KOMMISSIONENS BESLUT (EU) 2025/906

av den 22 november 2024

om det statliga stöd SA.48580 (2017/C) som Tyskland har genomfört till förmån för WestSpiel

[delgivet med nr C(2024) 8105]

(Endast den tyska texten är giltig)

(Text av betydelse för EES)

EUROPEISKA KOMMISSIONEN HAR ANTAGIT DETTA BESLUT

med beaktande av fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, särskilt artikel 108.2 första stycket,

med beaktande av avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet, särskilt artikel 62.1 a,

efter att ha gett berörda parter tillfälle att inkomma med synpunkter ([1]) och med beaktande av dessa synpunkter, och

av följande skäl:

1. FÖRFARANDE

(1) Genom en skrivelse av den 20 juni 2017 mottog kommissionen två klagomål från en branschorganisation för innehavare av spelautomater (Fachverband Spielhallen e.V.) och en annan klagande (tillsammans *de klagande*) avseende det påstådda statliga stöd som delstaten Nordrhein-Westfalen (*NRW*) beviljat Westdeutsche Spielbanken GmbH & Co. KG (*WestSpiel*).

(2) Klagomålen registrerades separat under numren SA.48580 och SA.48842. Den 16 april 2018 sammanförde kommissionen de två ärendena under nummer SA.48580.

(3) Den 2 augusti 2018 översände kommissionen en icke-konfidentiell version av klagomålen till Tyskland med en begäran om ytterligare upplysningar. Efter att ha begärt och beviljats en förlängning av svarsfristen redogjorde Tyskland genom en skrivelse av den 2 oktober 2018 för sina synpunkter på klagomålen och besvarade begäran om upplysningar.

(4) Den 6 februari 2019 begärde kommissionen ytterligare handlingar från Tyskland, vilka Tyskland inkom med den 22 februari 2019. Den 12 juni 2019 översände kommissionen den icke-konfidentiella versionen av förbundsregeringens inlaga av den 2 oktober 2018 till de klagande med en begäran om synpunkter. Den 8 augusti 2019 lämnade de klagande sina synpunkter på Tysklands argument och vidhöll sina klagomål.

(5) Den 8 oktober 2019 begärde kommissionen ytterligare handlingar från Tyskland, vilka lämnades in den 24 oktober 2019.

(6) Genom en skrivelse av den 9 oktober 2019 begärde de klagande formellt att kommissionen skulle anta ett beslut i ärendet i enlighet med artikel 265.2 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (*EUF-fördraget*).

(7) Genom en skrivelse av den 9 december 2019 underrättade kommissionen Tyskland om sitt beslut att inleda det formella granskningsförfarandet enligt artikel 108.2 i EUF-fördraget (*beslutet om att inleda förfarandet*). Genom ett e-postmeddelande av den 15 januari 2020 bekräftade Tyskland att beslutet om att inleda förfarandet inte innehöll några konfidentiella uppgifter.

([1]) EUT C 59, 21.2.2020, s. 14.

(8) Kommissionens beslut att inleda förfarandet offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning* ([2]). Kommissionen uppmanade berörda parter att inkomma med sina synpunkter på det påstådda stödet eller den påstådda åtgärden.

(9) Den 27 januari 2020 översände kommissionen de klagandes inlaga av den 8 augusti 2019 till Tyskland.

(10) Den 2 mars 2020 lämnade Tyskland synpunkter på beslutet om att inleda förfarandet och på de klagandes inlaga av den 8 augusti 2019. Efter en telefonkonferens mellan kommissionen och Tyskland den 3 juni 2020 lämnade Tyskland den 17 juni 2020 ytterligare skriftliga synpunkter och förklarade sin ståndpunkt. Inga synpunkter från tredje part har inkommit inom den tidsfrist som anges i beslutet om att inleda förfarandet.

(11) Den 6 augusti 2020 inkom de klagande med synpunkter, som Tyskland kommenterade i ett meddelande från förbundsregeringen av den 1 oktober 2020.

(12) Den 18 december 2020 lämnade Tyskland uppdaterad information till kommissionen om privatiseringen av WestSpiel. Den 2 februari 2021 lämnade Tyskland ytterligare uppdateringar om samma privatiseringsprocess. Den 10 februari 2021 överlämnade Tyskland till kommissionen en preliminär tidsplan för de planerade stegen för att slutföra privatiseringen av WestSpiel.

(13) Den 11 februari 2021 skickade kommissionen en begäran om upplysningar till Tyskland, vilken Tyskland besvarade den 25 och 26 februari 2021.

(14) Den 16 mars 2021 lämnade WestSpiel in en redogörelse för ärendet och uppdaterade informationen om förfarandet för försäljningen av WestSpiel. Den 24 mars 2021 ägde ett telefonsamtal rum mellan företrädare för kommissionen och Tyskland.

(15) Tyskland lämnade ytterligare upplysningar till kommissionen den 20 juli och den 8 september 2021.

(16) Den 14 mars 2022 skickade kommissionen ytterligare en begäran om upplysningar till Tyskland, vilken Tyskland besvarade den 4 april 2022. Den 11 juli 2022 skickade kommissionen ännu en begäran om upplysningar till Tyskland, vilken Tyskland besvarade den 18 juli 2022.

(17) Den 12 maj 2023 skickade kommissionen ytterligare en begäran om upplysningar till Tyskland, vilken Tyskland besvarade den 14 juli 2023.

2. DETALJERAD BESKRIVNING AV STÖDET

2.1 Rättslig bakgrund vid den tidpunkt då de påstådda åtgärderna beviljades

(18) Föremålet för detta ärende är det ekonomiska stöd som WestSpiel mottog från staten under perioden 2009–2015 genom de åtgärder som beskrivs i avsnitt 2.3.

(19) Vid den tidpunkt då de påstådda stödåtgärderna beviljades, dvs. mellan 2009 och 2015 för den årliga förlustkompensationen och 2015 för kapitaltillskottet, skilde det tyska rättssystemet mellan två typer av hasardspel.

(20) Å ena sidan fanns det spelautomater, som fritt kunde användas av specialiserade spelhallar eller restauranger, förutsatt att spelförordningen (*Spielverordnung*) följdes. Enligt delstaternas lagar om spelhallar (*Spielhallengesetze der Bundesländer*) krävdes licens (koncession) för drift av kommersiella (privata) spelhallar (*gewerbliche Spielhallen*).

([2]) Kommissionens beslut av den 9 december 2019 om statligt stöd SA.48580 (2017/FC) – Påstått stöd till WestSpiel (EUT C 59, 21.2.2020, s. 14).

(21) Å andra sidan fanns det klassiska hasardspel eller kasinospel (blackjack, roulett osv., på tyska *großes Spiel*) och andra spelautomater som ansågs vara alltför riskfyllda. Sådana spel fick i princip inte erbjudas. Med avvikelse från detta förbud fick delstaterna bevilja vissa (huvudsakligen offentliga) kasinon (*Spielbankunternehmen*) tillstånd att erbjuda sådana spel i enlighet med relevanta bestämmelser i respektive delstats kasinolagar (*Spielbankgesetze*) genom koncessioner som beviljas på delstatsnivå.

(22) Syftet med Nordrhein-Westfalens kasinolag ([3]) (*SpielbG NRW*) angavs i artikel 1 i SpielbG NRW. Lagen syftade särskilt till att förhindra uppkomsten av spelberoende och vadslagningsberoende, att kanalisera befolkningens naturliga spelinstinkt i en ordnad och övervakad riktning, att säkerställa skyddet av ungdomar och spelare, att säkerställa att hasardspel på kasinon genomförs på ett korrekt sätt och att garantera en säker och transparent spelverksamhet.

