af statsstøttebegrebet som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF¹⁷.

31. Retten fandt endvidere, at den omtvistede foranstaltning ikke kunne erklæres forenelig med fællesmarkedet i henhold til

14 — Præmis 117 og 118.

15 — Præmis 121-140.

16 — Præmis 141-144.

17 — Præmis 148-153.

13 — Præmis 75-82.

artikel 87, stk. 2, litra a), EF, idet støtten ikke var ydet til enkelte forbrugere og uden forskelsbehandling med hensyn til varernes oprindelse, men udelukkende favoriserede P & O¹⁸.

32. Med hensyn til den påståede tilsidesættelse af procedurereglerne tilsluttede Retten sig ikke Vizcayas provinsråds anbringende om, at Kommissionen ikke af de spanske myndigheder havde udbedt sig alle de nærmere redegørelser eller præciseringer, der var nødvendige for, at det kunne vedtage sin beslutning. Dette anbringende hvilede efter Rettens opfattelse på en urigtig forståelse af den anfægtede beslutning, for så vidt som de dele af beslutningen, som provinsrådet i Vizcaya havde anfægtet, ikke vidnede om en egentlig mangel på oplysninger, men snarere om, at Kommissionen havde vurderet de beviser, de spanske myndigheder havde fremført inden for rammerne af den administrative procedure, på en anden måde¹⁹.

33. Retten gennemgik og forkastede dernæst de argumenter, som de to sagsøgere havde fremsat vedrørende den påståede tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og princippet om god forvaltningsskik som følge af påbuddet i den anfægtede beslutning om tilbagesøgning af støtten.

34. Hvad angår den påståede tilsidesættelse af beskyttelsen af den berettigede forvent-

ning bemærkede Retten først, at det ikke uden videre kunne udelukkes, at en virksomhed, der havde modtaget en ulovlig støtte, muligvis kunne henvise til ekstraordinære omstændigheder, der hos den kunne skabe en berettiget forventning om, at denne støtte var lovlig. Myndigheder, der har ydet støtte uden at overholde deres anmeldelsespligt, kan dog ikke påberåbe sig støttemodtagerens berettigede forventning og dermed unddrage sig deres forpligtelse til at træffe de foranstaltninger, der er nødvendige for at gennemføre en negativ kommissionsbeslutning. Det var imidlertid netop, hvad provinsrådet i Vizcaya uretmæssigt havde gjort²⁰.

35. Retten gjorde i øvrigt opmærksom på, at P & O, bortset fra den omstændighed, at Kommissionen oprindeligt havde vedtaget en positiv beslutning, ikke havde påberåbt sig ekstraordinære omstændigheder, som kunne skabe en berettiget forventning hos selskabet. Hvis det antages, at en tidligere positiv beslutning fra Kommissionen om støtte — som anfægtes inden for søgsmålsfristen i artikel 230 EF og annulleres af Fællesskabets retsinstanter — automatisk er til hinder for tilbagesøgning af ulovlig støtte, ville den kontrol, som Fællesskabets retsinstanter udøver med lovligheden af sådanne beslutninger, blive frataget sin effektive virkning. Retten bemærkede bl.a. med henvisning til Domstolens dom af 14. januar 1997 i sagen Spanien mod Kommissionen²¹, at støttemodtagerens konkurrenter ville miste retten til en effektiv domstolsprøvelse af de kom-

18 — Præmis 162-171.

19 — Præmis 176-187.

20 — Præmis 201-203.

21 — Sag C-169/95, Sml. I, s. 135, præmis 53.

missionsbeslutninger, der var til skade for dem²². P & O's argumenter om selskabets berettigede forventning blev følgelig også forkastet.

36. Til den påståede tilsidesættelse af princippet om god forvaltningsskik bemærkede Retten, at sagsøgeren med dette anbringende kritiserede Kommissionens handlemåde under sagens behandling og reelt anfægtede støttens ulovlighed på ny. Den forkastede derfor dette anbringende med henvisning til den vurdering, den selv havde foretaget af dette spørgsmål i samme dom²³.

37. Hvad dernæst angår anbringendet om tilsidesættelsen af artikel 88 EF tiltrådte Retten ikke Vizcayas provinsråds argumenter om, at der ikke var indledt en procedure i henhold til artikel 88, stk. 2, EF over for den omtvistede foranstaltning, inden der var forløbet to måneder efter BAI-dommens afsigelse, og at støtten derfor skulle anses for at være blevet stiltiende godkendt. Retten fastslog med støtte i dommen i Lorenz-sagen²⁴, at de betingelser, der opstilles i denne dom, ikke var opfyldt i den foreliggende sag²⁵.

38. Retten fastslog endelig, at det var åbent, at der ikke forelå den begrundelsesmangel, som P & O havde påberåbt sig²⁶.

Sagsforhandlingerne for Domstolen

39. P & O (sag C-442/03 P) og provinsrådet i Vizcaya (sag C-471/03 P) har ved appelskrifter indleveret henholdsvis den 17. oktober 2003 og den 10. november 2003 anfægtet den afgørelse, Retten nåede frem til. P & O har nedlagt påstand om, at den appellerede dom ophæves, og om, at sagen hjemvises til Retten til fornyet prøvelse af den anfægtede beslutnings artikel 2. Provinsrådet i Vizcaya har nedlagt påstand om, at den appellerede dom ophæves, og om, at der, såfremt, sagen er moden til påkendelse, træffes direkte afgørelse om sagens realitet, således at Kommissionens beslutning annulleres (eller subsidiært således at beslutningens artikel 2 annulleres). Såfremt dette ikke er muligt, har provinsrådet i Vizcaya nedlagt påstand om, at sagen efter ophævelse af Rettens dom hjemvises til behandling ved Retten.

40. Kommissionen, som er sagsøgt i de to sager, har afvist de påstande, der er fremført i de to sager, og nedlagt påstand om frifindelse og om, at appellerterne tilpligtes at betale sagens omkostninger. Det bør tilføjes, at

22 — Præmis 204-210.

23 — Præmis 211 og 212.

24 — Dom af 11.12.1973, sag 120/73, Lorenz, Sml. s. 1471 (herefter »Lorenz-dommen«). Det fastslås i denne dom, at hvis Kommissionen inden for to måneder efter, at den er blevet underrettet om en ny støtteforanstaltning, undlader at tage stilling til denne foranstaltning (ved at iværksætte den kontradiktoriske fremgangsmåde eller vedtage en positiv beslutning), kan den pågældende stat gennemføre foranstaltningen på betingelse af, at den forinden har givet Kommissionen meddelelse herom.

25 — Præmis 216-219.

26 — Præmis 223-227.

provinsrådet i Vizcaya har fået tilladelse til at intervenere i den af P & O anlagte appelsag til støtte for P & O's påstande, og at P & O tilsvarende er intervenseret i den af provinsrådet i Vizcaya anlagte appelsag til støtte for provinsrådets påstande.

Påstanden om, at provinsrådet i Vizcaya har indgivet appel for sent

41. Domstolens præsident har ved kendelse af 7. juni 2005 forenet de to sager med henblik på den mundtlige forhandling og dommen. Parterne afgav efterfølgende mundtlige indlæg i retsmødet den 22. september 2005.

III — Retlig vurdering

Indledning

42. Appellanterne har fremført en række anbringender til støtte for en ophævelse af Rettens dom. Disse anbringender vil jeg komme nærmere ind på i det følgende. Jeg vil først se på Kommissionens tvivl med hensyn til, hvorvidt den appelsag, provinsrådet i Vizcaya har anlagt, kan antages til realitetsbehandling — en tvivl, som under det efterfølgende retsmøde blev nærmere præciseret og formelt betegnet som en formalitetsindsigelse som følge af, at appellen er indgivet for sent.

43. Jeg vil indledningsvis gøre opmærksom på, at provinsrådet i Vizcaya i appelskriftet ikke har valgt adresse i Luxembourg, men på sine advokaters kontor i Bilbao (Spanien), og at det har indvilget i at modtage forkyndelser via telefax. Retten afsagde som bekendt sin dom den 5. august 2003, og samme dag udsendte provinsrådet i Vizcaya en pressemeddelelse, hvori det offentligt udtalte, at det havde til hensigt at appellere dommen. Efter dommens afsigelse sendte Rettens Justitskontor i øvrigt i overensstemmelse med ovennævnte bestemmelser provinsrådet i Vizcaya en bekræftet genpart af dommen ved rekommanderet brev med modtagelsesbevis, som blev indleveret til det luxembourgske postvæsen den 11. august 2003. Det fremgår imidlertid af modtagelsesbeviset, at forsendelsen først forkyndt på den adresse, appellanten havde valgt, den 1. september. Provinsrådet i Vizcaya mente derfor, at fristen for appellens indgivelse gjaldt fra denne dato, og indgav som følge heraf appel den 10. november 2003. Kommissionen og P & O modtog til gengæld genparterne af den forkyndte dom henholdsvis den 13. og 14. august 2003, hvorefter P & O som nævnt indgav appel den 17. oktober.

44. Kommissionen har heroverfor anført, at provinsrådet i Vizcaya i lyset af artikel 100,

stk. 2, andet afsnit, i Rettens procesreglement²⁷ ikke har indgivet appel rettidigt.

45. Kommissionen mener, som jeg har forstået det, at det er korrekt, at der ifølge denne bestemmelses sidste punktum både gælder en formodning for, at forkyndelsen er sket den tiende dag efter, at dokumentet er indleveret til det luxembourgske postvæsen, og en undtagelse fra denne formodning (»medmindre det ved hjælp af modtagelsesbeviset godtgøres [...]« osv.). Denne undtagelse finder dog kun anvendelse, hvis dokumentet *faktisk* er modtaget før den dato, der følger af den nævnte formodning. Hvis det ikke var tilfældet, kunne det gå ud over retssikkerheden, eftersom modtageren af det forkyndte dokument kunne udsætte affattelsen heraf uendeligt, og på den måde udskyde det tidspunkt, hvor søgsmålsfristen begynder at løbe.

