DOMSTOLENS DOM

28. januar 2003 *

I sag C-334/99,

Forbundsrepublikken Tyskland ved C.-D. Quassowski, som befuldmægtiget, bistået af Rechtsanwalt J. Sedemund,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved D. Triantafyllou og K.-D. Borchardt, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

* Processprog: tysk.

angående en påstand om annullation af artikel 4-7 i Kommissionens beslutning 1999/720/EF, EKSF af 8. juli 1999 om den statsstøtte, som Tyskland har ydet til Gröditzer Stahlwerke GmbH og dets datterselskab Walzwerk Burg GmbH (EFT L 292, s. 27),

har

DOMSTOLEN

sammensat af præsidenten, G.C. Rodríguez Iglesias, afdelingsformændene J.-P. Puissochet, M. Wathelet, R. Schintgen og C.W.A. Timmermans samt dommerne C. Gulmann, D.A.O. Edward, A. La Pergola, V. Skouris (refererende dommer), S. von Bahr og J.N. Cunha Rodrigues,

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer
justitssekretær: ekspeditionssekretær H.A. Rühl,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at parterne har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 27. november 2001, hvorunder Forbundsrepublikken Tyskland var repræsenteret ved B. Muttelsee-Schön, som befuldmægtiget, bistået af Rechtsanwalt T. Lübbig, og Kommissionen ved D. Triantafyllou,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 24. januar 2002,

afsagt følgende

Dom

1 Ved stævning indleveret til Domstolens Justitskontor den 9. september 1999 har Forbundsrepublikken Tyskland i henhold til artikel 230 EF og artikel 33 KS anlagt sag med påstand om annullation af artikel 4-7 i Kommissionens beslutning 1999/720/EF, EKSF af 8. juli 1999 om den statsstøtte, som Tyskland har ydet til Gröditzer Stahlwerke GmbH og dets datterselskab Walzwerk Burg GmbH (EFT L 292, s. 27, herefter »den anfægtede beslutning«).

Baggrunden for tvisten

2 Det fremgår af sagsakterne, at Gröditzer Stahlwerke GmbH (herefter »GS«) er en virksomhed inden for jern- og stålindustrien, som har ca. 720 ansatte, og som har hjemsted i Sachsen, en af de nye delstater. I 1990, efter Tysklands forening, blev kapitalandelene i GS overtaget af Treuhandanstalt, et tysk offentligretligt organ, som har til opgave at omstrukturere og privatisere virksomhederne i de nye delstater.

3 Den 1. januar 1995 skiftede Treuhandanstalt navn til »Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben« (herefter »BvS«). BvS's opgaver har siden været koncentreret om driften. Opgaven med omstrukturering og privatisering af virksomhederne blev i begyndelsen af 1995 overdraget til et selskab ejet af BvS,

BMGB Beteiligungs-Management-Gesellschaft Berlin mbH (herefter »BMGB«), som også overtog andelene i de selskaber, BvS endnu ejede. Treuhandanstalt havde desuden, for at understøtte privatiseringsvirksomheden, stiftet driftsselskaber i form af kommanditselskaber, som f.eks. selskabet EREL Gesellschaft Verwaltung GmbH & Co. Management KG (herefter »EREL«), der i henhold til fuldmagt fra Treuhandanstalt og under Treuhandanstalts tilsyn havde fået overdraget opgaven med privatisering af visse virksomheder i de nye delstater.

4 I perioden 1992-1996 modtog GS midler i form af støtte til investeringsforanstaltninger, sociale foranstaltninger og driftsforanstaltninger til et beløb af 304,5 mio. DEM ydet som anpartshaverlån, banklån garanteret af Treuhandanstalt og BvS samt direkte støtte.

5 Den 1. januar 1997 solgte BMGB GS og datterselskabet Walzwerk Burg GmbH (herefter »WB«) til Georgsmarienhütte GmbH (herefter »GMH«) efter et offentligt udbud, som blev afholdt af investeringsbankerne. Salget af GS til GMH var forbundet med omkostninger for BMGB på i alt 393 mio. DEM, som hovedsagelig fremkom på grundlag af eftergivelse af anpartshaverlån og indfrielse af gæld til kreditinstitutter.

6 Ved skrivelse af 6. juni 1997 underrettede Forbundsrepublikken Tyskland i henhold til EF-traktatens artikel 93, stk. 3 (nu artikel 88, stk. 3, EF), Kommissionen om de finansielle interventioner, som den inden og under privatiseringen af GS og WB havde ydet disse virksomheder. Ved skrivelse af 5. august 1997 underrettede Kommissionen Tyskland om, at den havde besluttet at indlede proceduren i henhold til artikel 6, stk. 5, i Kommissionens beslutning nr. 2496/96/EKSF af 18. december 1996 om fællesskabsregler for støtte til jern- og stålindustrien (EFT L 338, s. 42, herefter »sjette jern- og stålstøttekodeks«)

med hensyn til disse støtteforanstaltninger. Kommissionen opfordrede andre interesserede parter til at fremsætte deres bemærkninger til interventionerne.

7 Det er på denne faktiske og proceduremæssige baggrund, at Kommissionen har vedtaget den anfægtede beslutning, hvis artikel 4-7 har følgende ordlyd:

»*Artikel 4*

Investeringsstøtte, som blev ydet til GS indtil et samlet beløb på 83,2 mio. DEM, og som består af banklån med en 100 %-garanti stillet af Treuhandanstalt/BvS, af anpartshaverlån, der er ydet af GS' forskellige ejere (Treuhandanstalt/EREL/BMGB) i perioden 1992-1996, samt af tilskud som led i privatiseringsaftalen og regionalstøtte, der er udbetalt i perioden 1997-1999 som led i ordningen »Gemeinschaftsaufgabe Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur«, er uforenelig med fællesmarkedet.

Artikel 5

Foranstaltninger, som Tyskland har gennemført til fordel for GS indtil et samlet beløb på 155,5 mio. DEM, og som består af investeringsstøtte på indtil 14,3 mio. DEM og driftsstøtte på indtil 141,2 mio. DEM (idet 17,0 mio. DEM kan henføres til et tilskud som led i privatiseringsaftalen og 124,2 mio. DEM til en finansiering ved hjælp af banklån med en 100 %-garanti stillet af Treuhandanstalt/BvS og de anpartshaverlån, som er ydet af GS' forskellige offentlige ejere (Treuhandanstalt/EREL/BMGB)), udgør statsstøtte, der er uforenelig med fællesmarkedet for kul og stål.

Artikel 6

Den støtte, som Tyskland agter at yde til GS i henhold til artikel 9, stk. 2, i aftalen af 27. februar 1997 om salget af andele i Gröditzer Stahlwerke GmbH til Georgsmarienhütte GmbH til et beløb af 3,3 mio. DEM i form af lån som forudbetalinger i forbindelse med fremtidig regionalstøtte, er uforenelig med fællesmarkedet for kul og stål.

Artikel 7

1. Tyskland træffer de nødvendige foranstaltninger med henblik på at kræve den i artikel 4 og 5 omtalte, ulovligt udbetalte støtte tilbagebetalt fra modtageren.

2. Tilbagebetalingen sker i overensstemmelse med de nationale procedurer, såfremt den ikke gøres umulig eller for vanskelig som følge af den nationale lovgivning. Det støttebeløb, der skal tilbagebetales, forhøjes med renter beregnet fra datoen for støttens udbetaling til modtageren og indtil dets faktiske tilbagebetaling på grundlag af den referencesats, der anvendes ved beregning af subventionsækvivalenten i forbindelse med regionalstøtte.

3. I denne artikel forstås ved modtager ikke kun GS, men i sidste instans også enhver anden virksomhed, som har fået overdraget aktiver på en sådan måde, at overdragelsen medfører, at virkningen af stk. 1 ophæves.«

Søgsmålet

8 Til støtte for sit søgsmål har den tyske regering fremsat seks anbringender, som vedrører:

— tilsidesættelse af artikel 213 EF, 215 EF, 9 KS og 12 KS som følge af, at Kommissionen havde en ulovlig sammensætning på det tidspunkt, hvor beslutningen blev truffet

— tilsidesættelse af princippet om sagens behørige fremme, af princippet om god forvaltningsskik og af retssikkerhedsprincippet i forbindelse med den administrative procedure samt tilsidesættelse af begrundelsespligten

— anvendelse af EKSF-traktatens bestemmelser på GS' produktionssektorer, som ikke er omfattet af denne traktat

— ukorrekt vurdering efter Kommissionens beslutning nr. 3855/91/EKSF af 27. november 1991 om fællesskabsregler for støtte til jern- og stålindustrien (EFT L 362, s. 57, herefter »femte jern- og stålstøttekodeks«) af investeringsstøtte til den af GS's produktionssektorer, som er omfattet af EKSF-traktaten

— ukorrekt vurdering af investeringsstøtte til de af GS' produktionssektorer, som ikke er omfattet af EKSF-traktaten

— ukorrekt vurdering efter støttereglerne af proceduren for privatisering af GS.

Det første anbringende om ulovlig sammensætning af Kommissionen

Parternes argumenter

9 Den tyske regering har gjort gældende, at den anfægtede beslutning er behæftet med en væsentlig formmangel, og derfor er ugyldig, som følge af, at Kommissionens sammensætning på tidspunktet for vedtagelsen af beslutningen ikke var forskriftsmæssig. Ifølge regeringen er den anfægtede beslutning blevet vedtaget under tilsidesættelse af artikel 213 EF og 215 EF (eller de tilsvarende bestemmelser i artikel 9 KS og 12 KS), eftersom Kommissionen på tidspunktet for beslutningens vedtagelse ikke længere var sammensat af 20 medlemmer, idet kommissionsmedlemmet Martin Bangemann siden den 1. juli 1999 havde været »fritaget for tjeneste« i henhold til en beslutning truffet af kommissærkollegiet (herefter »beslutningen af 1. juli 1999«). Den tyske regering har, på baggrund af, at denne »fritagelse«, for det første, savner hjemmel i EF-traktaten, og at Rådet, for det andet, først reagerede på beslutningen om »fritagelse« den 9. juli 1999, ved i henhold til artikel 215, stk. 2, andet punktum, EF at beslutte, at der ikke skulle udnævnes nogen efterfølger (Rådets beslutning 1999/493/EF, EKSF, Euratom af 9.7.1999 om Kommissionens sammensætning (EFT L 192, s. 53)), gjort gældende, at det er godtgjort, at Kommissionen af egen drift har ændret det medlemsantal, som er foreskrevet i EF-traktaten, og dermed har gjort indgreb i Rådets beslutningsbeføjelser.

