FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ANTONIO TIZZANO

fremsat den 20. september 2001 [1]

1. Under denne sag, som er anlagt den 24. maj 2000 i medfør af artikel 88, stk. 2, andet afsnit, EF, har Kommissionen nedlagt påstand om, at det fastslås, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Kommissionens beslutning 2000/392/EF af 8. juli 1999 [2] (herefter »beslutningen«) om støtte til den offentligt ejede bank Westdeutsche Landesbank Girozentrale (herefter »WestLB«). Under sagen har Kommissionen navnlig gjort gældende, at Forbundsrepublikken Tyskland ikke inden for den fastsatte frist har truffet de nødvendige foranstaltninger til at kræve den ulovlige støtte tilbage, som er ydet banken, og hermed har tilsidesat sine forpligtelser efter artikel 249, stk. 4, EF og beslutningens artikel 3.

Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

Beslutningen

2. Den i sagen omhandlede beslutning vedrører en transaktion, som blev iværksat af Land Nordrhein-Westfalen (herefter »delstaten NRW«) ved lov af 18. december 1991, og som ifølge beslutningen navnlig havde til formål at forhøje egenkapitalen i en offentligt ejet bank, WestLB, som delstaten er en af indehaverne af, og dermed at give denne bank et større forretningsmæssigt spillerum end den normalt ville have i henhold til nationale og fællesskabsretlige bestemmelser for kreditinstitutter.

3. Transaktionen bestod navnlig i, at der (ved en fusion) blev overdraget en anden offentligretlig virksomhed til WestLB, nemlig Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen (herefter »Wfa«), som var 100%-ejet af delstaten NRW, og hvis formål var at yde fordelagtige lån til boligbyggeri. Delstaten NRW's andel i den fusionerende bank blev ikke forhøjet ved overdragelsen, men det blev kun bestemt, at delstaten som modydelse for den indskudte kapital med virkning fra januar 1992 skulle modtage en godtgørelse på 0,6% p.a. efter skat.

4. Transaktionen vakte stor bekymring hos de private banker i Tyskland, som via en af

1 — Originalsprog: italiensk.
2 — EFT L 150, s. 1.

deres sammenslutninger (Bundesverband deutscher Banken) indgav to klager til Kommissionen, i marts 1993 og maj 1994, hvori det blev gjort gældende, at der var sket en tilsidesættelse af Rådets direktiv 89/299/EØF af 17. april 1989 om kreditinstitutters egenkapital[3] og af Fællesskabets regler om statsstøtte. På foranledning af den anden klage besluttede Kommissionen den 1. oktober 1997 at indlede en procedure i henhold til artikel 88, stk. 2, EF, og denne procedure blev afsluttet ved beslutningen af 8. juli 1999, hvori Kommissionen fastslog, at den anfægtede transaktion udgjorde en ulovlig statsstøtte, som var uforenelig med fællesmarkedet, og udstedte pålæg om tilbagesøgning.

5. I det væsentlige fandt Kommissionen, at den godtgørelse, der skulle ydes delstaten NRW som modydelse for overdragelsen af Wfa, ikke stod i et rimeligt forhold til kapitaltilførslen, da vederlaget, såfremt det var ydet på markedsvilkår, burde have udgjort 9,3% p.a. efter skat for en del af de aktiver, der var overdraget til WestLB, og 0,3% efter skat for en anden del af disse aktiver. For perioden 1992-1998 vurderede Kommissionen forskellen mellem et vederlag, der var ydet på markedsvilkår, og det vederlag, der blev ydet delstaten NRW, til i alt 1 579 700 000 DEM (807 700 000 EUR), og dette beløb ansås at udgøre det samlede støttebeløb.

3 — EFT L 124, s. 16.

6. Beslutningens konklusion har følgende ordlyd:

»*Artikel 1*

Tysklands statsstøtte til fordel for Westdeutsche Landesbank Girozentrale til et beløb af i alt 1 579 700 000 DEM (807 700 000 EUR), som blev ydet i perioden 1992-1998, er uforenelig med fællesmarkedet.

Artikel 2

1. Tyskland træffer alle nødvendige foranstaltninger for at tilbagesøge den i artikel 1 omhandlede støtte, som allerede ulovligt er udbetalt til støttemodtageren.

2. Tilbagesøgningen af støtten sker i overensstemmelse med den nationale lovgivning. Den støtte, der skal tilbagebetales, pålægges renter fra det tidspunkt, hvor den blev udbetalt til støttemodtageren, og indtil den er blevet tilbagebetalt. Renterne beregnes på basis af den referencesats, der anvendes til at beregne subventionsækvivalenten for regionalstøtte.

Artikel 3

Tyskland underretter senest to måneder efter meddelelsen af denne beslutning Kommissionen om, hvilke foranstaltninger der er truffet for at efterkomme beslutningen.

[...]«

Sager til prøvelse af beslutningen

7. Den 7. oktober 1999 anlagde Forbundsrepublikken Tyskland et annullationssøgsmål ved Domstolen (sag C-376/99) til prøvelse af beslutningen, som den fandt var ulovlig og groft tilsidesatte dens interesser. Den gjorde herunder navnlig gældende, at Kommissionen savnede kompetence, og at der var sket en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter, EF-traktaten eller af regler vedrørende dennes gennemførelse. Efter at WestLB og delstaten NRW imidlertid også havde anlagt sag til prøvelse af beslutningen næsten samtidig (den 12.10.1999) ved Retten i Første Instans (sagerne T-228/99 og T-233/99), blev sagen ved Domstolen udsat ved kendelse af 8. februar 2000. I mellemtiden er Forbundsrepublikken Tyskland indtrådt i de ved Retten verserende sager til støtte for sagsøgernes påstande.

