CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL A. TIZZANO

van 20 september 2001 [1]

1. Met haar op 24 mei 2000 overeenkomstig artikel 88, lid 2, tweede alinea, EG ingestelde beroep vraagt de Commissie het Hof vast te stellen, dat de Bondsrepubliek Duitsland geen uitvoering heeft gegeven aan beschikking 2000/392/EG van de Commissie van 8 juli 1999 [2] (hierna: „beschikking") betreffende steun die is toegekend aan de publiekrechtelijke instelling Westdeutsche Landesbank Girozentrale (hierna: „WestLB"). De Commissie verwijt de Bondsrepubliek Duitsland vooral, dat zij niet binnen de gestelde termijn de nodige maatregelen heeft getroffen om de onrechtmatig aan die bank verleende steun terug te vorderen en zo de krachtens artikel 249, vierde alinea, EG en artikel 3 van de beschikking op haar rustende verplichtingen heeft verzaakt.

De feiten en de procedure

De beschikking

2. De aan de onderhavige zaak ten grondslag liggende beschikking heeft betrekking op een door de deelstaat Noord-Rijnland-Westfalen (hierna: „deelstaat") bij wet van 18 december 1991 uitgevoerde transactie waarvan volgens de beschikking het hoofddoel was, het eigen vermogen van een publiekrechtelijke bank, WestLB, waarvan de deelstaat aandeelhouder is, te verhogen en daarmee die bank voor haar commerciële activiteiten meer speelruimte te verschaffen dan zij normaliter op basis van de nationale en communautaire voorschriften op het gebied van kredietinstellingen zou hebben.

3. De transactie bestond hoofdzakelijk in de overdracht aan WestLB (via een fusie) van een andere publiekrechtelijke instelling, de Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen (hierna: „WfA"), waarvan de deelstaat enig aandeelhouder was en die tot taak had, door het verstrekken van gunstige leningen de woningbouw te bevorderen. De overdracht ging niet gepaard met een verhoging van de deelneming van de deelstaat in WestLB. Er werd enkel bepaald dat de deelstaat als tegenprestatie voor het ingebrachte kapitaal een vergoeding van 0,6 % per jaar zou krijgen, die door WestLB moest worden betaald uit haar winst na belastingen.

4. De transactie leidde tot veel commotie bij de Duitse particuliere banken, die zich

1 — Oorspronkelijke taal: Italiaans.
2 — PB L 150, blz. 1.

via de Duitse bankfederatie Bundesverband deutscher Banken in maart 1993 en mei 1994 met een klacht tot de Commissie wendden, waarbij zij respectievelijk schending van richtlijn 89/299/EEG van de Raad van 17 april 1989 betreffende het eigen vermogen van kredietinstellingen [3], en van de communautaire bepalingen op het gebied van staatssteun stelden. De tweede klacht was voor de Commissie aanleiding om op 1 oktober 1997 een onderzoeksprocedure overeenkomstig artikel 88, lid 2, EG in te leiden, die zij afsloot met de beschikking van 8 juli 1999, waarin de gewraakte transactie als onwettige en met de gemeenschappelijke markt onverenigbare staatssteun werd aangemerkt en tegelijkertijd de terugvordering van die steun werd gelast.

5. Samengevat stelde de Commissie vast dat de in ruil voor de overdracht van WfA aan de deelstaat betaalde vergoeding niet passend was, aangezien volgens haar een marktconforme vergoeding 9,3 % per jaar na belastingen had moeten bedragen voor een deel van de aan WestLB overgedragen activa, en 0,3 % — eveneens na belastingen — voor het resterende gedeelte. Voor de periode van 1992 tot 1998 werd het verschil tussen een dergelijke marktconforme vergoeding en de daadwerkelijk aan de deelstaat betaalde vergoeding geraamd op een bedrag van in totaal 1 579 700 000 DEM (807 700 000 EUR), dat volgens de Commissie het totale steunbedrag was.

3 — PB L 124, blz. 16.

6. Het dispositief van de beschikking luidt dan ook:

„*Artikel 1*

De door Duitsland aan de Westdeutsche Landesbank Girozentrale verleende staatssteun ten bedrage van in totaal 1 579 700 000 DEM (807 700 000 EUR) in de periode 1992 tot 1998, is onverenigbaar met de gemeenschappelijk markt.

Artikel 2

1. Duitsland treft alle nodige maatregelen om de in artikel 1 bedoelde steunmaatregel ongedaan te maken en de onrechtmatig ter beschikking gestelde steun van de begunstigde terug te vorderen.

2. De terugvordering van de steun geschiedt volgens de procedures van het Duitse recht. Over het terug te vorderen bedrag is rente verschuldigd vanaf het tijdstip van de toekenning van de steun aan de begunstigde tot het tijdstip van de daadwerkelijke terugbetaling. De rente wordt berekend op basis van het percentage dat wordt gebruikt voor de berekening van het subsidie-equivalent voor regionale steunregelingen.

Artikel 3

Duitsland deelt de Commissie binnen twee maanden na kennisgeving van deze beschikking mee welke maatregelen het heeft genomen om aan de beschikking te voldoen.

[...]."

De tegen de beschikking ingestelde beroepen

7. Op 7 oktober 1999 stelde de Bondsrepubliek Duitsland bij het Hof beroep in tot nietigverklaring van de beschikking, die volgens haar onwettig is en haar belangen ernstig schaadt (zaak Duitsland/Commissie, C-376/99, aanhangig bij het Hof). Zij stelde daarbij onder meer onbevoegdheid van de Commissie, schending van wezenlijke vormvoorschriften en schending van het EG-Verdrag en de bepalingen ter uitvoering van dit verdrag. Nadat vlak daarna (namelijk op 12 oktober 1999) WestLB en de deelstaat op hun beurt voor het Gerecht van eerste aanleg nietigverklaring van de beschikking hadden gevorderd, werd de procedure voor het Hof bij beschikking van 8 februari 2000 opgeschort. In de tussentijd is de Bondsrepubliek Duitsland in de bij het Gerecht aanhangige zaken aan de zijde van de verzoekende partijen geïntervenieerd.