(23) Enligt artikel 2.2 i SpielbG NRW kunde upp till fem kasinon godkännas i NRW. Till skillnad från situationen i andra delstater innehöll SpielbG NRW inte någon möjlighet att bevilja privata företag en koncession före försäljningen av WestSpiel. Mot bakgrund av bestämmelserna i artiklarna 2.1 och 3.1 i SpielbG NRW var WestSpiel i praktiken det enda kasinoföretaget med koncession i NRW. WestSpiel drev totalt fyra kasinon under 2019: i Aachen, Bad Oeynhausen, Dortmund (Hohensyburg) och Duisburg. WestSpiel har haft en så kallad ramlicens sedan 1975.

2.2 **Stödmottagaren**

(24) WestSpiel var ett kasinoföretag med verksamhet i NRW. Fram till sammanslagningen av WestSpiel med Westdeutsche Spielbanken GmbH (*WestSpiel GmbH*) ([4]) den 13 januari 2021 (se skäl 29) var NRW.BANK WestSpiels enda kommanditdelägare och Westdeutsche Spielbanken GmbH WestSpiels komplementär.

(25) Den 26 november 2015 ingick NRW och NRW.BANK ett förvaltningsavtal enligt vilket

— NRW åtog sig att förse NRW.BANK med ett belopp på 64,8 miljoner euro efter ingåendet av ett partnerskapsavtal om ett passivt delägarskap mellan NRW.BANK och WestSpiel, och

— NRW.BANK åtog sig att ta över detta belopp som förvaltare och att använda det uteslutande för att upprätta ett passivt delägarskap i eget namn men för NRW:s räkning i den mening som avses i artikel 230 och följande i den tyska *Handelsgesetzbuch* med WestSpiel i enlighet med det relevanta partnerskapsavtalet och att göra ett tillskott på 64,8 miljoner euro till WestSpiel (”passivt kapitaltillskott”).

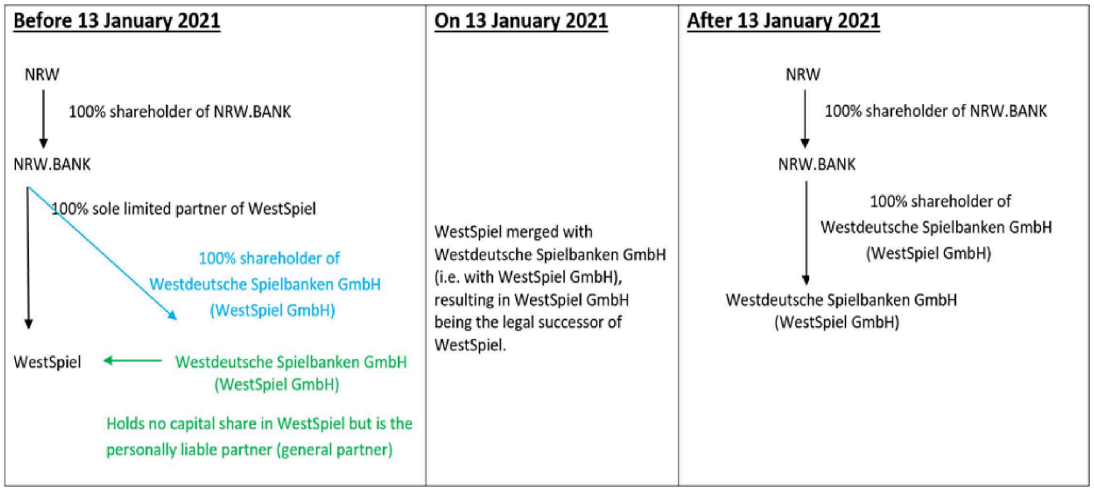
(26) Den 1 december 2015 ingick NRW.BANK och WestSpiel ett partnerskapsavtal om ett passivt delägarskap. Enligt detta avtal var NRW.BANK skyldigt att göra det passiva kapitaltillskottet på 64,8 miljoner euro till WestSpiel efter det att NRW.BANK som förvaltare mottagit medlen. Efter ingåendet av partnerskapsavtalet om ett passivt delägarskap mellan NRW.BANK och WestSpiel och NRW.BANK:s mottagande av medlen, gjorde NRW.BANK ett tillskott på 64,8 miljoner euro till WestSpiel. Detta passiva kapitaltillskott på 64,8 miljoner euro (som skulle redovisas på ett separat konto för det passiva kapitaltillskottet) placerades bredvid NRW.BANK:s tillskott som kommanditdelägare i WestSpiel i WestSpiels rapport över eget kapital.

([3]) I Nordrhein-Westfalen omfattas hasardspel som erbjuds på kasinon av NRW:s spellag (Gesetz über die Zulassung öffentlicher Spielbanken im Land Nordrhein-Westfalen, *SpielbG NRW*). Efter det att åtgärderna beviljats ändrades SpielbG NRW genom artikel 35.2 i lagen av den 29 maj 2020 (GV. NRW. utgåva 2020 nr 19 av den 2 juni 2020, s. 357–380 | RECHT.NRW.DE).

([4]) WestSpiel GmbH hade inte gjort något tillskott till företagets kapital och hade därför inget eget kapital. I egenskap av komplementär (utan att ha gjort något kapitaltillskott) var WestSpiel GmbH ansvarigt för förvaltningen av WestSpiel. WestSpiel GmbH var också komplementär till Casino Duisburg GmbH & Co. KG, det tidigare helägda dotterbolaget till WestSpiel, utan kapitaltillskott, och var som sådant också ansvarigt för förvaltningen av Casino Duisburg GmbH & Co. KG. WestSpiel GmbH bedrev inte någon operativ verksamhet.

(27) Den 4 januari 2021 ingick NRW.BANK, WestSpiel och – med anledning av sammanslagningen av WestSpiel med WestSpiel GmbH – WestSpiel GmbH ett upplösningsavtal enligt vilket det passiva delägandet mellan NRW.BANK och WestSpiel upplöstes med verkan från och med den 8 januari 2021 och därefter likviderades. Det återstående passiva kapitaltillskottet (efter förlustdelning) på cirka 46,5 miljoner euro (46 516 909,42 euro för att vara exakt) återbetalades till NRW.

(28) WestSpiel behöll den juridiska formen av ett kommanditbolag (*Kommanditgesellschaft*) fram till den 13 januari 2021. Den enda kommanditdelägaren i WestSpiel var NRW.BANK och komplementären var WestSpiel GmbH, enligt beskrivningen ovan. NRW.BANK, som är helägt av NRW, var också den enda aktieägaren i WestSpiel GmbH. Efter den 13 januari 2021 ägde NRW.BANK 100 % av aktierna i WestSpiel med en kapitalandel om 35,5 miljoner euro, vilket motsvarade delägartillskottet (*Hafteinlage*) (artikel 3 i WestSpiels bolagsordning av den 1 december 2007 i den senaste versionen).



(29) Som ett led i en mer omfattande omstrukturering av WestSpiel-koncernen, som framför allt genomfördes för att stödja och underlätta den (planerade) försäljningen av koncernen, ingick WestSpiel GmbH och WestSpiel den 22 december 2020 ett fusionsavtal under överinseende av notarius publicus, enligt vilket WestSpiel – på grundval av sin årsredovisning per den 31 december 2019 – överförde alla sina tillgångar till WestSpiel GmbH med verkan från och med den 1 januari 2020 i enlighet med tysk bolagsrätt. Efter att sammanslagningen registrerats i det relevanta handelsregistret den 13 januari 2021 blev sammanslagningen rättsligt giltig och WestSpiel GmbH blev WestSpiels rättsliga efterträdare.