8. Det skal understreges, at der på trods af de tre nævnte sagsanlæg ikke er indgivet begæring af nogen af parterne om udsættelse af gennemførelsen af den anfægtede beslutning i henhold til artikel 242 EF.

De af de tyske myndigheder påtænkte foranstaltninger til gennemførelse af beslutningen

9. Beslutningen blev meddelt den tyske regering den 4. august 1999. Nøjagtig to måneder efter, den 4. oktober 1999, meddelte Forbundsrepublikken Tyskland Kommissionen de gennemførelsesforanstaltninger, som delstaten NRW agtede at træffe. Ved skrivelse af 1. december 1999 rejste Kommissionen indsigelse mod disse foranstaltninger med den begrundelse, at de ikke var egnede til at ophæve konkurrencefordrejningerne som følge af den anfægtede støtte. Efter at have taget denne vurdering til efterretning, foreslog den tyske regering den 15. marts 2000 andre foranstaltninger til gennemførelse af beslutningen, som Kommissionen også afslog ved skrivelse af 29. marts 2000. Den 5. april 2000 fremsendte de tyske myndigheder supplerende oplysninger herom.

10. De gennemførelsesforanstaltninger, som blev udarbejdet af de tyske myndighe-

der, og Kommissionens stilling hertil, kan sammenfattes som angivet nedenfor.

a) De foranstaltninger, der blev meddelt den 4. oktober 1999

11. Ifølge de omhandlede foranstaltninger (som var resultatet af en aftale mellem WestLB's »garanter« [4], der blev tilsendt Kommissionen som bilag til de tyske myndigheders skrivelse) skulle delstaten NRW, såfremt WestLB trådte i likvidation, eller der skete en ændring i indehavernes andel i kapitalen, have tildelt en supplerende andel i den merværdi, banken havde opnået mellem 1992-1998. Ud over den andel, som i forvejen tilkom delstaten på grund af dens andel i WestLB, skulle delstaten som modydelse for indskuddet i Wfa have tildelt en supplerende andel på 22,1%. Da denne værditilvækst ifølge delstaten NRW's beregninger udgjorde 10 mia. DEM for perioden 1992-1998, udgjorde delstatens supplerende andel på 22,1% mindst 2,1 mia. DEM, hvorved den ved beslutningen anfægtede støtte blev udlignet.

12. Ifølge de af de tyske myndigheder meddelte foranstaltninger skulle Wfa's særlige reserver for perioden efter 1998 konverteres til et »stille selskabsindskud« for delstaten NRW. Betingelserne herfor var dog ikke nærmere præciseret. Andelene i kapitalen skulle forblive uændret, men delstaten NRW skulle ved fremtidige forhøjelser af kapitalen have ret til at tegne kapitalandele ved at konvertere en del af sit stille indskud til en kurs, som garanterne skulle fastsætte med enstemmighed fra gang til gang.

13. Endvidere skulle aftalen mellem WestLB's garanter ophæves med tilbagevirkende kraft, såfremt beslutningen blev annulleret af Fællesskabets retsinstanser, eller såfremt disse opretholdt beslutningen eller antog, at aftalen ikke udgjorde en korrekt gennemførelse af beslutningen. I de to sidstnævnte tilfælde skulle garanterne i fællesskab fastsætte de nærmere betingelser for beslutningens gennemførelse.

14. Ved skrivelse af 1. december 1999 meddelte Kommissionen den tyske rege-

4 — WestLB's »garanter« er i praksis de offentlige forvaltningssubjekter, som ejer banken. I så henseende fremgår det af beslutningen, at banken »er 100% offentligt ejet. Den største andel af indskudskapitalen besidder delstaten Nordrhein-Westfalen (43,2%). De andre ejere er Landschaftsverbände Rheinland og Westfalen-Lippe (hver 11,7%) samt Rheinischer og Westfälisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband (hver 16,7%). [...] De offentlige ejere hæfter for WestLB som offentligretligt organ inden for rammerne af Anstaltslast og Gewährträgerhaftung. »Anstaltslast« betyder, at WestLB's ejere er forpligtede til at sikre institutionens økonomiske grundlag og funktion i hele dens levetid. Med denne garanti hæfter ejerne ikke over for bankens kreditorer, garantien regulerer udelukkende forbindelserne mellem myndighederne og banken. Inden for rammerne af Gewährträgerhaftung hæfter ejerne for alle bankens gældsforpligtelser, for så vidt som disse ikke kan dækkes af bankens formue. Garanten hæfter over for bankens kreditorer. Ingen af garantierne er tids- eller værdimæssigt begrænset« (punkt 15 og 16).

ring, at de meddelte foranstaltninger efter dens opfattelse ikke udgjorde en korrekt gennemførelse af beslutningen. Efter Kommissionens opfattelse havde ændringen af indehavernes andele i WestLB's merværdi ingen virkning for bankens omkostningssituation, da forslaget i praksis gik ud på, at de andre indehavere gav afkald på en del af bankens aktiver til fordel for delstaten NRW uden at udligne den konkurrencefordrejning, som var fremkaldt af den ved beslutningen anfægtede støtte.

b) De foranstaltninger, der blev foreslået den 15. marts 2000

15. Selv om den tyske regering ikke var enig i Kommissionens opfattelse, fremsatte den den 15. marts 2000 forslag om andre foranstaltninger til gennemførelse af beslutningen.

