



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
E. TANCHEV
fremsat den 15. juli 2021¹

Forenede sager C-167/19 P og C-171/19 P

**Europa-Kommissionen
mod**

**Freistaat Bayern (sag C-167/19 P)
Interessengemeinschaft privater Milchverarbeiter Bayerns eV,
Genossenschaftsverband Bayern eV,**

Verband der Bayerischen Privaten Milchwirtschaft eV (sag C-171/19 P)

»Appel – statsstøtte – støtte til den bayerske mejerisektor – finansiering af mælke kvalitetskontroller – afgørelse, hvorved støtten erklæres uforenelig med det indre marked – indledningsafgørelsen – Kommissionens forpligtelser – den pågældende medlemsstats rettigheder – de interesserede parters ret til at blive inddraget i den administrative procedure – tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter«

1. Kommissionen har med de to foreliggende appelsager nedlagt påstand om ophævelse af dommene afsagt af Den Europæiske Unions Ret i sagen Freistaat Bayern mod Kommissionen² og i sagen Interessengemeinschaft privater Milchverarbeiter Bayerns m.fl. mod Kommissionen³. Den Europæiske Unions Ret gav i disse domme Freistaat Bayern (herefter »delstaten Bayern«) og Interessengemeinschaft privater Milchverarbeiter Bayerns m.fl. (herefter »firmagruppen«) medhold i deres søgsmål, hvorved der var nedlagt påstand om delvis annullation af Kommissionens afgørelse (EU) 2015/2432⁴.

I. Tvisternes baggrund

2. Tvisternes baggrund er beskrevet i præmis 1-21 i den første appellerede dom og i præmis 1-20 i den anden appellerede dom. Jeg vil begrænse mig til at fremhæve de følgende punkter.

3. I Tyskland er kontrol af mælkekvaliteten traditionelt blevet sikret ved uafhængige kvalitetskontroller. Disse mælke kvalitetskontroller finansieres i Bayern (Tyskland) dels via midler fra mælkeafgifter, der pålægges aftagere af mælk, dels via Freistaat Bayerns (delstaten Bayern, Tyskland) almindelige budget, hvilken delstat er en af de indstævnte i nærværende appelsager.

¹ – Originalsprog: engelsk.

² – Dom af 12.12.2018 (T-683/15, EU:T:2018:916, herefter »den første appellerede dom«).

³ – Dom af 12.12.2018 (T-722/15 – T-724/15, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:920, herefter »den anden appellerede dom«).

⁴ – Afgørelse af 18.9.2015 om Tysklands statsstøtte SA.35484 (2013/C) (ex SA.35484 (2012/NN)) til mælke kvalitetskontroller i forbindelse med lov om mælk og fedtstoffer (EUT 2015, L 334, s. 23, herefter »den omtvistede afgørelse«).

4. Ved skrivelse af 17. juli 2013 underrettede Kommissionen Forbundsrepublikken Tyskland om, at den ville indlede den formelle undersøgelsesprocedure efter artikel 108, stk. 2, TEUF (herefter »indledningsafgørelsen«). Denne afgørelse angår forskellige foranstaltninger indført i flere tyske delstater på grundlag af Gesetz über den Verkehr mit Milch, Milcherzeugnissen und Fettenloiv (den tyske forbundslov om mælk og fedtstoffer) fra 1952 (BGBl. 1952 I, s. 811)⁵ for at støtte mejerisektoren, herunder støtten omhandlet i den omtvistede afgørelse. For så vidt angår denne støtte henviste Kommissionen i indledningsafgørelsens punkt 2.5 vedrørende finansieringen af de undersøgte foranstaltninger for det første til § 22 i MFG, som angår mælkeafgiften. For det andet anførte Kommissionen i 264. betragtning til denne afgørelse, at de undersøgte foranstaltninger blev finansieret via en parafiskal afgift, idet den henviste til den samme bestemmelse i MFG.

5. Kommissionen konstaterede, at den omtvistede støtte var forenelig med det indre marked for perioden fra den 28. november 2001 til den 31. december 2006, mens den satte spørgsmålstegn ved dens forenelighed med det indre marked fra den 1. januar 2007.

6. Ved skrivelse af 20. september 2013 fremsatte Forbundsrepublikken Tyskland bemærkninger til indledningsafgørelsen. Kommissionen modtog syv bemærkninger fra interesserede parter, som henviste til foranstaltningerne vedrørende de mælkekvalitetskontroller, der var genstand for den omtvistede afgørelse. De modtagne bemærkninger blev fremsendt til Forbundsrepublikken Tyskland, som svarede på de yderligere bemærkninger indsendt den 8. juli 2014.

7. Den 18. september 2015 vedtog Kommissionen den omtvistede afgørelse. Denne afgørelse vedrører udelukkende finansieringen af mælkekvalitetskontroller, der er gennemført i perioden fra den 1. januar 2007 i Baden-Württemberg (Tyskland) og i Bayern.

8. For det første undersøgte Kommissionen, om mælkeafgiftsmidlerne udgjorde statsstøtte som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF. Desuden foreskrev § 22, stk. 2, nr. 1-6, i MFG, til hvilke formål mælkeafgiftsmidlerne måtte anvendes. Kommissionen fastslog følgelig, at indtægterne fra mælkeafgiften kunne anses for at være undergivet offentlig kontrol, og at de med mælkeafgiftsmidlerne finansierede foranstaltninger var blevet ydet ved hjælp af statsmidler og kunne tilregnes staten.

9. Kommissionen fandt for det andet, at mejerierne i Bayern via godtgørelsen fra afgiftsmidlerne og fra delstaten Bayerns almindelige budget af udgifterne til de mælkekvalitetskontroller, som det påhvilede dem at udføre, opnåede en selektiv fordel. Kommissionen fandt, at disse mælkekvalitetskontroller i sidste ende kom mejerierne til gode, idet de sidstnævnte var lovmæssigt forpligtet til at kontrollere den mælk, som de modtog. Mejerierne udgjorde virksomheder som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF, og de udgifter, der opstod i forbindelse med betaling til et kontrolorgan med henblik på mælkekvalitetskontrollen, skulle betragtes som typiske driftsomkostninger, som de berørte virksomheder, dvs. mejerierne, normalt selv skulle bære⁶. Kommissionen var i øvrigt af den opfattelse, at enhver mulig fordel i så henseende kun blev indrømmet »visse virksomheder«, idet der ud over mejerisektoren i Tyskland findes mange andre økonomiske sektorer, som ikke havde fordel af de omtalte foranstaltninger. Derfor var den mulige indrømmede fordel selektiv. Endvidere fik mejerier i andre delstater end Baden-Württemberg og Bayern ikke godtgjort kontroludgifterne via mælkeafgiftsmidler. Endelig tog Kommissionen i 145. betragtning til den omtvistede afgørelse hensyn til den omstændighed, at foranstaltningen ligeledes blev finansieret via delstaten Bayerns almindelige budget. Ifølge

⁵ – BGBl. 1952 I, s. 811 (herefter »MFG«).

⁶ – Jf. en tilsvarende sag, angående kontrol med visse transmissible spongiforme encephalopatii i kvæg, i dom af 30.6.2016, Belgien mod Kommissionen (C-270/15 P, EU:C:2016:489).

Kommissionen svarede den fordel, som mejerierne fik af godtgørelsen af mælkekvalitetskontrollerne, derfor ikke nødvendigvis til, hvad de havde betalt i mælkeafgift. Den anvendte denne konklusion på finansieringen via delstaten Bayerns almindelige budget.

10. For det tredje konstaterede Kommissionen for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt der var tale om eksisterende støtte, at med undtagelse af MFG, som ikke indførte den omhandlede støtteordning, havde de tyske myndigheder ikke fremlagt nogen oplysninger, som påviste, at et før 1958 vedtaget retsgrundlag stadig skulle finde anvendelse med sit oprindelige indhold.

11. For det fjerde og sidste konstaterede Kommissionen, at støtten til rutinekontrol af mælk ikke overholdt betingelserne i punkt 109 i EF-rammebestemmelserne for statsstøtte til landbrug og skovbrug for 2007-2013 (EUT 2006, C 319, s. 1), sammenholdt med artikel 16, stk. 1, i Kommissionens forordning (EF) nr. 1857/2006⁷, som det nævnte punkt 109 henviser til.

12. På denne baggrund besluttede Kommissionen i den omtvistede afgørelses artikel 1, at den støtte, der var blevet ydet siden den 1. januar 2007 i Bayern, var ulovlig og uforenelig med det indre marked. Ved denne afgørelses artikel 2-4 pålagde Kommissionen tilbagesøgning af støtten og fastsatte de nærmere vilkår for denne tilbagesøgning.

II. Sagens forløb ved Retten og de appellerede domme

13. Delstaten Bayerns og firmagruppen anlagde henholdsvis den 26. november 2015 og den 4. december 2015 sag med påstand om delvis annullation af den omtvistede afgørelse.

14. Både delstaten Bayern og firmagruppens første anbringende omhandler en angivelig tilsidesættelse af artikel 108, stk. 2, TEUF samt af artikel 6, stk. 1, og artikel 20, stk. 1, i forordning nr. 659/1999⁸.

15. Firmagruppens andet anbringende omhandler en angivelig tilsidesættelse af artikel 107, stk. 1, TEUF, såfremt midler fra mælkeafgifter betragtes som statsmidler.

16. Retten bemærkede i de appellerede domme med hensyn til sagsøgernes første anbringende for det første, at i henhold til artikel 6, stk. 1, i forordning nr. 659/1999 skal indledningsafgørelsen sammenfatte de relevante faktiske og retlige spørgsmål, indeholde en foreløbig vurdering fra Kommissionens side og anføre, om der er tvivl om, hvorvidt den er forenelig med det indre marked, uden at de interesserede parter ret til at fremkomme med deres bemærkninger gøres indholdsløs.

17. Retten vurderede for det andet den omtvistede afgørelse i lyset af indledningsafgørelsen med henblik på at afgøre, hvorvidt finansieringen gennem delstaten Bayerns almindelige budgetmidler allerede var omfattet af indledningsafgørelsen. Den konstaterede, at finansieringen af mælkekvalitetskontroller gennem Bayerns budgetmidler ikke var nævnt i indledningsafgørelsen. Den påpegede i den anden appellerede dom, at Kommissionen ikke havde vurderet, at

⁷ – Forordning af 15.12.2006 om anvendelse af [artikel 107 TEUF og 108 TEUF] på statsstøtte til små og mellemstore virksomheder, der beskæftiger sig med produktion af landbrugsprodukter, og om ændring af forordning (EF) nr. 70/2001 (EUT 2006, L 358, s. 3).

⁸ – Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22.3.1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af EF-traktatens artikel 93 (EFT 1999, L 83, s. 1) (også omtalt som »procedureforordningen«).

finansieringen udtrykkeligt var nævnt i indledningsafgørelsen. Retten fandt derfor, at de interesserede parter med rette kunne forudsætte, at Kommissionens undersøgelse som indeholdt i indledningsafgørelsen alene vedrørte midlerne fra mælkeafgiften.

18. Retten bemærkede for det tredje, at begrebet »statsmidler« som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF anvendes i meget bred forstand, eftersom denne bestemmelse fastsætter, at støtte, som ydes ved hjælp af disse midler »under enhver tænkelig form«, er uforenelig med det indre marked. Disse midler kan følgelig være udformet forskelligt, og Kommissionen er derfor forpligtet til at identificere og analysere dem omhyggeligt. Den bemærkede videre, at statsmidlerne er en af de faktorer, der skal være til stede for, at der er tale om statsstøtte. I denne henseende skal udtrykket »finansiel støtte«, som Kommissionen anvendte i indledningsafgørelsen, selv om det antages, at det kan fortolkes således, at det omfatter de to finansieringskilder, anses for ikke at være tilstrækkeligt præcist. Retten tilføjede, at den endelige afgørelse ganske vist kan indeholde visse afvigelser i forhold til indledningsafgørelsen. En sådan afvigelse var dog ikke begrundet i den foreliggende sag. Som Kommissionen anerkendte, havde medlemsstaten oplyst den om finansieringen via delstaten Bayerns almindelige budgetmidler allerede længe inden vedtagelsen af indledningsafgørelsen. Derudover bemærkede Retten, at Kommissionen udtrykkeligt henviste til finansieringen af støtten via Bayerns almindelige budget, og dermed anerkendte, at denne form for finansiering ikke var et irrelevant forhold i dens analyse. Retten konkluderede, at den omtvistede afgørelse blev vedtaget uden at give de interesserede parter mulighed for at tage stilling til finansieringen hidrørende fra delstaten Bayerns almindelige budgetmidler.

19. Retten konkluderede derfor, at den omtvistede afgørelse blev vedtaget i strid med sagsøgerens ret til at blive inddraget i den administrative procedure og derfor i strid med artikel 108, stk. 2, TEUF og artikel 6, stk. 1, i forordning nr. 659/1999. Den fandt endvidere, at Kommissionens forpligtelse til på tidspunktet for indledningsafgørelsen at give de interesserede parter mulighed for at fremsætte bemærkninger udgør en væsentlig formforskrift, hvis tilsidesættelse medfører konsekvenser såsom annullation af den mangelfulde retsakt, uanset om denne tilsidesættelse har forvoldt den, der påberåber sig den, skade, eller om den administrative procedure kunne have ført til et andet resultat. Retten tog derfor det første anbringende til følge.

20. For fuldstændighedens skyld bemærkede Retten, at det ikke kan udelukkes, at proceduren, uden denne uregelmæssighed, dvs. hvis sagsøgeren under den formelle undersøgelsesprocedure faktisk havde haft lejlighed til at fremsætte bemærkninger til finansieringen via delstatens almindelige budget, kunne have ført til et andet resultat. Retten bemærkede i denne henseende i særdeleshed, at den omtvistede afgørelse ikke indeholder nogen særskilt bedømmelse i forhold til hver enkelt af de to finansieringsmetoder. Kommissionen foretog i den omtvistede afgørelse ifølge Retten således enten en analyse uden nogen henvisning til den omhandlede finansieringsmetode eller overførte sit ræsonnement om finansieringen via mælkeafgiften til finansieringen via delstaten Bayerns almindelige budget. Det var således ikke udelukket, at argumenter vedrørende finansieringen via delstaten Bayerns almindelige budget, hvis de var blevet fremført under den formelle undersøgelsesprocedure, kunne have ført til et andet udfald.

