

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

M. POIARES MADURO

fremsat den 12. januar 2006¹

1. Ved kendelse afsagt den 14. maj 2004 har Tribunale di Cagliari (Italien) forelagt Domstolen to præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af henholdsvis artikel 87 EF og 88 EF og artikel 43 EF, 44 EF, 48 EF og 49 EF. Undersøgelsen af det første spørgsmål foranlediger — på ny — til en diskussion af de betingelser, der gælder for begrebet statsstøtte.

blev ENI bemyndiget til sammen med to andre offentligretlige organer, ENEL og ENEA, at etablere et aktieselskab for at udvikle ny og avanceret teknologi til anvendelse af kul. Det fastsattes i samme lov, at finansieringen af denne operation skulle ske over statsbudgettet. Således blev selskabet Sotacarbo etableret. Med henblik på at bidrage til opførelsen af et forskningscenter på Sardinien betalte ENI til Sotacarbo et beløb på 12 708 904 033 ITL som kapitalindskud.

I — Hovedsagens faktiske og retlige omstændigheder

2. Anmodningen er fremsat i forbindelse med en tvist mellem Enirisorse SpA (herefter »Enirisorse«) og Società Tecnologie Avanzate Carbone SpA (herefter »Sotacarbo«). Tvisten er opstået under følgende omstændigheder. Enirisorse indgår i Ente Nazionale Idrocarburi (herefter »ENI«), et offentligretligt organ, der har til opgave at forvalte statens kapitalandele i energisektoren. Ved lov nr. 351 af 27. juni 1985 (GURI nr. 166 af 16.7.1985, s. 5019, herefter »lov nr. 351/85«)

3. I 1992 blev ENI og ENEL privatiseret og omdannet til aktieselskaber. For at støtte denne omdannelse blev der i lov nr. 140 af 11. maj 1999 (GURI nr. 117 af 21.5.1999, s. 4, herefter »lov nr. 140/99«) givet bemyndigelse til disse to selskaber at udtræde af Sotacarbo under betingelse af, at de betalte de andele, som endnu ikke var blevet frigjort. Efter at have erhvervet ENI's aktier i Sotacarbo valgte Enirisorse at udøve den i lov nr. 140/99 fastsatte ret til at udtræden. Selskabet betalte herefter de andele, der endnu ikke var frigjort, og anmodede Sotacarbo om at tage denne udtræden til efterretning ved at godtgøre selskabets aktier i overensstemmelse med artikel 2437 i den civile lovbog.

1 — Originalsprog: portugisisk.

4. Artiklen bestemmer følgende:

»Selskabsdeltagere, der er uenige i beslutninger om ændring af selskabets formål, form eller forlæggelse af hjemsted, har ret til at udtræde af selskabet og få godtgørelse for deres aktiepost til gennemsnitsprisen inden for de sidste seks måneder, når det drejer sig om børsnoterede aktier, eller — når dette ikke er tilfældet — i forhold til selskabskapitalen, der fremgår af status ved sidste regnskabsårs afslutning.«

»For at sikre, at Sotacarbo har de økonomiske midler, der er nødvendige for at gennemføre den forretningsplan, der er nævnt i artikel 7, stk. 5, i lov nr. 140 af 11. maj 1999, er selskabets deltagere forpligtet til at betale de aktier, der endnu ikke er frigjort inden for 60 dage efter ikrafttræden af nærværende lov, og kan udtræde af selskabet efter at have frasagt sig enhver ret til selskabets kapital og indbetalt endnu ikke betalte andele til selskabet. Erklæringer om udtræden, der allerede er fremsat for Sotacarbo SpA i overensstemmelse med artikel 7, stk. 4, i nævnte lov nr. 140/1999, kan tilbagekaldes inden 30 dage fra den dag, nærværende lov træder i kraft. Efter udløbet af denne frist anses udtræden for sket, og den udtrådte selskabsdeltager anses for at have samtykket i ovennævnte vilkår.«

5. Sotacarbo tog på en ekstraordinær generalforsamling den 12. februar 2001 denne udtræden til efterretning og besluttede at annullere Enirisorses aktier. Sotacarbo afviste imidlertid at betale den tilsvarende godtgørelse med den begrundelse, at en sådan betaling ville påvirke gennemførelsen af selskabets formål af almen interesse som fastsat i loven. Den 8. juni 2001 anlagde Enirisorse sag ved Tribunale di Cagliari med påstand om tilbagebetaling af et beløb svarende til værdien af selskabets aktier.

7. Enirisorse har for den forelæggende ret rejst tvivl om foreneligheden af denne lov med visse bestemmelser i traktaten. Da den forelæggende ret fandt, at denne tvivl var begrundet, har den udsat sagen og i henhold til artikel 234 EF anmodet Domstolen om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

6. Således var rammerne for tvisten blevet fastlagt, da lov nr. 273 blev vedtaget den 12. december 2002 (GURI af 14.12.2002, ordinært tillæg nr. 293, herefter »lov nr. 273/02«). Lovens artikel 33 bestemmer følgende:

1) Indebærer artikel 33 i lov nr. 273/02, at Sotacarbo SpA gives statsstøtte, der er uforenelig med fællesmarkedet som omhandlet i artikel 87 EF, og som er gennemført på retsstridig måde, da den ikke er anmeldt i overensstemmelse med artikel 88, stk. 3, EF?