10 Den tyske regering har gjort gældende, at selv om det er rigtigt, at det i artikel 215, stk. 2, EF er forudsat, at antallet af kommissionsmedlemmer kan reduceres, gælder det ikke desto mindre fortsat, at det alene er Rådet, som i henhold til denne bestemmelse råder over en beslutningskompetence.

11 Den tyske regering har desuden gjort gældende, at Martin Bangemann som følge af kommissionsmedlemmernes kollektive tilbagetrædelse den 16. marts 1999 blot var at anse for fungerende kommissionsmedlem i artikel 215, stk. 4, EF's forstand. Denne situation varede ved, indtil der var udnævnt en ny Kommission. Et fungerende kommissionsmedlem kan imidlertid ifølge den tyske regering kun ophøre med at varetage sine opgaver, der i et sådant tilfælde er begrænset til varetagelse af de løbende sager, herunder vedtagelse af uopsættelige beslutninger, med Rådets samtykke. Der var imidlertid ikke meddelt et sådant samtykke på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning.

12 Den tyske regering har i øvrigt gjort gældende, at det for Kommissionen gældende kollegialitetsprincip er blevet tilsidesat i det foreliggende tilfælde, idet Martin Bangemanns funktioner er blevet overført til kommissionsmedlemmet med ansvar for overvågelsen af konkurrence- og statsstøtteområdet, K. van Miert. Generaldirektoratet for Industripolitik har således ikke været inddraget i beslutningsprocessen.

13 Kommissionen har gjort gældende, dels at det i artikel 215, stk. 2, EF er forudsat, at der er tilfælde, hvor antallet af kommissionsmedlemmer kan reduceres, dels at Rådet har godkendt, at Martin Bangemann blev fritaget fra tjenesten, ved den 9. juli 1999 formelt at beslutte, at der ikke skulle udnævnes nogen efterfølger for en så kort periode. Kommissionen mener, at denne rådsbeslutning er fuldstændig lovlig. Martin Bangemann kunne nemlig, som følge af sin pligt til, såvel i sin tjenesteperiode som efter dennes ophør, at overholde de forpligtelser, der følger med hvervet, i særdeleshed pligten til efter tjenesteperiodens ophør at udvise hæderlighed og tilbageholdenhed med hensyn til overtagelse af visse hverv eller opnåelse af visse fordele, ikke længere varetage sine opgaver som kommissionsmedlem.

14 Efter Kommissionens opfattelse følger det heraf, at den netop kunne være blevet udsat for kritik, hvis Martin Bangemann fortsat havde deltaget i Kommissionens beslutningsproces, selv om han havde anmodet om at blive fritaget for sit hverv med henblik på at udøve erhvervsmæssig beskæftigelse i en virksomhed. Det ville

nemlig ikke have været praktisk muligt for Kommissionen i hvert enkelt tilfælde at kontrollere Martin Bangemanns uvildighed. Under alle omstændigheder indeholder bestemmelserne om uforenelighed og hæderlighed mere end et krav om uvildighed. Det var derfor nødvendigt, at Martin Bangemann ophørte med at udøve sine opgaver som kommissionsmedlem.

15 Til støtte for sin argumentation har Kommissionen påberåbt sig en fast retspraksis, hvorefter den er beføjet til i uopsættelige tilfælde og for at undgå, at der opstår et retligt tomrum, at træde i fællesskabslovgivers sted og vedtage lovgivningsmæssige foranstaltninger med henblik på at sikre kontinuiteten i Fællesskabets handlinger (dom af 3.7.1979, forenede sager 185/78-204/78, Van Dam en Zonen m.fl., Sml. s. 2345, af 28.3.1984, forenede sager 47/83 og 48/83, Midden-Nederland og Van Miert, Sml. s. 1721, og af 10.7.1984, sag 63/83, Kirk, Sml. s. 2689). Kommissionen må så meget desto mere være beføjet til at ekspedere sine løbende sager, når den tæller et medlem mindre.

16 For så vidt angår den tyske regerings argumentation om, at Generaldirektoratet for Industripolitik ikke har været inddraget i beslutningsprocessen, har Kommissionen anført, at alle udkast til institutionens beslutninger forelægges hver enkelt af de berørte tjenestegrene til udtalelse, og at disse således har mulighed for at fremkomme med deres skriftlige bemærkninger. I den foreliggende sag er udkastet til den anfægtede beslutning blevet godkendt af Generaldirektoratet for Industripolitik.

Domstolens bemærkninger

17 Det bemærkes, at antallet af kommissionsmedlemmer i henhold til artikel 213, stk. 1, andet afsnit, EF, og artikel 9, stk. 1, andet afsnit, KS kan ændres af Rådet med enstemmighed.

18 Artikel 215, stk. 1, EF og artikel 12, stk. 1, KS bestemmer, at bortset fra ordinære nyansættelser og dødsfald ophører tjenesten for et medlem af Kommissionen ved frivillig fratræden eller ved afskedigelse. Ifølge artikel 215, stk. 2, EF, og artikel 12, stk. 2, KS udnævner medlemsstaternes regeringer efter fælles overenskomst et nyt medlem for resten af det afgående medlems tjenesteperiode. I henhold til de sidstnævnte bestemmelser kan Rådet med enstemmighed beslutte, at der ikke skal udnævnes nogen efterfølger.

19 Desuden bestemmer artikel 215, stk. 4, EF og artikel 12, stk. 4, KS, at bortset fra de i henholdsvis artikel 216 EF og i artikel 12 A KS nævnte afskedigelsestilfælde fungerer Kommissionens medlemmer, indtil deres efterfølgere er udpeget.

20 Det følger af disse bestemmelser, dels at Kommissionen ikke har kompetence til at ændre antallet af sine medlemmer, dels at det i tilfælde af, at et kommissionsmedlem fratræder, alene er Rådet, der har kompetence til at udnævne et andet medlem i dettes sted eller til at beslutte, at der ikke skal udnævnes nogen efterfølger.

21 Med henblik på Domstolens stillingtagen til den tyske regerings første anbringende skal den præcise karakter af beslutningen af 1. juli 1999, hvorved Kommissionen bevilgede Martin Bangemann »fritagelse fra tjenesten«, undersøges, og det skal særligt undersøges, om Kommissionen ved denne beslutning har ændret antallet af kommissionsmedlemmer.

22 I denne forbindelse skal det bemærkes, at Martin Bangemann ved skrivelse af 29. juni 1999 til formanden for konferencen mellem repræsentanterne for medlemsstaternes regeringer anmodede om at blive fritaget for sit hverv med henblik på at udøve erhvervsmæssig beskæftigelse i en virksomhed.

23 Ved beslutning af 1. juli 1999 bevilgede Kommissionen Martin Bangemann »fritagelse fra tjenesten« indtil afslutningen af den procedure, der er fastsat i artikel 215 EF og 12 KS. Denne beslutning gav anledning til en pressemeddelelse indeholdende en erklæring vedrørende Martin Bangemanns situation.

24 I denne erklæring, som den tyske regering også har påberåbt sig til støtte for sit første anbringende, anførte Kommissionen følgende:

»Under alle omstændigheder vil Martin Bangemann ikke kunne tiltræde sin nye stilling før den procedure, der er fastsat i artikel 215 [EF], er afsluttet. Martin Bangemann accepterer dette. I mellemtiden har kommissærkollegiet besluttet, at Martin Bangemann bevilges fritagelse fra tjenesten i henhold til hans eget ønske herom.«

25 Det er rigtigt, som anført af den tyske regering, at der hverken i EF-traktaten, i EKSF-traktaten eller i Kommissionens forretningsorden er bestemmelser om, at et medlem kan »fritages fra tjenesten«. Ikke desto mindre må det — uafhængigt af ordvalget i beslutningen af 1. juli 1999 — fastslås, at Kommissionen ved denne beslutning, ud fra ønsket om at sikre kontinuiteten i Fællesskabets handlinger, blot har draget konsekvenserne dels af, at Martin Bangemann havde besluttet at påtage sig en erhvervsmæssig beskæftigelse i en privat virksomhed, dels af, at han ikke længere ønskede at varetage sit hverv i Kommissionen.

26 Under disse omstændigheder kan beslutningen af 1. juli 1999 hverken anses for at have haft indflydelse på Martin Bangemanns status som medlem af Kommissionen eller for at have haft til formål at reducere antallet af medlemmer i Kommissionen.

27 Det følger heraf, at Kommissionens sammensætning på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning var forskriftsmæssig.

28 Den tyske regerings første anbringende bør derfor forkastes.

Det andet anbringende om tilsidesættelse af princippet om sagens behørige fremme, af princippet om god forvaltningsskik og af retssikkerhedsprincippet i forbindelse med den administrative procedure samt om tilsidesættelse af begrundelsespligten

29 Den tyske regerings andet anbringende falder i to led.

Det første led

Parternes argumenter

30 Den tyske regering har gjort gældende, at den anfægtede beslutning tilsidesætter principperne om sagens behørige fremme og god forvaltningsskik samt retssikkerhedsprincippet, idet Kommissionen først har indledt den formelle procedure for undersøgelse af støtten den 5. august 1997, dvs. mere end tre år efter, at den havde modtaget den første meddelelse fra den tyske regering vedrørende de støtteforanstaltninger, der var fastsat for GS.

31 I denne henseende har den tyske regering gjort gældende:

— at den ved en meddelelse af 9. juni 1994 meddelte Kommissionen detaljerede oplysninger om fordelingen af såvel støtte på 133,3 mio. DEM, udbetalt

indtil den 31. december 1993 af Treuhandanstalt til genopretningen af GS, som finansielle interventioner til et beløb af ca. 90 mio. DEM, der var fastsat for 1994. Ved denne meddelelse underrettede den tyske regering desuden Kommissionen om særlige bevillinger til et beløb af 15,2 mio. DEM (indtil den 31.12.1993) og 6,5 mio. DEM til finansiering af sociale foranstaltninger. Den vedlagde den virksomhedsplan, som var udarbejdet for 1994-1996 med henblik på genopretningen af GS. Sagsbehandlingen for Kommissionen er herefter blevet ført under sagsnummer NN 46/94

— at den ved en meddelelse af 29. juni 1994 underrettede Kommissionen om de fastsatte støtteforanstaltninger, som bestod i investeringer til et beløb af 59,61 mio. DEM. Den tyske regering trak alene denne meddelelse tilbage, ved sin skrivelse af 2. december 1994, fordi Kommissionen havde opfordret den hertil

— at den ved en detaljeret meddelelse af 7. september 1995 gav Kommissionen et samlet overblik over GS' økonomiske situation og udviklingen i dens forretningsmæssige virksomhed, der nu var udsat for konkurrence. Ifølge den tyske regering var denne meddelelse vedlagt en oversigt for hver virksomhedssektor over investeringsprogrammet for 1993-1995 samt for 1996 og 1997. Den støtte, der er beskrevet i denne meddelelse, dvs. såvel den støtte, som allerede var udbetalt, som den støtte, der var på forslagsstadiet, ville med udgangen af 1997 beløbe sig til i alt 335,9 mio. DEM. Den tyske regering redegjorde endvidere i meddelelsen for møder, den havde afholdt med fire potentielle investorer fra Tyskland, Det Forenede Kongerige og De Forenede Stater

— at den ved en meddelelse til Kommissionen den 3. april 1996 dels gav et sammendrag af den omstruktureringsplan, som var iværksat for GS, dels

fremlagde produktionsplanen, redegjorde for udviklingen i kapaciteten og produktionen samt fremlagde en prognose, udarbejdet på grundlag heraf, over resultater og omsætning frem til 1998

— at den ved meddelelser af 22. august 1996 og 9. april 1997 fremsendte supplerende oplysninger til Kommissionen vedrørende de investeringsforanstaltninger, som var iværksat i 1993-1995.

