

## FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

M. POIARES MADURO

föredraget den 12 januari 2006<sup>1</sup>

1. Tribunale di Cagliari (Italien) har, genom beslut av den 14 maj 2004, ställt två frågor till domstolen om tolkningen av artiklarna 87 EG och 88 EG samt av artiklarna 43 EG, 44 EG, 48 EG och 49 EG. Vid bedömningen av den första frågan kommer villkoren för begreppet statligt stöd att på nytt behöva diskuteras.

1985, s. 5019) (nedan kallad lag nr 351/85), har ENI, tillsammans med två andra offentligrättsliga organ, ENEL och ENEA, givits rätt att bilda ett aktiebolag för att utveckla ny och avancerad teknik för kolanvändning. I samma lag föreskrevs att denna operation helt och hållet skulle finansieras genom den statliga budgeten. På så sätt bildades Sotacarbo. I syfte att bidra till att ett centrum för kolforskning upprättades på Sardinien, utbetalade ENI till Sotacarbo ett belopp på 12 708 900 033 lire som kapitalinsats.

### I — Faktisk och rättslig bakgrund till målet vid den nationella domstolen

2. Begäran om förhandsavgörande har framställts inom ramen för en tvist mellan Enirisorse SpA (nedan kallat Enirisorse) och Società Tecnologie Avanzate Carbone SpA (nedan kallat Sotacarbo). Följande omständigheter utgör bakgrunden till denna tvist. Enirisorse är ett dotterbolag i företagsgruppen Ente Nazionale Idrocarburi (nedan kallad ENI), som är ett offentligrättsligt organ med uppgift att förvalta statens aktier inom energisektorn. Genom lag nr 351 av den 27 juni 1985 (GURI nr 166, av den 16 juli

3. År 1992 privatiserades ENI och ENEL och ombildades till aktiebolag. Till följd av denna ombildning tilläts dessa två bolag, genom lag nr 140 av den 11 maj 1999 (GURI nr 117 av den 21 maj 1999, s. 4, nedan kallad lag nr 140/99), att utträda ur Sotacarbo, på villkor att de betalade de andelar som ännu inte hade betalats. Efter att ha återtagit de andelar som ENI innehade i Sotacarbo valde Enirisorse att utnyttja den rätt till utträde som öppnats genom lag nr 140/99. Enirisorse betalade följaktligen de andelar som ännu inte hade betalats och begärde att Sotacarbo skulle beakta detta utträde och återbetala dess aktiekapital enligt artikel 2437 i den italienska civillagen.

1 — Originalspråk: portugisiska.

4. I denna artikel föreskrivs följande:

”De delägare som motsätter sig besluten om att ändra bolagets verksamhetsföremål eller bolagsform eller att överföra huvudkontoret till utlandet har rätt att utträda ur bolaget och erhålla återbetalning av sina aktier, till det genomsnittspris som tillämpats under de sex senaste månaderna, om aktierna är noterade på börsen eller, i motsatt fall, i förhållande till de tillgångar i bolaget som framgår av balansräkningen för det senaste räkenskapsåret.”

5. Vid en extra bolagsstämma den 12 februari 2001 beaktade Sotacarbo detta utträde och beslöt att dra in Enirisorses aktier. Sotacarbo vägrade dock att bifalla begäran om återbetalning med motiveringen att en sådan återbetalning skulle påverka dess möjlighet att fullfölja den i lag fastställda uppgiften av allmänintresse. Enirisorse väckte den 8 juni 2001 talan vid Tribunale di Cagliari och yrkade återbetalning av ett belopp motsvarande värdet av dess aktier.

6. Dessa var omständigheterna i målet när — den 12 december 2003 — lag nr 273 antogs (ordinarie tillägg till GURI nr 293 av den 14 december 2002, nedan kallad lag nr 273/02). I artikel 33 i denna lag föreskrivs följande:

”För att säkerställa att Sotacarbo har de finansiella medel som erfordras för att genomföra den verksamhetsplan som avses i artikel 7 femte stycket i lag nr 140 av den 11 maj 1999 är delägarna i bolaget skyldiga att betala de ännu inte betalda andelarna inom sextio dagar från denna lags ikraftträdande och har en möjlighet att utträda ur bolaget under förutsättning att de avsäger sig all rätt till bolagets tillgångar och att de överlämnar resterande aktier. De utträdesförklaringar som redan framförts till Sotacarbo enligt artikel 7 fjärde stycket i lag nr 140 av den 11 maj 1999 kan återkallas inom trettio dagar från denna lags ikraftträdande. Efter det att denna frist har löpt ut skall utträdet anses fullbordat och den utträdande delägaren anses ha samtyckt till de ovannämnda villkoren.”

7. Enirisorse uttryckte vid den hänskjutande domstolen tvivel angående huruvida denna lag är förenlig med vissa bestämmelser i EG-fördraget. Nämnda domstol fann att dessa tvivel var välgrundade och beslutade därför att vilandeförklara målet och att, med stöd av artikel 234 EG, ställa följande frågor till domstolen:

”1. Innebär artikel 33 i lag nr 273/02 att Sotacarbo SpA givits ett statligt stöd som är oförenligt med den gemensamma marknaden i den mening som avses i artikel 87 EG och som genomförts på ett rättsstridigt sätt då det inte har anmälts i enlighet med artikel 88.3 EG?

