

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

Verica Trstenjak

föredraget den 19 februari 2009¹

1. Det här överklagandet från kommissionen riktar sig mot förstainstansrättens dom av den 12 september 2007 i mål T-196/02, MTU Friedrichshafen mot kommissionen (REG 2007, s. II-2889) (nedan kallad den överklagade domen). I denna dom har förstainstansrätten delvis ogiltigförklarat kommissionens beslut 2002/898/EG om det statliga stöd som Tyskland planerar att genomföra till förmån för SKL Motoren und Systembautechnik GmbH (nedan kallat SKL-M) av den 9 april 2002 (nedan kallat det angripna beslutet).

2. I det angripna beslutet beslutade kommissionen först och främst att det utbetalade stödet till SKL-M på 34,26 miljoner euro skulle återkrävas. Det delvisa ogiltigförklarandet avser artikel 3.2 i det angripna beslutet, där kommissionen fastställde att 2,71 miljoner euro av det stöd som utbetalats till SKL-M skulle återkrävas solidariskt från MTU Friedrichshafen GmbH (nedan kallad motparten).

3. Den innehållsmässiga tyngdpunkten i detta överklagande är tolkningen och tillämpningen av artikel 13.1 tredje meningen i rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel 93 i EG-fördraget (nu artikel 86 EG).² I denna bestämmelse fastställs att om en medlemsstat underlåter att följa ett föreläggande om att lämna upplysningar i ett stödförfarande, ska kommissionen fatta sitt beslut på grundval av tillgängliga upplysningar.

I — Tillämpliga bestämmelser

4. Enligt artikel 87.1 EG är stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenligt med den gemensamma marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

1 — Originalspråk: tyska.

2 — EGT L 83, s. 1.

5. I förordning nr 659/1999 fastställs stöd-förfarandet. I artiklarna 10–15 i denna förordning regleras förfarandet vid olagligt stöd. Enligt artikel 10 i denna förordning ska kommissionen utan dröjsmål undersöka upplysningar om påstått olagligt stöd³ och ska, om detta är nödvändigt, begära upplysningar från den berörda medlemsstaten⁴. Om den berörda medlemsstaten, trots en påminnelse, inte lämnar de begärda upplysningarna inom den tidsfrist som kommissionen har föreskrivit eller om den lämnar ofullständiga upplysningar, ska kommissionen genom ett beslut begära att upplysningarna ska lämnas⁵ och ange vilka upplysningar som begärs samt föreskriva en lämplig tidsfrist för att lämna dessa upplysningar.⁶

följa ett föreläggande om att lämna upplysningar.

7. I artikel 14.1 i förordning nr 659/1999 föreskrivs att kommissionen i samband med negativa beslut i fall av olagligt stöd ska besluta att den berörda medlemsstaten ska vidta alla nödvändiga åtgärder för att återkräva stödet från mottagaren. Kommissionen ska inte återkräva stödet om detta skulle stå i strid med en allmän princip i gemenskapsrätten.

II — Bakgrund, det angripna beslutet och den överklagade domen

6. Enligt artikel 13.1 första meningen jämförd med artikel 4.4 i förordning nr 659/1999 ska kommissionen inleda det formella granskningsförfarandet efter en preliminär granskning av om den anmälda åtgärden föranleder tveksamhet i fråga om dess förenlighet med den gemensamma marknaden. Enligt artikel 13.1 andra meningen jämförd med artikel 7.5 i denna förordning ska kommissionen fatta ett negativt beslut om den inom ramen för det formella gransknings-förfarandet finner att stödet inte är förenligt med den gemensamma marknaden. Enligt artikel 13.1 tredje meningen i denna förordning ska beslutet fattas på grundval av tillgängliga upplysningar vid underlåtenhet att

8. SKL-M är ett företag som utvecklar och tillverkar motorer för fartyg och energisektorn. SKL-M tillhörde en grupp av östtyska företag som privatiserades 1994. Efter det att den ursprungliga omstruktureringsplanen hade misslyckats beslutade Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (nedan kallad BvS) att fortsätta omstruktureringen av SKL-M med sikte på en senare försäljning.

9. Motparten är ett företag som bland annat tillverkar kraftiga dieselmotorer. Med hjälp av

3 — Artikel 10.1 i förordning nr 659/1999.

4 — Artikel 10.2 första meningen i förordning nr 659/1999.

5 — Artikel 10.3 första meningen i förordning nr 659/1999.

6 — Artikel 10.3 andra meningen i förordning nr 659/1999.

BvS slöt SKL-M och motparten den 5 november 1997 följande avtal, mot bakgrund av motpartens planerade uppköp av SKL-M.

10. Genom det första avtalet fick motparten option på förvärv av samtliga aktier i SKL-M, med möjlighet att förvärva dessa aktier till det symboliska priset av en D-mark fram till den 1 december 1999 och därefter till ett "skäligt pris" fram till den 31 december 2001.

