

## FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

ANTONIO TIZZANO

föredraget den 9 februari 2006<sup>1</sup>

1. Föremålet för förevarande mål är överklaganden från P&O European Ferries (Vizcaya) SA (nedan P&O) och Diputación Foral de Vizcaya (Biscayas provinsstyrelse) (nedan kallad Diputación) av förstainstansrättens dom av den 5 augusti 2003 i de förenade målen T-116/01 och T-118/01, P&O European Ferries (Vizcaya) SA och Diputación Foral de Vizcaya mot kommissionen (nedan kallad den överklagade domen)<sup>2</sup>, i vilken kommissionens beslut 2001/247/EG av den 29 november 2000 (nedan kallat det ifrågasatta beslutet)<sup>3</sup> om den stödordning som Spanien tillämpar till förmån för rederiet P&O, vid den tiden benämnt Ferries Golfo de Vizcaya, bekräftats i dess helhet.

att snedvrida konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion och som påverkar handeln mellan medlemsstaterna är oförenligt med den gemensamma marknaden.

3. I artikel 88.3 EG föreskrivs att kommissionen skall underrättas i god tid om alla planer på att vidta eller ändra stödåtgärder och att medlemsstaterna inte får genomföra åtgärderna förrän kommissionen fattat ett beslut.

### I — Tillämpliga bestämmelser

2. Som bekant gäller enligt artikel 87.1 EG att, om inte annat föreskrivs i fördraget, stöd som ges av medlemsstaterna eller med hjälp av statliga medel, som snedvrider eller hotar

4. Vidare har Europeiska gemenskapen genom rådets förordning nr 659/1999<sup>4</sup> (nedan kallad förordning nr 659/1999) försetts med ett detaljerat system med förfaranderegler för tillämpningen av gemenskapsbestämmelserna om kontroll av statligt stöd.

1 — Originalspråk: italienska.

2 — REG 2003, s. II-2957.

3 — EGT L 89, 2001, s. 28.

4 — Rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel 93 i EG-fördraget (EGT L 83, s. 1).

## II — Bakgrund och förfarandet

*De faktiska omständigheter som gett upphov till tvisten*

5. Med hänsyn till att den angelägenhet som är föremål för förevarande mål är komplicerad och dessutom har gett upphov till två domar från förstainstansrättens sida samt till att den ägt rum under en förhållandevis lång tid, skall jag här begränsa mig till att ge en sammanfattning av de huvudsakliga omständigheterna av relevans för förevarande förfarande.

6. Allt har sitt ursprung i ett avtal (nedan kallat det ursprungliga avtalet) som ingicks den 9 juli 1992 mellan å ena sidan Diputación och den baskiska regeringens handels- och turismministerium och å andra sidan det rederi som numera heter P&O. Detta avtal avsåg inrättandet av en färjelinje mellan Bilbao och Portsmouth och innehöll föreskrift om att de myndigheter som var parter i avtalet under perioden 1993–1996 skulle köpa ett visst antal biljetter för ett pris som fastställdes i avtalet. Detta avtal har aldrig anmälts till kommissionen.

7. Redan den 21 september samma år riktade emellertid ett konkurrerande rederi, Bretagne Angleterre Irlande (nedan kallat BAI), ett klagomål till kommissionen avse-

ende förmodade subventioner som Diputación och den baskiska regeringen gav P&O. Efter att ha inhämtat nödvändig information beslöt kommissionen den 29 september 1993 att inleda ett förfarande enligt artikel 93.2 i EG-fördraget (nu artikel 88.2 EG)<sup>5</sup>.

8. Efter en inledande undersökning hade kommissionen nämligen kommit till den slutsatsen att det ursprungliga avtalet inte utgjorde en normal affärstransaktion utan statligt stöd i den mening som avses i artikel 92 i EG-fördraget (nu artikel 87 EG i ändrad lydelse), vilket stöd inte föreföll uppfylla de föreskrivna kraven på förenlighet med den gemensamma marknaden.

9. Kommissionens överväganden grundade sig bland annat på det förhållandet att det överenskomna priset för köpen av biljetter från de myndigheters sida som var parter i avtalet översteg det vanliga priset och att avtalet innehöll ett åtagande för det allmänna att täcka samtliga P&O:s förluster under de tre första verksamhetsåren. Enligt kommissionens uppfattning innebar avtalet att alla affärsmässiga risker undanröjdes för P&O.

10. Sedan beslutet att inleda förfarandet delgetts, underrättade den baskiska rege-

5 — EGT C 70, 1994, s. 5.

ringen kommissionen om att den hade avbrutit genomförandet av avtalet. Samtidigt hade P&O under det administrativa förfarandet med undersökning av åtgärden en omfattande korrespondens med kommissionen för att fastställa vilket slags avtal som rederiet och myndigheterna kunde ingå utan att åsidosätta gemenskapsbestämmelserna om stöd.

avtalet, att biljettpriserna skulle fastställas enligt nya kriterier och således skulle bli lägre än vad som överenskommits i det ursprungliga avtalet, att flera andra punkter i sistnämnda avtal — som kommissionen tidigare invänt mot — hade tagits bort. Mot bakgrund av dessa överväganden förklarade kommissionen att det nya avtalet inte utgjorde statligt stöd.

11. I det sammanhanget sände P&O, genom skrivelse av den 27 mars 1995 (nedan kallad skrivelsen av den 27 mars 1995) till en tjänsteman vid kommissionens generaldirektorat för energi och transport<sup>6</sup>, en under rättelse om ett nytt avtal (nedan kallat det nya avtalet eller den omtvistade åtgärden) som ingåtts den 7 mars 1995 mellan Diputación och P&O. Detta avtal, som gällde för perioden från år 1995 till 1998, innehöll ett åtagande från Diputacións sida att köpa sammanlagt 46 500 biljetter som kunde användas på färjelinjen Bilbao–Portsmouth, som drevs av P&O, och i avtalet fastställdes vederlaget för biljetterna samt andra villkor för köpet.

12. Den 7 juni 1992 beslutade kommissionen att avsluta det förfarande som hade inletts den 29 september 1993 (nedan kallat beslutet av den 7 juni 1995)<sup>7</sup>, varvid uttalades att det nya avtalet innehöll flera ändringar i förhållande till den föregående versionen. I synnerhet innebar avtalet att den baskiska regeringen inte längre var part i

13. Talan mot detta beslut väcktes emellertid genast vid förstainstansrätten av BAI, i egenskap av företag som konkurrerade med P&O och klagande i kommissionens förfarande avseende stödet, och Konungariket Spanien och P&O intervenerade i det påföljande förfarandet till stöd för kommissionens yrkanden.

14. Genom dom av den 28 januari 1999 i mål T-14/96, BAI mot kommissionen<sup>8</sup> (nedan kallad domen i målet BAI), ogiltigförklarade förstainstansrätten beslutet av den 7 juni 1995, eftersom den ansåg att det nya avtalet inte utgjorde en normal affärstransaktion och att kommissionen följaktligen hade gjort en felaktig bedömning av detta avtal utifrån artikel 87.1 i EG-fördraget.

15. Förstainstansrätten uttalade särskilt att det inte endast var så att de belopp som myndigheten sammanlagt betalade till P&O på grundval av det nya avtalet inte var lägre än de som föreskrevs i det ursprungliga avtalet

6 — Den tjänsteman som ansvarade för handläggningen av ärendet avseende det aktuella stödet.

7 — EGT C 321, s. 4.

8 — REG 1999, s. II-139.

utan till och med hade ökat något. Referenspriset per enhet för biljetterna hade visserligen satts ned, men det sammanlagda antalet köpta biljetter hade nämligen ökat avsevärt (46 500 biljetter mot 26 000 biljetter enligt det ursprungliga avtalet), och antalet köpta biljetter hade inte alls fastställts i förhållande till förvärvarens verkliga behov. Dessutom hade P&O inte åtagit sig någon ytterligare kostnad på grund av denna biljettökning, eftersom dessa kunde användas endast under lågsäsong. Förstainstansrätten drog den slutsatsen att det nya avtalets påverkan på konkurrensen följaktligen var huvudsakligen densamma som den enligt det ursprungliga avtalet<sup>9</sup>.

16. Mot bakgrund av denna dom beslutade kommissionen den 26 maj 1999<sup>10</sup> att inleda ett sådant förfarande som föreskrivs i artikel 88.2 EG avseende det nya avtalet. Enligt kommissionen hade de baskiska myndigheterna nämligen artificiellt ökat det antal biljetter som skulle köpas från P&O för att motverka nedsättningen av priset för dessa och således bibehålla den offentliga finansieringen till rederiet på de nivåer som föreskrevs i det ursprungliga avtalet.

17. Detta förfarande utmynnade i att kommissionen genom beslut 2001/247/EG av den 29 november 2000<sup>11</sup> förklarade att det nya avtalet utgjorde statligt stöd som var

oförenligt med den gemensamma marknaden (artikel 1) och därför ålade Konungariket Spanien att återkräva de belopp som redan hade utbetalats (artikel 2).

*Förfarandet vid förstainstansrätten och den överklagade domen*

18. Såväl Diputación som P&O väckte vid förstainstansrätten talan mot detta beslut, men medan sistnämnda part endast yrkade att beslutet om återkrav av stödet skulle ogiltigförklaras yrkade Diputación att hela beslutet skulle ogiltigförklaras.

19. Till stöd för att det av kommissionen underkända avtalet var lagenligt underströk båda parter inledningsvis att mottagaren av det omtvistade stödet hade anmält det på vederbörligt sätt till kommissionen genom den nämnda skrivelsen av den 27 mars 1995.

20. I sak gjorde de därefter en rad invändningar avseende dels fel i sak i beslutet, dels hävdade formella fel under det administrativa förfarandet vid kommissionen. Dessa invändningar avsåg huvudsakligen a) det förhållandet att den ifrågavarande åtgärden ansetts vara statligt stöd, b) åsidosättande av äganderätten och av artikel 295 EG,

9 — Punkterna 74–80.  
10 — EGT C 233, s. 22.  
11 — Se fotnot 3.

c) underlåtenhet att tillämpa undantaget i artikel 87.2 a EG, d) åsidosättande av de förfarandebestämmelser som föreskrivs i EG-fördraget och i förordning nr 659/1999, särskilt att ytterligare information inte begärts från myndigheterna, e) åsidosättande av principen om skydd för berättigade förväntningar, rättssäkerhetsprincipen och principen om god förvaltningssed, f) åsidosättande av artikel 88 EG eftersom ett tyst godkännande av stödet borde ha ansetts lämnat, samt g) bristfällig eller irrelevant motivering enligt artikel 253 EG.

21. Kommissionen har å sin sida, förutom att bestrida samtliga dessa grunder, invänt att grunden för överklagandena avseende det förhållandet att den omtvistade åtgärden betecknats som statligt stöd inte kan tas upp till sakprövning eftersom grunden omfattas av rättskraften hos domen i målet BAI.

22. Förstainstansrätten ansåg att såväl P&O:s som Diputacións talan helt kunde tas upp till sakprövning men biföll inte talan på någon av de grunder som dessa parter hade åberopat, mot bakgrund av de överväganden som jag nu övergår till att kort sammanfatta, i den ordning som förstainstansrätten följt i den överklagade domen.

23. Förstainstansrätten fastslog inledningsvis att det nya avtalet inte hade beviljats i enlighet med det förfarande som föreskrivs i artikel 88.3 EG och således skulle anses vara rättsstridigt.