(30) I september 2021 såldes WestSpiel till Gauselmann-koncernen ([5]) efter ett anbudsförfarande ([6]) ([7]). Enligt offentligt tillgänglig information ([8]) kommer WestSpiels verksamhet i de fyra kasinona i Aachen, Bad Oeynhausen, Dortmund (Hohensyburg) och Duisburg efter försäljningen att fortsätta under namnet ”Merkur Spielbanken NRW GmbH” ([9]).

([5]) Enligt Tysklands inlaga av den 4 april 2022 skedde avyttringen av WestSpiel genom en aktieaffär och inte genom en tillgångsaffär. Aktierna i WestSpiel såldes till Gauselmann-koncernen till ett pris av 141,8 miljoner euro. Tyskland klargjorde också att det i avtalet om företagsförvärv föreskrivs en möjlig nedsättning av köpeskillingen (i senare led) med ett belopp som motsvarar det stöd som faktiskt återkrävts, dock högst 30 miljoner euro, i händelse av ett rättsligt bindande återkrav av stödet. Dessa villkor tillkännagavs i förväg och gällde lika för alla anbudsgivare som var intresserade av att förvärva aktierna i WestSpiel.
([6]) https://igamingbusiness.com/nordrhein-westfalen-launches-westspiel-privatisation-tender/.
([7]) Termen ”WestSpiel”, som definieras i skäl 1, avser också det företag som uppstod genom sammanslagningen och det sålda företaget.
([8]) https://www.waz.de/wirtschaft/gauselmann-gruppe-uebernimmt-westspiel-casinos-in-nrw-id232845809.html.
([9]) Se anteckning i handelsregistret (Registerportal | Hemsida).

(31) Tyskland förklarade i sitt svar av den 4 april 2022 att WestSpiel hade behållit sin status som juridisk person efter försäljningen: företagets affärsverksamhet skulle fortsätta i eget namn och under samma juridiska person. Endast företagsnamnet hade ändrats till ”Merkur Spielbanken NRW GmbH”, men handelsregisternumret (Duisburg HRB 19356) hade förblivit oförändrat.

(32) De skattemässiga och rättsliga ramarna för WestSpiel – vid den tidpunkt då de påstådda stödåtgärderna beviljades – är av särskild betydelse i detta ärende ([10]). WestSpiel omfattades av normal tysk beskattning (bolagsskatt, handelsskatt) vad gäller inkomster från verksamhet som inte var relaterad till spelverksamhet (t.ex. restauranger). I fråga om spelverksamhet omfattades WestSpiel av en särskild skatteordning (artiklarna 12 och 13 i SpielbG NRW [gamla versionen]) ([11]). Skatterna togs huvudsakligen ut på bruttospelintäkterna, inte på vinsterna. I enlighet med artikel 12 i SpielbG NRW (gamla versionen) skulle WestSpiel betala en kasinoskatt på 30 % av bruttospelintäkterna för de kasinon som WestSpiel drev (plus ytterligare 10 procentenheter för bruttospelintäkter som översteg 15 miljoner euro per kasino och år). I enlighet med artikel 13 i SpielbG NRW (gamla versionen) var WestSpiel skyldigt att betala ytterligare 15 % av bruttospelintäkterna som ”ytterligare betalningar” (*Zusätzliche Leistungen*). Enligt artikel 12 i SpielbG NRW (gamla versionen) skulle kasinoskatten användas för offentliga eller välgörande ändamål.

(33) Utöver dessa skatter på bruttospelintäkterna skulle WestSpiel i enlighet med artikel 14 i SpielbG NRW (gamla versionen) överföra 75 % av de redovisade årliga överskotten (eller mer i vissa fall) till NRW via en mekanism för vinstöverlåtelser. Till skillnad från skatten på bruttospelintäkter enligt artiklarna 12 och 13 i SpielbG NRW (gamla versionen) var mekanismen för vinstöverlåtelser tillämplig på hela affärsverksamheten (dvs. inte bara på vinster från spelverksamhet). Mekanismen var särskilt tillämplig på försäljningen av konstverk under 2014.

2.3 **Påstådda åtgärder**

(34) De klagande hävdar att WestSpiel mottog olagligt och oförenligt statligt stöd i samband med följande tre åtgärder:

a) Påstådd årlig förlustkompensation från aktieägaren NRW.BANK sedan 2009.

b) Påstått beviljande av en koncession för drift av ett femte kasino i Köln.

c) Påstått kapitaltillskott på 64,8 miljoner euro under 2015.

(35) I beslutet om att inleda förfarandet inledde kommissionen det formella granskningsförfarandet endast för de åtgärder som avses i leden a och c. När det gäller åtgärd b beslutade kommissionen att inte göra några invändningar på grund av att det påstådda beviljandet av en koncession till WestSpiel för att driva ett femte kasino i Köln inte utgjorde stöd (se skäl 97 och slutsatsen i beslutet om att inleda förfarandet). Följaktligen omfattas den åtgärden inte av detta beslut, som därmed uteslutande gäller de åtgärder som avses i leden a och c.

2.3.1 *Årlig förlustkompensation*

(36) De klagande hävdar att WestSpiel fick en årlig förlustkompensation från sin enda kommanditdelägare, NRW.BANK, mellan 2009 och 2015.

([10]) Frågan om huruvida den skattemässiga särbehandlingen av WestSpiel i sig utgör ett olagligt statligt stöd är föremål för kommissionens beslut C(2019) 8819 final av den 9 december 2019 om statligt stöd SA.44944 (2019/C) (f.d. 2019/FC) och SA.53552 (2019/C) (f.d. 2019/FC) – Skattemässig behandling av kasinoföretag i Tyskland och påstådd garanti för kasinoföretag i Tyskland (EUT C 187, 5.6.2020, s. 80). Beslutet överklagades i mål T-510/20, men tribunalen avvisade överklagandet genom beslut av den 22 oktober 2021, Fachverband Spielhallen och LM mot kommissionen, T-510/20, ECLI:EU:T:2021:745. Detta beslut av tribunalen har på nytt överklagats (mål C-831/21 P).

([11]) Version av SpielbG NRW av den 13 november 2012 (GV. NRW. S. 524, 530; SpielbG NRW 2012,NW – Spielbankgesetz NRW – Gesetze des Bundes und der Länder (lexsoft.de)) före ändringen genom artikel 35.2 i lagen av den 29 maj 2020.

(37) WestSpiel kunde visserligen fortfarande generera vinster 2005–2008, men inte längre under de följande åren. Under åren 2009–2015 uppgick de bruttospelintäkter som WestSpiel genererade till mellan cirka 79,6 miljoner euro och 101,1 miljoner euro per år. Till följd av skatten på bruttospelintäkterna enligt artiklarna 12 och 13 i SpielbG NRW (gamla versionen) redovisade WestSpiel under åren 2009–2013 och 2015 ([12]) totala förluster på mellan cirka 3,5 miljoner euro och 9 miljoner euro. Under 2014 ledde dock WestSpiels försäljning av två konstverk till en extraordinär intäkt på cirka 114,4 miljoner euro, vilket gjorde att WestSpiel genererade en nettovinst på cirka 86,4 miljoner euro under det året.

(38) WestSpiels nettointäkter för året (dvs. det överskott som återstod efter tillämpningen av mekanismen för vinstöverlåtelser 2014 och underskotten under alla andra år 2009–2015) krediterades eller debiterades kapitalkontot för NRW.BANK. Som en följd av detta innehöll NRW.BANK:s kapitalkonto som enda kommanditdelägare i WestSpiel fortfarande ett uppskattat belopp på cirka 27,6 miljoner euro för kommanditdelägarens tillskott till WestSpiel 2009, men endast 12,5 miljoner euro 2015 ([13]).