8. Ondanks die drie beroepen heeft geen enkele partij overeenkomstig artikel 242 EG om opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking verzocht.

De door de Duitse autoriteiten uitgewerkte maatregelen ter uitvoering van de beschikking

9. De beschikking werd op 4 augustus 1999 ter kennis van de Duitse regering gebracht. Precies twee maanden later, op 4 oktober 1999, stelde de Bondsrepubliek Duitsland de Commissie op de hoogte van de uitvoeringsmaatregelen die de deelstaat voornemens was te treffen. Bij brief van 1 december 1999 wees de Commissie de voorgestelde maatregelen echter van de hand, daar zij meende dat deze de door de gewraakte steunverlening veroorzaakte verstoring van de mededinging niet ongedaan zouden maken. De Duitse regering stelde daarom op 15 maart 2000 andere maatregelen ter uitvoering van de beschikking voor, die de Commissie echter bij brief van 29 maart daaraanvolgend eveneens van de hand wees. Op 5 april 2000 werd dat tweede voorstel door de Duitse autoriteiten nader gepreciseerd.

10. De door de Duitse autoriteiten uitgewerkte uitvoeringsmaatregelen en de

wijze waarop deze door de Commissie zijn beoordeeld, laten zich als volgt samenvatten:

a) De op 4 oktober 1999 meegedeelde maatregelen

11. Volgens de voorgestelde maatregelen (het resultaat van een overeenkomst tussen de „borgen" van WestLB[4], die de Commissie in bijlage bij de brief van de Duitse autoriteiten is toegezonden) zou de deelstaat bij de vereffening van WestLB of bij een wijziging in de eigendomsverhoudingen een extra aandeel in de tussen 1992 en 1998 gerealiseerde waardestijging van WestLB verkrijgen. Bovenop het aandeel dat de deelstaat reeds toekwam wegens zijn deelneming in WestLB, zou hij als tegenprestatie voor de inbreng van Wfa een extra aandeel van 22,1 % in de waardevermeerdering krijgen. Bij een waardevermeerdering die de deelstaat voor de periode 1992 tot en met 1998 op 10 miljard DEM raamt, zou het extra aandeel van 22,1 % ten minste neerkomen op 2,21 miljard DEM, waardoor de in de beschikking gehekelde steun zou worden gecompenseerd.

12. Volgens de door de Duitse autoriteiten meegedeelde maatregelen zou verder na 1998 de bijzondere reserve van WfA worden omgezet in een „stille deelneming" van de deelstaat, waarvan de kenmerken echter niet waren gepreciseerd. De aandelen in het maatschappelijk kapitaal zouden ongewijzigd blijven, maar bij toekomstige verhogingen van het kapitaal zou de deelstaat het recht hebben zijn aandeel door de omzetting van bepaalde delen van zijn stille deelneming daarin in te brengen tegen een koers waarover de borgen het steeds unaniem eens moesten zijn.

13. Tot slot zou de overeenkomst tussen de aandeelhouders van WestLB met terugwerkende kracht worden geannuleerd indien de gemeenschapsrechter de beschikking nietig zou verklaren of definitief zou bevestigen, dan wel van oordeel zou zijn dat die overeenkomst geen correcte uitvoering van de beschikking opleverde. In de laatste twee gevallen zouden de aandeelhouders unaniem besluiten, hoe de beschikking adequaat moest worden uitgevoerd.

14. Bij brief van 1 december 1999 deelde de Commissie de Duitse regering mee, dat

4 — De „borgen" van WestLB zijn in feite de publieke aandeelhouders. Blijkens de beschikking is WestLB „voor 100 % in handen van publieke aandeelhouders. De deelstaat Noord-Rijnland-Westfalen heeft het grootste aandeel in het nominale kapitaal (43,2 %). De overige aandeelhouders zijn de Landschaftsverbände Rheinland en Westfalen-Lippe (elk 11,7 %) alsmede de Rheinische en de Westfälisch-Lippische Sparkassen- und Giroverband (elk 16,7 %). [...] De publieke eigenaars zijn aansprakelijk voor WestLB als publiekrechtelijke instelling uit hoofde van de ‚institutionele aansprakelijkheid' (‚Anstaltslast') en de ‚aansprakelijkheid van de borg' (‚Gewährträgerhaftung'). Anstaltslast houdt in dat de eigenaars van WestLB gehouden zijn de economische basis van en het voortbestaan van de instelling zolang zij bestaat te garanderen. Uit deze garantie kan geen aansprakelijkheid van de eigenaars ten opzichte van crediteuren van de bank worden afgeleid, maar zij heeft uitsluitend betrekking op de betrekkingen tussen de overheid en de bank. Uit hoofde van de ‚Gewährträgerhaftung' zijn de eigenaars aansprakelijk voor alle verplichtingen van de bank, voorzover daaraan niet uit het vermogen van de bank kan worden voldaan. De borg is aansprakelijk jegens de crediteuren van de bank. Deze twee garanties zijn noch naar de waarde noch in de tijd beperkt" (punten 15 en 16).

de voorgestelde maatregelen haars inziens niet als een correcte uitvoering van de beschikking konden worden aangemerkt. De wijziging van de aandelen in de waardestijging van WestLB zou namelijk niets wijzigen aan de kostensituatie van WestLB: het voorstel kwam er in feite op neer dat de andere aandeelhouders ten gunste van de deelstaat afstand zouden doen van delen van het vermogen van WestLB, zonder dat evenwel de door de gewraakte steun veroorzaakte verstoring van de mededinging werd gecompenseerd.

b) De op 15 maart 2000 voorgestelde maatregelen

15. Ofschoon zij het niet eens was met de analyse van de Commissie, stelde de Duitse regering op 15 maart 2000 andere maatregelen ter uitvoering van de beschikking voor.