27 — Det bestemmes som bekendt i artikel 100, stk. 1, at »[d]e i dette reglement foreskrevne forkyndelser sker på foranledning af justitssekretæren ved, at en genpart af det dokument, der skal forkyndes, sendes til den af modtageren valgte adresse ved rekommanderet brev med modtagelsesbevis«, men det tilføjes i stk. 2, at »[s]åfremt modtageren i overensstemmelse med artikel 44, stk. 2, andet afsnit, har indvilliget i, at forkyndelser for ham sker pr. telefax eller ved ethvert andet teknisk kommunikationsmiddel, kan ethvert procesdokument, med undtagelse af Rettens domme og kendelser, forkyndes for ham ved fremsendelse af en genpart af dokumentet på den pågældende måde« (første afsnit, min fremhævelse). »Såfremt en sådan fremsendelse ikke kan ske af tekniske grunde eller på grund af dokumentets karakter eller omfang, forkyndes dokumentet for modtageren i overensstemmelse med de nærmere bestemmelser i stk. 1, når modtageren ikke har angivet en valgt adresse. Modtageren underrettes herom pr. telefax eller ved ethvert andet teknisk kommunikationsmiddel. Et rekommanderet brev anses i så fald for at være afleveret til modtageren den tiende dag efter indleveringen af brevet til postvæsenet på det sted, hvor Retten har sæde, medmindre det ved hjælp af modtagelsesbeviset godtgøres, at brevet er modtaget på et andet tidspunkt [...]« (andet afsnit).

46. Men i det foreliggende tilfælde er der efter Kommissionens opfattelse slet ingen tvivl om, at provinsrådet i Vizcaya var bekendt med Rettens dom længe før den 1. september 2003. Det fremgår i øvrigt både af den pressemeddelelse, som provinsrådet i Vizcaya udsendte samme dag, som dommen blev afsagt, og af den kendsgerning, at dommen blev lagt ud på internettet. Appellanten har således ikke udvist den omhu, som parterne i en retssag har pligt til, idet denne med vilje ventede med at afhente forsendelsen (og således med at underskrive modtagelsesbeviset) for at opnå en længere søgsmålsfrist.

47. Hertil har provinsrådet i Vizcaya svaret, at appellen er indgivet rettidigt, henset til den dato, hvor det faktisk modtog genparten af dommen og til den sædvanlige søgsmålsfrist (to måneder), samt de dage, der tillægges som følge af afstanden til det sted, hvor appellanten har valgt sin adresse. Appellanten har nærmere bestemt henvist til ordlyden af artikel 100, stk. 2, andet afsnit, sidste punktum, i Rettens procesreglement, hvoraf det efter appellansens opfattelse fremgår, at dokumentets faktiske modtagelse går forud for den formodede modtagelse.

48. Jeg vil indledningsvis understrege, at artikel 100, stk. 2, første afsnit, kun fastsætter nærmere bestemmelser om forkyndelse af dokumenter, der i princippet kan sendes pr. telefax eller ved andre tekniske midler. Det anføres imidlertid udtrykkeligt, at disse

bestemmelser ikke gælder for forkyndelse af Rettens domme og kendelser.

rekommanderede brev til det luxembourgske postvæsen²⁸.

49. Det fremgår som nævnt af denne bestemmelses andet afsnit (som både appellanten og Kommissionen har citeret), at såfremt det — navnlig på grund af »dokumentets karakter« (dom eller kendelse) — ikke er muligt at fremsende det pr. telefax eller ved andre tekniske midler, forkyndes det efter den såkaldt almindelige procedure i artikel 100, stk. 1, dvs. ved rekommanderet brev med modtagelsesbevis, samtidig med at modtageren underrettes herom pr. telefax eller ved ethvert andet teknisk kommunikationsmiddel. Når dette er sket, formodes det, at det rekommanderede brev er afleveret til modtageren den tiende dag efter brevetts indlevering til postvæsenet i Luxembourg (forudsat selvfølgelig at der ikke er valgt adresse i dette land), medmindre det af modtagelsesbeviset fremgår, at brevet er modtaget på et andet tidspunkt.

51. Den første formodning gælder nemlig i tilfælde, hvor den pågældende ganske vist har indvilliget i at modtage processkrifter pr. telefax eller ved andre tekniske midler, men hvor det navnlig på grund af disse dokumenters karakter (dom eller kendelse) er umuligt at sende dem på denne måde²⁹. Den anden formodning gælder derimod i tilfælde, hvor appellanten ikke har opfyldt de formkrav, der er anført i artikel 44, stk. 2, første og andet afsnit, dvs. at han hverken har valgt adresse i Luxembourg eller indvilliget i, at processkrifter fremsendes pr. telefax eller ved andre tekniske midler³⁰.

52. I det foreliggende tilfælde har provinsrådet i Vizcaya som bekendt ikke valgt adresse i Luxembourg, men indvilliget i at modtage processkrifter pr. telefax eller ved andre tekniske midler. Det er derfor artikel 100, stk. 2, andet afsnit, der finder anvendelse.

50. Der bør følgelig sondres mellem formodningen i artikel 100, stk. 2, andet afsnit, i Rettens procesreglement og formodningen i artikel 44, stk. 2, tredje afsnit, i samme procesreglement, hvorefter forkyndelse anses for at være sket ved indleveringen af det

28 — Jeg vil af hensyn til læseren erindre om, at ovennævnte artikel 44, stk. 2, har følgende ordlyd: »I stævningen angives en valgt adresse på det sted, hvor Retten har sæde« (første afsnit), »[u]d over eller i stedet for en angivelse af en valgt adresse, jf. første afsnit, kan det i stævningen angives, at advokaten eller den befuldmægtigede indvilliger i, at forkyndelser for ham sker pr. telefax eller ved ethvert andet teknisk kommunikationsmiddel« (andet afsnit), »[o]pfylder stævningen ikke de i første og andet afsnit omhandlede krav, sker forkyndelser for den pågældende part under sagen, så længe stævningen ikke er berigtiget i så henseende, ved rekommanderet brev til partens befuldmægtigede eller advokat. I modsætning til, hvad der gælder efter artikel 100, stk. 1, anses forskriftsmæssig forkyndelse for at være sket ved indleveringen af det rekommanderede brev til postvæsenet på det sted, hvor Retten har sæde« (tredje afsnit).

29 — Som tidligere nævnt skal modtageren dog underrettes om, at dokumentet er indleveret, for at der kan være tale om en formodning.

30 — Jf. i denne retning kendelse af 19.10.2004, sag C-360/02 P, Ripa di Meana, Sml. I, s. 10339.

53. Det bringer os videre til spørgsmålet om, under hvilke omstændigheder det i lyset af denne bestemmelse må fastslås, at formodningen for, at det rekommanderede brev er afleveret den tiende dag efter dets indlevering til det luxembourgske postvæsen, ikke gælder, dvs. om formodningen ikke gælder, når det fremgår af modtagelsesbeviset, at modtagelsen er sket på et andet tidspunkt (som appellanten påstår), eller om det kun er tilfældet, når dette tidspunkt ligger forud for det, der følger af den nævnte formodning (som Kommissionen har anført).

54. Af disse to opfattelser mener jeg klart, at det er den, provinsrådet i Vizcaya har fremført, der er mest overbevisende. For det første ser det nemlig ud til, at den er mere i overensstemmelse med bestemmelsens ordlyd, som på ingen måde bestyrker Kommissionens konklusioner. For det andet må det ud fra en mere generel betragtning påpeges, at appellanten, hvis han indrømmes en bestemt frist i de gældende procesregler, har ret til at udnytte denne frist fuldt ud, medmindre andet udtrykkeligt er bestemt. De fastsatte søgsmålsfrister er nemlig også et led i beskyttelsen af appellants kontradiktionsret. Vil man foreslå løsninger, der kan indskrænke denne ret, kræver det derfor et betydeligt mere solidt retsgrundlag end en indirekte fortolkning, som tilmed er baseret på en sætning med en helt anden ordlyd.

55. Under alle omstændigheder mener jeg på grundlag af almindelige principper, at selv om der fortsat skulle herske en vis usikker-

hed omkring dette spørgsmål, kan denne usikkerhed ikke komme appellanten og dennes kontradiktionsret til skade, og at der derfor skal vælges den fortolkning, som beskytter denne ret bedst muligt.

56. Jeg mener som følge heraf, at Vizcayas provinsråds appel skal anses for at være indgivet rettidigt, og at den derfor kan antages til realitetsbehandling.

Appellanternes anbringender

57. Jeg vil nu behandle appellerne i realiteten, idet det først bemærkes, at P & O har fremført syv anbringender, mens provinsrådet i Vizcaya har fremført ni delvis identiske anbringender. Jeg vil derfor så vidt muligt behandle disse anbringender under ét.

58. Jeg vil begynde med at se på de anbringender, der vedrører spørgsmålet om den omtvistede foranstaltnings karakter af støtte (A), dernæst undersøge de anbringender, der vedrører på den påståede urigtige fortolkning af artikel 88, stk. 3, EF (B), og endelig de anbringender, der vedrører andre retlige fejl begået af Retten (C).

A — *Anbringender vedrørende foranstaltningens karakter af støtte*

59. Provinsrådet i Vizcaya har fremført en række klagepunkter med henblik på først og fremmest at anfægte Rettens konklusioner i den anfægtede beslutning om, at den nye aftale skal betragtes som statsstøtte i henhold til artikel 87, stk. 1, EF.

1. Spørgsmålet om, hvorvidt disse anbringender kan antages til realitetsbehandling

60. Før jeg kan tage stilling til disse klagepunkter vedrørende realiteten, er det imidlertid nødvendigt at afklare, om de kan antages til realitetsbehandling.