16. Ifølge dette forslag skulle WestLB i stedet for en kontant betaling præstere en naturalydelse over for delstaten NRW i form af et »stille selskabsindskud«, som efter Kommissionens godkendelse skulle have tilbagevirkende kraft fra den 1. januar 2000. Ifølge de tyske myndigheder svarede indskuddets værdi (på 2,2 mia. DEM) til det støttebeløb, som hævdedes at være ydet mellem den 1. januar 1992 og den 31. december 1999, inklusive de på dette tidspunkt påløbne renter.

17. Det stille indskud skulle fuldt ud hæfte for bankens tab og afkaste årlige renter af den bogførte værdi til den markedsrente, som var gældende på det tidspunkt, da indskuddet blev foretaget, med forbehold af eventuelle tab. Disse renter, som skulle udgiftsføres på bankens årsregnskab, skulle imidlertid ikke udbetales til delstaten NRW, men forblive hos WestLB, indtil Fællesskabets retsinstanser havde truffet endelig afgørelse vedrørende beslutningen, og hvert år lægges til det stille indskud. Såfremt beslutningen blev annulleret, skulle delstaten NRW tilbagebetale WestLB det stille indskud med renter uden at modtage nogen form for erstatning. Delstaten skulle endvidere helt eller delvis kunne overdrage det stille indskud til tredjemandsinvestorer. Med henblik herpå skulle WestLB udstede et dokument for indskuddet.

18. Den tyske regering fremhævede herved, at dette forslag fuldt ud tog hensyn til Kommissionens bemærkninger i skrivelsen af 1. december 1999. Det hed således i forslaget, at tilbagesøgningen af støtten ved en naturalydelse i form af et stille indskud opfyldte kravet om, at det påvirkede WestLB's omkostninger, da det ville medføre, at der blev opført en særlig udgift (på 2,2 mia. DEM) i det årsregnskab, banken skulle offentliggøre for år 2000.

19. Kommissionen anså imidlertid også dette forslag for utilstrækkeligt og afslog

det ved skrivelse af 29. marts 2000. I skrivelsen afviste Kommissionen navnlig, at tilbagebetalingen af støtten skulle knyttes til delstaten NRW's umiddelbare reinvestering i form af et stille indskud i WestLB. En sådan reinvestering udgjorde nemlig muligvis en statsstøtte og skulle derfor anmeldes til Kommissionen i medfør af artikel 88 EF, således at Kommissionen kunne efterprøve, om den var i overensstemmelse med det velkendte princip om en privat investor, der handler under markedsøkonomiske vilkår, og, såfremt dette ikke var tilfældet, om den var forenelig med fællesmarkedet. Da Kommissionen i givet fald ved efterprøvelsen heraf var nødt til at iværksætte en kontradiktorisk procedure, som formentlig ville strække sig over et længere tidsrum, ville de tyske myndigheders forslag i praksis blokere tilbagesøgningsproceduren. Denne løsning var derfor uforenelig med kravet om en umiddelbar gennemførelse af beslutningen og kunne følgelig ikke accepteres.

20. Endvidere bemærkede Kommissionen, at det ikke efter de oplysninger, som var afgivet af de tyske myndigheder, kunne udelukkes, at delstatens accept af et stille indskud kunne medføre en ny støtte til fordel for WestLB, eller at denne var uforenelig med fællesmarkedet. I denne forbindelse understregede Kommissionen, at de tyske myndigheders skrivelse ikke indeholdt oplysninger om det faktiske beløb for den godtgørelse, som skulle ydes for dette stille indskud, og at det var temmelig vanskeligt at efterprøve, om indskuddet var i overensstemmelse med normale markedsvilkår på grund af følgende forhold:

— Transaktionens særlige udformning.

— Den omstændighed, at WestLB skulle beholde og kapitalisere godtgørelsen for det stille indskud, indtil Fællesskabets retsinstanser havde truffet endelig afgørelse.

— Vanskeligheden ved at fastslå, om det stille indskud kunne medregnes til WestLB's egenkapital, og den uvisse situation, dette medførte for banken.

— Den omstændighed, at det stille indskud var betinget, da det skulle tilbageføres til WestLB, såfremt beslutningen blev annulleret, hvilket kunne påvirke de konkrete muligheder for at overdrage indskuddet til tredjemand.

21. Som tidligere nævnt fremsendte de tyske myndigheder den 5. april 2000 supplerende oplysninger om deres forslag til beslutningens gennemførelse, efter at Kommissionen havde afgivet et negativt svar. De forklarede navnlig, at det stille indskud for

at være i overensstemmelse med normale markedsvilkår skulle indbringe delstaten en rente på 5,804% ifølge den gældende Euribor-sats på tolv måneders sigt (4,304%), forhøjet med en vis procentsats som følge af risikoen ved transaktionen (1,5%).

22. Efter denne brevveksling blev der afholdt flere møder mellem parterne, hvorunder de forsøgte at afstemme de tyske myndigheders forslag med Kommissionens krav om at sikre en hurtig og korrekt gennemførelse af beslutningen. Det fremgår, at Kommissionen under disse møder navnlig insisterede på nødvendigheden af, at tilbagesøgningen af støtten og reinvesteringen blev opdelt i to særskilte faser, således at den havde mulighed for at efterprøve, om der forelå en ny støtte, og i givet fald om denne var forenelig med fællesmarkedet. Den tyske regering fremhævede på sin side, at en umiddelbar tilbagebetaling af støtten, uden at der samtidig blev tilvejebragt en skjult reserve til opretholdelse af bankens solvens, ville bringe WestLB's stabilitet alvorligt i fare. For at imødegå denne fare foreslog regeringen bl.a. at anmelde et nyt forslag til Kommissionen om oprettelse af en skjult reserve, som skulle opretholdes, indtil Kommissionen havde truffet beslutning om reinvestering af støttebeløbet.

