BESLUT MEDDELAT AV DOMSTOLENS ORDFÖRANDE

den 29 april 2005 *

I mål C-404/04 P-R,

angående en ansökan om interimistiska åtgärder enligt artiklarna 242 EG och 243 EG, som ingavs den 14 oktober 2004,

Technische Glaswerke Ilmenau GmbH, företrätt av C. Arhold och N. Wimmer, Rechtsanwälte, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

i vilket de andra parterna är:

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av V. Di Bucci och V. Kreuschitz, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande i första instans,

* Rättegångsspråk: tyska.

Schott AG (tidigare Schott Glas), företrätt av U. Soltész, Rechtsanwalt,

intervenient i första instans,

meddelar

DOMSTOLENS ORDFÖRANDE

efter att ha hört generaladvokat C. Stix-Hackl,

följande

Beslut

1 Technische Glaswerke Ilmenau GmbH (nedan kallat sökanden) har genom sin ansökan om interimistiska åtgärder begärt att domstolens ordförande i första hand skall bevilja uppskov med verkställigheten av artikel 2 i kommissionens beslut 2002/185/EG av den 12 juni 2001 om det statliga stöd som Tyskland beviljat till förmån för Technische Glaswerke Ilmenau GmbH, Tyskland (EGT L 62, 2002, s. 30, nedan kallat det omtvistade beslutet), antingen fram till dess att domstolen slutgiltigt avgör sökandens överklagande av den 22 september 2004 i mål C-404/04 P, eller fram till det datum som fastställs av domstolens ordförande, och i andra hand bevilja andra eller kompletterande åtgärder som domstolens ordförande anser vara nödvändiga eller lämpliga.

Bakgrunden till förevarande ansökan om interimistiska åtgärder

2 Kommissionen har genom det omtvistade beslutet konstaterat att Förbundsrepubliken Tyskland beviljat sökanden ett statligt stöd på ett belopp om 4 miljoner DEM som är oförenligt med den gemensamma marknaden. Enligt artikel 2 i beslutet anmodas denna medlemsstat att utan dröjsmål återkräva stödet.

3 Sökanden yrkade att Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt skulle ogiltigförklara det omtvistade beslutet. Förstainstansrättens ordförande beviljade vid ett flertal tillfällen under domstolsförfarandet interimistiska åtgärder, vilka huvudsakligen medförde att uppskov med verkställigheten av skyldigheten att återbetala det omtvistade beloppet medgavs fram till dess att förstainstansrätten slutgiltigt skulle avgöra målet , under förutsättning att sökanden återbetalade en del av beloppet, vilket sökanden också har gjort (se beslut av förstainstansrättens ordförande av den 4 april 2002 i mål T-198/01 R, Technische Glaswerke Ilmenau mot kommissionen, REG 2002, s. II-2153, av den 1 augusti 2003 i mål T-198/01 R [II], Technische Glaswerke Ilmenau mot kommissionen, REG 2003, s. I-2895, och av den 12 maj 2004 i mål T-198/01 R III, Technische Glaswerke Ilmenau mot kommissionen, inte publicerat i rättsfallssamlingen ännu).

4 Efter det att förstainstansrätten genom dom av den 8 juli 2004 i mål T-198/01, Technische Glaswerke Ilmenau mot kommissionen (inte publicerat i rättsfallssamlingen ännu) (nedan kallad den överklagade domen) ogillade talan, överklagade sökanden denna dom den 22 september 2004. Det är inom ramen för detta överklagande som sökanden även begär uppskov med verkställigheten av det omtvistade beslutet fram till dess domstolen slutgiltigt avgjort målet.

Bakgrunden till förevarande ansökan om interimistiska åtgärder framgår på ett mer detaljerat sätt av punkterna 7–28 i den överklagade domen, där följande anges:

"7 Technische Glaswerke Ilmenau GmbH är ett tyskt bolag med säte i Ilmenau i delstaten Thüringen. Företagets verksamhet utgörs av glastillverkning.

8 Företaget grundades år 1994 av makarna Geiß i syfte att överta fyra av de tolv produktionslinjer för glastillverkning som tillhörde det tidigare företaget Ilmenauer Glaswerke GmbH (nedan kallat IGW), som trädde i likvidation efter beslut av Treuhandanstalt (ett offentligrättsligt organ med uppgift att omstrukturera företag i före detta Tyska demokratiska republiken och som sedermera blev Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben, nedan kallat BvS). Ifrågavarande produktionslinjer utgjorde tidigare statlig egendom som tillhörde Volkseigener Betrieb Werk für Technisches Glas Ilmenau, som före den tyska återföreningen var centrum för glastillverkningen i före detta Tyska demokratiska republiken.

