FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ANTONIO TIZZANO

föredraget den 20 september 2001 [1]

1. Genom talan som den 24 maj 2000 väckts med stöd av artikel 88.2 andra stycket EG har kommissionen yrkat fastställelse av att Förbundsrepubliken Tyskland inte har rättat sig efter kommissionens beslut 2000/392/EG av den 8 juli 1999 (nedan kallat beslutet) [2] om en åtgärd som Förbundsrepubliken Tyskland genomfört till förmån för Westdeutsche Landesbank Girozentrale (nedan kallad WestLB). Kommissionen har särskilt gjort gällande att Tyskland inte inom föreskriven tid har vidtagit nödvändiga åtgärder för att återkräva det stöd som olagligen har beviljats ovannämnda bank. Tyskland har således åsidosatt sina skyldigheter enligt artikel 249 fjärde stycket EG och artikel 3 i beslutet.

Faktiska omständigheter och förfarandet

Beslutet

2. Beslutet som ligger till grund för detta mål avser en transaktion som genomförts av delstaten Nordrhein-Westfalen (nedan kallad Land NRW) genom lag av den 18 december 1991, i huvudsak enligt beslutet, för att öka de egna medlen i en offentlig bank, WestLB, i vilken den har del och på så sätt göra det möjligt för denna bank att upprätthålla sådana höga verksamhetsmarginaler som den nationella lagstiftningen och gemenskapslagstiftningen avseende kreditinstitut i annat fall skulle ha förhindrat.

3. Transaktionen innebar i synnerhet att ett annat offentligt organ, Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen (nedan kallat Wfa), överfördes till WestLB (för att införlivas i detta). Wfa var helägt av Land NRW och hade som institutionell uppgift att bevilja förmånliga lån för bostadsbyggande. Med överföringen följde inte någon ökning av Land NRW:s ägarandel i den fusionerade banken, utan det föreskrevs bara att det offentliga organet från och med januari 1992 skulle få ersättning i pengar för tillfört kapital till en procentsats motsvarande 0,6 procent per år netto efter skatt.

4. Transaktionen har väckt stor upprördhet bland de tyska privatbankerna som genom

1 — Originalspråk: italienska.
2 — EGT L 150, s. 1.

en sammanslutning (Bundesverband deutscher Banken) i mars 1993 och i maj 1994 gav in klagomål till Europeiska kommissionen beträffande överträdelse av rådets direktiv 89/299/EEG av den 17 april 1989 om kapitalbasen i kreditinstitut [3] respektive åsidosättande av gemenskapslagstiftningen om statligt stöd. Med hänvisning till den andra anmälan beslöt kommissionen den 1 oktober 1997 att inleda ett förfarande enligt artikel 88.2 EG som avslutades med beslutet av den 8 juli 1999, enligt vilket den anmälda transaktionen betecknades som ett olagligt statligt stöd oförenligt med den gemensamma marknaden, och förordnade samtidigt att stödet skulle återkrävas.

5. Kommissionen ifrågasatte i huvudsak huruvida den ersättning som Land NRW tillerkänts som kompensation för överföringen av Wfa var tillräcklig, med beaktande av att, enligt kommissionens åsikt, ersättningen enligt marknadsvärdet skulle ha uppgått till 9,3 procent per år netto efter skatt för en del av de tillgångar som överförts till WestLB och till 0,3 procent, fortfarande netto efter skatt, för en annan del. Kommissionen har med hänvisning till perioden 1992—1998 uppskattat skillnaden mellan ersättningen enligt marknadsvärde och den ersättning som tillerkänts Land NRW till totalt 1 579 700 000 DEM (807 700 000 euro), som är det belopp som har angetts som det totala stödbeloppet.

3 — EGT L 124, s. 16; svensk specialutgåva område 6, volym 2, s. 211.

6. I beslutet föreskrivs således följande:

"*Artikel 1*

Det statliga stöd som Tyskland beviljat Westdeutsche Landesbank Girozentrale till ett totalt belopp av 1 579 700 000 tyska mark (807 700 000 euro) under perioden 1992—1998 är oförenligt med den gemensamma marknaden.

Artikel 2

1) Tyskland skall vidta alla nödvändiga åtgärder för att från stödmottagaren återkräva det stöd som avses i artikel 1 och som olagligen ställts till förfogande.

2) Återkravet skall ske i enlighet med förfarandena i nationell lagstiftning. Till beloppet skall läggas ränta som beräknas på grundval av den referensränta som används vid beräkningen av bidragsekvivalenten inom ramen för regionalstöd och löper från och med den dag då stödet betalades ut till stödmottagaren till dess att det faktiskt återbetalas.

Artikel 3

Tyskland skall inom två månader från dagen för delgivningen av detta beslut underrätta kommissionen om de åtgärder som har vidtagits för att följa detta beslut.

..."

Talan mot beslutet

7. Förbundsrepubliken Tyskland, som ansåg att beslutet vara olagligt och att det allvarligt skadade landets intressen, väckte den 7 oktober 1999 talan om ogiltigförklaring av detta beslut (mål C-376/99), varvid den särskilt gjorde gällande kommissionens bristande behörighet, åsidosättande av grundläggande formkrav och åsidosättande av EG-fördraget och rättsregler om tillämpningen av detta. Efter talan som WestLB och Land NRW nästan samtidigt (den 12 oktober 1999) väckte mot beslutet hos förstainstansrätten (de förenade målen T-228/99 och T-233/99) vilandeförklarades dock, genom beslut av den 8 februari 2000, förfarandet inför domstolen. Förbundsrepubliken Tyskland intervenerade under tiden i målen inför förstainstansrätten till stöd för sökandenas talan.