23. Da Kommissionen imidlertid heller ikke kunne tiltræde de nye forslag, som de tyske myndigheder havde fremsat, meddelte Kommissionen dem under et møde den 3. maj 2000, at hvis de ikke havde efterkommet beslutningen inden en frist på to uger, var den nødsaget til at anlægge sag ved Domstolen i medfør af artikel 88, stk. 2, EF. Da de tyske myndigheder ikke havde truffet nogen foranstaltning den 24. maj 2000, besluttede Kommissionen at anlægge denne sag.

24. Den tyske regering indgav svarskrift den 9. august 2000, og da Kommissionen gav afkald på at afgive replik, var den skriftlige forhandling dermed afsluttet. Parterne havde dog mulighed for at uddybe deres argumenter under retsmødet den 7. juni 2001.

Retlig bedømmelse

Indledende bemærkninger

25. Som anført ovenfor skal Domstolen i denne sag træffe afgørelse vedrørende en beslutning, som ikke er gennemført, hvis lovlighed stadig er under påkendelse ved Retten i Første Instans, og som derefter på ny skal påkendes her ved Domstolen. Det er derfor ikke udelukket, at Domstolen i

den foreliggende sag efterprøver, om beslutningen ikke er gennemført eller er mangelfuldt gennemført, og på et senere tidspunkt annullerer beslutningen.

26. En sådan overlapning af sager er imidlertid ikke helt ukendt, men er tidligere forekommet i en tilsvarende sag (sagen Kommissionen mod Portugal [5]), hvori Domstolen fandt det vigtigt at fremhæve, at de to procedurer var uafhængige af hinanden. Som generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer anførte i sit forslag til afgørelse: »Hvis Domstolen udsætter behandlingen af en sag, som er anlagt af Kommissionen i henhold til artikel 93, stk. 2, andet afsnit, og afventer Rettens dom for at behandle traktatbrudssagen parallelt med det annullationssøgsmål, der er indgivet af medlemsstaten, eller den appel, der er iværksat af virksomheden, vil det i praksis svare til at indrømme udsættelse af gennemførelsen af den anfægtede retsakt, på trods af at hverken virksomheden eller medlemsstaten har anmodet Fællesskabets retsinstanser om at vedtage foreløbige forholdsregler, selv om de kunne have gjort det« (punkt 37 i forslaget til afgørelse).

27. I den foreliggende sag pålægger beslutningen som nævnt de tyske myndigheder at tilbagesøge den støtte, der er ydet WestLB, uden ophold, og senest to måneder efter meddelelsen af beslutningen at underrette Kommissionen om, hvilke foranstaltninger der er truffet for at efterkomme den. Selv om den tyske regering, delstaten NRW og WestLB har anfægtet beslutningens gyldighed, har ingen af dem begæret udsættelse i medfør af artikel 242 EF, og den anfægtede beslutning har således fortsat fuld retsvirkning, hvilket den tyske regering i øvrigt selv udtrykkeligt har erkendt i de ovenfor nævnte meddelelser af 4. oktober 1999 og 15. marts 2000.

28. Den tyske regering har dog gjort gældende, at det er nødvendigt, at de til beslutningen trufne gennemførelsesforanstaltninger »kan tilbagekaldes«, da WestLB i modsat fald vil blive tilføjet et uopretteligt tab, såfremt beslutningen annulleres [6]. Den tyske regerings krav er absolut forståeligt, og det er i øvrigt i overensstemmelse med princippet om, at der tilkommer medlemsstaterne et vidt skøn ved gennemførelsen af Kommissionens beslutninger, hvorfor de, hvis der findes flere måder at tilbagesøge en ulovlig støtte på, kan vælge den foranstaltning, som er lettest at tilbagekalde, hvis beslutningen annulleres. Endvidere skal jeg erindre om, at i henhold til fast retspraksis »skal tilbagesøgning af støtte, der er tildelt ulovligt, i mangel af fællesskabsretlige

5 — Også i denne sag skulle Domstolen træffe afgørelse om manglende tilbagesøgning af støtte (dom af 27.6.2000, sag C-404/97, Sml. I, s. 4897), mens der samtidig verserede parallelle sager (en sag for Domstolen selv, som den havde udsat, og en sag for Retten) vedrørende lovligheden af den beslutning, som indeholdt pålæg om tilbagesøgning, uden at der var indgivet begæring om udsættelse af dens gennemførelse.

6 — Dette har regeringen navnlig gjort gældende som svar på Kommissionens bemærkninger i skrivelsen af 29.3.2000 vedrørende nødvendigheden af at foretage tilbagesøgningen af støtten og den efterfølgende reinvestering af støttebeløbet i to særskilte faser.

bestemmelser om proceduren ved tilbagebetaling af uretmæssigt udbetalte beløb, ske i henhold til bestemmelserne herom i national ret« [7], og at denne retspraksis er blevet bekræftet ved Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22. marts 1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af EF-traktatens artikel 93 [8], hvis artikel 14, stk. 3, bestemmer, at »tilbagebetalingen [skal] ske omgående og i overensstemmelse med gældende procedurer i den pågældende medlemsstats nationale ret«.

29. Der gælder imidlertid den klare begrænsning for medlemsstaternes skønsfrihed, at de skal sikre en korrekt og øjeblikkelig gennemførelse af Kommissionens beslutning. Det er i øvrigt netop af denne grund, at det også er præciseret i den nævnte retspraksis, at »[a]nvendelsen af national ret [ikke må] begrænse fællesskabsrettens rækkevidde og virkning. Med andre ord må anvendelsen af nationale bestemmelser [ikke] umuliggøre tilbagesøgning af uretmæssigt udbetalte beløb i praksis [...]« [9]. Ifølge den nævnte bestemmelse i artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 659/1999 skal de nationale procedurer anvendes, »forudsat at disse giver mulighed for omgående og effektiv gennemførelse af Kommissionens beslutning«.