9 IGW:s försäljning av de fyra produktionslinjerna till sökanden ägde rum i två etapper, det vill säga genom ett första avtal av den 26 september 1994 (nedan kallat asset-deal 1 (avtal om överlåtelser av tillgångar)), godkänt av Treuhandanstalt i december 1994, och genom ett andra avtal av den 11 december 1995 (nedan kallat asset-deal 2), godkänt av BvS den 13 augusti 1996.

10 Enligt asset-deal 1 uppgick köpeskillingen för de tre första produktionslinjerna till sammanlagt 5,8 miljoner tyska mark (DEM) (2 965 493 euro (EURO), och den skulle erläggas i tre omgångar, nämligen den 31 december åren 1997, 1998 och 1999. Betalningen garanterades genom en hypotekarisk säkerhet på 4 miljoner DEM (2 045 168 euro) och genom en bankgaranti på 1,8 miljoner DEM (920 325 euro).

11 Det är i målet ostridigt att ingen av dessa tre betalningar har ägt rum.

12 I enlighet med asset-deal 2 sålde IGW även den fjärde produktionslinjen till sökanden till ett pris av 50 000 DEM (25 565 euro).

13 Det är även i målet ostridigt att sökanden år 1997 fick problem med likviditeten. Med anledning av dessa svårigheter inledde bolaget förhandlingar med BvS. Dessa resulterade i ett avtal av den 16 februari 1998, genom vilket BvS samtyckte till en nedsättning på 4 miljoner DEM av den köpeskilling som fastställts i asset-deal 1 (nedan kallat prisnedsättningen).

14 Genom skrivelse av den 1 december 1998 anmälde Förbundsrepubliken Tyskland till kommissionen olika åtgärder vilka syftade till en ekonomisk konsolidering av sökanden, däribland prisnedsättningen. Anmälan innehöll även en omstruktureringsplan för bolaget för perioden 1998–2000, som främst innebar sökande efter en ny privat investerare som skulle kunna bidra med 3 850 000 DEM (1 968 474 euro).

15 Genom skrivelse SG (2000) D/102831 av den 4 april 2000 inledde kommissionen det formella granskningsförfarande som föreskrivs i artikel 88.2 EG. Kommissionen ansåg att det var möjligt att de tyska myndigheterna inom ramen för asset-deal 1 och asset-deal 2 hade beviljat olika statliga stöd. Kommissionen redogjorde för de påstådda stöden i det meddelande som publicerades i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* av den 29 juli 2000 (Uppmaning enligt artikel 88.2 i EG-fördraget att inkomma med synpunkter på stödåtgärd C 19/2000 (ex NN 147/98) — Stöd till förmån för Technische Glaswerke Ilmenau GmbH — Tyskland (EGT C 217, s. 10)).

Enligt meddelandet ansåg kommissionen tills vidare att två av de ifrågavarande åtgärderna kunde anses vara oförenliga med den gemensamma marknaden, det vill säga prisnedsättningen och lånet på 2 miljoner DEM (1 015 677 euro), som sökanden beviljats av Aufbaubank i Thüringen (TAB) den 30 november 1998 enligt stödordning NN 74/95 (godkänt genom beslut SG (96) D/1946).

16 Kommissionen mottog den 7 juli 2000 Förbundsrepubliken Tysklands synpunkter på att ett formellt granskningsförfarande hade inletts. Enligt Förbundsrepubliken Tyskland utgjorde inte prisnedsättningen ett statligt stöd utan överensstämde med det sätt på vilket en privat fordringsägare skulle ha agerat för att säkerställa betalningen av en fordran när ett krav på betalning av hela köpeskillingen förmodligen hade medfört att sökanden hade likviderats.

17 Efter att ha tagit del av meddelandet av den 29 juli 2000 ingav sökanden den 28 augusti 2000 sina synpunkter till kommissionen. Sökanden begärde att kommissionen skulle ge sökanden tillgång till de av handlingarna i akten som inte var föremål för sekretess och därefter ge sökanden en möjlighet att inkomma med nya synpunkter.

18 BvS beviljade genom skrivelse av den 11 oktober 2000 sökanden anstånd med betalningen av den resterande delen av den i asset-deal 1 fastställda köpeskillingen, det vill säga 1,8 miljoner DEM samt anstånd med betalningen av förfallen ränta för perioden den 1 januari 1998–20 juni 2000, vilken uppgick till 198 800 DEM (101 645 euro). Utan att begära ytterligare ränta fastställde BvS nya förfallodagar för betalning till den 31 december för åren 2003–2005. Det fastställdes härvid att 666 600 DEM (340 827 euro) skulle erläggas vid varje förfallodag.

19 Genom skrivelse av den 20 november 2000 till kommissionen yttrade sig Förbundsrepubliken Tyskland över de synpunkter som ingetts till kommissionen den 28 september 2000 inom ramen för det formella granskningsförfarandet av företaget Schott Glas, en konkurrent till sökanden.