8. Det skall understrykas att oaktat de tre nyssnämnda fallen av talan har ingen part yrkat uppskov med verkställigheten av det ifrågasatta beslutet i den mening som avses i artikel 242 EG.

De tyska myndigheternas åtgärder för verkställigheten av beslutet

9. Beslutet delgavs den tyska regeringen den 4 augusti 1999. Exakt två månader senare, den 4 oktober 1999, informerade Förbundsrepubliken Tyskland kommissionen om de åtgärder för verkställighet som Land NRW avsåg att vidta. Genom skrivelse av den 1 december 1999 invände kommissionen emellertid mot dessa åtgärder och ansåg att de inte gjorde det möjligt att undanröja den snedvridning av konkurrensen som följer av det ifrågasatta stödet. Den tyska regeringen beaktade denna bedömning och framlade den 15 mars 2000 förslag till andra åtgärder för verkställighet av beslutet, som på samma sätt genom skrivelse av den 29 mars 2000 underkändes av kommissionen. De tyska myndigheterna överlämnade den 5 april 2000 ytterligare uppgifter i detta avseende.

10. De åtgärder för verkställighet som de tyska myndigheterna har aviserat och de

motsvarande ställningstagandena från kommissionens sida kan i korthet beskrivas enligt följande.

a) Åtgärderna som meddelades den 4 oktober 1999

11. Åtgärderna i fråga (som är resultatet av ett avtal mellan WestLB:s "garanter" [4] som överlämnats till kommissionen som bilaga till de federala myndigheternas skrivelse) förutsåg att Land NRW vid tidpunkten för likvidationen av WestLB eller i fall av ändring av delägarnas andelar skulle förbehållas en ytterligare andel av de vinster som banken bokfört under perioden 1992—1998. Förutom den del som tillkom Land NRW med stöd av dess ägarandel i WestLB, skulle den sistnämnda nämligen som ersättning för Wfa:s tillskott erhålla ytterligare en andel, motsvarande 22,1 procent av den totala utdelningen. Eftersom ett sådant överskott, enligt Land NRW:s beräkningar, skulle ha uppgått till 10 miljarder DEM för perioden 1992—1998, skulle den ytterligare andelen om 22,1 procent ha givit denna delstat minst 2,21 miljarder DEM och därmed kompenserat för det stöd som ifrågasatts genom beslutet.

12. Enligt de av de tyska myndigheterna meddelade åtgärderna skulle dessutom, för perioden efter år 1998, Wfa:s särskilda reserv omvandlas till en "passiv ägarandel" för Land NRW, vars kännetecken dock inte angavs närmare. Andelarna av det nominella kapitalet skulle förbli oförändrade, men inom ramen för framtida ökningar av kapitalet skulle Land NRW ha rätt att teckna sig för en andel som förvandlade en del av den egna passiva ägarandelen till en kvot som garanterna från tid till annan enhälligt skulle fastställa.

13. Det föreskrevs slutligen att avtalet mellan WestLB:s garanter skulle upphävas med retroaktiv verkan, såväl om gemenskapens domstolar ogiltigförklarade beslutet som om de slutgiltigt bekräftade beslutet eller om de konstaterade att avtalet inte möjliggjorde ett korrekt verkställande. I de sistnämnda två fallen skulle garanterna gemensamt besluta om de lämpliga formerna för att verkställa beslutet.

14. Genom skrivelse av den 1 december 1999 informerade kommissionen förbunds-

4 — WestLB:s "garanter" är i praktiken bankens offentliga ägare. I detta avseende framgår av beslutet att banken "till 100% (är) i offentlig ägo. Delstaten Nordrhein-Westfalen äger den största andelen av det nominella kapitalet (43,2%). De andra ägarna är Landschaftsverband Rheinland och Landschaftsverband Westfalen-Lippe (vardera 11,7%) samt Rheinische och Westfälisch-Lippische Sparkassen- und Giroverband (vardera 16,7%).... Som offentligrättslig institution åtnjuter WestLB två slag av garantier från de offentliga ägarnas sida, dels 'institutionellt ansvar' (Anstaltslast), dels 'garantiansvar' (Gewährträgerhaftung). 'Institutionellt ansvar' betyder att WestLB:s ägare är förpliktade att garantera institutionens ekonomiska bas och funktion under hela dess livstid. Denna garanti innebär inget ansvar för ägarna gentemot bankens fordringsägare, utan reglerar endast förhållandet mellan myndigheterna och banken. 'Garantiansvar' innebär att ägarna ansvarar för bankens alla skulder som inte täcks av dess tillgångar. Garanten ansvarar gentemot bankens fordringsägare. Båda dessa garantier är obegränsade i tiden och till beloppet" (punkterna 15 och 16).

regeringen om att de meddelade åtgärderna enligt kommissionens uppfattning inte innebar ett korrekt verkställande av beslutet. Enligt kommissionen skulle ändringen av ägarnas andel i WestLB:s värdestegring nämligen inte få några följder kostnadsmässigt för banken. Förslaget skulle i praktiken medföra att de andra ägarna avstod från en del av sina tillgångar i banken till förmån för Land NRW, dock utan att kompensera för den snedvridning av konkurrensen som följer av det genom beslutet ifrågasatta stödet.

b) Åtgärderna som föreslogs den 15 mars 2000

15. Även om den inte delade kommissionens uppfattning lämnade den tyska regeringen den 15 mars 2000 förslag på andra åtgärder för genomförande av beslutet.