21. Uden at træffe afgørelse med hensyn til de øvrige anbringender, som sagsøgerne havde fremført, annullerede Retten artikel 1-4 i den omtvistede afgørelse, for så vidt som det deri fastslås, at Forbundsrepublikken Tysklands tildeling af statsstøtte er uforenelig med det indre marked med hensyn til de mælke kvalitetskontroller, der er gennemført i Bayern, og bestemte at den pågældende støtte skal tilbagesøges.

III. Bedømmelse

22. Kommissionen har fremsat fire appelanbringender.

A. Første appelanbringende, der omhandler en urigtig retsanvendelse i forbindelse med fortolkningen og anvendelsen af artikel 108, stk. 2, TEUF og artikel 6, stk. 1, i forordning nr. 659/1999

1. Formaliteten

23. Delstaten Bayern og firmagruppen har i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionens første appelanbringender, der er nævnt i appelsagerne, skal forkastes, eftersom de bestrider Rettens undersøgelse af faktiske forhold uden at påpege nogen urigtig gengivelse af faktiske omstændigheder eller beviser.

24. Delstaten Bayern har for det første gjort gældende, at Kommissionen ikke har anført, at Retten har overtrådt artikel 6, stk. 1, i forordning nr. 659/1999, men derimod har anført, at Retten har foretaget en urigtig fortolkning af indledningsafgørelsen.

25. Delstaten Bayern har for det andet gjort gældende, at i modsætning til det af Kommissionen anførte fandt Retten ikke i præmis 60, 61 og 65 i den første appellerede dom, at Kommissionen havde en positiv forpligtelse til at beskrive foranstaltningens nøjagtige finansieringsmetode. Retten fastslog blot, at det forhold, at Kommissionen ikke udelukker en finansieringsmetode i indledningsafgørelsen, ikke er tilstrækkeligt til, at denne finansiering kan betragtes som implicit inkluderet i denne afgørelse.

26. Delstaten Bayern og firmagruppen har for det tredje gjort gældende, at dette appelanbringende skal afvises, eftersom det udgør en gentagelse af anbringender og argumenter, der blev fremført for Retten.

27. Som jeg vil forklare i det følgende, kan disse argumenter ikke tiltrædes, og det første appelanbringende kan antages til realitetsbehandling.

28. I modsætning til det af Bayern og firmagruppen anførte, anmodes Domstolen ikke om at foretage en ny undersøgelse af faktiske omstændigheder.

29. Det er tilstrækkeligt at nævne, at med hensyn til det omhandlede appelanbringende skal Domstolen fortage en fortolkning af artikel 6, stk. 1, i forordning nr. 659/1999, sammenholdt med artikel 108, stk. 2, TEUF, med henblik på at afgøre det præcisionsniveau, der kræves i en afgørelse om at indlede en formel undersøgelsesprocedure, i lyset af Kommissionens forpligtelse til at »sammenfatte de relevante faktiske og retlige spørgsmål«. Under alle omstændigheder gælder det, at såfremt Domstolen i denne forbindelse skal undersøge den fortolkning af den omtvistede afgørelse, som Retten foretog, følger det af dom af 11. marts 2020, Kommissionen mod Gmina Miasto Gdynia og Port Lotniczy Gdynia Kossakowo (C-56/18 P, EU:C:2020:192, herefter »Gdynia-dommen«, præmis 121), at dette spørgsmål er et retsspørgsmål, der kan realitetsbehandles under appelsagen.

30. Desuden kan dette appelanbringende ikke forkastes på baggrund af, at det eventuelt gentager anbringender, der blev fremført ved Retten.

31. Det fremgår af retspraksis, at »såfremt en part imidlertid bestrider Rettens fortolkning eller anvendelse af EU-retten, kan retsspørgsmål, som Retten har behandlet, diskuteres på ny under en appelsag. Hvis en part nemlig ikke således kunne basere sin appel på anbringender og argumenter, som allerede havde været fremført for Retten, ville appelproceduren blive berøvet en del af sin mening«⁹.

2. Realiteten

a) Kort fremstilling af parternes argumenter

32. Kommissionen har gjort gældende, at Retten, i præmis 60-67 i den første appellerede dom og præmis 56-64 i den anden appellerede dom, begik en retlig fejl i forbindelse med fortolkningen og anvendelsen af artikel 108, stk. 2, TEUF og artikel 6, stk. 1, i forordning nr. 659/1999 såvel som af retspraksis fra Unionens retsinstanser vedrørende disse bestemmelser i forbindelse med dens fastsættelse af betingelserne for indholdet af en indledningsafgørelse. Kommissionen har gjort gældende, at finansieringskilden for støtte kun undtagelsesvist og under bestemte omstændigheder skal identificeres i indledningsafgørelsen.

33. Kommissionen har fremhævet, at den i en sådan indledningsafgørelse fastsætter de relevante faktiske og retlige omstændigheder vedrørende den foranstaltning, der eventuelt udgør statsstøtte, og foretager en indledende undersøgelse af disse omstændigheder¹⁰. Retten bemærkede korrekt i nærværende sag, at betaling til et kontrolorgan med henblik på mælke kvalitetskontrollen skal betragtes som en samlet støtteforanstaltning. Denne foranstaltning blev finansieret af delstaten Bayern gennem overførsel af midler til mælkekontrolorganet Milchprüfing Bayern eV i henhold til en afgørelse om et samlet årligt brug af disse midler. Denne foranstaltning blev beskrevet i indledningsafgørelsens 3., 5. og 15.-20. betragtning.

34. Kommissionen beskrev i indledningsafgørelsen budgetposten for denne foranstaltning i den del af delstaten Bayerns budget, der vedrører »udgifter«. Retten bebrejdede dog Kommissionen, at den ikke havde angivet »indtægtssiden« for denne budgetpost, altså støttens finansieringskilde. Kommissionen er af den opfattelse, at Retten derved har etableret en ny proceduremæssig betingelse, der ikke har nogen lovhjemmel.

35. Ifølge Kommissionen fremgår det i særdeleshed af dom af 21. oktober 2003, van Calster m.fl. (C-261/01 og C-262/01, EU:C:2003:571), at det alene er i særlige situationer, hvor der er en uadskillelig forbindelse mellem indtægter og udgifter, og der er forhold, der kunne tyde på, at den måde, indtægterne inddrives på, strider mod en anden bestemmelse i EU-retten, at medlemsstatens ændring af støtteordningen også skal omfatte foranstaltningens finansieringsform. Det fremgår af denne retspraksis, at Kommissionen, bortset fra i helt særlige sager, ikke er forpligtet til at redegøre for finansieringskilden til støtteordningen i indledningsafgørelsen.

36. I nærværende sag er finansieringen blandet, og det var alene den del af finansieringen, der vedrørte mælkeafgifter, som var problematisk. Kommissionen har derfor gjort gældende, at den ikke var forpligtet til udtrykkeligt at redegøre for den anden form for finansiering, altså den del, der kom fra delstaten Bayerns almindelige budget.

⁹ – Dom af 21.9.2010, Sverige m.fl. mod API og Kommissionen (C-514/07 P, C-528/07 P og C-532/07 P, EU:C:2010:541, præmis 116).

¹⁰ – Dom af 21.7.2011, Alcoa Trasformazioni mod Kommissionen (C-194/09 P, EU:C:2011:497).

37. Kommissionen har tilføjet, at i henhold til artikel 107, stk. 1, TEUF skal eksistensen af støtte afgøres på baggrund af, om foranstaltningen er finansieret via statsmidler. Den nøjagtige oprindelse af disse statsmidler er derfor ikke relevant i forhold til spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger støtte.

38. Kommissionen sonderer også mellem støtteforanstaltningen (overførslen af et givent beløb til støttemodtageren), på den ene side, og finansiering af denne foranstaltning (dets forskellige kilder: afgifter og skatteindtægter fra delstaten Bayern), på den anden side. Kommissionen har endvidere bemærket, at indstævnte ikke har bestridt de faktiske omstændigheder som fastsat af Kommissionen, og at Retten ikke i denne forbindelse konstaterede uretmæssigheder. Kommissionen har således gjort gældende, at den definerede støtteforanstaltningen på samme måde i den omtvistede afgørelse som i indledningsafgørelsen. Det fremgår klart af det almindelige budget som beskrevet i disse to afgørelser, at den samlede støtteforanstaltning involverede to finansieringskilder. Kommissionen har henvist til dom af 13. juni 2019, Copebi (C-505/18, EU:C:2019:500, herefter »Copebi-dommen«), som den hævder bekræfter dens opfattelse, hvorefter der ikke er pligt til i indledningsafgørelsen at redegøre i detaljer for støtteforanstaltningens finansieringskilder. En beskrivelse af denne støtteforanstaltning er tilstrækkelig.

39. Delstaten Bayern og firmagruppen har i det væsentlige gjort gældende, at det første appelanbringende er ugrundet. De har for det første anført, at Kommissionen baserer sit argument på et unøjagtigt citat af de appellerede dommes indhold. De har for det andet anført, at Kommissionens indledningsafgørelse konsekvent skal redegøre for Kommissionens undersøgelsesrammer i nødvendige detaljer og derfor klart anføre alle de forskellige finansieringsmetoder, som Kommissionen har taget i betragtning. Delstaten Bayern og firmagruppen har bestridt Kommissionens konklusion om, at Retten fastslog, at »betalingen for mælkekvalitetskontroller« udgjorde en »enkelstående støtteforanstaltning«. Endelig har de gjort gældende, at for så vidt som Kommissionen eksplicit har henvist til en bestemt finansieringsmetode i indledningsafgørelsen, er nævnte institution forpligtet af denne henvisning og kan ikke efterfølgende tilføje en anden finansieringskilde i sin bedømmelse.

b) Bedømmelse

40. Det skal indledningsvis bemærkes, at det ikke er klart for mig, hvorfor Kommissionen ikke nævnte finansieringsmetoden for støtteforanstaltningen i indledningsafgørelsen (eftersom den henviste til finansiering, men alene til en af de to metoder, dvs. finansieringen gennem mælkeafgifter); den mest sandsynlige forklaring er, at der er tale om en forglemmelse.

41. Som Retten korrekt fastslog i præmis 60 i den første appellerede dom, kan Kommissionen ikke blot hævde, at det er tilstrækkeligt, at indledningsafgørelsen *ikke har udelukket finansiering med midler hidrørende fra delstaten Bayerns almindelige budget*. Artikel 6, stk. 1, i forordning nr. 659/1999 fastsætter således en forpligtelse for Kommissionen til at sammenfatte de relevante faktiske og retlige spørgsmål, hvilket betyder, at den ikke kan henvise til et sådant argument, eftersom dette ville betyde, at denne forpligtelse bliver indholdsløs.

42. Artikel 108, stk. 2, TEUF bestemmer, at Kommissionen har en forpligtelse til at give de interesserede parter en frist til at fremsætte deres bemærkninger i forbindelse med den formelle undersøgelsesprocedure.

43. Som Retten allerede har præciseret i sin praksis, tillader den formelle undersøgelsesprocedure en grundigere undersøgelse og klarlæggelse af de spørgsmål, der opstod i forbindelse med indledningsafgørelsen¹¹.

44. Formålet med indledningsafgørelsen er at fastsætte rammerne for Kommissionens undersøgelse¹².

45. Jeg vil derfor fremhæve, at indledningsafgørelsen skal gøre det muligt for de interesserede parter at fremsætte deres bemærkninger på en meningsfuld og effektiv måde i forbindelse med den formelle undersøgelsesprocedure.

46. Artikel 6, stk. 1, første punktum, i forordning nr. 659/1999 gør det klart, at »beslutningen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure skal sammenfatte de relevante faktiske og retlige spørgsmål, indeholde en foreløbig vurdering fra Kommissionens side med hensyn til støttekarakteren af den påtænkte foranstaltning og anføre, om der er tvivl om, hvorvidt den er forenelig med fællesmarkedet«.

47. Efter min opfattelse udgør finansieringsmetoden uden tvivl et »relevant faktisk spørgsmål« i forhold til at afklare, hvorvidt der er tale om statsstøtte i henhold til artikel 107, stk. 1, TEUF.

48. Det fremgår af retspraksis¹³, at »statsstøtte i henhold til artikel 107, stk. 1, TEUF forudsætter opfyldelse af fire betingelser, dvs. at [(i)] der skal foreligge en statslig foranstaltning eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler, og [(ii)] at denne foranstaltning skal kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstater, [(iii)] give modtageren en selektiv fordel og [(iv)] fordreje eller true med at fordreje konkurrencen«.

49. I forbindelse med den første betingelse, som her er den relevante, fremgår det af retspraksis, at »betingelsen for at anse fordele for støtte som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF er for det første, at disse ydes direkte eller indirekte ved hjælp af statsmidler, og for det andet, at de kan tilregnes staten«¹⁴.

50. Den sondring, som Kommissionen søger at etablere, mellem finansieringen af en foranstaltning og betalingen af støtte til en støttemodtager er derfor tvivlsom.

51. Foranstaltningens finansieringsmetode spiller endvidere, som delstaten Bayern og firmagruppen har påpeget, formentlig også en rolle i nærværende sag i forbindelse med kvalifikationen af en selektiv fordel som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF såvel som ved bedømmelsen af begrebet eksisterende støtte.

52. I dom af 21. oktober 2003, van Calster m.fl. (C-261/01 og C-262/01, EU:C:2003:571, præmis 49), fastslog Domstolen, at »en støttes finansieringsmåde kan gøre hele den støtteordning, som den skal finansiere, uforenelig med det fælles marked. Følgelig kan undersøgelsen af en støtte ikke ske uafhængigt af virkningerne af metoden til støttens finansiering

¹¹ – Dom af 4.3.2009, Italien mod Kommissionen (T-424/05, ikke trykt i Sml., EU:T:2009:49, præmis 69), som henvist til i den appellerede doms præmis 47.

¹² – Jf. dom af 15.12.2009, EDF mod Kommissionen (T-156/04, EU:T:2009:505, præmis 108).

¹³ – Dom af 19.12.2013, Association Vent De Colère! m.fl. (C-262/12, EU:C:2013:851, præmis 15 og den deri nævnte retspraksis).

¹⁴ – Ibidem, præmis 16 og den deri nævnte retspraksis.

[...] Tværtimod skal Kommissionens undersøgelse af en støtteforanstaltning nødvendigvis også tage støttens finansieringsmåde i betragtning, såfremt denne er en integrerende del af foranstaltningen«.

53. Det er korrekt, at »den legalitetskontrol af en afgørelse om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure, der udøves af Unionens retsinstanter, når sagsøgeren anfægter Kommissionens vurdering af den omtvistede foranstaltnings karakter af »statsstøtte«, [er] begrænset til en prøvelse af, om Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn«¹⁵.