16. Volgens dat voorstel zou WestLB de deelstaat niet in contanten terugbetalen, maar in natura, via een stille deelneming met terugwerkende kracht tot 1 januari 2000, na goedkeuring door de Commissie. De waarde van die deelneming (2,2 miljard DEM) zou gelijk zijn aan de steun die volgens de beschikking tussen 1 januari 1992 en 31 december 1999 was verleend, vermeerderd met rente.

17. De stille deelneming zou volledig in de verliezen van WestLB participeren en, onder voorbehoud van eventuele verliezen, zou over haar boekwaarde jaarlijks de ten tijde van haar totstandbrenging geldende marktrente worden bijgeschreven. De door de stille deelneming voortgebrachte rente, die als kostenpost in de balans van de bank moest worden opgevoerd, zou niet aan de deelstaat worden betaald, maar binnen WestLB blijven. Die rente zou elk jaar bij de stille deelneming worden gevoegd tot het Hof en het Gerecht zich over de beschikking zouden hebben uitgesproken. In geval van nietigverklaring van de beschikking zou de deelstaat zonder enige schadevergoeding de stille deelneming plus rente aan WestLB moeten teruggeven. De deelstaat zou de stille deelneming bovendien geheel of gedeeltelijk aan derde investeerders kunnen overdragen. Daartoe zou WestLB een desbetreffend aandeelbewijs moeten uitgeven.

18. Dit voorstel hield volgens de Duitse regering ten volle rekening met de door de Commissie in de brief van 1 december 1999 geformuleerde opmerkingen. In de tekst van het voorstel werd namelijk beklemtoond dat de terugbetaling van de steun in natura, namelijk via de stille deelneming, tegemoet kwam aan de eis dat er iets moest wijzigen aan de kostensituatie van WestLB, aangezien in de door de bank te publiceren balans voor het jaar 2000 een buitengewone last (ten bedrage van 2,2 miljard DEM) zou moeten worden opgenomen.

19. Toch achtte de Commissie ook dit voorstel ontoereikend en wees zij het bij

brief van 29 maart 2000 van de hand. In die brief maakte zij vooral bezwaar tegen het feit dat de terugbetaling van de steun werd gekoppeld aan de onmiddellijke herinvestering van het steunbedrag door de deelstaat in de vorm van een stille deelneming in WestLB. Die herinvestering zou namelijk zelf ook als staatssteun kunnen worden beschouwd, wat betekende dat zij overeenkomstig artikel 88 EG bij de Commissie zou moeten worden aangemeld teneinde deze instelling in de gelegenheid te stellen te beoordelen, of zij in overeenstemming was met het welbekende beginsel van de particuliere investeerder die tegen marktvoorwaarden handelt, en zo niet, of zij verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt. Aangezien deze door de Commissie te verrichten beoordeling zou kunnen leiden tot de inleiding van een contradictoire procedure die vermoedelijk vrij veel tijd in beslag zou nemen, zou de door de Duitse autoriteiten voorgestelde oplossing in de praktijk de terugvorderingsprocedure blokkeren. Deze oplossing stond volgens de Commissie dan ook op gespannen voet met de onmiddellijke uitvoerbaarheid van de beschikking en kon om die reden niet worden aanvaard.

20. De Commissie merkte verder op dat op basis van de door de Duitse autoriteiten verstrekte inlichtingen niet kon worden uitgesloten, dat de aanvaarding van de stille deelneming door de deelstaat nieuwe steunmaatregelen ten gunste van WestLB zou inhouden, noch dat deze onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt zouden blijken te zijn. De Commissie beklemtoonde in dit verband dat de brief van de Duitse autoriteiten geen enkele aanwijzing betreffende de werkelijke hoogte van de vergoeding voor de stille deelneming bevatte, en dat het zeer lastig was om na te gaan of die deelneming in overeenstemming was met de normale marktvoorwaarden, en wel om de volgende redenen:

— de bijzondere vorm van de transactie;

— het feit dat de vergoeding voor de stille deelneming binnen WestLB zou blijven en door deze bank zou worden gekapitaliseerd totdat de gemeenschapsrechter zich definitief zou hebben uitgesproken;

— het feit dat onduidelijk was of de stille deelneming als eigen vermogen van WestLB kon worden beschouwd en de situatie van de bank in dit opzicht derhalve onzeker was;

— het voorwaardelijke karakter van de stille deelneming, die in geval van nietigverklaring van de beschikking aan WestLB zou moeten worden teruggegeven, wat gevolgen zou kunnen hebben voor de mogelijkheid om de deelneming over te dragen aan een derde.

21. Zoals gezegd, was dit negatieve antwoord voor de Duitse autoriteiten aanleiding om op 5 april 2000 hun voorstel voor de uitvoering van de beschikking op bepaalde punten te verduidelijken. Zij legden met name uit dat een marktconforme vergoeding voor de stille deelneming

een rentepercentage van 5,804 % zou zijn, te weten het geldende Euribor-percentage voor een periode van twaalf maanden (4,304 %), vermeerderd met een risico-opslag van 1,5 %.

22. Op deze briefwisseling volgden verschillende bijeenkomsten tussen de partijen, waarop werd geprobeerd het voorstel van de Duitse autoriteiten in overeenstemming te brengen met de wens van de Commissie om de beschikking snel en correct uitgevoerd te krijgen. Tijdens die bijeenkomsten schijnt de Commissie vooral te hebben beklemtoond dat de terugvordering van de steun en de herinvestering in twee afzonderlijke etappes dienden te geschieden, opdat kon worden nagegaan of er sprake was van een nieuw steunelement, en zo ja, of dit verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt. De Duitse regering schijnt van haar kant te hebben opgemerkt, dat terugbetaling van de steun zonder dat tegelijkertijd een stille reserve werd gecreëerd om de solvabiliteit van de bank te waarborgen, de stabiliteit van WestLB ernstig in gevaar zou brengen. Om dit gevaar af te wenden, kwam zij onder meer met het voorstel om de Commissie in kennis te stellen van een nieuwe maatregel, te weten vorming van een stille reserve die zou blijven gehandhaafd totdat de Commissie zich bij beschikking over de herinvestering van het steunbedrag zou hebben uitgesproken.