16. I stället för en summa pengar skulle WestLB enligt detta förslag bevilja Land NRW ersättning i natura i form av en passiv ägarandel som därefter skulle delges kommissionen för godkännande, med retroaktiv verkan från och med den 1 januari 2000. Värdet av ägarandelen (motsvarande 2,2 miljarder DEM) skulle enligt de tyska myndigheterna motsvara beloppet av det stöd som påstås ha beviljats mellan den 1 januari 1992 och den 31 december 1999, inbegripet de räntor som förfallit till detta datum.

17. Det föreskrevs att den passiva ägarandelen helt och hållet skulle bära bankens förluster och upplupna årliga räntor på dess bokförda värde, till den procentsats på marknaden som gällde vid tidpunkten för dess inrättande, förutom eventuella förluster. Sådana räntor som skulle bokföras bland kostnaderna på bankens balansräkning skulle dock inte betalas till Land NRW, utan behållas av WestLB fram till gemenskapsdomstolarnas slutgiltiga avgörande avseende beslutet och varje år läggas till den passiva ägarandelen. För det fall beslutet ogiltigförklarades skulle Land NRW till WestLB återbetala den passiva ägarandelen tillsammans med räntorna, utan att erhålla någon kompensation. Det föreskrevs dessutom att Land helt eller delvis skulle kunna överlåta den passiva ägarandelen till tredje man i egenskap av investerare. WestLB skulle i detta syfte ha emitterat en aktie som representerade nämnda ägarandel.

18. Den tyska regeringen har för övrigt klart velat ange att man i förslaget i fråga vederbörligen beaktade kommissionens synpunkter i skrivelsen av den 1 december 1999. Det underströks nämligen i förslaget att det påstådda kravet att WestLB:s kostnader skulle påverkas skulle uppfyllas genom det förhållandet att stöden återbetalades i natura genom tilldelandet av den passiva ägarandelen, eftersom det medförde att en extraordinär kostnad (till ett belopp på 2,2 miljarder DEM) bokfördes på den balansräkning som banken skulle offentliggöra för år 2000.

19. Kommissionen ansåg emellertid att även detta förslag var otillfredsställande

och avvisade det genom skrivelse av den 29 mars 2000. I denna skrivelse kritiserades särskilt det faktum att återbetalningen av stödet var förenat med kravet att Land NRW omedelbart skulle återinvestera beloppet i form av en passiv ägarandel i WestLB. Ovannämnda återinvestering skulle i själva verket i sin tur kunna utgöra ett statligt stöd som därför skulle delges kommissionen enligt artikel 88 EG, för att ge densamma möjligheten att kontrollera huruvida stödet var förenligt med den kända marknadsinvesterarprincipen och, om så ej var fallet, huruvida stödet var förenligt med den gemensamma marknaden. Eftersom kommissionens granskning skulle ha krävt att ett kontradiktoriskt förfarande inletts som förmodligen skulle ha dragit ut längre i tiden, skulle de tyska myndigheternas förslag i praktiken ha paralyserat återvinningsförfarandet. Förslaget skulle således ha stridit mot beslutets karaktär av omedelbart verkställbar rättsakt och skulle av det skälet inte kunna godtas.

20. Kommissionen noterade dessutom att det av uppgifterna som de tyska myndigheterna lämnat inte kunde uteslutas att delstatens övertagande av en passiv ägarandel innebar ett nytt stöd till förmån för WestLB och inte heller att även detta skulle visa sig vara oförenligt med den gemensamma marknaden. Kommissionen betonade i detta avseende att de tyska myndigheternas skrivelse inte innehöll någon anvisning om det faktiska beloppet på ersättningen för den passiva ägarandelen och att det var mycket svårt att kontrollera huruvida denna ägarandel var förenlig med normala marknadsvillkor på grund av

— den särskilda form som transaktionen antagit,

— det faktum att ersättningen för den passiva ägarandelen fram till gemenskapsdomstolarnas slutgiltiga dom skulle behållas av WestLB och kapitaliseras,

— svårigheten att fastställa huruvida den passiva ägarandelen kan räknas till WestLB:s egna tillgångar och, följaktligen, bankens osäkra situation i det avseendet,

— den villkorade karaktären av den passiva ägarandelen, som i fall av ogiltigförklaring av beslutet måste betalas tillbaka till WestLB, med risk för att det inverkar på den konkreta möjligheten att överlåta denna andel till tredje man.

21. Såsom har antytts lämnade de tyska myndigheterna, efter det negativa svaret, den 5 april 2000 vissa närmare upplysningar om sitt förslag för att verkställa beslutet. De angav särskilt att den passiva ägarandelen för att motsvara normala

marknadsvillkor skulle ha givit delstaten en ränta på 5,804 procent, motsvarande den gällande Euriborräntesatsen för tolv månader (4,304 procent) förhöjd med en procentsats motsvarande transaktionsrisken (1,5 procent).

22. Den beskrivna skriftväxlingen följdes av olika möten mellan parterna under vilka dessa försökte att sammanjämka förslaget från de tyska myndigheterna med kravet från kommissionen att komma fram till ett snabbt och korrekt verkställande av beslutet. Av detta framgår att kommissionen under mötena i huvudsak bekräftade att det var nödvändigt att genomföra återvinningen av stödet och återinvesteringen vid två olika tillfällen, så att kommissionen har möjlighet att uppskatta huruvida det eventuellt finns ett stödinslag och, om så är fallet, huruvida detta är förenligt med den gemensamma marknaden. Den tyska regeringen har för sin del noterat att en omedelbar återbetalning av stödet utan att det samtidigt skapas en dold reserv för upprätthållandet av bankens soliditet allvarligt kan äventyra WestLB:s stabilitet. För att söka undvika denna fara har den tyska regeringen bland annat föreslagit att kommissionen skall delges en ny åtgärd avseende skapandet av en dold reserv som skall upprätthållas fram till kommissionens beslut om återinvestering av stödbeloppet.