24. Förstainstansrätten godtog därvid inte klagandenas argument att, eftersom det nya avtalet skulle anses som ett nytt stöd, kommissionen hade vederbörligt underrättats om det av det mottagande företaget. Enligt förstainstansrätten kunde nämligen stödmottagarens advokaters underrättelse till kommissionen om detta avtal inte på något sätt anses som en formell anmälan av ett nytt stöd i enlighet med EG-fördraget<sup>12</sup>.

25. Förstainstansrätten uttalade vidare att den nya åtgärden under alla förhållanden inte utgjorde ett nytt och annat avtal än det som ingåtts ursprungligen (och som aldrig anmälts), eftersom de ändringar som gjorts i det senare inte påverkade detta i sak. Eftersom det ursprungliga avtalet och det nya avtalet således skulle anses som en enda stödåtgärd, som införts och genomförts under år 1992 och därefter ändrats, hade avsaknaden av anmälan av det ursprungliga avtalet betydelse även för lagenligheten hos det andra.

26. Vad därefter gällde frågan huruvida den omtvistade åtgärden skulle anses som stöd i

12 — Punkterna 57–74.

den mening som avses i artikel 87.1 EG tillbakavisade förstainstansrätten först kommissionens ovannämnda invändning om rättegångshinder, varvid den påpekade att rättskraften hos en tidigare dom kan åberopas endast om den talan som gett upphov till den aktuella domen har samma parter och samma föremål och grundar sig på samma omständigheter. Samtliga dessa villkor var inte uppfyllda i det förevarande fallet<sup>13</sup>.

27. I sak bekräftades emellertid kommissionens analys.

28. För det första ansåg förstainstansrätten att det framgick av ett flertal omständigheter att Diputación inte hade ingått det nya avtalet för att uppfylla verkliga behov. Enligt förstainstansrättens uppfattning "[räcker inte] enbart den omständigheten att en medlemsstat köper varor och tjänster på marknadsvillkor ... för att ifrågavarande transaktion skall anses som en ... affärstransaktion som genomförts på sådana villkor som en privat investerare skulle ha godtagit, om det framgår att staten inte hade ett verkligt behov av dessa varor och tjänster. ... Kravet att medlemsstaten visar att ett köp av varor eller tjänster utgör en normal affärstransaktion är ännu strängare när, liksom i förevarande fall, valet av avtalspart

inte har föregåtts av ett vederbörligen offentliggjort anbudsförfarande ..." <sup>14</sup>. Eftersom det i det förevarande fallet inte hade visats något sådant behov, var det följaktligen med rätta som kommissionen hade dragit den slutsatsen att det nya avtalet kunde medföra en ekonomisk fördel för P&O<sup>15</sup>.

29. Enligt förstainstansrätten hade kommissionen helt riktigt konstaterat den ifrågavarande åtgärdens potentiella konkurrensbegränsande effekt och dess möjliga påverkan på handeln mellan medlemsstaterna<sup>16</sup>.

30. Vad därefter gällde det hävdade åsidosättandet av äganderätten enligt artikel 295 EG hade Diputación gjort gällande att det ifrågavarande beslutet innebar en orättfärdig begränsning av dess behörighet att sluta avtal och att myndigheten framtogs äganderätten till lagenligt förvärvade biljetter. Förstainstansrätten anförde emellertid att genom artikel 295 EG undantas inte medlemsstaternas egendomsordningar från fördragets grundläggande bestämmelser och således kan inte räckvidden av begreppet statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG begränsas genom förstnämnda artikel<sup>17</sup>.

31. Förstainstansrätten fastställde vidare att den omtvistade åtgärden inte kunde förklaras förenlig med den gemensamma marknaden

14 — Punkterna 117 och 118.

15 — Punkterna 121–140.

16 — Punkterna 141–144.

17 — Punkterna 148–153.

13 — Punkterna 75–82.

med stöd av artikel 87.2 a EG, eftersom stödet inte hade beviljats enskilda konsumenter och utan diskriminering med avseende på tjänsternas ursprung, utan endast gynnade P&O<sup>18</sup>.

32. Vad gällde det hävdade åsidosättandet av de processuella bestämmelserna instämde förstainstansrätten inte i Diputacions kritik att kommissionen inte hade begärt samtliga förklaringar och förtydliganden från de spanska myndigheterna som var nödvändiga för dess beslut. Enligt förstainstansrättens uppfattning grundades denna kritik på en felaktig tolkning av det ifrågasatta beslutet, eftersom de avsnitt i beslutet som Diputación ifrågasatt inte avsåg en egentlig avsaknad av upplysningar utan snarare en annan bedömning — från kommissionens sida — av de bevis som de spanska myndigheterna lagt fram under det administrativa förfarandet<sup>19</sup>.

33. Förstainstansrätten analyserade, och tillbakavisade, därefter den av de båda klagandena hävdade ståndpunkten att principerna om skydd för berättigade förväntningar och om god förvaltningssed åsidosatts genom åläggandet i det ifrågasatta beslutet att återkräva stödet.

34. När det gäller det hävdade åsidosättandet av skyddet för berättigade förväntningar

angav förstainstansrätten först att det inte a priori kunde uteslutas att det var möjligt för mottagaren av ett rättsstridigt stöd att åberopa att det förelåg en undantagssituation som medförde att han hade berättigade förväntningar på att stödet var lagenligt. Myndigheter som har beviljat ett sådant stöd med åsidosättande av anmälningsskyldigheten kan emellertid inte i syfte att undandra sig skyldigheten att vidta nödvändiga åtgärder för att verkställa ett negativt beslut av kommissionen åberopa att stödmottagarna hade berättigade förväntningar. Detta var emellertid vad Diputación rättsstridigt hade gjort<sup>20</sup>.

35. Förstainstansrätten uttalade vidare att P&O, förutom att denna part åberopade det förhållandet att kommissionen ursprungligen hade antagit ett positivt beslut, inte hade utgått från någon exceptionell omständighet som kunde ge upphov till berättigade förväntningar hos P&O. Att anse att ett tidigare positivt beslut av kommissionen om stöd — mot vilket talan väckts i enlighet med artikel 230 EG och som ogiltigförklarats av förstainstansrätten — automatiskt skulle utgöra hinder för att återkräva rättsstridigt stöd skulle emellertid innebära att gemenskapsdomstolarnas kontroll av lagenligheten av sådana beslut förlorar sin ändamålsenliga verkan. Förstainstansrätten påpekade med hänvisning till domstolens dom av den 14 januari 1997 i målet Spanien mot kommissionen<sup>21</sup> särskilt att stödmottagarens konkurrenter skulle fråntas rätten till ett

18 — Punkterna 162–171.

19 — Punkterna 176–187.

20 — Punkterna 201–203.

21 — Mål C-169/95 (REG 1997, s. I-135), punkt 53.

effektivt rättsmedel mot kommissionens beslut som går dem emot<sup>22</sup>. Följaktligen godtog inte heller de argument som P&O åberopat i fråga om sina berättigade förväntningar.

36. Beträffande det hävdade åsidosättandet av principen om god förvaltnings sed påpekade förstainstansrätten att genom denna invändning kritiserade klaganden kommissionens handlande under handläggningen av ärendet genom att åter ifrågasätta huruvida stödet var rättsstridigt. Förstainstansrätten avfärdade följaktligen denna kritik med hänvisning till den bedömning som den gjort i domen på den punkten.<sup>23</sup>

37. Därefter behandlade förstainstansrätten det hävdade åsidosättandet av artikel 88 EG, varvid den inte godtog det av Diputación framförda argumentet att det förhållandet att ett förfarande enligt artikel 88 EG avseende den ifrågasatta åtgärden inte inletts inom två månader från det att domen i målet BAI meddelades innebar ett tyst godkännande av stödet. Förstainstansrätten hänvisade till domen i målet Lorenz<sup>24</sup> och drog den slutsatsen att de villkor som uppställts i den domen inte var uppfyllda i förevarande fall<sup>25</sup>.

22 — Punkterna 204–210.

23 — Punkterna 211–212.

24 — Dom av den 11 december 1973 i mål 120/73, Lorenz (REG 1973, s. 1471; svensk specialutgåva, volym 2, s. 177) (nedan kallad domen i målet Lorenz). I denna dom uppställs den regeln att om kommissionen, inom två månader från anmälan av nytt stöd, inte tar ställning till detta (genom att inleda ett kontradiktoriskt förfarande eller fatta ett positivt beslut), den berörda staten kan verkställa åtgärden om den dessförinnan underrättar kommissionen om den.

25 — Punkterna 216–219.

38. Förstainstansrätten fastslog slutligen att det var uppenbart att talan inte kunde bifallas på den av P&O åberopade grunden att beslutet inte var tillräckligt motiverat<sup>26</sup>.

### *Förfarandet vid domstolen*

39. P&O (mål C-442/03 P) och Diputación (mål C-443/03 P) har, genom överklaganden som inkom den 17 oktober 2003 respektive den 10 november 2003, bestridit de slutsatser som förstainstansrätten kom fram till. P&O har yrkat att domstolen skall ogiltigförklara den överklagade domen och återförvisar målet till förstainstansrätten så att denna på nytt fattar beslut avseende artikel 2 i det ifrågasatta beslutet. Diputación har för sin del yrkat att domstolen skall ogiltigförklara den överklagade domen och, om det är möjligt med hänsyn till utredningen i målet, direkt meddela dom avseende målet i sak och därvid ogiltigförklara kommissionens beslut (eller, i andra hand, ogiltigförklara endast artikel 2 i beslutet). För det fall detta inte är möjligt har Diputación yrkat att målet, efter ogiltigförklaring av förstainstansrättens dom, återförvisas till förstainstansrätten.

40. Kommissionen, som har ingett svaromål i båda mål, har bestridit dessa yrkanden och yrkat att domstolen ogillar överklagandena och förpliktar klagandena att ersätta rättegångskostnaderna. Dessutom bör till-

26 — Punkterna 223–227.



äggas att Diputación yttrat sig i förfarandet avseende P&O:s överklagande till stöd för dennes yrkanden, och samtidigt har P&O intervenerat till stöd för klagandens yrkanden i förfarande avseende Diputaci6ns överklagande.

Påståendet att Diputaci6ns överklagande kommit in för sent

41. Genom beslut av den 7 juni 2005 av domstolens ordförande förenades de båda målen vad gäller det muntliga förfarandet och domen. Parterna har därefter yttrat sig muntligen vid förhandling i målet den 22 september 2005.

43. Jag skulle i denna fråga vilja inleda med att Diputaci6n i samband med sitt överklagande inte har angett en delgivningadress i Luxemburg utan hos sina advokater i Bilbao, Spanien, och har godtagit att ta emot delgivningar per fax. Sedan detta klarlagts vill jag erinra om att förstainstansrättens dom meddelades den 5 augusti 2003 och att Diputaci6n samma dag sände ut ett pressmeddelande i vilket Diputaci6n offentligen förklarade att den avsåg att överklaga domen. Sedan domen avkunnats sände förstainstansrättens kansli i överensstämmelse med de bestämmelser om vilka erinrats en bestyrkt kopia av domen till Diputaci6n genom rekommenderad försändelse med mottagningsbevis, vilken lämnades in på posten i Luxemburg den 11 augusti samma år. På den delgivningsadress som klaganden hade angett delgavs däremot försändelsen, enligt vad som framgår av mottagningsbeviset, den 1 september. Diputaci6n har således anfört att dess frist för överklagande började löpa den dagen, vilket överklagande ingavs den 10 november samma år. Kommissionen och P&O mottog däremot de kopior av domen som de skulle delges den 13 respektive den 14 augusti 2003, och som konstaterats ovan inkom P&O:s överklagande den 17 oktober.