30. I et tilfælde som det foreliggende er det derfor principielt fuldt ud berettiget, at de tyske myndigheder bestemmer sig for at anvende gennemførelsesforanstaltninger, der kan »tilbagekaldes«. Hvis ikke dette er muligt, og hvis ikke de pågældende vil eller kan udvirke, at gennemførelsen af retsakten udsættes i medfør af artikel 242 EF, er det imidlertid klart, at de tyske myndigheder ikke kan undlade at sikre en fuldstændig og øjeblikkelig gennemførelse af beslutningen, fordi der er risiko for, at der indtræder et alvorligt og uopretteligt tab.

31. Efter disse indledende bemærkninger skal jeg foretage en vurdering af, om de foranstaltninger, som de tyske myndigheder har foreslået, vil være egnede til at sikre en korrekt gennemførelse af beslutningen. Jeg skal dog bemærke, at jeg i betragtning af foranstaltningernes komplicerede karakter ville have kunnet foretage min vurdering på et mere solidt og sikkert grundlag, hvis parterne under den administrative procedure havde foretaget en mere omfattende og indgående analyse end den, der fremgår af sagens akter, navnlig vedrørende foranstaltningens direkte og indirekte virkninger.

De foranstaltninger, der blev meddelt den 4. oktober 1999

32. Som anført ovenfor gav den tyske regering den 4. oktober 1999, dvs. to måneder efter beslutningens meddelelse, Kommissionen underretning om de gen-

7 — Rettens dom af 8.6.1995, sag T-459/93, Siemens mod Kommissionen, Sml. II, s. 1675, præmis 82. Jf. i samme retning bl.a. Domstolens dom af 2.2.1989, sag 94/87, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 175, præmis 12, af 21.3.1990, sag C-142/87, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 959, præmis 61, og af 20.3.1997, sag C-24/95, Alcan Deutschland, Sml. I, s. 1591, præmis 24.

8 — EFT L 83, s. 1.

9 — Dommen i sagen Siemens mod Kommissionen, præmis 82.

nemførelsesforanstaltninger, som delstaten NRW agtede at træffe. De bestod navnlig i,

i) at delstaten fik ret til en supplerende andel af den merværdi, WestLB havde opnået mellem 1992 og 1998, og at denne merværdi skulle udbetales i tilfælde af bankens likvidation eller en ændring i dens ejerforhold

ii) at Wfa's særlige reserver efter 1998 skulle ændres til et stille indskud for delstaten NRW, for hvilket der skulle fastsættes nærmere bestemmelser.

33. Før jeg gennemgår disse foranstaltninger, skal jeg bemærke, at parterne under retsmødet længe drøftede karakteren af den aftale, som er indgået mellem WestLB's garanter, og som er vedlagt som bilag til den tyske regerings meddelelse af 4. oktober 1999, for at afgøre, om der var tale om foranstaltninger, som faktisk var truffet til gennemførelse af beslutningen, således som den tyske regering hævder, eller om der blot var tale om et forslag til gennemførelse af beslutningen, således som Kommissionen hævder. Drøftelsen drejede sig i det væsentlige dels om, at de under punkt i) nævnte foranstaltninger blev godkendt af WestLB's garanter »under forbehold af ejerforsamlingens godkendelse« (som ikke klart fremgår at være givet), dels om, at de under punkt ii) nævnte foranstaltninger blot havde karakter af »hovedpunkter« i en aftale, som skulle indgås mellem garanterne. Parterne har vurderet disse forhold forskelligt, også ud fra gældende national ret, og er dermed nået frem til forskellige konklusioner vedrørende aftalens karakter.

34. Jeg finder imidlertid ikke, at afgørelsen af dette spørgsmål har afgørende betydning for sagen. Som nævnt ovenfor afslog Kommissionen de foranstaltninger, der var meddelt af den tyske regering, med den begrundelse, at de ikke var egnede til at sikre en korrekt gennemførelse af beslutningen. Formålet med Kommissionens søgsmål er altså at få fastslået, at den sagsøgte medlemsstat ikke har truffet de *nødvendige* foranstaltninger til gennemførelse af beslutningen. Selv hvis det antages, at de omhandlede foranstaltninger rent faktisk er truffet, skal foranstaltningernes indhold følgelig efterprøves med henblik på en afklaring af, om de egnede til at sikre tilbagesøgningen af den til WestLB ulovligt ydede støtte.

35. Jeg skal herefter gennemgå disse foranstaltninger, men først skal jeg bemærke, at bestemmelsen om delstatens supplerende andel i bankens merværdi ikke efter Kommissionens opfattelse kan betragtes som en korrekt gennemførelse af beslutningen, fordi den består i, at de øvrige offentlige ejere af WestLB dermed giver afkald på en del af bankens aktiver til fordel for delstaten NRW, uden at det har indvirkning på bankens omkostninger. I så fald vil der

imidlertid efter Kommissionens opfattelse ikke ske nogen udligning af den konkurrencefordel, som WestLB har opnået i kraft af støtten. Heroverfor anfører den tyske regering, at det foretagne kapitalindskud ved overtagelsen af Wfa ikke efter princippet om en privat investor, der handler under markedsøkonomiske vilkår, ville udgøre nogen støtte, hvis delstaten NRW's andel var blevet forhøjet i forhold til merværdien af WestLB's aktiver. Dette viser, at man kan opnå det tilstræbte formål, nemlig at ophæve støtten, ved at foretage en efterfølgende forhøjelse, men med tilbagevirkende kraft.