20 Förbundsrepubliken Tyskland ingav den 27 februari 2001 till kommissionen en skrivelse till vilken den bifogade en kopia av en rapport daterad den 24 november 2000, upprättad av en revisor vid namn Arnold. Rapporten behandlade sökandens situation och dess möjligheter att bli lönsam (nedan kallad Arnoldrapporten).

21 Den 12 juni 2001 antog kommissionen [det omtvistade beslutet]. Efter att uttryckligen ha avstått från att inom ramen för samma formella granskningsförfarande undersöka andra möjliga stöd såsom omvandlingen av bankgarantin på 1,8 miljoner DEM, fastställd inom ramen för asset-deal 1, till en efterställd inteckning (nachrangige Grundschuld) och anstånd till och med år 2003 med erläggande av återstoden av den köpeskilling som fastställts i avtalet (skälen 42, 64 och 65 i det omtvistade beslutet) drog kommissionen slutsatsen att prisnedsättningen inte skulle ha godtagits av en privat fordringsägare, utan att den utgjorde ett statligt stöd, i den mening som avses i artikel 87.1 EG, som var oförenligt med den gemensamma marknaden.

22 Kommissionen har anfört tre skäl (skälen 76–80 i det omtvistade beslutet) till varför den anser att BvS inte agerade som en privat fordringsägare när den beviljade prisnedsättningen. Även om genomförandet av asset-deal 2 var beroende av prisnedsättningen fanns det inte något, enligt det omtvistade beslutet, som tydde på att den genomförda åtgärden medförde lägre kostnader än vad ett krav på full betalning av den köpeskilling som inledningsvis hade överenskommits och ett avstående från asset-deal 2 (punkt 81) skulle ha medfört. Kommissionen avfärdade vidare det av sökanden anförda argumenten att prisnedsättningen endast utgjorde en anpassning av privatiseringsavtalet,

eftersom delstaten Thüringen hade minskat de utlovade subventionerna. Kommissionen ansåg dock att BvS och delstaten Thüringen var två olika juridiska personer (punkt 82). Kommissionen drog härav slutsatsen att BvS inte agerade för att bevara sina ekonomiska intressen utan försökte att säkra sökandens överlevnad (skäl 83).

23 Enligt det omtvistade beslutet kan prisnedsättningen inte betraktas som ett undantag i form av omstruktureringsstöd ad hoc, eftersom de villkor som fastställts i de gemensamma riktlinjerna för undsättning och omstrukturering av företag i svårigheter inte var uppfyllda. Sökandens omstruktureringsplan grundades inte på realistiska antaganden, och det var vidare tveksamt om företagets långsiktiga lönsamhet skulle kunna återställas (skälen 92–97).

24 Kommissionen erinrade vidare om villkoret för omstruktureringsstöd, enligt vilket det krävs att omstruktureringsplanen inbegriper åtgärder för att i möjligaste mån kompensera de negativa effekter som kan uppstå för konkurrenterna (skälen 98–101). Trots de synpunkter som inkommit från en av sökandens konkurrenter om att 'en överkapacitet råd[de] på vissa produktionsmarknader som [sökanden] verka[de] på', ansåg kommissionen att det inte framgick av den information som den förfogade över att överkapacitet rådde på den gemensamma marknaden (skäl 101).

25 Kommissionen ansåg slutligen att villkoret avseende stödets proportionalitet inte var uppfyllt, eftersom det inte förekommit något bidrag från en privat investerare i den mening som avses i de ovannämnda riktlinjerna (skälen 102–107). Kommissionen konstaterade dessutom att eftersom sökanden, enligt uppgifter från samma konkurrent, systematiskt sålde sina produkter till priser som låg under marknadspriset och till och med under produktionskostnaderna, samt att sökanden ständigt hade erhållit likvida tillskott för att täcka förlusterna,

kan det inte uteslutas att företaget har använt de erhållna medlen till verksamhet som har snedvridit konkurrensen på marknaden och som inte haft något samband med omstruktureringsprocessen (skäl 103). Kommissionen drog härav slutsatsen att prisnedsättningen var oförenlig med den gemensamma marknaden (skäl 109).

26 Artiklarna 1 och 2 i det omtvistade beslutet har följande lydelse.

'Artikel 1

Det statliga stödet från [Förbundsrepubliken] Tyskland till förmån för Technische Glaswerke Ilmenau GmbH i form av ... [prisnedsättningen] på 4 miljoner [DEM] av köpeskillingen inom ramen för det första avtalet om tillgångar som ingicks den 26 september 1994 är oförenligt med den gemensamma marknaden.

Artikel 2

1. [Förbundsrepubliken] Tyskland skall vidta alla åtgärder som är nödvändiga för att från stödmottagaren återkräva det stöd som avses i artikel 1 och som olagligen redan utbetalats till stödmottagaren.

