DOMSTOLENS DOM (Sjette Afdeling)

12. december 2002 *

I sag C-209/00,

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

sagsøger,

mod

Forbundsrepublikken Tyskland ved W.-D. Plessing, som befuldmægtiget, bistået af Rechtsanwalt H.-F. Wissel,

sagsøgt,

angående en påstand om, at det fastslås, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser efter artikel 249 EF, jf. artikel 3 i Kommissionens beslutning 2000/392/EF af 8. juli 1999 om Forbundsrepublikken Tysklands foranstaltning til fordel for Westdeutsche Landesbank Girozentrale (WestLB)

* Processprog: tysk.

(EFT 2000 L 150, s. 1), idet den ikke inden for den fastsatte frist har truffet de nødvendige foranstaltninger til at ophæve og kræve den statsstøtte tilbage, som den havde ydet Westdeutsche Landesbank Girozentrale mellem 1992 og 1998, og som blev erklæret uforenelig med fællesmarkedet ved den nævnte beslutning,

har

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

sammensat af formanden for Anden Afdeling, R. Schintgen, som fungerende formand for Sjette Afdeling, og dommerne C. Gulmann, V. Skouris, F. Macken (refererende dommer) og J.N. Cunha Rodrigues,

generaladvokat: A. Tizzano
justitssekretær: ekspeditionssekretær H.A. Rühl,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at parterne har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 7. juni 2001,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 20. september 2001,

afsagt følgende

Dom

1 Ved stævning indleveret til Domstolens Justitskontor den 25. maj 2000 har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber i medfør af artikel 88, stk. 2, andet afsnit, EF anlagt sag med påstand om, at det fastslås, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser efter artikel 249 EF, jf. artikel 3 i Kommissionens beslutning 2000/392/EF af 8. juli 1999 om Forbundsrepublikken Tysklands foranstaltning til fordel for Westdeutsche Landesbank Girozentrale (WestLB) (EFT 2000 L 150, s. 1), idet den ikke inden for den fastsatte frist har truffet de nødvendige foranstaltninger til at ophæve og kræve den statsstøtte tilbage, som den havde ydet Westdeutsche Landesbank Girozentrale mellem 1992 og 1998, og som blev erklæret uforenelig med fællesmarkedet ved den nævnte beslutning.

Sagens faktiske omstændigheder

Beslutning 2000/392

2 I medfør af artikel 1 i Gesetz zur Regelung der Wohnungsbauförderung (lov om støtte til boligbyggeri, herefter »GRW«) af 18. december 1991, som blev vedtaget af delstaten Nordrhein-Westfalens landdag, blev Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen (herefter »WfA«) med virkning fra den 1. januar 1992 overdraget til Westdeutsche Landesbank Girozentrale (herefter »WestLB«) som universalsuccessor.

3 WestLB er en offentligretlig institution efter lovgivningen i Nordrhein-Westfalen. Den er 100% offentligt ejet. Hovedindehaveren er Land Nordrhein-Westfalen (herefter »delstaten«), der er indehaver af 43,2% af kapitalen.

4 Indtil den 31. december 1991 fungerede WfA som en offentligretlig institution. WfA var således en selvstændig juridisk person, som delstaten var eneindehaver af. WfA havde alene til opgave at fremme boligbyggeri. Efter den 1. januar 1992 er WfA fortsat en økonomisk og organisatorisk uafhængig offentligretlig institution inden for WestLB, men uden selvstændig retsevne.

5 WfA's indskudskapital og reserver skulle opføres som særlige reserver på WestLB's balance. Ifølge GRW's artikel 2, § 16, stk. 2, skulle WfA's aktiver, dvs. indskudskapitalen, reserverne, midlerne til boligbyggeri, dets øvrige tilgodehavender og fremtidige tilbagebetalinger af byggelån, dvs. i alt 5,9 mia. DEM, fortsat anvendes til støtte til boligbyggeri efter overdragelsen til WestLB. WfA's aktiver, der blev overdraget til WestLB, skal således forvaltes uafhængigt af WestLB's øvrige virksomhed. Det var dog fastsat i GRW, at de overdragne aktiver samtidig skulle tjene som egenkapital, dvs. som kapital, der ligger til grund for beregningen af en banks solvensnøgletal.