23. Inte heller de nya förslagen från de tyska myndigheterna övertygade kommissionen, som under ett möte som ägde rum den 3 maj 2000 således underrättade dem om att såvida de inte inom en frist på två veckor hade genomfört beslutet skulle kommissionen i enlighet med artikel 88.2 EG tvingas vända sig till domstolen. Då de tyska myndigheterna inte hade vidtagit någon åtgärd beslöt kommissionen den 24 maj 2000 att väcka förevarande talan.

24. Den svarande regeringen gav den 9 augusti 2000 in sitt svaromål och med den rättsakten har den skriftliga fasen av förfarandet avslutats, eftersom kommissionen har avstått från att avge replik. Parterna har dock haft möjlighet att senare, under den muntliga förhandlingen som hölls den 7 juni 2001, utveckla sina argument.

Rättslig bedömning

Inledande synpunkter

25. Såsom jag har angivit ovan skall EG-domstolen i detta mål uttala sig om det förhållandet att ett beslut vars lagenlighet fortfarande granskas av förstainstansrätten, och som den sistnämnda domstolen senare har att undersöka på nytt, inte har verkställts. Det är således inte uteslutet att

EG-domstolen i denna instans kommer att kritisera det förhållandet att ett beslut som senare kan komma att ogiltigförklaras inte har verkställts korrekt.

26. Det förhållandet att förfarandena delvis sammanfaller är dock inte helt nytt, eftersom det redan har undersökts i ett mål som liknar det mål som nu prövas (mål C-404/97, kommissionen mot Portugal),[5] i vilket domstolen underströk de två förfarandenas oberoende av varandra. Generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer noterade i det målet att "[o]m domstolen i förekommande fall skulle vilandeförklara en talan som kommissionen väckt med stöd av artikel 93.2 andra stycket i väntan på att förstainstansrätten meddelar dom, innan domstolen behandlar talan parallellt med medlemsstatens talan om ogiltigförklaring eller företagets överklagande, skulle detta i praktiken innebära att verkställigheten av den omtvistade rättsakten sköts upp medan varken företaget eller medlemsstaten har framställt något yrkande om interimistiska åtgärder hos gemenskapsdomstolarna, vilket de skulle ha kunnat göra" (punkt 37 i förslaget till avgörande).

27. I det fall som undersöks här påbjuder beslutet, såsom har framgått, att de tyska myndigheterna utan dröjsmål skall återkräva det stöd som beviljats WestLB och inom två månader från dagen för delgivningen av beslutet underrätta kommissionen om de åtgärder som har vidtagits för att rätta sig efter detta. Fastän de har ifrågasatt beslutet har varken den tyska regeringen eller Land NRW eller WestLB yrkat om uppskov med verkställigheten i enlighet med artikel 242 EG, vilket får den följden att det ifrågasatta beslutet fortsätter att gälla fullt ut, vilket den tyska regeringen för övrigt uttryckligen har erkänt i de ovannämnda meddelandena av den 4 oktober 1999 och den 15 mars 2000.

28. Den tyska regeringen har dock åberopat kravet att fastställa "reversibla" åtgärder för verkställighet av beslutet och understrukit att WestLB i annat fall skulle drabbas av oersättlig skada för det fall att rättsakten ogiltigförklarades.[6] Detta krav som den tyska regeringen har understrukit är ett krav som är väl förståeligt. Det stämmer för övrigt överens med principen enligt vilken medlemsstaterna har ett utrymme för skönsmässig bedömning vid genomförandet av ett beslut från kommissionen och således kan välja, om det finns flera sätt för att återkräva olagliga stöd, sådana åtgärder som på ett enklare sätt kan upphävas för det fall att ett sådant beslut ogiltigförklaras. Jag erinrar å andra sidan om att enligt fast rättspraxis och "med beaktande av att gemenskapsrättsliga bestämmelser angående förfarandet vid

5 — Även i det fallet hade domstolen att avgöra frågan om ett stöd som inte återbetalats (dom av den 27 juni 2000, REG 2000, s. I-4897) som i två parallella instanser ännu inte avgjorts (i domstolen, som hade vilandeförklarat målet, och i förstainstansrätten) avseende lagenligheten av ett beslut om åläggande av denna återbetalning, beträffande vilket det inte hade yrkats något uppskov med verkställigheten.

6 — Denna anmärkning uttalades särskilt med hänvisning till vad kommissionen framhållit i den ovannämnda skrivelsen av den 29 mars 2000 i fråga om nödvändigheten av att genomföra återbetalningen av stödet och den följande återinvesteringen av det belopp som hänför sig till detta i två olika etapper.

återbetalning av belopp som otillbörligen utbetalats saknas, skall återbetalningen av det stöd som olagligen beviljats verkställas på sätt som föreskrivs i nationell rätt" [7] och att denna inriktning i rättspraxis har bekräftats genom rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel 93 i EG-fördraget. [8] I artikel 14.3 i förordningen föreskrivs just för detta att "återkravet (skall) verkställas utan dröjsmål och enligt den berörda medlemsstatens förfarande enligt nationell lagstiftning".