2. Återkravet skall ske utan dröjsmål och i enlighet med förfarandena i nationell lagstiftning, förutsatt att dessa förfaranden gör det möjligt att omedelbart och effektivt verkställa detta beslut. Det stöd som skall återkrävas skall innefatta

ränta som löper från den dag stödet stod till stödmottagarens förfogande till den dag det har återbetalats. Räntan skall beräknas på grundval av den referensränta som används vid beräkningen av bidragsekvivalenten inom ramen för regionalstöd.'

27 Sökanden har erkänt att den fick kännedom om det omtvistade beslutet den 19 juni 2001 då företrädare för BvS överlämnade en kopia av beslutet till sökanden.

28 Genom skrivelse av den 23 augusti 2001 underrättade den tyska regeringen kommissionen om att den hade för avsikt, förutsatt att den fick kommissionens tillåtelse, att vänta med att kräva återbetalning av det omtvistade stödet i syfte att inte äventyra de förhandlingar som inletts mellan sökanden och en ny potentiell investerare."

Förfarandet vid domstolen och parternas yrkanden

6 Till följd av den överklagade domen krävde BvS genom skrivelse av den 8 juli 2004 att sökanden skulle återbetala prisnedsättningen, jämte ränta och med avdrag för de betalningar som redan hade gjorts i enlighet med förstainstansrättens ordförandes beslut och som nämns i punkt 3 i förevarande beslut, det vill säga ett sammanlagt belopp om 2 212 027,04 euro. BvS meddelade emellertid att det skulle avstå från att vidta några åtgärder som syftar till att tvångsverkställa återbetalningsskyldigheten till dess en eventuell ansökan om uppskov med verkställigheten av det omtvistade beslutet avslagits, under förutsättning att sökanden lämnade in en sådan ansökan före ett visst bestämt datum.

7 Under dessa omständigheter har sökanden genom separat handling ansökt om interimistiska åtgärder enligt artiklarna 242 EG och 243 EG som syftar till

1) att uppskov med verkställigheten av artikel 2 i det omtvistade beslutet skall beviljas,

— till dess att domstolen slutgiltigt avgjort sökandens överklagande av den 22 september 2004 i mål C-404/04 P,

— eller fram till ett datum som fastställs av domstolens ordförande,

2) i andra hand, att andra eller kompletterande åtgärder som domstolens ordförande anser vara nödvändiga eller lämpliga skall beviljas, och

3) att beslut om rättegångskostnader skall meddelas senare.

8 Kommissionen har yrkat att ansökan om interimistiska åtgärder skall avslås och att sökanden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

9 Schott, som tilläts intervenera till stöd för kommissionens yrkanden genom beslut av ordföranden på förstainstansrättens femte avdelning i utökad sammansättning av den 15 maj 2002, har yrkat att ansökan skall avslås och att sökanden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, inklusive de rättegångskostnader som Schott själv ådragit sig, och i andra hand, att domstolens ordförande skall avvakta med att fatta beslut om rättegångskostnader till dess att det slutgiltiga avgörandet meddelas.

Ansökan om interimistiska åtgärder

10 Enligt fast rättspraxis kan interimistiska åtgärder endast beviljas av domstolen om det har fastställts att beviljandet vid första påseendet framstår som faktiskt och rättsligt befogat (*fumus boni juris*) och att åtgärderna ställer krav på skyndsamhet på så sätt att de — för att undvika att den som ansöker om de interimistiska åtgärderna orsakas allvarlig och irreparabel skada — måste beviljas och ha verkan redan innan målet har avgjorts i sak. Domstolen skall även i förekommande fall göra en avvägning mellan de föreliggande intressena (se bland annat beslut av den 23 februari 2001 i mål C-445/00 R, Österrike mot rådet, REG 2001, s. I-1461, punkt 73).

11 Dessa villkor är kumulativa, vilket innebär att ansökan om interimistiska åtgärder skall avslås om ett av villkoren inte är uppfyllt (se bland annat beslut av den 27 september 2004 i mål C-7/04 P(R), kommissionen mot Akzo och Akcros, REG 2004, s. I-8739, punkt 28).

Inledande anmärkningar

12 För det första skall det konstateras att ansökan om interimistiska åtgärder inte kan avvisas på den grunden att syftet med de begärda åtgärderna är att få till stånd ett uppskov med verkställigheten av det omtvistade beslutet och sålunda går utöver ansökan om uppskov med verkställigheten av den överklagade domen.

13 Även om de begärda åtgärderna inom ramen för artikel 242 EG i princip inte får gå utanför den formella ramen för det överklagande som de hänför sig till, skall det

även påpekas att en ansökan om uppskov med verkställighet i enlighet med fast rättspraxis inte annat än undantagsvis kan framställas mot ett negativt beslut, eftersom beviljandet av ett uppskov inte kan medföra att sökandens ställning ändras (se beslut av den 21 februari 2002 i de förenade målen C-486/01 P-R och C-488/01 P-R, Front National och Martinez mot parlamentet, REG 2002, s. I-1843, punkt 73 och där angiven rättspraxis).