6 WfA's overdragelse medførte ingen ændring af ejerforholdene i WestLB. Delstaten modtog ingen godtgørelse for den i WestLB indskudte kapital, hverken gennem en større andel af det udbetalte udbytte eller gennem en større andel af afkastet af kapitalandele i WestLB. Derimod blev der fastsat en godtgørelse til delstaten for den tilførte kapital på 0,6% p.a. Denne godtgørelse skulle WestLB betale af overskuddet efter skat. Godtgørelsen, som blev beregnet på grundlag af

den del af WfA-kapitalen, som Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (det tyske banktilsyn) godkendte som WestLB's kerneegenkapital, blev kun betalt for den del af denne kapital, som WestLB havde til rådighed som grundlag for sine forretningsmæssige aktiviteter.

7 Den 1. oktober 1997 besluttede Kommissionen at indlede en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 93, stk. 2 (nu artikel 88, stk. 2, EF). Som afslutning på undersøgelsen vedtog Kommissionen beslutning 2000/392.

8 I beslutningen fastslog Kommissionen, at Forbundsrepublikken Tyskland ved delstatens overdragelse af WfA til WestLB havde ydet en statsstøtte i strid med artikel 88, stk. 3, EF. Ifølge beslutning 2000/392 består statsstøtteelementet i forskellen mellem de beløb, der faktisk er betalt for den indskudte kapital, og de betalinger, som ville være i overensstemmelse med markedsvilkårene. Desuden fastslog Kommissionen, at den ydede støtte ikke kunne anses for forenelig med fællesmarkedet hverken ifølge artikel 87, stk. 2 og 3, EF eller ifølge andre af traktatens bestemmelser.

9 Som følge heraf vedtog Kommissionen nedenstående bestemmelser, der fremgår af konklusionen i beslutning 2000/392:

»*Artikel 1*

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

Artikel 2

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

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

Artikel 3

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

Artikel 4

Denne beslutning er rettet til Forbundsrepublikken Tyskland.«

10 Den 7. oktober 1999 anlagde Forbundsrepublikken Tyskland et annullationssøgsmål til prøvelse af beslutning 2000/392. Sagen blev registreret på Domstolens Justitskontor under nr. C-376/99.

11 Den 12. oktober 1999 anlagde WestLB og delstaten annullationssøgsmål ved Retten i Første Instans til prøvelse af samme beslutning. Sagerne blev registreret under henholdsvis nr. T-228/99 og T-233/99.

12 Ved Domstolens kendelse af 8. februar 2000 blev retsforhandlingerne i sag C-376/99 udsat, indtil Retten havde truffet endelig afgørelse i sagerne T-228/99 og T -233/99.

13 Ved skrivelse af 4. oktober 1999 meddelte den tyske regering Kommissionen, at der var truffet en foranstaltning til gennemførelse af beslutning 2000/392. Efter at Kommissionen havde afslået at godkende denne foranstaltning den 1. december 1999, fremsatte den tyske regering ved skrivelse af 15. marts 2000 et forslag til beslutningens gennemførelse.

Foranstaltningen, der blev meddelt Kommissionen den 4. oktober 1999

14 Ifølge den tyske regerings skrivelse af 4. oktober 1999 var beslutning 2000/392 blevet gennemført i kraft af en aftale, der var indgået den 22. september 1999 mellem WestLB's indehavere med henblik på beslutningens gennemførelse. Ifølge denne aftale skulle den fastslåede værditilvækst i WestLB's åbne og skjulte reserver, der skete mellem 1992 og 1998 på grund af forøgelsen af WestLB's egenkapital efter overdragelsen af WfA, fordeles mellem de nuværende indehavere for at efterkomme tilbagebetalingskravet. Hermed steg delstatens andel i værditilvæksten af WestLB's aktiver med 22,1%. For en værditilvækst mellem 1992 og 1998, som ifølge delstatens beregninger androg 10 mia. DEM, udgjorde den supplerende andel på 22,1% mindst 2,21 mia. DEM. I kraft af dette supplerende beløb, som delstaten havde ret til, blev den i beslutning 2000/392 omhandlede statsstøtte ophævet.

15 Denne nye fordeling ville imidlertid kun blive foretaget, såfremt WestLB blev opløst, eller der skete en ændring i dens ejerforhold.