32 Den tyske regering har desuden anført, at de økonomiske oplysninger, der fremgik af de i foregående præmis nævnte meddelelser, er blevet behandlet på talrige møder afholdt mellem dens repræsentanter og repræsentanter for Kommissionen.

33 Kommissionen har imidlertid ikke på noget tidspunkt før indledningen af undersøgelsesproceduren vedrørende støtten den 5. august 1997 givet udtryk for, at den nærede tvivl for så vidt angår lovligheden efter de gældende statsstøtteregler af de allerede udbetalte eller påtænkte støttebeløb, som var beskrevet i de nævnte meddelelser. Kommissionen har heller ikke sat spørgsmålstegn ved, at de oplysninger, som den tyske regering havde fremlagt, var udtømmende.

34 Det følger heraf, at Kommissionen, for så vidt angår den nævnte støtte, gennem mere end tre år har bidraget til at skabe en berettiget forventning hos den tyske regering og hos GS som følge af, at den ikke har rejst nogen form for indsigelser mod de finansielle ledsageforanstaltninger til omstruktureringen af denne virksomhed.

35 Den tyske regering har for det første, for så vidt angår den støtte, der allerede var ydet på det tidspunkt, hvor den blev anmeldt, henvist til dom af 24. november 1987 (sag 223/85, RSV mod Kommissionen, Sml. s. 4617), hvorefter Kommissionen ikke har ubegrænset tid til at bedømme lovligheden af en sådan støtte efter

de gældende statsstøtteregler. Det fremgår tværtimod af denne dom, at Kommissionen ikke må kræve støtten tilbagebetalt, hvis der er forløbet 26 måneder mellem indledningen af den formelle undersøgelsesprocedure og beslutningen om at pålægge medlemsstaten at kræve støtten tilbagebetalt. Den tyske regering har imidlertid gjort gældende, at det er åbenbart, at disse principper er blevet tilsidesat i det foreliggende tilfælde, for så vidt som der var tale om et typisk tilfælde af omstrukturering af en virksomhed gennem Treuhandanstalt og BvS, som Kommissionen kendte hovedtrækkene i.

36 For det andet fremgår det, for så vidt angår anmeldelsen af de foranstaltninger, som på anmeldelsestidspunktet var på forslagsstadiet, af dom af 11. december 1973, (sag 120/73, Lorenz, Sml. s. 1471), at Kommissionen som hovedregel inden for en frist på to måneder, efter at anmeldelsen er indsendt, skal give medlemsstaterne en klar underretning om indledningen af undersøgelsesproceduren. Den tyske regering har imidlertid gjort gældende, at Kommissionen har ladet to til tre år forløbe, inden den i sin skrivelse af 5. august 1997 gav udtryk for tvivl med hensyn til lovligheden af de påtænkte støtteforanstaltninger, som blev anmeldt i 1994 og 1995.

37 Kommissionen har principalt gjort gældende, at den af den tyske regering påberåbte korrespondance, som ligger forud for den 9. juni 1997, er irrelevant i den foreliggende sag. Den har anført, at selv om den tyske regering den 9. juni 1994 faktisk fremsendte oplysninger om den støtte på 133,3 mio. DEM, som var ydet til GS inden udgangen af 1993, skete dette på uformel vis, i strid med betingelserne i traktatens artikel 93, stk. 3. I øvrigt vedrørte den formelle anmeldelse, som er indgivet den 29. juni 1994, alene investeringsstøtte på 59,61 mio. DEM. Denne delvise anmeldelse blev imidlertid ifølge Kommissionen trukket tilbage den 2. december 1994 af de tyske myndigheder, hvilket medfører, at der ikke er foretaget nogen formel anmeldelse af den omhandlede støtte.

38 Kommissionen har subsidiært gjort gældende, i første række, at der alene skabes en berettiget forventning som den, den tyske regering har påberåbt sig, når Kommissionen har udtalt sig uden forbehold og udtrykkeligt positivt med hensyn til de anmeldte foranstaltninger.

39 I anden række har Kommissionen anført, at den foreliggende sag ikke udviser nogen af de kendetegn, som forelå i det tilfælde, der gav anledning til dommen i sagen RSV mod Kommissionen, og som den tyske regering har påberåbt sig.

40 I tredje række har Kommissionen gjort gældende, for så vidt angår Lorenz-dommen, at den i denne dom fastsatte tomånedersfrist i praksis først begynder at løbe, når Kommissionen har modtaget alle de oplysninger, som er nødvendige for at den kan udarbejde sin beslutning. Under alle omstændigheder er anmeldelsen af den støtte, der er blevet ydet GS, i det foreliggende tilfælde foretaget den 6. juni 1997, og den formelle undersøgelsesprocedure blev indledt den 5. august 1997, dvs. inden udløbet af denne tomånedersfrist. Kommissionen har i øvrigt understreget, at den pågældende medlemsstat, selv i tilfælde af, at den nævnte frist er udløbet, af retssikkerhedsmæssige hensyn kun kan gennemføre de påtænkte støtteforanstaltninger på betingelse af, at der forinden gives meddelelse herom til Kommissionen (Lorenz-dommen, præmis 6). Den tyske regering har imidlertid ikke overholdt denne betingelse i det foreliggende tilfælde.

Domstolens bemærkninger

41 For så vidt angår den støtte, der allerede var blevet udbetalt på det tidspunkt, hvor Kommissionen blev underrettet herom, og for så vidt angår den berettigede forventning, som den tyske regering har påberåbt sig, bemærkes for det første, at da den kontrol, som Kommissionen i medfør af artikel 88 EF fører med statsstøtte, har sit grundlag i ufravigelige principper, kan der principielt ikke hos støttemodtagerne bestå en berettiget forventning om, at den støtte, de har modtaget, er lovlig, medmindre den er blevet ydet under iagttagelse af den i nævnte artikel fastlagte procedure. En påpasselig erhvervsdrivende må nemlig normalt være i stand til at forvisse sig om, at denne procedure er blevet fulgt (jf. i den retning dom af 20.3.1997, sag C-24/95, Alcan Deutschland, Sml. I, s. 1591, præmis 25).

42 For det andet bemærkes, at en medlemsstat, hvis myndigheder har ydet støtte i strid med de i artikel 88 EF fastlagte procedureregler, ikke kan påberåbe sig

støttemodtagerens berettigede forventning og dermed unddrage sig sin forpligtelse til at træffe de foranstaltninger, der er nødvendige for at gennemføre en kommissionsbeslutning, hvorefter denne medlemsstat skal søge støtten tilbage. Dersom dette blev anerkendt, ville bestemmelserne i artikel 87 EF og 88 EF blive berøvet deres effektive virkning, idet de nationale myndigheder med udgangspunkt i deres egen ulovlige adfærd kunne ophæve den effektive gennemførelse af de beslutninger, Kommissionen har truffet i medfør af disse traktatbestemmelser (dom af 20.9.1990, sag C-5/89, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3437, præmis 17, og af 14.1.1997, sag C-169/95, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 135, præmis 48).

43 Det er ganske vist korrekt, at det fremgår af præmis 17 i dommen i sagen RSV mod Kommissionen, at der på grund af den tid, der går, før Kommissionen vedtager en beslutning om statsstøtte, i visse tilfælde kan opstå en berettiget forventning hos støttemodtageren, som er til hinder for, at Kommissionen kan pålægge den pågældende medlemsstat at kræve støtten tilbagebetalt.

44 Imidlertid bemærkes, for det første, at de faktiske omstændigheder i det tilfælde, som gav anledning til dommen i sagen RSV mod Kommissionen, var ekstraordinære og ikke udviser nogen lighedspunkter med de faktiske omstændigheder i det foreliggende tilfælde. Den støtte, der var tale om i den nævnte dom, vedrørte således en sektor, der i flere år med Kommissionens godkendelse var ydet statsstøtte til, og støttens formål var dækning af yderligere omkostninger til foranstaltninger, som der allerede var ydet en godkendt støtte til.

45 For det andet bemærkes, som Kommissionen med rette har anført, at eftersom Kommissionens direkte kontakt er de nationale myndigheder, er disse bedre underrettede med hensyn til det stade, proceduren for undersøgelse af støtten befinder sig på, og med hensyn til resultatet af proceduren, og de kan derfor i mindre grad end støttemodtagerne hævde, at deres berettigede forventning er krænket, særligt når de — som i den foreliggende sag — i den omtvistede periode på eget initiativ eller på Kommissionens opfordring fortsat løbende har fremsendt supplerende oplysninger om de pågældende foranstaltninger.

46 Hertil kommer, at den tyske regering selv har indrømmet, at Kommissionen havde anmodet de tyske myndigheder om at suspendere anmeldelsesproceduren i en overgangsperiode, samtidig med at den underrettede disse myndigheder om, at den agtede at genoptage undersøgelsen af sagen, så snart der var indgået en privatiseringsaftale.

47 Under disse omstændigheder kan der ikke gives den tyske regering medhold i dens argumentation, hvorefter de nationale myndigheders berettigede forventning er blevet krænket.

48 For så vidt angår de foranstaltninger, som den tyske regering har underrettet Kommissionen om, før de blev gennemført, bemærkes, at det i henhold til artikel 6, stk. 6, i sjette jern- og stålstøttekodeks gælder, at hvis Kommissionen ikke senest to måneder efter modtagelsen af den fuldstændige anmeldelse af de påtænkte støtteforanstaltninger har indledt den formelle undersøgelsesprocedure, som er fastsat i kodeksens artikel 6, stk. 5, eller på anden måde har tilkendegivet sin stilling, kan de påtænkte foranstaltninger iværksættes på betingelse af, at medlemsstaten på forhånd har meddelt Kommissionen, at den har til hensigt at gøre dette.