11. Det andra avtalet mellan SKL-M och motparten var ett ömsesidigt licens- och samarbetsavtal (Wechselseitiger Lizenz- und Kooperationsvertrag, nedan kallat WLKV) som syftade till att skapa ett samriskföretag. Detta avtal innehöll närmare bestämmelser om formerna för det gemensamma utnyttjandet av de båda företagens know-how, utveckling, tillverkning och försäljning av två nya motortyper.

12. Den 5 november 1997 slöts också ett avtal mellan BvS, delstaten Sachsen-Anhalt och SKL-M, i vilket utbetalningen av omstruktureringstödet till SKL-M reglerades.

13. Genom en skrivelse av den 9 april 1998 anmälde de tyska myndigheterna BvS-stödåtgärderna till förmån för SKL-M till kommissionen. Eftersom en del av dessa stödåtgärder redan hade beviljats fördes ärendet in i registret över ej anmälda stödåtgärder under nummer NN 56/98. På grund av den rättsosäkerhet som förelåg med avseende på hur stödåtgärderna till SKL-M skulle bedömas avstod motparten från att köpa upp SKL-M. De båda företagen fortsatte emellertid att samarbeta inom ramen för WLKV.

14. Den 15 juni 2000 åberopade motparten artikel 5 i WLKV. Enligt denna bestämmelse fick motparten ensamrätt gentemot tredje man att använda sig av den know-how som avsågs i WLKV i utbyte mot ett engångsbelopp. Detta engångsbelopp skulle utgöra ersättning till SKL-M för utvecklingskostnaderna. Beloppets storlek låg inom ramen för den budget som överenskommits i bilaga I till WLKV. Det uppgick till sammanlagt 3,43 miljoner euro. I juli 2000 inventerades den know-how som fanns i enlighet med artikel 5 i WLKV och ställdes till motpartens förfogande. I gengäld betalade motparten det fastställda engångsbeloppet till SKL-M.

15. Efter en preliminär granskning av de upplysningar som hade lämnats av de tyska myndigheterna ansåg kommissionen att det var tveksamt om de aktuella åtgärderna var förenliga med den gemensamma marknaden. Genom en skrivelse av den 8 augusti 2000 underrättade kommissionen de tyska myndigheterna om sitt beslut att inleda det formella granskningsförfarandet. Detta beslut offent-

liggjordes i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*⁷, och kommissionen uppmanade berörda parter att inkomma med sina synpunkter. I detta sammanhang frågade kommissionen även de tyska myndigheterna om motparten hade fått del av det stöd som beviljats SKL-M eller om det skulle få del av det i framtiden.⁸

som beviljats SKL-M hade gynnat motparten snarare än SKL-M. Detta var inte möjligt att avgöra utifrån de uppgifter som kommissionen förfogade över. Kommissionen begärde framför allt upplysningar om huruvida det pris som motparten hade betalat för denna know-how motsvarade dess faktiska eller förväntade marknadsvärde. Kommissionen tillkännagav att i brist på upplysningar måste den fatta ett beslut på grundval av tillgängliga upplysningar. Kommissionen anmodade även de tyska myndigheterna att vidarebefordra föreläggandet till motparten.

16. Den 1 september 2000 inleddes ett konkursförfarande mot SKL-M.

17. Den 16 oktober 2000, den 6 april 2001 och den 17 oktober 2001 ingav Tyskland sitt yttrande avseende beslutet att inleda det formella granskningsförfarandet. Ingen berörd tredje part ingav något yttrande till kommissionen.

19. Den 9 november 2001 påminde kommissionen de tyska myndigheterna om att beslutet i enlighet med artikel 13 i förordning nr 659/1999 skulle komma att antas på grundval av tillgängliga upplysningar om de inte följde föreläggandet och lämnade upplysningar.

18. Genom en skrivelse av den 19 september 2001 förelade kommissionen i enlighet med artikel 10 i förordning nr 659/1999 de tyska myndigheterna att inkomma med de upplysningar som var nödvändiga för att bedöma stödåtgärderna till SKL-M. I denna skrivelse ställde kommissionen på nytt frågan om en del av det stöd

20. De tyska myndigheterna besvarade föreläggandet om att lämna upplysningar genom skrivelser av den 23 januari, den 26 februari och den 11 mars 2002. Genom en skrivelse av den 5 mars 2002 överlämnade de även till kommissionen motpartens yttrande över beslutet att inleda det formella granskningsförfarandet, vilket särskilt rörde användningen av aktuell know-how och det engångsbelopp som motparten hade betalat till SKL-M.

7 — EGT C 27, 2001, s. 5.