### III — Rättslig bedömning

#### *Inledande anmärkningar*

42. Klagandena har åberopat olika grunder för sina överklaganden av förstainstansrättens dom, vilka grunder jag kommer att behandla utförligt längre fram. Först måste jag emellertid ta ställning till den tveksamhet som kommissionen gett uttryck för i frågan huruvida det överklagande som Diputaci6n gett in kan tas upp till sakprövning, vilken tveksamhet därefter vid förhandlingen i målet preciserats bättre och betecknats som en formell invändning om rättegångshinder på grund av att överklagandet getts in för sent.

44. Mot denna bakgrund har kommissionen invänt att Diputaci6ns överklagande har kommit in för sent med hänsyn till artikel

100.2 andra stycket i förstainstansrättens rättegångsregler<sup>27</sup>.

45. Om jag har förstått det rätt är det kommissionens uppfattning att det visserligen är riktigt att det i den sista meningen i denna bestämmelse anges såväl en presumption för delgivning tio dagar efter det att handlingen lämnades in på posten i Luxemburg som ett undantag från denna presumption (om det inte av mottagningsbeviset framgår ... och så vidare). Detta undantag kan emellertid komma in fråga endast om dagen för det *faktiska* mottagandet av handlingen är tidigare än det som följer av presumptionen. Om något annat gällde, skulle det finnas en risk för att det skapades en situation med rättsosäkerhet, eftersom mottagaren av delgivningen skulle kunna vänta med att hämta ut försändelsen i oändlighet och således skjuta upp den tidpunkt då överklagandefristen börjar löpa.

27 — Jag erinrar om att det i första punkten i denna bestämmelse i princip föreskrivs att "[d]elgivning enligt dessa rättegångsregler skall utföras under justitiesekreterarens tillsyn genom att en kopia av den handling som skall delges ... skickas med rekommenderad försändelse med mottagningsbevis ... på den av honom angivna delgivningsadressen", men i andra punkten tillägs att "[n]är mottagaren i enlighet med artikel 44.2 andra stycket har godtagit att delgivning sker per telefax eller genom annat tekniskt kommunikationsmedel, kan samtliga inlagor, med undantag av rättsens dom och beslut, delges honom genom att en kopia av handlingen översänds på detta sätt" (första stycket, min kursivering). "Om handlingen, av tekniska orsaker eller på grund av handlingens art eller omfattning, inte kan översändas på detta sätt, och om mottagaren inte har angivit en adress för delgivning, skall handlingen delges mottagaren på dennes adress i enlighet med det förfarande som föreskrivs i punkt 1. Mottagaren skall underrättas om detta per telefax eller genom annat tekniskt kommunikationsmedel. En rekommenderad försändelse anses i sådana fall ha överlämnats till mottagaren tio dagar efter det att försändelsen lämnades in på postkontor på den ort där rätten har sitt säte, om det inte av mottagningsbeviset framgår att försändelsen mottogs en annan dag ..." (andra stycket).

46. Kommissionen har invänt att det framför allt i förevarande fall var helt uppenbart att Diputación kände till förstainstansrättens dom långt före den 1 september 2003. Detta framgår för övrigt även av såväl det pressmeddelande som Diputación själv sänt ut samma dag som domen meddelades som det förhållandet att domen gjorts tillgänglig på Internet. Klaganden har således inte varit så omsorgsfull som parter i ett domstolsförfarande är skyldiga att vara, eftersom den avsiktligen dröjde med att hämta ut försändelsen (och således med att underteckna mottagningsbeviset) för att kunna åtnjuta en längre överklagandefrist.

47. Diputación har för sin del genmält att dess överklagande getts in i rätt tid med hänsyn till den dag då en kopia av domen faktiskt mottogs och den ordinära fristen för överklagande (två månader) samt de extra dagar som är medgivna på grund av avståndet till den delgivningsadress som klaganden angett. Klaganden har därvid hänvisat till artikel 100.2 andra stycket sista meningen i förstainstansrättens rättegångsregler som enligt dess sätt att se det ger företräde för det faktiska mottagandet av handlingen framför det presumerade.

48. Jag erinrar för min del först om att det i artikel 100.2 första stycket regleras endast sättet att delge handlingar som i princip kan sändas per telefax eller andra tekniska kommunikationsmedel, varvid från detta

delgivnings sätt uttryckligen utsluts delgivning av förstainstansrättens dom och beslut.

derade försändelsen har lämnats in på ett postkontor i Luxemburg<sup>28</sup>.

49. Som konstaterats föreskrivs i det andra stycket i denna bestämmelse (vilken åberopats av såväl klaganden som kommissionen) att, för det fall man på grund av — exempelvis — "handlingens art" (dom eller beslut) inte kan översända handlingen per telefax eller genom annat tekniskt kommunikationsmedel, delgivning skall ske genom det så att säga ordinarie förfarandet enligt första punkten i bestämmelsen och således genom rekommenderad försändelse med mottagningsbevis, varvid mottagaren samtidigt underrättas per telefax eller genom något annat tekniskt kommunikationsmedel. Sedan detta fullgjorts presumeras den rekommenderade försändelse ha överlämnats till mottagaren tio dagar efter det att försändelsen lämnades in på ett postkontor i Luxemburg (naturligtvis om delgivningsadress i detta land inte angetts) om det inte av mottagningsbeviset framgår att försändelsen mottogs en annan dag.

50. Presumtionen enligt artikel 100.2 andra stycket skall således skiljas från den enligt artikel 44.2 tredje stycket i förstainstansrättens rättegångsregler, enligt vilken delgivning skall anses ha skett då den rekommenderade försändelsen har lämnats in på ett postkontor i Luxemburg<sup>28</sup>.

51. Den första presumtionen tillämpas nämligen om, trots att samtycke getts till att handlingar översänds per telefax eller genom annat tekniskt kommunikationsmedel, handlingen inte kan översändas på detta sätt på grund av exempelvis handlingens art (dom eller beslut)<sup>29</sup>. Den andra presumtionen kommer däremot i fråga om klaganden inte har iakttagit de formella kraven enligt artikel 44.2 första och andra styckena och följaktligen varken har angett delgivningsadress i Luxemburg eller godtagit att handlingar översänds per telefax eller genom annat tekniskt kommunikationsmedel<sup>30</sup>.

52. I förevarande fall har Diputación, som konstaterats, inte angett någon delgivningsadress i Luxemburg men godtagit att handlingar översänds per telefax eller genom andra tekniska hjälpmedel. Den tillämpliga bestämmelsen är därför artikel 100.2 andra stycket.

28 — Jag vill för läsarens bekvämlighets skull erinra om att i nämnda artikel 44 föreskrivs följande: "[A]nsökan [skall] innehålla en adress för delgivning på den ort där rätten har sitt säte" (första stycket). "Utöver eller i stället för en sådan adress för delgivning som avses i första stycket kan i ansökan anges att advokaten eller ombudet samtycker till att delgivning sker per telefax eller annat tekniskt kommunikationsmedel" (andra stycket). "Om ansökan inte uppfyller de krav som avses i första och andra styckena, skall till dess bristen avhjälpes all delgivning med den berörda parten i fråga om förfarandet ske genom att en rekommenderad försändelse sänds till dennes ombud eller advokat. Utan hinder av bestämmelsen i artikel 100.1 skall delgivning i sådant fall anses ha skett, då den rekommenderade försändelsen har lämnats in på ett postkontor på den ort där rätten har sitt säte" (tredje stycket).

29 — Såsom jag har angett skall mottagaren emellertid underrättas om att försändelsen lämnats in på posten, annars kommer presumtionen inte i fråga.

30 — Se, för ett liknande resonemang, beslut av den 29 oktober 2004 i mål C-360/02 P, Ripa di Meana (REG 2004, s. I-10339).

53. Sedan detta klargjorts återstår att mot bakgrund av denna bestämmelse fastställa under vilka förutsättningar som presumptionen att den rekommenderade försändelsen anses ha överlämnats tio dagar efter det att försändelsen lämnades in på ett postkontor i Luxemburg inte skall anses gälla, nämligen om presumptionen inte gäller varje gång som det av mottagningsbeviset framgår att försändelsen mottogs en annan dag (vilket klaganden har gjort gällande) eller endast när detta datum i tiden ligger före det datum som följer av den förstnämnda presumptionen (såsom kommissionen har föreslagit).

54. Bland dessa två alternativ anser jag det av Diputación förespråkade vara mest övertygande. För det första förefaller detta nämligen överensstämma bäst med bestämmelsens ordalydelse, utifrån vilken kommissionens slutsatser inte bekräftas på något sätt. För det andra, och mer generellt, vill jag påpeka att, om klaganden i de relevanta processuella bestämmelserna ges en frist, denne har rätt att stödja sig på denna, och helt stödja sig på den, om det inte föreligger uttryckliga undantag i avseendet. Fastställandet av överklagandefrister ingår nämligen även i skyddet för rätten till försvar. För att det skall kunna föreslås lösningar som innebär att dessa rättigheter inskränks måste det föreligga en betydligt mer solid rättslig grund än en indirekt härledning och dessutom sökt från en fras som har en helt annan ordalydelse.

55. Under alla förhållanden anser jag att även om det i frågan objektivt sett fortfarande föreligger viss osäkerhet beträffande tolkningen kan denna osäkerhet mot bak-

grund av allmänna principer inte återspeglas i en tolkning till nackdel för klaganden eller dennes rätt till försvar, och att den tolkning som innebär ett bättre skydd för dessa rättigheter skall äga företräde.

56. Jag anser således att Diputaci6ns överklagande skall anses ha skett i rätt tid och således anses kunna tas upp till prövning i sak.

#### *Grunderna för överklagandena*

57. Sedan detta klarlagts övergår jag till överklagandena i sak och skulle därvid inledningsvis vilja erinra om att P&O har åberopat sju grunder för sitt överklagande och Diputaci6n nio, vilka delvis sammanfaller. Jag kommer därför att såvitt möjligt behandla dem tillsammans.

58. Jag inleder prövningen med de grunder som avser frågan om huruvida den omtvistade åtgärden skall anses som stöd (A), för att därefter övergå till grunderna avseende den hävdade felaktiga tolkningen av artikel 88.3 EG (B) och slutligen till den som avser annan felaktig rättstillämpning som förstainstansrätten skall ha gjort sig skyldig till (C).

A — Grunder avseende åtgärdens karaktär av stöd

59. Diputación har först och främst riktat kritik mot att förstainstansrätten har bekräftat slutsatserna i det ifrågasatta beslutet avseende att det nya avtalet skall betecknas som statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG.

1) Huruvida dessa grunder kan tas upp till sakprövning

60. Innan jag börjar pröva denna kritik i sak måste jag skingra visst tvivel i frågan om huruvida den kan tas upp till sakprövning.

61. Det måste särskilt fastställas huruvida det ännu en gång vid en gemenskapsdomstol kan bestridas att åtgärden i fråga skall anses som stöd. I domen i målet BAI uttalade sig förstainstansrätten i viss mån beträffande denna åtgärd varvid den ogiltigförklarade beslutet av den 7 juni 1995, i vilket beslut åtgärden hade godkänts. Eftersom parterna inte överklagade domen blev den definitiv och vann laga kraft. Man kan således fråga sig om Diputacíons talan vid förstainstansrätten innebar att domen i målet BAI ifrågasattes indirekt med åsidosättande av rättskraftsprincipen.