29. Denna frihet för medlemsstaterna begränsas dock uppenbarligen genom kravet på ett korrekt och omedelbart verkställande av kommissionens beslut. I den tidigare åberopade rättspraxisen har det för övrigt av just det skälet angetts att "tillämpningen av nationell rätt... emellertid inte [får] inskränka gemenskapsrättens räckvidd och effektivitet. Med andra ord får tillämpningen av nationella bestämmelser inte göra återbetalningen av belopp som olagligen utbetalats praktiskt omöjlig...". [9] I samma artikel 14.3 i förordning nr 659/99, som just har nämnts, stadgas att nationella förfaranden skall tillämpas "förutsatt att dessa förfaranden gör det möjligt att omedelbart och effektivt verkställa kommissionens beslut".

30. I fall som det som nu är i fråga är det således i princip helt legitimt att de tyska myndigheterna använder sig av "reversibla" åtgärder för verkställighet. Det är emellertid uppenbart att om detta inte är möjligt och om å andra sidan de berörda inte vill eller inte kan få uppskov med verkställigheten av rättsakten i enlighet med artikel 242 EG, ger inte risken för att lida allvarlig och oersättlig skada de tyska myndigheterna rätt att inte fullt ut och i rätt tid verkställa beslutet.

31. Sedan detta sagts övergår jag nu till att uppskatta huruvida åtgärderna som de tyska myndigheterna har planerat kan säkerställa ett korrekt verkställande av beslutet. Jag skall för övrigt påpeka att mot bakgrund av den komplicerade karaktären av sådana åtgärder skulle grunden för den undersökning som jag nu skall göra ha varit stabilare och säkrare, om parterna före tvisten hade gjort en mer genomtänkt och ingående analys, särskilt av de nämnda åtgärdernas direkta och indirekta påverkan, än den som framgår av handlingarna i målet.

Åtgärderna som meddelades den 4 oktober 1999

32. Den 4 oktober 1999, två månader från dagen för delgivningen av beslutet, underrättade den tyska regeringen således kommissionen om de verkställighetsåtgärder

7 — Förstainstansrättens dom av den 8 juni 1995 i mål T-459/93, Siemens mot kommissionen (REG 1995, s. II-1675), punkt 82. För ett liknande resonemang se, bland annat, domstolens dom av den 2 februari 1989 i mål 94/87, kommissionen mot Tyskland (REG 1989, s. 175), punkt 12, 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 61, och dom av den 20 mars 1997 i mål C-24/95, Alcan Deutschland (REG 1997, s. I-1591), punkt 24.

8 — EGT L 83, s. 1.

9 — Domen i det ovannämnda målet Siemens mot kommissionen, punkt 82.

som Land NRW avsåg att anta. Åtgärderna bestod i huvudsak av att

i) ge Land NRW rätt att vid tidpunkten för WestLB:s likvidation, eller i fall av ändrad ägarstruktur i denna, erhålla en ytterligare andel av den värdestegring som banken registrerat under perioden 1992—1998,

ii) för perioden efter år 1998 omvandla Wfa:s särskilda reserv till en passiv ägarandel för Land NRW, vars kännetecken dock inte angetts närmare.

33. Innan dessa åtgärder undersöks skall det påpekas att parterna under förhandlingen länge diskuterade karaktären av det avtal mellan WestLB:s garanter som bifogats förbundsregeringens meddelande av den 4 oktober 1999, för att fastställa om det är fråga om åtgärder som faktiskt antagits för att verkställa beslutet, vilket den tyska regeringen har hävdat, eller om det var fråga om ett enkelt förslag till verkställande, vilket kommissionen anser. Denna diskussion koncentrerades i huvudsak dels till det faktum att åtgärderna under i) hade godkänts av WestLB:s garanter "med förbehåll för kollegiets godkännande" (vars existens inte framgår klart), dels till det faktum att åtgärderna under ii) endast utgör "huvudpunkter" i ett avtal som garanterna förr eller senare skulle ha slutit. Även mot bakgrund av gällande nationell rätt har parterna bedömt dessa uppgifter på skilda sätt och kommit till motsatta slutsatser beträffande avtalets karaktär.

34. Svaret på denna fråga är enligt min mening dock inte avgörande för detta mål. Kommissionen har, som jag har sagt, nämligen avvisat de av den tyska regeringen meddelade åtgärderna och ansett att de inte säkerställde ett korrekt verkställande av beslutet. Kommissionen syftar med sin talan följaktligen till att det skall fastställas att den svarande medlemsstaten inte har vidtagit de åtgärder som är *nödvändiga* för att verkställa beslutet. Även om man således medgav att de omtvistade åtgärderna faktiskt hade vidtagits, skall de dock bedömas i sak för syftet att fastställa huruvida de gör det möjligt att återkräva det stöd som olagligen beviljats WestLB eller ej.

35. Då jag således nu kommer till undersökningen av dessa åtgärder erinrar jag om att Land NRW:s ökade andel i bankens värdestegring enligt kommissionen inte hade inneburit ett korrekt verkställande av beslutet, eftersom följden därav skulle bli att WestLB:s andra offentliga ägare avstod från en del av tillgångarna i banken till förmån för Land NRW, utan att bolagets kostnader påverkades. Enligt kommissionens uppfattning skulle på detta sätt den konkurrensfördel som WestLB

erhållit tack vare stödet inte ha kompenserats. På den motsatta fronten har den tyska regeringen invänt att det i sinom tid förverkligade tillskottet från Wfa, mot bakgrund av marknadsinvesterarprincipen inte skulle ha givit upphov till ett stöd, om Land NRW:s andel i uppvärderingen av WestLB:s tillgångar hade ökats på ett lämpligt sätt. Detta innebar att om en sådan ökning hade genomförts senare, men med retroaktiv verkan, skulle resultatet ha blivit att stödet avskaffats.