49 Det fremgår ligeledes af fast retspraksis, at formålet med artikel 88, stk. 3, EF, nemlig at forhindre iværksættelsen af støtteforanstaltninger, der er i strid med EF-traktaten, indebærer, at det forbud, som er indeholdt i bestemmelsens sidste punktum, har virkning under hele den indledende fase. Af hensyn til medlemsstaternes interesse i, at der hurtigt opnås klarhed i de tilfælde, hvor der kan bestå et uopsætteligt behov for indgreb, skal Kommissionen derfor handle med den fornødne hast. Såfremt Kommissionen — efter at have modtaget en anmeldelse af en påtænkt støtteforanstaltning fra en medlemsstat — ikke har indledt den kontradiktoriske procedure efter udløbet af en rimelig frist, kan medlemsstaten gennemføre de pågældende foranstaltninger efter forudgående meddelelse herom til Kommissionen, hvorefter støtten falder ind under reglerne for eksisterende støtte. Med udgangspunkt i EF-traktatens artikel 173 (efter ændring nu artikel 230 EF) og EF-traktatens artikel 175 (nu artikel 232 EF) har Domstolen

fastslået, at en sådan rimelig frist ikke kan være mere end to måneder (jf. i denne retning bl.a. Lorenz-dommen, præmis 4, og dom af 15.2.2001, sag C-99/98, Østrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 1101, præmis 32). Domstolen har i øvrigt ligeledes udtalt, at denne tomånedersfrist er en ufravigelig frist (dommen i sagen Østrig mod Kommissionen, præmis 72-74).

50 I denne forbindelse bemærkes, at den frist, Kommissionen råder over med henblik på at indlede den foreløbige undersøgelse af en påtænkt støtteforanstaltning og med henblik på at beslutte, om der skal iværksættes en kontradiktorisk procedure, såvel af fællesskabslovgiver, inden for rammerne af sjette jern- og stålstøttekodeks, som i Domstolens praksis er blevet fastsat til to måneder i betragtning af medlemsstatens interesse i, at der hurtigt opnås klarhed i de tilfælde, hvor der kan bestå et uopsætteligt behov for indgreb. Henset til denne interesse må den indledende undersøgelse af en påtænkt støtteforanstaltning således i princippet anses for at være hastende, medmindre den berørte medlemsstat udtrykkeligt samtykker i en forlængelse af fristen (jf. i denne retning dommen i sagen Østrig mod Kommissionen, præmis 76).

51 I det foreliggende tilfælde skal det i betragtning af Treuhandanstalts, BvS' og BMGB's særlige opgaver bemærkes, for det første, at alle de støtteforanstaltninger, som blev undersøgt af Kommissionen i den anfægtede beslutning, var foranstaltninger, der var truffet dels med det formål at opnå en omstrukturering af GS, dels med henblik på privatisering af denne virksomhed.

52 Det bemærkes for det andet, at den tyske regering med hensyn til tilbagetrækningen af meddelelsen af 29. juni 1994 har anført, at denne tilbagetrækning skete som følge af, at Kommissionen havde stillet krav om, at de tyske myndigheder suspenderede anmeldelsesproceduren i en overgangsperiode, eftersom privatiseringen af GS ikke var nært forestående. Ifølge den tyske regering har Kommissionen således flere gange meddelt regeringen, at den ville genoptage undersøgelsen af spørgsmålet — herunder også af den støtte, som allerede var udbetalt, og som regeringen allerede havde underrettet Kommissionen om — så snart der var gjort fremskridt for så vidt angår omstruktureringen af GS, og så snart der var indgået en privatiseringsaftale.

53 Det er ganske vist korrekt, at denne tilbagetrækning kun vedrørte meddelelsen af 29. juni 1994. Imidlertid må det fastslås, at tilbagetrækningen udgør et klart og utvetydigt indicium for, at den tyske regering havde samtykket i, at Kommissionen undersøgte alle foranstaltninger, som var truffet til fordel for GS, samtidig med omstændighederne omkring omstruktureringen og privatiseringen af denne virksomhed.

54 Denne konklusion underbygges i øvrigt af den omstændighed, at den tyske regering, til trods for de talrige meddelelser, der havde fremsendt til Kommissionen, alligevel fandt det nødvendigt ved sin skrivelse af 6. juni 1997 atter at anmelde de finansielle interventioner, som var ydet til fordel for GS.

55 Under disse omstændigheder må det fastslås, at Kommissionen i den foreliggende sag ikke, ved at indlede proceduren i artikel 6, stk. 5, i sjette jern- og stålstøttekodeks den 5. august 1997, dvs. mindre end to måneder efter den i foregående præmis nævnte anmeldelse af 6. juni 1997, har overskredet den frist, som er fastsat i kodeksens artikel 6, stk. 6, og som er fastslået i den ovenfor i præmis 49 og 50 nævnte retspraksis.

56 På baggrund af det ovenfor anførte bør det første led i den tyske regerings andet anbringende derfor forkastes.

Det andet led

57 Den tyske regering har gjort gældende, at den anfægtede beslutning, ved ikke at omtale de afgørende omstændigheder i anmeldelsesproceduren, som fandt sted før den 6. juni 1997, ved ikke at henvise til de omtvistede foranstaltningers virkninger for samhandelen mellem medlemsstater og ved heller ikke at angive, om disse fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene, tilsidesætter

den begrundelsespligt, som er fastsat i artikel 5, stk. 2, fjerde led, KS, artikel 15, stk. 1, KS og artikel 253 EF.

58 I denne forbindelse bemærkes, at selv om det er korrekt, at det af den begrundelse, der kræves efter de i foregående præmis nævnte bestemmelser, klart og utvetydigt skal fremgå, hvilke betragtninger den fællesskabsmyndighed, som har udstedt den anfægtede retsakt, har lagt til grund, således at de berørte kan gøre sig bekendt med baggrunden for den trufne foranstaltning, og Domstolen kan udøve sin kontrol, kræves det dog ikke, at begrundelsen angiver alle de forskellige relevante faktiske eller retlige momenter. Spørgsmålet om, hvorvidt en beslutnings begrundelse opfylder disse krav, skal nemlig ikke blot vurderes i forhold til beslutningens ordlyd, men ligeledes i forhold til den sammenhæng, hvori den indgår, samt under hensyn til alle de retsregler, som gælder på det pågældende område (jf. i denne retning dom af 29.2.1996, sag C-122/94, Kommissionen mod Rådet, Sml. I, s. 881, præmis 29, af 15.5.1997, sag C-278/95 P, Siemens mod Kommissionen, Sml. I, s. 2507, præmis 17, og af 2.4.1998, sag C-367/95, Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, Sml. I, s. 1719, præmis 63).

59 Når det mere specifikt drejer sig om en beslutning vedrørende statsstøtte, har Domstolen fastslået, at selv om det i visse tilfælde kan fremgå af selve de omstændigheder, hvorunder støtten ydes, at den kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater og fordreje eller true med at fordreje konkurrencevilkårene, påhviler det i det mindste Kommissionen at angive disse omstændigheder i beslutningens begrundelse (dom af 13.3.1985, forenede sager 296/82 og 318/82, Nederlandene og Leeuwarder Papierwarenfabriek mod Kommissionen, Sml. s. 809, præmis 24, af 24.10.1996, forenede sager C-329/93, C-62/95 og C-63/95, Tyskland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 5151, præmis 52, og af 19.10.2000, forenede sager C-15/98 og C-105/99, Italien og Sardegna Lines mod Kommissionen, Sml. I, s. 8855, præmis 66).

60 I den foreliggende sag er de omtvistede støtteforanstaltninger, som er truffet til fordel for den af GS' produktionssektorer, der er omfattet af EKSF-traktaten, undergivet bestemmelsen i artikel 4, litra c), KS, der ikke kræver, at støtte påvirker samhandelen mellem medlemsstater eller fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene, for at den kan anses for at være uforenelig med det fælles marked for kul og stål.

61 For så vidt angår støtte, som er bestemt til de af GS' produktionssektorer, som ikke er omfattet af EKSF-traktaten, bemærkes, at den anfægtede beslutning, ved i punkt 54-63 at henvise til, for det første, den omstændighed, at GS driver virksomhed inden for en følsom sektor, for det andet, Kommissionens meddelelse af 13. december 1988 om rammebestemmelser for statsstøtte til visse jern- og stålsektorer, som ikke er omfattet af EKSF-traktaten (EFT C 320, s. 3, herefter »rammebestemmelserne for statsstøtte til visse jern- og stålsektorer, som ikke er omfattet af EKSF-traktaten«), som indeholder en systematisk gennemgang af situationen på Fællesskabets marked for jern- og stålprodukter, der ikke er omfattet af EKSF-traktaten, og redegør for den langvarige og alvorlige krise, denne sektor har befundet sig i siden 1970-erne, for det tredje, Kommissionens meddelelse af 10. marts 1998 om retningslinjer for statsstøtte med regionalt sigte (EFT C 74, s. 9, herefter »retningslinjerne for statsstøtte med regionalt sigte«), og for det fjerde, det loft på 35%, som er fastsat for regionalstøtte til de nye delstater inden for rammerne af ordningen Gemeinschaftsaufgabe Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur (herefter »Gemeinschaftsaufgabe«), som er godkendt af Kommissionen, i tilstrækkeligt omfang har angivet begrundelsen for, at en godkendelse af en støtte på mere end 35% vil medføre en uacceptabel konkurrencefordrejning, som påvirker samhandelen mellem medlemsstater.

62 Hvad angår de omstændigheder i den administrative procedure, der har fundet sted forud for den 6. juni 1997, er det tilstrækkeligt at bemærke, at det, som det fremgår af denne doms præmis 51-55, var med rette, at Kommissionen har anset anmeldelsen af 6. juni 1997 for at være den eneste, som kunne tages i betragtning i henhold til EF-traktatens artikel 93, stk. 3, og artikel 6, stk. 6, i sjette jern- og stålstøttekodeks. Kommissionen har desuden gjort gældende, uden at være blevet modsagt på dette punkt af den tyske regering, at denne anmeldelse omfattede samtlige finansielle foranstaltninger truffet til fordel for GS. Det følger heraf, at undladelsen af at omtale de meddelelser, som var fremsendt før den 6. juni 1997, ikke udgør en tilsidesættelse af den begrundelsespligt, som følger af artikel 5, stk. 2, fjerde led, KS, artikel 15, stk. 2, KS og artikel 253 EF.

63 Under disse omstændigheder må det andet led af den tyske regerings andet anbringende forkastes. Dette anbringende bør derfor forkastes i sin helhed.