62. Kommissionen har i själva verket vid förstainstansrätten formellt gjort just denna invändning, men utan framgång, eftersom förstainstansrätten ansåg att det följer av fast rättspraxis att "rättskraften hos en dom kan utgöra hinder för att pröva en talan, om denna talan och den talan som givit upphov till den aktuella domen har samma parter, samma föremål och grundar sig på samma omständigheter"<sup>31</sup>. I förevarande fall ansåg förstainstansrätten att Diputacíons talan avsåg en annan rättsakt än den som hade gett upphov till domen i målet BAI (det ifrågasatta beslutet respektive beslutet av den 7 juni 1995), och att parterna i målet inte var desamma som i målet BAI, eftersom Diputación inte var part i det målet<sup>32</sup>.

63. Kommissionen har inte upprepat invändningen i förevarande mål, trots att parterna anmodats att yttra sig i frågan och i själva verket vid förhandlingen i målet utvecklat sina (motstridiga) ståndpunkter i avseendet.

64. Trots att någon formell invändning om rättegångshinder inte gjorts av någon part anser jag att domstolen inte är förhindrad att pröva om principen om *res judicata* åsido-

31 — Domstolens dom av den 19 september 1985 i de förenade målen 172/83 och 226/83, Hoogovens Groep (REG 1985, s. 2831), punkt 9, och av den 22 september 1988 i de förenade målen 358/85 och 51/86, Frankrike mot parlamentet (REG 1988, s. 4821; svensk specialutgåva, volym 9, s. 607), punkt 12.

32 — Punkterna 77–80.

satts. Jag anser nämligen att även utan författningsstöd<sup>33</sup> kan domstolen efter överklagande ex officio pröva om det föreligger rättegångshinder som inte kan avhjälpas med avseende på förstainstansrättens dom.

endast i parternas utan i samtliga berörda intresse<sup>35</sup>.

65. Jag vill för övrigt påpeka att denna befogenhet klart bekräftats i domstolens rättspraxis och motiverats av generaladvokaten Jacobs i dennes förslag till avgörande i målet Salzgitter, till vilket resonemang jag nöjer mig med att hänvisa till.<sup>34</sup>

67. Sedan detta klarlagts återstår således att fråga sig huruvida det i förevarande fall föreligger rättegångshinder och huruvida förstainstansrätten, genom att ha tagit upp talan till sakprövning och åter prövat om den omtvistade åtgärden utgjorde stöd, således underlät att beakta rättskraften hos domen i målet BAI.

68. Jag vill därvid börja med att erinra om att förstainstansrätten har ogillat partens invändning eftersom den ansåg att de förutsättningar som krävs enligt domstolens rättspraxis inte var uppfyllda då *res judicata* kunde uteslutas. Förstainstansrätten uteslöt särskilt att de två målen hade samma parter och samma föremål.

66. Vidare anser jag att det inte råder någon tvekan om att iakttagandet av rättskraftprincipen skall uppfattas som ett sådant rättegångshinder som domstolen när som helst kan pröva ex officio. Frågan är nämligen om en grundläggande princip i gemenskapens rättsordning, och inte endast i gemenskapens rättsordning, vars iakttagande säkerställs inte

69. Vad avser den första aspekten vill jag påpeka att i domen i målet BAI var Diputación inte part och allmänintresset försvarades av den spanska regeringen, i

33 — I artikel 118 i domstolens rättegångsregler hänvisas nämligen beträffande överklaganden inte till artikel 92.2 i dessa rättegångsregler, i vilken bestämmelse möjligheten behandlas att ex officio pröva om talan skall avvisas till följd av att det föreligger rättegångshinder.

34 — Dom av den 13 juli 2000 i mål C-210/98 P, Salzgitter (REG 2000, s. I-5843), punkterna 56–57, samt tillhörande förslag till avgörande, punkt 125 och följande punkter.

35 — Beträffande kriterier för bedömning av rättegångshinder som inte kan avhjälpas, se för en omfattande och liktydlig redogörelse generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i det ovannämnda målet Salzgitter, punkt 140 och följande punkter. Vad särskilt gäller frågan huruvida rättskraft utgör rättegångshinder som inte kan avhjälpas och således skall tas upp ex officio, se generaladvokaten Roemers förslag till avgörande av den 19 oktober 1965 i de förenade målen 29/63, 31/63, 36/63, 39–47/63, 50/63 och 51/63, Société Anonyme des Laminiers (REG 1965, s. 1153), och generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande av den 4 maj 1994 i mål C-312/93, Peterbroeck (REG 1995, s. I-4601, i synnerhet s. I-4606), punkt 24.

egenskap av intervenient till stöd för kommissionens yrkande, som var svarande i målet. Det kan således understrykas att det visserligen är riktigt att det i båda målen var fråga om myndigheter i samma stat som vid förstainstansrätten försvarade de stödgivande organens ståndpunkt, men att det också är riktigt att det var fråga om olika rättssubjekt. Jag måste emellertid medge att jag inte är säker på att frågan därvid är avgjord, särskilt om den påpekade skillnaden berodde på eventuella begränsningar i fråga om talerätt (*locus standi*) för Diputación i det första förfarandet.

70. Jag anser således att prövningen av det andra villkoret är avgörande. Sanningen att säga förefaller även utgången av denna prövning given, med hänsyn till att de ifrågasatta besluten i de två målen formellt var två olika rättsakter. Jag anser emellertid att frågan är mer komplicerad än så.

71. Jag vill nämligen påpeka att begreppet "samma föremål", "inte kan begränsas till formellt lika yrkanden"<sup>36</sup> och närmare bestämt, i förevarande fall, ifrågasatta rättsakters formella likhet, eftersom detta begrepp inte har särskilt mycket samband med en sådan likhet utan med likheten mellan de rättsliga frågor som förelagts domstolen. Det är nämligen beträffande denna fråga som domen meddelats och som rättskraften uppkommer.

72. Med denna synvinkel förklaras dessutom enligt domstolen varför kommissionen, när den i enlighet med artikel 233 EG vidtar de åtgärder som är nödvändiga "[f]ör att rätta sig [efter en dom om ogiltigförklaring] och följa den fullt ut, skall ... respektera såväl domslutet som de domskäl som föranlett domslutet och som utgör det nödvändiga stödet för detta ... . Det är nämligen i domskälen ... som de exakta skälen för den rättsstridighet som fastslås i domslutet konstateras. De berörda institutionerna skall beakta dessa domskäl när den ogiltigförklarade rättsakten ersätts"<sup>37</sup>.

73. I de två fall som här är i fråga framstår den omtvistade frågan som huvudsakligen identisk. Precis som i målet BAI är nämligen föremålet för talan även i det nya målet förvisso giltigheten av den specifika (vilken inte var densamma i de två målen) rättsakt som förelagts rätten, men den egentliga och gemensamma tvistiga rättsfrågan, den som jag anser omfattas av rättskraften, var den bedömning som kommissionen hade gjort beträffande den omtvistade åtgärden mot bakgrund av artikel 87.1 EG för att i båda fallen fastställa huruvida avtalet utgjorde statligt stöd.

74. Det var just till följd av denna bedömning som rättsakten ogiltigförklarades i domen i målet BAI, och de rättsliga motiver-

36 — Dom av den 8 december 1987 i mål 144/86, Gubisch (REG 1987, s. 4861; svensk specialutgåva, volym 9, s. 271), punkt 17.

37 — Dom av den 26 april 1988 i de förenade målen 97/86, 193/86, 99/86 och 215/86, Asteris (REG 1988, s. 2181), punkt 27.

ingar som låg till grund för detta avgörande måste i princip ha gjort sig gällande för förstainstansrätten även i den påföljande domen, när förstainstansrätten skulle pröva ett avgörande i vilket innehållet i domen i målet BAI upprepades ordagrant.

75. Sedan detta klarlagts vill jag emellertid anföra att efter domen i målet BAI har kommissionen inte endast upprepat samma rättsakt med en ny motivering som överensstämde med den domen. Kommissionen inledde ett formellt undersökningsförfarande enligt artikel 88.3 EG avseende den omtvistade åtgärden "för att ge möjlighet åt berörda att yttra sig över det beslut som kommissionen avs[å]g att fatta [i fråga om avtalet] mot bakgrund av förstainstansrättens dom"<sup>38</sup>. Som framgår av det ifrågasatta beslutet lämnade P&O, de baskiska myndigheterna och BAI ytterligare kommentarer och upplysningar beträffande den omtvistade åtgärden<sup>39</sup>.

76. Oavsett i vilken utsträckning kommissionen var skyldig att iaktta domen i målet BAI, kunde kommissionen uppenbarligen inte underlåta att granska eventuella nya och tillkommande omständigheter som de som deltar i förfarandet åberopar (exempelvis ytterligare ändringar i åtgärden, ändringar

i den relevanta ekonomiska och/eller rättsliga ramen, och så vidare), vilka omständigheter som av uppenbara skäl inte kunde ha beaktats i den domen och kunde föranleda andra slutliga bedömningar från kommissionens sida.

77. Om parterna verkligen hade åberopat ytterligare omständigheter<sup>40</sup> och kommissionen verkligen hade beaktat dem<sup>41</sup> under det nämnda formella granskningsförfarandet, skulle förstainstansrätten inte ha kunnat underlåta att beakta dessa nya uppgifter och pröva frågan på nytt. Detta gäller, trots den föregående domen i målet BAI, eftersom, såsom domstolen har påpekat upprepade gånger, "rättskraften [hos en gemenskapsdomstols dom] endast omfattar de sak- och rättsfrågor som faktiskt eller med nödvändighet har avgjorts genom ... avgörandet"<sup>42</sup>.

78. Jag anser således att det var riktigt att den omtvistade åtgärdens karaktär prövades på nytt i den överklagade domen. Detta gäller än mer med hänsyn till att för parterna i förevarande mål, och i synnerhet för Diputación, skulle en annan lösning ha

40 — Till exempel det förhållandet att köpta resekuponger skulle kunna användas under perioder efter den som omfattades av det nya avtalet (se punkt 25 i det ifrågasatta beslutet) eller ytterligare uppgifter avseende den beräkningsmetod som myndigheterna använde för att fastställa nödvändigt antal biljetter (se punkt 47 i det ifrågasatta beslutet).

41 — Se exempelvis punkterna 48–50 i det ifrågasatta beslutet.

42 — Se dom av den 19 februari 1991 i mål C-281/89, Italien mot kommissionen (REG 1991, s. I-347), punkt 14, och beslut av den 28 november 1996 i mål C-277/95 P, Lenz (REG 1996, s. I-6109), punkt 50.

38 — Ovannämnt beslut av den 26 maj 1999, första stycket, punkt 6.

39 — Se punkterna 20–40 i det ifrågasatta beslutet.



inneburit att de nekades rätt till domstolsprövning, eftersom kommissionens bedömningar av ytterligare omständigheter som parterna åberopat skulle undandras förstainstansrättens prövning.

b) felaktigt har funnit att Diputación inte hade något behov av att köpa biljetterna,

79. Jag anser således att förstainstansrättens beslut på denna punkt är riktigt. Jag föreslår därför att domstolen tar upp de av klagandena åberopade grunderna för överklagandena till sakprövning.

c) inte har kritiserat avsaknaden i det ifrågasatta beslutet av en ekonomisk analys av den fördel som åtgärden innebar i fråga om de belopp som redan erlagts till P&O, samt

## 2) Prövning i sak

d) har fastslagit att det inte var nödvändigt för kommissionen att uppskatta den statliga åtgärdens verkliga påverkan på handeln mellan medlemsstaterna och på konkurrensen.