2) Står nämnda bestämmelse i strid med artiklarna 43 EG, 44 EG, 48 EG, 49 EG och följande artiklar i fördraget, vilka rör etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster?”

8. Det skall erinras om att enligt artikel 87.1 EG är "[o]m inte annat föreskrivs i detta fördrag, ... stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenligt med den gemensamma marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna". Enligt artikel 88.3 EG skall "[k]ommissionen ... underrättas i så god tid att den kan yttra sig om alla planer på att vidta eller ändra stödåtgärder. Om den anser att någon sådan plan inte är förenlig med den gemensamma marknaden enligt artikel 87, skall den utan dröjsmål inleda det förfarande som anges i punkt 2. Medlemsstaten i fråga får inte genomföra åtgärden förrän detta förfarande lett till ett slutgiltigt beslut."

## II — Huruvida tolkningsfrågorna kan upptas till sakprövning

### A — Begäran om förhandsavgörande i allmänhet

9. Svaranden i målet vid den nationella domstolen har kritiserat den hänskjutande

domstolen för att den, genom att inte ange exakta uppgifter om de faktiska och rättsliga omständigheterna i tvisten och genom att ta ställning till förmån för de av käranden framförda argumenten, inte tillräckligt tydligt och opartiskt har återgett omständigheterna i tvisten. Svaranden anser följaktligen att begäran om förhandsavgörande inte kan upptas till sakprövning.

10. Det är sant att "det, eftersom det är nödvändigt att komma fram till en tolkning av gemenskapsrätten som är användbar för den nationella domstolen, krävs att den nationella domstolen klargör den faktiska och rättsliga bakgrunden till de frågor som ställs eller att den åtminstone förklarar de faktiska omständigheter som ligger till grund för dess frågor".<sup>2</sup> Däremot kan den nationella domstolen då den tillhandahåller domstolen tillräckliga uppgifter som ger denna möjlighet att ge ett ändamålsenligt svar inte kritiseras för att i sitt beslut om hänskjutande tillkännage sin egen bedömning av de argument som framlagts för den. En sådan praxis är fullt förenlig med det slags domstollssamarbete som föreskrivs i artikel 234 EG, enligt vilket det krävs att de nationella domstolarna samarbetar aktivt.<sup>3</sup>

11. I beslutet om hänskjutande anges, i förevarande fall, visserligen kortfattat men

2 — Se bland annat dom av den 26 januari 1993 i de förenade målen C-320/90–C-322/90, Telemarsicabruzzo m.fl. (REG 1993, s. I-393; svensk specialutgåva, volym 14, s. 1), punkt 6.

3 — I det informationsmeddelande från domstolen om begäran om förhandsavgörande från nationella domstolar som på senare tid aktualiserats föreskrivs därvidlag att "den nationella domstolen kortfattat [får] redogöra för sin ståndpunkt när det gäller svaret på frågan eller frågorna, under förutsättning att den anser sig kunna göra detta" (EUT C 143, 2005, s.1).

exakt tvistens bakgrund och art, samt de relevanta nationella bestämmelserna. Även om ett sakligt fel avseende numreringen av den ifrågavarande nationella lagstiftningen har smugit sig in i formuleringen av de frågor som ställts<sup>4</sup>, kan detta ensamt inte medföra att begäran om förhandsavgörande inte kan upptas till sakprövning.

12. Svarandepartens argument avseende formen för beslutet om hänskjutande kan således inte godtas. Det föreligger andra, allvarigare argument, som avser innehållet i de ställda frågorna.

#### B — Den första frågan

13. Genom sin första fråga har den hänskjutande domstolen begärt att domstolen skall avgöra huruvida en nationell bestämmelse är förenlig med artiklarna 87 EG och 88 EG.

14. Denna fråga måste omformuleras. Det är utrett att domstolen inom ramen för ett förfarande enligt artikel 234 EG inte är behörig att tolka den nationella rätten eller att avgöra frågan huruvida en nationell

bestämmelse är förenlig med gemenskapsrätten.<sup>5</sup> Det måste dessutom erinras om att bedömningen av huruvida stödåtgärder är förenliga med den gemensamma marknaden faller inom området för den exklusiva behörighet som tillkommer kommissionen, vars beslut kan prövas av gemenskapsdomstolarna. En nationell domstol kan följaktligen inte, inom ramen för en begäran om förhandsavgörande, ställa frågor till domstolen om huruvida ett statligt stöd är förenligt med den gemensamma marknaden.<sup>6</sup>

15. Om däremot den nationella domstolen är tveksam till om de ifrågavarande åtgärderna kan betecknas som statligt stöd kan den, eller i förekommande fall, skall den begära att domstolen skall meddela förhandsavgörande avseende tolkningen av artikel 87 EG.<sup>7</sup> För det fall att en sådan åtgärd utgör ett statligt stöd måste nämligen den nationella domstolen kontrollera att det förfarande för förhandskontroll som inrättats genom artikel 88.3 EG har följts. Om så inte är fallet skall den nationella domstolen tillförsäkra enskilda att alla följderna av ett åsidosättande av denna bestämmelse beaktas fullt ut i enlighet med nationell rätt, såväl vad gäller giltigheten av de rättsakter som har antagits för att genomföra stödåtgärderna, som vad gäller återbetalning av det finansiella stöd som beviljats i strid med denna bestämmelse.<sup>8</sup>

4 — Begäran om förhandsavgörande synes felaktigt hänvisa till lag nr 240/02, då den däremot avser lag nr 273/02.