(39) Enligt de klagande framgår det av WestSpiels årsredovisningar att företaget erhöll förlustkompensation på cirka 63,6 miljoner euro mellan 2009 och 2015.

(40) I sin inlaga av den 8 augusti 2019 hävdar de klagande att NRW.BANK (som enda kommanditdelägare i WestSpiel) tilldelades förluster på cirka 24,8 miljoner euro mellan 2009 och 2017 på grund av WestSpiels bolagsstruktur, medan NRW (i sin roll som förvaltare av NRW.BANK:s passiva delägande i WestSpiel efter ingåendet av förvaltningsavtalet och partnerskapsavtalet om ett passivt delägarskap 2015, vilket förklaras närmare i avsnitt 2.3.2) tilldelades förluster på cirka 9,1 miljoner euro under samma period. I detta sammanhang hävdar de klagande att WestSpiel är ett offentligt företag i den mening som avses i kommissionens direktiv 2006/111/EG ([14]) och att de resurser som ställs till förfogande för företaget men som staten har permanent kontroll över (dvs. WestSpiels kapital) bör kategoriseras som statliga medel.

(41) De klagande hävdar vidare att WestSpiel utan kapitaltillskottet på 64,8 miljoner euro sannolikt inte skulle ha varit i stånd att bära sina egna förluster under de senaste åren och att en försiktig privat investerare inte skulle ha fortsatt att bära WestSpiels årliga förluster under dessa omständigheter (vilket NRW och NRW.BANK hade gjort). Slutligen hävdar de klagande att Tysklands påstående att WestSpiels årliga underskott huvudsakligen berodde på den höga skattebördan inte är korrekt. Enligt de klagandes beräkningar har WestSpiels skattebörda minskat under årens lopp, medan kostnadsnivån före skatt har ökat under den granskade perioden 2005–2015. Av detta följer att WestSpiels förluster inte orsakades av den påstått höga skattebördan, utan av en exceptionellt hög kostnadsnivå. Slutligen kunde de belopp som täcktes genom den (delvisa) avvecklingen av riskfonden (se fotnot 12) inte dras av från WestSpiels förluster (vilket Tyskland hävdade), eftersom det var oklart vilka risker fonden egentligen skulle täcka.

(42) Enligt de klagande finansieras NRW.BANK:s årliga förlustkompensation med statliga medel och kan tillskrivas staten, eftersom NRW.BANK är helägt av NRW och regeringsmedlemmar sitter i styrelsen och är med och beslutar om den årliga förlustkompensationen. De klagande anser att det enligt rättspraxis inte är nödvändigt att fastställa en överföring av statliga medel i varje enskilt fall. Det är tillräckligt att medel ställs till ett offentligt företags förfogande för att åtgärden i fråga ska omfattas av artikel 107.1 i EUF-fördraget.

([12]) Siffrorna tar inte hänsyn till förlustkompensationen till följd av den (delvisa) avvecklingen av en riskfond för WestSpiel, som inrättades för att täcka icke försäkringsbara allmänna och särskilda spelrisker. Grunden för inrättandet av fonden var den ramlicens som utfärdats av Nordrhein-Westfalens inrikes- och kommunministerium för drift av kasinon i NRW samt WestSpiels bolagsordning. Enligt bolagsordningen var WestSpiel skyldigt att självt inrätta riskfonden. I årsredovisningen redovisas fonden som en särskild post på skuldsidan, mellan eget kapital och avsättningar.

([13]) Siffrorna tar hänsyn till förlustkompensationen till följd av riskfondens (delvisa) avveckling och kvittningen av förluster mot NRW.BANK:s passiva delägande under 2015.

([14]) Kommissionens direktiv 2006/111/EG av den 16 november 2006 om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag samt i vissa företags ekonomiska verksamhet (EUT L 318, 17.11.2006, s. 17, ELI: http://data.europa.eu/eli/dir/2006/111/oj).

(43) Eftersom NRW.BANK endast täckte WestSpiels förluster, men inte andra företags förluster, anser de klagande att den årliga förlustkompensationen utgör en selektiv fördel för WestSpiel. Vad gäller 2014 anser de klagande att den extraordinära intäkten från försäljningen av de två konstverken inte får beaktas, eftersom WestSpiel skulle ha ådragit sig rörelseförluster på cirka 21 miljoner euro under det året utan försäljningen. Sammantaget anser de klagande att WestSpiels svåra ekonomiska situation inte kan motiveras av en påstått alltför hög skattebörda med hänsyn till kostnadsnivån före skatt. Under dessa omständigheter skulle NRW.BANK:s förlustkompensation inte ha motsvarat agerandet hos en hypotetisk privat investerare i en marknadsekonomi. Vidare hävdar de klagande att åtgärden snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen med tanke på konkurrensen mellan offentliga kasinon och privata spelhallar och påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

(44) Enligt de klagande är åtgärden också oförenlig med den inre marknaden. Även om WestSpiel är ett företag i svårigheter i den mening som avses i kommissionens riktlinjer för statligt stöd till undsättning och omstrukturering av icke-finansiella företag i svårigheter (*riktlinjerna för undsättnings- och omstruktureringsstöd*) ([15]), är åtgärden inte förenlig med de riktlinjerna.

2.3.2 *Påstått kapitaltillskott under 2015*

(45) De klagande hävdar också att WestSpiel fick ett kapitaltillskott på 64,8 miljoner euro från NRW.BANK under 2015.

(46) Även om WestSpiel enligt de klagande ska ha genererat förluster under åren före och efter 2014, hade företaget genererat en nettovinst på cirka 86,4 miljoner euro under 2014. Detta överskott kom dock inte från WestSpiels operativa verksamhet, utan från försäljningen av två konstverk. Vinstöverlåtelsen enligt artikel 14 i SpielbG NRW (gamla versionen) ledde därför till att ett återkravsbelopp på cirka 82 miljoner euro betalades till NRW 2014.

(47) Under 2015 återfördes en del (nämligen 64,8 miljoner euro) av de indragna vinsterna till WestSpiel enligt följande: NRW och NRW.BANK ingick ett förvaltningsavtal enligt vilket NRW.BANK blev förvaltare av ett passivt kapitaltillskott av NRW i WestSpiels aktiekapital. Detta passiva kapitaltillskott på 64,8 miljoner euro är ett tillägg till det aktiekapital som tillförts av NRW.BANK.

(48) Enligt det förvaltningsavtal som ingicks mellan NRW och NRW.BANK den 26 november 2015 var NRW skyldigt att ställa det nominella beloppet på 64,8 miljoner euro till NRW.BANK:s förfogande senast tio (10) bankdagar efter det att förvaltningsavtalet hade undertecknats, men inte före undertecknandet av partnerskapsavtalet om ett passivt delägarskap mellan NRW.BANK och WestSpiel. Tyskland bekräftade att NRW.BANK mottog betalningen den 10 december 2015.

(49) Partnerskapsavtalet om ett passivt delägarskap mellan NRW.BANK och WestSpiel ingicks den 1 december 2015 och innebar att NRW.BANK var skyldigt att göra tillskottet på 64,8 miljoner euro senast fem (5) bankdagar efter det att NRW.BANK som förvaltare hade mottagit tillskottet. Tyskland bekräftade att WestSpiel mottog betalningen den 15 december 2015.