16 Efter 1998 skulle den særlige reserve, der var opstået ved overdragelsen af WfA til WestLB, ændres til et såkaldt »stille selskabsindskud« (»Stille Einlage«) for delstaten uden ændring af andelene i indskudskapitalen. Et sådant indskud består ifølge tysk ret i et kapitalindskud i et selskab, som hverken giver indskyderen stemmeret eller ret til at bestemme over virksomhedens drift. De nærmere betingelser for et stille indskud fastsættes i den herom indgåede kontrakt.

17 Delstaten skulle have ret til som led i fremtidige forhøjelser af WestLB's kapital at indskyde sin andel ved at konvertere en del af sit stille indskud til en kurs, som skulle fastsættes efter indbyrdes aftale mellem garanterne.

18 Aftalen mellem WestLB's indehavere skulle ophæves med tilbagevirkende kraft, hvis Retten i Første Instans enten annullerede beslutning 2000/392 eller opretholdt den, eller antog, at beslutningen ikke blev gennemført ved aftalen.

19 Ved skrivelse af 1. december 1999 svarede Kommissionen den tyske regering, at denne foranstaltning ikke var egnet til at sikre en korrekt gennemførelse af beslutning 2000/392.

Forslaget, der blev meddelt Kommissionen den 15. marts 2000

20 På grund af Kommissionens afslag tilsendte den tyske regering den 15. marts 2000 Kommissionen et forslag til gennemførelse af beslutning 2000/392. Ved skrivelse af 5. april 2000 præciserede regeringen betingelserne i forslaget.

21 Ifølge dette forslag skulle WestLB i stedet for en kontant betaling præstere en naturalydelse i form af et stille selskabsindskud på 2,2 mia. DEM med tilbagevirkende kraft fra den 1. januar 2000. Dette stille indskud skulle ikke blot dække den støtte, som ifølge Kommissionens beslutning 2000/392 var ydet mellem den 1. januar 1992 og den 31. december 1998, med tillæg af renter, men også den støtte fra 1999, for hvilken der ikke var angivet et beløb i beslutningen.

22 Det stille indskud skulle ydes »på markedsvilkår« og navnlig være i overensstemmelse med de retningslinjer vedrørende »hybridkernekapital« — hvortil ifølge tysk handelsret også hører stille indskudskapital — som er opstillet af Basel-udvalget for banktilsyn den 27. oktober 1998. Renter af det stille indskud skulle ikke udbetales til delstaten, men forblive hos WestLB. Renterne skulle hvert år tilskrives det stille indskud, indtil Domstolen og Retten havde afsagt endelig dom vedrørende beslutning 2000/392.

23 De foreslåede foranstaltninger skulle imidlertid først gennemføres, når Kommissionen havde bekræftet, at der ikke konkurrenceretligt var betænkeligheder ved det stille indskud.

24 Såfremt Domstolen eller Retten måtte fastslå, at beslutning 2000/392 var ugyldig, skulle delstaten tilbagebetale det stille indskud med renter til WestLB uden godtgørelse herfor.

25 Ved skrivelse af 29. marts 2000 svarede Kommissionen den tyske regering, at den ikke fandt, at de i forslaget af 15. marts 2000 indeholdte foranstaltninger udgjorde en korrekt gennemførelse af beslutning 2000/392.

Den administrative procedure

26 I tilknytning til Kommissionens skrivelse af 29. marts 2000 blev der ført en række drøftelser mellem repræsentanter for Kommissionen, den tyske regering, delstaten og WestLB om muligheden for at foretage en tilpasning af forslaget af 15. marts 2000.

27 Under drøftelserne den 3. maj 2000 rejste Kommissionens repræsentanter krav om, at den ydede støtte blev tilbagebetalt inden for de følgende to uger, således som det er fastsat i beslutning 2000/392.

28 Efter udløbet af denne frist anlagde Kommissionen den foreliggende sag.

Realiteten

29 Indledningsvis bemærkes, at det bestemmes dels i artikel 3, stk. 1, litra g), EF, at Fællesskabets virke skal indebære gennemførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes, dels i artikel 87, stk. 1, EF, at statsstøtte, som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, er uforenelig med fællesmarkedet, i det omfang den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne.