8 — Punkt 103 i beslutet om att inleda det formella granskningsförfarandet.

A — *Det angripna beslutet*

21. Den 9 april 2002 fattade kommissionen det angripna beslutet. I detta beslut fastslog kommissionen att Förbundsrepubliken Tyskland, trots föreläggandet om att lämna upplysningar, inte hade lagt fram uppgifter som gjorde det möjligt att utesluta att motparten indirekt via WLKV drog fördel av stödet till SKL-M. Kommissionen måste därför besluta på grundval av tillgängliga upplysningar.⁹

22. Det pris som motparten hade betalat SKL-M för know-how var 2,71 miljoner euro lägre än SKL-M:s utgifter för de faktiska utvecklingskostnaderna.¹⁰

23. I skäl 85 i det angripna beslutet konstaterade kommissionen att stödet till SKL-M, som syftade till att kompensera de förluster som vållades av utvecklingen av know-how, kan ha utnyttjats i motpartens snarare än i SKL-M:s intresse.

24. I skäl 86 i det angripna beslutet konstaterade kommissionen att det statskontrollerade företaget SKL-M:s bärande av kostnadsrisken inte stod i samklang med principen om en privat investerare i en marknads ekonomi och att motpartens delägarskap inte byggde på ett förfarande som motsvarade en offentlig anbudsinfordran. På grundval av detta drog kommissionen slutsatsen att överföringen av know-how kunde betraktas som en överföring av statliga medel till motparten till ett belopp av 2,71 miljoner euro.

25. I sina slutsatser i skälen 87 och 88 konstaterade kommissionen först och främst att Tyskland hade genomfört ett stöd i strid med artikel 88.3 EG.¹¹ Ett belopp på 34,26 miljoner euro skulle därför återkrävas från SKL-M. Då det på grundval av tillgängliga upplysningar inte kunde uteslutas att motparten dragit fördel av överföringen av know-how, skulle ett belopp på 2,71 miljoner euro återkrävas solidariskt från SKL-M och motparten. På grundval av dessa slutsatser förordnade kommissionen i artikel 3.2 i det angripna beslutet att av det sammanlagda beloppet på 34,26 miljoner euro som måste återkrävas från SKL-M skulle de tyska myndigheterna återkräva 2,71 miljoner euro solidariskt från SKL-M och motparten.

9 — Skälen 77 och 78 i det angripna beslutet.

10 — Skäl 81 i det angripna beslutet.

11 — Kommissionen ansåg inte att stödet till SKL-M var förenligt med de då gällande riktlinjerna för statligt stöd till undsättning och omstrukturering av företag i svårigheter (EGT C 368, 1994, s. 12).

B — *Den överklagade domen*

26. Motparten väckte den 28 juni 2002 talan om ogiltigförklaring enligt artikel 230 EG mot det angripna beslutet. I sin talan yrkade företaget att artikel 3.2 i det angripna beslutet skulle ogiltigförklaras i den del som motparten förpliktades att solidariskt återbetala en andel på 2,71 miljoner euro av det stöd som beviljats SKL-M. Som skäl för talan anförde motparten framför allt argumentet att kommissionen hade tillämpat artikel 13.1 i förordning nr 659/1999 på ett felaktigt sätt.

27. Genom den överklagade domen biföll förstainstansrätten talan. I sin motivering slog förstainstansrätten i huvudsak fast att kommissionen inte med stöd av artikel 13.1 i förordning nr 659/1999 kan förplikta ett visst företag att återbetala ett stöd när påståendet om överföringen av de statliga medlen till detta företag bygger på ett antagande.¹²

¹² — Punkt 46 i den överklagade domen.

III — Förfarandet vid förstainstansrätten och parternas yrkanden

28. Kommissionens överklagande av den 21 november 2007 inkom till domstolen den 23 november 2007. I det skriftliga förfarandet har yttranden ingetts av motparten och kommissionen. Någon muntlig förhandling har inte ägt rum.

29. Kommissionen har yrkat att

— den överklagade domen ska upphävas i sin helhet,

— målet ska tas upp till sakprövning och att motpartens talan ska ogillas,

— motparten ska förpliktas att ersätta såväl kostnaderna i målet om överklagande som kostnaderna vid förstainstansrätten i mål T-196/02.

30. Motparten har yrkat att

nämnda företag påstås ha mottagit bygger på ett antagande.

— kommissionens överklagande av förstainstansrättens dom av den 12 september 2007 i mål T-196/02 ska ogillas i sin helhet,

— kommissionen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

32. För det första anser sig kommissionen endast ha konstaterat att det på grundval av tillgängliga upplysningar inte kan uteslutas att motparten i samband med förvärvet av know-how på fördelaktiga villkor har gynnats av en överföring av medel från det mottagande företaget SKL-M. Av detta följer att den solidariska återbetalningsskyldighet som föreskrivs i det angripna beslutet bygger på antaganden som varken kan bekräftas eller uteslutas med hjälp av de upplysningar kommissionen förfogar över (punkterna 47 och 48 i den överklagade domen).