54. Fastlæggelsen af relevante faktiske og retlige spørgsmål, der, som krævet i artikel 6, stk. 1, i forordning nr. 659/1999, skal indeholdes i indledningsafgørelsen, skal dog være baseret på objektive standarder.

55. Dette ville dog ikke være tilfældet, såfremt Domstolen accepterede, at relevante faktiske og retlige spørgsmål ikke omtales i denne afgørelse, alene fordi Kommissionen, der udfærdiger denne afgørelse, er af den opfattelse, at disse spørgsmål er indlysende.

56. Selv om – som Kommissionen hævder – det kunne forekomme, at finansiering gennem en medlemsstats almindelige budget udgør statsressourcer, retfærdiggør dette ikke Kommissionens udeladelse af dette forhold i indledningsafgørelsen, eftersom dette forhold er en bestanddel af statsstøtteforanstaltningen.

57. Et sådant forhold udgør med sikkerhed et »relevant faktisk[t] og retlig[t] spørgsmål« som omhandlet i artikel 6, stk. 1, i forordning nr. 659/1999.

58. En sådan konklusion støttes også af princippet om identifikation (eller »princippet om bestemthed«, på tysk, Bestimmtheitsgrundsatz, hvilket er et udtryk for retssikkerhedsprincippet) i bindende retsakter udstedt af offentlige myndigheder, hvilket kræver, at en retsakts indhold har en vis grad af klarhed og bestemthed. Artikel 2 TEU, som bestemmer, at Unionen bl.a. bygger på værdien om retsstaten, kan betragtes som det formelle traktatgrundlag for dette princip. Som Domstolen i en række tilfælde har udtalt, er retssikkerhedsprincippet et almindeligt og grundlæggende retsprincip i EU-retten, som kræver, at regler skal være klare og præcise, således at borgerne ikke er i tvivl om deres rettigheder og pligter og skal kunne handle derefter¹⁶.

59. Det følger heraf, at modsat det, som Kommissionen har hævdet i punkt 52 i sit appelskrift i sag C-167/19 P, kan denne institution ikke begrænse sig til at redegøre for relevante forhold eller »faktiske og retlige spørgsmål«, som efter dens opfattelse ikke er »oplagte«.

60. Artikel 6, stk. 1, i forordning nr. 659/1999 tager udgangspunkt i relevante faktiske og retlige spørgsmål i forbindelse med den formelle undersøgelse: Det er ikke afgørende, hvad der er det formodede og subjektive »bevis« for disse spørgsmål, men derimod deres relevans i forhold til afgørelsen. Det relevante spørgsmål i nærværende sag vedrører finansiering via statsmidler, hvilket udgør en af betingelserne i henhold til artikel 107, stk. 1, TEUF. Denne finansiering skal derfor betragtes som relevant i forhold til den endelige afgørelse.

¹⁵ – Dom af 21.12.2016, Kommissionen mod Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971, præmis 78 og den deri nævnte retspraksis).

¹⁶ – Jf. dom af 14.4.2005, Belgien mod Kommissionen (C-110/03, EU:C:2005:223, præmis 30), af 9.7.1981, Gondrand og Garancini (169/80, EU:C:1981:171, præmis 17), og af 13.2.1996, Van Es Douane Agenten (C-143/93, EU:C:1996:45, præmis 27).

61. Jeg er endvidere af den opfattelse, at Kommissionen ikke kan henvise til den midlertidige karakter af indledningsafgørelsen med henblik på at retfærdiggøre udeladelsen af dette relevante spørgsmål. Jeg er enig med firmagruppen i, at det er nødvendigt, at den interesserede part kan fremsætte sine bemærkninger vedrørende relevante faktiske og retlige spørgsmål, som er nødvendige for vurderingen af den omhandlede støtteforanstaltning.

62. I modsætning til, hvad Kommissionen har gjort gældende, fremgår det efter min opfattelse af dom af 21. juli 2011, Alcoa Trasformazioni mod Kommissionen (C-194/09 P, EU:C:2011:497, præmis 103), at Kommissionen skal »begrunde [...] [indledningsafgørelsen] tilstrækkeligt ved klart at have redegjort for grundene til, at den var nået frem til den foreløbige konklusion, at den omhandlede foranstaltning udgjorde støtte, og at den var meget i tvivl om dens forenelighed med fællesmarkedet«.

63. Jeg er endvidere af den opfattelse, at Kommissionen tager fejl, når den hævder, at dens opfattelse støttes af dom af 30. maj 2013, Doux Élevage and Coopérative agricole UKL-ARREE (C-677/11, EU:C:2013:348), og af 21. oktober 2003, van Calster m.fl. (C-261/01 og C-262/01, EU:C:2003:571).

64. Disse domme er ikke direkte relevante i den foreliggende sammenhæng. For det første, som delstaten Bayern og firmagruppen har gjort gældende, vedrører den første dom et indholdsmæssigt spørgsmål: rækkevidden af begrebet statsressourcer.

65. For det andet begrundes dommen af 21. oktober 2003, van Calster m.fl. (C-261/01 og C-262/01, EU:C:2003:571), ikke en konklusion, hvorefter der alene i særlige tilfælde og under bestemte omstændigheder skal redegøres for støttens finansieringskilde i indledningsafgørelsen. Denne dom vedrører ikke indholdet i indledningsafgørelsen, men omfanget af medlemsstaternes forpligtelse til at underrette. Den sammenligning, som Kommissionen har foretaget, er for det første ikke hensigtsmæssig, eftersom underretning vedrørende en støtteforanstaltning og indledningsafgørelsen udgør forskellige trin i denne procedure, har forskellige funktioner og er underlagt forskellige retlige standarder. For det andet fastsætter denne dom under alle omstændigheder alene, at der skal redegøres for støttens finansieringsmetode i bestemte tilfælde i forbindelse med underretningen om denne foranstaltning. Problemet i nærværende sag er under alle omstændigheder ikke alene den manglende information om finansieringsmetoden i indledningsafgørelsen, men det forhold, at der i denne afgørelse på ingen måde redegøres for en af de to finansieringsmetoder for støtteforanstaltningen.

66. Jeg er af den opfattelse, at Kommissionens betragtninger, der er baseret på dens egen fortolkning af Copebi-dommen, ikke fremmer dens sag.

67. I modsætning til, hvad Kommissionen har gjort gældende, løser den omtalte dom klart ikke de relevante retlige spørgsmål i nærværende sag. Situationen i den omtalte dom adskiller sig fra nærværende sag allerede i forhold til de faktiske omstændigheder. Copebi-dommen vedrørte ikke indholdet af indledningsafgørelsen, men den endelige afgørelse, i særdeleshed den endelige afgørelses kreds af adressater.

68. Som firmagruppen har bemærket, redegjorde Kommissionen i den sag, der gav anledning til Copebi-dommen, for indledningen af støtteproceduren i overensstemmelse med alle de påkrævede formaliteter, således at der ikke forelå en tilsidesættelse af retten til at deltage i

proceduren¹⁷. Det fremgår af de forskellige konklusioner i Copebi-dommen, at både finansieringskilden, Oniflhor (det nationale råd for frugt, grøntsager og havebrug, Frankrig) og det relevante foranstaltning blev identificeret, og Copebi SCA var inkluderet, som en frugt- og grøntsagsproducent, i kredsen af adressater, der eventuelt var relevant i forbindelse med tilbagebetaling af støtte. Det økonomiske landbrugsudvalg for hjertekirsebærindustrien, CEBI¹⁸, hvortil der ikke blev henvist, distribuerede blot midlerne, som var garanteret af den offentlige myndighed, og fungerede derfor blot som et betalingsorgan. Det udgjorde hverken en finansieringskilde eller et »relevant spørgsmål« i forhold til at klargøre statsstøtte.

69. Jeg vil fremhæve, at min tilgang til det første appelanbringende støttes af en lang række domme, om end det skal erindres, at det indtil videre alene er Retten, der har haft mulighed for at behandle dette spørgsmål.

70. Det fremgår af dommen i sagen Diputación Foral de Álava m.fl. mod Kommissionen¹⁹, at Kommissionen i indledningsafgørelsen klart skal angive, hvilke dele af den omhandlede foranstaltning den bestrider.

71. Retten har allerede fastsat, at indledningsafgørelsen skal være tilstrækkelig præcis til, at interesserede parter har mulighed for at vurdere, hvorvidt de ønsker at fremkomme med bemærkninger²⁰.

72. Den har også bestemt, at »det er [...] nødvendigt, at Kommissionen giver en tilstrækkelig beskrivelse af rammerne for dens undersøgelse med henblik på ikke at gøre de berørte parter ret til at fremkomme med deres bemærkninger indholdsløs«²¹.

73. Den har tilsvarende bestemt, at »det er [...] nødvendigt, at Kommissionen giver en tilstrækkelig beskrivelse af rammerne for dens undersøgelse med henblik på at give den medlemsstat, der er genstand for proceduren, mulighed for at fremsætte bemærkninger vedrørende *alle de faktiske og retlige omstændigheder, som udgør den endelige beslutnings begrundelse, hvorved Kommissionen har taget stilling til den omhandlede foranstaltnings forenelighed med fællesmarkedet*«²².

74. I dom af 22. februar 2006, Le Levant 001 m.fl. mod Kommissionen (T-34/02, EU:T:2006:59, præmis 77-83), fastslog Retten, at Kommissionen havde handlet i strid med artikel 108, stk. 2, TEUF og artikel 6, stk. 1, i forordning nr. 659/1999, eftersom den ikke havde opfordret private investorer til at fremsætte deres bemærkninger. Den bestemte, at hvem der anses for støttemodtager nødvendigvis er et »relevant [...] faktisk [...] og retlig[t] spørgsmål« som omhandlet i artikel 6, stk. 1, første punktum. Dette skal derfor i henhold til denne bestemmelse indeholdes i indledningsafgørelsen, såfremt dette er muligt på dette procedurestadiet, eftersom det er på baggrund af denne identifikation, at Kommissionen har mulighed for at vedtage afgørelsen om tilbagesøgning. Såfremt en part ikke anføres som støttemodtager i forhold til den omtvistede støtte, enten i beslutningen om at indlede proceduren eller på et senere stadiet i den formelle undersøgelsesprocedure, inden der træffes endelig afgørelse om, at støtten er uforenelig

¹⁷ – Dom af 13.6.2019, Copebi (C-505/18, EU:C:2019:500, præmis 34 og 35).

¹⁸ – Comité économique bigarreau industrie (det økonomiske landbrugsudvalg for hjertekirsebærindustrien (»CEBI«).

¹⁹ – Dom af 6.3.2002 (T-127/99, T-129/99 og T-148/99, EU:T:2002:59, præmis 136) (appel forkastet af Domstolen).

²⁰ – Dom af 11.5.2005, Saxonia Edelmetalle mod Kommissionen (T-111/01 og T-133/01, EU:T:2005:166, præmis 50) (ikke appelleret). Jf. L. Hancher, T. Ottervanger, og P.J. Slot, *EU State Aids*, Sweet&Maxwell, 4. udgave, 2012, s. 968.

²¹ – Dom af 1.7.2009, ISD Polska m.fl. mod Kommissionen (T-273/06 og T-297/06, EU:T:2009:233, præmis 126).

²² – Min fremhævelse. Dom af 30.11.2009, Frankrig mod Kommissionen (T-427/04 og T-17/05, EU:T:2009:474, præmis 137).

med fællesmarkedet, kan denne type af interesserede parter ikke anses for på korrekt vis at være blevet opfordret til at fremsætte deres bemærkninger, eftersom parten med rette kan tro, at sådanne bemærkninger ikke er nødvendige, fordi parten ikke er anført som modtager af den støtte, der tilbagesøges.

75. F.eks. blev Kommissionens afgørelse annulleret i den sag, der gav anledning til dommen i sagen Grækenland mod Kommissionen²³, der vedrørte støtte til Olympic Airways, som var blevet overført til et efterfølgende selskab gennem videreleasing af et fly, til en pris, der angiveligt var mindre end ydelsen fastsat i hovedleasingaftalen, på baggrund af, at beslutningen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure ikke indeholdt en foreløbig vurdering af de ydelser, som var betalt, med henblik på at afgøre, om de indeholdt et element af støtte²⁴.

76. I dom af 1. juli 2009, KG Holding m.fl. mod Kommissionen (T-81/07 – T-83/07, EU:T:2009:237, præmis 134), blev afgørelsen delvist annulleret, eftersom genstanden for pålægget om tilbagesøgning ikke fremgik af indledningsafgørelsen.

77. Min opfattelse støttes endvidere af Rettens dom i sagen Ferriere Nord mod Kommissionen²⁵: »Princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, som sagsøgeren har påberåbt sig, indebærer, at Kommissionen under proceduren for undersøgelse af statsstøtte skal tage hensyn til den berettigede forventning, som de berørte parter vil kunne have på grundlag af det i [indledningsafgørelsen] [...], og at Kommissionen følgelig ikke kan basere den endelige beslutning på den omstændighed, at den ikke har modtaget oplysninger, som de interesserede parter på grundlag af denne angivelse ikke har ment, at det var fornødent at fremsende.«

78. Det fremgår af ovenstående betragtninger, at det første appelanbringende skal forkastes som ugrundet.

B. Andet appelanbringende, der omhandler manglende begrundelse på baggrund af en urigtig fortolkning af indledningsafgørelsen

1. Formaliteten

79. Delstaten Bayern og firmagruppen har gjort gældende, at begge led i det andet appelanbringende skal afvises, eftersom Kommissionen har anfægtet Rettens vurdering af faktiske spørgsmål og gentaget argumenter og anbringender, der blev fremført under behandlingen i første instans.

80. Jeg er af den opfattelse, at disse argumenter skal forkastes af de samme grunde som anført i punkt 28-31 i nærværende forslag til afgørelse.

²³ – Dom af 13.9.2010 (T-415/05, T-416/05 og T-423/05, EU:T:2010:386, præmis 240) (dommen blev ikke appelleret til Domstolen).

²⁴ – Jf. C. Quigley, *European State Aid Law and Policy*, Bloomsbury, 3. udgave, 2015, s. 556.

²⁵ – Dom af 18.11.2004 (T-176/01, EU:T:2004:336, præmis 88) (appel forkastet af Domstolen).

2. Realiteten

a) Kort fremstilling af parternes argumenter

81. Kommissionen har i et subsidiært appelanbringende, der formelt har to led, anfægtet den første appellerede doms præmis 53-58 og 62 og den anden appellerede doms præmis 47-53 og 56.