2) Er nævnte bestemmelse i strid med artikel 43 EF, 44 EF, 48 EF, 49 EF og følgende artikler i traktaten vedrørende etableringsfrihed og den frie udveksling af tjenesteydelser?

præcise oplysninger vedrørende tvistens faktiske og retlige omstændigheder — at den på ingen måde klart og upartisk gengiver sagens omstændigheder, men støtter sagsøgerens argumenter. Sagsøgte har på den baggrund gjort gældende, at anmodningen må afvises.

8. Det bemærkes, at det følger af artikel 87, stk. 1, EF, at »bortset fra de i denne traktat hjemlede undtagelser er statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form, og som 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«. Ifølge artikel 88, stk. 3, EF skal Kommissionen »underrettes så betids om enhver påtænkt indførelse eller ændring af støt-teforanstaltninger, at den kan fremsætte sine bemærkninger hertil. Er Kommissionen af den opfattelse, at det påtænkte er uforeneligt med fællesmarkedet i henhold til artikel 87, iværksætter den uopholdeligt den i stk. 2 fastsatte fremgangsmåde. Den pågældende medlemsstat må ikke gennemføre de påtænkte foranstaltninger, før den nævnte fremgangsmåde har ført til endelig beslutning«.

10. Det er korrekt, at det »for at opnå en fortolkning af fællesskabsretten, som den nationale ret kan bruge, er påkrævet, at denne giver en beskrivelse af de faktiske omstændigheder og de regler, som de forelagte spørgsmål hænger sammen med, eller i alt fald forklarer de faktiske forhold, der er baggrunden for dens spørgsmål«². Når den forelæggende ret derimod har givet Domstolen tilstrækkelige oplysninger for den til at give en hensigtsmæssig besvarelse, kan den ikke kritiseres for i forelæggelseskendelsen at give udtryk for sin egen vurdering af de for denne fremlagte argumenter. En sådan praksis er helt i overensstemmelse med arten af det i artikel 234 EF fastsatte retlige samarbejde, som kræver de nationale domstoles aktive samarbejde³.

II — Formaliteten med hensyn til de præjudicielle spørgsmål

A — Anmodningen i almindelighed

9. Sagsøgte i hovedsagen har kritiseret den forelæggende ret for — idet den har udeladt

11. I det foreliggende tilfælde er der i forelæggelseskendelsen — ganske vist kort,

2 — Jf. bl.a. Domstolens dom af 26.1.1993, forenede sager C-320/90 — C-322/90, Telemarsicabruzzo m.fl., Sml. I, s. 393, præmis 6.

3 — Det er i Domstolens nyligt reviderede vejledning om forelæggelse af præjudicielle spørgsmål fra de nationale retter fastsat, at »den forelæggende ret, hvis den finder dette muligt, kortfattet [kan] angive sin opfattelse vedrørende besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål« (EUT 2005 C 143, s. 1).

men præcist — gjort rede for årsagen til og arten af tvisten, såvel som den relevante nationale lovgivning. Selv om der har indsneget sig en materiel fejl vedrørende nummereringen i den omhandlede nationale lovgivning ved udarbejdelsen af de forelagte spørgsmål⁴, kan dette alene ikke bevirke, at forelæggelsen skal afvises.

12. Sagsøgtes argumenter vedrørende formen for forelæggelseskendelsen kan derfor ikke tages til følge. Der er andre — mere alvorlige — argumenter, som vedrører indholdet af de forelagte spørgsmål.

B — *Det første spørgsmål*

13. Den forelæggende ret har med det første spørgsmål anmodet Domstolen om at udtale sig om foreneligheden af en national regel med artikel 87 EF og 88 EF.

14. Spørgsmålet bør efter min opfattelse omformuleres. Det ligger fast, at Domstolen under en sag efter artikel 234 EF ikke kan afgøre, om en national foranstaltning er

forenelig med fællesskabsretten⁵. Endvidere bemærkes, at det alene er Kommissionen, der er kompetent til, med forbehold af Domstolens efterprøvelse, at træffe afgørelse om støtteforanstaltningers eller støtteordningers forenelighed med fællesmarkedet. Herefter kan den nationale ret ikke inden for rammerne af et præjudicielt søgsmål forelægge Domstolen et spørgsmål om en statsstøttes eller en støtteordnings forenelighed med fællesmarkedet⁶.

15. Hvis den nationale ret derimod er i tvivl om, hvorledes den skal klassificere de omhandlede statsstøtteforanstaltninger, kan eller skal den — i det enkelte tilfælde — forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål om fortolkning af traktatens artikel 87⁷. I de tilfælde, hvor en sådan foranstaltning udgør statsstøtte, skal retten undersøge, om den forudgående kontrolprocedure i traktatens artikel 88, stk. 3, er blevet overholdt. Hvis dette ikke er tilfældet, skal de nationale retter over for borgerne sikre, at der drages alle konsekvenser af en tilsidesættelse af den pågældende bestemmelse i henhold til national ret, såvel med hensyn til gennemførelsesretsakternes gyldighed som med hensyn til tilbagesøgning af den finansielle støtte, der er tildelt i strid med den omhandlede traktatbestemmelse⁸.