23. Aangezien de Commissie ook de nieuwe voorstellen van de Duitse autoriteiten niet overtuigend vond, deelde zij hun tijdens een bijeenkomst van 3 mei 2000 mee, dat indien de beschikking niet binnen twee weken werd uitgevoerd, er voor haar niets anders opzat dan zich overeenkomstig artikel 88, lid 2, EG tot het Hof te wenden. Toen de Duitse autoriteiten op 24 mei 2000 nog geen enkele maatregel hadden getroffen, besloot de Commissie het onderhavige beroep in te stellen.

24. De Duitse regering heeft haar verweerschrift op 9 augustus 2000 ingediend, en aangezien de Commissie heeft afgezien van repliek, is daarmee de schriftelijke behandeling geëindigd. Ter terechtzitting van 7 juni 2001 hebben partijen hun standpunten nader toegelicht.

Juridische beoordeling

Inleidende opmerkingen

25. Zoals gezegd, moet het Hof zich in deze zaak uitspreken over de niet-uitvoering van een beschikking waarvan de wettigheid nog wordt onderzocht door het Gerecht van eerste aanleg, en vervolgens opnieuw zal moeten worden onderzocht door het Hof. Het is dus niet uitgesloten dat het Hof in

casu vaststelt dat een beschikking niet of niet correct is uitgevoerd, terwijl deze beschikking later wellicht nietig zal worden verklaard.

26. Dit naast elkaar lopen van procedures is echter niet helemaal nieuw, maar heeft zich al eens voorgedaan in een met de onderhavige zaak vergelijkbare zaak (zaak Commissie/Portugal [5]), waarin het Hof beklemtoonde dat de twee procedures los van elkaar moesten worden gezien. In zijn conclusie in die zaak merkte advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer op: „Wanneer nu het Hof de procedure in een door de Commissie krachtens artikel 93, lid 2, tweede alinea, ingesteld beroep opschort tot het Gerecht van eerste aanleg uitspraak heeft gedaan, om het dan parallel met het beroep tot nietigverklaring van de lidstaat of met de hogere voorziening van de onderneming te behandelen, komt dat in feite neer op opschorting van de tenuitvoerlegging van de beschikking, terwijl de onderneming noch de lidstaat de communautaire rechterlijke instanties om voorlopige maatregelen heeft verzocht, zoals zij wel hadden kunnen doen" (punt 37 van de conclusie).

27. In casu verplicht de beschikking de Duitse autoriteiten om de aan WestLB uitgekeerde steun onverwijld terug te vorderen en de Commissie binnen twee maanden na kennisgeving van de beschikking mee te delen, welke maatregelen zijn genomen om aan de beschikking te voldoen. Ofschoon zij de geldigheid van de beschikking hebben aangevochten, heeft noch de Duitse regering, noch de deelstaat, noch WestLB overeenkomstig artikel 242 EG om opschorting van de tenuitvoerlegging ervan verzocht, zodat de bestreden handeling ten volle effect blijft sorteren, zoals de Duitse regering overigens in voormelde mededelingen van 4 oktober 1999 en 15 maart 2000 heeft erkend.

28. De Duitse regering heeft echter opgemerkt dat de maatregelen ter uitvoering van de beschikking „omkeerbaar" dienen te zijn, omdat WestLB anders in geval van nietigverklaring van de handeling onherstelbare schade zou lijden. [6] Deze eis van de Duitse regering is meer dan begrijpelijk en strookt bovendien met het beginsel dat de lidstaten bij de uitvoering van een beschikking van de Commissie over een beoordelingsmarge beschikken, zodat zij, wanneer er verschillende manieren bestaan om onwettige steun terug te vorderen, mogen kiezen voor die waarmee de terugvordering in geval van nietigverklaring van de beschikking het gemakkelijkst ongedaan kan worden gemaakt. Bovendien is het vaste rechtspraak, dat „bij gebreke van gemeenschapsbepalingen betreffende de

5 — Ook daar moest het Hof zich uitspreken over de niet-nakoming van de verplichting om steun terug te vorderen (arrest van 27 juni 2000, C-404/97, Jurispr. blz. I-4897), terwijl tegelijkertijd (bij het Hof zelf, dat opschorting van de procedure had gelast, en bij het Gerecht) procedures aanhangig waren tegen de beschikking waarbij die terugvordering werd gelast, zonder dat om opschorting van de tenuitvoerlegging van die beschikking was verzocht.

6 — De Duitse regering reageerde hiermee vooral op hetgeen de Commissie in haar brief van 29 maart 2000 had gezegd over de noodzaak de terugvordering van de steun en de daaropvolgende herinvestering van het betrokken bedrag in twee afzonderlijke etappes te laten plaatsvinden.

procedure voor terugvordering van onverschuldigd betaalde bedragen, onrechtmatig toegekende steun moet worden teruggevorderd op de in het nationale recht bepaalde wijze".[7] Die rechtspraak is bevestigd door verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag[8], waarvan artikel 14, lid 3, bepaalt dat „terugvordering onverwijld en in overeenstemming met de nationaalrechtelijke procedures van de betrokken lidstaat dient te geschieden".

29. De aldus aan de lidstaten toegekende vrijheid wordt vanzelfsprekend begrensd door de noodzaak, de beschikking van de Commissie correct en onverwijld ten uitvoer te leggen. Dit is ook de reden waarom in de hiervóór aangehaalde rechtspraak is gepreciseerd: „De toepassing van het nationale recht mag de draagwijdte en de doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht [...] niet aantasten. De toepassing van de nationale bepalingen mag dus [...] de terugvordering van onrechtmatig toegekende bedragen niet praktisch onmogelijk maken [...]."[9] Artikel 14, lid 3, van verordening nr. 659/1999 bepaalt in dit verband, dat de nationale procedures slechts van toepassing zijn „voorzover die procedures een onverwijlde en daadwerkelijke tenuitvoerlegging van de beschikking van de Commissie toelaten".