1) Det andet appelanbringendes første led

82. Kommissionen har gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl, eftersom den fortolkede indledningsafgørelsen på en selektiv måde, idet den begrænsede sig til et begrænset antal betragtninger, selv om den er forpligtet til at vurdere alle betragtninger i denne afgørelse²⁶.

83. Kommissionen har for det første anført, at indledningsafgørelsen (femte betragtning) henviser til »budgetbaserede beløb« og »beløb tiltænkt støtten«. Selv om det sidste udtryk henviser til finansiering gennem midler fra et særskilt budget, der i særdeleshed stammer fra mælkeafgiftsindtægter, er Kommissionen af den opfattelse, at det er indlysende, at dette udtryk ligeledes omfatter finansiering gennem det almindelige budget. Den er også af den opfattelse, at det fremgår af indledningsafgørelsens 18. betragtning, at finansieringen sikres gennem budgetmidler og midler, der stammer fra mælkeafgifter.

84. Kommissionen har desuden gjort gældende, at Retten begik fire retlige fejl i forbindelse med sin fortolkning af indledningsafgørelsen.

85. Den første angivelige retlige fejl angår den første appellerede doms præmis 53 og den anden appellerede doms præmis 48. Kommissionen er af den opfattelse, at Retten undlod at vurdere Kommissionens første argument og derfor ikke opfyldte sin begrundelsespligt og sin forpligtelse til at vurdere alle de fremsatte anbringender.

86. Den anden angivelige retlige fejl angår den første appellerede doms præmis 54 og 57 og den anden appellerede doms præmis 49, 52 og 53. Kommissionen er af den opfattelse, at henvisningen i bl.a. indledningsafgørelsens 17. betragtning til bestemmelser i delstaten Baden-Württemberg tillader delstaten Bayern at udlede, at de identiske bestemmelser i delstaten Bayern – som den havde henvist til i forbindelse med den foreløbig vurdering og i sine bemærkningerne i forbindelse med den formelle undersøgelsesprocedure – ligeledes var omfattet af indledningsafgørelsen.

87. Den tredje angivelige retlige fejl angår den første appellerede doms præmis 55 og den anden appellerede doms præmis 50, hvori Retten fortolkede afsnit 3.3.1 i indledningsafgørelsen således, at stadiet for den foreløbige vurdering skulle begrænses til en enkelt finansieringsmetode (mælkeafgifter). Kommissionen bemærkede, at dette afsnit i indledningsafgørelsen alene indeholdt en foreløbig vurdering af den relevante støttes natur. Denne bedømmelse kan derfor ikke resultere i en begrænsning i beskrivelsen af de relevante faktiske og retlige spørgsmål som beskrevet i andet afsnit i denne afgørelse.

²⁶ – Kendelse af 10.7.2001, Irish Sugar mod Kommissionen (C-497/99 P, EU:C:2001:393).

88. I forhold til den fjerde angivelige retlige fejl har Kommissionen henvist til de samme anbringender vedrørende den første appellerede doms præmis 56 og den anden appellerede doms præmis 51, hvori Retten angiveligt erklærede, at 264. betragtning i indledningsafgørelsen alene henviser til finansiering gennem mælkeafgifter.

89. Delstaten Bayern og firmagruppen har i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen tager fejl, når den hævder, at Retten i sin vurdering af de faktiske spørgsmål, der er omtalt i indledningsafgørelsen, baserede sig på en selektiv gennemgang af bestemte betragtninger i denne afgørelse. De har også bestridt argumentet om, at det kan udledes af henvisningen til budgetreglerne i delstaten Baden-Württemberg, at budgetreglerne i delstaten Bayern også er omfattet af indledningsafgørelsen.

2) *Det andet appelanbringendes andet led*

90. Kommissionen har bestridt Rettens konklusion i den første appellerede doms præmis 62 og den anden appellerede doms præmis 56, hvorefter indholdet af sagsakterne ikke betragtes som relevant i forhold til fortolkningen af indledningsafgørelsen. Kommissionen har derimod gjort gældende, at hvis skrivelserne udvekslet i forbindelse med den foreløbige vurdering tages i betragtning, kunne hverken delstaten Bayern eller Retten have været i tvivl om, at den formelle undersøgelse også omhandlede finansiering gennem det almindelige skatteprovenu.

91. Kommissionen har endvidere gjort gældende, at Retten i den første appellerede doms præmis 53-58 og 62 og den anden appellerede doms præmis 47-53 handlede i strid med retspraksis angående begrundelsespligten og undlod at forholde sig til Kommissionens argumenter.

92. Delstaten Bayern og firmagruppen har i det væsentlige gjort gældende, at dette led af det andet appelanbringende er ugrundet. I modsætning til, hvad Kommissionen har anført, fandt Retten ikke, at indholdet af sagsakterne var irrelevant i forhold til fortolkningen af indledningsafgørelsen. Firmagruppen har tilføjet, at henvisningen til eksempelvis lovgivningen i delstaterne ikke er tilstrækkelig til at informere de interesserede parter. Firmagruppen har også gjort gældende, at Kommissionens vurdering i indledningsafgørelsen alene vedrører de foranstaltninger, som blev vedtaget i henhold til MFG.

b) *Bedømmelse*

93. Efter min opfattelse skal disse to led af appelanbringendet behandles sammen.

94. Som Retten konstaterede i den første appellerede doms præmis 57, bekræftede Kommissionen under sagens behandling i første instans selv, at finansieringen af mælke kvalitetskontroller gennem delstaten Bayerns budgetmidler ikke var omtalt i indledningsafgørelsen.

95. Efter min opfattelse er det ikke nødvendigt at forholde sig til de mange argumenter, som Kommissionen har fremført, eftersom det fremgår af min vurdering af det første appelanbringende, at et faktisk eller retligt spørgsmål, der er relevant i forhold til undersøgelsesproceduren, som omhandlet i artikel 6, stk. 1, i forordning nr. 659/1999, ikke blot kan betragtes som *implicit »henvist til« i eller udledt af* en indledningsafgørelse, som Kommissionen vedtager.

96. Som det fremgår af punkt 41 i nærværende forslag til afgørelse: (i) Artikel 6, stk. 1, i forordning nr. 659/1999 etablerer en positiv forpligtelse for Kommissionen, således at dette allerede udelukker enhver sådan implicit henvisning eller udledning, og (ii) såfremt Retten måtte acceptere en sådan implicit henvisning eller udledning, ville dette medføre, at partnernes ret til at fremsætte bemærkninger i procedurer vedrørende statsstøtte bliver meningsløs.

97. Efter min opfattelse skal faktiske eller retlige spørgsmål, der er relevante for undersøgelsesproceduren, eksplicit anføres i indledningsafgørelsen.

98. Ifølge fast retspraksis »skal den begrundelse, som kræves i henhold til [artikel 296 TEUF], tilpasses karakteren af den pågældende retsakt og klart og utvetydigt angive de betragtninger, som den institution, der har udstedt den anfægtede retsakt, har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, og således at den kompetente ret kan udøve sin prøvelsesret. Det nærmere indhold af begrundelseskravet skal fastlægges i lyset af den konkrete sags omstændigheder, navnlig indholdet af den pågældende retsakt, indholdet af de anførte grunde og den interesse, som retsaktens adressater samt andre, der må anses for umiddelbart og individuelt berørt af retsakten, kan have i begrundelsen«²⁷.

99. En sidste bemærkning er passende: Såfremt man accepterede Kommissionens argumenter i denne sag, hvordan kan Domstolen da afgøre, om der i en afgørelse i forbindelse med et annullationssøgsmål foreligger en undladelse af at anføre grunde, såfremt det blev tilladt, at denne afgørelse alene implicit indeholdt visse relevante faktiske eller retlige spørgsmål?

100. Det følger heraf, at begge led i det andet appelanbringende skal forkastes som enten ugrundede eller uvirksomme. Det andet appelanbringende skal derfor også forkastes.

C. Tredje appelanbringende om en retlig fejl ved fortolkningen af artikel 263, stk. 2, TEUF

1. Formaliteten

101. Delstaten Bayern og firmagruppen har bestridt, at dette appelanbringende kan antages til realitetsbehandling, eftersom det ikke i sig selv kan føre til annullation af de appellerede domme, idet det er tæt knyttet til det fjerde appelanbringende.

102. Selv om det tredje og det fjerde appelanbringende er tæt knyttet (det tredje anbringende kan kun opretholdes såfremt det fjerde opretholdes), er dette ikke i sig selv tilstrækkeligt til ikke at antage nogle af dem til realitetsbehandling. Efter min opfattelse er det tredje appelanbringende ikke uvirksomt, eftersom det fremgår klart af Kommissionens appelskrift, at det fjerde appelanbringende ikke er subsidiært i forhold til det tredje anbringende – begge anbringender er placeret på samme niveau.

103. Delstaten Bayern og firmagruppen har også gjort gældende, at det tredje appelanbringende skal afvises, eftersom Kommissionen har bestridt Rettens bedømmelse af faktiske spørgsmål og gentaget argumenter og anbringender, som blev fremført for Retten.

²⁷ – Min fremhævelse. Jf. dom af 21.7.2011, Alcoa Trasformazioni mod Kommissionen (C-194/09 P, EU:C:2011:497, præmis 96 og den deri nævnte retspraksis).

104. Jeg er af den opfattelse, at disse argumenter skal forkastes af de samme grunde, som blev forklaret i punkt 28-31 i nærværende forslag til afgørelse.

2. Realiteten

a) Kort fremstilling af parternes argumenter

105. Kommissionen har i det væsentlige gjort gældende, at Retten i den første appellerede doms præmis 70-71 og i den anden appellerede doms præmis 66-68 begik en retlig fejl, idet den konstaterede, at tredjeparters rettigheder med hensyn til deltagelse udgør væsentlige formkrav som omhandlet i artikel 263, stk. 2, TEUF.

106. Delstaten Bayern og firmagruppen har i det væsentlige gjort gældende, at dette appelanbringende er ugrundet. De har hævdet, at tilsidesættelse af et væsentlig formkrav automatisk leder til annullation af den omtvistede afgørelse. De har også gjort gældende, at dom af 8. maj 2008, *Ferriere Nord mod Kommissionen* (C-49/05 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2008:259; »*Ferriere Nord-dommen*«), ikke er relevant i forhold til nærværende sag. Angående dom af 11. december 2008, *Kommissionen mod Freistaat Sachsen* (C-334/07 P, EU:C:2008:709; »*Freistaat Sachsen-dommen*«), har disse parter gjort gældende, at det i denne dom anføres, at Kommissionens forpligtelser i henhold til artikel 108, stk. 2, TEUF til at gøre det muligt for de interesserede parter at fremsætte deres kommentarer i forbindelse med den formelle undersøgelsesprocedure udgør et væsentlig formkrav.

b) Bedømmelse

107. I dele af Rettens seneste praksis på området for kontrol med statsstøtte²⁸ anvendes en meget formalistisk tilgang, og det søges at fastsætte meget strenge betingelser for Kommissionen og dens afgørelser. Denne retspraksis går længere end de betingelser, der følger af Domstolens praksis. Ud over nærværende sag (for så vidt angår det tredje og det fjerde appelanbringende) er et eksempel herpå den sag, som jeg gennemgår i detaljer i dette forslag til afgørelse (*Gdynia-dommen*), hvor Domstolen forkastede Rettens tilgang og ophævede dens dom.

108. Jeg vil endvidere nævne, at jeg i mit forslag til afgørelse af 3. juni 2021 i sag C-57/19 P, *Tempus Energy* (verserer i øjeblikket), forklarer, at Rettens tilgang i denne sag skal forkastes og dens afgørelse ophæves, eftersom Retten begik en væsentlig retlig fejl i forhold til dens konklusion, ifølge hvilken den anmeldte støtteforanstaltning gav anledning til alvorlig tvivl vedrørende dens forenelighed med det indre marked. Retten begik efter min opfattelse fejl i denne forbindelse ved at tage længden af og omstændighederne ved kontrakterne forud for anmeldelsen og det forhold, at foranstaltningen var kompleks og ny, i betragtning som

²⁸ – Jf. for et generelt overblik over nyere retspraksis angående statsstøtte P. Staviczky, *What Will the EU Court's Recent Judgments Annulling Commission's State Aid Decisions Bring to Member States?*, *European State Aid Law Quarterly*, nr. 3, 2019, s. 293. Jf. også f.eks. i det samme nummer af dette tidsskrift: J.L. Buendia, C. Buts, og M. Cyndecka, *Review of EU Case Law on State Aid – 2018*, s. 313.

hovedindicier for, at der forelå tvivl, og endvidere begik fejl ved at kritisere Kommissionen for ikke i tilstrækkelig grad at undersøge visse forhold angående kapacitetsmarkedet i Det Forenede Kongerige²⁹.

109. Som jeg vil forklare nedenfor, er det væsentlige problem med de appellerede domme, at såfremt Domstolen accepterer Rettens tilgang, vil dette udviske den sondring, der længe har været gældende i Domstolens praksis mellem på den ene side rettighederne vedrørende procedurer inden for statsstøtte for den medlemsstat, som afgørelsen er rettet til, og på den anden side de (mere begrænsede) rettigheder for de interesserede parter.

1) Den berørte medlemsstats ret til forsvar versus de interesserede parters ret til at blive inddraget

110. Det fremgår af Domstolens praksis, at de interesserede parters rettigheder er mere begrænset end den berørte medlemsstats ret til forsvar³⁰, og tilsidesættelse af disse fører ikke nødvendigvis til annullation af den endelige afgørelse, medmindre medlemsstaten kan godtgøre, at udfaldet af proceduren ville have været anderledes, hvis ingen tilsidesættelse havde fundet sted³¹.

111. Det fremgår i denne forbindelse af retspraksis, at selv om alle interesserede parter skal opfordres til at fremsætte bemærkninger i forbindelse med den formelle undersøgelsesprocedure, er denne procedure ikke forbundet med en kontradiktorisk forhandling med klageren eller med støttemodtageren. De bemærkninger, der modtages i løbet af den formelle undersøgelse, bliver alene fremsendt til den berørte medlemsstat³².

112. Det er endvidere kun den berørte medlemsstat, der kan gøre indsigelse vedrørende tilsidesættelse af dens ret til forsvar i et annullationssøgsmål for Unionens retsinstanser³³.

113. Jeg vil i denne forbindelse påpege, at selv med hensyn til den berørte medlemsstat er Domstolen utilbøjelig til at henvise til en ret til at blive hørt i den indledende del af undersøgelsen³⁴.