30 Med henblik på at sikre effektiviteten af dette forbud er Kommissionen, når den fastslår, at en støtteordning er uforenelig med fællesmarkedet, beføjet til at bestemme, at den pågældende stat skal ophæve eller ændre ordningen. Denne ophævelse eller ændring kan, for at den kan få effektiv virkning, indebære en pligt til at kræve tilbagebetaling af støtte ydet i strid med traktaten (jf. dom af 12.7.1973, sag 70/72, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 813, præmis 13).

31 Den medlemsstat, som en beslutning om tilbagesøgning af ulovlig støtte er rettet til, er i medfør af artikel 249 EF forpligtet til at træffe alle fornødne foranstaltninger til sikring af beslutningens gennemførelse.

32 Da der ikke er fastsat fællesskabsbestemmelser om fremgangsmåden for tilbagebetaling af beløb, der er udbetalt med urette, skal tilbagesøgning af ulovlig støtte principielt ske i henhold til de herfor gældende bestemmelser i national ret (jf. i denne retning dom af 20.3.1997, sag C-24/95, Alcan Deutschland, Sml. I, s. 1591, præmis 24).

33 I øvrigt er denne retspraksis blevet bekræftet ved Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22. marts 1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af EF-traktatens artikel 93 (EFT L 83, s. 1), navnlig forordningens artikel 14, stk. 3, hvorefter tilbagebetalingen skal ske omgående og i overensstemmelse med gældende procedurer i den pågældende medlemsstats nationale ret.

34 En medlemsstat, som i henhold til en kommissionsbeslutning er forpligtet til at tilbagesøge ulovlig støtte, kan således frit vælge de midler, hvormed den vil opfylde denne forpligtelse, forudsat at de valgte foranstaltninger ikke er til skade for fællesskabsrettens rækkevidde og effektivitet.

35 En medlemsstat kan dog efter det anførte ikke opfylde sin tilbagesøgningsforpligtelse, medmindre de af medlemsstaten trufne foranstaltninger er egnede til at genoprette de normale konkurrencevilkår, som er blevet fordrejet ved tildelingen af den ulovlige støtte, og medmindre foranstaltningerne er i overensstemmelse med de relevante bestemmelser i fællesskabsretten.

36 En beslutning med pålæg om tilbagesøgning af ulovlig støtte kan derfor ikke gennemføres korrekt ved foranstaltninger, som ikke selv er i overensstemmelse med fællesskabsretten.

37 Endelig bemærkes, at når en medlemsstat ikke opfylder sin forpligtelse til at tilbagesøge ulovlig støtte, kan Kommissionen anlægge sag ved Domstolen med henblik på at få fastslået dette traktatbrud enten i medfør af artikel 226 EF eller artikel 88, stk. 2, EF. Det sidstnævnte retsmiddel er blot en variant af traktatbrudssøgsmålet, der er tilpasset de særlige problemer, som opretholdelse af statsstøtte, der er erklæret ulovlig, frembyder for konkurrencen på fællesmarkedet.

38 Ifølge fast retspraksis påhviler det under en traktatbrudssag Kommissionen at godtgøre det hævdede traktatbrud. Kommissionen skal fremlægge de nødvendige oplysninger for Domstolen til efterprøvelse af, om der foreligger et traktatbrud, og kan ikke påberåbe sig nogen form for formodning (jf. dom af 25.5.1982, sag 96/81, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. s. 1791, præmis 6).

39 Medlemsstaterne er dog ifølge artikel 10 EF forpligtet til at lette Kommissionen gennemførelsen af dens opgaver, som bl.a. består i at drage omsorg for gennemførelsen af de bestemmelser, institutionerne træffer med hjemmel i traktaten (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 7).

40 Hvis en medlemsstat til gennemførelse af en beslutning med pålæg om tilbagesøgning af ulovlig støtte bestemmer, at tilbagesøgningen skal ske på anden måde end ved kontant betaling, skal den forelægge Kommissionen alle de oplysninger, som er nødvendige for, at denne kan efterprøve, om det valgte middel er egnet til at gennemføre beslutningen.

41 Til forskel fra en tilbagebetaling med kontante midler, som efter sin beskaffenhed giver Kommissionen mulighed for at kontrollere, om beslutningen er gennemført, kan der være andre af de metoder, som en medlemsstat foreslår til opfyldelse af sin forpligtelse til tilbagesøgning af ulovlig støtte, som kan nødvendiggøre en vurdering af komplicerede sagsforhold.