14 Med hänsyn till att den överklagade domen kan likställas med ett negativt beslut, eftersom förstainstansrätten därigenom ogillat talan i dess helhet, och med beaktande av att återbetalningsskyldigheten av det omtvistade beloppet följer av det omtvistade beslutet, krävs det av de skäl som syftar till att säkerställa rätten till ett verksamt rättsligt skydd, vilka anges i detalj i beslutet av den 31 juli 2003 i mål C-208/03 P-R, Le Pen mot parlamentet (REG 2003, s. I-7939), punkterna 78–88, att sökanden i förevarande fall skall ha rätt att begära uppskov med verkställigheten av det omtvistade beslutet.

15 Ansökan om interimistiska åtgärder har dessutom grundats på artikel 243 EG, enligt vilken domstolen får föreskriva nödvändiga interimistiska åtgärder i mål som anhängiggjorts vid den.

16 Den omständigheten att ansökan om interimistiska åtgärder syftar till uppskov med verkställigheten av det omtvistade beslutet, och inte den överklagade domen, medför inte desto mindre konsekvenser för bedömningen av om villkoret om *fumus boni juris* är uppfyllt.

17 Ett uppskov med verkställigheten av det omtvistade beslutet kan inte omedelbart anses vara rättsligt befogat med stöd av de grunder och argument som sökanden anfört mot den överklagade domen, hur välunderbyggda dessa grunder och argument än är. För att styrka att villkoret om *fumus boni juris* är uppfyllt måste

sökanden dessutom visa att det begärda uppskovet omedelbart framstår som befogat mot bakgrund av de grunder och argument som i samband med talan om ogiltigförklaring åberopats till stöd för att beslutet inte är lagenligt (beslutet i det ovannämnda målet Len Pen mot parlamentet, punkt 90).

18 Beträffande bakgrunden till förevarande mål skall det, för det andra, noteras att det framgår av det första av de interimistiska beslut som nämns i punkt 3 i förevarande beslut, bland annat i punkterna 79, 87 och 88 i nämnda beslut, att förstainstansrättens ordförande konstaterade att den första och den tredje grunden som sökanden åberopade till stöd för sin talan inte föreföll vara helt obefogade. Vid intresseavvägningen fann förstainstansrättens ordförande dessutom, samtidigt som han framhöll att gemenskapsintresset normalt, om inte nästan alltid, skall ha företräde framför stödmottagarens intresse av att undvika verkställigheten av skyldigheten att betala tillbaka stödet innan dom avkunnats rörande huvudsaken, att det förelåg "extraordinära och i hög grad specifika omständigheter i detta mål som väger över till förmån för beviljandet av interimistiska åtgärder", såsom framgår av punkt 118 i det nämnda beslutet. I målet rörande huvudsaken underkände förstainstansrätten emellertid samtliga sökandens grunder.

19 Vad gäller förevarande ansökan om interimistiska åtgärder skall det vid bedömningen av om villkoret om *fumus boni juris* är uppfyllt följaktligen beaktas att det omtvistade beslutet i såväl faktiskt som rättsligt hänseende redan har varit föremål för prövning vid en av gemenskapsdomstolarna och att den domstolen fastslog att talan mot detta beslut skulle ogillas.

20 För det tredje, att det inom ramen för förevarande ansökan om interimistiska åtgärder är nödvändigt att åberopa sådana rättsliga grunder som vid första anblicken förefaller särskilt seriösa följer även av det förhållandet att dessa grunder dels skall kunna kullkasta förstainstansrättens bedömning i sak av de argument som sökanden

åberopat, dels skall kunna bekräfta förstainstansrättens ordförandes bedömning att det i detta mål föreligger extraordinära och i hög grad specifika omständigheter.

Fumus boni juris

21 Sökanden har indelat sina grunder under fem rubriker, närmare bestämt att grundförutsättningen för avtalet har frånfallit ("Wegfall der Geschäftsgrundlage"), kriteriet avseende privat fordringsägare, att stödbeloppet fastställts felaktigt, omstruktureringsplanen, och underlåtenheten att översända svaren från intervenienten till Förbundsrepubliken Tyskland.

Grunderna som avser att grundförutsättningen för avtalet har frånfallit

22 Sökanden har inom ramen för sin argumentation om att grundförutsättningen för avtalet har frånfallit åberopat sju grunder. Sökanden har klassificerat två av dessa grunder som sakinvändningar, medan de fem övriga avser påstådda brister i förfarandet vid förstainstansrätten. Av de skäl som redovisats i punkt 17 i förevarande beslut skall de påstådda bristerna i förfarandet inte undersökas inom ramen för förevarande interimistiska förfarande.