I övrigt har motparten vidhållit sina yrkanden i första instans.

IV — Parternas argument

31. Kommissionens överklagande riktar sig mot förstainstansrättens motivering i punkt 46 och följande punkter i den överklagade domen. I punkt 46 i den överklagade domen har förstainstansrätten konstaterat att kommissionen inte med stöd av artikel 13.1 i förordning nr 659/1999 kan förplikta ett visst företag att, ens solidariskt, återbetala en viss andel av ett stöd som förklarats vara oförenligt, när överföringen av de statliga medel som

33. För det andra ankommer det enligt det angripna beslutet på de nationella myndigheterna att från motparten återkräva den andel av stödet som SKL-M inte kan betala. I samband med detta får de inte pröva denna solidariska återbetalningsskyldighet. En sådan situation är emellertid inte på något sätt en nödvändig följd av genomförandet av det förfarande som föreskrivs i EG-fördraget avseende statligt stöd. Varje medlemsstat som har lämnat ett stöd som ska återkrävas är under alla förutsättningar skyldig att återkräva stödet av de faktiska stödmottagarna under kommissionens kontroll. Detta innebär inte för den skull att det är nödvändigt att uttryckligen nämna dessa stödmottagare i beslutet om återkrav och, *a fortiori*, att precisera vilket belopp som ska återbetalas av varje mottagare (punkterna 49 och 50 i den överklagade domen).

A — *Den första grunden*

34. Som första grund har *kommissionen* huvudsakligen hävdad att förstainstansrätten genom punkterna 49 och 50 i den överklagade domen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den fann att stödmottagaren inte kunde identifieras med stöd av artikel 13.1 tredje meningen i förordning nr 659/1999 på grundval av tillgängliga upplysningar. En sådan begränsad tillämpning av denna bestämmelse saknar stöd i bestämmelsens ordalydelse. För att uppnå effektivitet i gemenskapens stödkontroll är det enligt kommissionen nödvändigt att identifiera stödmottagaren på grundval av tillgängliga upplysningar. Att kommissionen inte behöver ange stödmottagaren i varje negativt beslut innebär inte att kommissionen skulle hindras att göra detta på grund av en medlemsstats bristande samarbete.

35. *Motparten* anser att den första grunden är irrelevant. *Motparten* hävdar att förstainstansrätten inte har dragit den slutsats som kommissionen invänder mot. I den överklagade domen har förstainstansrätten endast konstaterat att kommissionen enbart hade byggt sitt beslut om gynnande av *motparten* på ett antagande. Om förstainstansrätten hänvisade till att den faktiska stödmottagaren inte nödvändigtvis måste anges i kommissionens beslut, gjordes detta endast i förtydligande syfte.

36. Den första grunden ska vidare lämnas utan avseende. Det angripna beslutet ska

ogiltigförklaras redan av den anledningen att kommissionen byggde beslutet om återkrav från *motparten* på ett antagande.

37. För övrigt anser *motparten* att även denna grund saknar fog. Kommissionen kan inte bygga beslut om återkrav på antaganden. Antingen måste kommissionen fortsätta att undersöka de faktiska omständigheterna genom det formella granskningsförfarandet eller också identifiera stödmottagaren inom ramen för återkravsförfarandet i samarbete med medlemsstaterna.

B — *Den andra grunden*

38. Som andra grund har *kommissionen* för det första hävdad att förstainstansrätten i punkt 46 och följande punkter i den överklagade domen förbisåg vilka krav som ställs på ett beslut på grundval av tillgängliga upplysningar enligt artikel 13.1 i förordning nr 659/1999. Om ett föreläggande att lämna upplysningar inte leder till något resultat kan kommissionen fatta sitt beslut på grundval av tillgängliga upplysningar. I samband med detta kan det inte ställas krav på någon absolut visshet. I så fall skulle artikel 13.1 tredje meningen i förordning nr 659/1999 förlora sin mening.

39. För det andra anser kommissionen att förstainstansrättens konstaterande att kommissionen har grundat sig på ett antagande är felaktigt. Denna anmärkning kan enligt institutionen tas upp till sakprövning, eftersom överklagandet gäller en prövningsbar rättslig kvalificering av omständigheter. Den är även välgrundad, eftersom kommissionen har gjort en ingående redogörelse för och bedömning av de tillgängliga upplysningarna, inte minst dem från SKL-M:s konkursförvaltare. Den kvardröjande osäkerheten gäller endast det marknadsvärde som motparten övertog.

lämpligt, eftersom förstainstansrättens motivering i punkterna 49 och 50 i den överklagade domen enligt min mening endast utgör överflödiga domskäl.