36. I likhet med kommissionen tror även jag att en sådan transaktion i själva verket huvudsakligen innebär att de andra offentliga ägarna avstår från en del av WestLB:s värdestegring till förmån för Land NRW, med den följden, vilket jag tillägger, att Land NRW ersätts för att den avstått från fordran på återbetalningen av stödet. Jag är emellertid inte alls övertygad om att en sådan transaktion *i sig* skall anses ogörlig. Jag tror i stället att om den genomfördes på normala marknadsvillkor skulle den kunna utgöra en investering för WestLB:s offentliga ägare, avsedd att finansiera elimineringen av skulden avseende återkravet av stödet. I det syftet skulle det således, såsom den svarande regeringen föreslog, ha bedömts huruvida beteendet hos Land NRW och WestLB:s andra offentliga ägare var förenligt med marknadsinvesterarprincipen. Det skulle därför ha bedömts

— dels huruvida en privat ägare av banken skulle ha godtagit att avstå från en fordran motsvarande beloppet av det stöd som beviljats genom Wfa:s överföring i utbyte mot den ökade ägarandelen i den värdestegring som banken registrerat under perioden 1992—1998, med särskild hänsyn till att en sådan ägarandel skulle förverkligas först vid tidpunkten för likvidationen av banken eller i fall av ändrad ägarstruktur i denna,

— dels huruvida privata ägare av banken skulle ha godtagit att avstå från en del av den egna ägarandelen i värdestegringen till förmån för en annan ägare i utbyte mot att denna avstår från en fordran motsvarande det stöd som skall återkrävas,

— och detta i båda fallen med hänsyn till ägarnas särskilda intresse av bankens värdeökning, av vilken det uppenbart följer att deras ägarandelar ökar i värde.

37. I det fall den *marknadsinvesterarprincip* som presenterats gav ett negativt svar, skulle transaktionen uppenbarligen med

förbehåll för kommissionens uttryckliga tillstånd vara oacceptabel, eftersom återbetalningen av stödet genom denna i praktiken genomförts genom ett nytt stöd. I det motsatta fallet skulle emellertid den ersättning som Land NRW erhållit väl kunna göra det möjligt att återkräva det stöd som beviljats WestLB. I det fallet kan det dock inte hävdas, såsom kommissionen har gjort, att transaktionen inte skulle ha påverkat banken kostnadsmässigt, eftersom den investering som genomförts av bankens offentliga ägare, i stället för att finansiera bankens verksamhet (vilket skulle kunnat ske om inte kommissionens beslut hade kommit) skulle ha avsett elimineringen av skulden beträffande återkravet av stödet. Ett sådant ändamål för investeringen skulle således ha inneburit att betydande resurser undandragits banken, med uppenbara återverkningar på kostnaderna för dennas förvaltning.

38. Sedan detta sagts i allmänna drag skall det dock understrykas att Tyskland genom beslutet har ålagts att vidta de åtgärder som är *nödvändiga* för att återkräva det stöd som beviljats WestLB och att underrätta kommissionen därom. Det ankom således på medlemsstaten att underrätta kommissionen om de åtgärder som vidtagits (eller som den avsåg att vidta) för att återkräva stödet och att visa att åtgärderna var lämpliga för att uppnå det resultat som föreskrevs i beslutet. Jag anser nämligen att om det i princip är sant att det ankommer på kommissionen att bevisa att en medlemsstat har beviljat ett olagligt stöd, är det även sant att det däremot ankommer på denna stat att visa att den fullt ut och i rätt tid har verkställt ett eventuellt beslut som påbjuder återkrav av stödet, varvid skyldigheten till ömsesidigt samarbete enligt artikel 10 EG självklart kvarstår i båda fallen.

39. Om således medlemsstaten beslutar att inte återkräva stödet genom en enkel betalning i pengar utan väljer att använda alternativa åtgärder, är den skyldig att visa att dessa åtgärder gör det möjligt att uppnå det resultat som föreskrivs i beslutet. I ett fall då staten beslutar att finansiera betalningen av skulden beträffande återkravet av stödet med en nyinvestering (för att ge ett omedelbart förståeligt exempel kan en transaktion av *debt/equity swap* tänkas, som är avsedd att omvandla statens fordran till en ägarandel i det stödmottagande företagets kapital), måste staten därför visa att denna transaktion gör det möjligt att genomföra återkravet enligt beslutet utan att det innebär beviljande av nya stöd.

40. Av detta följer att den tyska regeringen i ifrågavarande fall skulle ha tillhandahållit sådana uppgifter som kunde visa att det förhållandet att Land NRW beviljades en ytterligare andel av WestLB:s värdestegring gjorde det möjligt att genomföra återkravet enligt beslutet och inte innebar att ytterligare stöd beviljades. Enligt min mening, åtminstone mot bakgrund av de uppgifter som kommit till domstolens kännedom, har detta inte visats.

41. Framför allt har den svarande regeringen inte visat att en privat ägare skulle

ha avstått från en säker och exigibel fordran motsvarande stödbeloppet som kunde återkrävas i utbyte mot rätten att vid tidpunkten för WestLB:s likvidation eller i fall av ändrad ägarstruktur i denna (således vid en kommande och osäker tidpunkt) erhålla en ytterligare andel av bankens värdestegring. Vidare har den svarande regeringen inte heller visat att förhållandet att de andra offentliga ägarna avstått från en del av värdestegringen i syfte att ersätta Land NRW för att den avstått från fordran avseende återbetalningen av stödet är förenligt med marknadsinvesterarprincipen.