([15]) Meddelande från kommissionen – *Riktlinjer för statligt stöd till undsättning och omstrukturering av icke-finansiella företag i svårigheter* (EUT C 249, 31.7.2014, s. 1).

(50) De klagande anser att kapitaltillskottet från 2015 utgör statligt stöd i den mening som avses i artikel 107.1 i EUF-fördraget. De hävdar särskilt att kapitaltillskottet på 64,8 miljoner euro försåg WestSpiel med nytt kapital, vilket en privat investerare i en marknadsekonomi inte skulle ha gjort. Detta framgår särskilt av WestSpiels årsredovisning för 2015, i vilket det hänvisas till en rapport som [en känd revisionsbyrå] (*)(') upprättade den 29 april 2015 (”Independent Business Review”, *[IBR]-rapporten*), i vilken det anges att de antaganden som gjorts i WestSpiels förvaltningsplan inte är orealistiska men i vissa fall utmanande eller ambitiösa och att förvaltningsplanen är ett scenario som inte är orealistiskt men som totalt sett innebär betydande risker ([16]). Enligt de klagande genomfördes kapitaltillskottet utan att man i förväg kontrollerade om avkastningen på denna investering låg i linje med den genomsnittliga avkastningen på 24 % (mellan 10 % och 39 %) inom området för hasardspel med spelautomater.

(51) Enligt de klagande var det ytterligare kapitaltillskottet dessutom avsett för inrättandet av det femte kasinot i Köln, men NRW hade inte analyserat den förväntade avkastningen på det femte kasinot på ett korrekt sätt. Av dessa skäl var kapitaltillskottet uppenbarligen inte förenligt med principen om en privat investerare i en marknadsekonomi och gav WestSpiel en selektiv fördel.

(52) När det gäller det av Tyskland åberopade ”övergripande konceptet för att trygga WestSpiels framtid”, enligt vilket konstverken skulle säljas och den vinst som ursprungligen dragits in från försäljningen därefter skulle tillskjutas, anser de klagande att Tysklands klassificering av vinstöverlåtelsen enligt artikel 14 i SpielbG NRW strider mot Tysklands ståndpunkt i ärende SA.44944 ([17]). Enligt de klagande har Tyskland i det aktuella ärendet betecknat vinstöverlåtelsen enligt den tyska *Handelsgesetzbuch* som ett normalt vinstuttag, medan Tyskland i SA.44944 hävdade att vinstöverlåtelsen enligt artikel 14 i SpielbG NRW var en skatt i den mening som avses i artikel 3.1 i den tyska skattelagstiftningen (*Abgabenordnung*).

(53) Enligt de klagande var kapitaltillskottet 2015 i vilket fall som helst inte förenligt med principen om en privat investerare i en marknadsekonomi, varken på kort eller lång sikt. Ur ett kortsiktigt perspektiv hade Tyskland inte gjort någon förhandsbedömning av kapitaltillskottets lönsamhet, vilket hade varit nödvändigt enligt relevant rättspraxis. Enligt de klagande borde Tyskland ha jämfört WestSpiels framtida ekonomiska situation med och utan kapitaltillskottet. I ett långsiktigt perspektiv hade Tyskland inte gjort någon åtskillnad mellan delstatens roll som skattemyndighet och dess roll som ekonomisk aktör (dvs. aktieägare i WestSpiel) genom att beakta statens framtida skatteintäkter från de skatter som anges i artiklarna 12, 13 och 14 i SpielbG NRW (gamla versionen).

2.4 **Skäl till att inleda förfarandet**

(54) Genom ett beslut av den 9 december 2019 inledde kommissionen det formella granskningsförfarandet avseende den påstådda årliga förlustkompensationen från 2009 till 2015 och det påstådda kapitaltillskottet 2015.

2.4.1 *Påstådd årlig förlustkompensation*

(55) I skälen 62 och 63 i beslutet om att inleda förfarandet konstaterade kommissionen att en fördel inte kunde uteslutas eftersom det var oklart om aktieägarna i WestSpiel, dvs. NRW.BANK och NRW, faktiskt hade burit (en del av) förlusterna i WestSpiel eller hade beslutat om de skulle tillhandahålla det kapital som krävdes för att täcka förlusterna eller inte, eller bådadera.

(*) (') Konfidentiella uppgifter.
([16]) Se s. 10 i [IBR]-rapporten.
([17]) Se beslut C(2019) 8819 final, https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202023/283549_2161703_113_2.pdf.

(56) Kommissionen konstaterade vidare i skäl 64 i beslutet om att inleda förfarandet att enbart det faktum att NRW.BANK accepterade ytterligare förluster trots WestSpiels upprepade förluster under de föregående åren, utan att först undersöka om man skulle behålla eller avveckla sin andel i WestSpiel för att bevara värdet på det återstående tillskottet i sig, kunde ha utgjort en otillbörlig fördel, eftersom det inte kunde antas att en privat investerare skulle ha agerat på samma sätt under jämförbara omständigheter.

(57) Mot denna bakgrund ansåg kommissionen i skäl 65 i beslutet om att inleda förfarandet att WestSpiels rättsliga struktur och företagsstruktur samt de olika rättsliga instrument genom vilka aktieägarna hade tillhandahållit eget kapital måste analyseras mer ingående innan åtgärdens effekter enligt lagstiftningen om statligt stöd kunde bedömas.

2.4.2 *Påstått kapitaltillskott under 2015*

(58) I skälen 79–84 i beslutet om att inleda förfarandet ansåg kommissionen att mekanismen för vinstöverlåtelser föreföll vara en särskild skatt på intäkterna för det kasinoföretag som var verksamt i NRW (dvs. WestSpiel).

(59) Kommissionen konstaterade att Tyskland inte kunde hävda i ärende SA.44944 att kasinon (eventuellt) omfattades av en ogynnsam skatteordning (dvs. det fanns ingen skattefördel för WestSpiel), och samtidigt i ärende SA.48580 hävda att mekanismen för vinstöverlåtelser var en vinstutdelning till aktieägarna (dvs. inte en beskattning), som sedan bara återförde en del av den utdelade vinsten till WestSpiel.

(60) I skäl 83 i beslutet om att inleda förfarandet drog kommissionen slutsatsen att mekanismen för vinstöverlåtelser enligt artikel 14 i SpielbG NRW (gamla versionen) mot denna bakgrund inte föreföll utgöra en automatisk vinstutdelning från WestSpiel till aktieägaren, som NRW.BANK kunde ha avstått från. Kapitaltillskottet från 2015 var av en annan karaktär än mekanismen för vinstöverlåtelser. Som en självständig åtgärd och med hänsyn till principen om en privat investerare i en marknadsekonomi förefaller det ha gett WestSpiel en fördel.

3. SYNPUNKTER FRÅN BERÖRDA PARTER

(61) Kommissionen har inte mottagit några synpunkter från berörda parter inom den tidsfrist som angavs i beslutet om att inleda förfarandet.

4. KOMMENTARER FRÅN TYSKLAND

(62) Enligt Tyskland utgör ingen av de påstådda stödåtgärderna statligt stöd i den mening som avses i artikel 107.1 i EUF-fördraget.

4.1 Påstådd årlig förlustkompensation

(63) När det gäller den påstådda årliga förlustkompensationen hävdar Tyskland i huvudsak att WestSpiel aldrig fick någon direkt eller indirekt kompensation från NRW.BANK för sina förluster, utan endast förbrukade det egna kapitalet (som tillfördes 1978 och 2002) för att kompensera för de ackumulerade förlusterna. Tyskland hävdar att den påstådda stödåtgärden inte omfattade några betalningar från NRW.BANK och att åtgärden därför inte utgjorde statligt stöd.