A — *Den andra grunden*

40. *Motparten* anser att den andra grunden inte kan tas upp till sakprövning, eftersom kommissionen därigenom i huvudsak har angripit en sakfråga. Kommissionens övriga konstateranden är av allmän karaktär och irrelevanta för förevarande mål. För övrigt saknar denna grund också fog. Kommissionen kan inte bygga ett missgynnande beslut på ett antagande. Detta har emellertid kommissionen gjort såväl när det gäller frågan huruvida motparten har gynnats som när det gäller förmånens storlek.

42. Den andra grunden omfattar två anmärkningar: den första anmärkningen riktar sig mot tolkningen av artikel 13.1 i förordning nr 659/1999 (1), den andra anmärkningen riktar sig mot förstainstansrättens konstaterande att kommissionen enbart har grundat sig på ett antagande (2). Båda dessa anmärkningar ska enligt min mening underkännas.

V — **Rättslig bedömning**

41. Jag tänker i det följande först pröva den andra grunden (A) och därefter den första grunden (B). Detta tillvägagångssätt följer den överklagade domens uppbyggnad, eftersom den andra grunden riktar sig mot punkterna 46–48 i den överklagade domen och den första grunden mot punkterna 49 och 50 i den överklagade domen. Det framstår också som

1. Tolkningen av artikel 13.1 i förordning nr 659/1999

43. Jag kan inte se att förstainstansrätten skulle ha gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning genom sin tolkning av artikel 13.1 i förordning nr 659/1999. Förstainstansrätten har korrekt framhållit att ett beslut om återkrav från ett visst företag inte enbart kan bygga på antagandet att detta

företag gynnas, och att detta gäller även med beaktande av artikel 13.1 tredje meningen i förordning nr 659/1999, om de förutsättningar som anges där föreligger.

44. Det ska först och främst påpekas att artikel 13.1 tredje meningen i förordning nr 659/1999 ska tolkas med hänsyn till primärrättens krav och bestämmelser avseende kommissionens beslut i stödförfarandet. För att ett beslut om återkrav ska kunna utfärdas avseende ett visst företag krävs enligt artikel 87.1 EG att det berörda företaget har tilldelats ett stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel och som snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen genom att gynna detta företag och påverka handeln mellan medlemsstaterna. En helhetsbedömning av förutsättningarna i artikel 87.1 EG ger vid handen att det måste konstateras att det aktuella företaget faktiskt har gynnats, men att det räcker att konstatera att det föreligger ett hot om konkurrenssnedvridning.

45. I primärrätten förefaller det därmed ha fastställts att om kommissionen ska utfärda ett beslut om återkrav från ett företag måste den åtminstone i sina slutsatser kunna konstatera att företaget i fråga faktiskt har gynnats. Att det inte anförs några tvivel om detta primärrättsliga krav genom bestämmelsen i artikel 13.1 tredje meningen i förordning nr 659/1999 kan enligt min mening förklaras redan med att denna förordning utgör en sådan tillämpningsförordning som avses i artikel 89 EG.

46. I artikel 13.1 tredje meningen i förordning nr 659/1999 finns det inte heller något som talar för att kommissionen, vid medlemsstatens underlåtenhet att samarbeta, kan bygga ett beslut om återkrav på antagandet om att företaget har gynnats.

47. Genom bestämmelsen i artikel 13.1 tredje meningen i förordning nr 659/1999 har gemenskapslagstiftaren införlivat den fasta rättspraxis som innebär att kommissionen kan fatta sitt beslut på grundval av tillgängliga upplysningar, om en medlemsstat underlåter att följa ett föreläggande om att lämna upplysningar.¹³ Genom denna bestämmelse får kommissionen ytterligare ett instrument för att inhämta de upplysningar som krävs vid beslut om olagligt stöd även när en medlemsstat underlåter att samarbeta för att förhindra eller försvåra ett beslut.¹⁴

48. Som jag förstår det reglerar denna bestämmelse framför allt i vilken omfattning som kommissionen måste fastställa sakhållandena. Därmed upprättas en balans mellan principen om rätten till försvar och kommissionens intresse att kunna ingripa så snabbt som möjligt mot stöd som strider mot gemensapsrätten. Enligt principen om rätten

13 — Se särskilt domstolens dom av den 14 februari 1990 i mål C-301/87, Frankrike mot kommissionen (REG 1990, s. I-307; svensk specialutgåva, volym 10, s. 303), punkt 22, av den 21 mars 1991 i mål C-303/88, Italien mot kommissionen (REG 1991, s. I-1433; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-115), punkt 47, av den 13 april 1994 i de förenade målen C-324/90 och C-342/90, Tyskland och Pleuger Worthington mot kommissionen (REG 1994, s. I-1173), punkt 29.