⁴ — Det lader til, at der i forelæggelseskendelsen fejlagtigt henvises til en vis lov nr. 240/02, hvorimod det skal forstås som lov nr. 273/02.

⁵ — Jf. bl.a. dom af 21.1.1993, sag C-188/91, Deutsche Shell, Sml. I, s. 363, præmis 27.

⁶ — Jf. bl.a. kendelse af 24.7.2003, sag C-297/01, Sicilcassa m.fl., Sml. I, s. 7849, præmis 47.

⁷ — Jf. i denne retning dom af 11.7.1996, sag C-39/94, SFEI m.fl., Sml. I, s. 3547, præmis 49-51.

⁸ — Jf. bl.a. dom af 8.11.2001, sag C-143/99, Adria-Wien Pipeline og Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke, Sml. I, s. 8365, præmis 27, og af 13.1.2005, sag C-174/02, Streekgewest, Sml. I, s. 85, præmis 17, samt generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i sag C-368/04, Transalpine Ölleitung in Österreich, som endnu verserer for Domstolen, præmis 67 ff.

16. Det følger af ovenstående bemærkninger, at selv om Domstolen ikke kan besvare det første spørgsmål, som det er formuleret af den nationale ret, vil Domstolen forstå spørgsmålet således, at det ønskes oplyst, om en ordning som den i artikel 33 i lov nr. 273/02 fastsatte, hvorefter selskabsdeltagere i et statskontrolleret selskab kan udtræde under betingelse af, at de frasiger sig enhver ret til selskabskapitalen, skal anses for statsstøtte efter artikel 87 EF, og som derfor burde have været meddelt Kommissionen i overensstemmelse med artikel 88, stk. 3, EF.

tvisten i hovedsagen, ikke klart af forelæggelseskendelsen.

19. Domstolen har allerede haft lejlighed til at fastslå, at det er nødvendigt, at den nationale ret i det mindste i et vist omfang angiver begrundelsen for udvælgelsen af de fællesskabsbestemmelser, som den ønsker fortolket, og angiver den forbindelse, som efter rettens opfattelse består mellem disse bestemmelser og den nationale lovgivning, der finder anvendelse i sagen⁹.

C — Det andet spørgsmål

17. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om den omhandlede lovgivning er i overensstemmelse med artikel 43 EF, 44 EF, 48 EF og 49 EF vedrørende henholdsvis etableringsfrihed og den frie udveksling af tjenesteydelser inden for Fællesskabet.

20. Et sådant krav er imidlertid ikke opfyldt i det foreliggende tilfælde. Den forelæggende ret giver ingen nyttige oplysninger vedrørende den forbindelse, der ifølge retten består mellem artikel 43 EF, 44 EF, 48 EF og 49 EF og den nationale lovgivning, der finder anvendelse i hovedsagen. Den nøjes i denne henseende med at udtrykke tvivl med hensyn til, om lovgivningen er forenelig »med princippet om ligebehandling i en markedsøkonomi«.

18. Ud over den omstændighed, at Domstolen som nævnt ovenfor ikke har kompetence til at udtale sig om, hvorvidt en national regel er forenelig med fællesskabsretten, fremgår relevansen af en fortolkning af de fællesskabsbestemmelser, der er blevet påberåbt under dette spørgsmål for at afgøre

21. Under disse omstændigheder skal det andet spørgsmål ikke besvares. Det er derfor alene på baggrund af traktatens bestemmelser om statsstøtte, at den ved lov nr. 273/02 indførte ordning skal undersøges.

⁹ — Dom af 9.9.2004, sag C-72/03, Carbonati Apuani, Sml. I, s. 8027, præmis 11.

III — Kvalificering af statsstøtten

22. For at kunne kvalificere en national foranstaltning som statsstøtte, skal den opfylde fire kumulative betingelser¹⁰. Inden Domstolen imidlertid udtaler sig om anvendelsen af disse betingelser, skal det undersøges, om bestemmelserne om statsstøtte rent faktisk finder anvendelse på det foreliggende tilfælde.

A — Kvalificeringen af det omhandlede selskab som virksomhed

23. Det ligger fast, at anvendelsen af traktatens bestemmelser på konkurrenceretsområdet, som bestemmelserne om statsstøtte udgør en integreret del af, kræver, at den pågældende enhed er en virksomhed. Dette bestrides imidlertid i det foreliggende tilfælde. Sagsøgte i hovedsagen og den italienske regering, der har deltaget i sagen for Domstolen, har gjort gældende, at et selskab som Sotacarbo ikke kan kvalificeres som en virksomhed — da dets aktiviteter er målrettede formål af almen interesse, fastsat i henhold til lov — og denne aktivitet ikke har til formål at opnå økonomisk gevinst og udelukkende finansieres af staten.

24. Denne argumentation er ikke overbevisende. Domstolen har allerede fastslået, at den omstændighed, at en offentlig virksomhed ikke har gevinst for øje, i princippet ikke er til hinder for, at den skal anses for at være en virksomhed efter artikel 87 EF¹¹. Det var under alle omstændigheder ikke længere bestridt af de tilstedeværende parter i retsmødet, at Sotacarbo havde økonomisk gevinst for øje. Det ligger også fast, at denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde ikke har betydning¹². Endvidere kan den omstændighed, at enheden ved lov blev pålagt visse opgaver af almen interesse, ikke være afgørende¹³, eftersom disse opgaver ikke retter sig efter solidaritetsprincippet, således som det er blevet fastlagt af Domstolen¹⁴.