5 — Se bland annat dom av den 21 januari 1993 i mål C-188/91, Deutsche Shell (REG 1993, s. I-363), punkt 27.

6 — Se bland annat domstolens beslut av den 24 juli 2003 i mål C-297/01, Sicilcassa m.fl. (REG 2003, s. I-7849), punkt 47.

7 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 juli 1996 i mål C-39/94, SFEI m.fl. (REG 1996, s. I-3547), punkterna 49–51.

8 — Se bland annat dom av den 8 november 2001 i mål C-143/99, Adria-Wien Pipeline och Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (REG 2001, s. I-8365), punkt 27, och av den 13 januari 2005 i mål C-174/02, Streekgewest (REG 2005, s. I-85), punkt 17, samt generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i mål C-368/04, Transalpine Ölleitung in Österreich (fortfarande anhängigt vid domstolen), punkt 67 och följande punkter.

16. Det framgår av det ovan anförda att även om domstolen inte kan besvara den första frågan så som den formulerats av den hänskjutande domstolen, måste den däremot uppfatta frågan så att den gäller huruvida en sådan ordning som den som avses i artikel 33 i lag nr 273/02, enligt vilken delägare i ett bolag som kontrolleras av staten ges en möjlighet till utträde förutsatt att de avsäger sig all rätt till det nämnda bolagets tillgångar, skall kvalificeras som statligt stöd i den mening som avses i artikel 87 EG, och som borde ha anmälts till kommissionen i enlighet med artikel 88.3 EG.

#### C — Den andra tolkningsfrågan

17. Genom sin andra fråga har den hänskjutande domstolen begärt att domstolen skall avgöra huruvida den ifrågavarande lagstiftningen är förenlig med artiklarna 43 EG, 44 EG, 48 EG och 49 EG, vilka rör etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen.

18. Förutom det faktum — som det erinrats om ovan — att domstolen inte är behörig att avgöra frågan huruvida en nationell bestämmelse är förenlig med gemenskapsrätten, framgår det inte klart av beslutet om hänskjutande huruvida en tolkning av de bestämmelser i gemenskapsrätten som åberopats i denna fråga är relevant för att

lösa tvisten i målet vid den nationella domstolen.

19. Domstolen har redan slagit fast att det är nödvändigt att den nationella domstolen ger en viss förklaring till varför den begär tolkning av just dessa bestämmelser i gemenskapsrätten och vilket samband som den nationella domstolen anser finns mellan dessa bestämmelser och de nationella bestämmelser som är relevanta i tvisten.<sup>9</sup>

20. Detta krav är dock inte uppfyllt i förevarande fall. Den hänskjutande domstolen har inte lämnat några relevanta uppgifter vad avser det samband som den i sin fråga har fastställt mellan artiklarna 43 EG, 44 EG, 48 EG och 49 EG och den nationella lagstiftning som är tillämplig på tvisten. Den nationella domstolen har i detta avseende endast uttryckt tvivel angående huruvida denna lagstiftning är förenlig ”med principen om likabehandling i en marknadsekonomi”.

21. Under dessa omständigheter skall det fastställas att den hänskjutande domstolens andra fråga inte kan upptas till sakprövning. Den ordning som införts genom lag nr 273/02 skall således endast bedömas mot bakgrund av fördragets bestämmelser om statligt stöd.

<sup>9</sup> — Dom av den 9 september 2004 i mål C-72/03, Carbonati Apuani (REG 2004, s. I-8027), punkt 11.

### III — Kvalificeringen som statligt stöd

22. För att en nationell åtgärd skall anses utgöra statligt stöd i den mening som avses i fördraget skall den uppfylla fyra kumulativa villkor.<sup>10</sup> Innan bedömningen avseende tillämpningen av dessa villkor görs är det dock nödvändigt att kontrollera att bestämmelserna avseende statligt stöd faktiskt är tillämpliga i det ifrågasvarande fallet.

A — *Huruvida det ifrågasvarande bolaget skall betraktas som ett företag*

23. Det har slagits fast att frågan om tillämpligheten av fördragets konkurrensregler, som reglerna om statligt stöd utgör en del av, är beroende av om den ifrågasvarande enheten är ett företag. I förevarande fall är denna egenskap dock ifrågasatt. Svarandeparten i målet vid den nationella domstolen och den italienska regeringen, som intervenerat vid domstolen, har hävdad att ett bolag som Sotacarbo, som har verksamheter av allmänintresse som fastställts genom lag, inte förtjänar att kvalificeras som företag, när dess verksamheter saknar vinstsyfte och de helt och hållet finansieras av staten.

10 — Se bland annat dom av den 24 juli 2003 i mål C-280/00, Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg (REG 2003, s. I-7747), punkt 75.