30. In gevallen als het onderhavige is de keuze van de Duitse autoriteiten voor „omkeerbare" uitvoeringsmaatregelen derhalve in beginsel volstrekt legitiem. Het is echter evident dat indien dergelijke maatregelen niet mogelijk zijn en indien de belanghebbenden de handeling niet overeenkomstig artikel 242 EG opgeschort willen of kunnen krijgen, het gevaar van ernstige en onherstelbare schade de Duitse autoriteiten niet het recht geeft de volledige en onverwijlde tenuitvoerlegging van de beschikking achterwege te laten.

31. Na deze inleidende opmerkingen zal ik thans nagaan, of de door de Duitse autoriteiten uitgewerkte maatregelen een correcte uitvoering van de beschikking kunnen verzekeren. Ik wil er echter op wijzen dat, gelet op de complexiteit van die maatregelen, mijn beoordeling op een steviger en zekerder basis zou berusten indien partijen de maatregelen, met name de directe en indirecte implicaties ervan, in de administratieve fase uitvoeriger en diepgaander hadden geanalyseerd dan uit het dossier blijkt.

De op 4 oktober 1999 meegedeelde maatregelen

32. Zoals gezegd, deelde de Duitse regering op 4 oktober 1999, dat wil zeggen twee maanden nadat de beschikking haar ter kennis was gebracht, aan de Commissie mee, welke uitvoeringsmaatregelen de deel-

7 — Arrest Gerecht van 8 juni 1995, Siemens/Commissie (T-459/93, Jurispr. blz. II-1675, punt 82). Zie in dezelfde zin onder meer arresten Hof van 2 februari 1989, Commissie/Duitsland (94/87, Jurispr. blz. 175, punt 12); 21 maart 1990, België/Commissie (C-142/87, Jurispr. blz. I-959, punt 61), en 20 maart 1997, Alcan Deutschland (C-24/95, Jurispr. blz. I-1591, punt 24).

8 — PB L 83, blz. 1.

9 — Arrest Siemens/Commissie, reeds aangehaald, punt 82.

staat voornemens was te treffen. Die maatregelen hielden kort gezegd in:

i) dat de deelstaat bij de vereffening van WestLB of bij een wijziging in de eigendomsverhoudingen een extra aandeel zou krijgen in de tussen 1992 en 1998 door de bank gerealiseerde waardestijging;

ii) dat na 1998 de bijzondere reserve van WfA zou worden omgezet in een stille deelneming van de deelstaat, waarvan de kenmerken echter niet waren gepreciseerd.

33. Alvorens deze maatregelen te onderzoeken, wijs ik erop dat partijen ter terechtzitting uitvoerig hebben gediscussieerd over de aard van de bij de mededeling van de Duitse regering van 4 oktober 1999 gevoegde overeenkomst tussen de borgen van WestLB, om vast te stellen of het een maatregel betrof die inderdaad was vastgesteld ter uitvoering van de beschikking, zoals de Duitse regering stelt, dan wel slechts een voorstel voor een uitvoeringsmaatregel, zoals de Commissie meent. Het ging in die discussie vooral om het feit dat de goedkeuring van de onder i) genoemde maatregel door de borgen van WestLB plaats had „onder voorbehoud van instemming van het college" (waarvan het voortbestaan niet duidelijk is), en om het feit dat de onder ii) genoemde maatregelen slechts de „hoofdpunten" van een door de borgen nog te sluiten overeenkomst waren. Een en ander werd door partijen verschillend beoordeeld, ook in het licht van het toepasselijke nationale recht, waardoor zij tot tegengestelde conclusies kwamen met betrekking tot de aard van de overeenkomst.

34. De oplossing van deze vraag lijkt mij echter voor de onderhavige zaak niet van doorslaggevend belang. Zoals ik al zei, heeft de Commissie de door de Duitse regering meegedeelde maatregelen immers van de hand gewezen als niet geschikt voor een correcte uitvoering van de beschikking. Met haar beroep wil zij dus zien vastgesteld, dat de verwerende lidstaat niet de maatregelen heeft getroffen die *nodig* zijn om de beschikking uit te voeren. Zelfs indien ervan wordt uitgegaan dat de litigieuze maatregelen inderdaad zijn vastgesteld, dan nog moeten die maatregelen dus op hun inhoud worden beoordeeld teneinde vast te stellen, of zij de terugvordering van de onrechtmatig aan WestLB uitgekeerde steun al dan niet mogelijk maakten.

35. In verband met het onderzoek van die maatregelen herinner ik om te beginnen aan het standpunt van de Commissie, dat het extra aandeel van de deelstaat in de hogere kapitaalwaarde van de bank niet als een correcte uitvoering van de beschikking kan worden beschouwd, aangezien deze maatregel inhoudt dat de andere publieke aandeelhouders van WestLB ten gunste van de deelstaat afstand doen van een deel van het vermogen van de bank, zonder dat dit

enige wijziging brengt in de kostensituatie van het bedrijf. Er is volgens de Commissie dan geen sprake van compensatie van het concurrentievoordeel dat WestLB door de steunverlening heeft genoten. De Duitse regering meent daarentegen, dat volgens het beginsel van de tegen marktvoorwaarden handelende particuliere investeerder de inbreng van Wfa het gestelde steunelement niet zou hebben bevat indien de deelneming van de deelstaat in het kapitaal van WestLB navenant was vergroot. Dit betekent volgens de Duitse regering dat het beoogde doel, te weten opheffing van de steun, zou kunnen worden bereikt door die deelneming achteraf, maar met terugwerkende kracht, te vergroten.