25. Det, som kendetegner en virksomhed i konkurrencereglerne forstand, er, at den udøver »erhvervsmæssig virksomhed«. Domstolen forstår herved »enhver virksomhed, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på markedet«¹⁵. I det foreliggende tilfælde fremgår det, at Sotacarbo i det væsentlige har til opgave at udvikle ny teknologi vedrørende anvendelsen af kul og levere særlig støtte til forvaltninger, offentligretlige organer og selskaber, som har interesse i at udvikle denne teknologi. Med forbehold af oplysninger og supplerende

10 — Jf. f.eks. dom af 24.7.2003, sag C-280/00, Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg, Sml. I, s. 7747, præmis 75.

11 — Jf. i denne retning dom af 22.3.1977, sag 78/76, Steinike & Weinlig, Sml. s. 595, præmis 16-18, og af 16.11.1995, sag C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurances m.fl., Sml. I, s. 4013, præmis 21.

12 — Dom af 23.4.1991, sag C-41/90, Höfner og Elster, Sml. I, s. 1979, præmis 21.

13 — Jf. i denne retning dom af 25.10.2001, sag C-475/99, Ambulanz Glöckner, Sml. I, s. 8089, præmis 21.

14 — Se herom mit forslag til afgørelse i sagen FENIN mod Kommissionen, sag C-205/03 P, der endnu verserer for Domstolen.

15 — Dom af 12.9.2000, forenede sager C-180/98 — C-184/98, Pavlov m.fl., Sml. I, s. 6451, præmis 75.

undersøgelser, som alene henhører under den forelæggende rets kompetence, forekommer det mig berettiget at antage, at denne aktivitet, der består i at udvikle nye industriprodukter og tilbyde produkter til et bestemt marked, er af økonomisk karakter.

26. Det kan derfor antages, at bestemmelserne om statsstøtte finder anvendelse i det foreliggende tilfælde, og det skal derfor undersøges, om de forskellige betingelser for statsstøtte er opfyldt.

B — *En økonomisk fordel*

27. For at vurdere, om den pågældende ordning udgør statsstøtte, skal det for det første undersøges, om den giver modtageren heraf en økonomisk fordel. Der er ikke tvivl om, at lov nr. 273/02 medfører en fordel for virksomheden. I det foreliggende tilfælde vedrører diskussionen snarere oprindelsen og støttemodtageren. Ifølge Enirisorse følger den omhandlede fordel af en foranstaltning, hvorefter Sotacarbo blev fritaget for sin forpligtelse til at godtgøre sine selskabsdeltageres aktier i tilfælde af disses udtræden. Derimod har sagens øvrige parter gjort gældende, at fordelene reelt består af en

enestående mulighed — der ifølge italiensk lov gives Enirisorse — for at udtræde.

28. Vanskelighederne følger efter min opfattelse af tvetydigheden i de relevante nationale bestemmelser som gengivet i sagens akter.

29. Det følger af fast retspraksis, at sagens konkrete omstændigheder i hovedsagen har særlig betydning ved afgørelsen af, om en fordel udgør statsstøtte¹⁶. I det foreliggende tilfælde foreligger der en usikkerhed vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt den pågældende udtræden i sagen er omfattet af de almindelige bestemmelser, der gælder for udtræden af erhvervsdrivende selskaber, jf. artikel 2437 i den civile lovbog. Parterne er uenige herom, forelæggelseskendelsen indeholder ingen afgørende momenter, og retsmødet har ikke gjort det muligt at afklare dette. Denne præcisering vil imidlertid i vidt omfang bestemme udfaldet af Domstolens besvarelse af det forelagte spørgsmål. For at bevare nytten af den præjudicielle forelæggelse er det derfor efter min opfattelse nødvendigt at sondre mellem de to tilfælde.

30. I de tilfælde, hvor det måtte blive fastslået, at Enirisorses udtræden følger af

¹⁶ — Dom af 1.12.1998, sag C-200/97, Ecotrade, Sml. I, s. 7907, præmis 37.

en mulighed for at udtræde, der udgør en undtagelse til de almindelige bestemmelser, bør den omtvistede bestemmelse i lov nr. 273/02 efter min opfattelse ikke anses for at udgøre statsstøtte.

31. Det er ifølge fast retspraksis korrekt, at »støttebegrebet ikke blot omfatter positive ydelser, men ligeledes indgreb, der under forskellige former letter de byrder, som normalt belaster en virksomheds budget, og derved, uden at være tilskud i ordets egentlige forstand, er af samme art og har tilsvarende virkninger«¹⁷. Set fra dette synspunkt fremgår det, at en bestemmelse, der gør det muligt at fritage et selskab for at tilbagebetale de aktier, der ejes af dets deltagere i kraft af indskud i dette selskab, giver støttemodtageren en økonomisk fordel, i det omfang en sådan mulighed ville være udelukket inden for rammerne af almindelige bestemmelser om udtræden.