Det tredje anbringende om anvendelse af EKSF-traktatens bestemmelser på GS' produktionssektorer, som ikke er omfattet af denne traktat

Parternes argumenter

64 Med det tredje anbringende har den tyske regering gjort gældende, at den anfægtede beslutning for så vidt angår bedømmelsen af den driftsstøtte og de sociale foranstaltninger, som er ydet til GS, er behæftet med en fejl og bør annulleres, for så vidt som Kommissionen har anvendt bestemmelserne i EKSF-traktaten og kodekserne for støtte til jern- og stålindustrien med henblik på at vurdere retmæssigheden af ikke blot de støtteforanstaltninger, som vedrører den af GS's produktionssektorer, som er omfattet af nævnte traktat, men også de støtteforanstaltninger, der var bestemt til de af GS's produktionssektorer, som ikke er omfattet af traktaten.

65 Den tyske regering har for det første anført, at den omstændighed, at en virksomhed i én ud af dens fire virksomhedssektorer fremstiller produkter, som er omfattet af bilag I KS, ikke er tilstrækkelig til, at virksomhedens øvrige sektorer også undergives EKSF-traktaten. Dette gælder i den foreliggende sag så meget desto mere som de af GS' produkter, som ikke er omfattet af dette bilag, repræsenterer mere end 90% af virksomhedens eksterne omsætning. Det er udelukkende på ét af GS' fire anlæg, nemlig smelteanlægget, at der fremstilles halvfabrikata (ingots og brames), som er nævnt i bilaget. Mere end 90% af disse halvfabrikata bliver imidlertid ikke bragt på markedet af GS, men anvendes internt i virksomheden med henblik på at undergå en anden forarbejdningsproces i smedjen, valseværket eller støberiet.

66 For det andet har den tyske regering gjort gældende, at som det fremgår af artikel 50, stk 2, KS og artikel 80 KS, afhænger spørgsmålet om, hvorvidt EKSF-traktaten finder anvendelse på en virksomhed, ikke af virksomhedens forretningsområde som helhed betragtet, men af dens produkter. Til støtte for denne antagelse har den tyske regering påberåbt sig Domstolens praksis (dom af 17.12.1959, sag 14/59, Société des fonderies de Pont-à-Mousson mod Den Høje

Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 153, org.ref.: Rec. s. 445, på s. 469, og af 15.12.1987, sag 328/85, Deutsche Babcock, Sml. s. 5119, præmis 9), hvoraf det fremgår, at EKSF-traktatens anvendelighed skal afgrænses i forhold til produkterne.

67 For det tredje har den tyske regering gjort gældende, at Kommissionen ved at anvende EKSF-traktaten på produkter, som ikke er omfattet af traktaten, handler i strid med sin tidligere praksis, således som den fremgår af rammebestemmelserne for statsstøtte til visse jern- og stålsektorer, som ikke er omfattet af EKSF-traktaten, af dens beslutning 97/21/EF, EKSF af 30. juli 1996 om statsstøtte til Compañía Española de Tubos por Extrusión SA, Llodio (Álava) (EFT 1997 L 8, s. 14), og af dens beslutning af 29. juli 1998, der godkendte omstruktureringsstøtte til »Productos Tubulares« (EFT C 409, s. 6).

68 Endelig har den tyske regering anført, at GS takket være et adskilt driftsbogholderi, som kontrolleres af uafhængige revisorer, garanterer, at de midler, som stilles til rådighed for den af virksomhedens produktionssektorer, som er omfattet af EKSF-traktaten, ikke anvendes til andre sektorer, og omvendt. I denne forbindelse har regeringen anført, at Kommissionen i den anfægtede beslutnings punkt 14 har nævnt en rapport, forelagt af den tyske regering i 1998, som var udarbejdet af revisionsfirmaet KPMG, og hvoraf det meget klart fremgår, at GS siden 1990 havde ført et driftsregnskab, opdelt på driftsenheder, som gjorde det muligt meget nøjagtigt at fordele de bevilgede midler mellem de forskellige produktionsanlæg.

69 Det følger heraf, at det grundlag, Kommissionen har støttet den anfægtede beslutning på, ikke er en faktisk konstatering af, at produktionsmidlerne inden for den af GS's produktionssektorer, som er omfattet af EKSF-traktaten, er anvendt uforholdsmæssigt, men en antagelse af, at der var en »spill-over«-risiko, hvilken antagelse er imødegået ved ekspertrapporten fra KPMG.

70 Den tyske regering har konkluderet, at de oplysninger og sagkyndige udtalelser, som den har fremlagt, godtgør, at der i dette tilfælde ikke foreligger nogen

»spill-over«-risiko. Kommissionen har desuden ikke fastslået, at der var sket en sådan »spill-over«. Det forhold, at Kommissionen i den foreliggende sag uden tilstrækkeligt begrundelse har truffet en beslutning, der afviger fra den, som blev truffet den 29. juli 1998, omtalt ovenfor i præmis 67, udgør følgelig en grov forskelsbehandling af GS og samtidig et misbrug af institutionens skønsbeføjelse.

71 Kommissionen har principalt gjort gældende, for det første, at det klart fremgår af Domstolens praksis, at EKSF-traktaten finder anvendelse på alle de virksomheder, som fremstiller produkter, der er omfattet af bilag I KS, uafhængigt af, om disse virksomheder selv bringer disse produkter på markedet eller blot anvender dem. Det afgørende element er således ikke markedsføringen, men fremstillingen, og, når der er tale om integrerede arbejdsgange, fremstilling af halvfabrikata, eftersom der altid er risiko for, at produkter, som i princippet er bestemt til intern brug, faktisk bringes på markedet (dommen i sagen Société des fonderies de Pont-à-Mousson mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 153, org.ref. Rec.: s. 470-472).

72 Kommissionen har endvidere anført, at Deutsche Babcock-dommen ikke er relevant for den foreliggende sag, eftersom den vedrører spørgsmålet, om en rådsforordning om godtgørelse af import- eller eksportafgifter fandt anvendelse på produkter, som var omfattet af EKSF-traktaten.

73 Kommissionen har endelig anført, at det fremgår af Domstolens praksis, at spørgsmålet om, hvorvidt EKSF-traktatens konkurrenceregler, herunder statsstøttereglerne, finder anvendelse, i sagens natur er afhængig af, hvilke virksomheder, og ikke hvilke produkter, der er tale om.

74 For det tilfælde, at Domstolen ikke tiltræder denne argumentation, har Kommissionen subsidiært gjort gældende, at det var berettiget at anvende EKSF-traktaten og kodekserne for støtte til jern- og stålindustrien i forbindelse med bedømmelsen af den hele driftsstøtte og de sociale foranstaltninger, som er ydet til GS, som følge af den risiko, som bestod, for »spill-over« af denne støtte til fordel for den af GS' produktionssektorer, som var omfattet af EKSF-traktaten.

Som det fremgår af den anfægtede beslutnings punkt 35-40, er der faktisk sket fordeling af støtte, som tilsyneladende var bestemt til de produktionssektorer, som ikke er omfattet af traktaten, til de integrerede efterfølgende produktionsled, som udgør en sektor, der er omfattet af traktaten, i den forstand at den sidstnævnte sektor, gennem den interne regnskabsføring, har nydt godt af en kunstigt fastsat fuld pris.

75 Som svar på den tyske regerings argumentation, hvorefter Kommissionen ikke har godtgjort, at der var sket »spill-over«, men blot har påberåbt sig en »spill-over«-risiko, har Kommissionen gjort gældende, at det er en forudgående betingelse for en undersøgelse af støtte i henhold til EF-traktaten, at der ikke foreligger nogen form for »spill-over«. Med andre ord er dette en betingelse for, at støtten er forenelig med traktaten. Det var således medlemsstaten, som skulle have påberåbt sig og bevist, at der ikke foreligger nogen »spill-over«, eftersom det er medlemsstaten, der bærer bevisbyrden for, at støtte, som den har ydet, er forenelig med fællesmarkedet. De tyske myndigheder har imidlertid ikke været i stand til at løfte denne bevisbyrde, hvorfor man må holde fast ved antagelsen om, at der er sket fordeling af den omtvistede støtte til den af GS' produktionssektorer, som er omfattet af EKSF-traktaten.

Domstolens bemærkninger

76 Det bemærkes for det første, at i henhold til artikel 4, litra c), KS, som er grundlaget for den ordning, som gælder for statsstøtte, der er omfattet af EKSF -traktaten, forbydes i overensstemmelse med traktatens bestemmelser tilskud eller anden støtte ydet af medlemsstaterne, i hvilken som helst form dette sker, som uforenelig med fællesmarkedet for kul og stål.

77 Det bemærkes for det andet, at det i medfør af artikel 80 KS og 81 KS kun er de virksomheder, der udøver en produktionsvirksomhed inden for kul- og stålsektoren, som er undergivet EKSF-traktatens bestemmelser, og at det i denne forbindelse kun er de produkter, der er opregnet i bilag I KS, som er omfattet af udtrykkene »kul« og »stål«.

78 Det følger heraf, at en virksomhed kun er underlagt forbuddet i artikel 4, litra c), KS, hvis den udøver en sådan produktionsvirksomhed (jf. i denne retning dommen i sagen Société des fonderies de Pont-à-Mousson mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 153, org.ref. Rec.: s. 467 og 468).

79 I det foreliggende tilfælde er det ikke blevet bestridt, at GS udøver en produktionsvirksomhed, som er omfattet af bilag I KS. Den tyske regering har ikke desto mindre gjort gældende, at 90% af GS' forretningsmæssige virksomhed består i salg af produkter, som ikke er omfattet af EKSF-traktaten, og at 90% af de halvfabrikata-produkter, som denne virksomhed fremstiller, og som er omfattet af denne traktat, ikke markedsføres af den, men anvendes internt i virksomheden.

80 I denne forbindelse bemærkes for det første, at artikel 4, litra c), KS i modsætning til artikel 87, stk. 1, EF ikke, for at støtten kan anses for uforenelig med fællesmarkedet, stiller krav om, at støtten skal fordreje eller true med at fordreje konkurrencen. Den pågældende bestemmelse i EKSF-traktaten forbyder således enhver form for støtte uden nogen begrænsning, hvorfor bestemmelsen ikke kan indeholde nogen de minimis-regel (jf. i denne retning kendelse af 25.1.2001, sag C-111/99 P, Lech-Stahlwerke mod Kommissionen, Sml. I, s. 727, præmis 41).