114. Det fremgår af praksis fra Unionens retsinstanser, at tredjeparter på området for kontrol med statsstøtte ikke har disse rettigheder: retten til at blive informeret om, at Kommissionen foretager en foreløbig vurdering af støtte³⁵, retten til at blive informeret om de væsentlige faktiske forhold, inden en indledningsafgørelse vedtages³⁶, retten til at fremsætte bemærkninger i den indledende fase³⁷ eller retten til at få aktindsigt i Kommissionens sagsakter³⁸. Tredjeparter har

²⁹ – Der er yderligere eksempler, hvor Rettens tilgang og domme, hvorved Kommissionens afgørelser blev annulleret, er blevet ophævet af Domstolen efter appel. Jf. f.eks. dom af 22.12.2008, British Aggregates mod Kommissionen (C-487/06 P, EU:C:2008:757), af 8.9.2011, Kommissionen mod Nederlandene (C-279/08 P, EU:C:2011:551), af 15.11.2011, Kommissionen og Spanien mod Government of Gibraltar samt Det Forenede Kongerige Storbritannien (C-106/09 P og C-107/09 P, EU:C:2011:732), og af 2.12.2009, Kommissionen mod Irland m.fl. (C-89/08 P, EU:C:2009:742).

³⁰ – Dom af 2.4.1998, Kommissionen mod Sytraval og Brink's France (C-367/95 P, EU:C:1998:154).

³¹ – Dom af 14.2.1990, Frankrig mod Kommissionen (C-301/87, EU:C:1990:67).

³² – Jf. dom af 2.4.1998, Kommissionen mod Sytraval og Brink's France (C-367/95 P, EU:C:1998:154, præmis 59). Jf. også dom af 8.7.2004, Technische Glaswerke Ilmenau mod Kommissionen (T-198/01, EU:T:2004:222, præmis 193-198).

³³ – Dom af 10.7.1986, Belgien mod Kommissionen (234/84, EU:C:1986:302, præmis 30), og af 15.11.2011, Kommissionen og Spanien mod Government of Gibraltar samt Det Forenede Kongerige Storbritannien (C-106/09 P og C-107/09 P, EU:C:2011:732, præmis 165).

³⁴ – Dom af 10.5.2005, Italien mod Kommissionen (C-400/99, EU:C:2005:275, præmis 29-35).

³⁵ – Dom af 11.3.2009, TF1 mod Kommissionen (T-354/05, EU:T:2009:66).

³⁶ – Dom af 11.3.2009, TF1 mod Kommissionen (T-354/05, EU:T:2009:66).

³⁷ – Dom af 11.3.2009, TF1 mod Kommissionen (T-354/05, EU:T:2009:66).

³⁸ – Dom af 29.6.2010, Kommissionen mod Technische Glaswerke Ilmenau (C-139/07 P, EU:C:2010:376).

endvidere ingen ret til at klage over procedurespørgsmål til høringskonsulenten, en omfattende ret til at blive hørt (ud over at fremsætte bemærkninger angående indledningsafgørelsen) eller en ret til at deltage i møderne mellem Kommissionen og den berørte medlemsstat.

115. Domstolen erindrede i præmis 80-82 i dom af 24. september 2002, Falck og Acciaierie di Bolzano mod Kommissionen (C-74/00 P og C-75/00 P, EU:C:2002:524, herefter »Falck-dommen«), at »inden for anvendelsen af [...] artikel [108, stk. 2, TEUF] [er] offentliggørelsen i [EU]-Tidende [...] et egnet middel til at gøre alle interesserede parter bekendt med, at der er indledt en procedure [...] Denne meddelelse tilsigter at fremskaffe alle oplysninger fra de pågældende, som kan klarlægge forholdene for Kommissionen med henblik på, hvad denne videre skal foretage sig [...] En sådan fremgangsmåde sikrer, at de øvrige medlemsstater og de berørte erhvervskredse høres [...] Proceduren for kontrol af statsstøtte [...] er imidlertid, når der henses til dens generelle opbygning, en procedure, der indledes mod den medlemsstat, der i henhold til sine [EU-]forpligtelser er ansvarlig for ydelsen af støtte. For at respektere retten til forsvar kan Kommissionen, hvor den berørte medlemsstat ikke har været i stand til at kommentere visse oplysninger, ikke lægge disse oplysninger til grund for sin afgørelse vedrørende denne stat [...] I proceduren for kontrol med statsstøtte har andre interesserede parter end den berørte medlemsstat alene den rolle, der er anført i denne doms præmis 80, og de kan i den forbindelse ikke selv forlange en kontradiktorisk behandling af Kommissionen, svarende til den, der tilbydes den pågældende medlemsstat«.

116. Det er derfor nødvendigt at vurdere nærværende appelanbringende i lyset af denne retspraksis fra Domstolen.

117. Som det vil fremgå nedenfor, tager Rettens konklusion i den første appellerede doms præmis 70 og 71 og den anden appellerede doms præmis 66-68 om, at tredjeparters ret til at deltage udgør væsentlige formkrav som omhandlet i artikel 263, stk. 2, TEUF, ikke hensyn til den retspraksis fra Domstolen, der henvises til ovenfor, og dette udgør en retlig fejl.

118. Denne tilgang skal også forkastes af den grund, at den leder til en retlig situation, der er i fuldstændig modstrid med den berørte medlemsstats ret til forsvar over for Kommissionen, hvilken situation på paradoksal vis ville føre til en bedre beskyttelse af de interesserede parter end denne medlemsstat.

119. I Ferriere Nord-dommen overførte Domstolen praksis angående retten til forsvar til retten til at være involveret i den administrative procedure. En tilsidesættelse af denne ret kan derfor ikke føre til annullation af Kommissionens endelige afgørelse, medmindre proceduren – i fravær af denne tilsidesættelse – ville have ført til et andet resultat.

120. Retten baserede i den første appellerede doms præmis 70 og den anden appellerede doms præmis 67 sin begrundelse på Freistaat Sachsen-dommens præmis 55³⁹. Den undlod dog at nævne denne doms præmis 56, der udtrykkeligt bekræfter Ferriere Nord-dommen⁴⁰.

³⁹ – »[...] det følger af artikel 88, stk. 2, EF og artikel 1, litra h), i forordning nr. 659/1999, at når Kommissionen beslutter at indlede en formel undersøgelsesprocedure vedrørende påtænkt støtte, skal dette gøre det muligt for interesserede parter, herunder den eller de berørte virksomheder, at fremsætte bemærkninger. Denne bestemmelse udgør et væsentligt formkrav.«

⁴⁰ – »Det følger heraf, at når de bestemmelser, der var gældende, da en medlemsstat foretog anmeldelse af påtænkt støtte, bliver ændret, inden Kommissionen vedtager sin beslutning, skal sidstnævnte med henblik på at træffe afgørelse på grundlag af de nye bestemmelser, således som den er forpligtet til, opfordre interesserede parter til at udtale sig om støttens forenelighed med sidstnævnte bestemmelser. Det forholder sig kun anderledes, hvis de nye bestemmelser ikke indeholder indholdsmæssige ændringer i forhold til de bestemmelser, der tidligere var gældende (jf. i denne retning [...] Ferriere Nord[-dommen], præmis 68-71).«

121. Jeg er enig med Kommissionen i, at den konflikt, der tilsyneladende er mellem Ferriere Nord-dommen og Freistaat Sachsen-dommen, ikke har betydning, såfremt vi forstår dem således, at det alene er *forpligtelsen til at åbne en formel undersøgelsesprocedure*, der udgør en væsentlig formforskrift. Kommissionen kan med andre ord ikke vedtage en afgørelse, der afslutter den formelle undersøgelsesprocedure i henhold til artikel 7 i forordning nr. 659/1999, i tilfælde, hvor den ikke tidligere har åbnet den formelle undersøgelsesprocedure ved afgørelse truffet i henhold til denne forordnings artikel 4, stk. 4, og artikel 6, stk. 1.

122. Det er unladelsen af at vedtage en indledningsafgørelse, der udgør en tilsidesættelse af en væsentlig formforskrift.

123. Der kan her trækkes en parallel til det forhold, at væsentlige formforskrifter som en almindelig gældende regel er udtryk for en grundlæggende institutionel regel⁴¹. Dette er i overensstemmelse med det ovenfor nævnte krav i henhold til Domstolens praksis om, at Kommissionen skal indlede den formelle undersøgelsesprocedure og vedtage en indledningsafgørelse, der med rette kan hævdes at udgøre en væsentlig formforskrift.

124. Den mulige udeladelse af et relevante faktisk eller retligt spørgsmål i indledningsproceduren – såsom manglende eksplicit henvisning i indledningsafgørelsen til en af metoderne til finansiering af støtteforanstaltningen – er i modsætning hertil ikke udtryk for en grundlæggende institutionel regel og udgør i stedet en »mindre« tilsidesættelse, dvs. en tilsidesættelse af tredjeparters ret til at blive involveret i den administrative procedure, eftersom dette forhindrer dem i at fremsætte deres bemærkninger i forhold til dette element.

125. Denne tilsidesættelse kan ikke føre til automatisk annulation af den endelige afgørelse. Denne afgørelse kan alene blive annulleret, såfremt de interesserede parter kan godtgøre, at den information, de ville have fremsendt vedrørende dette element, ville have ført til en ændring af indholdet i den afgørelse, der afslutter den formelle undersøgelsesprocedure.

126. Det skal i denne forbindelse fremhæves, at i dom af 8. september 2016, Goldfish m.fl. mod Kommissionen (T-54/14, EU:T:2016:455), hvortil der blev henvist i den første appellerede doms præmis 70 og den anden appellerede doms præmis 67, ikke støtter Rettens fortolkning. Denne dom støtter i stedet min fortolkning af Freistaat Sachsen-dommen. I præmis 47 i dommen i sagen Goldfish m.fl. mod Kommissionen fastslog Retten, at »beviser, der er indsamlet i *klar* modstrid med den procedure, som gælder for tilvejebringelse af beviser, og som skal beskytte de pågældendes grundlæggende rettigheder«, skal afvises (min fremhævelse).

127. Forskellen mellem et væsentligt formkrav og en subjektiv rettighed (såsom i dette tilfælde de interesserede parters ret til at blive inddraget i den administrative procedure inden for området for kontrol med statsstøtte) blev på fin vis sammenfattet af generaladvokat Fennelly i sagen Kommissionen mod ICI⁴²: »Mens Domstolen forsøgte at undgå abstrakte definitioner af udtrykket »en væsentlig formforskrift«, mener jeg, at på basis af praksis er dette udtryk forbeholdt formforskrifter, som i det væsentlige er forbundet med udformningen og tilkendegivelsen af hensigten hos den vedtagende myndighed, og, som det fremgår af [...] artikel [263 TEUF], at enhver tilsidesættelse af et sådant krav nødvendigvis begrunder en annulation af foranstaltningen i sin helhed. Eftersom tilsidesættelsen vedrører foranstaltningen i sin helhed, er det ikke nødvendigt, ej heller i de fleste sager muligt, for den part, der gør den gældende, at bevise en særlig negativ virkning på sine subjektive rettigheder eller interesser; tilsidesættelsen

⁴¹ – K. Lenaerts, I. Maselis og K. Gutman, *EU Procedural Law*, OUP, 2014, s. 371.

⁴² – Forslag til afgørelse i Kommissionen mod ICI (C-286/95 P og C-287/95 P, EU:C:1999:578, punkt 22).

udgør en manglende overholdelse af en i den grad grundlæggende regel, der påvirker vedtagelsen eller formen af foranstaltningen, at den ikke kan anses for at være en gyldig og stadfæstet retsakt fra institutionen.«

128. For at fremhæve, hvorfor en tilsidesættelse af de interesserede parterets ret til at deltage i proceduren vedrørende statsstøtte ikke udgør en væsentlig formforskrift, er det hensigtsmæssigt at henvise til eksempler på, hvad Unionens retsinstanser har betegnet som en væsentlig formforskrift: den krævede høring af medlemsstater inden vedtagelse af en endelig antidumpingtold eller afgørelse inden for konkurrenceretsområdet⁴³. Det fuldstændige fravær af en sådan høring leder automatisk til annullation af antidumpingforordningen. En væsentlig fejl ved eller forsinkelse af høringen giver kun anledning til annullation, såfremt udfaldet af høringen kunne være påvirket heraf.

129. Vi kan derfor drage en parallel med indledningsafgørelsen: Det fuldstændige fravær heraf leder automatisk til annullation af den endelige afgørelse, hvorimod en væsentlig mangel i indledningsafgørelsen ikke leder til dette udfald, medmindre det kan påvises, at dette påvirker udfaldet af undersøgelsen vedrørende statsstøtte.

2) Med Gdynia-dommen er Rettens forsøg på at omdanne en tilsidesættelse af de interesserede parterets rettigheder til et væsentligt formkrav allerede blevet forkastet

130. I Gdynia-dommen, i særdeleshed i præmis 78-82⁴⁴, forkastede Domstolen kategorisk Rettens tilgang og bekræftede, at tredjeparters ret til at blive inddraget i den administrative procedure i henhold til artikel 108, stk. 2, TEUF ikke udgør en væsentlig formforskrift som omhandlet i artikel 263 TEUF.

131. Kommissionen havde i denne appelsag i det væsentlige gjort gældende, at Retten havde begået en fejl i anvendelsen af artikel 108, stk. 2, TEUF vedrørende de interesserede parterets ret til at fremsætte bemærkninger – på en måde, der strider med Ferriere Nord-dommen – hvor Retten fejlagtigt betegnede denne ret, under omstændighederne i den pågældende sag, som en væsentlig formforskrift, hvis tilsidesættelse automatisk ledte til en annullation af den relevante afgørelse.