32. Men en sådan vurdering er ikke tilstrækkelig. Den bygger på en del af problemets fakta. Den støttes alene på en sammenligning mellem det tilfælde, der følger af anvendelsen af lov nr. 273/02 (frasingelse af retten til at få tilbagebetaling for aktier i tilfælde af, at muligheden for udtræden udøves), og det, der følger af anvendelsen af

artikel 2437 i den civile lovbog (princippet om ret til at få tilbagebetaling for aktier i tilfælde af udtræden). Det lader imidlertid til, at lov nr. 273/02 og lov nr. 140/99 i det foreliggende tilfælde udgør en helhed. Disse to bestemmelser udgør én ordning. Det er denne ordning, der skal tages i betragtning med henblik på den kvalificering, der skal foretages. Der foreligger imidlertid ifølge ordlyden af lov nr. 140/99 en mulighed for Sotacarbos selskabsdeltagere til *undtagelsesvist* at udtræde. I et sådant tilfælde har disse selskabsdeltagere ifølge almindelige retsregler ikke mulighed for at udtræde. Som følge heraf vil Sotacarbo normalt være berettiget til ikke at skulle befrygte noget tab af indskudt kapital. Det kan derfor ikke antages, at en lov som nr. 273/02 — som begrænser retten til tilbagebetaling i tilfælde af selskabsdeltagerens undtagelsesvise udtræden — pålægger selskabet en byrde, som det sædvanligvis burde have båret. Loven har blot til formål at sikre, at Sotacarbos formuesituation ikke påvirkes af den fordel, der ydes visse selskabsdeltagere. Loven nøjes reelt med at udligne Enirisorsers fordel i form af en undtagelsesvis mulighed for udtræden. Den har således ikke til formål at skabe en økonomisk fordel efter traktatens regler til fordel for Sotacarbo.

33. Til gengæld vil der være tale om en helt anden vurdering i det tilfælde, hvor Enirisorsers udtræden ville have været mulig efter almindelige bestemmelser. I det tilfælde skal lov nr. 140/99 således forstås som en bekræftelse af visse selskabsdeltageres ret til at udtræde i henhold til almindelige bestemmelser. Lov nr. 273/02's eneste virkning er

17 — F.eks. dom af 3.3.2005, sag C-172/03, Heiser, Sml. I, s. 1627, præmis 36.

følgelig at unddrage Sotacarbo den tilbagebetalingsordning, der er fastsat i henhold til de almindelige bestemmelser på området. En sådan fritagelse giver naturligvis det begunstigede selskab en økonomisk fordel. I det omfang denne fordel ikke er en modydelse for en undtagelsesvis mulighed for at udtræde, skal det undersøges, om de øvrige støttebetingelser er opfyldt.

tilfælde. Dette henhører alene under de nationale retters kompetence. Hvis den nationale ret finder, at udtrædelsen med rette er blevet udøvet i overensstemmelse med artikel 2437 i den civile lovbog, må den anerkende, at lov nr. 273/02 giver Sotacarbo en fordel, og det tilkommer derfor retten at efterprøve, om de øvrige betingelser for, at der foreligger støtte, er opfyldt.

34. Lad os antage, at det første tilfælde — henset til sagens akter — er mest sandsynligt. Den civile lovbog indeholder en begrænset række regler om udtræden¹⁸, og det lader ikke til, at Enirisorses udtræden er omfattet af nogen af disse. Det, som Enirisorse lader til at ville i den for den forelæggende ret anlagte sag, er at anvende de muligheder for udtræden, der er fastsat i den civile lovbogs artikel 2437, dvs. tilbagebetaling af et beløb svarende til værdien af aktierne uden for området for den udtrædelsesret, der er fastsat ved denne bestemmelse. Hvis denne sidste fortolkning blev bekræftet af den forelæggende ret, skulle det heraf slutes, at den pågældende foranstaltning, der ikke har givet modtageren nogen fordel, ikke kan anses for at udgøre statsstøtte.

C — De øvrige betingelser for, at der er tale om støtte

35. Det påhviler imidlertid ikke Domstolen at udtale sig om fortolkningen og anvendelsen af national ret i det foreliggende

36. Den italienske regering har anført, at selv om betingelsen om en fordel er opfyldt, er den tredje og fjerde betingelse ikke opfyldt i det foreliggende tilfælde. For så vidt som Domstolen finder det formålstjenligt at udtale sig herom, skal det bemærkes, at fordele — såsom dem, der ydes ved den omhandlede lovgivning — der skal frigøre en virksomhed for omkostninger, som den normalt skulle have båret inden for sin almindelige drift eller sine sædvanlige aktiviteter, i princippet fordrejer konkurrencevilkårene¹⁹. Eftersom det ikke er påvist, at der inden for det fælles marked ikke findes noget, der svarer til den støttemodtagende virksomheds aktiviteter, kan det lægges til grund, at der foreligger en fordrejning af konkurrencevilkårene. Af samme grund kan der ikke sættes spørgsmålstegn ved, at en sådan foranstaltning påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne.

18 — Jf. G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, bind 2, Torino, 5. udgave, 2002, s. 485. Jeg gør opmærksom på, at en reform af udtrædelsesretten er indtrådt i mellemtiden, og som udvider rækken af berettigede grunde for udtræden, dog uden at ændre den begrænsende art heraf (se herom i en særudgave af *Rivista delle società*, marts-juni 2005).

19 — Jf. således dom af 19.9.2000, sag C-156/98, Tyskland mod Kommissionen, Sml. I, s. 6857, præmis 30.