36. Met de Commissie ben ik van mening dat een dergelijke transactie in wezen hierop zou neerkomen, dat de andere publieke aandeelhouders ten gunste van de deelstaat afstand doen van een deel van de waardestijging van WestLB, met als gevolg — zo voeg ik nog toe — dat de deelstaat wordt beloond voor het feit dat hij afziet van zijn aanspraak op terugbetaling van de steun. Ik ben er echter niet helemaal van overtuigd dat een dergelijke transactie *op zich* als onuitvoerbaar moet worden beschouwd. Indien zij tegen marktconforme voorwaarden werd uitgevoerd, zou zij volgens mij integendeel kunnen worden beschouwd als een investering van de publieke aandeelhouders in WestLB, bedoeld om de delging van de met de terugvordering van de steun verband houdende schuld te financieren. Zoals de Duitse regering heeft voorgesteld, moet in dit verband worden nagegaan of het gedrag van de deelstaat en van de andere publieke aandeelhouders in overeenstemming is met het beginsel van de tegen marktvoorwaarden handelende particuliere investeerder. Onderzocht moet dus worden,

— of een particuliere aandeelhouder van de bank bereid zou zijn om in ruil voor een extra aandeel in de tussen 1992 en 1998 gerealiseerde waardestijging van de bank af te zien van een vordering ter hoogte van het bedrag van de met de overdracht van Wfa toegekende steun, waarbij moet worden bedacht dat dit extra aandeel pas kan worden gerealiseerd in geval van vereffening van de bank of een wijziging in de eigendomsverhoudingen;

— of de particuliere aandeelhouders van de bank bereid zouden zijn om in ruil voor het feit dat een andere aandeelhouder afziet van zijn vordering ter hoogte van het bedrag van de terug te vorderen steun, ten gunste van die aandeelhouder afstand te doen van een deel van hun eigen deelneming in de hogere kapitaalwaarde;

— een en ander rekening houdend met het specifieke belang dat de aandeelhouders hebben bij een hogere kapitaalwaarde van de bank, die uiteraard de waarde van hun aandelen doet stijgen.

37. Valt deze „particuliere-investeerder-test" negatief uit, dan is de transactie uiteraard — behoudens uitdrukkelijke goedkeuring door de Commissie — onaanvaardbaar, omdat zij in de praktijk erop neerkomt dat de steun wordt teruggevorderd door middel van een nieuwe steunmaatregel. In geval van een positief resultaat zou de door de deelstaat verkre-

gen compensatie wel neerkomen op terugvordering van de aan WestLB toegekende steun. In dat geval zou namelijk niet staande kunnen worden gehouden — zoals de Commissie heeft gedaan — dat de maatregel geen enkele wijziging brengt in de kostensituatie van de bank, aangezien de door de publieke aandeelhouders van de bank gedane investering niet wordt aangewend om de activiteiten van de bank te financieren (zoals zonder de beschikking van de Commissie had kunnen worden gedaan), maar om de uit de terugvordering van de steun resulterende schuld te delgen. Door dit gebruik van de investering zouden belangrijke financiële middelen aan de bank worden onttrokken, wat uiteraard gevolgen zou hebben voor haar beheerskosten.

38. Afgezien van deze algemene overwegingen moet evenwel worden beklemtoond, dat de beschikking de Bondsrepubliek Duitsland verplichtte om de *nodige* maatregelen te treffen teneinde de aan WestLB toegekende steun terug te vorderen, en om de Commissie van die maatregelen in kennis te stellen. Het lag dus op de weg van de lidstaat om de Commissie in kennis te stellen van de maatregelen die hij had getroffen (of voornemens was te treffen) met het oog op de terugvordering van de steun, en om aan te tonen dat die maatregelen geschikt waren om het door de beschikking voorgeschreven resultaat te bereiken. Want ook al is het in beginsel aan de Commissie om te bewijzen dat een lidstaat onwettige steun heeft toegekend, het is deze staat die moet aantonen dat hij een eventuele beschikking waarbij hem wordt gelast de steun terug te vorderen, volledig en binnen de gestelde termijn heeft uitgevoerd, met dien verstande dat beide partijen ingevolge artikel 10 EG over een weer tot samenwerken verplicht zijn.

39. Indien de lidstaat dus besluit de steun anders dan door betaling in contanten terug te vorderen, dient hij te bewijzen dat de gekozen maatregelen geschikt zijn om het door de beschikking voorgeschreven resultaat te bereiken. Besluit de lidstaat derhalve de betaling van de met de terugvordering van de steun verband houdende schuld te financieren via een nieuwe investering (zoals bijvoorbeeld — om een eenvoudig te begrijpen voorbeeld te noemen — een „debt/equity swap", waarbij de vordering van de staat wordt omgezet in een deelneming in het kapitaal van de begunstigde onderneming), dan dient hij aan te tonen dat door middel van deze transactie wordt voldaan aan de bij de beschikking opgelegde verplichting om de steun terug te vorderen, zonder dat daarbij sprake is van een nieuwe steunmaatregel.

40. Bijgevolg had de Duitse regering in casu gegevens moeten verstrekken ten bewijze dat de maatregel die inhield dat de deelstaat een extra aandeel in de waardestijging van WestLB kreeg, een geschikt middel was om aan de bij de beschikking opgelegde terugvorderingsplicht te voldoen en geen nieuwe steunmaatregel opleverde. Voorzover ik uit de aan het Hof ter kennis gebrachte gegevens kan opmaken, lijkt dit bewijs niet geleverd.

41. In de eerste plaats heeft de Duitse regering immers niet aangetoond, dat een

particuliere aandeelhouder in ruil voor het recht op een extra aandeel in de waardestijging van de bank bij de vereffening van WestLB of bij een wijziging in de eigendomsverhoudingen (dat wil zeggen op een toekomstig en onzeker tijdstip), zou hebben afgezien van een zekere en opeisbare vordering ter hoogte van het terug te vorderen steunbedrag. Verder heeft zij ook niet bewezen dat het feit dat de andere publieke aandeelhouders afstand doen van een deel van de waardestijging, teneinde de deelstaat te compenseren voor het feit dat hij afziet van zijn met de terugbetaling van de steun verband houdende vordering, strookt met het criterium van de particuliere investeerder.