36. Jeg er ligesom Kommissionen af den opfattelse, at en sådan transaktion i det væsentlige vil bestå i, at de øvrige offentlige ejere giver afkald på en del af WestLB's merværdi til fordel for delstaten NRW, hvorved denne — hvilket bør tilføjes — opnår et vederlag for at give afkald på fordringen på støttens tilbagebetaling. Jeg er dog ikke helt overbevist om, at en sådan transaktion *i sig selv* må anses for uigennemførlig. Efter min opfattelse kunne den, hvis den havde været foretaget på normale markedsvilkår, have udgjort en investering for WestLB's offentlige ejere med det formål at opfylde kravet om tilbagebetaling af støtten. I den forbindelse måtte det følgelig afklares, som foreslået af den tyske regering, om den af delstaten NRW og WestLB's øvrige offentlige ejere fulgte handlemåde var i overensstemmelse med princippet om en privat investor, der handler under markedsøkonomiske vilkår. Det måtte følgelig vurderes,

— dels om en privat ejer af en kapitalandel i banken ville have accepteret at give afkald på en fordring til et beløb, som svarede til den støtte, der var ydet ved overdragelsen af Wfa, til gengæld for en forøget andel af den merværdi, banken havde opnået mellem 1992 og 1998, når denne forøgede andel først ville blive realiseret i tilfælde af bankens likvidation eller en ændring i ejerforholdene

— dels om private ejere ville have accepteret at give afkald på en del af deres egen andel af merværdien til fordel for en anden ejer mod at denne gav afkald på en fordring svarende til det støttebeløb, som skal tilbagebetales

— idet der i begge tilfælde skal tages hensyn til ejernes særlige interesse i bankens merværdi, som naturligvis indebærer en stigning i værdien af deres kapitalandele.

37. Hvis bedømmelsen efter dette kriterium om en »privat investor« falder negativt ud, er transaktionen naturligvis uacceptabel — medmindre Kommissionen specielt godkender den — da den i praksis medfører, at

støtten tilbagesøges ved ydelse af en ny støtte. Hvis den falder positivt ud, vil godtgørelsen til delstaten derimod give mulighed for tilbagesøgning af den til WestLB ydede støtte. I dette tilfælde kan det nemlig ikke med rette hævdes, som Kommissionen har gjort, at transaktionen ikke har påvirket bankens omkostningssituation, da den investering, som foretages af bankens offentlige ejere, ikke finansierer bankens forretningsvirksomhed (således som det ville have været muligt, såfremt Kommissionen ikke havde truffet sin beslutning), men har til formål at indfri gælden vedrørende tilbagesøgningen af støtten. Ved denne anvendelse af investeringen er der unddraget banken betydelige ressourcer med de åbenbare virkninger, dette har for dens driftsomkostninger.

38. Uanset disse generelle betragtninger må det dog understreges, at beslutningen pålagde Forbundsrepublikken Tyskland at træffe de *nødvendige* foranstaltninger til at tilbagesøge den støtte, som blev ydet WestLB, og at underrette Kommissionen herom. Medlemsstaten var derfor forpligtet til at meddele Kommissionen de trufne foranstaltninger (eller de foranstaltninger, som den agtede at træffe) med henblik på støttens tilbagesøgning og at godtgøre, at de var egnede til at nå det i beslutningen foreskrevne resultat. Det er således min opfattelse, at selv om det principielt påhviler Kommissionen at godtgøre, at en medlemsstat har ydet en ulovlig støtte, påhviler det dog også medlemsstaten at godtgøre, at den rettidigt og fuldt ud har efterkommet en beslutning med pålæg om tilbagesøgning af støtten. Dette ændrer dog ikke ved, at der i begge tilfælde påhviler parterne en gensidig samarbejdsforpligtelse i henhold til artikel 10 EF.

39. Hvis medlemsstaten derfor beslutter, at den ikke vil kræve støtten tilbage i form af en kontant betaling, men at anvende alternative foranstaltninger, skal den godtgøre, at det er muligt at nå det ved beslutningen fastsatte resultat ved anvendelse af disse foranstaltninger. Hvis en medlemsstat beslutter at finansiere betalingen af gælden i forbindelse med den tilbagesøgte støtte ved en ny investering (for at tage et umiddelbart forståeligt eksempel kan man forestille sig, at der anvendes en såkaldt »debt/equity swap«-transaktion, hvormed statens fordring konverteres til en kapitalandel i den støttemodtagende virksomhed), skal den godtgøre, at denne transaktion sikrer den ved beslutningen pålagte tilbagesøgning uden at indebære tildeling af ny støtte.

40. Følgelig skulle den tyske regering i den foreliggende sag have godtgjort, at den ved beslutningen pålagte tilbagesøgning kunne sikres ved at tildele delstaten NRW en supplerende andel af WestLB's merværdi, som ikke indebar tildeling af ny støtte. For mig at se er dette imidlertid ikke godtgjort, i hvert fald ikke at dømme efter de omstændigheder, som Domstolen har fået kendskab til.

41. For det første har den tyske regering ikke godtgjort, at en privat ejer ville have

givet afkald på en sikker og forfalden fordring svarende til det støttebeløb, som skulle kræves tilbage, til gengæld for at opnå en supplerende andel i WestLB's merværdi på tidspunktet for WestLB's likvidation eller ved en ændring af indehavernes kapitalandele (dvs. et tidspunkt i fremtiden, som er usikkert). Den tyske regering har heller ikke godtgjort, at de øvrige offentlige ejeres afkald på en del af merværdien for at kompensere delstaten NRW for dens afkald på fordringen på støttens tilbagebetaling, var i overensstemmelse med den private investors princip.