24. Denna argumentation är inte övertygande. Domstolen har redan slagit fast att en offentligrättslig institution utan vinstsyfte i princip inte undgår att kvalificeras som företag i den mening som avses i artikel 87 EG.<sup>11</sup> Det har under alla förhållanden inte längre ifrågasatts av de parter som var närvarande vid förhandlingen att Sotacarbo har ett vinstsyfte. Det är på samma sätt ostridigt att den ifrågasvarande enhetens rättsliga form eller sättet för dess finansiering i detta avseende är utan betydelse.<sup>12</sup> Dessutom kan den omständigheten att denna enhet genom lag har givits vissa uppgifter av allmänintresse inte anses vara avgörande<sup>13</sup>, eftersom dessa uppgifter inte omfattas av solidaritetsprincipen såsom den har slagits fast av domstolen.<sup>14</sup>

25. Det som kännetecknar ett företag i den mening som avses i konkurrensreglerna är att det utövar en "ekonomisk verksamhet". Enligt domstolen avses med detta all "verksamhet som går ut på att erbjuda varor eller tjänster på en viss marknad".<sup>15</sup> Det synes i förevarande fall att Sotacarbo bland annat har till uppgift att utveckla ny teknik för kolanvändning och att tillhandahålla förvaltningar, offentligrättsliga organ och bolag som är intresserade av utvecklingen av denna teknik särskilda stödtjänster. Med förbehåll

11 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 22 mars 1977 i mål 78/76, Steinike & Weinlig (REG 1977, s. 595; svensk specialutgåva, volym 3, s. 329), punkterna 16–18, och av den 16 november 1995 i mål C-244/94, FFSA m.fl. (REG 1995, s. I-4013), punkt 21.

12 — Dom av den 23 april 1991 i mål C-41/90, Höfner och Elster (REG 1991, s. I-1979; svensk specialutgåva, volym 11, s. 135), punkt 21.

13 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 oktober 2001 i mål C-475/99, Ambulanz Glöckner (REG 2001, s. I-8089), punkt 21.

14 — Se i denna fråga mitt förslag till avgörande i mål C-205/03 P, FENIN (ännu ej publicerat i rättsfallssamlingen).

15 — Dom av den 12 september 2000 i de förenade målen C-180/98–C-184/98, Pavlov m.fl. (REG 2000, s. I-6451), punkt 75.

för den information och den ytterligare kontroll som omfattas av den hänskjutande domstolens exklusiva behörighet är det enligt min mening befogat att anta att denna verksamhet, som består i att delta i utvecklingen av nya industriprodukter och i utbudet av varor på en viss marknad, är av ekonomisk art.

26. Bestämmelserna om statligt stöd kan följaktligen anses vara tillämpliga på det ifrågavarande målet, och det måste därför prövas huruvida de olika villkoren för att ett stöd skall anses föreligga är uppfyllda.

*B — Huruvida det föreligger en ekonomisk fördel*

27. För att bedöma huruvida tillämpningen av den ifrågavarande ordningen utgör ett statligt stöd skall det i första hand bedömas huruvida stödmottagaren genom denna ges en ekonomisk fördel. Det synes inte kunna betvivlas att lag nr 273/02 leder till en fördel för ett företag. I detta mål avser diskussionen snarare hur denna fördel har uppkommit och vem som kommer i åtnjutande av den. Den ifrågavarande fördelen i detta mål följer, enligt Enirisorse, av den åtgärd som består i att Sotacarbo befrias från sin skyldighet att ersätta sina delägares aktier i fall av delägarnas utträde. De andra parterna i tvisten har däremot hävdats att fördelen i själva verket ligger i den särskilda möjligheten till

utträde som Enirisorse ges genom den italienska lagen.

28. Svårigheten uppkommer enligt min mening till följd av att de tillämpliga nationella bestämmelserna såsom de framgår av handlingarna i målet är tvetydiga.

29. Det framgår av fast rättspraxis att, när det gäller att bedöma huruvida en fördel utgör ett statligt stöd, de konkreta omständigheterna i varje mål har en särskild betydelse.<sup>16</sup> I förevarande fall är det fortfarande en osäker fråga huruvida det ifrågavarande utträdet i detta mål omfattas av de allmänna bestämmelserna om utträde ur bolag, såsom dessa följer av artikel 2437 i civillagen. På denna punkt är parterna oense, begäran om förhandsavgörande innehåller inte några avgörande uppgifter och förhandlingen har inte möjliggjort något klarläggande. Denna precisering avgör till stor del det svar som domstolen skall ge på frågan från den hänskjutande domstolen. För att förhandsavgörandet fortfarande skall vara fullt användbart är det, enligt min mening, således nödvändigt att särskilja två fall.

30. I det fall att det fastställs att Enirisorses utträde följer av en möjlighet till utträde med

<sup>16</sup> — Dom av den 1 december 1998 i mål C-200/97, Ecotrade (REG 1998, s. I-7907), punkt 37.

undantag från de allmänna bestämmelserna, skall det enligt min mening fastställas att den omtvistade bestämmelsen i lag nr 273/02 inte har karaktären av ett statligt stöd.

31. Det är visserligen fast rättspraxis att "begreppet stöd inte enbart omfattar konkreta förmåner, utan även ingripanden som på olika sätt minskar de kostnader som normalt belastar ett företags budget och som därigenom, utan att vara subventioner i strikt bemärkelse, är av samma karaktär och har identiskt lika effekter".<sup>17</sup> Från denna synpunkt synes en bestämmelse som tillåter att ett företag befrias från att ersätta ett belopp motsvarande de aktier som dess delägare innehar i form av kapitalinsats i detta företag ge nämnda företag en ekonomisk fördel, i den mån som en sådan befrielse är utesluten med tillämpning av de allmänna bestämmelserna om utträde.