42. Nu de Duitse regering niet heeft aangetoond dat de voorgenomen transactie strookt met het criterium van de particuliere investeerder, noch — bijgevolg — dat het hier een geschikte maatregel voor de terugvordering van de steun betreft, kan niet worden aangenomen dat zij tijdig de voor de uitvoering van de beschikking geschikte maatregelen heeft getroffen en aan de Commissie heeft meegedeeld.

43. Ook heeft de Duitse regering naar mijn mening niet bewezen dat de omzetting, vanaf 1998, van de bijzondere reserve van Wfa in een stille deelneming van de deelstaat voor deze laatste een passende (toekomstige) vergoeding voor de overdracht van Wfa aan WestLB vormde. Het betreft hier integendeel een uiterst vage transactie, aangezien de kenmerken van de aan de deelstaat toegekende stille deelneming volstrekt niet zijn gepreciseerd.

44. Afgezien daarvan lijken de betrokken maatregelen mij ook wegens hun volstrekt precaire karakter niet geschikt om de uitvoering van de beschikking te verzekeren. Zoals de Commissie heeft opgemerkt, hadden de borgen van WestLB immers besloten dat de tussen hen gesloten overeenkomst niet alleen met terugwerkende kracht zou worden geannuleerd indien de gemeenschapsrechter de beschikking nietig zou verklaren of indien zou worden vastgesteld dat die overeenkomst niet geschikt is om die uitvoering te waarborgen, maar ook indien de rechter de beschikking definitief zou bevestigen. Ongeacht de uitkomst van de thans aanhangige procedures zouden de betrokken maatregelen dus in geen geval worden uitgevoerd: ik zie dan ook niet in hoe men staande zou kunnen houden, dat zij de terugvordering van de aan WestLB uitgekeerde steun mogelijk maakten.

45. Ook het door de Duitse regering aangevoerde argument dat de litigieuze maatregelen uitsluitend wegens hun „omkeerbare" karakter zijn gekozen, met de bedoeling ze in geval van definitieve bevestiging van de beschikking te vervangen door „onomkeerbare", maar voor de aandeelhouders van WestLB minder kostbare maatregelen, kan mij niet overtuigen. Het verandert namelijk niets aan het feit dat de betrokken maatregelen een volstrekt precair karakter hadden, aangezien zij hoe dan ook met terugwerkende kracht zouden worden geannuleerd en dus niet geschikt waren om de uitvoering van de beschikking te waarborgen.

46. Gelet op een en ander ben ik dan ook van mening, dat de op 4 oktober 1999 aan

de Commissie ter kennis gebrachte maatregelen niet als een correcte uitvoering van de beschikking konden worden aangemerkt.

De op 15 maart 2000 voorgestelde maatregelen

47. Zoals wij hebben gezien, kwamen de op 15 maart 2000 voorgestelde maatregelen in wezen hierop neer, dat de deelstaat een „vrij aan derden overdraagbare" stille deelneming ter waarde van 2,2 miljard DEM in WestLB zou krijgen. Deze deelneming zou volledig in de verliezen van de bank participeren (zij het dat in dit verband geen nadere toelichting werd gegeven) en, onder voorbehoud van eventuele verliezen, zou over haar boekwaarde jaarlijks de ten tijde van haar totstandbrenging geldende marktrente (die later werd vastgesteld op 5,804 %) worden bijgeschreven. Deze rente zou echter niet rechtstreeks aan de deelstaat worden betaald, maar binnen de bank blijven en bij de stille deelneming worden gevoegd totdat de gemeenschapsrechter zich definitief zou hebben uitgesproken over de beroepen tot nietigverklaring van de beschikking. Zouden deze beroepen slagen, dan zou de deelstaat zonder enige schadevergoeding de stille deelneming plus rente aan de bank moeten teruggeven.

48. Naar het oordeel van de Commissie waren ook deze maatregelen niet geschikt om een doeltreffende uitvoering van de beschikking te waarborgen, aangezien de onmiddellijke herinvestering van het terug te vorderen bedrag in de vorm van een stille deelneming een nieuwe — verkapte — steunmaatregel kon opleveren. Deze transactie zou dus overeenkomstig artikel 88, lid 3, EG bij de Commissie moeten worden aangemeld teneinde haar in de gelegenheid te stellen te beoordelen, of de maatregel in overeenstemming was met het beginsel van de tegen marktvoorwaarden handelende particuliere investeerder en, eventueel, of hij verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt. Daarvoor zou naar alle waarschijnlijkheid een vrij tijdrovende procedure in de zin van artikel 88, lid 2, EG noodzakelijk zijn. Om de uitvoering van de beschikking niet te vertragen, zouden de terugvordering van de steun en de herinvestering van het steunbedrag in twee afzonderlijke etappes moeten geschieden. De Commissie heeft verder opgemerkt dat zij, gelet op de door de Duitse autoriteiten verstrekte informatie, in hoge mate betwijfelde of de betrokken transactie wel in overeenstemming was met het criterium van de particuliere investeerder, en dat zij zich dus afvroeg of er niet sprake was van nieuwe steun aan WestLB. Tot slot heeft zij de Duitse autoriteiten verweten dat zij niet duidelijk hebben aangetoond, dat de vergoeding voor de in WestLB ingebrachte activa van Wfa in de toekomst geen enkel steunelement meer zal bevatten.

49. De Duitse regering meent daarentegen dat de betrokken transactie geen nieuwe steunmaatregel oplevert, daar zij volkomen in overeenstemming is met het criterium van de particuliere investeerder en dus niet overeenkomstig artikel 88, lid 3, EG zou hoeven te worden aangemeld. Het is dus niet gerechtvaardigd dat de Commissie verlangt, dat die transactie in twee afzonderlijke etappes geschiedt (de terugvordering van de steun en de latere herinvestering ervan). Met betrekking tot de ongedaan-

making van de steun voor de toekomst heeft de Duitse regering in haar verweerschrift gepreciseerd, dat dit probleem, ook al zwijgt het voorstel van 15 maart 2000 op dit punt, toch is opgelost dankzij de op 4 oktober 1999 meegedeelde en nog steeds van kracht zijnde maatregelen, op basis waarvan de bijzondere reserve van WfA zou moeten worden omgezet in een stille deelneming van de deelstaat.