37. I det tilfælde, hvor det påvises, at der foreligger en fordel, skal der lægges vægt på undersøgelsen af den første betingelse, der skal opfyldes for, at der foreligger statsstøtte. Jeg bemærker, at ifølge Domstolen er »[b]etingelsen for at anse fordele for støtte ifølge artikel 87, stk. 1, EF [...] for det første, at disse ydes direkte eller indirekte ved hjælp af statsmidler [...], og for det andet, at de kan tilregnes staten«²⁰.

38. Betingelsen om tilregnelser kan uden besvær opfyldes i det foreliggende tilfælde. Den omhandlede fordel følger af et lovindgreb. At denne foranstaltning kun giver en teoretisk fordel, som forudsætter udøvelse af en *mulighed* for udtræden, kan næppe være afgørende. Uanset om denne mulighed udøves, følger det heraf, at selskabsdeltageres rettigheder som kreditorer fjernes, og tilsvarende lettes selskabets forpligtelser over for dets selskabsdeltagere. Selskabet har som følge heraf en kapital, der ikke skal tilbagebetales, og som har tabt enhver karakter af fordring, og som det ikke længere skal frygte at tabe i tilfælde af udtræden. Det følger heraf, at dette lovindgreb — uafhængigt af nogen beslutning fra de omhandlede selskabsdeltagere — er den direkte kilde til en fordel for Sotacarbo.

39. Det skal nu i princippet alene undersøges, om denne fordel er ydet ved hjælp af statsmidler.

40. Den italienske regering har herom gjort gældende, at den pågældende ordning ikke skaber en »ekstra byrde« for statsbudgettet. Ordningen er nemlig kun indført for at ændre relationerne mellem en offentlig virksomhed og dets private selskabsdeltagere til førstnævntes fordel. Finansieringen af den fordel, som selskabet opnår, hidrører derfor fra private midler. Da hele Sotacarbos ansvarlige kapital består af statsmidler, er denne fritagelse for tilbagebetaling ikke årsag til en ny byrde for staten. Fordelen bæres ikke af et finansielt bidrag fra staten ved siden af det, der blev givet ved oprettelsen af selskabet.

41. Det er rigtigt, at hvis man anvender den af Domstolen i Sloman Neptun-dommen opretholdt adgang, må det antages, at den pågældende fordel er »uadskilleligt forbundet« med den vedtagne ordning²¹. Det skulle følge heraf, at den første betingelse vedrørende statsstøtte ikke er opfyldt.

20 — Dom af 16.5.2002, sag C-482/99, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 4397, præmis 23.

21 — Dom af 17.3.1993, forenede sager C-72/91 og C-73/91, Sml. I, s. 887, præmis 21.

42. Jeg mener imidlertid, at der ikke kan anlægges en sådan indfaldsvinkel.

virksomheders aktivitet og vilkårene for produktion af varer og tjenesteydelser.

43. Det er korrekt, at det ikke er enhver national foranstaltning, der giver virksomheder en økonomisk fordel, eller som fordrejer konkurrencevilkårene på fællesmarkedet, der kan anses for at være statsstøtte. Det er ubestridt, at det i artikel 87, stk. 1, EF fastsatte forbud ikke omhandler fordele, der følger af forskelle i medlemsstaternes lovgivninger. Det følger heraf, at de tilfælde, hvor en fordel skal underlægges Fællesskabets statsstøtteregler, skal afgrænses nøje.

45. Denne sondring er let at forstå. Domstolen henviser hermed generelt til, at det skal undgås at udstrække fællesskabsbestemmelserne til at omfatte de fordrejninger af konkurrencevilkårene, der kun er forbundet med uoverensstemmelser mellem medlemsstaternes lovgivningsmæssige valg. Denne forsigtighed følger af en bekymring om ikke at bringe de beføjelser, der er forbeholdt medlemsstaterne, i fare. Det kan således frygtes, at en for stor udstrækning af statsstøtteordningen kunne bevirke, at alle medlemsstaternes økonomisk-politiske prioriteringer underlægges fællesskabsmyndighedernes kontrol, uden at der sondres mellem, om de har form af et direkte indgreb på markedet, eller en generel regulering af den økonomiske aktivitet. Endvidere ville der skabes en betragtelig forøgelse af den kontrolbyrde, der på dette område påhviler fællesskabsmyndighedernes kontrolinstanser, Kommissionen og Domstolen.

44. Det lader til, at Domstolen i sin retspraksis ønsker at foretage en sondring mellem konkurrencefordrejninger, der følger af vedtagelsen af regler for økonomisk virksomhed, og dem, der skyldes en tilførsel af statsmidler til visse virksomheder²². Det er kun de sidstnævnte fordrejninger, der kan påvirke konkurrencevilkårene. De førstnævnte skal accepteres, i det omfang de alene har til formål at fastsætte regler for

46. Det er imidlertid klart, at Fællesskabets statsstøtteregler ikke er beregnet til at kontrollere indvirkningen af alle medlemsstaternes lovgivningsmæssige valg vedrørende konkurrencevilkårene på det indre marked. De har kun til hensigt at identificere de fordrejninger i konkurrencevilkårene, der følger af en medlemsstats vilje til — via undtagelser til dens overordnede politiske retningslinjer — at give visse virksomheder en særlig fordel.