80. Mot bakgrund av det anförda skall prövas om talan kan bifallas på grunderna avseende tolkningen av artikel 87.1 EG.

82. Jag övergår nu till att pröva dessa invändningar.

81. Jag vill i detta sammanhang erinra om att enligt klaganden har förstainstansrätten gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning vid tolkningen av bestämmelsen, eftersom den

a) Behovet av myndigheternas åtgärd

a) vid prövningen av huruvida de spanska myndigheterna har agerat på samma sätt som en privat investerare som är verksam i en marknadsekonomi har lagt vikt vid ett kriterium, nämligen behovet av åtgärder från myndigheternas sida, som inte har något med principen om den private investeraren att göra,

83. Såsom jag redan har anført har Diputación först och främst gjort gällande att förstainstansrätten tolkade artikel 87.1 EG fel när den för att tillämpa den välbekanta principen om den private investeraren ansåg sig behöva granska huruvida den berörda myndigheten i förevarande fall hade ett verkligt behov av de varor och tjänster som den köpte.

84. Enligt Diputaci6ns uppfattning skulle förstainstansrätten vid en riktig tillämpning av den principen ha grundat sig endast på priset för dessa varor och tjänster och på prisets överensstämmelse med marknadsvärdena, vilka är uppgifter som är objektivt kontrollerbara. Det ifrågasatta kriteriet, av vilket för övrigt inte finns något spår i domstolens rättspraxis, leder tvärtom till en subjektiv prövning av myndigheternas skäl och grunder. Dessutom leder detta kriterium till att medlemsstaterna skulle vara skyldiga att informera kommissionen om alla sina inköp av varor och tjänster och bevisa att det föreligger ett verkligt behov av dem.

85. Kommissionen anser för sin del att konstaterandet att det var uppenbart att det saknades behov av ett inköp utgör ett fullt relevant kriterium vid tillämpningen av testet avseende den private investeraren. Ett köp av uppenbart onödiga varor och tjänster innebär nämligen att det säljande företaget ges en betydande ekonomisk fördel i den mening som avses i artikel 87.1 EG.

86. Jag vill för min del inledningsvis erinra om att den välkända principen om den private investeraren gör det möjligt att fastställa huruvida en offentlig åtgärd kan anses rent marknadsmässig och inte syftar till att gynna vissa företag med konkurrensbegränsande effekter på den gemensamma marknaden. Som bekant har det i fast rättspraxis klarlagts att det för att fastställa om en offentlig åtgärd utgör statligt stöd

skall bedömas huruvida en privat aktör vid liknande förhållanden skulle ha vidtagit den ekonomiska transaktionen i fråga på samma villkor som myndigheten agerat utifrån<sup>43</sup>.

87. Det finns emellertid inget som styrker att kommissionen för att göra denna analys på ett fullständigt och riktigt sätt skall koncentrera sig *endast* på det "riktiga" priset eller (marknadspriset) på en vara eller tjänst som en offentlig förvärvare betalat, helt med bortseende från de villkor, förutsättningar och andra omständigheter under vilka köpet skett. Jag anser tvärtom att det endast genom en bedömning av samtliga dessa omständigheter är möjligt att fastställa huruvida den ekonomiska transaktionen i fråga är korrekt eller om den syftar till att ge säljaren en ekonomisk fördel som är förbjuden enligt artikel 87.1 EG. I korthet är vad som räknas enligt principen om den private investeraren att inte (endast) priset överensstämmer med marknadsvillkoren utan transaktionen i dess helhet.

88. Det är till exempel uppenbart att, även om priset *prima facie* är marknadsmässigt, en myndighets beslut att köpa varor till betalningsvillkor (eller andra villkor) som är mycket förmånligare för säljaren än de som normalt erbjuds på marknaden skulle strida mot principen om den private investeraren. Detsamma gäller även, för att komma till

43 — Se exempelvis dom av den 21 mars 1990 i mål C-142/87, Belgien mot kommissionen (REG 1990, s. I-959; svensk specialutgåva, volym 10, s. 369), punkt 29, av den 3 oktober 1991 i mål C-261/89, Italien mot kommissionen (REG 1991, s. I-4437), punkt 8, och av den 14 september 1994 i mål C-42/93, Spanien mot kommissionen (REG 1994, s. I-4175), punkt 13.

förevarande fall, när köpet görs till ett marknadspris men i mycket större kvantiteter än nödvändigt och därigenom ger leverantören en opropotionerlig omsättningsökning. Såsom kommissionen har understrukit skulle nämligen ingen privat aktör köpa varor och tjänster som den inte alls behöver.

89. Enligt min uppfattning var det således riktigt av förstainstansrätten att anse att "enbart den omständigheten att en medlemsstat köper varor och tjänster på marknadsvillkor inte räcker för att ifrågasätta transaktion skall anses som en normal affärstransaktion som genomförts på sådana villkor som en privat investerare skulle ha godtagit, om det framgår att staten inte hade ett verkligt behov av dessa varor och tjänster"<sup>44</sup>.

90. Jag medger att det visserligen inte alltid är lätt att objektivt konstatera myndigheternas behov av att köpa vissa varor och tjänster. Det är emellertid också riktigt att, när ett sådant konstaterande är möjligt, avsaknaden av ett sådant behov är en klar indikation på att köpet i fråga inte utgör en normal affärstransaktion.

91. I förevarande fall bekräftar till exempel de omständigheter som förstainstansrätten har beaktat (liten procentuell användning av biljetterna och det förhållandet att myndigheterna inte köpte biljetter för andra destinationer med potentiellt högre efterfrågan utan endast för den rutt som P&O trafikerar)<sup>45</sup> att Diputación inte hade ett verkligt behov av att köpa så många biljetter från P&O.

92. Vad därefter gäller det av klaganden betonade förhållandet, att det behandlade kriteriet skulle medföra en alltför stor börda för medlemsstaterna eftersom det innebär en skyldighet för dem att till kommissionen anmäla alla sina inköp av varor och tjänster, gör jag den invändningen att i verkligheten skall anmälan göras endast när åtgärden, på grund av särskilda omständigheter, för motpartsföretagen kan innebära ekonomiska fördelar som dessa inte skulle ha kunnat erhålla från en privat avtalspart. Myndigheterna skall med andra ord från fall till fall bedöma huruvida kontraktet bygger på marknadsmässiga villkor. Denna bedömning framstår för mig inte som olik den som dessa måste utföra till exempel när de beslutar sig för att investera i kapitalet i ett företag eller för att överföra offentlig egendom till privata aktörer.

93. Av anförda skäl anser jag att överklagandet inte kan bifallas på grunden i fråga.

44 — Punkt 117 i den överklagade domen.

45 — Se punkterna 128–137 i den överklagade domen.

b) Det hävdade behovet av avtalet

94. Enligt Diputación har förstainstansrätten vidare felaktigt ansett att i förevarande fall det nya avtalet inte motsvarar ett verkligt behov av att köpa resekuponger.

95. Kommissionen har emellertid invänt att denna grund inte kan tas upp till sakprövning, eftersom bedömningar av faktiska omständigheter som förstainstansrätten har gjort ifrågasätts genom den grunden.

96. Enligt artikel 225 EG och artikel 51 i EG-stadgan för domstolen skall ett överklagande av förstainstansrättens domar "vara begränsat till rättsfrågor", vilket enligt fast rättspraxis innebär att "[d]omstolen är varken behörig att fastställa vilka faktiska omständigheter som är relevanta eller, i princip, att bedöma den bevisning som förstainstansrätten godtog till stöd för dessa omständigheter. När dessa bevis har förebringats på rätt sätt och när allmänna rättsgrundsatser och processregler avseende bevisbördan och förebringande av bevisning har följts, är endast förstainstansrätten behörig att avgöra bevisvärdet av de upplysningar som har förelagts den ... . När dessa omständigheter inte har missuppfattats utgör denna bedöm-

ning således inte en rättsfråga som i sig kan kontrolleras av domstolen"<sup>46</sup>.

97. Jag anser att det är uppenbart att grunden i fråga medför att domstolen måste göra en ny bedömning av faktiska omständigheter som förstainstansrätten har ansett vara relevanta och av bevis som lagts fram vid förstainstansrätten avseende avsaknaden av ett behov för Diputación att köpa ett så stort antal biljetter.

98. Jag vill tillägga att klaganden inte ens har gjort gällande att de faktiska omständigheterna missuppfattats, och under alla förhållanden anser jag att förstainstansrättens analys i detta avseende är resultatet av en riktig bedömning av de omständigheter som såväl klaganden som kommissionen åberopat<sup>47</sup>.

99. Av anförda skäl kan grunden enligt min mening inte tas upp till sakprövning.

c) Avsaknaden av en ekonomisk analys beträffande de belopp som Diputación redan betalat

100. Diputación har som ytterligare grund för överklagandet hävdats att förstainstans-

46 — Domstolens dom av den 28 maj 1998 i mål C-7/95 P, Deere (REG 1998, s. I-3111), punkterna 21 och 22. Se, för ett liknande resonemang, bland annat dom av den 8 maj 2003 i mål C-122/01 P, T. Port (REG 2003, s. I-4261), punkt 27, och beslut av den 9 juli 2004 i mål C-116/03, Fichtner (ännu inte publicerat i rättsfallssamlingen), punkt 33.

47 — Se punkterna 121–137 i den överklagade domen.

rätten tolkat artikel 87.1 EG fel, eftersom den inte anmärkte på avsaknaden i kommissionens beslut av en ekonomisk analys för att fastställa huruvida de belopp som redan betalats till P&O för att genomföra åtgärden, och i synnerhet beloppen avseende reseku- ponger som redan använts, innebar att P&O gavs en ekonomisk fördel. Dessa belopp är nämligen vederlag för en transporttjänst som P&O faktiskt tillhandahållit och kan således inte bedömas vara en stödåtgärd.

stödet hade innan åtgärden genomfördes. Domstolen har nämligen slagit fast att "det är mot bakgrund av förhållandena vid tidpunk- ten då stödåtgärderna vidtogs som det skall bedömas huruvida staten har agerat som en försiktig investerare i en marknadsekonomi i syfte att fastställa om dess agerande var ekonomiskt förnuftigt. All bedömning som grundar sig på senare förhållanden skall undvikas"<sup>48</sup>.

101. Kommissionen anser däremot att det ifrågasatta beslutet innehåller en detaljerad ekonomisk analys av effekterna av åtgärden.

104. I den andra frågan begränsar jag mig till att påpeka att myndighetens köp av biljetter från P&O utgjorde en enda affärstransaktion. Det ekonomiska värdet och den totala omfattningen av transaktionen kunde således bedömas endast genom en undersökning av åtgärden i dess helhet. Det står klart att det inte var möjligt att begära av kommissionen att den skulle göra separata bedömningar av de olika delarna av stödet för att fastställa huruvida och hur mycket de redan, för övrigt med åsidosättande av fördraget, erlagda beloppen faktiskt hade gynnat mottagarföre- taget.

102. Jag vill genast anföra att jag inte anser mig kunna instämma i den kritik som klaganden har riktat. Denna kritik innebär nämligen i själva verket att kommissionen å ena sidan skulle ha varit skyldig att utföra en granskning i efterhand av den ekonomiska innebörden av den med åsidosättande av fördraget genomförda åtgärden (eller av belopp som redan betalats), men å andra sidan skulle ha varit skyldig att göra en konstgjord uppdelning och bedöma de olika delarna av det hävdade stödet (köp av biljetter som redan betalats och köp av biljetter som ännu inte betalats), trots att stödet utgör en enda stödåtgärd, om än uppdelad i olika delar.