14 — Sinnaeve, A., i Heidenhain, M., *Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts*, Beck, 2003, § 34, punkt 6.

till försvar är kommissionen generellt sett skyldig att uppmana den aktuella medlemsstaten att lämna alla de upplysningar som krävs.¹⁵ Om ett sådant föreläggande från kommissionen emellertid inte ger något resultat, kan kommissionen fatta sitt beslut på grundval av tillgängliga upplysningar.

49. Denna bestämmelse får konsekvenser för domstolsprövningen av kommissionens beslut. Om den berörda medlemsstaten inte vederlägger kommissionens uppgifter om att det är fråga om ett stöd, trots ett vederbörligt föreläggande om att lämna upplysningar, kan kommissionen inte klandras för att den grundar sig på dessa uppgifter, även om dessa är av fragmentarisk eller ofullständig karaktär.¹⁶ Artikel 13.1 tredje meningen i förordning nr 659/1999 reglerar därmed under vilka förutsättningar kommissionen kan anse att en omständighet är styrkt på grundval av de upplysningar, eventuellt ofullständiga, som den har att tillgå.¹⁷

50. Jag kan däremot varken av denna bestämmelses ordalydelse ("ska beslutet fattas på

grundval av tillgängliga upplysningar") eller av den rättspraxis som införlivas i denna bestämmelse¹⁸ utläsa att kommissionen har rätt att utgå från att förutsättningarna i artikel 87.1 EG föreligger, om föreläggandet om att lämna upplysningar inte följs. Artikel 13.1 tredje meningen i förordning nr 659/1999 befriar således inte kommissionen från skyldigheten att faktiskt konstatera att det föreligger gynnande behandling, att grunda denna rättsliga bedömning på faktiska omständigheter samt att fastställa att motsvarande faktiska omständigheter föreligger. Den sänker endast beviskraven med avseende på när kommissionen kan anse att de förmodade omständigheterna föreligger.¹⁹ Denna tolkning av artikel 13.1 tredje meningen i förordning nr 659/1999 förefaller mig också påkallad med hänsyn till den rätt till försvar som medlemsstaterna och övriga personer som omfattas av beslutet har. Dessa har nämligen rätt att veta på vilka omständigheter kommissionen stöder sitt beslut.

51. Tvärtemot vad kommissionen har hävdad leder en sådan tolkning av artikel 13.1 första meningen i förordning nr 659/1999 inte heller till att genomförandet av förbudet mot stöd hindras i onödan. Som framgått ovan krävs det ingen "hundraprocentig visshet" från kommissionens sida vid bedömningen av de faktiska omständigheterna. Vid ett beslut på grundval av tillgängliga upplysningar tas det

15 — Domen i det ovannämnda målet Tyskland och Pleuger Worthington mot kommissionen (ovan fotnot 13), punkt 29.

16 — Domstolens dom av den 26 september 1996 i mål C-241/94, Frankrike mot kommissionen (REG 1996, s. I-4551), punkterna 36 och 37, och av den 13 juni 2002 i mål C-382/99, Nederländerna mot kommissionen (REG 2002, s. I-5163), punkt 76, samt förstainstansrättens dom av den 19 oktober 2005 i mål T-318/00, Freistaat Thüringen mot kommissionen (REG 2005, s. II-4179), punkt 88.

17 — Denna bestämmelse inverkar därmed på beviskraven. Enligt Sinnaeve, A. (ovan fotnot 14), § 34, punkt 6, gör denna bestämmelse bevisföringen enklare. Se emellertid Keppenue, J.-P., "Une vue d'ensemble des règles de procédure de l'article 88 CE et commentaires sur leur application depuis l'entrée en vigueur du règlement 659/1999", *European competition law*, 2001, s. 205 och följande sidor samt s. 234, som utgår från att det rör sig om en bestämmelse som syftar till omkastad bevisbörda.

18 — Se särskilt domarna i de ovannämnda målen Frankrike mot kommissionen (ovan fotnot 16), punkt 22, Italien mot kommissionen (ovan fotnot 16), punkt 47, och Tyskland och Pleuger Worthington mot kommissionen (ovan fotnot 16), punkt 29.

19 — Se även, i detta avseende, Sinnaeve, A. (ovan fotnot 14), 34 §, fotnot 15 till punkt 6, där det konstateras att kommissionen måste motivera sitt beslut även i detta fall, men att kraven på motivering inte är lika höga.

snarare med i beräkningen att kommissionen eventuellt inte har tillgång till alla upplysningar som skulle kunna vara relevanta för bedömningen av de aktuella statliga åtgärderna.