132. Det skal nævnes, at Gdynia og PLGK samt Republikken Polen i det væsentlige havde gjort gældende, at Kommissionen havde tilsidesat de interesserede parterets ret til at fremsætte bemærkninger. De hævdede, at Kommissionens argumenter, der beroede på retspraksis, hvorefter de interesserede parterets rolle i en formel undersøgelsesprocedure alene betragtes som en informationskilde for Kommissionen, er i strid med gældende EU-ret, eftersom de domme, som Kommissionen henviste til i denne forbindelse, var afsagt, inden den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«) trådte i kraft. Disse parter argumenterede for, at de interesserede parterets ret til at have mulighed for at fremsætte bemærkninger i en situation som i den pågældende sag nu bør vurderes i lyset af de

⁴³ – Dette er allerede blevet behandlet af Retten; jf. dom af 22.5.2014, Guangdong Kito Ceramics m.fl. mod Rådet (T-633/11, ikke trykt i Sml., EU:T:2014:271, præmis 86 og den deri nævnte retspraksis) (herunder retspraksis på konkurrenceretsområdet), af 13.9.2010, Whirlpool Europe mod Rådet (T-314/06, EU:T:2010:390, præmis 91-96 og den deri nævnte retspraksis) (herunder på konkurrenceretsområdet), af 11.9.2014, Gold East Paper og Gold Huasheng Paper mod Rådet (T-443/11, EU:T:2014:774, præmis 95-101), af 17.2.2011, Zhejiang Xinshiji Foods og Hubei Xinshiji Foods mod Rådet (T-122/09, ikke trykt i Sml., EU:T:2011:46, præmis 100-112), og af 30.4.2015, VTZ m.fl. mod Rådet (T-432/12, ikke trykt i Sml., EU:T:2015:248, præmis 176-185 og 212-217).

⁴⁴ – Jf. også mit forslag til afgørelse Kommissionen mod Gmina Miasto Gdynia og Port Lotniczy Gdynia Kosakowo (C-56/18 P, EU:C:2019:569).

grundlæggende rettigheder, som chartret beskytter, og især i lyset af retten til god forvaltning i henhold til chartrets artikel 41, som udgør et element heraf. De interesserede parter har ret til at blive hørt inden vedtagelsen af en kommissionsafgørelse skal derfor tages i betragtning.

133. De argumenter, der er fremsat af Gdynia og PLGK samt Republikken Polen, sigter mod, at tredjeparters ret til at blive inddraget i den administrative procedure i henhold til artikel 108, stk. 2, TEUF udgør et væsentligt formkrav, og det er i realiteten hvad Retten søgte at opnå i sin dom af 17. november 2017, Gmina Miasto Gdynia og Port Lotniczy Gdynia Kosakowo mod Kommissionen (T-263/15, EU:T:2017:820), og hvad den søger at opnå i de appellerede domme.

134. Jeg er dog af den opfattelse, at denne diskussion er uden betydning i nærværende sag, eftersom denne tilgang klart blev forkastet i Gdynia-dommen.

135. For det første bemærkede Domstolen i Gdynia-dommens præmis 70, at i henhold til retspraksis »betragtes virksomheder, der er potentielle modtagere af statsstøtte, som interesserede parter, og [...] Kommissionen [har] i undersøgelsesfasen i henhold til artikel 108, stk. 2, TEUF, [...] pligt til at opfordre disse til at fremsætte deres bemærkninger«.

136. For det andet fremhævede Domstolen i denne doms præmis 71, at »selv om sådanne interesserede parter ikke kan påberåbe sig en ret til forsvar, har de til gengæld ret til i formålstjenligt omfang under hensyn til sagens konkrete omstændigheder at blive inddraget i den administrative procedure, som Kommissionen gennemfører«.

137. Min tilgang i nærværende forslag til afgørelse støttes endvidere af det forhold, at Domstolen i den præmis, jeg henviser til nedenfor, baserede sig på (altså præmis 72-75 i Gdynia-dommen) Falck-dommen (præmis 80-83)⁴⁵, med henblik på klart at fremhæve forskellen mellem den berørte medlemsstats ret (til forsvar) angående retten til (*direkte*) at deltage i den administrative procedure og tredjeparters ret til at *blive (indirekte) inddraget* i den administrative procedure.

138. Domstolen erindrede i realiteten i Gdynia-dommens præmis 72, at de interesserede parter (alene) gives disse rettigheder med henblik på at sikre, at Kommissionen er tilstrækkelig oplyst.

139. Domstolen fremhævede i præmis 73, at proceduren for at undersøge statsstøtte i lyset af den generelle ordning udgør en procedure, der vedrører den berørte medlemsstat.

140. Selv om, som Domstolen bemærkede – igen med henvisning til Falck-dommen⁴⁶ – i Gdynia-dommens præmis 74, at »andre interesserede parter end den berørte medlemsstat alene [har] den rolle, der er anført i denne doms præmis 72, og de kan i den forbindelse *ikke selv forlange en kontradiktorisk behandling af Kommissionen, svarende til den, der tilbydes den pågældende medlemsstat*« (min fremhævelse).

141. Domstolen tilføjede i Gdynia-dommens præmis 75, at »der findes ikke nogen bestemmelser vedrørende proceduren for kontrol med statsstøtte, der giver modtageren af sådan støtte en særlig stilling blandt de interesserede parter«, ikke mindst fordi denne procedure ikke er en procedure, der indledes mod støttemodtageren, hvilket ville medføre, at denne som sådan kunne påberåbe sig en så udstrakt ret som retten til forsvar.

⁴⁵ – Jeg henviser til de relevante præmisser i Falck-dommen i punkt 115 i dette forslag til afgørelse.

⁴⁶ – Jeg henviser til de relevante præmisser i Falck-dommen i punkt 115 i dette forslag til afgørelse.

142. I den sag, der gav anledning til Gdynia-dommen, blev de interesserede parter ikke opfordret til at fremsætte bemærkninger vedrørende anvendelsen og den mulige virkning af Kommissionens 2014-retningslinjer⁴⁷, inden den omtvistede afgørelse blev truffet, selv om disse retningslinjer blev vedtaget efter, at indledningsafgørelsen var blevet truffet, og derfor efter afslutningen af den indledende undersøgelsesprocedure. Der opstod derfor det spørgsmål, hvorvidt Retten i den pågældende sag kunne fastslå, at de interesserede parters ret til at fremsætte bemærkninger angående den nye retlige ordning (i særdeleshed Kommissionens 2014-retningslinjer), inden den omtvistede afgørelse blev truffet, udgjorde en væsentlig formforskrift som omhandlet i artikel 263 TEUF – hvis tilsidesættelse leder til annullation af afgørelsen, uden at det er nødvendigt at påvise, at den administrative procedure kunne have ført til et andet resultat.

143. Domstolen besvarede dette spørgsmål benægtende.

144. Domstolen fastslog, at opfordringen til de interesserede parter til at fremsætte bemærkninger angående forhold, der ikke var blevet omtalt i indledningsafgørelsen, såsom indførelsen af nye vurderingsregler efter indledningsafgørelsens offentliggørelse i henhold til artikel 108, stk. 2, TEUF, ikke udgjorde en væsentlig formforskrift, men derimod en *procedurefejl*, som derfor ikke automatisk leder til annullation af den endelige afgørelse (præmis 78-82 i denne dom).

145. Domstolen forklarede især i præmis 78, at det skal undersøges, hvorvidt Retten var berettiget til at fastslå, at de interesserede parters ret til at fremsætte bemærkninger vedrørende den nye retlige ordning i denne sag før vedtagelsen af den omtvistede afgørelse udgjorde en væsentlig formforskrift som omhandlet i artikel 263 TEUF.

146. I den følgende præmis (Gdynia-dommens præmis 79) henviste Domstolen til Ferriere Nord-dommen og bemærkede, at »Kommissionen ikke uden at tilsidesætte de interesserede parters [proceduremæssige] rettigheder [kan] basere sin afgørelse på nye principper, som indføres ved nye retlige bestemmelser, uden at opfordre dem til at fremsætte deres bemærkninger hertil«.

147. En sådan »fejlagtig fremgangsmåde [kan dog] kun [...] medføre hel eller delvis annullation af en afgørelse, hvis det godtgøres, at den kunne have fået et andet indhold, hvis fejlen ikke var begået«⁴⁸. Domstolen henviste til dom af 23. april 1986, Bernardi mod Parlamentet (150/84, EU:C:1986:167).

148. Domstolen bemærkede mere præcist i præmis 81, at »[når der] med hensyn til de interesserede parters [proceduremæssige] rettigheder er foretaget en ændring i de retlige bestemmelser, efter at Kommissionen har givet de interesserede parter lejlighed til at fremsætte deres bemærkninger, og inden Kommissionens vedtagelse af en afgørelse om en påtænkt støtteforanstaltning, og Kommissionen støtter denne afgørelse på de nye retlige bestemmelser uden at opfordre disse parter til at fremsætte deres bemærkninger til disse, kan den blotte eksistens af forskelle mellem de retlige bestemmelser, som de nævnte parter fik lejlighed til at fremsætte deres bemærkninger til, og de retlige bestemmelser, som den nævnte afgørelse er støttet på, ikke som sådan medføre en annullation af denne afgørelse. Selv om de pågældende

⁴⁷ – Meddelelse fra Kommissionen, benævnt »Retningslinjer for statsstøtte til lufthavne og luftfartsselskaber« (EUT 2014, C 99, s. 3, herefter »2014-retningslinjerne«).

⁴⁸ – Min fremhævelse; Gdynia-dommens præmis 80.

retlige bestemmelser er blevet ændret, opstår nemlig spørgsmålet, om den nævnte ændring i forhold til disse bestemmelser, som er relevante for den foreliggende sag, kunne ændre den omtvistede afgørelse«.

149. Som følge heraf fastslog Domstolen i Gdynia-dommens præmis 82, at Retten »[derfor] begik [...] en retlig fejl i den appellerede doms præmis 81, da den fastslog, at de interesserede parters ret til under omstændigheder som de i denne sag foreliggende at fremsætte bemærkninger udgør en væsentlig formforskrift som omhandlet i artikel 263 TEUF, og en tilsidesættelse heraf medfører annullation af den omtvistede afgørelse, uden at det er nødvendigt at føre bevis for, at tilsidesættelsen af denne ret kunne have ændret denne afgørelse«.

150. Domstolen bestemte i præmis 86 i denne dom, at »Retten ikke uden at tilsidesætte retspraksis vedrørende de interesserede parters [proceduremæssige] rettigheder, således som den er anført i [Gdynia-dommens] doms præmis 70-75 og 79-81, hverken kunne fastslå, at det ikke er nødvendigt at undersøge virkningerne af den manglende opfordring af de interesserede parter til at udtale sig om 2014-retningslinjerne inden vedtagelsen af denne afgørelse, eller fastslå en sådan virkning uden at undersøge Kommissionens argumentation til påvisning af, at der foreligger et selvstændigt og uafhængigt retsgrundlag for den nævnte afgørelse«.

151. Det kan også nævnes, at Domstolen i Gdynia-dommens præmis 87 og 88 alene henviste til Freistaat Sachsen-dommen (præmis 55) som en reaktion på sagsøgtens argumenter og gentog sin tidligere konstatering om, at de interesserede parters ret til at fremsætte bemærkninger under de i den pågældende sag omhandlede omstændigheder ikke udgjorde en væsentlig formforskrift.

152. Domstolen baserede i denne forbindelse ikke sin begrundelse på indledningsafgørelsens indhold, men på Kommissionens forpligtelse til, når den »beslutter at indlede en formel undersøgelsesprocedure vedrørende en påtænkt støtte, [at] gøre det muligt for interesserede parter, herunder den [...] berørte virksomhed [...], at fremsætte bemærkninger« (Gdynia-dommens præmis 87).

153. Som Domstolen bemærkede i præmis 88, vedrører Freistaat Sachsen-dommen »imidlertid [dels] Kommissionens forpligtelser på tidspunktet for indledningen af den formelle undersøgelsesprocedure. Dels rejser dommen spørgsmålet om anvendelsen af nye retsregler, som er vedtaget efter anmeldelsen af en påtænkt støtteforanstaltning. Dommen behandler derfor spørgsmål, som adskiller sig fra dem, der er rejst i forbindelse med nærværende appel, idet den ret til at få lejlighed til at fremsætte bemærkninger, som Gdynia kommune og selskabet PLGK støtter sig på, vedrører en ændring i de retlige bestemmelser, som er indtrådt efter, at disse parter blev opfordret til at fremsætte deres bemærkninger, og inden vedtagelsen af den omtvistede afgørelse«.

154. Det følger heraf, at det væsentlige formkrav indeholdt i artikel 108, stk. 2, TEUF, i forhold til de interesserede parter udelukkende omhandler opfordringen til, at de kan fremsætte deres bemærkninger umiddelbart efter vedtagelsen af indledningsafgørelsen.

3) Bemærkning vedrørende Freistaat Sachsen-dommen, fremsat for fuldstændighedens skyld

155. Som det er sædvanligt i generaladvokatens forslag til afgørelser, vil jeg – for fuldstændighedens skyld – vurdere, hvorvidt mine konklusioner skulle være anderledes, såfremt det blev lagt til grund (hvilket ikke er tilfældet), at Retten (i den første appellerede doms præmis 70 og i den anden appellerede doms præmis 67) med rette henviste til Freistaat

Sachsen-dommen (præmis 55) i forhold til, at »Kommissionens forpligtelse til på tidspunktet for indledningsafgørelsen at give interesserede parter mulighed for at fremsætte bemærkninger udgør et væsentligt formkrav [...], hvis tilsidesættelse medfører konsekvenser såsom annullation af den mangelfulde retsakt, uanset om denne tilsidesættelse har voldt den, der påberåber sig den, skade, eller om den administrative procedure kunne have ført til et andet resultat«.

156. Min konklusion gælder også i denne situation: Den logiske konsekvens af Rettens konstatering i denne forbindelse er faktisk, at Gdynia-dommen da ville afkræfte (eller endog berigtige) Freistaat Sachsen-dommen.

157. Fremfor at undersøge, hvorvidt en væsentlig formforskrift blev tilsidesat i denne sag (i Gdynia-dommens præmis 78), som det fremgår af min analyse ovenfor, baserede Retten sig på dommen i sagen Bernardi mod Parlamentet (150/84, EU:C:1986:167, præmis 28) i forbindelse med vurderingen af, »om Retten [...] med føje kunne fastslå, at de interesserede parter ret til i den foreliggende sag at fremsætte bemærkninger til disse nye retlige bestemmelser, navnlig 2014-retningslinjerne, inden vedtagelsen af den omtvistede afgørelse, udgør en væsentlig formforskrift som omhandlet i artikel 263 TEUF, og en tilsidesættelse heraf medfører annullation af denne afgørelse, uden at det er nødvendigt at føre bevis for, at den administrative procedure kunne have medført et andet resultat«.

158. Det følger heraf, at Retten begik en retlig fejl i den første appellerede doms præmis 70 og 71 og i den anden appellerede doms præmis 66-68 ved at bestemme, at »Kommissionens forpligtelse til på tidspunktet for indledningsafgørelsen at give interesserede parter mulighed for at fremsætte bemærkninger udgør [en væsentlig formforskrift]«.