81 For det andet bemærkes, at det følger af Domstolens praksis, at begrebet »produktion« i artikel 80 KS' forstand ikke kan fortolkes således, at det begrænses til fremstillingen af genstande, som er bestemt til at blive bragt på markedet. Bortset fra, at en sådan fortolkning ville føre til, at en væsentlig del, eller endog hovedparten, af de produkter, der er anført i bilag I KS, udelukkes fra EKSF-traktatens anvendelsesområde — hvilket åbenbart er i strid med de hensigter, denne traktats ophavsmænd har haft — ville den gøre anvendelsen af traktaten på et produkt afhængig af den fremstillende virksomheds retlige struktur. I så fald ville bl.a. de store integrerede støberiers produktion være udelukket fra EKSF-traktatens anvendelsesområde, hvilket både ville være i strid med denne traktats ånd og formål (jf. i denne retning dommen i sagen Société des fonderies de Pont-à-Mousson mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 153, org.ref. Rec.: s. 470 og 471).

82 Det må derfor konkluderes, at hverken den omstændighed, at den del af GS' produktion, som er omfattet af EKSF-traktaten, er forholdsmæssig lille, eller den omstændighed, at GS ikke bringer denne produktion på markedet, kan medføre, at virksomheden er udelukket fra nævnte traktats, og navnlig artikel 4, litra c), KS's, anvendelsesområde.

83 Det skal imidlertid bemærkes, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde har anvendt bestemmelserne i EKSF-traktaten og kodekserne for støtte til jern- og stålindustrien i forbindelse med bedømmelsen af ikke blot den driftsstøtte og de sociale foranstaltninger, som var bestemt til de af GS' produktionssektorer, som var omfattet af denne traktat, men også foranstaltningerne til fordel for de af virksomhedens produktionssektorer, som ikke er omfattet heraf.

84 I denne forbindelse skal det bemærkes, at for virksomheder, der både fremstiller produkter, der er omfattet af EKSF-traktaten, og produkter, der er omfattet af EF-traktaten, kan en anvendelse af EKSF-traktaten på støtte bestemt til en produktionssektor, som ikke er omfattet af anvendelsesområdet for denne traktat, være berettiget, når der foreligger en reel risiko for »spill-over« af denne støtte til fordel for produktionsvirksomhed, som falder ind under dette anvendelsesområde. I betragtning af dels de særlige forhold, der gør sig gældende for jern- og stålindustrien, dels det strenge og absolutte forbud mod statsstøtte, som er indeholdt i artikel 4, litra c), KS, ville det være i strid med formålet med den ordning, der er indført ved EKSF-traktaten, at lade undersøgelsen af støtte, som potentielt kan tilflyde de af en virksomheds produktionssektorer, som er omfattet af EKSF-traktaten, være undergivet EF-traktatens mindre strenge regler.

85 Det skal derfor undersøges, om der er en sådan »spill-over«-risiko i den foreliggende sag.

86 I den anfægtede beslutnings punkt 35-41 har Kommissionen i tilstrækkelig grad godtgjort, at der foreligger en sådan risiko, idet den bl.a. har henvist til, at det er umuligt at sondre mellem støtte ydet til de af GS' produktionssektorer, der er omfattet af EKSF-traktaten, og støtte ydet til virksomhedens øvrige produktionssektorer, fordi virksomheden ikke har adskilte regnskabssystemer.

87 Kommissionen er endda fremkommet med vægtige indicier for, at der faktisk er sket en sådan »spill-over«. Som generaladvokaten har anført i punkt 40 i forslaget til afgørelse, fremgår det således af den tabel, der er gengivet i den anfægtede beslutnings punkt 36, at de regnskabsoplysninger, som fremgår af rapporten fra revisionsselskabet KPMG, hvilken rapport den tyske regering har henvist til med henblik på at godtgøre, at der fandtes et adskilt driftsbogholderi, modsiges af dem, der er indeholdt i anmeldelsen af 6. juni 1997 for så vidt angår næsten alle poster, og bekræfter Kommissionens vurdering, i den anfægtede beslutnings punkt 39, for så vidt angår den »spill-over«, som har fundet sted ved tildelingen af midler.

88 Det er derfor med rette, at Kommissionen har vurderet lovligheden af den driftsstøtte og de sociale foranstaltninger, som er ydet GS, i henhold til EKSF-traktaten.

89 Under disse omstændigheder bør den tyske regerings tredje anbringende forkastes.

Det fjerde anbringende om en ukorrekt vurdering efter femte jern- og stålstøttekodeks af investeringsstøtte til de af GS's produktionssektorer, som er omfattet af EKSF-traktaten

90 Med sit fjerde anbringende har den tyske regering gjort gældende, at den anfægtede beslutning er ulovlig og derfor bør annulleres, idet det i beslutningens punkt 51 er anført, at investeringsstøtten på 13,3 mio. DEM, ydet til GS, er uforenelig med det fælles marked for kul og stål.

91 Den omstændighed, at Kommissionen har konkluderet, at den nævnte investeringsstøtte ikke kan være forenelig med EKSF-traktaten og artikel 5, tredje led, i

femte jern- og stålstøttekodeks, alene fordi den ikke er blevet anmeldt til Kommissionen inden den 30. juni 1994, viser efter den tyske regerings opfattelse, at Kommissionen holdning i den foreliggende sag er selvmodsigende, eftersom institutionen selv havde anmodet den tyske regering om at trække sin meddelelse af 29. juni 1994 tilbage.

92 For alle tilfælde har den tyske regering gjort gældende, at en formel tilsidesættelse af anmeldelsesfristen ikke i sig selv berettiger Kommissionen til at kræve en støtte endeligt tilbagebetalt, hvis den hverken har undersøgt eller rejst tvivl om dens materielle lovlighed. I denne forbindelse har den tyske regering påberåbt sig Domstolens praksis i statsstøttesager efter EF-traktaten, der ifølge regeringen ligeledes finder anvendelse inden for EKSF-traktatens område (dom af 14.2.1990, sag C-301/87, Frankrig mod Kommissionen, »Boussac Saint Frères«-dommen, og af 11.7.1996, sag C-39/94, SFEI m.fl., Sml. I, s. 3547, præmis 43).

93 Det skal herved indledningsvis bemærkes, at i modsætning til EF-traktatens bestemmelser om statsstøtte, hvorefter Kommissionen har en permanent beføjelse til at træffe beslutning om støttens forenelighed med traktaten, tildeler støttekodekserne kun en beføjelse til Kommissionen for en tidsbegrænset periode (dom af 24.9.2002, forenede sager C-74/00 P og C-75/00 P, Falck og Acciaierie di Bolzano mod Kommissionen, Sml. I, s. 7869, præmis 115).

94 Heraf følger, at såfremt den statsstøtte, som medlemsstaterne ønsker at få godkendt i henhold til en kodeks, ikke er blevet anmeldt i løbet af den periode, der er fastsat i kodeksen for denne anmeldelse, kan Kommissionen ikke længere udtale sig om støttens forenelighed med den pågældende kodeks (jf. dom af 3.10.1985, sag 214/83, Tyskland mod Kommissionen, Sml. s. 3053, præmis 40-47, og af 13.7.2000, sag C-210/98 P, Salzgitter mod Kommissionen, Sml. I, s. 5843, præmis 49-55).

95 Hvad angår femte jern- og stålstøttekodeks bemærkes, at i henhold til kodeksens artikel 5 kan regional investeringsstøtte ydet i henhold til generelle støtte-

ordninger betragtes som forenelig med fællesmarkedet indtil den 31. december 1994, såfremt den støttemodtagende virksomhed er etableret på de nye delstaters område, og støtten ledsages af en nedsættelse af den samlede produktionskapacitet på dette område.

96 I øvrigt bestemmer kodeksens artikel 6, stk. 1, tredje punktum, at de i kodeksens artikel 5 omhandlede støtteprojekter skulle være anmeldt til Kommissionen senest den 30. juni 1994.

97 Da den omhandlede støtte først blev anmeldt til Kommissionen den 6. juni 1997, følger det heraf, i overensstemmelse med den retspraksis, som er nævnt i denne doms præmis 93 og 94, at Kommissionen ikke kan undersøge den i henhold til femte jern- og stålstøttekodeks. Den omstændighed, at Kommissionen var blevet underrettet om denne støtte ved meddelelsen af 29. juni 1994, som efterfølgende blev trukket tilbage af de tyske myndigheder, kan ikke ændre denne konklusion.

98 Den omstændighed, at tilbagetrækningen — som hævdet af den tyske regering og bestridt af Kommissionen — skete på Kommissionens opfordring, kan i det foreliggende tilfælde ikke få retlige følger.

99 Den tyske regerings fjerde anbringende bør derfor forkastes.

Det femte anbringende om en ukorrekt vurdering af investeringsstøtte til de af GS' produktionssektorer, som ikke er omfattet af EKSF-traktaten

100 Med sit femte anbringende, som falder i to led, har den tyske regering anfægtet Kommissionens vurdering af investeringsstøtte bestemt til de af GS' produktionssektorer, som ikke er omfattet af EKSF-traktaten.

Det første led

101 Den tyske regering har gjort gældende, at Kommissionen i den anfægtede beslutning, ved vurderingen af den investeringsstøtte, som var bestemt til de af GS' produktionssektorer, som ikke er omfattet af EKSF-traktaten, med urette har anvendt de kriterier, som er fastsat i femte jern- og stålstøttekodeks vedrørende regionalstøtte, og ikke — som denne regering havde anmodet den om — Fællesskabets rammebestemmelser for statsstøtte til redning og omstrukturering af kriseramte virksomheder (EFT 1964 C 368, s. 12, herefter »rammebestemmelserne for statsstøtte til omstrukturering«). I den førstnævnte tekst er støtteintensiteten imidlertid begrænset til 35% af investeringsbeløbet, mens den sidstnævnte tillader støtte på op til 100% af dette beløb.

102 Den tyske regering har i denne forbindelse fremsat tre argumenter.

103 Den tyske regering har for det første gjort gældende, at den investeringsstøtte, som var bestemt til de af GS' produktionssektorer, som ikke er omfattet af EKSF-traktaten, skulle have været vurderet udelukkende efter EF-traktaten. Kommissionen har imidlertid, med den begrundelse, at GS som helhed betragtet driver virksomhed inden for en »følsom sektor«, lagt til grund, at den godkendelse af støtte, som er fastsat i EF-traktaten, ikke kan gå ud over det, som er tilladt efter EKSF-traktaten og femte jern- og stålstøttekodeks. En sådan henvisning til kriterierne i EKSF-traktaten er ulovlig.