42. Da den tyske regering ikke har godtgjort, at den påtænkte transaktion var i overensstemmelse med den private investors princip, og derfor ikke muliggjorde en korrekt tilbagesøgning af støtten, kan det ikke antages, at regeringen rettidigt har truffet og meddelt Kommissionen de til gennemførelse af beslutningen egnede foranstaltninger.

43. Den tyske regering har efter min opfattelse heller ikke godtgjort, at konverteringen af Wfa's særlige reserver fra 1998 til et stille indskud for delstaten NRW udgjorde en passende godtgørelse til denne (*for fremtiden*) for overdragelsen af Wfa til WestLB. Denne transaktion må nemlig betegnes som særdeles ubestemt, da der ikke er givet nærmere oplysninger om det stille indskud for delstaten.

44. Uanset disse betragtninger skal jeg dog bemærke, at de omhandlede foranstaltninger ikke efter min opfattelse er egnede til at sikre gennemførelsen af beslutningen på grund af deres helt midlertidige karakter. Som anført af Kommissionen besluttede WestLB's garanter nemlig, at aftalen mellem dem skulle ophæves med tilbagevirkende kraft, ikke blot såfremt Fællesskabets retsinstanser måtte annullere beslutningen eller fastslå, at aftalen var uegnet til at gennemføre den, men også såfremt de endeligt stadfæstede den. Uanset udfaldet af de verserende sager, vil de omhandlede foranstaltninger således i intet tilfælde blive gennemført. Jeg kan derfor ikke se, hvorledes man kan fastholde, at foranstaltningerne muliggjorde en tilbagesøgning af den til WestLB ydede støtte.

45. Hvad dette spørgsmål angår er jeg heller ikke overbevist om den tyske regerings argument om, at de omtvistede foranstaltninger kun blev valgt, fordi de kunne »tilbagekaldes«, idet de, såfremt beslutningen blev endeligt stadfæstet, skulle erstattes af definitive, men for WestLB's aktionærer mindre byrdefulde foranstaltninger. Dette argument holder nemlig ikke over for indvendingen om foranstaltningernes helt midlertidige karakter, da de under alle omstændigheder vil blive ophævet med tilbagevirkende kraft og derfor er uegnede til at gennemføre beslutningen.

46. På grundlag af samtlige disse betragtninger er jeg derfor af den opfattelse, at de

foranstaltninger, der blev meddelt Kommissionen den 4. oktober 1999, ikke var egnede til at sikre beslutningens gennemførelse.

De foranstaltninger, der blev foreslået den 15. marts 2000

47. De foranstaltninger, som blev foreslået den 15. marts 2000, bestod som tidligere nævnt hovedsagelig i, at delstaten NRW erhvervede et stille indskud i WestLB på 2,2 mia. DEM, som frit kunne overdrages til tredjemand. Dette indskud skulle fuldt ud hæfte for bankens tab (selv om der ikke er givet nærmere oplysninger herom) og skulle, med forbehold af eventuelle tab, afkaste årlige renter af den bogførte værdi til den på oprettelsestidspunktet gældende markedsrente (som efterfølgende blev fastsat til 5,804%). Disse renter skulle imidlertid ikke udbetales direkte til delstaten, men forblive hos WestLB og kapitaliseres, indtil Fællesskabets retsinstanser havde truffet endelig afgørelse om de om beslutningen anlagte annullationssøgsmål. Såfremt der blev givet medhold i disse annullationssøgsmål, skulle delstaten tilbageføre det stille indskud til banken, tillige med de indtil denne dato påløbne renter, uden at modtage nogen erstatning.

48. Efter Kommissionens opfattelse var disse foranstaltninger ikke egnede til at sikre en effektiv gennemførelse af beslutningen, da en umiddelbar reinvestering af den tilbagesøgte støtte i form af et stille indskud kunne være en maskeret tildeling af en ny statsstøtte. Denne transaktion skulle derfor anmeldes i henhold til artikel 88, stk. 3, EF, således at Kommissionen kunne efterprøve, om den var i overensstemmelse med princippet om en privat investor, der handler under markedsøkonomiske vilkår, og i givet fald forenelig med fællesmarkedet. Dette ville formentlig have nødvendiggjort, at der blev iværksat en længerevarende procedure i henhold til artikel 88, stk. 2, EF. For ikke at forsinke beslutningens gennemførelse var det derfor nødvendigt at foretage tilbagesøgningen af støtten og reinvesteringen i to særskilte faser. Kommissionen har også gjort gældende, at den efter de tyske myndigheders oplysninger var stærkt i tvivl om, hvorvidt transaktionen var i overensstemmelse med den private investors princip, og om der var blevet ydet WestLB en ny støtte. Endelig har den kritiseret de tyske myndigheder for ikke klart at have redegjort for, at godtgørelsen for overdragelsen af Wfa's aktiver til WestLB ikke længere i fremtiden ville indeholde noget støtteelement.

49. Den tyske regering har heroverfor anført, at den pågældende transaktion ikke medførte tildeling af ny støtte, da den fuldt ud var i overensstemmelse med den private investors princip og derfor ikke krævede anmeldelse i henhold til artikel 88, stk. 3, EF. Kommissionens krav om, at denne transaktion blev foretaget i to særskilte faser (tilbagesøgning af støtten og efterfølgende reinvestering) var derfor ikke berettiget. Hvad angår ophævelsen af støtten for fremtiden har den tyske regering i svarskriftet henvist til, at selv om dette

spørgsmål ikke var omhandlet i forslaget, ville problemet blive løst ved anvendelsen af de foranstaltninger, som var meddelt den 4. oktober 1999, og som stadigvæk var gældende, hvorefter Wfa's særlige reserver skulle konverteres til et stille indskud for delstaten.