(64) Enligt Tyskland är aktieägarna enligt den tyska bolagsrätten skyldiga att ta upp ett minskat eget kapital i balansräkningen om det företag som de äger andelar i går med förlust. Därmed skulle de standardiserade redovisningskraven för kommanditbolag enligt tysk bolagsrätt ([18]) innebära att kapitalet i det aktuella fallet automatiskt förbrukades, dvs. att kommanditbolagets kapitalkonto automatiskt debiterats med förlustbeloppet utan att aktieägaren hade fattat något beslut i detta avseende.

([18]) Se artikel 167 jämförd med artikel 120 i *Handelsgesetzbuch* (version före ändringen av den 1 januari 2024 genom paragraf 34.4 i lagen av den 22 december 2023, BGBl. 2023 I nr 411) (*gamla versionen*).

(65) Tyskland hävdar vidare att NRW.BANK inte kunde besluta om att ställa det kapital som krävdes för att täcka WestSpiels förluster till förfogande (skäl 62 i beslutet om att inleda förfarandet). I detta avseende förklarar Tyskland följande på grundval av bestämmelserna i tysk lagstiftning:

a) WestSpiel måste, liksom alla handelsbolag, upprätta ett bokslut för varje räkenskapsår (artikel 242 och följande i *Handelsgesetzbuch*). Denna årsredovisning består av en balansräkning och en särskild resultaträkning (artikel 242.3 i *Handelsgesetzbuch*). Bolaget är i detta avseende bundet av lag. Om bolagets ekonomiska situation, i synnerhet förbrukningen av eget kapital, inte framgår av årsredovisningen med korrekt belopp, kan de berörda personerna åtalas för falsk bokföring (artikel 331 i *Handelsgesetzbuch*).

b) I motsats till vad de klagande hävdar kan en aktieägare (med hänsyn till det kapital som redan tillförts bolaget) därför inte ensidigt besluta om huruvida det kapital som krävs för att täcka förluster ska ställas till förfogande eller inte ([19]). Detta beslut fråntas aktieägarna, eftersom minskningen av det egna kapitalet genom kvittning mot kommanditdelägarens kapitalandel grundar sig på artikel 161.2 jämförd med artikel 120 i *Handelsgesetzbuch* (gamla versionen). I den senare bestämmelsen anges följande:

— (Första paragrafen) Vid utgången av varje räkenskapsår ska årets vinst eller förlust fastställas på grundval av balansräkningen och varje aktieägares andel därav ska beräknas.

— (Andra paragrafen) Den vinst som kan hänföras till en aktieägare ska tillföras aktieägarens kapitalandel; den förlust som kan hänföras till en aktieägare och de pengar som tagits ut från kapitalandelen under räkenskapsåret ska dras av.

c) Om eget kapital förbrukas innebär detta inte att kommanditdelägaren tillskjuter nya medel (eller fattar beslut om användning av redan tillskjutna medel). Det betyder bara att värdet på dennes kapitalandel har minskat på grund av förlusterna och förbrukningen av eget kapital. I den konsoliderade resultaträkningen hänvisas därför helt korrekt till en debitering av årets nettoförlust till kapitalkontot för NRW.BANK (kommanditdelägare). Detta skulle dock endast vara en bokföringstransaktion, dvs. debitering av en post i balansräkningen (kapitalkontot). Det skulle inte vara fråga om ett debiteringsförfarande för överföring av medel från ett kapitalkonto hos NRW.BANK till WestSpiel ([20]), utan uttrycker – i enlighet med redovisningsreglerna – att det egna kapitalet i bolaget som beviljats under tidigare år har minskats.

d) Denna regel, som i princip finns i alla handelsbolag i unionen och som i stor utsträckning har harmoniserats och konkretiserats genom unionens sekundärrätt, syftar till att skydda fordringsägarna. Eventuella förluster skulle därför med nödvändighet absorberas av det egna kapitalet.

e) En aktieägare kan inte dra sig ur denna mekanism. Aktieägarna är därför inte fria att besluta om huruvida det egna kapitalet ska förbrukas. Mot denna bakgrund var den rättsuppfattning som de klagande ([21]) gav uttryck för tvivelaktig enligt Tyskland, och det skulle vara straffbart att inte upplysa om hur aktiekapitalet förbrukats i årsredovisningen.

(66) När det gäller perioden före det passiva delägandet (dvs. 2009–2014) förklarar Tyskland att WestSpiels bolagsordning från 2007 inte innehöll någon klausul som skulle ha lett till en annan mekanism än den automatiska förbrukning av aktiekapitalet som beskrivs i skäl 63 i beslutet om att inleda förfarandet. Bolagsordningen från 2007 var endast ett förtydligande som återgav den tillämpliga tyska lagstiftningen ([22]).

([19]) Se skäl 62 i beslutet om att inleda förfarandet.
([20]) Se skäl 63 i beslutet om att inleda förfarandet.
([21]) Se skäl 62 i beslutet om att inleda förfarandet.
([22]) WestSpiels bolagsordning (från 2007) har sedan dess reviderats med verkan från och med den 26 januari 2016. Tyskland styrker på grundval av ytterligare uppgifter att det inte förekom någon överföring av finansiella medel eller likviditet från kommanditdelägarens sida, varken under åren före ändringen av bolagsordningen 2016 eller därefter vid tilldelningen av förlustandelar. Det fanns därför ingen skillnad mellan 2007 års bolagsordning och 2016 års bolagsordning i de steg som är eller var nödvändiga för fördelningen av de årliga förlusterna. Förlusterna fördelades i förhållande till kapitalandelarna (delstaten NRW:s – via det passiva delägandet – och NRW.BANK:s). Dessutom föreskrevs i partnerskapsavtalet om inrättandet av ett passivt delägande att det inte ensidigt kunde sägas upp av någon av de avtalsslutande parterna. I alla händelser drar kommissionen slutsatsen, såsom förklaras i skäl 66 i beslutet om att inleda förfarandet, att samma överväganden även gäller för förluster som uppkommit under de följande åren (dvs. efter 2015, enligt 2016 års bolagsordning) och (förmodligen) redovisats på kapitalkontona för NRW.BANK och NRW (i dess roll som förvaltare bakom NRW.BANK:s passiva delägande i WestSpiel).

(67) Tyskland uppger också att NRW.BANK och NRW inte har ingått några ytterligare avtalsenliga förpliktelser till förmån för WestSpiel (garantier, åtaganden osv.).

(68) I skäl 64 i beslutet om att inleda förfarandet uttryckte kommissionen också tvivel om åtgärden, eftersom det inte kunde uteslutas att WestSpiel fick en fördel genom att NRW.BANK behöll sin andel i WestSpiel trots de fortsatta förlusterna, eftersom det inte kan antas att en privat investerare skulle ha agerat på samma sätt under jämförbara omständigheter. Tyskland anser att dessa farhågor inte är berättigade. För att visa att en privat investerare skulle ha agerat på samma sätt beskriver Tyskland två olika scenarier för NRW.BANK:s agerande (likvidation och försäljning av WestSpiel).