23 Sökanden har genom sin första sakinvändning gjort gällande att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när den godtog att den motivering som kommissionen lämnade i det omtvistade beslutet, för att rättfärdiga underlåtenheten att beakta att grundförutsättningen för avtalet frånfallit, var förenlig med kraven enligt artikel 253 EG.

24 Sökanden har genom sin andra sakinvändning gjort gällande att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när den fastslog att underkännandet, i det omtvistade beslutet, av sökandens argumentation om att grundförutsättningen för avtalet frånfallit inte var grundad på en oriktig bedömning av kommissionen, med hänsyn till artikel 87.1 EG.

25 Dessa två grunder, vilka skall prövas tillsammans, avser huvudsakligen det fel som förstainstansrätten påstås ha gjort sig skyldig till genom att inte kritisera kommissionen, trots att kommissionen inte hade godtagit att prisnedsättningen var en logisk följd av att grundförutsättningen för avtalet frånfallit och att den lämnade en otillräcklig motivering i det omtvistade beslutet på den punkten.

26 Beträffande påståendet att grundförutsättningen för avtalet frånfallit, konstaterade kommissionen i skäl 82 i det omtvistade beslutet att BvS och delstaten Thüringen är två olika juridiska personer. Härav drog kommissionen slutsatsen att sökandens argument, enligt vilket prisnedsättningen, med hänsyn till minskningen av det utlovade stödet från denna delstat endast utgjorde en anpassning av privatiseringsavtalet, inte kunde godtas.

27 I den överklagade domen tolkade förstainstansrätten detta konstaterande så att kommissionen hade ansett att sökandens argumentation inte var relevant i detta avseende. Förstainstansrätten påpekade att det stöd som påstods ha utlovats av delstaten Thüringen var ett investeringsstöd som omfattades av det tjugotredje gemensamma ramprogrammet för "Förbättring av ekonomiska och regionala strukturer", det vill säga en stödordning som avsåg ett regionalt investeringsstöd, medan prisnedsättningen inte omfattades av denna särskilda stödordning och därför inte kunde bedömas av kommissionen med hänsyn till de bestämmelser som var tillämpliga på denna stödordning. Behörigheten att bevilja det påstådda investeringsstödet omfattades enligt förstainstansrättens mening för övrigt av delstaten Thüringens självständiga behörighet och inte av BvS behörighet. Mot denna

bakgrund fastslog förstainstansrätten att kommissionen inte kunde anses ha gjort en oriktig bedömning när den avfärdade argumentet avseende en rätt till anpassning av asset-deal 1 på den grunden att BvS och delstaten Thüringen var skilda juridiska personer, och så även om delstaten Thüringen faktiskt hade lovat sökanden ett investeringsstöd (se den överklagade domen, punkterna 70–77).

28 Förstainstansrätten tillade att sökanden i sina skrivelser i vart fall inte hade visat att delstaten Thüringen faktiskt hade lovat att bevilja sökanden ett investeringsbidrag på 4 miljoner DEM. Eftersom det inte fanns något bevis härför fastslog förstainstansrätten att förutsättningen för sökandens resonemang avseende förekomsten av ett löfte om investeringsstöd från denna delstat inte var underbyggt och att det därför inte fanns anledning för förstainstansrätten att pröva sökandens argument avseende anpassningen av avtalet på grund av att avtalets grundläggande förutsättning frånfallit, och inte heller att fastställa huruvida detta påstådda löfte om stöd omfattades av det tjugotredje ramprogrammet (se den överklagade domen, punkterna 78–86).

29 Sökanden har vid domstolen gjort gällande att frågan huruvida delstaten Thüringen hade gett ett löfte om investeringsstöd saknar betydelse. Den avgörande omständigheten är enligt sökandens mening det förhållandet att båda parterna vid ingåendet av köpeavtalet hade utgått från att delstaten Thüringen skulle bevilja ett mer omfattande stöd.

30 Kommissionen, som har klassificerat denna argumentation som ny i förhållande till den som sökanden framförde vid förstainstansrätten, har gjort gällande att det i praktiken skulle innebära att systemet för kontroll av statligt stöd som föreskrivs i fördraget skulle upphöra att gälla om sökandens argumentation godtogs. Det skulle nämligen vara tillräckligt att den statliga myndigheten och stödmottagaren anger att de gemensamt utgått från att en tredje part skulle bidra ekonomiskt till köpet och att de därefter, i det mer än troliga fallet att den tredje parten inte utbetalar bidraget, kommer överens om en prisnedsättning i syfte att undandra detta stöd från det kontrollsystem som föreskrivs i gemenskapsrätten.

31 Det går visserligen utanför ramen för förevarande ansökan om interimistiska åtgärder att avgöra frågan om, och i förekommande fall på vilket sätt, ett nationellt institut, som det om att förutsättningen för ett avtal frånfallit, kan vara tillämpligt inom systemet för kontroll av statligt stöd.