61. Det skal navnlig undersøges, om spørgsmålet om den pågældende foranstaltningens karakter af støtte kan anfægtes for Fællesskabernes retsinstanser endnu en gang. Retten har nemlig i en vis forstand allerede taget stilling til denne foranstaltning i BAI-dommen, hvori den annullerede beslutningen af 7. juni 1995, som godkendte foranstaltningen. Da parterne ikke appellerede denne dom efterfølgende, blev den endelig og fik retskraft. Man kan derfor sætte spørgsmålstegn ved, om provinsrådet i Vizcaya ved at indbringe sagen for Retten indirekte har anfægtet BAI-dommen, i strid med princippet om materiel retskraft.

62. Rent faktisk fremførte Kommissionen formelt denne indsigelse over for Retten, men uden at få medhold, idet Retten med henvisning til fast retspraksis fandt, at »retskraftvirkningen af en dom kan være til hinder for realitetspåkendelse af en sag, såfremt den sag, der gav anledning til den omhandlede dom, har samme parter, har samme genstand og hviler på samme søgsmålsgrund«³¹. Som Retten bemærkede var provinsretten i Vizcayas søgsmål imidlertid rettet mod en retsakt, som var forskellig fra den, der var genstand for BAI-dommen (nemlig henholdsvis den anfægtede beslutning og beslutningen af 7. juni 1995). Hertil kom, at søgsmålet ikke havde de samme parter, som var involveret i BAI-sagen, eftersom provinsrådet i Vizcaya ikke var part i den sidstnævnte sag³².

63. Kommissionen har ikke fremsat denne indsigelse i den foreliggende appelsag, selv om parterne blev opfordret til at tage stilling til dette spørgsmål og faktisk redegjorde for deres (forskellige) holdninger hertil under retsmødet.

64. Selv om ingen af parterne har fremsat en formel indsigelse, mener jeg dog ikke, at noget forhindrer Domstolen i at efterprøve, om retskraftsprincippet er tilsidesat i det

31 — Domstolens dom af 19.9.1985, forenede sager 172/83 og 226/83, Hoogovens Groep mod Kommissionen, Sml. s. 2831, præmis 9, og af 22.9.1988, forenede sager 358/85 og 51/86, Frankrig mod Parlamentet, Sml. s. 4821, præmis 12.

32 — Præmis 77-80.

foreliggende tilfælde. Selv om det ikke fremgår direkte af de gældende regler³³, mener jeg nemlig, at Domstolen i forbindelse med en appel af egen drift kan fremsætte en indsigelse, som er begrundet i ufravigelige procesforudsætninger, over for Rettens dom.

til parterne, men også af hensyn til offentligheden generelt³⁵.

65. Jeg vil i øvrigt påpege, at denne beføjelse klart er stadfæstet i Domstolens praksis og udførligt beskrevet i generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i Salzgitter-sagen, og jeg vil her blot henvide til de argumenter, der blev fremsat i dette forslag til afgørelse³⁴.

67. Det skal herefter undersøges, om ovennævnte indsigelse i den foreliggende sag er begrundet, og om Retten følgelig tilsidesatte BAI-dommens retskraft ved at fastslå, at sagen i første instans kunne antages til realitetsbehandling, og ved på ny at tage stilling til, om den omtvistede foranstaltning skulle betragtes som støtte.

68. I den forbindelse vil jeg først gøre opmærksom på, at Retten afviste Kommissionens indsigelse i første instans, idet den fandt, at de betingelser for påberåbelse af retskraftvirkningen, der fremgår af Domstolens praksis, ikke var opfyldt. Retten bemærkede navnlig, at de to sager ikke havde de samme parter og ikke havde samme genstand.

66. Jeg er i øvrigt heller ikke i tvivl om, at overholdelsen af retskraftsprincippet skal betragtes som et af de grundlæggende retsprincipper, som Domstolen netop til enhver tid kan rejse af egen drift. Der er nemlig tale om et grundlæggende princip i (og uden for) Fællesskabets retsorden, hvis overholdelse bør være sikret, både af hensyn

69. Til det første aspekt vil jeg sige, at provinsrådet i Vizcaya faktisk ikke var part i BAI-sagen, og at de pågældende almene interesser blev varetaget af den spanske

33 — Artikel 92, stk. 2, i Domstolens procesreglement, der netop vedrører Domstolens mulighed for af egen drift at rejse spørgsmålet om, hvorvidt sagen bør afvises, fordi ufravigelige procesforudsætninger ikke er opfyldt, er nemlig ikke nævnt i reglementets artikel 118, der vedrører appelsager.

34 — Dom af 13.7.2000, sag C-210/98 P, Salzgitter, Sml. I, s. 5843, præmis 56 og 57, samt det dertil hørende forslag til afgørelse, punkt 125 ff.

35 — Jf. med hensyn til kriterierne for vurdering af spørgsmål om grundlæggende retsprincipper generaladvokat Jacobs' udførlige redegørelse i det nævnte forslag til afgørelse i Salzgitter-sagen, punkt 140 ff. Hvad nærmere angår spørgsmålet om, hvorvidt retskraftsprincippet er et grundlæggende retsprincip og som følge heraf kan tages under påkendelse ex officio, jf. generaladvokat Roemers forslag til afgørelse af 19.10.1965 i forenede sager 29/63, 31/63, 36/63, 39/63 — 47/63, 50/63 og 51/63, Société Anonyme des Laminoids, Sml. 1965-1968, s. 135, org.ref.: Rec. 1965, s. 1153, og generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse af 4.5.1994 i sag C-312/93, Peterbroeck, Sml. 1995 I, s. 4601, navnlig s. 4606, punkt 24.

regering, der var indtrådt i sagen til støtte for Kommissionen, som sagen var anlagt mod. Det kan derfor påpeges, at der ganske vist i begge sager optrådte offentlige myndigheder fra samme stat, som forsvarede det organ, der havde udbetalt støtten, over for Retten, men at der stadig var tale om forskellige retssubjekter. Jeg må dog indrømme, at jeg ikke er sikker på, om denne indsigelse er særlig afgørende, især hvis den anførte forskel var begrundet i eventuelle begrænsninger af Vizcayas provinsråds søgsmålskompetence i den første retssag.

70. Jeg mener derfor, at det er vigtigt at undersøge den anden betingelse nærmere. Resultatet af denne undersøgelse kan umiddelbart også forekomme indlysende, eftersom de beslutninger, der blev anfægtet i de to sager, formelt set var forskellige retsakter. Efter min opfattelse er spørgsmålet imidlertid mere kompliceret end som så.

71. Det bør nemlig påpeges, at begrebet »samme genstand [...] ikke kan begrænses til tilfælde, hvor de to krav formelt er identiske«³⁶, og i det foreliggende tilfælde til spørgsmålet om, hvorvidt det er den samme retsakt, der anfægtes, da dette begreb snarere skal forstås således, at det retsspørgsmål, der forelægges for retsinstansen, skal være det samme. Det er dette retsspørgsmål, som dommen afsiges om, og som dens retskraft gælder for.

72. Det er i øvrigt også en af årsagerne til, at Domstolen har udtalt, at når Kommissionen i overensstemmelse med artikel 233 EF træffer de nødvendige foranstaltninger »[f]or at efterkomme [en annullationsdom] og opfylde den fuldt ud, skal [den] ikke blot tage hensyn til dommens konklusion, men også til de præmisser, som har ført til domskonklusionen, og som danner det fornødne grundlag for denne [...] Det er nemlig disse præmisser, som [...] angiver de nøjagtige grunde til den i konklusionen fastslåede ulovlighed, og som den pågældende institution skal tage hensyn til, når den udsteder en anden retsakt i stedet for den, der er blevet annulleret«³⁷.

73. I de to sager, der er tale om her, blev det omtvistede spørgsmål imidlertid i det væsentlige præsenteret på samme måde. Formålet med den nye sag var nemlig ligesom i BAI-sagen at efterprøve gyldigheden af den specifikke retsakt (der ikke var den samme i begge sager), som var forelagt for Retten, men det retsspørgsmål, der reelt var omtvistet i de to sager — og som retskraften efter min opfattelse vedrørte — drejede sig om den vurdering, Kommissionen havde foretaget af den omtvistede foranstaltning i lyset af artikel 87, stk. 1, EF for i de to sager at afgøre, om aftalen udgjorde statsstøtte eller ej.

74. Det er imidlertid netop denne vurdering, der var årsag til, at retsakten blev annulleret ved BAI-dommen, og Retten burde i prin-

36 — Dom af 8.12.1987, sag 144/86, Gubisch, Sml. s. 4861, præmis 17.

37 — Dom af 26.4.1988, forenede sager 97/86, 193/86, 99/86 og 215/86, Asteris, Sml. s. 2181, præmis 27.

cippet også have taget udgangspunkt i de retlige begrundelser for denne afgørelse i den efterfølgende sag, hvor den skulle tage stilling til en beslutning (den »nye aftale«), der ordret gengav BAI-dommens indhold.

af relevante økonomiske og/eller juridiske forhold osv.), dvs. omstændigheder, som det af indlysende grunde ikke var muligt at tage hensyn til i dommen, men som kunne ændre udfaldet af Kommissionens endelige vurdering.

75. Jeg vil dog indskyde, at Kommissionen efter BAI-dommen ikke blot nøjedes med at citere den samme retsakt og fremlægge en ny begrundelse, der var i overensstemmelse med denne dom. Den indledte den formelle undersøgelsesprocedure i henhold til artikel 88, stk. 3, EF vedrørende den omtvistede foranstaltning »for at give berørte parter mulighed for at komme med bemærkninger til Kommissionens holdning i sagen [over for aftalen] efter dommen fra Retten i Første Instans«³⁸. Som det fremgår af den anfægtede beslutning, fremsendte P & O, de baskiske myndigheder og BAI bemærkninger og yderligere oplysninger om den omtvistede foranstaltning i forbindelse med denne procedure³⁹.