— *Första scenariot: likvidation av WestSpiel*

(69) Enligt Tyskland skulle NRW.BANK inte ha kunnat bevara värdet på det ursprungliga kapitaltillskottet på 35,5 miljoner euro under den aktuella perioden (2009–2015) genom att likvidera WestSpiel. För att skydda fordringsägarna skulle en likvidation av WestSpiel eller en aktieägares utträde omfattas av strikta begränsningar enligt tysk bolagsrätt. Även om Tyskland erkänner att en upplösning genom beslut av aktieägarna är möjlig (artikel 131 i *Handelsgesetzbuch* (gamla versionen) ([23]), börjar avvecklingen eller likvidationen med upplösningen som en uppdelning enligt artikel 145 och följande i *Handelsgesetzbuch* (gamla versionen) ([24]) och artikel 730 och följande i den tyska civillagen (*Bürgerliches Gesetzbuch*). Tyskland förklarar att detta är en komplex och långdragen process där likvidatorerna måste avveckla bolagets pågående verksamhet, driva in fordringarna, omvandla de återstående tillgångarna till kontanter och tillgodose fordringsägarna (artikel 149.1 i *Handelsgesetzbuch*) ([25]). De tillgångar i bolaget som återstår efter regleringen av skulderna måste sedan fördelas av likvidatorerna mellan aktieägarna i förhållande till deras kapitalandelar (artikel 155.1 i *Handelsgesetzbuch*) ([26]).

(70) Tyskland hävdar vidare att NRW.BANK i händelse av en likvidation av WestSpiel skulle ha varit tvungen att betala en stor mängd skulder till tredje part, däribland de betydande pensionsåtaganden som beskrivs i skäl 69. Dessutom skulle kostnader för uppsägning av avtal (t.ex. anställnings- och hyresavtal) ha behövt beaktas. Även likvidationen av anläggningstillgångar eller omsättningstillgångar skulle ha resulterat i betydande likvidationsrelaterade rabatter på de bokförda värdena. Detta skulle med nödvändighet ha påverkat NRW.BANK:s tillskott som ensam kommanditdelägare i WestSpiel i den meningen att det endast vid ett positivt saldo skulle ha återstått ett värdebidrag för NRW.BANK:s tillskott (se artikel 171.1 jämförd med artikel 167.3 ([27]), artikel 149 första meningen och artikel 161.2 i *Handelsgesetzbuch*). Även enligt grova beräkningar skulle WestSpiels likvidationsvärde därför ha varit klart negativt.

(71) Tyskland drar därför slutsatsen att ett likvidationsförfarande inte skulle ha lett till att NRW.BANK genom att avveckla WestSpiel under den aktuella perioden skulle ha kunnat få ut värdet av det ursprungliga kapitaltillskottet. I detta avseende hävdar Tyskland också att man bör ta hänsyn till att NRW.BANK redan vid denna tidpunkt hade investerat ett betydande kapitalbelopp i WestSpiel (ursprungligt tillskott på 35,5 miljoner euro). Enligt Tyskland skulle en privat investerare som redan har investerat i ett företag bedöma riskerna med en ytterligare investering på ett annat sätt än en investerare som inte redan har investerat. I detta sammanhang erkänns det att långsiktiga strategiska överväganden kan motivera en lägre avkastning än marknadsgenomsnittet vid majoritetsägande (den så kallade ägandeeffekten).

— *Andra scenariot: försäljning av WestSpiel*

(72) Eftersom det första scenariot kunde uteslutas, kunde NRW.BANK enligt Tysklands argument endast ha undvikit att bära WestSpiels förluster genom att sälja WestSpiel. Ekonomiskt sett befann sig dock WestSpiel under den aktuella perioden (2009–2015) i ett tämligen oattraktivt läge för en köpare, så att det med största sannolikhet inte skulle ha varit möjligt att uppnå en tillfredsställande köpeskilling.

([23]) Artikel 131 i *Handelsgesetzbuch* är nu artikel 140 i *Handelsgesetzbuch* sedan ändringen den 1 januari 2024.
([24]) Artikel 145 i *Handelsgesetzbuch* är nu artikel 143 i *Handelsgesetzbuch* sedan ändringen den 1 januari 2024.
([25]) Artikel 149 första meningen i *Handelsgesetzbuch* är artikel 148.2 och 148.5 första meningen i *Handelsgesetzbuch* sedan ändringen den 1 januari 2024.
([26]) Artikel 155.1 i *Handelsgesetzbuch* är nu artikel 148.8 i *Handelsgesetzbuch* sedan ändringen den 1 januari 2024.
([27]) Artikel 167.3 i *Handelsgesetzbuch* har begränsats till artikel 167 i *Handelsgesetzbuch* sedan ändringen den 1 januari 2024.

(73) Enligt Tyskland beställde NRW [IBR]-rapporten (2015), som innehöll ett stort antal indikatorer och därför var mer omfattande än ett vanligt test av en privat investerare.

(74) Tyskland nämner särskilt sida 101 i rapporten, där det framgår att WestSpiels betalningsbalans skulle bli positiv först under åren 2021–2023, även med det planerade kapitaltillskottet i form av det passiva delägandet. Detta framgår också av den näst sista raden i följande diagram, som kommer från [IBR]-rapporten.

[…]

4.2 **Påstått kapitaltillskott under 2015**

(75) I skäl 77 i beslutet om att inleda förfarandet beskrev kommissionen två argumentationslinjer som Tyskland framförde i samband med kapitaltillskottet 2015. För det första utgjorde kapitaltillskottet endast en (delvis) återföring av den vinst som WestSpiel hade dragit in. För det andra var kapitaltillskottet under alla omständigheter förenligt med principen om en privat investerare i en marknadsekonomi, eftersom delstaten NRW agerade som en privat investerare under jämförbara omständigheter genom det passiva kapitaltillskottet. I sina synpunkter på beslutet om att inleda förfarandet tar Tyskland upp båda dessa argument och lägger fram ett antal alternativa argument.

(76) När det gäller argumentet om (delvis) återföring hävdar Tyskland för det första i huvudsak att de båda transaktionerna (vinstöverlåtelse och kapitaltillskott) bör betraktas som en enda handling (ett övergripande koncept, som Tyskland beskriver som ”en enda åtgärd” eller ”en komplex åtgärd”) och inte kan betraktas separat.

(77) Enligt Tyskland kan den (delvisa) återföringen inte skiljas från försäljningen av de båda konstverken och i synnerhet inte från vinstöverlåtelsen till förmån för NRW, eftersom a) de båda åtgärderna vidtogs i nära kronologisk ordning och b) försäljningen av konstverken endast ägde rum eftersom de berörda myndigheterna hade åtagit sig att (delvis) återbetala de vinster som genom kapitaltillskottet hade dragits in från försäljningen. Den (delvisa) återföringen av medlen var en del av ett övergripande koncept som man redan hade kommit överens om före försäljningen av konstverken. Detta framgick av interna och offentliga handlingar ([28]). Kapitaltillskottet skulle därför inte bedömas isolerat inom ramen för denna ”övergripande bedömning”, utan som en del av en övergripande åtgärd som bestod av tillämpningen av den skatterättsliga ramen på WestSpiel (särskilt artikel 14 i SpielbG NRW (gamla versionen), dvs. vinstöverlåtelsen i förhållande till vinsten från försäljningen av konstverken) ([29]).

(78) För det andra, när det gäller principen om en privat investerare i en marknadsekonomi, anser Tyskland, såsom förklaras i skälen 85–89 i beslutet om att inleda förfarandet, att det kapitaltillskott som NRW gjorde 2015 skulle ha gjorts av en privat investerare under jämförbara omständigheter. Tyskland grundar detta på ett ”kortsiktigt” och ett ”långsiktigt” perspektiv. I det kortsiktiga perspektivet var kapitaltillskottet på 64,8 miljoner euro till WestSpiel 2015 i linje med marknadsförhållandena som en självständig åtgärd ([30]). I det långsiktiga perspektivet hävdar Tyskland – på grundval av rättspraxis i EDF-målet ([31]) – att framtida högre skatteintäkter skulle kunna tas med i bedömningen. Dessutom hävdar Tyskland att kapitaltillskottet skulle ha varit nödvändigt för att återställa WestSpiels lönsamhet och därmed bevara värdet på det kapital som redan investerats i företaget. Tyskland

([28]) Vid NRW.BANK:s garantmöte den 13 mars 2014 formulerades till exempel en uttrycklig reservation om att försäljningen av konstverken endast skulle godkännas om WestSpiel kunde använda de nödvändiga medlen, dvs. om de var permanent tillgängliga för WestSpiel.