105. Mot bakgrund av dessa överväganden skall överklagandet således inte bifallas på den grunden att det inte gjorts någon ekonomisk analys av den ekonomiska fördel som P&O erhöll genom de redan betalda beloppen.

103. När det gäller den första frågan vill jag påpeka att en stödåtgärd enligt fast rätts- praxis som regel skall bedömas i det perspektiv som det organ som betalade ut

<sup>48</sup> — Dom av den 16 maj 2002 i mål C-482/99, Frankrike mot kommissionen (REG 2002, s. I-4397), punkt 71. Se även dom av den 3 oktober 1991 i mål C-261/89, Italien mot kommissionen (REG 1991, s. I-4437), punkt 21, och av den 14 februari 1990 i mål 301/87, Frankrike mot kommissionen (REG 1990, s. I-307; svensk specialutgåva, volym 10, s. 303), punkterna 43–45.

d) Den omtvistade åtgärdens verkliga påverkan på handeln mellan medlemsstaterna och konkurrensen

handeln mellan medlemsstaterna<sup>49</sup>. Såsom kommissionen har understrukit innehåller emellertid vissa avsnitt i det ifrågasatta beslutet (i synnerhet punkterna 54 och 55) i själva verket en analys av detta slag.

106. La Diputación har slutligen invänt att förstainstansrätten tolkat artikel 87.1 EG fel genom att inte ha anmärkt på avsaknaden i det ifrågasatta beslutet av all analys av den omtvistade åtgärdens konkreta påverkan på handeln mellan medlemsstaterna och konkurrensen. Enligt klagandens uppfattning har kommissionen nämligen på denna punkt endast gjort rena antaganden.

109. Såsom förstainstansrätten helt riktigt anför med hänvisning till fast rättspraxis skulle, om kommissionen varje gång i beslut skulle visa de verkliga följderna av stöd som redan lämnats, detta innebära att medlemsstater som betalar ut stöd utan att beakta anmälningsskyldigheten gynnas framför dem som på vederbörligt sätt anmäler planerade stöd, eftersom bevisbördan skulle vara tyngre i det förra fallet än i det senare<sup>50</sup>.

107. Jag anser emellertid att kommissionen har rätt när den hävdar att beslutet innehåller en tillräcklig redogörelse för den ifrågasattvarande åtgärdens ifrågasatta effekter.

110. Av anförda skäl anser jag att i den del som överklagandet kan prövas på grunderna avseende förstainstansrättens tolkning av artikel 87.1 EG skall det lämnas utan bifall.

108. Enligt fast gemenskapsrättspraxis är det nämligen inte nödvändigt att i beslut om stöd som inte anmälts konkret undersöka de faktiska konsekvenserna av sådant stöd på konkurrensen och på handeln mellan medlemsstaterna. Vad som däremot krävs är att kommissionen mot bakgrund av förhållandena i fallet visar att åtgärderna hotar att snedvrída konkurrensen och kan påverka

49 — Se särskilt domstolens dom av den 17 september 1980 i mål 730/79, Philip Morris (REG s. 2671; svensk specialutgåva, volym 5, s. 303), punkterna 11–12, förstainstansrättens dom av den 4 april 2001 i mål T-288/97, Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia (REG 2001, s. II-1169), punkterna 49–50, samt generaladvokaten Saggios förslag till avgörande av den 27 januari 2000 i mål C-156/98, Tyskland mot kommissionen (REG 2000, s. I-6864), punkt 24.

50 — Se punkt 142 i den överklagade domen och där angivna rättsfall.

B — *Grunder avseende en felaktig tolkning av artikel 88.3 EG*

111. Såsom redan anförts har båda klagande hävdats att förstainstansrätten tolkat artikel 88.3 fel, genom att den

a) har betecknat det nya avtalet som rättsstridigt stöd, och

b) har dragit den slutsatsen att det ursprungliga avtalet och det nya avtalet utgjorde ett enda stöd som införts och genomförts år 1992.

112. Jag övergår nu till prövningen av dessa grunder.

a) Huruvida den omtvistade åtgärden är lagenlig

113. P&O och Diputación har med olika argument, som till stora delar är desamma, invänt mot att förstainstansrätten kommit till den slutsatsen att skrivelsen av den 27 mars 1995 inte utgjorde en giltig anmälan i enlighet med fördraget.

114. Förstainstansrätten har nämligen i den överklagade domen först betecknat det nya avtalet som endast en ändring av det ursprungliga avtalet och dragit den slutsatsen att de två avtalen utgjorde en enda åtgärd, som beslutats och genomförts år 1992. Förstainstansrätten har vidare angett en rad omständigheter av vilka framgår att skrivelsen av den 27 mars 1995 inte var avsedd som en lagenlig anmälan av det nya avtalet. Av betydelse därvid är särskilt det förhållandet att skrivelsen inte sändes till kommissionens generalsekretariat utan till en viss tjänsteman, att den inte innehöll en specifik hänvisning till artikel 88.3 EG och att den innehöll referens "NN 40/93" som kommissionen använt i ärendet avseende det ursprungliga avtalet.

115. Såsom jag redan angett har klagandena bestridit denna slutsats. Enligt deras uppfattning är det inte endast så att slutsatsen stödjer sig på omständigheter utan bevisvärde, utan till och med så att omständigheter som talar för motsatsen förbisätts. I synnerhet har hänsyn inte tagits till en, enligt klagandena, mycket viktig omständighet, nämligen det förhållandet att P&O:s advokater hade sänt skrivelsen i fråga med de spanska myndigheternas samtycke.

116. Enligt klagandena var det vid den ifrågavarande tiden tillåtet för enskilda att anmäla stödåtgärder. Skälen för denna uppfattning är dels att det inte i fördraget anges vilka som kan inleda förfarande enligt artikel 88.3, dels att den begränsning som görs i artikel 2 i förordning nr 659/1999 i detta

avseende till fördel för endast medlemsstaterna tillkommit efter de faktiska omständigheterna i målet och således saknar relevans i förevarande mål.

117. P&O har emellertid vidare anfört att om stödet hade anmälts lagenligt skulle domen i målet Lorenz<sup>51</sup> blivit fullt tillämplig på förevarande fall. Eftersom kommissionen efter förstainstansrättens ogiltigförklaring av beslutet av den 7 juni 1995 inte hade tagit ställning till den omtvistade åtgärden inom två månader från domen skall stödet anses ha varit föremål för ett tyst godkännande.

118. P&O har vidare anfört att, även om man skulle medge att det inte gjorts en riktig anmälan av det nya avtalet, kommissionen med tillämpning av estoppel-principen inte längre skulle kunna invända att anmälan inte gjorts lagenligt. Med hänsyn till att kommissionen aldrig invänt detta gentemot de spanska myndigheterna under det administrativa förfarandet, har dessa aldrig känt sig föranledda att undanröja rättsstridigheten, vilket de lätt skulle ha kunnat göra genom att ge in en lagenlig anmälan.

119. Kommissionen, som instämmer i förstainstansrättens analys, har genmält att såväl själva karaktären av förfarandena för kontroll av statligt stöd som underförstått domstolens rättspraxis, i första hand domen i

det ovannämnda målet Lorenz, bekräftar uppfattningen att en anmälan av planerat stöd kan göras endast av medlemsstaterna<sup>52</sup>. Kommissionen har dessutom hänvisat till det förhållandet att de omständigheter som förstainstansrätten beskrivit i punkterna 64–68 i den överklagade domen (vilka nämnts ovan i punkt 114) helt bekräftar slutsatsen att kommissionen aldrig har behandlat skrivelsen av den 27 mars 1995 som en egentlig anmälan.

120. Jag måste för min del anföra att jag än en gång inte kan ansluta mig till klagandenas resonemang.

121. Vad först gäller möjligheten att anse en anmälan som gjorts av andra än myndigheter är giltig enligt artikel 88.3 EG, har problemet numera, som jag redan betonat, lösts genom artikel 2 i förordning nr 659/1999, i vilken föreskrivs att ”alla planer på att bevilja nytt stöd [skall] anmälas i god tid till kommissionen av den berörda medlemsstaten”<sup>53</sup>. Eftersom denna bestämmelse inte hade trätt i kraft vid tiden för de i målet aktuella, faktiska förhållandena är det här fråga endast om att mot bakgrund av artikel 88.3 EG fastställa att ”[k]ommissionen skall underrättas i så god tid att den kan yttra sig om alla planer på att vidta eller ändra stödåtgärder”.

51 — Domen av den 11 december 1973 i målet Lorenz (ovan fotnot 24).

52 — Kommissionen har hänvisat framför allt till domstolens dom av den 15 februari 2001 i mål C-99/98, *Austria mot kommissionen* (REG 2001, s. I-1101), punkt 32, och av den 2 april 1998 i mål C-367/95 P, *Sytraval* (REG 1998, s. I-1719), samt förstainstansrättens dom av den 15 september 1998 i mål T-11/95, *BP Chemicals Ltd* (REG 1998, s. II-3235), punkt 75.

53 — Min kursivering.



122. Även om man finner att den torftiga föreskriften i denna bestämmelse inte löser problemet, anser jag att en övergripande och systematisk tolkning av artikel 88 redan vid den aktuella tiden gjorde det möjligt att utesluta en anmälan från några andra än myndigheter. I likhet med andra bestämmelser i fördraget om statligt stöd avses i artikel 88 uteslutande förhållandet medlemsstat-kommissionen.

123. Som domstolen har betonat i domen i målet SFEI, vilken meddelades innan förordning nr 659/1999 antogs, gäller att "skyldigheten att underrätta och att iaktta förbudet att genomföra planerade stödåtgärder innan det förfarande som föreskrivs i artikel [88.3] har avslutats *åligger medlemsstaten* [och att det] även [är medlemsstaten som är] mottagare av det beslut i vilket kommissionen fastställer att ett stöd är oförenligt och anmodar medlemsstaten att upphöra att tillhandahålla det inom en tidsfrist som fastställs av kommissionen"<sup>54</sup>.

124. Jag vill vidare påpeka att i domstolens rättspraxis, vilken numera i stor utsträckning kodifierats i förordning nr 659/1999<sup>55</sup>, betecknas de potentiella stödmottagarna helt enkelt som "berörda parter" i förfarandet, på ett sätt som inte skiljer sig i någon större mån från den situation som andra utom-

stående befinner sig i (till exempel stödmottagarens konkurrenter). I en nyligen meddelad dom i målet Acciaierie di Bolzano hade domstolen tillfälle att fastslå att "[i] förfarandet för kontroll av statligt stöd har andra berörda än den berörda medlemsstaten endast den rollen att lämna upplysningar sedan ett formellt granskningsförfarande inletts] och kan i detta avseende inte själva göra anspråk på ett sådant kontradiktoriskt förfarande med kommissionen som det som har inletts till förmån för nämnda medlemsstat. ... *Inte i någon bestämmelse avseende förfarandet för kontroll av statligt stöd ges stödmottagaren en särskild roll bland dem som är berörda*. Domstolen påpekar i detta avseende att förfarandet för kontroll av statligt stöd inte är ett förfarande som har inletts mot stödmottagaren eller stödmottagarna och som innebär att denne eller dessa kan göra anspråk på sådana rättigheter som i sig är så vidsträckta som rätten till försvar"<sup>56</sup>.

125. Jag anser således att det är karaktären av förfarandena i fråga om kontroll av statligt stöd som utesluter att sådant kan anmälas av enskilda.