32. En sådan analys är dock otillräcklig. Den grundar sig på en ofullständig syn på fakta i frågan. Analysen grundar sig endast på en jämförelse mellan den situation som följer av att lag nr 273/02 tillämpas (avsägelse av rätten till ersättning för aktier när möjlig-

heten till utträde utnyttjas) och den situation som följer av att artikel 2437 i civillagen tillämpas (principen om rätt till ersättning för aktier vid utträde). Det förefaller dock som om lag nr 273/02 i förevarande fall inte kan avskiljas från lag nr 140/99. Dessa två bestämmelser bildar en enda ordning. Det är denna ordning som skall beaktas för den kvalificering som skall göras. Enligt lag nr 140/99 ges delägarna i Sotacarbo en *speciell* möjlighet till utträde. I detta fall har dessa delägare enligt de allmänna bestämmelserna inte någon rätt till utträde. Följaktligen har Sotacarbo i normala fall rätt att inte befara att några tillgångar går förlorade. Det kan således inte anses att en sådan lag som lag nr 273/02, enligt vilken delägarnas rätt till återbetalning vid ett sådant speciellt utträde begränsas, innebär att bolaget befrias från den kostnad som det normalt skulle bära. Syftet med denna lag är endast att säkerställa att Sotacarbos tillgångar inte påverkas genom den fördel som på detta sätt ges vissa av dess aktieägare. Genom denna lag upphävs i själva verket endast den fördel som givits Enirisorse i form av den speciella möjligheten till utträde. Denna lag medför inte heller att det till förmån för Sotacarbo skapas en ekonomisk fördel i den mening som avses i fördragets bestämmelser.

33. Bedömningen blir däremot en helt annan i det fall då Enirisorses utträde skulle ha tillåtits på de allmänna bestämmelsernas villkor. I detta andra fall skall lag nr 140/99 nämligen uppfattas så att rätten till utträde för vissa delägare enligt de gemensamma bestämmelserna därigenom bekräftas. Den enda effekten av lag nr 273/02 är följaktligen

<sup>17</sup> — Se bland annat dom av den 3 mars 2005 i mål C-172/03, Heiser (REG 2005, s. I-1627), punkt 36.



att Sotacarbo befrias från systemet för ersättning enligt de allmänna bestämmelserna på området. En sådan dispensåtgärd ger uppenbarligen en ekonomisk fördel för det bolag som får förmånen av den. I den mån som denna fördel inte utgör ersättning för den speciella möjligheten till utträde, är det nödvändigt att undersöka huruvida de andra villkoren för stöd är uppfyllda.

Detta hör till den nationella domstolens exklusiva behörighet. Om den nationella domstolen fastställer att utträdet har skett enligt artikel 2437 i civillagen måste den medge att lag nr 273/02 innebär att Sotacarbo ges en fördel, och den nationella domstolen måste följaktligen kontrollera huruvida de andra villkoren för att stöd skall anses föreligga är uppfyllda.

34. Det skall sägas att mot bakgrund av handlingarna i målet synes det första fallet vara det mest sannolika. Civillagen omfattar ett begränsat antal fall för utträde<sup>18</sup>, och Enirisorses utträde synes inte omfattas av något av dessa. Det som Enirisorse synes begära i sin ansökan till den hänskjutande domstolen är att formerna för utträde enligt artikel 2437 i civillagen skall tillämpas, det vill säga att vid sidan av tillämpningsområdet för den rätt till utträde som föreskrivs i denna bestämmelse skall beloppet på dess aktier ersättas. Om denna sistnämnda tolkning skulle fastställas av den nationella domstolen måste slutsatsen därav dras att då den ifrågavarande åtgärden inte har givit mottagaren av den någon fördel kan den inte kvalificeras som ett statligt stöd.

35. Det ankommer dock inte på domstolen att uttala sig om hur den nationella rätten skall tolkas och tillämpas i förevarande mål.

#### C — De andra villkoren för stöd

36. Den italienska regeringen anser att, även om villkoret att det skall föreligga en fördel är uppfyllt, det tredje och det fjärde av de åsyftade villkoren under alla förhållanden inte är uppfyllda i förevarande fall. I den mån som domstolen anser det lämpligt att avgöra denna fråga skall det erinras om att fördelarna, i likhet med den fördel som ges genom den ifrågavarande lagstiftningen, syftar till att befria ett företag från kostnader som detta normalt borde ha burit inom ramen för den löpande driften eller dess normala verksamhet, i princip snedvrider konkurrensvillkoren.<sup>19</sup> Eftersom det inte är visat att verksamheten i det bolag som mottar fördelen inte har någon motsvarighet inom den gemensamma marknaden kan det förmodas att konkurrensen snedvrids. Effekten av en sådan åtgärd på handeln mellan medlemsstaterna kan av samma skäl inte betvivlas.

18 — Se Campobasso, G.F., *Diritto commerciale*, volym 2, Torino, femte upplagan, 2002, s. 485. Det skall påpekas att rätten till utträde har reformerats sedan dess. Genom denna reform har förteckningen över legitima skäl för utträde utökats utan att dess begränsade karaktär därigenom ändrats (se i denna fråga specialnumret av *Rivista delle società*, mars–juni 2005).