42. Eftersom den svarande regeringen inte har visat att den transaktion den utfört var förenlig med marknadsinvesterarprincipen och att transaktionen således gjorde det möjligt att på ett korrekt sätt genomföra återbetalningen av stödet, kan det inte anses att den i rätt tid har vidtagit och underrättat kommissionen om åtgärder som är lämpliga för att verkställa beslutet.

43. På motsvarande sätt anser jag att den tyska regeringen inte har visat att omvandlingen, från och med år 1998, av Wfa:s särskilda reserv till en passiv ägarandel i Land NRW för den sistnämnda skulle tjäna som en motsvarande lämplig ersättning (*för framtiden*) för överföringen av detta organ till WestLB. Då inga uppgifter har tillhandahållits om kännetecknen hos den passiva ägarandel som Land skall tillerkännas måste därför den ovannämnda transaktionens utomordentligt vaga karaktär understrykas.

44. Oberoende av dessa synpunkter vill jag dock påpeka att åtgärderna i fråga, mot bakgrund av att de är totalt ovissa, inte heller förefaller vara lämpliga för att verkställa beslutet. Såsom kommissionen har noterat hade WestLB:s garanter nämligen fastställt att inte endast om gemenskapens domstolar ogiltigförklarade beslutet, eller fastställde att avtalet var olämpligt för att verkställa detta, utan även för det fall att beslutet slutgiltigt fastställts i domstol, skulle det avtal som de ingått upphävas med retroaktiv verkan. Åtgärderna i fråga skulle således i vart fall och bortsett från utgången av de oavgjorda målen inte ha genomförts. Jag kan därför inte se hur det kan anses att åtgärderna skulle göra det möjligt att återkräva det stöd som beviljats WestLB.

45. Den tyska regeringens argument att åtgärderna i fråga skulle ha valts enbart på grund av sin "reversibla" karaktär, i syfte att för det fall beslutet slutgiltigt fastställdes ersätta dem med "oåterkalleliga" åtgärder som dock är mindre förpliktande för WestLB:s ägare, förefaller mig inte heller i detta avseende relevant. Detta argument håller nämligen inte inför invändningen som grundats på det förhållandet att åtgärderna i fråga, som i vart fall är avsedda att upphävas med retroaktiv verkan, är totalt ovissa och således inte lämpliga för att verkställa beslutet.

46. Mot bakgrund av samtliga ovan anförda synpunkter anser jag följaktligen

att åtgärderna som meddelats kommissionen den 4 oktober 1999 inte är lämpliga för att verkställa beslutet.

Åtgärderna som föreslogs den 15 mars 2000

47. Åtgärderna som föreslogs den 15 mars 2000 innebar i huvudsak, som jag tidigare har erinrat om, att Land NRW tilldelades en passiv ägarandel i WestLB, som fritt kunde överlåtas på tredje man, till ett värde av 2,2 miljarder DEM. Det föreskrevs att ovannämnda ägarandel helt och hållet skulle bära bankens förluster (även om närmare upplysningar inte lämnats i detta avseende) och årlig upplupen ränta på dess bokförda värde, till den marknadsränta som gällde vid tidpunkten för dess inrättande (senare angivet till 5,804 procent), förutom eventuella förluster. Dessa räntor skulle dock inte omedelbart utbetalas till Land NRW, utan behållas av banken och kapitaliseras fram till gemenskapsdomstolarnas slutgiltiga avgörande av de två fallen av talan om ogiltigförklaring av beslutet. För det fall att talan bifölls skulle Land NRW till banken återbetala den passiva ägarandelen med den ränta som dittills upplupit, utan att erhålla någon ersättning.

48. Enligt kommissionen skulle dessa åtgärder inte vara lämpliga för att säkerställa att beslutet faktiskt verkställdes, eftersom den omedelbara återinvesteringen av det belopp som i form av en passiv ägarandel skall återkrävas, kunde dölja ett nytt statligt stöd. En sådan transaktion skulle således ha delgetts i enlighet med artikel 88.3 EG för att göra det möjligt för kommissionen att undersöka huruvida den överenssstämmer med marknadsinvesterarprincipen och eventuellt huruvida det stöd som kan hänföras till transaktionen är förenligt med den gemensamma marknaden. Detta skulle med all förmodan ha krävt att ett långsamt förfarande inleddes i enlighet med artikel 88.2 EG. För att inte fördröja verkställandet av beslutet skulle det således vara nödvändigt att dela upp återbetalningen av stödet och återinvesteringen av detta i två på varandra följande steg. Kommissionen har dessutom påpekat att den på grundval av de uppgifter som de tyska myndigheterna har lämnat hyser allvarliga tvivel i sak om huruvida transaktionen i fråga överensstämmer med marknadsinvesterarprincipen och följaktligen om det förhållandet att någon ersättning för nytt stöd inte betalats till WestLB. Kommissionen har slutligen kritiserat de tyska myndigheterna för att inte klart ha angett att varje stödkomponent avseende ersättningen för Wfa:s tillgångar som överförts till WestLB i framtiden skulle ha avskaffats.

49. Den tyska regeringen har för sin del hävdat att transaktionen i fråga, som är fullt förenlig med marknadsinvesterarprincipen, inte skulle ha inneburit att något nytt stöd beviljats, och således inte skulle behöva delges i enlighet med artikel 88.3 EG. Kommissionens begäran att denna transaktion skulle genomföras vid två olika tillfällen (återbetalning av stödet och följande återinvestering) var därför inte berättigad. Vad avser avskaffandet av stödet *i framtiden* angavs i svaromålet att även om förslaget i fråga inte föreskrev någonting i det avseendet skulle problemet ändå lösas tack vare tillämpningen av de åtgärder som

meddelades den 4 oktober 1999, som fortfarande var tillämpliga och på grundval av vilka Wfa:s särskilda reserv skulle ha omvandlats till en passiv ägarandel för Land NRW.