77. Hvis parterne rent faktisk fremlagde nye oplysninger⁴⁰, som Kommissionen tog hensyn til⁴¹ i forbindelse med den nævnte formelle undersøgelsesprocedure, kunne Retten dog ikke lade være med at tage hensyn til disse oplysninger og undlade at undersøge spørgsmålet på ny. BAI-dommen ændrer intet herved, eftersom Domstolen gentagne gange har fastslået, at »retskraften [af en dom afsagt af en af Fællesskabets retsinstanter] kun vedrører de faktiske og retlige omstændigheder, som den pågældende retsafgørelse rent faktisk eller nødvendigvis har taget stilling til«⁴².

76. Selv om Kommissionen var forpligtet til at rette sig efter BAI-dommen, kunne den naturligvis ikke undlade at undersøge eventuelle nye eller yderligere omstændigheder, der blev påberåbt af parterne i proceduren (nye ændringer af foranstaltningen, ændring

78. Jeg mener derfor, at det var berettiget, at Retten undersøgte den omtvistede foranstaltnings art endnu en gang i den appellerede dom. Det skyldes ikke mindst, at en anden løsning ville have betydet, at parterne i nærværende sag, og navnlig provinsrådet i

40 — F.eks. den omstændighed, at de erhvervede rejsekuponer også kunne benyttes uden for det tidsrum, som den nye aftale dækkede (jf. betragtning 25 til den anfægtede beslutning), eller yderligere oplysninger om den metode, myndighederne anvendte til fastsættelse af det nødvendige antal billetter (jf. betragtning 47 til den anfægtede beslutning).

41 — Jf. bl.a. betragtning 48-50 til den anfægtede beslutning.

42 — Jf. dom af 19.2.1991, sag C-281/89, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 347, præmis 14, og kendelse af 28.11.1996, sag C-277/95 P, Lenz, Sml. I, s. 6109, præmis 50.

38 — Afsnit 1, punkt 6, i beslutningen af 16.5.1999.

39 — Jf. betragtning 20-40 i den anfægtede beslutning.

Vizcaya, blev nægtet domstolsbeskyttelse, for så vidt som Kommissionens vurdering af de nye oplysninger, parterne havde fremlagt, var unddraget Fællesskabets retsinstitansers kontrol.

79. Jeg mener således, at Rettens afgørelse af dette spørgsmål var korrekt. Jeg foreslår derfor Domstolen, at de anbringender, appellanterne har fremført, antages til realitetsbehandling.

2. Realiteten

80. På baggrund af det ovenfor anførte skal de anbringender, der er fremført vedrørende fortolkningen af artikel 87, stk. 1, EF, realitetsbehandles.

81. Jeg vil i den forbindelse minde om, at Retten efter appellanternes opfattelse lagde en urigtig retsanvendelse til grund ved fortolkningen af denne bestemmelse, for så vidt som den:

a) ved vurderingen af, om de spanske myndigheder handlede på samme måde som en privat investor, der arbejder under markedsøkonomiske forhold, baserede sig på kriteriet om nødvendigheden af de offentlige myndigheders intervention, som intet har at gøre med princippet om den private investor

b) fejlagtigt mente, at provinsrådet i Vizcaya ikke havde behov for at erhverve de pågældende rejsekuponer

c) ikke efterprøvede, at den anfægtede beslutning ikke indeholdt en økonomisk analyse af den fordel, som foranstaltningen indebar med hensyn til de beløb, der allerede var udbetalt til P & O

d) fastslog, at Kommissionen ikke var forpligtet til at vurdere, hvilken virkning den statslige foranstaltning reelt ville have på samhandelen mellem medlemsstaterne og konkurrencen.

82. Jeg vil i det følgende vurdere disse klagepunkter nærmere.

a) Kriteriet om nødvendigheden af de offentlige myndigheders intervention

83. Provinsrådet i Vizcaya har som tidligere nævnt først og fremmest gjort gældende, at Retten fortolkede artikel 87, stk. 1, EF forkert, da den med henblik på anvendelsen af det velkendte princip om den private investor fandt, at den burde undersøge, om den pågældende offentlige myndighed faktisk havde behov for de varer eller tjenesteydelser, som den havde købt.

84. Provinsrådet i Vizcaya mener nemlig, at der for at anvende dette princip korrekt kun bør tages hensyn til prisen på de nævnte varer og tjenesteydelser og på forholdet mellem denne pris og markedsprisen, som er faktorer, der er objektivt kontrollerbare. Det kritiserede kriterium, der i øvrigt slet ikke er behandlet i Domstolens praksis, vil tværtimod føre til en subjektiv vurdering af de bevæggrunde og motiver, der ligger til grund for offentlig intervention. Det vil desuden betyde, at medlemsstaterne forpligtes til at underrette Kommissionen om alle deres indkøb af varer og tjenesteydelser og til at bevise, at der foreligger et faktisk behov for dem.

85. Kommissionen anser derimod spørgsmålet om, hvorvidt en anskaffelse er klart unødvendig, for at være et meget relevant kriterium i forbindelse med anvendelsen af princippet om den private erhvervsdrivende. Indkøb af varer eller tjenesteydelser, der er åbenbart unødvendige, vil nemlig kunne give leverandøren en betydelig økonomisk fordel i henhold til artikel 87, stk. 1, EF.

86. Jeg vil indledningsvis gøre opmærksom på, at det velkendte princip om den private investor benyttes ved afgørelsen af, om en offentlig intervention kan siges at indgå i markeds-mæssige overvejelser og ikke har til formål at begunstige visse virksomheder, så der skabes forstyrrelser på fællesmarkedet. Det følger som bekendt af Fællesskabets faste praksis, at det for at kunne afgøre, om en offentlig intervention udgør statsstøtte, må undersøges, om en privat investor under tilsvarende omstændigheder ville have fore-

taget den omhandlede økonomiske disposition på samme vilkår som den offentlige myndighed⁴³.

87. Der er imidlertid intet holdepunkt for at antage, at Kommissionen for at foretage denne vurdering grundigt og korrekt *udelukkende* skal koncentrere sig om den »korrekte« pris (eller markedsprisen) på en vare eller tjenesteydelse, der betales af en offentlig indkøber, og helt skal se bort fra de vilkår, betingelser og andre forhold, der også har haft betydning for købet. Jeg mener tværtimod, at det kun ved at inddrage alle disse elementer er muligt at afgøre, om den omhandlede økonomiske transaktion er korrekt, eller om den sigter mod at give køberen en økonomisk fordel i strid med artikel 87, stk. 1, EF. Det, der har betydning for princippet om den private investor, er kort sagt ikke (kun), at prisen, men at transaktionen som helhed er i overensstemmelse med markeds-mæssige overvejelser.

88. Det er eksempelvis klart, at selv om prisen umiddelbart svarer til markedsprisen, vil det alligevel være i strid med princippet om den private erhvervsdrivende, hvis en offentlig myndighed beslutter at indkøbe varer i henhold til betalingsfrister (eller andre betalingsvilkår), der er langt gunstigere

43 — Jf. navnlig dom af 21.3.1990, sag C-142/87, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 959, præmis 29, af 3.10.1991, sag C-261/89, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 4437, præmis 8, og af 14.9.1994, sag C-42/93, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 4175, præmis 13.

for sælgeren end dem, der normalt gælder på markedet. Ser man på den foreliggende sag, gælder det samme dog, når købet ganske vist sker til markedsprisen, men i meget større mængder end nødvendigt, hvorved leverandøren opnår en uforholdsmæssig stor forøgelse af omsætningen. Som Kommissionen nemlig har understreget, vil ingen privat erhvervsdrivende købe varer eller tjenesteydelser, som han i virkeligheden ikke har brug for.

89. Jeg er derfor enig med Retten i, at »den blotte omstændighed, at en medlemsstat køber varer og tjenesteydelser på markedsvilkår, ikke er tilstrækkeligt til, at denne transaktion må anses for at være en kommerciel disposition, gennemført på vilkår, som en privat investor ville have accepteret, eller med andre ord, en normal kommerciel disposition, hvis det skulle vise sig, at staten ikke har et faktisk behov for disse varer og tjenesteydelser«⁴⁴.

90. Jeg må selvfølgelig erkende, at det ikke altid er let objektivt at undersøge, hvilket behov de offentlige myndigheder har for at købe visse varer eller tjenesteydelser. Når det er muligt at fastslå, at der ikke foreligger et sådant behov, er det imidlertid en klar indikation af, at det pågældende køb ikke er en normal kommerciel operation.

91. I den foreliggende sag bekræfter de forhold, som Retten tog i betragtning, (kun en mindre procentdel af billetterne blev udnyttet, og myndighederne købte kun rejsekuponer til den sejlroute, der betjenes af P & O, og ikke til andre potentielt mere attraktive geografiske destinationer)⁴⁵ eksempelvis, at provinsrådet i Vizcaya ikke havde et faktisk behov for at købe så mange rejsekuponer af P & O.

92. Til appellansens argument om, at det pågældende kriterium pålægger medlemsstaterne en alt for stor byrde, fordi det betyder, at de forpligtes til at anmelde alle indkøb af varer og tjenesteydelser til Kommissionen, vil jeg sige, at der faktisk kun skal foretages anmeldelse, hvis interventionen på grund af særlige omstændigheder kan indebære økonomiske fordele for de kontraherende virksomheder, som de ikke kunne have opnået hos en privat medkontrahent. De offentlige myndigheder skal med andre ord vurdere i hvert enkelt tilfælde, om den pågældende aftale er baseret på markedsvilkår eller ej. Jeg mener dog ikke, at denne vurdering adskiller sig fra den, de skal foretage, hvis de f.eks. beslutter at indskyde kapital i et selskab eller at sælge offentligt ejede aktiver til privatpersoner.

93. Jeg mener som følge heraf, at dette anbringende bør forkastes.

44 — Præmis 117 i den appellerede dom.