126. Härav följer att det nya avtalet i förevarande fall inte kunde anses som ett stöd som anmälts lagenligt i den mening som

54 — Dom av den 11 juli 1996 i mål C-39/94 (REG 1996, s. I-3547), punkt 73. Se även domen i målet Sytraval (ovan fotnot 52), punkt 45 (min kursivering).

55 — När det gäller förordning nr 659/1999 har domstolen i dom av den 10 maj 2005 i mål C-400/99, Italien mot kommissionen (REG 2005, s. I-3657), punkt 23, uttalat att "[denna] i relativt stor utsträckning utgör en detaljerad kodifiering av den tolkning av förfarandebestämmelserna i fördraget om statligt stöd som hade gjorts av gemenskapsdomstolarna före antagandet av förordningen".

56 — Dom av den 24 september 2002 i de förenade målen C-74/00 P och C-75/00 P (REG 2002, s. I-7869), punkterna 80–83 (min kursivering). Se även domen i målet Sytraval (ovan fotnot 52), punkterna 58–59, och förstainstansrättens dom av den 6 mars 2003 i de förenade målen T-228/99 och T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale (REG 2003, s. II-435), punkterna 122–125.

avses i fördraget. Denna slutsats skulle inte ändras ens om, såsom klaganden har gjort gällande, kommissionen hade underrättats om det nya avtalet med de nationella myndigheternas samtycke. Dessa myndigheter skulle nämligen inte ha kunnat undgå den anmälningsskyldighet som åläggs dem i fördraget genom att låta en privat aktör underrätta kommissionen om stödet genom icke officiella kanaler.

127. Av anförda skäl anser jag att förstainstansrätten inte gjorde något fel när den anslöt sig till kommissionens bedömning på denna punkt.

128. När det gäller klagandenas invändningar beträffande bevisvärdet av de omständigheter som förstainstansrätten har hänvisat till för att fastställa att stödet var att anse som rättsstridigt vid den tidpunkt då kommissionen underrättades om det, nöjer jag mig med att påpeka att dessa invändningar avser förstainstansrättens bedömning av faktiska omständigheter. Som jag redan har anført (ovan punkt 96) kan domstolen i mål om överklagande granska sådana bedömningar endast om klaganden gör gällande och visar att bevisen missuppfattats, vilket inte är fallet i förevarande mål.

129. Det är knappast nödvändigt att tillägga att det förhållandet att stödet inte anmälts utesluter all eventuell tillämpning av domen i målet *Lorenz* i förevarande mål, eftersom denna rättspraxis, som känt, avser stöd som

de nationella myndigheterna vederbörligen anmält till kommissionen.

130. Vad slutligen gäller det argument som framförts på grundval av den så kallade estoppel-principen<sup>57</sup>, eller att kommissionen skulle vara förhindrad att mot P&O invända att anmälan är rättsstridig av de skäl för vilka redan redogjorts (ovan punkt 118), anser jag att även detta saknar grund, av dubbla skäl.

131. För det första framgår det inte att kommissionen någonsin bekräftat att skrivelsen av den 27 mars 1995 utgör en lagenlig anmälan av den omtvistade åtgärden. För det andra innebär det förhållandet att kommissionen på vederbörligt sätt beaktat informationen i skrivelsen inte att den ansett skrivelsen som en lagenlig anmälan. Det är nämligen gällande praxis att kommissionen vid en undersökning av stöd tar emot och använder alla användbara upplysningar, oavsett varifrån dessa kommer (statliga myndigheter, potentiella stödmottagare, mottagarnas konkurrenter, och så vidare).

132. Jag vill vidare tillägga att klaganden inte har angett något skäl till att kommissionen

57 — Se, beträffande estoppel-principen, dom av den 10 februari 1983 i mål 230/81, *Luxemburg mot parlamentet* (REG 1983, s. 255; svensk specialutgåva, volym 7, s. 17), punkterna 22–26, och av den 7 maj 1991 i mål C-69/89, *Nakajima* (REG 1991, s. I-2069; svensk specialutgåva, volym 11, s. 149), punkt 131.

borde ha uppmärksammat de spanska myndigheterna på att den behandlade det nya avtalet som ett icke anmält stöd. Att skrivelsen av den 27 mars 1995 inte utgjorde en lagenlig anmälan måste tvärtemot ha framstått som uppenbart för dessa myndigheter mot bakgrund av en rad omständigheter som förstainstansrätten med rätta hänvisat till (se ovan punkt 114)<sup>58</sup>.

133. Den slutsatsen kan således dras att förstainstansrätten inte gjorde sig skyldig till någon felaktig rättstillämpning när den ansåg att det nya avtalet utgör stöd som inte anmälts. Jag föreslår därför att domstolen fastställer att överklagandena antingen inte kan prövas i sak eller inte kan bifallas på någon av grunderna i fråga.

b) Huruvida fråga är om en enda stödåtgärd

134. Klagandena har framfört kritik i olika avseenden, till stor del överensstämmande, och därigenom försökt visa att förstainstansrätten gjorde en felaktig rättstillämpning när den ansåg att det nya avtalet var en del av det ursprungliga avtalet. Enligt förstainstansrätten utgjorde nämligen "det ursprungliga avtalet och det nya avtalet ... en enda stödåtgärd, vilken ... beslutades och genomfördes under år 1992"<sup>59</sup>.

135. Om jag skall vara mer detaljerad har klagandena, förutom att de bestridit att den rättspraxis till vilken förstainstansrätten hänvisat till stöd för sina slutsatser skulle vara av relevans<sup>60</sup>, av artikel 88.3 EG slutit sig till att planer på att ändra stöd skall anses vara "nya stöd". Enligt deras uppfattning följer härav att skyldigheten att anmäla ett ändrat stöd skall bedömas självständigt från skyldigheten att anmäla det ursprungliga stödet. Det förhållandet att ett stöd således inte anmälts skall således inte på något sätt inverka på lagenligheten av en ändring av stödet, när ändringen anmälts lagenligt.

136. Klagandena har tillagt att de betydande skillnaderna mellan de två avtalen innebär att det inte är möjligt att — såsom förstainstansrätten gjort — dra den slutsatsen att "[d]e ändringar i det ursprungliga avtalet som gjordes genom det nya avtalet inte påverka[de] i sak den stödordning som inrättats genom det ursprungliga avtalet"<sup>61</sup>.

137. Slutligen har de klandrat förstainstansrätten för att ha förvanskat karaktären av kommissionens beslut av den 7 juni 1995 genom att bortse särskilt från det förhållandet att detta beslut hade dubbel räckvidd: dels avslutades genom beslutet det förfarande som inletts avseende det ursprungliga

58 — Punkterna 64–68 i den överklagade domen.

59 — Punkt 58.

60 — P&O har särskilt hänfört sig till domen av den 30 april 2002 i de förenade målen T-195/01 och T-207/01, Government of Gibraltar (REG 2002, s. II-2309), till vilket förstainstansrätten hänvisat i punkt 60 i den överklagade domen.

61 — Punkt 60.

avtalet, dels fastställdes att det nya avtalet utgjorde statligt stöd. En riktig tolkning av detta beslut skulle emellertid ha utvisat att de två avtalen hade behandlats som olika åtgärder av kommissionen.

aktig rättstillämpning även i andra avseenden. Klagandena har särskilt pekat på att förstainstansrätten i det ifrågasatta beslutet har

138. För min del begränsar jag mig till att påpeka att denna kritik grundas på den felaktiga förutsättningen att det nya avtalet hade anmälts på vederbörligt sätt. Eftersom jag ovan ansett denna förutsättning vederlagd (ovan punkterna 126–130), måste jag dra den slutsatsen att överklagandena inte kan vinna bifall på de ifrågavarande grunderna. Även om det nya avtalet bedöms åtskilt från det föregående icke anmälda stödet, förblir nämligen det nya avtalet rättsstridigt eftersom inte heller detta stöd anmälts i enlighet med fördraget.

a) ogillat parternas yrkanden i den mån de grundas på deras berättigade förväntningar på att åtgärden var lagenlig,

b) missuppfattat den av Diputación åberopade grunden att artikel 10 EG och principen om god förvaltningssed åsidosatts,

c) uteslutit att undantaget i artikel 87.2 a EG är tillämpligt på stödet i fråga, och

139. Av anförda skäl anser jag således att överklagandena inte kan bifallas på de nu behandlade grunderna.

d) underlåtit att ta ställning till klagandens begäran om editionsföreläggande beträffande handlingar som kommissionen innehade och därigenom har åsidosatt Diputacíons rätt till försvar och artikel 66 i förstainstansrättens rättegångsregler.

*C — Grunder avseende annan hävdad felaktig rättstillämpning*

140. Klagandena har slutligen hävdat att förstainstansrätten gjort sig skyldig till fel-

141. På följande sidor kommer jag att pröva dessa invändningar.

a) Skydd för berättigade förväntningar

142. Diputación har hävdat att förstainstansrätten i den överklagade domen har missuppfattat den grund som Diputación åberopat i första hand på denna punkt. Enligt klaganden avsåg det argument som den framfört vid förstainstansrätten skydd för de berättigade förväntningar som den myndighet som beviljat stödet hyste och inte stödmottagarens berättigade förväntningar. Förstainstansrätten har däremot koncentrerat sig på endast sistnämnda förväntningar.

143. P&O har i sin tur hävdat att åläggandet i det ifrågasatta beslutet att återbetala stödet innebär att dess berättigade förväntningar på att den ifrågavarande åtgärden var lagenlig åsidosatts och att förstainstansrätten således gjort fel när den lämnade dess talan i denna del utan bifall. P&O har nämligen hävdat att kommissionens första beslut, i vilket uteslöts att den omtvistade åtgärden utgjorde statligt stöd, hos P&O gav upphov till berättigade förväntningar på en möjlighet att kunna komma i åtnjutande av denna åtgärd.

144. Kommissionen har bestridit båda invändningar i sak. Kommissionen har dessutom i förhållande till Diputación invänt att dess kritik i själva verket utgör en ny grund för överklagandet av det beslut som ifrågasatts vid förstainstansrätten som denna part inte åberopat där. Vid förstainstansrätten

åberopade klaganden nämligen just skyddet för stödmottagarens berättigade förväntningar och inte för sina egna. Enligt kommissionens uppfattning är denna kritik således endast ett sätt att kringgå förbudet i artikel 113.2 i domstolens rättegångsregler mot att låta överklagandet avse annan sak än den som varit föremål för talan vid förstainstansrätten.

145. Jag vill emellertid genast anföra att jag anser denna invändning sakna grund. I den talan som klaganden väckt vid förstainstansrätten hänvisades till de berättigade förväntningar som uppkommit "*en las partes en el Acuerdo de 1995*"<sup>62</sup> (hos parterna i 1995 års avtal). Eftersom begreppet "parterna" inte utvecklats eller ytterligare behandlats i någon av de inlagor som getts in under förfarandet vid förstainstansrätten, anser jag mig kunna dra den slutsatsen att Diputación, i egenskap av part i avtalet, skall anses vara innefattad i den ovan angivna definitionen.

146. Vad därefter gäller den ifrågavarande kritiken i sak anser jag det lämpligt att göra åtskillnad mellan åberopandet av berättigade förväntningar från de myndigheters sida som har beviljat stödet och från mottagaren av detta. Domstolens rättspraxis är klar och fast i båda fall.