50. Efter min opfattelse er Kommissionens ønske om at undgå, at den ulovligt ydede støtte tilbagebetales ved tildeling af en ny støtte, velbegrundet. Som anført ovenfor må en medlemsstat, hvis den vil finansiere tilbagesøgningen af en støtte ved en reinvestering, godtgøre, at de påtænkte foranstaltninger er egnede til at sikre gennemførelsen af Kommissionens beslutninger, og at der ikke ydes en ny støtte. Hvis dette godtgøres, og hvis Kommissionen altså er i stand til at efterprøve, at den valgte løsning er gennemførlig, er det for mig at se ikke længere berettiget at stille krav om, at tilbagesøgningen af støtten og reinvesteringen heraf foretages i to særskilte faser. Hvis det derimod efter de af medlemsstaten fremlagte oplysninger ikke kan udelukkes, at der er ydet en ny støtte, er det for mig at se berettiget, når Kommissionen stiller krav om, at tilbagesøgningen af den ulovligt ydede støtte sker med øjeblikkelig virkning for ikke at forsinke gennemførelsen af Kommissionens beslutninger.

51. De tyske myndigheder måtte derfor i den foreliggende sag godtgøre, at det var muligt at gennemføre beslutningen ved hjælp af de foranstaltninger, som blev meddelt den 15. marts 2000, uden at yde en ny støtte til WestLB. De måtte derfor konkret godtgøre, at en privat indehaver af kapitalandele i banken, såfremt denne havde været i delstaten NRW's sted, ville have været villig til, til gengæld for at erhverve et stille indskud, at give afkald på en sikker og forfalden fordring af tilsvarende værdi som den tilbagesøgte støtte, navnlig når henses til:

— renterne af indskuddet

— indvirkningen af bankens eventuelle tab på værdien af indskuddet og på godtgørelsen herfor

— muligheden for at realisere indskuddet og de herfor krævede betingelser

— muligheden i praksis for at overdrage indskuddet til tredjemand.

52. Efter min opfattelse har de tyske myndigheder imidlertid ikke godtgjort dette, men blot henvist til, at det stille indskud ikke udgjorde en ny støtte til WestLB, fordi det blev ydet på markedsvilkår. Den omstændighed, at delstaten får rente på markedsvilkår af det stille indskud, er ikke noget bevis for, at en privat indehaver af kapitalindskud i banken ville have accepteret at give afkald på en fordring af tilsvarende størrelse som den tilbagesøgte støtte, til gengæld for at erhverve et sådant indskud.

53. Endvidere skal jeg bemærke, at det, som det er fremhævet af Kommissionen og stiltiende anerkendt af den tyske regering, ikke var muligt på grundlag af de tyske myndigheders oplysninger at fastslå, om støtten til WestLB kunne ophæves for fremtiden ved hjælp af de omtvistede foranstaltninger. De betragtninger, som er fremført i svarskriftet, vedrørende den mulige anvendelse af de foranstaltninger, der blev meddelt den 4. oktober 1999, og navnlig vedrørende muligheden for at konvertere Wfa's særlige reserver til et stille indskud for delstaten fra 1998, er uden betydning: Det er herom tilstrækkeligt at henvise til, hvad jeg har anført ovenfor vedrørende den pågældende transaktions meget ubestemte karakter (jf. punkt 43) og — mere generelt — vedrørende den omstændighed, at de foranstaltninger, som blev meddelt den 4. oktober 1999, var midlertidige, da de under alle omstændigheder ville blive ophævet med tilbagevirkende kraft (punkt 44 og 45).

Afsluttende bemærkninger

55. Sammenfattende bemærkes, at selv om det principielt ikke er udelukket, at tilbagesøgningen af støtten til WestLB kan ske ved en række komplicerede transaktioner, som indebærer nye investeringer fra bankens offentlige ejere, er det dog min opfattelse i denne sag, at de forskellige foranstaltninger, som de tyske myndigheder udarbejdede med henblik herpå, ikke udgjorde egnede foranstaltninger til gennemførelse af beslutningen. Selv om jeg ikke fuldt ud deler den kritik, Kommissionen har rettet mod foranstaltningerne, må det fastslås, at Forbundsrepublikken Tyskland ikke har gennemført beslutningen korrekt, hvorfor der må gives Kommissionen medhold i sagen.

54. Da det således ikke er godtgjort, at de foranstaltninger, som blev foreslået den 15. marts 2000, var i overensstemmelse med den private investors princip og dermed gjorde det muligt at foretage en korrekt tilbagesøgning af støtten, kan det heller ikke i dette tilfælde antages, at den sagsøgte regering rettidigt har truffet og meddelt Kommissionen egnede foranstaltninger til gennemførelse af beslutningen.

Sagens omkostninger

56. I henhold til procesreglementets artikel 69 pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt påstand herom, og da der som anført bør gives Kommissionen medhold i sagen, må dennes påstand om sagsomkostninger efter min opfattelse tages til følge.

Forslag til afgørelse

57. Af de nævnte grunde skal jeg derfor foreslå Domstolen at træffe følgende afgørelse:

1) Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 249, stk. 4, EF og artikel 3 i Kommissionens beslutning 2000/392/EF af 8. juli 1999 om Forbundsrepublikken Tysklands foranstaltning til fordel for Westdeutsche Landesbank Girozentrale (WestLB), da den ikke har efterkommet beslutningen.

2) Forbundsrepublikken Tyskland betaler sagens omkostninger.