159. Dette skyldes, at tilsidesættelsen af de interesserede parter ret til at blive inddraget i den administrative procedure – såsom, at de ikke gives mulighed for at fremsætte bemærkninger – ikke udgør en tilsidesættelse af en væsentlig formforskrift, der automatisk medfører annullation af den omtvistede afgørelse.

160. Jeg er enig med Kommissionen i, at selv om nærværende sag ikke vedrører bemærkninger fra de interesserede parter vedrørende *retlige regler* (såsom Kommissionens retningslinjer vedrørende undersøgelse af statsstøtte, som det var tilfældet i Gdynia-dommen), men derimod vedrører deres bemærkninger angående *faktiske spørgsmål* (altså støtteforanstaltningens anden finansieringsmetode i denne sag: delstatens Bayerns budgetmidler), udelukker denne forskel angående *genstanden* for de manglende bemærkninger ikke, at Gdynia-dommen finder anvendelse.

161. *Problemet er det samme i begge sager* – nemlig at de interesserede parter ikke havde mulighed for at fremsætte deres synspunkter angående de forskellige aspekter i indledningsafgørelsen.

162. Forskellen mellem *årsagerne* til de manglende bemærkninger fra de interesserede parter i de to sager – nemlig manglende henvisning i indledningsafgørelsen eller vedtagelsen af nye retningslinjer fra Kommissionen, efter at indledningsafgørelsen var vedtaget – er ikke relevant. Det væsentlige er, at de interesserede parter ret til at blive inddraget i den administrative procedure blev tilsidesat i begge sager.

163. Retten fremhævede endda i den første appellerede doms præmis 71, at retten til at blive inddraget i den administrative procedure var tilsidesat.

164. Det følger derfor af ovenstående betragtninger, at det tredje appelanbringende skal tages til følge.

D. Det fjerde appelanbringende, der omhandler en angivelig retlig fejl angående fortolkningen af de interesserede parters ret til at fremsætte deres bemærkninger

1. Formaliteten

165. Delstaten Bayern og firmagruppen har gjort gældende, at det fjerde appelanbringende skal forkastes. De har gjort gældende, at Retten i den første appellerede doms præmis 72 og 75 konkluderede, at tilsidesættelsen af de interesserede parters ret til at fremsætte bemærkninger havde en indvirkning på procedurens udfald; dette skete på baggrund af en bemærkning, der alene angik faktiske spørgsmål. Firmagruppen har gjort gældende, at dette appelanbringende skal afvises, eftersom det vedrører Rettens bedømmelse af faktiske spørgsmål, og det udgør en gentagelse af grunde og argumenter, der allerede var blevet fremsat ved Retten.

166. For det første kan delstaten Bayern ikke bebrejde Kommissionen, at den angiveligt støttede sig på nye faktiske forhold, eftersom Kommissionen støttede sig til indholdet i den omtvistede afgørelse, som er en retlig afgørelse. For det andet er det tilstrækkeligt at nævne, at disse argumenter kan forkastes af de samme grunde, som er omtalt i punkt 28-31 i nærværende forslag til afgørelse.

2. Realiteten

a) Kort fremstilling af parternes argumenter

167. Kommissionen har kritiseret, at Retten begik en fejl ved i den første appellerede doms præmis 72-75 og i den anden appellerede doms præmis 70-72 at finde, at de interesserede parters bemærkninger angående spørgsmålet om, hvorvidt budgetfinansiering udgør statsmidler, kunne have en indvirkning på sagens udfald. Kommissionen har gjort gældende, at Retten ikke alene tilsidesatte artikel 108, stk. 2 og 3, TEUF og artikel 6, stk. 1, i forordning nr. 659/1999, men endvidere fejlforklede begrebet statsmidler som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF samt begrebet eksisterende støtte som omhandlet i artikel 108, stk. 1, TEUF. Kommissionen har endelig indvendt, at Retten gengav de faktiske omstændigheder, der var fastlagt i den omtvistede afgørelse, urigtigt og undlod at undersøge de anbringender, som Kommissionen havde fremsat til sit forsvar.

168. Kommissionen har for det første anfægtet konklusionen i den første appellerede doms præmis 73 og i den anden appellerede doms præmis 71 om, at delstaten Bayern ikke kunne fremsætte sine synspunkter angående spørgsmålet om, hvorvidt de mælke kvalitetskontroller, der var finansieret gennem det almindelige skatteprovenu, udgjorde kontroller, der gik videre end de retlige krav. Kommissionen har gjort gældende, at delstatens argumenter som fremsat under den formelle undersøgelse ikke ændrede udfaldet af denne procedure, eftersom finansieringen af de supplerende kontroller faldt uden for rammerne for den omtvistede afgørelses anvendelsesområde. Kommissionen har yderligere gjort gældende, at Retten undlod at undersøge de anbringender, som Kommissionen havde fremsat til sit forsvar: for det første, selv hvis delstaten Bayerns argumenter angående de supplerende kontroller var korrekte, var der under

alle omstændigheder enighed om, at disse kontroller blev udført i henhold til MFG. Indledningsafgørelsen omhandlede dog alle kontroller, der var tiltænkt i henhold til denne lov, og derfor også disse kontroller.

169. Kommissionen har for det andet anfægtet konklusionen i den første appellerede doms præmis 74 om, at delstaten Bayern ikke kunne fremsætte sine synspunkter angående spørgsmålet om, hvorvidt den omhandlede foranstaltning udgjorde eksisterende støtte. Retten undlod at forholde sig til de anbringender, som Kommissionen havde fremsat til sit forsvar.

170. Kommissionen har i denne forbindelse anført, at 140.-152. betragtning til indledningsafgørelsen gjorde det muligt for de interesserede parter at forholde sig til spørgsmålet, om der foreligger eksisterende støtte. Den har tilføjet, som det fremgår af 41.-56. betragtning til den omtvistede afgørelse, at delstaten Bayern fremsatte sine detaljerede bemærkninger angående dette spørgsmål.

171. Delstaten Bayern og firmagruppen har i det væsentlige gjort gældende, at dette appelanbringende er ugrundet, eftersom det er baseret på en fejlfortolkning af de appellerede domme. De har anført, at spørgsmålet om, hvorvidt budgetmidler udgør statsmidler, ikke er relevant. Disse parter har desuden gjort gældende, at spørgsmålet om, hvorvidt proceduren uden tilsidesættelsen af de interesserede parters ret til at deltage kunne have fået et andet udfald, ligeledes er uden relevans. Firmagruppen har endvidere gjort gældende, at Kommissionen ikke kan hævde, at de supplerende kontroller var omfattet af en særskilt afgørelse fra Kommissionen.

b) Bedømmelse

172. Eftersom det tredje appelanbringende skal tages til følge, er det også nødvendigt at forholde sig til det fjerde appelanbringende.

173. Det skal derfor undersøges, hvorvidt proceduren uden en tilsidesættelse af parternes ret til at deltage i proceduren (altså såfremt de interesserede parter havde haft mulighed for at fremsætte deres bemærkninger angående støtteforanstaltningens anden finansieringsmåde) kunne have fået et andet udfald, som Retten gav udtryk for i de appellerede domme.

1) Tilgangen i de appellerede domme

174. Delstaten Bayern og firmagruppen har for det første ikke ret, når de har argumenteret for, at det i denne kontekst er tilstrækkeligt at *formode*, at enhver bemærkning, som de kunne have fremsat, ville have haft den nødvendige indvirkning.

175. I Ferriere Nord-dommen (præmis 83) er det gjort klart, at Domstolen skal efterprøve, om opfattelsen »kunne ændre den omtvistede afgørelse«.

176. På trods af dette er Rettens begrundelse i den første appellerede doms præmis 73-75 alene baseret på antagelser og udledninger.

177. Som vi skal se nedenfor, undlod Retten endda at undersøge – og desto mindre at påvise – at de interesserede parters bemærkninger angående den relevante støtteforanstaltningens anden finansieringsmetode (altså, delstaten Bayerns budget) *kunne have ændret undersøgelsesproceduren*.

178. Jeg er enig med Kommissionen i, at Retten skulle have handlet som følger: Den interesserede part skal fremføre de faktiske forhold til Retten, som den ville have fremført i forbindelse med den administrative procedure, men havde ikke mulighed for at gøre dette på grund af tilsidesættelsen af sin ret til deltagelse – Retten skal formode, at disse faktiske forhold er korrekte. På baggrund af dette skal Retten undersøge, om disse faktiske forhold, såfremt Kommissionen i forbindelse med den administrative procedure havde efterprøvet deres nøjagtighed, kunne have ændret den retlige vurdering af sagen.

179. I nærværende sag undlod Retten dog fuldstændigt at foretage den anden del af denne analyse. Denne del omhandler ikke konstateringen af de faktiske omstændigheder, men en vurdering af de retlige konsekvenser af disse omstændigheder, »selv hvis de[...] måtte anses for korrekt[e]«⁴⁹.

180. Retten begik derfor en retlig fejl.

181. Retten konkluderede i denne sag i forbindelse med anvendelsen af denne tilgang til de faktiske omstændigheder, at det ikke kunne udelukkes, at proceduren kunne have fået et andet udfald uden denne proceduremæssige uregelmæssighed (såfremt sagsøgeren i første instans faktisk havde haft mulighed for at fremsætte sine bemærkninger angående finansiering via det almindelige budget i forbindelse med den formelle undersøgelse).

182. Retten baserede sine konklusioner på to argumenter. For det første kunne delstaten Bayern ikke fremsætte sine bemærkninger vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt kontrollerne, der var finansieret via delstatens budgetmidler, gik ud over, hvad der kræves ved lov (den første appellerede doms præmis 73). For det andet fandt Retten, at delstaten Bayern ikke kunne høres angående spørgsmålet om, hvorvidt sagen gav anledning til spørgsmål angående eksisterende støtte (nævnte doms præmis 74).

183. I forhold til det første argument (den første appellerede doms præmis 73) er delstaten Bayerns udsagn om, at andre foranstaltninger blev finansieret via det almindelige skatteprovenu og ikke kontrollerne finansieret via mælkeafgifter (altså, mælke kvalitetskontroller, »som går ud over det, der var obligatorisk«, hvis »formål« var »et andet«), ugrundet, ikke mindst fordi Kommissionen bestemte følgende i 25. og 27. betragtning til den omtvistede afgørelse: »Tyskland anførte, at disse foranstaltninger ikke udgør støtte af følgende årsager: [...] Af særlig betydning er yderligere kontroller af råmælk, som gik betydeligt længere end kravene i [MGV]^[50] [...] Kommissionen bemærker, at finansiel støtte til disse yderligere kontroller vil være genstand for en særskilt afgørelse.«

184. Denne konklusion blev ikke anfægtet ved Retten. Efter min opfattelse følger det heraf, at Retten begik en retlig fejl i den første appellerede doms præmis 73. Dette gælder, mutatis mutandis, i forhold til den anden appellerede doms præmis 70-72.

⁴⁹ – Jf. dom af 16.6.2016, SKW Stahl-Metallurgie og SKW Stahl-Metallurgie Holding mod Kommissionen (C-154/14 P, EU:C:2016:445, præmis 69-76), og af 11.1.2007, Technische Glaswerke Ilmenau mod Kommissionen (C-404/04 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2007:6, præmis 131-136).

⁵⁰ – Milch-Güteverordnung (»forbundslov om mælk og fedtstoffer«) af 9.7.1980 (BGBl. 1980 I, s. 878, herefter »MGV«).

185. Retten begik også en retlig fejl, idet den fejlfortolkede Domstolens praksis angående virkningerne af en tilsidesættelse af retten til at deltage i proceduren. Det forhold, at *et argument er fremsat* ved Retten, er ikke i sig selv tilstrækkeligt. Det kræves, at Retten derefter følger op med en *bedømmelse af dette arguments indhold* med henblik på at vurdere, hvorvidt det *kunne ændre* den administrative procedures udfald⁵¹.

186. Det kunne ikke have ændret procedurens udfald, hvis delstaten Bayern i forbindelse med den formelle undersøgelsesprocedure havde fremsat et argument om, hvorvidt mælkekvalitetskontrollerne gik ud over det, der kræves ved lov, ikke mindst fordi Kommissionen netop udelukkede disse supplerende kontroller fra den omtvistede afgørelses anvendelsesområde.

187. Retten undlod endvidere at undersøge de to argumenter, som Kommissionen havde fremsat ved Retten, hvorefter Kommissionen søgte at påvise, at argumenterne vedrørende de supplerende kontroller under alle omstændigheder i dén grad var ugrundede.

188. Kommissionen argumenterede ved Retten i det væsentlige for det første, at selv hvis delstaten Bayerns argument vedrørende disse kontroller var korrekt (hvilket ikke er tilfældet), var det under alle omstændigheder ubestridt mellem parterne, at dette var et spørgsmål om at foretage prøver i henhold til MGV – altså at foretage prøver, der er reguleret ved lov. Det følger heraf, at alle kontrollerne blev udført i henhold til MFG. Eftersom indledningsafgørelsen vedrørte alle kontroller, der var tiltænkt med MFG, omfattede den også foretagelsen af de ovenfor omtalte prøver⁵².

189. Kommissionen argumenterede for det andet for, at det ikke var en »så meget desto mindre« betragtning, at omkostningerne forbundet med kontroller, der »[angiveligt] går ud over det, der var obligatorisk«, ikke normalt skulle bæres af aftagerne af mælk, som delstaten Bayern havde gjort gældende ved Retten. Disse er tværtimod netop omkostninger, som opstår for virksomhederne, når de frivilligt iværksætter foranstaltninger uden at være forpligtet hertil ved lov, som er i deres egen interesse, og som de normalt selv bør bære⁵³.

190. Den omstændighed, at Retten undlod at undersøge disse argumenter, udgør derfor i sig selv en retlig fejl⁵⁴.

191. Det andet argument (den første appellerede doms præmis 74) kan heller ikke tages til følge af de grunde, som Kommissionen fremsatte ved Retten, der undlod at nævne – og helt undlod at forholde sig til – disse grunde i de appellerede domme.

192. Disse argumenter var: For det første gav indledningsafgørelsen allerede parterne mulighed for at fremsætte bemærkninger angående forekomsten af »eksisterende støtte« i forhold til finansiering via det almindelige skatteprovenu (140.-152. betragtning til denne afgørelse).

⁵¹ – Som eksempel på dette princip, jf. dom af 1.10.2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware mod Rådet (C-141/08 P, EU:C:2009:598, præmis 83-104, herefter »Foshan Shunde-dommen«).