50. De door de Commissie tot uitdrukking gebrachte bezorgdheid dat moet worden vermeden, dat de onwettige steun wordt teruggevorderd door middel van de toekenning van nieuwe steun, lijkt mij in casu terecht. Zoals ik immers al zei, moet een lidstaat die de terugvordering van steun wil financieren via nieuwe investeringen, aantonen dat de voorgenomen transacties geschikt zijn om de uitvoering van de beschikking van de Commissie te waarborgen en dat er geen sprake is van nieuwe steunmaatregelen. Indien dit bewijs daadwerkelijk wordt geleverd en de Commissie dus in staat wordt gesteld de gekozen oplossing op haar uitvoerbaarheid te toetsen, lijkt het mij niet gerechtvaardigd te verlangen, dat de terugvordering van de steun en de herinvestering ervan in twee afzonderlijke etappes geschieden. Indien evenwel op basis van de door de lidstaat verstrekte informatie niet kan worden uitgesloten dat nieuwe steun wordt uitgekeerd, lijkt het mij gerechtvaardigd dat de Commissie verlangt, dat de onwettige steun onverwijld wordt teruggevorderd teneinde de uitvoering van haar beschikkingen niet te vertragen.

51. In casu hadden de Duitse autoriteiten dus aan de Commissie moeten aantonen, dat het met de op 15 maart 2000 meegedeelde maatregelen mogelijk was de beschikking uit te voeren zonder dat opnieuw steun werd uitgekeerd aan WestLB. Concreet gezegd hadden zij moeten bewijzen, dat een particuliere aandeelhouder van de bank in plaats van de deelstaat bereid zou zijn geweest om in ruil voor een stille deelneming af te zien van een zekere en opeisbare vordering ter hoogte van het terug te vorderen steunbedrag, met name gelet op:

— de door die deelneming voortgebrachte rente;

— de consequenties van eventuele verliezen van de bank voor de waarde van de deelneming en haar vergoeding;

— de mogelijkheid om de deelneming terugbetaald te krijgen en de eventueel daaraan verbonden voorwaarden;

— de feitelijke overdraagbaarheid van die deelneming.

52. Naar mijn mening hebben de Duitse autoriteiten dit bewijs echter niet geleverd, daar zij in feite hebben volstaan met op te merken dat de stille deelneming geen nieuwe steunmaatregel ten behoeve van WestLB opleverde omdat zij tegen marktconforme voorwaarden was ingebracht. Het feit dat de stille deelneming de deelstaat een marktconforme rente had opgeleverd, kan namelijk niet worden gelijk-

gesteld met het bewijs dat een particuliere aandeelhouder van de bank in ruil voor een dergelijke deelneming bereid zou zijn geweest af te zien van een vordering ter hoogte van het terug te vorderen steunbedrag.

53. Verder wijs ik erop dat, zoals de Commissie heeft beklemtoond en zoals de Duitse regering zelf stilzwijgend heeft erkend, op basis van de door de Duitse autoriteiten verstrekte informatie niet kan worden uitgemaakt, of met behulp van de litigieuze maatregelen de steunverlening aan WestLB voor de toekomst ongedaan kon worden gemaakt. Wat in het verweerschrift wordt gezegd over de mogelijke toepassing van de op 4 oktober 1999 meegedeelde maatregelen en, met name, over de mogelijkheid de bijzondere reserve van Wfa vanaf 1998 om te zetten in een stille deelneming van de deelstaat, is in dit verband van weinig belang: ik volsta hier met te verwijzen naar wat ik hiervóór heb gezegd over het uiterst vage karakter van de betrokken transactie (punt 43 supra) en, meer in het algemeen, over het volstrekt precaire karakter van de op 4 oktober 1999 meegedeelde maatregelen, die hoe dan ook met terugwerkende kracht zouden worden geannuleerd (punten 44 en 45 supra).

54. Aangezien niet is aangetoond dat de op 15 maart 2000 voorgestelde maatregelen in overeenstemming waren met het criterium van de particuliere investeerder en dus een correcte terugvordering van de steun mogelijk maakten, kan de Duitse regering ook in zoverre niet worden geacht tijdig de voor de uitvoering van de beschikking geschikte maatregelen te hebben getroffen en aan de Commissie te hebben meegedeeld.

Slotopmerkingen

55. Hoewel het in beginsel niet is uitgesloten dat de aan WestLB toegekende steun kan worden teruggevorderd via complexe transacties die nieuwe investeringen van de kant van de publieke aandeelhouders van de bank impliceren, ben ik van mening dat de verschillende maatregelen die de Duitse autoriteiten met het oog op die terugvordering hebben uitgewerkt, niet als geldige maatregelen ter uitvoering van de beschikking kunnen worden aangemerkt. Ook al deel ik niet alle bezwaren die de Commissie tegen die maatregelen heeft aangevoerd, dit neemt niet weg dat de Bondsrepubliek Duitsland de beschikking niet naar behoren heeft uitgevoerd, zodat het onderhavige beroep moet worden toegewezen.

Kosten

56. Volgens artikel 69 van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, indien dit is gevorderd. Gelet op hetgeen ik zojuist over de gegrondheid van het beroep heb gezegd, meen ik dat ook de vordering van de Commissie op het gebied van de kosten moet worden toegewezen.

Conclusie

57. Ik geef het Hof derhalve in overweging, te beslissen als volgt:

1) Door niet te voldoen aan beschikking 2000/392/EG van de Commissie van 8 juli 1999 betreffende de maatregel die door de Bondsrepubliek Duitsland ten uitvoer is gelegd ten gunste van de Westdeutsche Landesbank Girozentrale, is de Bondsrepubliek Duitsland de krachtens artikel 249, vierde alinea, EG en artikel 3 van deze beschikking op haar rustende verplichtingen niet nagekomen;

2) de Bondsrepubliek Duitsland wordt verwezen in de kosten.