19 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 september 2000 i mål C-156/98, Tyskland mot kommissionen (REG 2000, s. I-6857), punkt 30.

37. För det fall att det fastställs att det finns en fördel är det således framför allt nödvändigt att undersöka det första villkoret som skall vara uppfyllt för att statligt stöd skall anses föreligga. Det skall erinras om att det enligt domstolen "[f]ör att förmåner skall anses vara stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG ... emellertid för det första [krävs] att de tilldelas direkt eller indirekt med statliga medel och för det andra att de kan tillskrivas staten".<sup>20</sup>

38. Villkoret att fördelarna skall kunna tillskrivas staten är utan svårighet uppfyllt i förevarande fall. Den ifrågasatt fördelen följer av ett ingripande via lagstiftning. Den omständigheten att det genom denna bestämmelse endast ges en hypotetisk fördel, som görs beroende av att en *möjlighet* till utträde utnyttjas, är knappast avgörande. Oavsett om denna möjlighet utnyttjas, leder den till att delägarna förlorar de rättigheter som tillkommer dem i deras egenskap av fordringsägare och därmed också till att bolagets skyldigheter gentemot dess delägare minskas. Bolaget förfogar följaktligen över ett kapital som inte behöver återbetalas, eftersom det förlorat all karaktär av fordran, och som bolaget inte längre behöver befara att förlora i fall av utträde. Av detta följer att detta ingripande via lagstiftning, oberoende av varje beslut från de berörda delägarna, är den direkta orsaken till en fördel för Sotacarbo.

39. Det återstår i princip att avgöra huruvida det kan anses att denna fördel har uppstått till följd av en överföring av statliga medel.

40. Den italienska regeringen har i detta avseende hävdats att den ifrågasatt ordningen inte skapar någon "ytterligare kostnad" för statens budget. Denna ordning har nämligen endast utformats för att ändra ramen för relationerna mellan ett offentlig-rättsligt bolag och dess privata delägare, till förmån för det förstnämnda. Finansieringen av den fördel som detta bolag ges kommer således från privata medel. Eftersom kapitalet i Sotacarbo helt och hållet bildats tack vare statliga medel ger denna dispens från ersättning inte heller upphov till en ny kostnad för staten. Fördelen bekostas inte genom något finansiellt bidrag från staten utöver det bidrag som utbetalades när bolaget bildades.

41. Det är sant att om det synsätt som domstolen använde i sin dom i målet *Slooman Neptun* tillämpas, måste det anses att den ifrågasatt fördelen är "oupplösligt förenad" med den ordning som inrättats genom lag.<sup>21</sup> Av detta följer att det första villkoret för att statligt stöd skall anses föreligga inte är uppfyllt.

20 — Dom av den 16 maj 2002 i mål C-482/99, Frankrike mot kommissionen (REG 2002, s. I-4397), punkt 23.

21 — Dom av den 17 mars 1993 i de förenade målen C-72/91 och C-73/91, *Slooman Neptun* (REG 1993, s. I-887; svensk specialutgåva, volym 14, s. 47), punkt 21.

42. Jag anser dock att ett sådant synsätt inte är tillfredsställande.

hetsutövande och villkoren för produktion av de varor och tjänster som tillhandahålls.

43. Alla nationella åtgärder som får den effekten att en ekonomisk fördel ges företagen och att konkurrensvillkoren på den gemensamma marknaden påverkas kan visserligen inte kvalificeras som statligt stöd. Det är utrett att det förbud som anges i artikel 87.1 EG inte syftar på fördelar som endast följer av skillnader i lagstiftningen mellan medlemsstaterna. Härav följer att det är nödvändigt att noga avgränsa de fall i vilka beviljandet av en fördel skall omfattas av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna angående statligt stöd.

44. Domstolen synes i sin rättspraxis vilja göra en åtskillnad mellan den snedvridning som följer av bestämmelser som reglerar den ekonomiska verksamheten och den snedvridning som kommer av att offentliga medel överförs till vissa företag.<sup>22</sup> Det är endast den sistnämnda typen av snedvridning som kan påverka konkurrensvillkoren. Den förstnämnda typen av snedvridning måste godtas i den mån som syftet endast är att fastställa villkoren för företagets verksam-

45. Denna åtskillnad är inte svår att förstå. Domstolen vill på så sätt förhindra att de gemenskapsrättsliga bestämmelsernas inflytande utsträcks till att omfatta sådan snedvridning av konkurrensen som endast är förknippad med skillnaden i val av lagstiftning mellan medlemsstaterna. Denna försiktighet har sin grund i omsorgen att inte ifrågasätta medlemsstaternas exklusiva behörighet. Det kan nämligen befaras att en alltför vidsträckt tillämpning av bestämmelserna om stöd får till följd att medlemsstaternas alla ekonomipolitiska val skall underställas gemenskapsinstitutionernas kontroll, utan att det därvid görs någon åtskillnad beroende på om de tar formen av ett direkt ingripande på marknaden eller en allmän åtgärd för att reglera ekonomisk verksamhet. Av detta skulle dessutom följa en väsentlig ökning av de uppgifter som på detta område åligger gemenskapens kontrollmyndigheter, kommissionen och domstolen.