⁵² – Jf. videre i denne retning punkt 22-24 og 35 i svarskriftet i første instans og i bilag A.35, s. 372, såvel som duplikkens punkt 19-21.

⁵³ – Jf. punkt 21 i duplikken i første instans.

⁵⁴ – Jf. dom af 24.10.2013, Land Burgenland m.fl. mod Kommissionen (C-214/12 P, C-215/12 P og C-223/12 P, EU:C:2013:682, præmis 110-112).

193. For det andet og under alle omstændigheder følger det allerede af støtteordningens natur, at støtten tildeles på ny hvert år eller hvert andet år⁵⁵. Artikel 1, litra b), i forordning nr. 659/1999 taler imod, at dette defineres som eksisterende støtte i nærværende sag.

194. For det tredje, og uanset om delstaten Bayerns argument, hvorefter mejeriernes omkostningsreducering i forbindelse med tildeling fra det almindelige skatteprovenu »altid havde eksisteret«, er korrekt, hvilket Kommissionen har bestridt, ville den ikke kunne have godtgjort forekomsten af eksisterende støtte i henhold til artikel 1, litra b). Det er ikke foranstaltningens finansieringsmåde, der er afgørende i denne henseende, men selve foranstaltningen. Foranstaltningen består dog i støtte fra det årlige eller halvårslige budget.

195. For det fjerde har delstaten Bayern (i modsætning f.eks. til delstaten Baden-Württemberg) i forbindelse med den administrative procedure aldrig gjort gældende, at der var tale om eksisterende støtte.

196. Eftersom disse argumenter blev fremsat ved Retten, og denne undlod at nævne og forholde sig til dem, er der begået en retlig fejl i den første appellerede doms præmis 74⁵⁶.

2) *Sammenligning af tilgangen i de appellerede domme og Domstolens Gdynia-dom*

197. Den korrekte tilgang, som Retten skulle have fulgt, er beskrevet i Domstolens Gdynia-dom.

198. Efter at have konstateret en proceduremæssig fejl undersøgte Domstolen i denne dom, hvorvidt tilsidesættelsen af de interesserede parters proceduremæssige rettigheder kunne have haft en indvirkning på udfaldet af undersøgelsesproceduren.

199. På baggrund af en *detaljeret bedømmelse* (Gdynia-dommens præmis 83-86 og 123-160) konkluderede Domstolen med henvisning til begrundelsen i den omtvistede afgørelse, at den ville have haft det samme indhold, såfremt de interesserede parter havde haft mulighed for at fremsætte deres bemærkninger angående retningslinjerne af 2014.

200. Efter min (og Kommissionens) opfattelse kunne Retten ikke, efter at have konstateret en tilsidesættelse af de interesserede parters ret til at fremsætte bemærkninger, basere en antagelse om et andet udfald af undersøgelsesproceduren, såfremt en sådan tilsidesættelse ikke fandtes, på *simple antagelser eller formodninger*.

201. Retten kunne alene gøre dette på baggrund af en detaljeret bedømmelse (såsom den, der blev foretaget i Gdynia-dommen) af begrundelsen i den omtvistede afgørelse og en analyse af parternes argumenter. Retten burde have undersøgt Kommissionens argumenter, og det er først, hvis disse viste sig at være irrelevante, at den kunne have forklaret, hvorfor et andet udfald af undersøgelsesproceduren efter dens opfattelse var muligt, med henvisning til forhold, der er indeholdt i den omtvistede afgørelse.

⁵⁵ – Jf. endvidere i denne retning punkt 6 og 36-39 i svarskriftet i første instans og duplikkens punkt 33, 34 og 50-97.

⁵⁶ – Jf. dom af 24.10.2013, Land Burgenland m.fl. mod Kommissionen (C-214/12 P, C-215/12 P og C-223/12 P, EU:C:2013:682, præmis 110-112).

202. På baggrund af ovenstående betragtninger er Rettens begrundelse i den første appellerede doms præmis 72-75 og i den anden appellerede doms præmis 70-72, hvorefter en tilsidesættelse af de interesserede parters ret til at fremsætte bemærkninger bør føre til annullation af den omtvistede afgørelse, behæftet med en retlig fejl.

203. Retten erklærede blot, at *det er muligt*, at proceduren kunne have fået et andet udfald (den første appellerede doms præmis 72) uden den uregelmæssighed, der blev konstateret i denne dom.

204. Muligheden for et andet udfald af proceduren er dog ikke tilstrækkelig til at begrunde annullation af en EU-retsakt.

205. Det følger med klarhed af Gdynia-dommen, at der kræves en *positiv konstatering* af et andet udfald.

206. Jeg henviser i den forbindelse til Gdynia-dommens præmis 81: »om den nævnte ændring i forhold til disse bestemmelser, som er relevante for den foreliggende sag, kunne ændre den omtvistede afgørelse«; denne afgørelses præmis 95: »De fejl, der er konstateret i [denne] doms præmis 82-86, [kan] imidlertid kun medføre ophævelse af den appellerede dom, for så vidt som Retten annullerede den omtvistede afgørelse, i det tilfælde, hvor de bestemmelser i 2014-retningslinjerne, hvorpå Kommissionen støttede sig i denne afgørelse, faktisk ikke kunne ændre den nævnte afgørelse«, og præmis 132: »Det bemærkes i den forbindelse, som det fremgår af [denne] doms præmis 81, at i en situation som den i den pågældende sag omhandlede kan Unionens retsinstanser ikke [...] begrænse sig til at identificere ændringer, som indføres ved nye retlige bestemmelser, for at begrunde annullation af en afgørelse fra Kommissionen, som anvender disse nye retlige bestemmelser, men skal desuden prøve, om ændringen i de retlige bestemmelser kunne påvirke denne afgørelse.«

207. Jeg vil tilføje, at også i dette tilfælde er forskellen mellem fraværet af bemærkninger angående på den ene side den nye overensstemmelsesstandard (de nye 2014-retningslinjer, som i Gdynia-dommen) og på den anden side den del af finansieringen, der utvivlsomt har et element af statsmidler (som i nærværende sag), ikke relevant for anvendelsen af den standard vedrørende den retlige bedømmelse, der er omtalt ovenfor.

3) *Der var angående den korrekte tilgang under alle omstændigheder også klarhed i retspraksis inden Gdynia-dommen*

208. I sagen Rådet mod Interpipe Niko Tube og Interpipe NTRP⁵⁷ blev en part i proceduren en dag inden vedtagelsen af en forordning bekendt med elementer, der blev anvendt til visse beregninger. Parten opnåede, at Retten delvist annullerede den omhandlede forordning på baggrund af denne information. Den omhandlede part havde argumenteret for, at annullation i større omfang ville have været mulig på baggrund af yderligere information, som parten ville have fremlagt, såfremt parten tidligere var blevet gjort bekendt med disse elementer. Domstolen gav parten medhold i dette argument, eftersom den retlige relevans af denne information blev bekræftet af den delvise annullation af denne forordning.

⁵⁷ – Dom af 16.2.2012 (C-191/09 P og C-200/09 P, EU:C:2012:78, præmis 75-88).

209. I dommen i sagen SKW Stahl-Metallurgie og SKW Stahl-Metallurgie Holding mod Kommissionen⁵⁸ kunne appellanterne ikke tage stilling til spørgsmålet om virksomhedens Degussas indflydelse på en anden virksomhed (SKW) på grund af en tilsidesættelse af deres ret til forsvar. Domstolen bestemte, at tilregnelsen af ansvar for kartellet var baseret på adskillige forhold, og som følge deraf havde spørgsmålet om denne indflydelse ingen indvirkning på denne afgørelse, selv hvis argumentet var korrekt.

210. I sagen Tyskland mod Kommissionen⁵⁹ undlod Kommissionen at sende visse skrivelser fra støttemodtagerens konkurrenter til den berørte medlemsstat (Tyskland), der havde gjort gældende, at dets ret til forsvar var blevet tilsidesat, og derfor, at afgørelsen skulle annulleres. Domstolen undersøgte, hvorvidt den tyske regering – såfremt den havde modtaget disse bemærkninger – ville have haft mulighed for at fremsætte argumenter, der kunne have ledt Kommissionen til at godkende støtteforanstaltningen. Den tyske regering var dog ikke i stand til at påpege nogle faktiske omstændigheder eller retlige forhold, der ville have ledt Kommissionen til at træffe en anderledes afgørelse. Domstolens svar var negativt: forbuddet mod statsstøtte var en konsekvens af de gældende retningslinjer, og Jadekost havde derfor fordel af driftsstøtten, der hverken kunne godkendes i henhold til disse retningslinjer eller principielt.

211. Domstolen gik frem på tilsvarende vis i dommen i sagen Technische Glaswerke Ilmenau mod Kommissionen⁶⁰. Den undersøgte, hvorvidt de argumenter, der ikke kunne fremsættes på grund af en tilsidesættelse af retten til forsvar, selv hvis de var sande, kunne have ført til godkendelse af støtteforanstaltningen. Domstolen bestemte, at det ikke var tilfældet, eftersom fraværet af en omstrukturingsplan under alle omstændigheder ville have ført til et forbud.

212. I Westdeutsche Landesbank-dommen⁶¹ havde den tyske regering gjort gældende, at dens ret til at blive hørt var blevet tilsidesat, eftersom Kommissionen havde nægtet at give aktindsigt i visse dokumenter. Retten bestemte efter at have undersøgt indholdet af disse dokumenter, at der ikke var sket en tilsidesættelse af retten til forsvar, bl.a. fordi dokumenterne i realiteten kunne betragtes som en udvikling eller præcisering af synspunkter, der allerede var fremsat.

213. Endelig har delstaten Bayern og firmagruppen i særdeleshed henvist til Foshan Shunde-dommen (præmis 94) med henblik på at støtte deres argument. Denne dom støtter dog ikke deres sag. Som Kommissionen har påpeget, henviste Domstolen i denne doms præmis 81 til fast retspraksis vedrørende muligheden for et andet udfald af proceduren.

214. Det forhold, at denne test ikke er blevet ændret i retspraksis, bekræftes f.eks. også af en nyere dom af 10. september 2013, G. og R. (C-383/13 PPU, EU:C:2013:533, præmis 40), hvori Domstolen henviste til Foshan Shunde-dommen. Her forklarer Domstolen testen i klare vendinger: »For at kunne konstatere en sådan ulovlighed [er det nødvendigt] ud fra de faktiske omstændigheder og de specifikke retsregler i den foreliggende sag at vurdere, om den omhandlede administrative procedure kunne være mundet ud i et andet resultat, hvis de omhandlede [parter] havde kunnet gøre forhold gældende, som kunne begrunde, at [udfaldet af proceduren skulle være anderledes].«

⁵⁸ – Dom af 16.6.2016 (C-154/14 P, EU:C:2016:445, præmis 69-76).

⁵⁹ – Dom af 5.10.2000 (C-288/96, EU:C:2000:537, præmis 92-106, herefter »Jadekost-dommen«).

⁶⁰ – Dom af 11.1.2007 (C-404/04 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2007:6, præmis 131-136).

⁶¹ – Dom af 6.3.2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale og Land Nordrhein-Westfalen mod Kommissionen (T-228/99 og T-233/99, EU:T:2003:57).

215. Foshan Shunde-dommens præmis 94 tager blot hensyn til et særligt forhold i denne sag, nemlig at antidumpingregler (såsom dem, der gælder på området for konkurrenceretten) indeholder en veritabel ret til forsvar for virksomhederne og i særdeleshed en ret til dialog med Kommissionen, hvorimod parternes ret til at deltage i proceduren i henhold til reglerne om statsstøtte med sikkerhed ikke omfatter en sådan dialog⁶².

4) Konklusion angående det fjerde appelanbringende

216. På samme måde som driftsstøtte i Jadekost-dommen og omstrukturingsstøtte i dom af 11. januar 2007, Technische Glaswerke Ilmenau mod Kommissionen (C-404/04 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2007:6), under alle omstændigheder er forbudt, er det sandsynligt, at midler fra det almindelige budget generelt udgør statsmidler i henhold til artikel 107, stk. 1, TEUF.

217. Jeg er derfor enig med Kommissionen i, at Rettens tilgang i de appellerede domme skal forkastes, eftersom den ville skabe en »farlig præcedens«, der ville være i modstrid med Domstolens praksis og underminere effektiviteten af det filter, som denne standard skaber for et andet muligt udfald af den administrative procedure.

218. Det følger heraf, at det fjerde appelanbringende skal tages til følge.

219. Eftersom det tredje og fjerde appelanbringende skal tages til følge, skal de appellerede domme ophæves.

IV. Hjemvisning af sagen til Retten

220. I overensstemmelse med artikel 61, stk. 1, i statuten for Domstolen kan Domstolen, når Rettens afgørelse er blevet ophævet, enten selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse, eller hjemvise den til Retten til afgørelse.

221. Det første anbringende i første instans kan afgøres af Domstolen, eftersom det var genstand for omfattende udveksling af argumenter mellem parterne ved Retten og nu også Domstolen. Det er min opfattelse, at Domstolen bør forkaste dette anbringende på grund af ophævelsen af de appellerede domme.

222. I forhold til de andre anbringender skal sagen dog hjemvises til Retten, eftersom de skal drøftes og undersøges i første instans.

V. Sagsomkostninger

223. Eftersom sagen hjemvises til Retten, skal afgørelsen om denne appelsags sagsomkostninger udsættes.

⁶² – Jf. Falck-dommen, præmis 82, og dom af 15.11.2011, Kommissionen og Spanien mod Gibraltar og Det Forenede Kongerige (C-106/09 P og C-107/09 P, EU:C:2011:732, præmis 181).

VI. Forslag til afgørelse

224. Jeg foreslår på baggrund af det ovenstående, at Domstolen bør:

- 1) forkaste de to første appelanbringender
- 2) ophæve Rettens domme af 12. december 2018, Freistaat Bayern mod Kommissionen (T-683/15, EU:T:2018:916) og Interessengemeinschaft privater Milchverarbeiter Bayerns eV m.fl. mod Kommissionen (T-722/15 – T-724/15, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:920)
- 3) forkaste det første anbringende i annulationssøgsmålet, for så vidt som dette anbringende omhandler tilsidesættelse af de interesserede parters proceduremæssige rettigheder i nærværende sager, med henvisning til det forhold, at de ikke blev givet mulighed for at fremsætte deres synspunkter angående støttens finansiering via det almindelige budget
- 4) hjemvise sagen til Retten med henblik på bedømmelse i første instans af de øvrige anbringender
- 5) udsætte afgørelsen om sagsomkostningerne.