104 For det andet har det tyske regering anført, at de af GS's aktiviteter, som er omfattet af EF-traktaten, ikke er en »følsom sektor« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i de bestemmelser, som udgør retsgrundlaget for Treuhandanstalts aktiviteter eller i rammebestemmelserne for statsstøtte til omstrukturering. Ifølge denne regering er en økonomisk sektor ikke en »følsom sektor«, alene fordi den er udsat for »sektormæssig overkapacitet«. »Følsomme sektorer« er nemlig kun de økonomiske sektorer, for hvilke Kommissionen i sine meddelelser eller i andre retsakter har fastsat materielle kriterier for godkendelse af statsstøtte.

105 Der er imidlertid ikke i rammebestemmelserne for statsstøtte til visse jern- og stålsektorer, som ikke er omfattet af EKSF-traktaten, udpeget en følsom sektor, eftersom disse blot fastsætter en pligt til anmeldelse af foranstaltninger truffet til fordel for rørindustrien. Disse rammebestemmelser har ingen retlige følger for de af GS' produktionssektorer, der ikke er omfattet af EKSF-traktaten. De medfører især ikke, at støtte til et omstruktureringsprojekt er begrænset til 35% af investeringsbeløbet.

106 For det tredje har den tyske regering gjort gældende, at Kommissionen ved i det foreliggende tilfælde at afslå at anvende rammebestemmelserne for statsstøtte til omstrukturering, som var blevet anvendt i hundredvis af tilsvarende sager om privatiseringer foretaget af Treuhandanstalt, BvS og BMGB, har anlagt et groft fejlskøn. Kommissionens påstand om, at der aldrig er blevet forelagt den en omstruktureringsplan, er urigtig, eftersom denne regering havde forelagt den en sådan omstruktureringsplan i forbindelse med såvel de meddelelser, som blev fremsendt i perioden 1994-1996, som anmeldelsen af 6. juni 1997. Den tyske regering har gjort gældende, at hvis det væsentligste element i det foreliggende tilfælde bestod i at genoprette virksomhedens rentabilitet som led i en privatisering, således som det er anført i den anfægtede beslutnings punkt 58, burde Kommissionen have godkendt den omhandlede støtte med 100%.

107 I denne forbindelse bemærker Domstolen for det første, at det var med rette, at Kommissionen i den anfægtede beslutnings punkt 56 har anført, at den gældende ordning for Treuhandanstalt, dvs. Kommissionens skrivelser til den tyske regering SG(91) D/17825 af 26. oktober 1991, SG(92) D/17613 af 8. december 1992 og

SG(95) D/1062 af 1. februar 1995, ikke fandt anvendelse i den foreliggende sag. I henhold til disse skrivelser var »stålsektoren«, og ikke »den del af stålsektoren, som er omfattet af EKSF-traktaten«, som en følsom sektor udelukket fra den ordning, der blev indført ved skrivelserne.

108 Endvidere bemærkes, at det fremgår af den anfægtede beslutnings punkt 60-63, for det første, at Kommissionen var af den opfattelse, at de retningslinjer, der gjaldt for regionalstøtte på tidspunktet for støttens tildeling, var det eneste retsgrundlag, som kunne finde anvendelse ved vurderingen af den investeringsstøtte, som var tildelt de af GS's produktionssektorer, som ikke var omfattet af EKSF-traktaten. For det andet fastslog Kommissionen i medfør af artikel 87, stk. 3, EF og artikel 88, stk. 2, EF, idet den fandt, at enhver sådan investeringsstøtte skulle vurderes på grundlag af de godkendte lofter for regional investeringsstøtte inden for rammerne af Gemeinschaftsaufgabe-ordningen, at kun 35% af støtten var forenelig med fællesmarkedet.

109 Det bemærkes, i modsætning til hvad den tyske regering har gjort gældende, at det på ingen måde følger af denne argumentation, at Kommissionen har anvendt bestemmelserne i EKSF-traktaten eller kodekserne for støtte til jern- og stålindustrien i forbindelse med bedømmelsen af de nævnte støtteforanstaltninger.

110 Endelig bemærkes, hvad angår det argument, hvormed den tyske regering har bebrejdet Kommissionen, at den i den foreliggende sag ikke har anvendt rammebestemmelserne for statsstøtte til omstrukturering, at som det fremgår af den anfægtede beslutnings punkt 53, underrettede Forbundsrepublikken Tyskland den 14. oktober 1998 Kommissionen om, at Treuhandanstalt, EREL og BvS for så vidt angår den omhandlede investeringsstøtte havde handlet som regionale støtteorganer. Idet Kommissionens påstand herom ikke er blevet bestridt af den tyske regering, skal den nævnte støtte anses for at være blevet ydet som regionalstøtte.

111 Hertil kommer, at det i den foreliggende sag ikke er blevet godtgjort, at den omhandlede investeringsstøtte var ledsaget af en omstruktureringsplan for GS. Den tyske regering har således begrænset sig til på abstrakt vis at henvise til sin brevveksling med Kommissionen, såvel under den administrative procedure som efter denne, uden at fremkomme med konkrete oplysninger til bevis for, at der var blevet iværksat et egentligt sammenhængende og udtømmende omstruktureringsprogram, og at dette var blevet forelagt Kommissionen til godkendelse.

112 I øvrigt bemærkes, at den tyske regerings påstand om, at GS' cash flow var positivt for første gang i regnskabsåret 1998, ikke i sig selv kan udgøre et bevis for en varig genopretning af virksomhedens rentabilitet.

113 Det første led i det femte anbringende bør derfor forkastes.

Det andet led

114 Med det andet led i sit femte anbringende har den tyske regering gjort gældende, at den anfægtede beslutning er behæftet med en retlig fejl, idet Kommissionen ikke har godkendt investeringsstøtte bestemt til de af GS' produktionssektorer, som ikke er omfattet af EKSF-traktaten, i medfør af artikel 87, stk. 2, litra c), EF. Den tyske regering har gjort gældende, at omstruktureringen af GS og ledsageforanstaltningerne hertil, truffet af Treuhandanstalt, BvS og BMGB, udgør et typisk tilfælde af anvendelse af denne bestemmelse, bl.a. fordi Gröditz (Tyskland) som et tidligere hjemsted for jern- og stålproduktionsanlæg er særligt hårdt ramt af følgerne af den socialistiske planøkonomi, og fordi det gennemsnitlige økonomiske niveau i dette område langt fra når op på siden af niveauet i de delstater, som udgjorde Forbundsrepublikken Tyskland før Tysklands forening.

115 Det bemærkes herved, at efter ordlyden af artikel 87, stk. 2, litra c), EF er »støtteforanstaltninger for økonomien i visse af Forbundsrepublikken Tysklands områder, som er påvirket af Tysklands deling, i det omfang de er nødvendige for at opveje de økonomiske ulemper, som denne deling har forårsaget«, forenelige med fællesmarkedet.

116 Denne bestemmelse er ikke blevet ophævet efter Tysklands forening, hverken ved traktaten om Den Europæiske Union eller ved Amsterdam-traktaten (dom af 19.9.2000, sag C-156/98, Tyskland mod Kommissionen, Sml. I, s. 6857, præmis 47).

117 Det skal dog bemærkes, at da det drejer sig om en undtagelse fra det almindelige princip i artikel 87, stk. 1, EF om, at statsstøtte er uforenelig med fællesmarkedet, skal artikel 87, stk. 2, litra c), EF undergives en snæver fortolkning (jf. dommen af 19.9.2000 i sagen Tyskland mod Kommissionen, præmis 49).

118 Hertil kommer, at der, som Domstolen tidligere har fastslået, ved fortolkningen af en fællesskabsregel ikke blot skal tages hensyn til dens ordlyd, men ligeledes til den sammenhæng, hvori den indgår, og til de mål, der forfølges med den ordning, som den udgør en del af (dom af 17.11.1983, sag 292/82, Merck, Sml. s. 3781, præmis 12, og af 21.2.1984, sag 337/82, St. Nikolaus Brennerei und Likörfabrik, Sml. s. 1051, præmis 10, samt dommen af 19.9.2000 i sagen Tyskland mod Kommissionen, præmis 50).

119 I øvrigt bemærkes, at selv om artikel 87, stk. 2, litra c), EF kan finde anvendelse på nye delstater efter Tysklands forening, kan denne anvendelse kun foregå på de samme betingelser som dem, der var gældende i de gamle delstater i perioden forud for genforeningstidspunktet (jf. dommen af 19.9.2000 i sagen Tyskland mod Kommissionen, præmis 51).

120 Ordene »Tysklands deling« henviser historisk set til etableringen af skillelinjen mellem de to besættelseszoner i 1948. Derfor kan »de økonomiske ulemper, som denne deling har forårsaget«, kun omfatte de økonomiske ulemper, der i visse tyske regioner blev forårsaget som en følge af den isolering, der fulgte af etableringen af denne fysiske grænse, som eksempelvis afbrydelsen af samfærdselsårerne eller tab af naturlige afsætningsmuligheder efter forstyrrelser i forretningsforbindelserne mellem de to tyske områder (jf. dommen af 19.9.2000 i sagen Tyskland mod Kommissionen, præmis 52).

121 Den tyske regerings opfattelse, hvorefter artikel 87, stk. 2, litra c), EF gør det muligt helt at opveje den økonomiske tilbagestående, som det er ubestridt, at de nye delstater lider under, tager hverken hensyn til, at der er tale om en undtagelsesbestemmelse, eller til den sammenhæng, som bestemmelsen indgår i, og de formål, som den forfølger (jf. i denne retning dommen af 19.9.2000 i sagen Tyskland mod Kommissionen, præmis 53).

122 De økonomiske ulemper, som de nye delstater generelt lider under, er ikke direkte forårsaget af den geografiske deling af Tyskland i artikel 87, stk. 2, litra c), EF's forstand (jf. dommen af 19.9.2000 i sagen Tyskland mod Kommissionen, præmis 54).

123 Det må derfor fastslås, at udviklingsforskellene mellem de gamle og de nye delstater beror på andre forhold end den geografiske skillelinje, der følger af Tysklands deling, og navnlig skyldes de forskellige politisk-økonomiske systemer, der blev etableret i de to stater på hver sin side af grænsen (jf. dommen af 19.9.2000 i sagen Tyskland mod Kommissionen, præmis 55).

124 Det må herefter konkluderes, at den tyske regering ikke er fremkommet med noget, som kan godtgøre, at den støtte, der var bestemt til de af GS'

produktionssektorer, som ikke er omfattet af EKSF-traktaten, var nødvendig for at opveje de økonomiske ulemper, som Tysklands deling har forårsaget.

125 Under disse omstændigheder bør det andet led i det femte anbringende forkastes. Dette anbringende bør derfor forkastes i sin helhed.