32 På detta stadium av förfarandet är en sådan prövning emellertid inte nödvändig, eftersom det inte föreligger ett tillräckligt antal omständigheter för att man vid första anblicken skall kunna dra slutsatsen att ett av de nödvändiga villkoren för att i detta fall kunna tillämpa institutet om att förutsättningen för ett avtal frånfallit är uppfyllt.

33 Enligt sökandens inlagor grundar sig nämligen tillämpningen av detta institut på förutsättningen att såväl BvS som sökanden utgått från att ett mer betydande stöd skulle beviljas av delstaten Thüringen. Denna förutsättning förefaller emellertid inte vara uppfylld vad gäller BvS.

34 Det skall i detta avseende påpekas, såsom förstainstansrätten erinrade om i punkt 75 i den överklagade domen, att "[s]ökanden har ... beviljats prisnedsättningen av BvS, en federal myndighet med ansvar för ekonomisk förvaltning, för att ge sökanden en möjlighet att hantera de ekonomiska svårigheter som den hade och för att återställa bolagets lönsamhet och inte för att stödja delstaten Thüringen i regionalekonomiskt hänseende, vilket var syftet med det tjugotredje gemensamma ramprogrammet".

35 Förstainstansrätten konstaterade dessutom i punkt 16 i den överklagade domen att Förbundsrepubliken Tyskland, när den framlade sina synpunkter på att ett formellt granskningsförfarandet hade inletts till kommissionen, hade gjort gällande att "prisnedsättningen [inte utgjorde] ett statligt stöd utan överensstämde med det sätt på vilket en privat fordringsägare skulle ha agerat för att säkerställa betalningen av en fordran när ett krav på betalning av hela köpeskillingen förmodligen hade medfört att sökanden hade likviderats".

36 Det är härvid fråga om konstateranden avseende faktiska omständigheter som inte kan prövas av domstolen. Förstainstansrätten är nämligen dels ensam behörig att fastställa de faktiska omständigheterna, utom då det av handlingarna i målet framgår att de fastställda omständigheterna är materiellt oriktiga, dels ensam behörig att bedöma dessa faktiska omständigheter. Bedömningen av de faktiska omständigheterna är därför inte, utom i det fall då uppgifterna har missuppfattats, en rättsfråga som i sig är underställd domstolens kontroll inom ramen för ett överklagande (se bland annat dom av den 11 februari 1999 i mål C-390/95 P, Antillean Rice Mills m.fl. mot kommissionen, REG 1999, s. I-769, punkt 29, och beslutet i det ovannämnda målet Front National och Martinez mot parlamentet, punkt 84).

37 Vad slutligen gäller den motivering som kommissionen angav i det omtvistade beslutet, skall det påpekas att det inte kan begäras av denna institution att den skall motivera sitt beslut på ett detaljerat sätt även för att bemöta sådana argument som den anser sakna relevans eller endast vara av obetydlig relevans.

38 Under dessa omständigheter kan det konstateras att sökanden, genom grunderna om att grundförutsättningen för avtalet frånfallit och om det omtvistade beslutets påstådda otillräckliga motivering på denna punkt, inte har fullgjort sin bevisbörda såvitt avser villkoret om *fumus boni juris*.

Grunden som avser kriteriet avseende privat fordringsägare

39 Genom denna grund har sökanden i huvudsak gjort gällande att förstainstansrätten felaktigt underkände argumentet om åsidosättande av motiveringsskyldigheten i det omtvistade beslutet vad gäller kommissionens svar på frågan om hur en privat fordringsägare skulle ha agerat för att hantera de svårigheter som drabbat sökanden, och att förstainstansrätten på ett inadekvat sätt bemött den argumentation som sökanden framfört på denna punkt.

40 Förutom att sökanden genom denna grund i betydande utsträckning endast upprepar de argument som den redan åberopat inför förstainstansrätten, skall det påpekas att punkterna 76–83 i det omtvistade beslutet innehåller en motivering som vid första anblicken förefaller tillräckligt detaljerad för att, såsom krävs enligt fast rättspraxis, det klart och tydligt skall framgå hur den institution som har antagit rättsakten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden och så att den behöriga domstolen ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt (se bland annat dom av den 2 april 1998 i mål C-367/95 P, kommissionen mot Sytraval och Brink's France, REG 1998, s. I-1719, punkt 63, och av den 22 mars 2001 i mål C-17/99, Frankrike mot kommissionen, REG 2001, s. I-2481, punkt 35).

41 Mot bakgrund av denna rättspraxis kan sökanden genom förevarande grund inte anses ha fullgjort sin bevisbörda såvitt avser villkoret om *fumus boni juris*.