45 — Jf. præmis 128-137 i den appellerede dom.

b) Det påståede behov for aftalen

— og dermed undergivet Domstolens prøvelsesret⁴⁶.

94. Ifølge provinsrådet i Vizcaya fastslog Retten endvidere med urette, at den nye aftale ikke var baseret på et faktisk behov for at erhverve de pågældende rejsekuponer.

97. Jeg finder det imidlertid indlysende, at det omhandlede anbringende tilsigter at få Domstolen til at foretage en ny vurdering af de af Retten fastslåede faktiske omstændigheder, og af de beviser, der blev fremlagt for denne, vedrørende den omstændighed, at provinsrådet i Vizcaya ikke havde behov for at købe et så stort antal billetter.

95. Kommissionen har imidlertid gjort gældende, at dette anbringende ikke kan antages til realitetsbehandling, fordi det sigter mod at anfægte Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder.

98. Det skal tilføjes, at appellanten heller ikke har påberåbt sig en forkert gengivelse af de faktiske omstændigheder. Jeg mener under alle omstændigheder, at Rettens vurdering i denne henseende bygger på en grundig bedømmelse af de forhold, som både appellerterne og Kommissionen gjorde gældende⁴⁷.

96. I henhold til artikel 225 EF og artikel 51 i Domstolens statut kan de domme, der afsiges af Retten, appelleres, »dog kun for så vidt angår retsspørgsmål«, hvilket ifølge fast retspraksis betyder, at »Domstolen [...] ikke [har] kompetence til at fastlægge de faktiske omstændigheder og i princippet heller ikke til at bedømme de beviser, som Retten har lagt til grund ved fastlæggelsen af de faktiske omstændigheder. Når disse beviser er blevet forskriftsmæssigt tilvejebragt, og de almindelige retsgrundsætninger og de processuelle regler om bevisbyrde og bevisførelse er blevet overholdt, er det alene Retten, der har kompetence til at vurdere, hvilken bevisværdi der skal tillægges de oplysninger, den har fået forelagt [...] Denne vurdering udgør derfor ikke et retsspørgsmål — medmindre beviserne er gengivet forkert

99. Jeg mener som følge heraf, at anbringendet bør afvises.

c) Den manglende økonomiske analyse vedrørende de beløb, som provinsrådet i Vizcaya allerede har betalt

100. Provinsrådet i Vizcaya har fremført endnu et appelanbringende, hvorved det

46 — Domstolens dom af 28.5.1998, sag C-7/95 P, Deere, Sml. I, s. 3111, præmis 21 og 22. Jf. i samme retning navnlig dom af 8.5.2003, sag C-122/01 P, T. Port, Sml. I, s. 4261, præmis 27, og kendelse af 9.7.2004, sag C-116/03, Fichtner, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 33.

47 — Jf. præmis 121-137 i den appellerede dom.

har gjort gældende, at Retten fortolkede artikel 87, stk. 1, EF forkert, idet den ikke tillagde det retlige følger, at Kommissionens beslutning ikke indeholdt en økonomisk analyse, der klarlagde, om de beløb, der allerede var udbetalt til P & O i forbindelse med foranstaltningen — og især beløbet vedrørende de rejsekuponer, der allerede var udnyttet — kunne indebære en økonomisk fordel for P & O. Disse beløb udgjorde i virkeligheden en modydelse for de transportydelser, som P & O faktisk leverede, og kunne derfor ikke betragtes som støtteforanstaltninger.

101. Kommissionen mener til gengæld, at den anfægtede beslutning indeholder en detaljeret økonomisk analyse af foranstaltningens virkninger.

102. Jeg vil med det samme understrege, at jeg ikke kan tilslutte mig det klagepunkt, appellanten har fremført. Det bygger ved nærmere betragtning på den antagelse, at Kommissionen for det første skulle have foretaget en efterfølgende undersøgelse af den økonomiske værdi af den foranstaltning, der blev iværksat i strid med traktaten (dvs. af de beløb, der allerede var udbetalt), og at den for det andet burde have foretaget en kunstig sondring ved vurderingen af den påståede støttes forskellige elementer (erhvervelse af billetter, der allerede var betalt, og af billetter, der endnu ikke var betalt), selv om der er tale om én enkelt støtteforanstaltning, der ganske vist bestod af flere dele.

103. Til det første punkt vil jeg imidlertid bemærke, at det er fast retspraksis, at en støtteforanstaltning som hovedregel skal analyseres ud fra de forhold, som det organ,

der har bevilget støtten, var bekendt med, inden den udbetalte denne støtte. Domstolen har nemlig præciseret, at der »ved bedømmelsen af, om en stat har iagttaget en handlemåde, som en fornuftig investor ville have fulgt under markedsøkonomiske vilkår, og af, om statens handlemåde er økonomisk rationel, skal foretages en vurdering af situationen, som den var på det tidspunkt, da de finansielle støtteforanstaltninger blev truffet, og at der ikke må tages hensyn til omstændighederne, som de har udviklet sig siden hen«⁴⁸.

104. Hvad det andet punkt angår vil jeg blot bemærke, at de offentlige myndigheders køb af billetter af P & O udgør én enkelt forretningstransaktion. Det var derfor kun muligt at bedømme denne transaktions økonomiske værdi og samlede rækkevidde ved at undersøge foranstaltningen under ét. Man kunne selvfølgelig ikke forlange, at Kommissionen skulle bedømme de forskellige støtteelementer enkeltvis for at afgøre, om og i hvilket omfang de beløb, der allerede var blevet udbetalt — i øvrigt i strid med traktaten — konkret havde begunstiget den virksomhed, der modtog støtten.

105. I lyset heraf bør anbringendet om manglende vurdering af den økonomiske fordel, som P & O opnåede på grund af de allerede udbetalte beløb, forkastes.

48 — Dom af 16.5.2002, sag C-482/99, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 4397, præmis 71. Jf. også dom af 3.10.1991, sag C-261/89, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 4437, præmis 21, og af 14.2.1990, sag C-301/87, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 307, præmis 43-45.

d) Den omtvistede foranstaltning reelle virkning på samhandelen mellem medlemsstaterne og på konkurrencen

handelen mellem medlemsstaterne⁴⁹. Som Kommissionen imidlertid har påpeget, findes der flere steder i den anfægtede beslutning (og navnlig i betragtning 54 og 55) en egentlig analyse af denne art.

106. Provinsrådet i Vizcaya har endelig anført, at Retten fortolkede artikel 87, stk. 1, EF urigtigt ved ikke at lægge vægt på, at den anfægtede beslutning ikke indeholdt en analyse af den omtvistede foranstaltning reelle virkning på samhandelen mellem medlemsstaterne og på konkurrencen. Ifølge appellanten baserede Kommissionen sig nemlig på rene formodninger på dette punkt.

109. Som Retten ganske rigtigt har bemærket med henvisning til fast retspraksis, ville det, hvis Kommissionen skulle påvise de reelle virkninger af støtte, der allerede er tildelt, hver gang den vedtog en beslutning, være ensbetydende med at begunstige de medlemsstater, der yder støtte under tilsidesættelse af underretningspligten, på de medlemsstaters bekostning, der giver korrekt underretning om påtænkt støtte, eftersom bevisbyrden vil være vanskeligere i det første tilfælde end i det andet⁵⁰.

107. Jeg mener dog, at Kommissionen med rette har anført, at beslutningen indeholder en fyldestgørende redegørelse for den omhandlede foranstaltning virkninger.

108. Efter Fællesskabets faste retspraksis er det nemlig ikke nødvendigt, at der i beslutninger om ikke-anmeldt støtte foretages en konkret undersøgelse af denne støttes faktiske virkninger på konkurrencen og på samhandelen mellem medlemsstaterne. Kommissionen har derimod pligt til at bevise, at foranstaltningerne under de pågældende omstændigheder truer med at fordreje konkurrencevilkårene og kan påvirke sam-

110. På baggrund af det ovenfor anførte mener jeg sammenfattende, at de anbringender, der vedrører Rettens fortolkning af artikel 87, stk. 1, EF, dels bør afvises, dels bør forkastes som ugrundede.

49 — Jf. navnlig Domstolens dom af 17.9.1980, sag 730/79, Philip Morris, Sml. s. 2671, præmis 11 og 12, og Rettens dom af 4.4.2001, sag T-288/97, Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia, Sml. II, s. 1169, præmis 49 og 50, samt generaladvokat Saggios forslag til afgørelse af 27.1.2000 i sag C-156/98, Tyskland mod Kommissionen, Sml. 2000 I, s. 6857, punkt 24.

50 — Jf. præmis 142 i den appellerede dom og den deri nævnte retspraksis.

B — *Anbringender vedrørende urigtig fortolkning af artikel 88, stk. 3, EF*

111. De to appellanter har som nævnt også kritiseret Retten for at have fortolket artikel 88, stk. 3, EF forkert, idet den

a) betegnede den nye aftale en ulovlig støtte

b) fastslog, at den oprindelige aftale og den nye aftale udgjorde én enkelt støtteforanstaltning, som blev indført og iværksat i 1992.

112. Jeg vil derfor vurdere disse anbringender nærmere i det følgende.

a) Den omtvistede foranstaltnings lovlighed

113. P & O og provinsrådet i Vizcaya har med støtte i flere stort set enslydende argumenter kritiseret Retten for at have fastslået, at skrivelsen af 27. marts 1995 ikke udgjorde en gyldig anmeldelse i henhold til traktaten.

114. I den appellerede dom bemærkede Retten nemlig først, at den nye aftale blot var en ændring af den oprindelige aftale, hvorefter den konkluderede, at de to aftaler udgjorde én enkelt støtteforanstaltning, som blev indført og iværksat i 1992. Retten pegede dernæst på en række forhold, der viste, at skrivelsen af 27. marts 1995 ikke blev opfattet som en lovlig anmeldelse af den nye aftale. Det fremgik navnlig af den kendsgerning, at skrivelsen ikke var sendt til Kommissionens Generalsekretariat, men til en af dens tjenestemænd, at den ikke indeholdt en specifik henvisning til artikel 88, stk. 3, EF, og at den bar referencenummeret »NN 40/93«, som var det nummer, Kommissionen brugte i sagen vedrørende den oprindelige aftale.