22 — Jf. i denne retning *Slovan Neptun-dommen*, præmis 21, *Ecotrade-dommen*, præmis 36, og dom af 13.3.2001, sag C-379/98, *PreussenElektra*, Sml. I, s. 2099, præmis 62.

47. De begrænsninger, som Domstolen har fastsat, er derfor fuldt ud berettigede. Det lader imidlertid efter min opfattelse til, at det kriterium for tilførsel af statsmidler, som Domstolen sædvanligvis anvender, ikke gør det muligt at anvende og begrunde dem korrekt. Et kriterium om selektivitet ville i denne forbindelse være at foretrække, hvilket også følger af Domstolens retspraksis. Der er tre væsentlige årsager til denne præference.

48. For det første er kriteriet om tilførsel af midler ikke altid relevant. Det kan således ske, at en reguleringsforanstaltning indebærer en indirekte byrde for statsbudgettet, som kan være større end den, der følger af en foranstaltning om tilførsel af offentlige midler²³.

49. Endvidere er selektivetskriteriet bedre egnet til at begrunde de af Domstolen

opstillede begrænsninger. Det er indlysende, at forskellene mellem medlemsstaternes økonomisk-politiske og skattemæssige prioriteringer kan give økonomiske fordele for visse virksomheder på fællesmarkedet. En virksomhed, der er underlagt en skatteprocent på 20% af virksomhedens overskud, opnår en økonomisk fordel i forhold til erhvervsdrivende beliggende i en anden medlemsstat, der har en skatteprocent på 30%. Man kan imidlertid ikke deraf udlede, at støtteordningen finder anvendelse. I et sådant tilfælde følger de konkurrencemæssige fordele ganske enkelt af de retlige og økonomiske uoverensstemmelser, som følger af medlemsstaternes sædvanlige udøvelse af lovgivningsmæssig selvstændighed. Hvis den samme virksomhed til gengæld opnår et skattelempelse på 5% i det tilfælde, hvor erhvervsdrivende i andre medlemsstater er underlagt den samme skatteprocent på 20%, kan det heraf sluttes, at der er tale om statsstøtte, selv om denne virksomheds konkurrencemæssige fordel er relativt mindre end i det første tilfælde. Grunden til dette er, at en medlemsstat i det sidste tilfælde har givet en virksomhed eller en kategori af virksomheder en præferencebehandling ved at fravige landets generelle lovgivningsmæssige valg. Kun de fordrøjninger, der følger af en sådan behandling, bør forfølges.

50. I det omfang, der endelig er en voksende integration mellem statslige aktiviteter og private aktiviteter på det økonomiske område, kan det frygtes, at medlemsstater

23 — Dette vil f.eks. være tilfældet med en lovgivning, der bidrager til afskedigelser i en bestemt sektor, eller giver en virksomhed tilladelse til at opføre kontorlokaler i et område, der nødvendigvis er væsentlig tilrettelæggelse af infrastruktur. Det skal i den forbindelse bemærkes, at Domstolen — med henblik på kvalificering af statsstøtte — ikke sonderer mellem fordele, der direkte eller indirekte ydes ved hjælp af statsmidler (jf. f.eks. PreussenElektra-dommen, præmis 58).

lokkes til at anvende lovgivningsmæssige midler for at opfordre eller forpligte private erhvervsdrivende for at lette byrden for visse virksomheder. Når sådanne foranstaltninger ikke fordrer en direkte overførsel af offentlige midler, bør det så herefter lægges til grund, at der ikke er tale om statsstøtte? Hvis det skulle være tilfældet, ville en væsentlig del af statslige foranstaltninger, der har *virkning som* statsstøtte, undgå fællesskabsmyndighedernes kontrol. Et sådant resultat ville klart være i modstrid med traktatens mål og principperne opstillet i Domstolens retspraksis. Dette er grunden til, at jeg vender tilbage til selektivitetskriteriet.

51. Som generaladvokat Darmon havde foreslået Domstolen i Sloman Neptun-sagen, er det alene selektivitetskriteriet, der gør det muligt at sondre mellem de generelle rammeforanstaltninger for økonomiske aktiviteter, som der ikke kan stilles spørgsmålstegn ved i forhold til traktatens bestemmelser om statsstøtte, og de økonomiske og finansielle interventionsforanstaltninger, som skal efterprøves²⁴. I øvrigt har Domstolen allerede anerkendt, at »en statsstøtte ikke nødvendigvis forudsætter, at der er tale om en støtte, der finansieres med statsmidler«²⁵.