Grunden som avser att stödbeloppet fastställts felaktigt

42 Genom denna grund har sökanden gjort gällande att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när den underkände sökandens argument enligt vilket kommissionen felaktigt hade krävt att prisnedsättningen skulle återbetalas i sin helhet, trots att den del som utgjorde stöd, för det fall det är fråga om ett stöd, faktiskt understeg beloppet för prisnedsättningen. I sitt resonemang bortsåg förstainstansrätten från den omständigheten att, även om det är sannolikt att en privat fordringsägare "inte skulle gå med på en prisnedsättning som motsvarade den som BvS beviljat, en sådan fordringsägare under alla omständigheter skulle ha beaktat möjligheten att sökanden skulle bli insolvent och de ytterligare kostnader som därmed skulle ha uppkommit, och följaktligen ha valt en motsvarande justering av köpeskillingen, men av mindre omfattning".

43 Med hänvisning till domstolens rättspraxis erinrade förstainstansrätten i detta avseende bland annat om att upphävande av ett olagligt stöd genom återkrav är den logiska följden av att stödet har fastställts vara olagligt. Följaktligen kan återkrav av ett statligt stöd, i sin helhet, som olagligen har beviljats, i syfte att återställa den tidigare situationen, i princip inte betraktas som en oproportionerlig åtgärd i förhållande till målen för fördragets bestämmelser om statligt stöd (se bland annat dom av den 14 januari 1997 i mål C-169/95, Spanien mot kommissionen, REG 1997, s. I-135, punkt 47).

44 Det skall följaktligen konstateras att sökanden genom förevarande grund inte har fullgjort sin bevisbörda såvitt avser villkoret om *fumus boni juris*.

Grunden som avser underlåtenheten att beakta den ändrade omstruktureringsplanen

45 Genom denna grund har sökanden gjort gällande att förstainstansrätten borde ha kritiserat kommissionen på grund av att den vid antagandet av sitt beslut inte beaktade den ändrade omstruktureringsplanen som fastställdes år 2001, och som ersatte den från år 1998.

46 I sökandens beskrivning av förstainstansrättens resonemang för att underkänna denna grund, har sökanden emellertid underlåtit att ange att förstainstansrätten i punkt 158 i den överklagade domen erinrade om att de tyska myndigheterna i sin skrivelse till kommissionen av den 27 februari 2001 hade påpekat att "[f]örbundsregeringen [emellertid] utgår ... från att kommissionen kan avsluta det administrativa förfarandet med hänsyn till de särdrag som är utmärkande för den

marknad som BvS är verksam på utan att bedöma de ändringar av omstruktureringsplanen som vidare skall diskuteras i detalj".

47 Vid första anblicken finns det inte någonting som hindrar att detta faktiska konstaterande i sig skall anses vara tillräckligt för att rättfärdiga att kommissionen, enligt de uppgifter som den tyska regeringen själv hade lämnat, kunde grunda sig på omstruktureringsplanen från år 1998.

48 Det skall således konstateras att sökanden genom förevarande grund inte har fullgjort sin bevisbörda såvitt avser villkoret om *fumus boni juris*.

Grunden som avser underlåtenheten att översända intervenientens svar till Förbundsrepubliken Tyskland

49 Genom denna grund har sökanden gjort gällande att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när den fastslog att det åsidosättande av rätten till försvar som sökanden åberopade, och vilket var följden av att svaren från intervenienten inte hade översänts till Förbundsrepubliken Tyskland, inte var av sådan betydelse att underlåtenheten att iaktta dessa rättigheter i sig skulle kunna medföra en ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet.

50 Mot bakgrund av fast rättspraxis enligt vilken det, för att ett sådant åsidosättande av rätten till försvar skall leda till en ogiltigförklaring, krävs att förfarandet hade kunnat

leda till ett annat resultat om denna oegentlighet inte hade förelegat (se bland annat dom av den 5 oktober 2000 i mål C-288/96, Tyskland mot kommissionen, REG 2000, s. I-8237, punkt 101), och i avsaknad av omständigheter som vid första anblicken gör det möjligt att dra slutsatsen att underlåtenheten att översända de ifrågavarande handlingarna har påverkat innehållet i det omtvistade beslutet, skall det konstateras att sökanden genom förevarande grund inte har fullgjort sin bevisbörda såvitt avser villkoret om *fumus boni juris*.

51 Av det ovan anförda följer att sökanden inte genom någon av de åberopade grunderna har lyckats visa att villkoret om *fumus boni juris* enligt de kriterier som anges i punkterna 12–20 i förevarande beslut är uppfyllt, vilket skulle kunna motivera ett uppskov med verkställigheten av det omtvistade beslutet.

52 Under dessa omständigheter kan ansökan om uppskov med verkställigheten av det omtvistade beslutet eller beviljande av andra interimistiska åtgärder inte annat än avslås.

På dessa grunder meddelar domstolens ordförande följande beslut:

1) Ansökan om interimistiska åtgärder avslås.

2) Beslut om rättegångskostnader kommer att meddelas senare.

Underskrifter