42 For at kunne foretage en sådan efterprøvelse har Kommissionen imidlertid brug for oplysninger, som den ikke kan komme i besiddelse af uden et tæt samarbejde fra den pågældende medlemsstats side.

43 Heraf følger, at en medlemsstat, selv om den kan kræve ulovlig støtte tilbagebetalt på anden måde end ved kontant betaling, skal sørge for, at de af den valgte foranstaltninger er tilstrækkelig gennemskuelige til, at Kommissionen kan sikre sig, at de er egnede til at fjerne den konkurrencefordrejning, som skyldes den pågældende støtte, således at fællesskabsretten fuldt ud overholdes.

44 Når en medlemsstat beslutter ikke at ville kræve en støtte tilbage i form af kontant betaling, men vælger at anvende alternative foranstaltninger, er den følgelig forpligtet til at give Kommissionen de oplysninger, som er nødvendige til efterprøvelse af, at foranstaltningerne er egnede til at opnå det resultat, der er foreskrevet i beslutningen, således at fællesskabsretten fuldt ud overholdes.

45 Meddelelserne af 4. oktober 1999 og 15. marts 2000 skal bedømmes på grundlag af disse indledende betragtninger.

Foranstaltningen, der blev meddelt Kommissionen den 4. oktober 1999

46 Indledningsvis bemærkes, at parterne under retsmødet drøftede karakteren af den aftale, som blev indgået mellem WestLB's indehavere, og som var vedlagt den tyske regerings meddelelse af 4. oktober 1999, med henblik på at afklare, om der, som hævdet af den tyske regering, var tale om en foranstaltning, der faktisk var vedtaget til gennemførelse af beslutning 2000/392, eller om der, som hævdet af Kommissionen, blot var tale om et forslag til en gennemførelsesforanstaltning.

47 Det er herom tilstrækkeligt at konstatere, at den tyske regering såvel i sin skrivelse af 4. oktober 1999 som under sagen for Domstolen har beskrevet foranstaltningen som en faktisk truffet foranstaltning, som efter dens opfattelse er egnet til gennemførelse af beslutning 2000/392. Den må derfor bedømmes som en sådan foranstaltning.

Parternes argumenter

48 Kommissionen har gjort gældende, at den foranstaltning, der blev meddelt den 4. oktober 1999, ikke opfylder kravene til en egnet gennemførelse af beslutning 2000/392.

49 For det første indebar foranstaltningen alene, at de øvrige indehavere gav afkald på en andel i WestLB's formue til fordel for delstaten, men den medførte ingen som helst ændringer i WestLB's situation hvad angår selskabets omkostninger. Indskud af ny kapital i en bank er imidlertid normalt forbundet med omkostninger for banken. Den foreslåede foranstaltning ophæver derfor ikke den konkurrencefordrejning, som tidligere er sket til fordel for WestLB.

50 For det andet ville en privat investor, der handler på markedsøkonomiske vilkår, aldrig have accepteret, at gennemførelsen af en forøget kapitalandel udsættes til et senere tidspunkt. Ifølge den foranstaltning, der blev meddelt den 4. oktober 1999, skulle den foreslåede nye fordeling imidlertid først finde sted, såfremt WestLB blev opløst, eller der indtrådte en ændring i ejerforholdene.

51 Selv WestLB's indehavere mente ikke, at den foranstaltning, der blev meddelt den 4. oktober 1999, var tilstrækkelig til at gennemføre beslutning 2000/392, da de havde aftalt, at den foreslåede regel skulle tages op til fornyet vurdering, selv om Retten i Første Instans stadfæstede beslutningen.

52 Heroverfor har den tyske regering for det første gjort gældende, at enhver ændring i strukturen af den godtgørelse, som blev ydet i forbindelse med

overdragelsen af WfA — det være sig i form af en forhøjelse af den løbende udbetaling af udbytte eller i form af delstatens supplerende andel i værditilvæksten af WestLB's aktiver — kun påvirker det indbyrdes forhold mellem indehaverne. Belastningen af bankens driftsregnskab er derfor ikke afgørende.