115. Denne konklusion har appellerterne som sagt bestridt. Den bygger efter deres mening kun på omstændigheder, der ikke har bevismæssig værdi, og tager heller ikke hensyn til faktorer, som peger i den modsatte retning. Appellerterne mener bl.a. ikke, at der blev taget hensyn til en meget vigtig omstændighed, nemlig at P & O's advokater havde sendt den pågældende skrivelse med de spanske myndigheders billigelse.

116. Appellerterne har peget på, at det på daværende tidspunkt var tilladt for privatpersoner at anmelde støtteforanstaltninger. For det første præciseres det nemlig ikke i traktaten, hvilke personer der har ret til at indlede proceduren i artikel 88, stk. 3, EF, og for det andet trådte forordning nr. 659/1999,

som i artikel 2 begrænser denne ret til medlemsstaterne, først i kraft efter tidspunktet for de omtvistede omstændigheder og finder derfor ikke anvendelse i den foreliggende sag.

117. P & O har videre anført, at Lorenzdommen burde have været anvendt fuldt ud i den foreliggende sag, såfremt støtten var blevet lovligt anmeldt⁵¹. Da Kommissionen ikke tog stilling til den omtvistede foranstaltning inden for to måneder efter, at Retten havde annulleret beslutningen af 7. juni 1995, burde støtten følgelig have været anset for stiltiende godkendt.

118. Selv om det ifølge P & O antages, at den nye aftale ikke blev anmeldt korrekt, er Kommissionen i henhold til estoppel-princippet ikke længere berettiget til at påberåbe sig, at anmeldelsen ikke var i overensstemmelse med forskrifterne. Da Kommissionen ikke på noget tidspunkt under den administrative procedure gjorde dette gældende over for de spanske myndigheder, følte disse sig ikke foranlediget til at afhjælpe denne ulovlighed, selv om de med lethed kunne have gjort det ved at foretage en lovlig anmeldelse.

119. Kommissionen, der tilslutter sig Rettens vurdering, har svaret, at selve proceduren for kontrol med statsstøtte og indirekte også Domstolens praksis — først og fremmest Lorenzdommen — bekræfter syns-

punktet om, at det kun er medlemsstaterne, der har ret til at anmelde påtænkte støtteforanstaltninger⁵². Kommissionen har desuden påpeget, at de forhold, Retten beskrev i præmis 64-68 i den appellerede dom (som nævnt i punkt 114 ovenfor), fuldt ud bekræfter konklusionen om, at Kommissionen aldrig har behandlet skrivelsen af 27. marts 1997 som en behørig anmeldelse.

120. Hertil må jeg endnu en gang påpege, at jeg ikke er enig i appellanternes argumenter.

121. Hvad angår muligheden for at anse en anmeldelse, der er foretaget af andre end offentlige myndigheder, for gyldig efter artikel 88, stk. 3, EF, er problemet som tidligere nævnt blevet løst i mellemtiden takket være artikel 2 i forordning nr. 659/1999, der bestemmer, at »planer om at yde ny støtte [skal] anmeldes i tilstrækkelig god tid til Kommissionen af *den pågældende medlemsstat*«⁵³. Men hvordan forholdt det sig, inden denne bestemmelse trådte i kraft? Artikel 88, stk. 3, EF bestemmer nemlig kun, at »Kommissionen skal underrettes så betids om enhver påtænkt indførelse eller ændring af støtteforanstaltninger, at den kan fremsætte sine bemærkninger hertil«.

51 — Dommen af 11.12.1973 i Lorenz-sagen, nævnt i fodnote 24.

52 — Kommissionen har navnlig støttet sig på Domstolens dom af 15.2.2001, sag C-99/98, Østrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 1101, præmis 32, og af 2.4.1998, sag C-367/95 P, Sytraval, Sml. I, s. 1719, samt på Rettens dom af 15.9.1998, sag T-11/95, BP Chemicals mod Kommissionen, Sml. II, s. 3235, præmis 75.

53 — Min fremhævelse.

122. Uanset om den korte og præcise bestemmelse løste problemet eller ej, mener jeg imidlertid, at det ved en grundig og systematisk fortolkning af artikel 88 allerede på daværende tidspunkt var muligt at udelukke, at anmeldelser kunne foretages af andre end offentlige myndigheder. Artikel 88 fokuserer nemlig i lighed med traktatens øvrige bestemmelser om statsstøtte meget snævert på forholdet mellem medlemsstaterne og Kommissionen.

123. Som Domstolen i øvrigt understregede i SFEI-dommen, der blev afsagt inden vedtagelsen af forordning nr. 659/1999, er »forpligtelsen til at underrette Kommissionen og forbuddet mod forudgående gennemførelse af påtænkte støtteforanstaltninger, som er fastsat i artikel [88], stk. 3, *rettet til medlemsstaten*. Dels er også Kommissionens beslutning om, at en støtte er uforenelig med fællesmarkedet og skal ophæves inden for en af Kommissionen fastsat frist, *rettet til medlemsstaten*«⁵⁴.

124. Jeg vil i øvrigt påpege, at de potentielle støttemodtagere i Domstolens praksis, der nu i vidt omfang er kodificeret i forordning nr. 659/1999⁵⁵, ganske enkelt betegnes som »interesserede parter«, hvilket betyder, at deres situation bliver stort set den samme som for andre berørte tredjeparter (f.eks.

modtagerens konkurrenter). I den for nylig afsagte dom i Acciaierie di Bolzano-sagen udtalte Domstolen således, at »[i] proceduren for kontrol med statsstøtte har andre interesserede parter end den berørte medlemsstat alene den rolle [at fremsætte bemærkninger efter indledningen af en formel undersøgelsesprocedure], og de kan i den forbindelse ikke selv forlange en kontradiktorisk behandling af Kommissionen, svarende til den, der tilbydes den pågældende medlemsstat [...] *Der er ingen bestemmelser i proceduren for kontrol med statsstøtte, der giver støttemodtageren en særlig stilling blandt de berørte*. I den forbindelse skal det præciseres, at proceduren for kontrol med statsstøtte ikke er en procedure, der indledes »mod« støttemodtageren eller støttemodtagerne, hvilket ville medføre, at denne eller disse sidstnævnte som sådan kunne påberåbe sig en så udstrakt ret som retten til kontradiktion«⁵⁶.

125. Jeg mener således, at selve proceduren i forbindelse med kontrol af støtteforanstaltninger er til hinder for, at disse anmeldes af privatpersoner.

126. I den foreliggende sag betyder det, at den nye aftale ikke kunne betragtes som en støtteforanstaltning, der var lovligt anmeldt i

54 — Dom af 11.7.1996, sag C-39/94, Sml. I, s. 3547, præmis 73. Jf. også Sytraval-dommen, nævnt i fodnote 52, præmis 45. Min fremhævelse.

55 — Med hensyn til forordning nr. 659/1999 bemærkede Domstolen i sin dom af 10.5.2005, sag C-400/99, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 3657, præmis 23, at den »for hovedpartens vedkommende blot er en detaljeret kodificering af den fortolkning af procedurereglerne for statsstøtte, som Fællesskabets retsinstanser havde anlagt for udstedelsen af forordningen«.

56 — Dom af 24.9.2002, forenede sager C-74/00 P og C-75/00 P, Sml. I, s. 7869, præmis 80-83, min fremhævelse. Jf. også Sytraval-dommen, nævnt i fodnote 52, præmis 58 og 59, og Rettens dom af 6.3.2003, forenede sager T-228/99 og T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale, Sml. II, s. 435, præmis 122-125.

henhold til traktaten. Appellantens påstand om, at den nye aftale blev meddelt Kommissionen med de nationale myndigheders billigelse ændrer intet herved. Myndighederne kunne nemlig ikke unddrage sig den anmeldelsespligt, som de pålægges i traktaten, ved at acceptere, at Kommissionen blev underrettet om støtten af en privatperson gennem uofficielle kanaler.

127. Jeg mener derfor ikke, at Retten begik en fejl ved at tilslutte sig Kommissionens vurdering på dette punkt.

128. Hvad angår appellanternes indvendinger vedrørende den bevismæssige værdi af de omstændigheder, Retten lagde til grund, da den afgjorde, at støtten på tidspunktet for dens meddelelse til Kommissionen blev anset for ulovlig, vil jeg nøjes med at bemærke, at de vedrører Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder. Som jeg imidlertid allerede har gjort opmærksom på (punkt 96 ovenfor), kan Domstolen ikke efterprøve sådanne vurderinger under en retssag, medmindre appellanterne har påberåbt sig og godtgjort, at beviserne er gengivet forkert, hvilket ikke er tilfældet her.

129. Det er næppe nødvendigt at tilføje, at den omstændighed, at støtten ikke blev anmeldt, udelukker enhver anvendelse af Lorenz-dommen i den foreliggende sag, idet denne dom som bekendt vedrører støtte,

som de nationale myndigheder anmeldte på behørig vis.

130. Hvad endelig angår argumentet om estoppel-princippet⁵⁷, dvs. den præklusion, der angiveligt afskærer Kommissionen fra at påberåbe sig, at P & O's anmeldelse af de nævnte årsager (punkt 118 ovenfor) var ulovlig, bør det efter min opfattelse også afvises, og det er der to grunde til.