52. Om kommissionen inte anser sig vara i stånd att på grundval av tillgängliga upplysningar fastställa huruvida ett företag har gynnats, kan den emellertid inte bygga ett beslut om återkrav från detta företag enbart på ett antagande. Som förstainstansrätten helt riktigt har angett i sitt överflödiga domskäl i punkt 49 i den överklagade domen är medlemsstaternas myndigheter bundna av beslutet om återkrav. De är således skyldiga att återkräva det fastställda beloppet solidariskt från (det insolventa) företaget SKL-M och motparten, och kan inte ta någon hänsyn till om svaret på frågan huruvida motparten har gynnats endast grundar sig på ett antagande från kommissionens sida.²⁰

53. Som förstainstansrätten med rätta har framhållit kan kommissionen – åtminstone i ett fall som det förevarande – i stället fastställa de faktiska stödmottagarna och storleken på det stöd som ska återkrävas inom ramen för återkravsförfarandet i samarbete med medlemsstaten, som då är skyldig att samarbeta.²¹

20 — Punkt 49 i den överklagade domen.

21 — Punkt 50 i den överklagade domen.

54. På grundval av ovanstående överväganden kan jag därför konstatera att kommissionen inte får bygga ett beslut om återkrav på ett rent antagande, även om förutsättningarna i artikel 13.1 tredje meningen i förordning nr 659/1999 föreligger. Förstainstansrätten har därmed i den överklagade domen gjort en korrekt tolkning av artikel 13.1 tredje meningen i förordning nr 659/1999.

2. Förstainstansrättens konstaterande att kommissionen enbart har grundat sig på ett antagande

55. Kommissionen har hävdat att förstainstansrätten inte hade någon grund för att konstatera att kommissionen grundade det angripna beslutet på ett antagande. Kommissionen fastställde tvärtom att överföringen av know-how på icke-marknadsmässiga villkor innebar att motparten hade gynnats.

56. Denna anmärkning kan enligt min mening tas upp till sakprövning. Principiellt sett är det visserligen inte möjligt att pröva förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna i överklagandeförfarandet. Felaktig rättstillämpning omfattar emellertid såväl felaktigheter vad gäller tolkningen av en bestämmelse som felaktigheter vad gäller den rättsliga bedömningen av de faktiska omstän-

digheterna med avseende på en bestämmelse.²² I den mån kommissionen har hävdat att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den har bedömt det (oomstridda) innehållet i det angripna beslutet som ett antagande, förefaller anmärkningen enligt min mening således kunna tas upp till sakprövning.

57. Det saknas emellertid fog för denna anmärkning. Förstainstansrätten gjorde en riktig bedömning då den fann att kommissionen endast antog att statliga medel överfördes till motparten och inte faktiskt konstaterade detta.

58. I skäl 85 i det angripna beslutet fastslog kommissionen att det aktuella stödet *kan ha* utnyttjats i motpartens snarare än i SKL-M:s intresse. I skäl 86 fastslog kommissionen att överföringen av know-how *kan* betraktas som en överföring av statliga medel till motparten, till ett belopp av 2,71 miljoner euro. Eftersom kommissionen i skäl 87 drog slutsatsen att Tyskland har genomfört det ifrågavarande stödet i strid med artikel 88.3 EG, kan denna slutsats inte heller tolkas som ett underförsätt konstaterande om att motparten gynnades. I skäl 88 slog kommissionen nämligen på nytt fast att *det inte kan utslutas* att det rör sig om en överföring av statliga

medel. Kommissionen klarlade därmed att det såvitt avser frågan huruvida motparten gynnades bara rörde sig om ett antagande.

59. Kommissionens argument i överklagandeförfarandet, att kommissionen inte grundat sig på något antagande eller endast grundat sig på ett antagande vad gäller förmånens storlek, har således inget stöd i det angripna beslutet. Kommissionen har tvärtom enbart antagit att statliga medel överförts, och således lämnat frågan huruvida det föreligger gynnande behandling öppen.

60. Förstainstansrätten gjorde således en riktig bedömning när den fann att kommissionen endast grundade sig på ett antagande vad gäller frågan huruvida motparten gynnades.

61. Kommissionens argument för att den i förevarande mål borde ha konstaterat att motparten faktiskt gynnades liksom motpartens argument för att kommissionen inte borde ha gjort detta är irrelevanta för det aktuella överklagandeförfarandet. Eftersom förstainstansrätten inte är behörig att ersätta kommissionens motivering med sin egen motivering,²³ är endast den motivering som kommissionen faktiskt har angett i sitt beslut

22 — Domstolens dom av den 1 juni 1994 i mål C-136/92 P, kommissionen mot Brazzelli Lualdi m.fl. (REG 1994, s. I-1981), punkt 49. Se även punkt 3 i generaladvokaten Van Gervens förslag till avgörande av den 26 juni 1991 i mål C-145/90 P, Costacurta mot kommissionen (REG 1991, s. I-5449).