53 Endelig foreligger der efter regeringens opfattelse ikke en statsstøtte, når den pågældende investor i overensstemmelse med den markedsøkonomiske investors princip kunne regne med et normalt afkast af sin kapital i form af en andel i værditilvæksten af den begunstigede virksomheds aktiver. Følgelig måtte også den andel af aktivernes værditilvækst, som investoren — i dette tilfælde delstaten — erhvervede med tilbagevirkende kraft, være egnet til at udligne konkurrencefordrejningerne.

54 Den tyske regering kritiserer endvidere, at Kommissionen har begrundet afslaget på at godkende gennemførelsesforanstaltningen med, at den andel af værditilvæksten, som blev ydet med tilbagevirkende kraft, først vil kunne realiseres ved en overdragelse af andelene eller ved en opløsning af WestLB. Ved kapitalindskud udgør andelen i værditilvæksten normalt en vigtigere afkastfaktor end kontant udbetaling af udbytte. Under alle omstændigheder bestrider regeringen Kommissionens argument om, at kapitalandelen i WestLB ikke kan afhændes eller har en så varig karakter, at delstaten aldrig vil kunne drage fordel af den.

55 Hvad endelig angår den omstændighed, at den foranstaltning, der blev meddelt den 4. oktober 1999, angiveligt er resolutivt betinget, anfører den tyske regering, at det på grund af dens overbevisning om, at beslutning 2000/392 vil blive annulleret, ville have været uklogt at kræve en kontant betaling, som ville have påført WestLB en uoprettelig skade. Det var vigtigt at sikre sig muligheden for, at foranstaltningen kunne ophæves.

Domstolens bemærkninger

56 Det bemærkes, som angivet ovenfor i præmis 32, at tilbagesøgning af ulovlig støtte principielt skal ske i overensstemmelse med de gældende bestemmelser i national ret.

57 Selv om en medlemsstat, der ifølge en beslutning fra Kommissionen er forpligtet til at tilbagesøge ulovlig støtte, frit kan vælge, hvilke midler den vil anvende til opfyldelse af denne forpligtelse, må de valgte foranstaltninger dog ikke begrænse fællesskabsrettens rækkevidde og effektivitet, og navnlig ikke rækkevidden og effektiviteten af traktatbestemmelserne om statsstøtte. Sådanne foranstaltninger skal derfor have samme virkning som en tilbagebetaling, der sker ved overdragelse af pengemidler.

58 Enhver foranstaltning, der træffes til opfyldelse af forpligtelsen til at tilbagesøge en ulovligt udbetalt støtte, skal således være egnet til at genoprette de konkurrencevilkår, som blev fordrejet ved tildelingen af den ulovlige støtte, den skal kunne identificeres som sådan af Kommissionen og andre interesserede parter, og den skal være ubetinget og anvendes uden ophold.

59 Den foranstaltning, som er truffet med henblik på tilbagesøgning af støtten til WestLB, opfylder ikke disse betingelser.

60 Det er herom tilstrækkeligt at fremhæve, for det første, at retten til at opnå en supplerende andel i et selskabs værditilvækst, såfremt selskabet opløses, eller der sker en ændring i aktionærernes andel i kapitalen, vedrører usikre, fremtidige forhold.

61 For det andet findes den pågældende foranstaltning ikke egnet til at sikre gennemførelsen af beslutning 2000/392, da den er midlertidig. WestLB's indehavere har således aftalt, at den mellem dem indgåede aftale ophæves med tilbagevirkende kraft ikke blot i tilfælde af, at Fællesskabets retsinstanser annullerer beslutningen eller fastslår, at aftalen er uegnet til at sikre beslutningens gennemførelse, men også i tilfælde af, at Fællesskabets retsinstanser endeligt opretholder beslutning 2000/392.

62 Følgelig kan den gennemførelsesforanstaltning, som den tyske regering meddelte Kommissionen den 4. oktober 1999, ikke anses for en foranstaltning, der er egnet til at tilbagesøge den i beslutning 2000/392 omhandlede støtte fra støttemodtageren.