147. Vad avser det första fallet vill jag anföra att det visserligen är riktigt att en del av den

62 — Se punkt 53 i den ansökan som gavs in till förstainstansrätten.

vid förstainstansrätten av Diputación åberopade grunden (den avseende dess *egna* berättigade förväntningar) inte uttryckligen avfärdats av förstainstansrätten, men att det emellertid underförstått framgår av förstainstansrättens resonemang betraktat i dess helhet, vilken domstol — på grundval av fast rättspraxis — helt riktigt har uteslutit att de spanska myndigheterna i förevarande fall skulle kunna åberopa någon som helst förväntning på att ett stöd som inte anmälts är lagenligt för att invända mot återbetalning av det<sup>63</sup>.

148. Jag vill vidare påpeka att de argument avseende berättigade förväntningar som Diputación fört fram vid förstainstansrätten måste sägas vara föga stringenta och vaga. I de inlagor som lämnats in vid förstainstansrätten specificerades inte på något sätt skälen för att förväntningarna hos det organ som betalat ut stödet på att detta skulle vara lagenligt förtjänade skydd. Inför klagandens vaga argument kan förstainstansrätten enligt min mening inte läggas någon brist till last för att den inte uttryckligen behandlat denna aspekt.

149. Jag övergår nu till P&O:s kritik med avseende på skydd för *stödmottagarens* berättigade förväntningar och erinrar därvid genast om att det av fast rättspraxis följer att "företag som mottar stöd i princip inte [kan] ha berättigade förväntningar på att stödet är lagenligt, såvida det inte har beviljats i enlighet med förfarandet i nämnda artikel. En omdömesgill ekonomisk aktör skall

normalt sett kunna avgöra om detta förfarande har följts"<sup>64</sup>.

150. Domstolen har emellertid också klargjort att "[d]et ... visserligen inte [kan] uteslutas att en mottagare av ett rättsstridigt stöd kan åberopa exceptionella omständigheter som medför att han har berättigade förväntningar på att stödet är lagenligt och av detta skäl kan motsätta sig att återbetala det"<sup>65</sup>.

151. Eftersom, såsom konstaterats, stödet i fråga inte anmälts, är det nödvändigt att pröva huruvida förstainstansrättens ogiltigförklaring av kommissionens gynnsamma beslut skall anses som en "exceptionell omständighet" i den mening som avses i den nyss nämnda domen.

152. Denna bedömning måste naturligtvis utföras mot bakgrund av syftet med skydd för berättigade förväntningar. Domstolen har i detta avseende haft tillfälle att klargöra att "principen om skydd för berättigade förväntningar [är] en naturlig följd av rättssäkerhetsprincipen ... som syftar till att säkerställa förutsebarheten rörande de situationer och

64 — Dom av den 20 september 1990 i mål C-5/89, kommissionen mot Tyskland (REG 1990, s. I-3437; svensk specialutgåva, volym 10, s. 499), punkterna 14 och 15. Se även domen i målet Spanien mot kommissionen (ovan fotnot 21), punkt 51.

65 — Domen av den 20 september 1990 i målet kommissionen mot Tyskland (ovan fotnot 21), punkt 16.

63 — Se punkterna 201–210.

rättsliga relationer som omfattas av gemenskapsrätten”<sup>66</sup>.

denna lagenlighet kan ge upphov till en berättigad förväntning hos mottagaren”<sup>67</sup>.

153. Jag anser emellertid att gemenskapsdomstolarnas kontroll av beslut om statligt stöd inte kan anses som en exceptionell och oförutsebar händelse, eftersom den ingår i och är en väsentlig del i den ordning som införts genom fördraget på området. En omdömesgill ekonomisk aktör måste således vara väl medveten om att efter utgången av de två månader som föreskrivs i artikel 230 EG kan talan väckas vid förstainstansrätten mot ett beslut av kommissionen i vilket fastslås att en statlig åtgärd inte utgör statligt stöd.

154. Just domstolen har för övrigt, och det nyligen, fastslagit att "[m]ed hänsyn till att kommissionens kontroll av statligt stöd enligt artikel 88 EG är tvingande kan företag som mottar stöd ... i princip inte ha berättigade förväntningar på att stödet är lagenligt såvida det inte har beviljats i enlighet med förfarandet i nämnda artikel ... Så länge som kommissionen inte har fattat något beslut om godkännande *och till och med så länge som fristen för att väcka talan mot detta beslut inte har löpt ut*, kan mottagaren inte vara säker på att det planerade stödet är lagenligt och endast

155. Domstolen har i domen i målet Spanien mot kommissionen med ett liknande resonemang klargjort att "[d]en omständigheten att kommissionen inledningsvis hade beslutat att inte göra några invändningar mot det omtvistade stödet kan inte anses vara ägnad att framkalla berättigade förväntningar hos det företag som åtnjöt stöd, eftersom detta beslut hade bestritts inom fristen för talan vid domstol och därefter hade ogiltigförklarats av domstolen. Hur beklagligt det fel som kommissionen således har begått än må vara, kan det inte eliminera följderna av Konungariket Spaniens rättsstridiga beteende”<sup>68</sup>.

156. Såsom förstainstansrätten har konstaterat innebär vidare klagandens ståndpunkt att domstolens granskning av lagenligheten av kommissionens positiva beslut i fråga om statligt stöd skulle förlora sin ändamålsenliga verkan. Om det skulle anses att ett sådant beslut automatiskt gav upphov till berättigade förväntningar hos mottagarna, skulle intresset för mottagarnas konkurrenter eller andra utomstående som skadas av beslutet av att ifrågasätta den felaktiga rättsakten helt åsidosättas. Anledningen till detta är att en eventuell ogiltigförklaring av ett positivt beslut från kommissionens sida om stöd i slutändan skulle bli en verklig pyrrusseger,

66 — Dom av den 18 maj 2000 i mål C-107/97, Rombi och Arkopharma (REG 2000, s. I-3367), punkt 66.

67 — Dom av den 29 april 2004 i mål C-91/01, Italien mot kommissionen (REG 2004, s. I-4355), punkterna 65–66 (min kursivering).

68 — Se domen av den 14 januari 1997 (ovan fotnot 21), punkt 53.

eftersom beslutets negativa effekter aldrig skulle kunna undanröjas.

157. Jag anser således att antagandet av ett gynnsamt beslut om stöd från kommissionens sida i sig inte kan anses som något som hos potentiella mottagare ger upphov till en berättigad förväntning på att stödet är lagenligt. Det var således med rätta som förstainstansrätten inte godtog klagandenas kritik avseende åsidosättande av principen om skydd för berättigade förväntningar.

158. Jag anser således att överklagandena inte kan bifallas på de behandlade grunderna.

b) Åsidosättande av artikel 10 EG och av principen om god förvaltningssed

159. Diputación har hävdat att förstainstansrätten har missuppfattat de argument som Diputación där har anfört beträffande åsidosättande av artikel 10 EG och av principen om god förvaltningssed vid kommissionens handläggning av ärendet.

160. Förstainstansrätten har i den överklagade domen avfärdat dessa argument, eftersom den ansåg att dessa i själva verket syftade till att ifrågasätta att det omtvistade stödet var lagenligt. Förstainstansrätten har utan att ha gått in på en prövning av dessa argument i sak endast hänvisat till de överväganden som den hade gjort beträffande underlåtenheten att anmäla stödet.

161. Klaganden har däremot invänt att den inte hade framställt invändningen för att bestrida att stödet var lagenligt utan för att hindra att det återkrävs.

162. Sedan detta klarlagts vill jag precis som kommissionen påpeka att i de inlagor som getts in i det aktuella förfarandet har klaganden inte på ett klart och tydligt sätt förklarat i vilket avseende och på vilket sätt kommissionen skulle ha åsidosatt principen om god förvaltningssed och artikel 10 EG. Det är däremot riktigt att klaganden i de inlagor som den gett in vid förstainstansrätten har grundat sin kritik i aktuellt avseende på samma resonemang som den använt för att visa att stödet hade anmälts lagenligt. Mot denna bakgrund, och även med hänsyn till att förstainstansrätten funnit detta resonemang vederlagt, anser jag att det var helt riktigt av förstainstansrätten att hänvisa till sina egna slutsatser i frågan om huruvida stödet var rättsstridigt och således att inte godta kritiken.

163. Jag skulle för min del vilja föreslå samma sak.

c) Det förhållandet att undantaget enligt artikel 87.2 a EG inte tillämpats

164. Diputación har vidare klandrat förstainstansrätten för att den ansett undan-



taget i artikel 87.2 a EG inte vara tillämpligt på den omtvistade åtgärden<sup>69</sup>.

ende av vissa handlingar i kommissionens ärende avseende mål C-32/93, av vilka enligt klagandens uppfattning skulle framgå att kommissionen i det skedet hade behandlat 1995 års avtal som lagenligt stöd.

165. Jag anser emellertid att det var helt riktigt av förstainstansrätten att finna att det inte fanns förutsättningar för ett sådant undantag. För det första gynnade åtgärden i fråga direkt ett enda företag (inte konsumenterna), och för det andra var den diskriminerande eftersom andra potentiella tjänsteställhandahållare inte omfattades av åtgärden.

166. Jag föreslår således att domstolen inte heller på denna grund bifaller överklagandena.

d) Det förhållandet att begäran om editionsföreläggande inte besvarats

167. Diputación har slutligen lagt förstainstansrätten till last att den inte har tagit ställning till en begäran om editionsföreläggande som Diputación framställt, varvid klagandens rätt till försvar och artikel 66 i förstainstansrättens rättegångsregler åsidosatts<sup>70</sup>. Denna begäran avsåg förete-

168. Jag erinrar emellertid om att det av fast rättspraxis framgår att "det ankommer på gemenskapsdomstolarna att med beaktande av omständigheterna i tvisten besluta om det är nödvändigt att förete en handling i enlighet med bestämmelserna om bevisupptagning i rättegångsreglerna"<sup>71</sup>. I ett helt nyligen av domstolen meddelat avgörande har denna klarlagt att förstainstansrätten, när den anser att av parterna begärd bevisupptagning inte är ändamålsenlig, kan avslå en sådan begäran genom ett tyst avslag utan att behöva motivera avslaget i ett beslut<sup>72</sup>.

69 — I denna bestämmelse föreskrivs att "stöd av social karaktär som ges till enskilda konsument, under förutsättning att stödet ges utan diskriminering med avseende på varornas ursprung" är förenligt med den gemensamma marknaden.

70 — Enligt denna bestämmelse "... skall rätten genom beslut fastställa vilka bevismedel som godtages samt vad som skall bevisas ...".

71 — Dom av den 2 oktober 2003 i mål C-182/99 P, Salzgitter (REG 2003, s. I-10761), punkt 41. Se även dom av den 6 april 2000 i mål C-286/95 P, kommissionen mot ICI (REG 2000, s. I-2341), punkterna 49 och 50.

72 — Beslut av den 15 september 2005 i mål C-112/04 P, Marlines (inte publicerat i rättsfallsamlingen), punkterna 35–39.

169. Jag anser således att överklagandena inte kan bifallas på förevarande grund. **IV — Rättegångskostnader**

170. Sammanfattningsvis anser jag att det inte finns grund för någon av den kritik som klagandena har framställt, varför överklagandena skall ogillas.

171. Mot bakgrund av artikel 69.2 i rättegångsreglerna och med hänsyn till de slutsatser som jag kommit till, anser jag att klagandena skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

## **V — Förslag till avgörande**

172. Av ovan anförda skäl föreslår jag att domstolen skall

”1) ogilla överklagandena, och

2) förplikta P&O European Ferries (Vizcaya) SA och La Diputación Foral de Vizcaya att ersätta rättegångskostnaderna.”