23 — Domstolens dom av den 27 januari 2000 i mål C-164/98 P, DIR International Film m.fl. mot kommissionen (REG 2000, s. I-447), punkterna 44–48.

av relevans, däremot inte den motivering som kommissionen kunde ha angett.

hade inte rätt att bygga sitt beslut avseende motparten på ett antagande.²⁴

3. Slutsats i denna del

62. Överklagandet kan inte vinna bifall såvitt avser den andra grunden.

65. I övrigt anser jag att denna grund inte heller kan godtas av den anledningen att den ifrågasätter ett konstaterande som förstainstansrätten inte har gjort. Tvärtemot vad kommissionen har anfört har förstainstansrätten inte konstaterat i punkterna 49 och 50 i den överklagade domen att det i princip är uteslutet att identifiera mottagaren av ett stöd på grundval av tillgängliga upplysningar.

B — *Den första grunden*

63. I den första grunden har kommissionen gjort gällande att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när den i punkterna 49 och 50 i den överklagade domen fann att det inte är möjligt att fastställa mottagaren av ett stöd i enlighet med artikel 13.1 tredje meningen i förordning nr 659/1999 på grundval av tillgängliga upplysningar.

66. I punkt 46 i den överklagade domen konstaterade förstainstansrätten att kommissionen inte med stöd av artikel 13.1 i förordning nr 659/1999 kan bygga ett beslut om återkrav från ett visst företag på antagandet att det har överförts statliga medel till detta företag. I sina överflödiga domskäl i punkterna 49 och 50 i den överklagade domen slog förstainstansrätten fast att de nationella myndigheterna inte kan ifrågasätta ett beslut om återkrav, även om detta beslut endast bygger på ett antagande, och att om SKL-M saknar betalningsförmåga måste myndigheterna därför återkräva den fastställda andelen från motparten. Förstainstansrätten angav vidare att enligt de primärrättsliga bestämmelserna för statligt stöd är det inte alltid nödvändigt att nämna stödmottagarna eller stödbeloppets storlek redan i beslutet om återkrav.

64. Denna grund är inte relevant. Den överklagade domen ska kvarstå redan av den anledningen att förstainstansrätten helt riktigt delvis ogiltigförklarade det angripna beslutet av ovan anförda skäl. Kommissionen

²⁴ — Se domstolens dom av den 12 juli 2001 i de förenade målen C-302/99 P och C-308/99 P, kommissionen och Frankrike mot TF1 (REG 2001, s. I-5603), punkterna 26–29.

67. Jag kan inte tolka något av dessa överväganden såsom utgörande det konstaterande som har ifrågasatts av kommissionen, nämligen att möjligheten att fatta ett beslut på grundval av tillgängliga upplysningar enligt artikel 13.1 tredje meningen i förordning nr 659/1999 principiellt sett inte kan tillämpas för att identifiera stödmottagaren eller den som är återbetalningsskyldig.

68. Mot denna bakgrund är frågan hur man processuellt ska behandla en grund där ett konstaterande som förstainstansrätten inte har gjort ifrågasatts som felaktig rättstillämpning.

69. Motparten har gjort gällande att den första grunden är irrelevant och ska underkännas. För en sådan uppfattning kan i förevarande fall tala att den andra grunden riktar sig mot en motivering som faktiskt inte utgör stöd för den överklagade domen. Jag anser emellertid att en grund endast bör underkännas såsom irrelevant när det inte finns något berättigat intresse av att den prövas, eftersom inte heller ett godtagande av grunden skulle kunna leda till att den överklagade domen upphävdes. Att en sökande utgår från en felaktig premiss påverkar inte dennes intresse av en prövning av grunden i sig. Frågan huruvida förstainstansrätten i den överklagade domen har gjort det konstaterande som har ifrågasatts av motparten gäller snarare huruvida det finns fog för grunden.²⁵

25 — Se, för ett liknande resonemang, domstolens beslut av den 6 mars 1997 i mål C-150/96 P, Galtieri mot parlamentet (REG 1997, s. I-1229), punkterna 15 och 16.

70. Den första grunden är således irrelevant av de skäl som angetts i punkt 64 i detta förslag till avgörande. Vidare kan denna grund av de skäl som angetts ovan i punkterna 65–69 inte leda till bifall på överklagandet.

C — *Slutsats*

71. Överklagandet ska ogillas i sin helhet.

VI — Rättegångskostnader

72. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna, som enligt artikel 118 i samma rättegångsregler ska tillämpas i mål om överklagande, ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Motparten har yrkat att kommissionen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom kommissionen har tappat målet, ska motpartens yrkande bifallas.

VII — Förslag till avgörande

73. Mot denna bakgrund föreslår jag att domstolen ska

- ogilla överklagandet, och

- förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.