46. Det är uppenbart att gemenskapsreglerna om statligt stöd inte syftar till att kontrollera hur medlemsstaternas samtliga val av lagstiftning inverkar på konkurrensen på den inre marknaden. De syftar endast till att fastställa den snedvridning av konkurrensen som följer av att en medlemsstat, genom att avvika från sin normala politiska inriktning, vill ge vissa företag en särskild fördel.

22 — Se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen *Slovan Neptun*, punkt 21, och *Ecotrade*, punkt 36, samt dom av den 13 mars 2001 i mål C-379/98, *PreussenElektra* (REG 2001, s. I-2099), punkt 62.

47. De av domstolen ålagda begränsningarna är således fullständigt befogade. Enligt min mening tillåter dock inte det kriterium för överföring av statliga medel som domstolen vanligen använder att begränsningarna tillämpas och att de motiveras på ett korrekt sätt. I detta syfte är det bättre att använda selektivitetskriteriet, såsom det även framgår av domstolens rättspraxis. Denna preferens utgår från tre huvudsakliga bevekelsegrunder.

48. För det första är kriteriet överföring av medel inte alltid relevant. Det kan nämligen hända att en bestämmelse medför en indirekt kostnad för statens budget som kan vara större än den som följer av en åtgärd för överföring av offentliga medel.<sup>23</sup>

49. Vidare kan selektivitetskriteriet bättre motivera de av domstolen ålagda begräns-

ningarna. Det är uppenbart att skillnaderna mellan den ekonomiska politik och den skattepolitik som medlemsstaterna för kan ge jämförbara ekonomiska fördelar för vissa företag på den gemensamma marknaden. Ett företag som åläggs en skattesats på 20 procent av dess vinst har en ekonomisk fördel i förhållande till aktörer i en annan medlemsstat som tillämpar en skattesats på 30 procent. Det finns emellertid inte någon anledning att därför tillämpa bestämmelserna om stöd. Konkurrensfördelarna följer i det fallet nämligen endast av de rättsliga och ekonomiska skillnader som motsvarar det vanliga självbestämmande att lagstifta som tillerkänns medlemsstaterna. Om samma företag erhåller en skattelättnad på 5 procent i det fall där aktörerna i de andra medlemsstaterna ålagts samma skattesats på 20 procent, skall det däremot anses att det föreligger ett stöd, trots att den relativa fördelen som detta företag får är mindre än i det förstnämnda fallet. Skälet därtill är att i det sistnämnda fallet har en medlemsstat, genom att avvika från sin normala lagstiftning, givit ett företag eller en kategori företag en förmånlig behandling. Det är endast den snedvridning som följer av sådan behandling som skall beivras.

23 — Så är till exempel fallet med en lagstiftning, enligt vilken uppsägningar inom en särskild sektor underlättas, eller med bestämmelser, enligt vilka ett företag tillåts bygga lokaler inom ett område som kräver en betydande utbyggnad av infrastrukturen. Det skall i detta avseende erinras om att domstolen vid bedömningen av huruvida en åtgärd utgör statligt stöd inte gör någon åtskillnad beroende på om fördelarna tilldelas direkt eller indirekt med hjälp av statliga medel (se bland annat domen i det ovannämnda målet *PreussenElektra*, punkt 58).

50. Slutligen finns det, i den mån som statlig verksamhet i ökande omfattning sammanfaller med privat verksamhet på det ekonomiska området, anledning att befara att

medlemsstaterna frestas att genom lagstiftningsåtgärder förmå eller tvinga privata aktörer att minska kostnaderna för vissa företag. Eftersom det enligt sådana åtgärder inte föreskrivs någon direkt överföring av offentliga medel, skall det då anses att de inte har karaktär av statligt stöd? Om så vore fallet skulle en betydande del av de statliga åtgärder som har samma *effekter* som ett statligt stöd undgå gemenskapsmyndigheternas kontroll. Ett sådant resultat skulle uppenbart strida mot de mål som eftersträvas med fördraget och mot de principer som uppställts i domstolens rättspraxis. Det är skälet till att jag ämnar återkomma till selektivitetskriteriet.

51. Såsom generaladvokaten Darmon föreslog domstolen i målet *Sloman Neptun*, är det endast selektivitetskriteriet som möjliggör att åtgärder som allmänt inramar ekonomisk verksamhet, och som inte kan ifrågasättas genom bestämmelserna i fördraget om statligt stöd, kan särskiljas från sådana åtgärder för ekonomiskt och finansiellt ingripande som skall kontrolleras.<sup>24</sup> Domstolen har för övrigt redan slagit fast att "ett stöd inte nödvändigtvis [måste] finansieras med statliga medel för att betraktas som statligt stöd".<sup>25</sup>

52. Det är emellertid ändå nödvändigt att definiera begreppet selektivitet med omsorg. Det framgår av rättspraxis att varje åtgärd som innebär att en särskild fördel ges en kategori företag, inte med nödvändighet skall anses vara en "sektiv" åtgärd. En åtskillnad måste göras. All *specifik* behandling av vissa situationer, som leder till att en ekonomisk fördel ges de aktörer som befinner sig i nämnda situationer, skall bedömas inom ramen för det allmänna system i vilket den ingår. Om den berörda medlemsstaten lyckas visa att denna åtgärd är motiverad genom arten av det rättssystem i vilket den ingår, eller genom den allmänna systematiken i detta, förutsatt att detta system har ett berättigat mål, kan den inte anses vara en selektiv åtgärd i den mening som avses i fördraget.<sup>26</sup> Det är endast i det fall där denna specifika behandling inte kan motiveras av ett allmänt system, eller om den inte är en följd av en sammanhängande tillämpning av det system till vilket den hör, som åtgärden kan sägas vara *sektiv*. I det fallet är det nämligen befogat att anta att denna åtgärd inte har något annat syfte än att ge en viss kategori aktörer en privilegierad behandling. Det är således inte endast en åtgärds karaktär av rättsligt undantag som gör att den utgör ett statligt stöd.<sup>27</sup> På detta område är en formell analys inte tillräcklig, utan en saklig