131. For det første fremgår det ikke, at Kommissionen nogensinde har bekræftet, at skrivelsen af 27. marts 1995 udgjorde en lovlig anmeldelse af den omtvistede foranstaltning. For det andet indebærer det forhold, at Kommissionen tog behørigt hensyn til oplysningerne i denne skrivelse, ikke, at den betragtede den som en lovlig anmeldelse. Det er nemlig gældende praksis, at Kommissionen i forbindelse med sin undersøgelse af en støtteforanstaltning indsamler og anvender alle relevante oplysninger, uanset hvor de stammer fra (statslige myndigheder, potentielle støttemodtagere, støttemodtagernes konkurrenter osv.).

132. Det skal tilføjes, at appellanten ikke har angivet nogen årsag til, at Kommissionen

57 — Jf. med hensyn til estoppel-reglen dom af 10.2.1983, sag 230/81, Luxembourg mod Parlamentet, Sml. s. 255, præmis 22-26, og af 7.5.1991, sag C-69/89, Nakajima, Sml. I, s. 2069, præmis 131.

burde have oplyst de spanske myndigheder om, at den behandlede den nye aftale som ikke-anmeldt støtte. Det burde tværtimod være indlysende for myndighederne, at skrivelsen af 27. marts 1995 ikke udgjorde en lovlige anmeldelse, i betragtning af alle de forhold, Retten henviste til (jf. punkt 114 ovenfor)⁵⁸.

133. Det må som følge heraf konkluderes, at Retten ikke begik en retlig fejl ved at fastslå, at den nye aftale udgjorde ikke-anmeldt støtte. Jeg vil derfor foreslå, at de hermed forbundne anbringender dels afvises, dels forkastes som ugrundede.

b) Spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om én enkelt støtteforanstaltning

134. Appellanterne har fremført en række stort set enslydende klagepunkter for i det væsentlige at påvise, at Retten begik en retlig fejl, da den fastslog, at den nye aftale var en del af den oprindelige aftale. Retten fastslog nemlig, at »den oprindelige aftale og den nye aftale udgør én enkelt støtteforanstaltning, som blev indført og iværksat i 1992«⁵⁹.

135. Ud over at appellanterne har bestridt relevansen af den retspraksis, Retten støttede sine konklusioner på⁶⁰, har de nærmere bestemt udledt af artikel 88, stk. 3, EF, at påtænkte ændringer af støtteforanstaltninger skal betragtes som »ny støtte«. Det betyder efter deres opfattelse, at pligten til at anmelde en ændret støtteforanstaltning skal vurderes særskilt i forhold til pligten til at anmelde den oprindelige støtte. Den kendsgerning, at en støtteforanstaltning ikke er blevet anmeldt, bør derfor ikke på nogen måde kunne påvirke lovligheden af en ændring af denne støtteforanstaltning, såfremt denne ændring er lovlige anmeldt.

136. Appellanterne har videre anført, at der er så stor forskel på de to aftaler, at det ikke, som Retten gjorde, kan konkluderes, at »ændringerne af den oprindelige aftale, som affattet ved den nye aftale, i det væsentlige ikke [påvirkede] støtten som indført ved den oprindelige aftale«⁶¹.

137. Appellanterne har endelig kritiseret Retten for at have forvansket Kommissionens beslutning af 7. juni 1995 og navnlig for ikke at have taget hensyn til, at der blev bestemt to ting i denne beslutning. Den bestemte for det første, at den procedure, der

58 — Præmis 64-68 i den appellerede dom.

59 — Præmis 58.

60 — P & O har navnlig refereret til dom af 30.4.2002, forenede sager T-195/01 og T-207/01, Government of Gibraltar mod Kommissionen, Sml. II, s. 2309, som Retten nævnte i præmis 60 i den appellerede dom.

61 — Præmis 60.

var indledt med hensyn til den oprindelige støtte, skulle afsluttes, og for det andet, at den nye aftale ikke udgjorde statsstøtte. En korrekt fortolkning af denne beslutning ville følgelig have vist, at Kommissionen havde behandlet de to aftaler som særskilte foranstaltninger.

fejl, navnlig fordi den i den anfægtede afgørelse:

a) forkastede parternes påstande om, at de havde en berettiget forventning om, at støtten var lovlig

138. Hertil vil jeg blot bemærke, at disse klagepunkter bygger på en fejlagtig antagelse om, at den nye aftale var blevet behørigt anmeldt. Da jeg imidlertid allerede har tilbagevist denne antagelse (punkt 122-126 ovenfor), må jeg fastslå, at de pågældende anbringender er grundløse. Selv om den nye støtte nemlig blev analyseret særskilt i forhold til den foregående, ikke-anmeldte støtte, må den nye støtte ikke desto mindre betragtes som ulovlig støtte, for så vidt som den ikke blev anmeldt i overensstemmelse med traktaten.

b) forvanskede Vizcayas provinsråds anbringende om, at der var sket tilsidesættelse af artikel 10 EF og af princippet om god forvaltningsskik

c) udelukkede, at undtagelsen i artikel 87, stk. 2, litra a), fandt anvendelse på den omhandlede støtte

139. Jeg mener på baggrund heraf, at de pågældende anbringender bør forkastes.

d) i strid med Vizcayas provinsråds kontradiktionsret og artikel 66 i Rettens procesreglement undlod at tage stilling til appellanternes begæring om, at Kommissionen fremlagde de dokumenter, den var i besiddelse af.

C — Anbringender vedrørende andre påståede retlige fejl

140. Appellanterne har endelig gjort gældende, at Retten også begik andre retlige

141. I det følgende vil jeg belyse disse klagepunkter.

a) Den berettigede forventning

142. Provinsrådet i Vizcaya har gjort gældende, at Retten i den appellerede dom har forvansket det anbringende, det havde gjort gældende i første instans vedrørende dette spørgsmål. Ifølge appellanten drejede det argument, der var fremsat over for Retten, sig om beskyttelsen af den berettigede forventning hos den myndighed, der bevilgede støtten, og ikke hos støttemodtageren, hvorimod Retten udelukkende koncentrerede sig om sidstnævntes forventning.

143. P & O har anført, at påbuddet i den anfægtede beslutning om tilbagebetaling af støtten tilsidesætter selskabets berettigede forventning om den oprindelige foranstaltningens lovlighed, og at Retten som følge heraf begik en fejl ved ikke at give det medhold på dette punkt. P & O mener nemlig, at Kommissionens første beslutning, der fastslog, at den omtvistede foranstaltning ikke udgjorde statsstøtte, skabte en berettiget forventning hos P & O om, at blive omfattet af foranstaltning.

144. Kommissionen har anfægtet de to klagepunkter vedrørende realiteten. Kommissionen har desuden påpeget over for provinsrådet i Vizcaya, at dets klagepunkt reelt er et nyt anbringende vedrørende den beslutning, der blev anfægtet ved Retten, som det imidlertid ikke fremførte på dette

tidspunkt. Over for Retten påberåbte appellanten sig nemlig beskyttelsen af støttemodtagerens berettigede forventning og ikke beskyttelsen af sin egen forventning. Kommissionen mener derfor, at dette klagepunkt udelukkende har til formål at omgå forbuddet i artikel 113, stk. 2, i Domstolens procesreglement mod, at sagsgenstanden, som den har foreligget for Retten, ændres i forbindelse med en appelsag.

145. Lad mig straks sige, at jeg ikke finder denne indsigelse begrundet. I sin stævning til Retten henviste appellanten nemlig til den berettigede forventning, der var skabt »en las partes en el Acuerdo de 1995« [hos parterne i aftalen fra 1995]⁶². Selv om det ikke blev præciseret eller nærmere kommenteret i de indlæg, der blev indgivet under sagen ved Retten, hvad der skulle forstås ved begrebet »parterne«, mener jeg, at det med føje kan konkluderes, at provinsrådet i Vizcaya i sin egenskab af kontraherende part må være omfattet af ovennævnte definition.

146. Med hensyn til indholdet af de pågældende klagepunkter mener jeg desuden, at det vil være hensigtsmæssigt at skelne mellem, om princippet om beskyttelsen af den berettigede forventning påberåbes af de offentlige myndigheder, der bevilgede støtten, eller af støttemodtageren. Domstolens praksis er i begge tilfælde klar og utvetydig.

147. Ser man på det første tilfælde, er det rigtigt, at den ene del af det anbringende,

62 — Jf. punkt 53 i den stævning, der blev indleveret til Retten.

som Vizcayas provinsråd påberåbte sig ved Retten (den del, der vedrørte dets *egen* berettigede forventning), ikke blev udtrykkeligt forkastet af Retten. Jeg mener dog, at forkastelsen fremgår indirekte af Rettens samlede argumentation, idet Retten — i overensstemmelse med fast retspraksis — med rette udelukkede, at de spanske myndigheder i det foreliggende tilfælde kunne påberåbe sig nogen som helst forventning om, at den ikke-anmeldte støtte var lovlig, for at modsætte sig dens tilbagebetaling⁶³.

148. Jeg vil desuden påpege, at de argumenter om den berettigede forventning, som provinsrådet i Vizcaya fremsatte over for Retten, var temmelig kortfattede og generelle. De indlæg, der blev indgivet til Retten, indeholdt nemlig ingen nærmere forklaring på, hvorfor det støtteudbetalende organs forventning om, at støtten var lovlig, for tjente beskyttelse. I betragtning af appellanternes generelle argumenter kan man efter min opfattelse ikke forholde Retten, at den ikke har behandlet dette aspekt udtrykkeligt.

149. Hvad angår P & O's klagepunkt om beskyttelse af støttemodtagerens berettigede forventning vil jeg straks påpege, at det er fast retspraksis, at »der hos støttemodtagerne principielt ikke kan bestå en berettiget forventning om, at den støtte, de har modtaget, er lovlig, medmindre den er blevet ydet under iagttagelse af den i nævnte traktatbestemmelse fastlagte procedure. En påpasselig erhvervsdrivende må nemlig normalt være i

stand til at forvisse sig om, at denne procedure er blevet fulgt«⁶⁴.