50. Jag noterar för min del att kommissionens intresse av att undvika att det olagligen beviljade stödet återbetalas genom beviljande av ett nytt stöd i detta fall förefaller välgrundat. Såsom jag har påpekat ovan måste medlemsstaterna för att kunna finansiera återbetalningen av stödet med nya investeringar nämligen visa att de planerade transaktionerna för att verkställa kommissionens beslut är lämpliga, och att det inte förekommer nya stöd. För det fall sådant bevis faktiskt lämnas, och kommissionen därför kan kontrollera att de lösningar som har valts är genomförbara, finns det enligt min mening inte något krav på att genomföra återbetalningen av stödet och den därpå följande återinvesteringen vid två olika tillfällen. Om de upplysningar som medlemsstaterna lämnat dock inte gör det möjligt att utesluta att nytt stöd förekommer, är kommissionens yrkande att omedelbart genomföra återbetalningen av det olagligen beviljade stödet, i syfte att inte försena verkställandet av kommissionens beslut, enligt min mening i så fall välgrundat.

51. I ifrågavarande fall borde de tyska myndigheterna således ha visat kommissionen att de åtgärder som meddelades den 15 mars 2000 gjorde det möjligt att verkställa beslutet utan att ett nytt stöd utbetalades till WestLB. För att göra detta skulle de tyska myndigheterna i praktiken ha visat att en privat ägare av banken, i stället för Land NRW, skulle vara beredd att avstå från en säker och exigibel fordran på ett belopp motsvarande det stödbelopp som skulle återbetalas i utbyte mot att en passiv ägarandel tilldelades, och med särskild hänsyn till

— den ränta som upplupit på denna,

— inverkan av bankens eventuella förluster på ägarandelens värde och på dess ersättning,

— möjligheten att erhålla återbetalning av ovannämnda ägarandel och eventuella villkor som krävs i detta syfte,

— den praktiska möjligheten att överföra denna ägarandel till tredje man.

52. Det förefaller dock inte som om ett sådant bevis har lämnats av de tyska myndigheterna, som i praktiken endast har noterat att den passiva ägarandelen inte innebar något nytt stöd till WestLB, eftersom den skulle beviljas på marknadsvillkor. Det faktum att den passiva ägarandelen skulle ha givit Land NRW en ränta motsvarande marknadsränta fyller i själva verket inte ändamålet att visa att en privat

ägare av banken skulle ha godtagit att avstå från en fordran motsvarande det stödbelopp som skall återkrävas i utbyte mot ovannämnda ägarandel.

Sammanfattande synpunkter

53. Jag noterar dessutom att, såsom kommissionen har understrukit och den svarande regeringen underförstått har erkänt, de upplysningar som de tyska myndigheterna har lämnat inte gjorde det möjligt att fastställa huruvida åtgärderna i fråga medger att det stöd som beviljats WestLB avskaffas *i framtiden*. Av synpunkterna som framförts i svaromålet framgår inte heller i detta avseende huruvida det är möjligt att tillämpa åtgärderna som meddelats den 4 oktober 1999, och särskilt huruvida det är möjligt att från och med år 1998 genomföra den föreskrivna omvandlingen av Wfa:s särskilda reserv till en passiv ägarandel för Land NRW. Det är i detta avseende tillräckligt att hänvisa till vad som anförts ovan om den ytterst ovissa karaktären på transaktionen i fråga (punkt 43) och mer allmänt om det förhållandet att de åtgärder som meddelades den 4 oktober 1999, och som i vart fall är avsedda att upphävas med retroaktiv verkan, är totalt ovissa (punkterna 44 och 45).

55. Även om det i princip inte kan uteslutas att återbetalningen av det stöd som beviljats WestLB skulle kunna ske genom invecklade transaktioner som innebar nya investeringar från bankens offentliga ägares sida, anser jag dock slutligen att de olika åtgärderna som de tyska myndigheterna i förevarande fall har utarbetat i detta syfte inte kan betecknas som effektiva åtgärder för att verkställa beslutet. Även om jag således inte helt kan ansluta mig till kommissionens invändningar mot dessa åtgärder, kvarstår det faktum att Förbundsrepubliken Tyskland inte har verkställt beslutet korrekt, vilket får till följd att denna talan skall bifallas.

54. Då det i alla fall inte har visats att de åtgärder som föreslogs den 15 mars 2000 är förenliga med marknadsinvesterarprincipen, och att de därför medger att återbetalningen av stödet kan genomföras korrekt, kan det inte heller i detta fall anses att den anklagade regeringen i rätt tid har vidtagit och underrättat kommissionen om åtgärder som är lämpliga för att verkställa beslutet.

Rättegångskostnader

56. Enligt artikel 69 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att Förbundsrepubliken Tyskland skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna och mot bakgrund av vad jag just har anfört om bifall av talan, anser jag att yrkandet skall bifallas.

Förslag till avgörande

57. Mot bakgrund av vad ovan anförts föreslår jag således att domstolen skall fastställa att

1) Förbundsrepubliken Tyskland har åsidosatt sina skyldigheter enligt artikel 249 fjärde stycket EG och artikel 3 i kommissionens beslut 2000/392/EG av den 8 juli 1999 om en åtgärd som Förbundsrepubliken Tyskland genomfört till förmån för Westdeutsche Landesbank Girozentrale, genom att inte rätta sig efter nämnda beslut.

2) Förbundsrepubliken Tyskland skall ersätta rättegångskostnaderna.