Det sjette anbringende om en ukorrekt vurdering efter støttereglerne af proceduren for privatisering af GS

126 Med det sjette anbringende har den tyske regering anfægtet Kommissionens vurdering af proceduren for privatisering af GS. Den har for det første gjort gældende, at den anfægtede beslutning er behæftet med en fejl, for så vidt som den som grundlag har konstateringen af, at privatiseringen af GS, til en negativ købspris på 340 mio. DEM, set ud fra kapitalindehaverens synspunkt ikke var en løsning, som ud fra et omkostningssynspunkt var mere fordelagtig end en likvidation. Ifølge nævnte regering er denne konstatering baseret på en ukorrekt bedømmelse af retsstillingen i Tyskland samt på en urigtig fortolkning af princippet om en privat investor i de gældende støtteregler.

127 For det andet har den tyske regering anført, at den anfægtede beslutning ligeledes er behæftet med en fejl, idet den rejser tvivl om, hvorvidt den udbudsprocedure, der blev afholdt på internationalt plan i GS's tilfælde, opfyldte betingelsen om en »åben og gennemsigtig procedure uden nogen form for betingelser« i Kommissionens retningslinjer på privatiseringsområdet, offentliggjort af Kommissionen i XXIII Beretning om Konkurrencepolitikken (1993) (herefter »retningslinjerne«).

128 Hvad angår princippet om privatisering af GS og Kommissionens anvendelse af princippet om en privat investor har den tyske regering anført, at Kommissionen

har lagt til grund, med henvisning til Domstolens praksis (dom af 14.9.1994, forenede sager C-278/92, C-279/92 og C-280/92, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 4103, præmis 22), at kun 94 mio. DEM ud af likvidationsomkostningerne for GS, som af revisionsselskabet KPMG var anslået til 475 mio. DEM, skulle tages i betragtning med henblik på en sammenligning, idet dette beløb svarede til likvidationsværdien som opgjort af revisorerne, ud over hvilken værdi BvS ikke hæftede.

129 Den tyske regering har for det første gjort gældende, at den af Kommissionen påberåbte retspraksis ikke er relevant i det foreliggende tilfælde. Dommen af 14. september 1994 i sagen Spanien mod Kommissionen bygger på konstateringer vedrørende den hæftelse, der efter spansk ret påhviler en offentlig enhed, som er indehaver af selskabskapital. Situationen er imidlertid en anden efter tysk ret. Som Kommissionen ifølge den tyske regering har anerkendt i den anfægtede beslutnings punkt 81, ville de anpartshaverlån, som er ydet af GS' forskellige offentlige ejere, ikke kunne indgå i konkursboet til opfyldelse af kreditorerne. Når dette beløb medregnes, beløber likvidationsomkostningerne sig til 292 mio. DEM.

130 For det andet har den tyske regering anfægtet Kommissionens konstatering i den anfægtede beslutnings punkt 80, første afsnit, litra a), hvorefter BvS har stillet garanti for GS' gæld som et offentligt organ og ikke som kapitalindehaver. Ifølge regeringen udgjorde de garantier, som var stillet af BvS, ikke statslige støtteforanstaltninger. De var tværtimod fuldt ud sammenlignelige med de garantier, som stilles af holdingselskaber til fordel for deres datterselskaber, og som er sædvanlige inden for den private sektor. Sådanne holdingselskaber skal ligeledes, når der er tale om at beregne omkostningerne til likvidation af et datterselskab, medregne disse garantier. Det er i den forbindelse fuldstændig ligegyldigt, om BvS direkte eller indirekte, gennem et driftsselskab, var kapitalindehaver i GS.

131 For det tredje har den tyske regering gjort gældende, at der i den anfægtede beslutning ikke er taget hensyn til, at BvS i henhold til tysk ret som kapitalindehaver i tilfælde af en likvidation hæfter for omkostningerne til

genopretning af det område, hvorpå anlægget var beliggende, hvilke omkostninger af revisorerne var beregnet til 87 mio. DEM. I henhold til tysk offentlig ret er enhver indehaver af kapital i et likvideret selskab ansvarlig for jordforurening forårsaget af dette selskab og for andre forhold, som nødvendiggør en oprydning.

132 For det fjerde skal der ifølge den tyske regering også tages hensyn til omkostningerne ved selve likvidationen, der af revisorerne var beregnet til 57 mio. DEM. Eftersom kapitalindehaveren hæfter for disse omkostninger, skal dette beløb ligeledes tages i betragtning i sammenligningen af privatiseringsomkostningerne og likvidationsomkostningerne. For så vidt som det driftsselskab, som kontrolleres af BvS, hæfter for disse omkostninger, skal det ifølge den tyske regering tilføjes, at dette selskab, for så vidt angår likvidationsomkostningerne, har et regreskrav over for BvS.

Domstolens bemærkninger

133 Med henblik på at fastslå, om privatiseringen af GS til en negativ købspris på 340 mio. DEM indebærer elementer af statsstøtte, skal der foretages en vurdering af, om en privat investor af en størrelse, der kan sammenlignes med organer, som forestår forvaltningen af den offentlige sektor, under tilsvarende omstændigheder kunne tænkes at ville have indskudt en kapital af denne størrelse i forbindelse med salget af virksomheden eller ville have valgt en likvidation af virksomheden (jf. i denne retning bl.a. dom af 16.5.2002, sag C-482/99, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 4397, præmis 70).

134 Der må, som det fremgår af Domstolens praksis, i denne forbindelse sondres mellem de forpligtelser, staten hæfter for som ejer af et selskabs aktiekapital, og de forpligtelser, der kan påhvile den som offentlig myndighed (dommen af 14.9.1994 i sagen Spanien mod Kommissionen, præmis 22).

135 I den foreliggende sag skal der endvidere tages hensyn til den omstændighed, at det ikke er blevet bestridt, at GS var en kriseramt virksomhed, som forskellige offentlige organer gennem flere år rentefrit og uden tilbagebetalingspligt har stillet lån til rådighed for.

136 Det er på denne baggrund, at den tyske regerings argumentation, som skal godtgøre, at en likvidation af GS ville have medført større omkostninger end privatiseringen af virksomheden, skal undersøges.

137 I det foreliggende tilfælde har Forbundsrepublikken Tyskland beregnet de omkostninger, som en likvidation af GS ville medføre, til 475 mio. DEM. Dette beløb består af 196 mio. DEM, svarende til anpartshaverlånene, 49 mio. DEM til garanterede banklån, 26 mio. DEM til øvrige forpligtelser, 147 mio. DEM som midler til dækning af forskellige omkostninger (heraf 87 mio. DEM i omkostninger til genopretning af området og 22 mio. DEM i omkostninger til en plan på det sociale område, som ikke følger af en bindende forpligtelse) og 57 mio. DEM til omkostningerne ved selve likvidationsproceduren, bl.a. driftsomkostninger og omkostninger til suspension af aktiviteter i likvidationsperioden.

138 Hvad for det første angår de garantier, der er stillet for lån ydet til GS, bemærkes, at de er etableret til fordel for en kriseramt virksomhed, som ikke har erlagt nogen passende modydelse. En privat investor ville således normalt ikke have ydet et lån af denne type til GS. Som Kommissionen har anført i den anfægtede beslutnings præmis 45, skal statsgarantier til fordel for kriseramte virksomheder betragtes som støtte på et beløb svarende til det garanterede lån. Det følger heraf,

at de forpligtelser, dette medfører for virksomheden, klart følger af støttetildelingen og derfor ikke kan tages i betragtning ved beregningen af de normale likvidationsomkostninger.

139 Hvad dernæst angår de omkostninger til genopretning af området, som den tyske regering har påberåbt sig, bemærkes, at eftersom områdets salgsværdi, som det fremgår af sagen, kun var 9 mio. DEM, selv om virksomheden var forpligtet til at foretage genopretningen, ville en privat investor ikke have stillet supplerende midler til dennes rådighed i tilfælde af en likvidation. Under alle omstændigheder har den tyske regering ikke fremlagt nøjagtige oplysninger, som kan udgøre et bevis for, at indehaveren af kapital i den virksomhed, der skulle likvideres, i et tilfælde som det foreliggende ville have været forpligtet til i givet fald personligt at påtage sig at betale samtlige udgifter til områdets genopretning.

140 Hvad endelig angår anpartshaverlånene bemærkes, at disse — i betragtning af de vanskeligheder, GS befandt sig i, og de betingelser, der var knyttet til lånene — som helhed udgør støtte, som anført i den anfægtede beslutnings punkt 44. Den manglende tilbagebetaling af disse lån medfører således bortfald af et tilgodehavende, som følger af støttetildelingen, dvs. er medført af en foranstaltning, der er truffet af medlemsstaten som offentlig myndighed, og som en privat investor ikke ville have truffet, og som derfor ikke kan tages i betragtning ved beregningen af likvidationsomkostningerne. Selv om det forudsættes, at anpartshaverlånene i tilfælde af insolvens i henhold til tysk lovgivning vil blive anset for at være egne midler, som ikke kan kræves anvendt til opfyldelse af kreditorerne ud af konkursboet, og vil blive indregnet i likvidationsomkostningerne, beløber disse omkostninger sig alene til 292 mio. DEM, hvilket beløb er væsentligt mindre end de 340 mio. DEM, som privatiseringen har kostet.

141 Under disse omstændigheder må det fastslås, at det er med rette, at Kommissionen i den anfægtede beslutnings punkt 82 har konstateret, at en likvidation af GS ville have været billigere, og at en privat investor således ville have valgt denne løsning.

142 Hvad i øvrigt angår den tyske regerings påstand om, at proceduren for privatisering af GS opfyldte betingelsen om en »åben og gennemsigtig procedure uden nogen form for betingelser« i retningslinjerne, skal det blot bemærkes, at uafhængigt af disse retningslinjers juridiske værdi, og selv om det forudsættes, at denne påstand havde været underbygget, ville den ikke kunne rejse tvivl om konstateringen af, at den omstændighed, at man valgte at privatisere GS til en negativ købspris, ikke opfylder kriteriet vedrørende en privat investor, og dermed indebærer elementer af statsstøtte.

143 Det følger heraf, at den tyske regerings sjette anbringende ligeledes bør forkastes.

144 Under disse omstændigheder, på baggrund af det ovenfor anførte, bør Kommissionen frifindes i det hele.

Sagens omkostninger

145 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at Forbundsrepublikken Tyskland tilpligtes at betale sagens omkostninger, og da Forbundsrepublikken Tyskland har tabt sagen, bør det pålægges den at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN

1) **Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.**

2) **Forbundsrepublikken Tyskland betaler sagens omkostninger.**

Rodríguez Iglesias Puissochet Wathelet

Schintgen Timmermans Gulmann

Edward La Pergola Skouris

von Bahr Cunha Rodrigues

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 28. januar 2003.

R. Grass G.C. Rodríguez Iglesias

Justitssekretær Præsident