150. Domstolen præciserede dog også, at »[d]et [...] ikke [kan] udelukkes, at en virksomhed, der har modtaget en ulovlig støtte, muligt vil kunne henvise til ekstraordinære omstændigheder, der hos den retmæssigt har kunnet skabe en berettiget forventning om, at denne støtte var lovlig, og på grundlag heraf undgå tilbagebetaling«⁶⁵.

151. Da den omhandlede støtte som bekendt ikke blev anmeldt, er det nødvendigt at undersøge, om Rettens annullation af Kommissionens positive beslutning bør opfattes som en »ekstraordinær omstændighed« i henhold til den nævnte retspraksis.

152. Det er klart, at der i forbindelse med denne vurdering skal tages hensyn til formålet med beskyttelsen af den berettigede forventning. Domstolen har i den henseende udtalt, at »princippet om beskyttelse af den berettigede forventning [er] en naturlig følge

64 — Jf. dom af 20.9.1990, sag C-5/89, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3437, præmis 14, og af 14.1.1997, Spanien mod Kommissionen, nævnt i fodnote 21, præmis 51.

65 — Dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 16.

63 — Jf. præmis 201-210.

af retssikkerhedsprincippet [...] som skal sikre forudsigelighed i forbindelse med de situationer og retsforhold, der henhører under fællesskabsretten«⁶⁶.

153. Jeg mener dog, at det er indlysende, at Fællesskabets retsinstitansers prøvelse af beslutninger om statsstøtte ikke kan betragtes som en ekstraordinær og uforudsigelig hændelse, idet den er en fast og vigtig del af den ordning, som traktaten har indført på området. En påpasselig erhvervsdrivende bør derfor være klar over, at det inden for den frist på to måneder, der er fastsat i artikel 230 EF, er muligt at indbringe klage over Kommissionens beslutning om, at en statslig foranstaltning ikke udgør statsstøtte, for Fællesskabets retsinstitans.

154. Domstolen har i øvrigt for nylig bekræftet, at »[u]nder hensyn til den bindende karakter af den kontrol, som Kommissionen skal føre med statsstøtte i henhold til artikel 88 EF, kan støttemodtagerne principielt ikke have nogen berettiget forventning om, at den støtte, de har modtaget, er lovlig, medmindre den er ydet under iagttagelse af den i nævnte traktatbestemmelse fastlagte procedure. [...] Det følger heraf, at så længe Kommissionen ikke har truffet en beslutning om godkendelse, og så længe fristen for at anlægge søgsmål til prøvelse af denne beslutning ikke er udløbet, har støttemodtageren ikke vished med hensyn til lovligheden af den planlagte støtte, hvilket er det eneste, der ville kunne skabe en

berettiget forventning hos støttemodtageren«⁶⁷.

155. I sin dom i sagen Spanien mod Kommissionen har Domstolen endvidere i samme retning præciseret, at »[d]en omstændighed, at Kommissionen oprindeligt besluttede ikke at gøre nogen indsigelser gældende mod den omtvistede støtte, [ikke] kan [...] antages at have givet den støttemodtagende virksomhed grund til at nære nogen berettiget forventning, eftersom Kommissionens beslutning blev anfægtet inden for søgsmålsfristen og derpå annulleret af Domstolen. Hvor beklagelig den af Kommissionen således begåede fejl end er, kan den ikke ophæve virkningerne af Kongeriget Spaniens ulovlige adfærd«⁶⁸.

156. Som Retten har bemærket, ville den kontrol, Fællesskabets retsinstitanser udøver med lovligheden af Kommissionens positive beslutninger om statsstøtte, i øvrigt blive frataget sin effektive virkning, hvis appellerterne fik medhold. Hvis man nemlig gik ud fra, at en sådan beslutning automatisk skabte en berettiget forventning hos støttemodtagerne, ville deres konkurrenter eller andre tredjeparter, som beslutningen var til skade for, ikke længere have nogen interesse i at anfægte den fejlagtige retsakt. Hvis Kommissionens positive beslutning om den pågældende støtte blev annulleret, ville det nemlig resultere i en virkelig pyrrhus-sejr, eftersom

67 — Dom af 29.4.2004, sag C-91/01, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 4355, præmis 65 og 66.

66 — Dom af 18.5.2000, sag C-107/97, Max Rombi og Arko-pharma, Sml. I, s. 3367, præmis 66.

68 — Dommen i sagen Spanien mod Kommissionen, nævnt i fodnote 21, præmis 53.

beslutningens negative virkninger aldrig kunne elimineres.

157. Det er derfor min opfattelse, at den omstændighed, at Kommissionen vedtager en positiv beslutning om støtten, ikke i sig selv kan betragtes som en begivenhed, der skaber en berettiget forventning hos de potentielle støttemodtagere om, at nævnte støtte er lovlig. Retten har således med føje forkastet appellanternes klagepunkter om tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning.

158. Jeg mener derfor ikke, at de omhandlede klagepunkter kan tages til følge.

b) Tilsidesættelse af artikel 10 EF og af princippet om god forvaltningsskik

159. Provinsrådet i Vizcaya mener, at Retten forvanskede de argumenter, den fremsatte i første instans vedrørende tilsidesættelse af artikel 10 EF og af princippet om god forvaltningsskik i forbindelse med Kommissionens sagsbehandling.

160. I den appellerede dom afviste Retten disse argumenter, idet den mente, at de i virkeligheden sigtede mod at anfægte den omtvistede støttes lovlighed. Retten behandlede ikke deres materielle indhold og henviste blot til de betragtninger, den allerede havde anstillet vedrørende den manglende anmeldelse af støtten.

161. Appellanten har imidlertid påpeget, at hensigten med dette klagepunkt ikke var at bestride, at støtten var ulovlig, men at forhindre, at den skulle tilbagebetales.

162. Her er jeg enig med Kommissionen i, at appellanten ikke har forklaret tilstrækkelig klart og præcist i de indlæg, der blev indgivet i forbindelse med den foreliggende sag, i hvilken henseende og på hvilken måde Kommissionen skulle have tilsidesat princippet om god forvaltningsskik eller artikel 10 EF. Det er til gengæld korrekt, at appellanten i de indlæg, der blev indgivet til Retten, i denne henseende baserede sit klagepunkt på de samme argumenter, som den fremsatte for at godtgøre, at støtten var blevet lovligt anmeldt. I lyset af disse omstændigheder samt den kendsgerning, at Retten afviste disse argumenter, mener jeg, at Retten med føje henviste til sine bemærkninger om støttens ulovlighed og derfor forkastede klagepunktet.

163. Og det er også, hvad jeg vil foreslå.

c) Den manglende anvendelse af undtagelsen i artikel 87, stk. 2, litra a), EF

164. Provinsrådet i Vizcaya har desuden kritiseret Retten for at have fastslået, at

undtagelsen i artikel 87, stk. 2, litra a), EF⁶⁹ ikke finder anvendelse på den omtvistede foranstaltning.

fremlæggelse af visse dokumenter fra Kommissionens administrative sagsakter vedrørende sag C-32/93, som efter appellants mening ville have vist, at Kommissionen i denne fase behandlede aftalen fra 1995 som en lovlig støtteforanstaltning.

165. Jeg er imidlertid enig med Retten i, at betingelserne for, at denne undtagelse kunne anvendes, ikke var opfyldt. For det første favoriserede den omhandlede foranstaltning direkte en enkelt virksomhed (i stedet for forbrugerne), og for det andet var den diskriminerende, idet den ikke omfattede andre potentielle tjenesteydere.

166. Jeg foreslår derfor, at Domstolen også forkaster dette anbringende.

d) Den manglende reaktion på begæringen om fremlæggelse af dokumenter

167. Provinsrådet i Vizcaya har endelig gjort gældende, at Retten ikke reagerede på dets begæring om fremlæggelse af dokumenter, og at den derfor tilsidesatte appellants kontradiktionsret samt artikel 66 i Rettens procesreglement⁷⁰. Begæringen vedrørte

168. Jeg vil imidlertid påpege, at det efter fast retspraksis »i medfør af procesreglementets bestemmelser om bevisoptagelse påhviler Fællesskabets retsinstanser at tage stilling til, om fremlæggelse af et dokument er nødvendig under hensyn til sagens faktiske omstændigheder«⁷¹. I en helt ny dom har Domstolen desuden præciseret, at Retten, når den ikke finder det nødvendigt at anordne den bevisoptagelse, parterne har begæret, kan afslå denne begæring stiltiende uden at skulle begrunde sit afslag i dommen⁷².

69 — Ifølge denne bestemmelse er »støtte af social karakter til enkelte forbrugere, forudsat at den ydes uden forskelsbehandling med hensyn til varernes oprindelse«, forenelig med fællesmarkedet.

70 — Det fremgår af denne bestemmelse, at »Retten ved kendelse [angiver], hvilke bevismidler den finder hensigtsmæssige, og hvilke faktiske omstændigheder der skal bevises«.

71 — Dom af 2.10.2003, sag C-182/99 P, Salzgitter, Sml. I, s. 10761, præmis 41; jf. også dom af 6.4.2000, sag C-286/95 P, Kommissionen mod ICI, Sml. I, s. 2341, præmis 49 og 50.

72 — Kendelse af 15.9.2005, sag C-112/04 P, Marlines, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 35-39.

169. Jeg mener derfor, at dette anbringende bør forkastes. **IV — Sagens omkostninger**

170. Da ingen af de klagepunkter, appellanterne har fremført, forekommer begrundede, vil jeg sammenfattende foreslå, at de foreliggende appelsager forkastes.

171. Henset til procesreglementets artikel 69, stk. 2, og til, at appellerne bør forkastes, finder jeg, at appellanterne bør pålægges at afholde sagsomkostningerne.

V — Forslag til afgørelse

172. På grundlag af det ovenfor anførte foreslår jeg, at Domstolen træffer følgende afgørelse:

- »1) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.
- 2) P & O European Ferries (Vizcaya) SA og Diputación Foral de Vizcaya betaler sagens omkostninger.«