24 — Punkt 47 i förslaget till avgörande i det ovannämnda målet *Sloman Neptun*. Detta kriterium har dessutom redan använts i rättspraxis. I det ovannämnda målet *Ecotrade* synes det vara avgörande att den ifrågasatt lagstiftningen kan innebära att de företag som den är tillämplig på kan försättas i ett gynnsammare läge än andra företag (punkterna 41 och 42). Se redan, för ett liknande resonemang, dom av den 2 juli 1974 i mål 173/73, *Italien mot kommissionen* (REG 1974, s. 709; svensk specialutgåva, volym 2, s. 321), punkt 33.

25 — Dom av den 30 januari 1985 i mål 290/83, *kommissionen mot Frankrike* (REG 1985, s. 439; svensk specialutgåva, volym 8, s. 39), punkt 14.

26 — *Domarna i de ovannämnda målen Italien mot kommissionen*, punkt 33, *Ecotrade*, punkt 36, och *Adria-Wien*, punkt 42.

27 — Se, i fråga om detta ställningstagande, generaladvokaten Darmons förslag till avgörande i det ovannämnda målet *Sloman Neptun* (punkt 53), samt generaladvokaten Mischos förslag till avgörande i det ovannämnda målet *Adria-Wien* (punkt 43).

analys måste göras. En selektiv åtgärd är en åtgärd som bidrar till att försätta vissa företag i en ekonomiskt gynnsammare situation än företag som befinner sig i en jämförbar situation, utan att de kostnader för samhället som följer av detta klart kan motiveras av ett system med rättvist fördelade kostnader.<sup>28</sup>

53. Om detta synsätt följs är det uppenbart att en åtgärd, enligt vilken Sotacarbo befrias från att ersätta de delägare som utövar sin rätt till utträde, trots att det enligt en vanlig tillämpning av de relevanta bestämmelserna i civillagen föreskrivs en sådan ersättning, är en omotiverad selektiv fördel till förmån för detta bolag. En sådan åtgärd uppfyller alla villkoren för ett statligt stöd. Det skall dock erinras om att denna slutsats endast gäller om det dessförinnan har klarlagts att detta utträde var möjligt enligt de allmänna bestämmelserna.

#### IV — Sammanfattning

54. Det framgår av denna analys att det är nödvändigt att särskilja två fall för att den

28 — Denna typ av åtgärder kännetecknas av att vinsten hos en grupp av aktörer koncentreras under det att kostnaderna fördelas på hela kollektivet och på grund härav med svårighet kan identifieras av de andra aktörerna. Det finns en mycket stor risk för att en åtgärd av detta slag antas till förmån för vissa enskilda intressen i stället för att fastställas av hänsyn till allmänintresset.

hänskjutande domstolen skall kunna ges ett användbart svar.

55. För det fall att det skulle fastställas att det utträde som är aktuellt i förevarande mål innebär en särskild möjlighet som utgör ett undantag från villkoren för utträde enligt de relevanta bestämmelserna i civillagen, skall det anses att en sådan ordning som den som införts genom lag nr 273/02, enligt vilken delägarna i ett bolag som kontrolleras av staten ges en möjlighet till utträde förutsatt att de avsäger sig all rätt till det nämnda bolagets tillgångar, inte utgör ett statligt stöd till förmån för detta bolag.

56. I det fall där detta utträde däremot inte innebär en speciell möjlighet, utan under alla förhållanden är tillåtet enligt de allmänna bestämmelserna, skall det anses att en sådan ordning utgör ett statligt stöd i den mening som avses i fördraget och således borde ha förhandsanmälts till kommissionen.

57. Det ankommer på den nationella domstolen att avgöra huruvida utträdet i det aktuella målet har skett enligt villkoren i de allmänna bestämmelserna om utträde ur bolag.

## V — Förslag till avgörande

58. Jag föreslår följaktligen att domstolen skall besvara begäran om förhandsavgörande från Tribunale di Cagliari på följande sätt:

Artiklarna 87.1 EG och 88.3 EG skall tolkas så, att en sådan ordning som den som införts genom lag nr 273/02 av den 12 december 2002, enligt vilken delägarna i ett bolag som kontrolleras av staten ges en möjlighet till utträde på villkor att de avsäger sig all rätt till det nämnda bolagets tillgångar, inte utgör ett statligt stöd i den mening som avses i dessa bestämmelser och inte skall förhandsanmälas till Europeiska gemenskapernas kommission, om det inte klarläggs att detta utträde kunde göras enligt de allmänna bestämmelserna om utträde. I det sistnämnda fallet skall en sådan ordning anses utgöra ett statligt stöd som borde ha förhandsanmälts till kommissionen.