52. Selektivitetsbegrebet skal også fastsættes med omhu. Det fremgår af retspraksis, at ikke enhver foranstaltning, der giver en kategori af virksomheder en bestemt fordel, nødvendigvis skal anses for at være en »sektiv« foranstaltning. Der skal foretages en sontring. Enhver *særlig* præferencebehandling af visse situationer, der fører til en økonomisk fordel for de erhvervsdrivende, der er i de nævnte situationer, skal vurderes i lyset af den generelle ordening, hvori den indgår. Hvis det lykkes den pågældende medlemsstat at påvise, at denne foranstaltning er begrundet i arten eller opbygningen af det juridiske system, hvori den indgår — under betingelse af, at denne ordening følger et legitimt formål — kan den ikke anses for at være en selektiv foranstaltning i traktatens forstand²⁶. Det er kun i det tilfælde, hvor denne præferencebehandling ikke kan begrundes i en almindelig ordening, eller hvis den ikke følger af en sammenhængende anvendelse af den ordening, den knytter sig til, at foranstaltningen kan anses for at være *sektiv*. I dette tilfælde er det berettiget at antage, at foranstaltningen kun er begrundet med det hensyn, at der skal tildeles en særlig kategori af virksomheder en præferencebehandling. Det er derfor ikke kun den juridiske undtagelseskarakter af en foranstaltning, der gør den til statsstøtte²⁷. På dette område er en formel analyse ikke

24 — Punkt 47 i forslaget til afgørelse i Sloman Neptun-sagen. Desuden er dette kriterium allerede blevet anvendt i retspraksis. I Ecotrade-sagen lader det til at være afgørende, at den pågældende lovgivning kan bringe de virksomheder, som den finder anvendelse på, i en mere gunstig stilling end andre (punkt 41 og 42). Jf. allerede dom af 2.7.1974, Italien mod Kommissionen, sag 173/73, Sml. s. 709, præmis 33.

25 — Dom af 30.1.1985, sag 290/83, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 439, præmis 14.

26 — Jf. dommen i sagen Italien mod Kommissionen, præmis 33, og førnævnte dom i Ecotrade-sagen, præmis 36 samt Adria-Wien-dommen, præmis 42.

27 — Om denne holdning, se generaladvokat Darmons forslag til afgørelse i Sloman Neptun-sagen, punkt 53, og generaladvokat Mischos forslag til afgørelse i Adria-Wien-sagen, punkt 43.

tilstrækkelig. Der skal foretages en materiel analyse. Der foreligger en selektiv foranstaltning, når foranstaltningen bidrager til at bringe visse virksomheder i en økonomisk situation, der er gunstigere end for de virksomheder, der befinder sig i en sammenlignelig situation, og når de omkostninger, som følger heraf for samfundet, ikke berettiges af en ordning, hvori byrderne fordeles ligeligt²⁸.

53. Hvis man følger denne opfattelse, er det indlysende, at en foranstaltning, der fritager Sotacarbo for at tilbagebetale de selskabsdeltagere, der udøver deres ret til at udtræde, mens en almindelig anvendelse af de relevante bestemmelser i den civile lovbog kræver en sådan tilbagebetaling, udgør en selektiv fordel for dette selskab, som ikke er berettiget. En sådan foranstaltning opfylder samtlige betingelser for at udgøre statsstøtte. Det skal imidlertid bemærkes, at denne slutning kun kan lægges til grund, hvis det på forhånd er slået fast, at denne udtræden var mulig under de betingelser, der er fastsat efter almindelige regler.

IV — Sammenfatning

54. Det følger af denne analyse, at der med henblik på at give den forelæggende ret et

28 — Denne slags foranstaltninger er kendetegnet ved at samle indtjeningen hos en bestemt kategori af erhvervsdrivende, mens udgifterne fordeles på samfundet, og af denne grund er de meget vanskelige for de øvrige erhvervsdrivende at påvise. En foranstaltning af denne art indebærer den største risiko for at skabe fordele for visse særinteresser i stedet for at være begrundet i almene hensyn.

brugbart svar skal sondres mellem to tilfælde.

55. I det tilfælde, hvor det fastslås, at den pågældende udtræden i sagen følger af en undtagelsesbestemmelse, der fraviger de betingelser for udtræden, der er fastsat i de relevante bestemmelser i den civile lovbog, kan en ordning som den ved lov nr. 273/02 indførte, der giver deltagerne i et statskontrolleret selskab mulighed for at udtræde på betingelse af, at de frasiger sig enhver ret til selskabskapitalen, ikke anses for at udgøre statsstøtte til dette selskab.

56. I det tilfælde, hvor denne udtræden derimod ikke følger af en undtagelsesbestemmelse, men under alle omstændigheder ville være mulig efter almindelige regler, må en sådan ordning anses for at udgøre statsstøtte i traktatens forstand, og som derfor burde have været anmeldt på forhånd til Kommissionen.

57. Det påhviler den nationale ret at fastslå, om den pågældende udtræden i hovedsagen er udøvet under overholdelse af de betingelser, der er fastsat i de almindelige bestemmelser på området for erhvervsdrivende selskabers udtræden.

V — Forslag til afgørelse

58. Jeg foreslår på denne baggrund, at Domstolen besvarer de af Tribunale di Cagliari forelagte spørgsmål på følgende måde:

»Artikel 87, stk. 1, EF og artikel 88, stk. 3, EF skal fortolkes således, at en ordning som den ved lov nr. 273/02 af 12. december 2002 indførte, der giver deltagerne i et statskontrolleret selskab mulighed for at udtræde på betingelse af, at de frasiger sig enhver ret til selskabskapitalen, ikke udgør statsstøtte og ikke skulle have været anmeldt på forhånd til Kommissionen, medmindre det fastslås, at denne udtræden kunne være blevet udøvet i henhold til de almindelige regler for udtræden. I sidstnævnte tilfælde skal en sådan ordning anses for at være en statsstøtte, der burde have været anmeldt på forhånd til Kommissionen.«