Forslaget, der blev meddelt Kommissionen den 15. marts 2000

Parternes argumenter

63 Kommissionen har gjort gældende, at det forslag, der blev meddelt den 15. marts 2000, som omfattede en umiddelbar reinvestering af den tilbagebetalte støtte i form af et stille selskabsindskud, muligvis kunne udgøre en ny støtte, hvorfor den skulle anmeldes til Kommissionen. Kravet om anmeldelsen ville imidlertid have medført, at gennemførelsen af beslutning 2000/392 i praksis blev suspenderet,

indtil Kommissionen havde undersøgt det anmeldte forslag. Denne suspensive virkning er uforenelig med betingelsen i henhold til beslutningen om en øjeblikkelig tilbagesøgning. For at undgå dette problem skulle tilbagesøgningen af den tildelte støtte og tilvejebringelsen af et stille indskud af samme beløbsstørrelse være sket i to forskellige faser.

64 Den tyske regering har tilbagevist Kommissionens antagelse om, at det forslag, der blev meddelt den 15. marts 2000, kunne indebære en ny statsstøtte. En investering i en virksomhed i form af et stille indskud på markedsøkonomiske vilkår er ikke undergivet anmeldelsesforpligtelsen for statsstøtte, da en sådan foranstaltning ikke indeholder noget element af statsstøtte.

65 Subsidiært anfører regeringen, at Kommissionen fejlvurderer rammerne for en eventuel anmeldelse af det forslag, der blev meddelt den 15. marts 2000. For det første indeholder forordning nr. 659/1999 klare regler for varigheden af en undersøgelsesprocedure. For det andet havde Kommissionen kunnet forlænge fristen for gennemførelsen af beslutning 2000/392, i det mindste så længe den indledende undersøgelsesprocedure varede.

66 Endvidere anfører den tyske regering, at Kommissionen ikke har nogen beføjelse til at stille krav om, at tilbagesøgningen sker på en ganske bestemt måde, og at den i hvert fald kun stillede det generelle krav i beslutning 2000/392, at der blev truffet de nødvendige foranstaltninger til at ophæve den angivelige støtte og kræve den tilbagebetalt af modtageren. Kravet om, at der anvendes en bestemt foranstaltning ved tilbagesøgningen, er derfor ulovligt og strider navnlig mod proportionalitetsprincippet i artikel 5, stk. 3, EF.

Domstolens bemærkninger

67 Vedrørende det anførte er det tilstrækkeligt at konstatere, at den tyske regering såvel i sine skriftlige indlæg som under retsmødet har erkendt, at den foranstaltning, som den meddelte Kommissionen den 15. marts 2000, kun udgør et forslag til gennemførelse af beslutning 2000/392.

68 Det er således ubestridt, at foranstaltningen ikke er bindende, hvorfor Domstolen ikke kan efterprøve den under denne sag.

Forpligtelsen til loyalt samarbejde

69 Den tyske regering er imidlertid af den opfattelse, at Kommissionen ved gennemførelsen af beslutning 2000/392 har tilsidesat den forpligtelse til loyalt samarbejde, som påhviler den i tilfælde, hvor der opstår vanskeligheder. Selv om regeringen gav Kommissionens tjenestegrene meddelelse om en gennemførelsesforanstaltning og desuden forelagde dem et alternativt forslag til en gennemførelsesforanstaltning, afslog Kommissionen at godkende foranstaltningen og forslaget uden at angive grundene dertil.

70 Herom bemærkes, at ifølge fast retspraksis er den eneste indsigelse, som en medlemsstat kan gøre gældende over for et af Kommissionen i henhold til artikel 88, stk. 2, EF anlagt traktatbrudssøgsmål, at det er absolut umuligt at

gennemføre beslutningen korrekt (jf. bl.a. dom af 22.3.2001, sag C-261/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 2537, præmis 23).

71 Det følger af de foregående bemærkninger, at den tyske regering ikke har truffet de nødvendige foranstaltninger til at kræve den i beslutning 2000/392 omhandlede støtte tilbage fra støttemodtageren.

72 Den tyske regerings klagepunkt om Kommissionens manglende samarbejde kan derfor ikke ændre ved, at den tyske regering har tilsidesat sine forpligtelser.

73 På grundlag af de foregående bemærkninger må det således fastslås, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 249 EF og artikel 3 i beslutning 2000/392, idet den ikke har efterkommet beslutningen.

Sagens omkostninger

74 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 Forbundsrepublikken Tyskland har tabt sagen, bør det pålægges den at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

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

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

Schintgen Gulmann Skouris

Macken Cunha Rodrigues

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 12. december 2002.

R. Grass J.-P. Puissochet

Justitssekretær Formand for Sjette Afdeling