([29]) Men i ett vidare sammanhang eventuellt även artiklarna 12 och 13 i SpielbG NRW (gamla versionen), dvs. skatten på WestSpiels bruttospelintäkter (med hänsyn tagen till den allmänna skatteramen).

([30]) Tyskland förklarar att kapitaltillskottet och vinstöverlåtelsen skulle ha lett till ett totalt nettoåterkravsbelopp på 17,2 miljoner euro, vilket är högre än värdet på 0 euro i det kontrafaktiska scenariot (utan kapitaltillskott). Genom att dra in 82 miljoner euro från WestSpiel 2014 (i enlighet med artikel 14 i SpielbG NRW (gamla versionen)) och endast tillföra 64,8 miljoner euro 2015 fick delstaten med andra ord totalt 17,2 miljoner euro och därmed mer än 0 euro i det kontrafaktiska scenariot. Enligt Tyskland överensstämmer inte kommissionens uttalanden i skälen 78 och följande samt 88 och följande i beslutet om att inleda förfarandet, enligt vilka en sådan ”nettoberäkning” inte skulle vara tillåten eftersom vinstöverlåtelsen enligt artikel 14 i SpielbG NRW (gamla versionen) var en väsentlig del av det särskilda skatte- och regelsystemet i SpielbG NRW som delstaten tillämpar uteslutande på WestSpiel, med rättspraxis. Enbart den omständigheten att en betalningsskyldighet är en del av ett särskilt skatte- och regelsystem kan inte innebära att denna betalningsskyldighet ska betraktas isolerat från den övergripande ekonomiska helhet som utgörs av försäljning av konstverk, vinstöverlåtelse och återföring. Denna uppfattning bekräftas av tribunalens dom av den 26 februari 2019 i mål T-865/16 (ECLI:EU:T:2019:113).

([31]) Domstolens dom av den 5 juni 2012, kommissionen/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318.

förklarar att det inte fanns något alternativ till modellen med försäljning av konstverk/vinstöverlåtelse/kapitaltillskott. Det enda alternativet var att inte genomföra åtgärderna och därmed förlora det fulla värdet av andelarna i WestSpiel och utsikterna till framtida skatter. Framför allt var en avveckling eller likvidation av företaget enligt Tyskland ”inte ett ekonomiskt tänkbart alternativ”. Till stöd för denna åsikt upprepar Tyskland samma argument som i uttalandet om de kontrafaktiska scenarierna för den årliga förlustkompensationen, nämligen att en avveckling eller likvidation skulle ha varit en komplex, kostsam och långdragen process och att en stor mängd skulder skulle ha lett till ett negativt likvidationsvärde för WestSpiel (se skälen 69–71).

(79) För det tredje hävdar Tyskland att kapitaltillskottet inte gav WestSpiel någon fördel med tanke på dess strukturella nackdel (framför allt på grund av den vinstöverlåtelse som tillämpades på vinsten från försäljningen av konstverken). Den strukturella nackdelen för WestSpiel är att företaget måste bära en betydligt högre skattebörda i enlighet med artiklarna 12–14 i SpielbG NRW (gamla versionen). Enligt rättspraxis föreligger ingen fördel i den mening som avses i artikel 107.1 i EUF-fördraget om endast en strukturell nackdel kompenseras ([32]). Tyskland tillägger att rättspraxis har preciserats så att kompensation för merkostnader till följd av ett undantag som inte gäller för konkurrerande företag inte utgör statligt stöd om det finns ett oupplösligt samband mellan kompensationsåtgärden i fråga och det syfte som tillskrivs den, nämligen att kompensera för merkostnader till följd av de särskilda strukturella problemen ([33]). Detta följer av principen att statligt stöd endast utgör en ekonomisk fördel i den mening som avses i artikel 107.1 EUF-fördraget om företaget befrias från kostnader som ”normalt” bärs av företag ([34]). Endast en befrielse från sådana kostnader kan leda till att det stödmottagande företaget får en mer gynnsam konkurrensställning än de företag som konkurrerar med det. När det gäller WestSpiel syftade den statliga åtgärden till att hålla WestSpiels kostnader på samma nivå som konkurrenternas. Det enda syftet med kapitaltillskottet genom det passiva delägandet var därför (såsom förklaras i skäl 47) att kompensera för WestSpiels strukturella nackdel.

(80) För det fjärde hävdar Tyskland att samma resultat som uppnåddes genom kapitaltillskottet skulle ha kunnat uppnås genom en enkel lagändring, dvs. en ändring av de tillämpliga skattebestämmelserna. I det aktuella fallet skulle lagstiftaren ha kunnat införa ett förtydligande i artikel 14 i SpielbG NRW, enligt vilket denna bestämmelse endast skulle gälla för vinster från kasinoföretagets, dvs. WestSpiels, ordinarie spelverksamhet, men inte för andra extraordinära intäkter. För detta ändamål skulle det ha varit tillräckligt att till exempel införa en ny punkt 4 som lyder: ”En vinstöverlåtelse i enlighet med denna bestämmelse ska endast ske i den mån de redovisade årliga överskotten kan hänföras till den faktiska kasinoverksamheten. Övriga vinster är föremål för normal beskattning.” I detta fall skulle ingen (delvis) återföring ha varit nödvändig, eftersom mekanismen för vinstöverlåtelser inte skulle ha varit tillämplig på intäkterna från försäljningen av konstverken.

([32]) Tribunalens dom av den 14 juli 2016, Tyskland/kommissionen, T-143/12, ECLI:EU:T:2016:406, punkterna 143 och följande, tribunalens dom av den 16 mars 2004, Danske Busvognmænd/kommissionen, T-157/01, ECLI:EU:T:2004:76, punkt 57, och domstolens dom av den 23 mars 2006, Enirisorse/Sotacarbo, C-237/04, ECLI:EU:C:2006:197, punkterna 42–48.

([33]) Domstolens dom av den 8 december 2011, France Télécom SA/kommissionen, C-81/10 P, ECLI:EU:C:2011:811, punkt 42 och följande, tribunalens dom av den 30 november 2009, France Télécom SA m.fl./kommissionen, T-427/04 och T-17/05, ECLI:EU:T:2009:474, punkt 207 och följande, tribunalens dom av den 28 november 2008, Hotel Cipriani m.fl./kommissionen, T-254/00, T-270/00 och T-277/00, ECLI:EU:T:2008:537, punkterna 185, 187 och 189, och domstolens dom av den 9 juni 2011, Hotel Cipriani m.fl./kommissionen, C-71/09 P, C-73/09 P och C-76/09 P, ECLI:EU:C:2011:368, punkterna 89, 97 och 100.

([34]) Domstolens dom av den 23 februari 1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/High Authority, 30/59, ECLI:EU:C:1961:2, punkterna 3 och 43, domstolens dom av den 15 mars 1994, Banco Exterior de España/Ayuntamiento de Valencia, C-387/92, ECLI:EU:C:1994:100, punkterna 12 och 13, domstolens dom av den 1 december 1998, Ecotrade/Altiforni e Ferriere di Servóla SpA (AFS), C-200/97, ECLI:EU:C:1998:579, punkt 34, domstolens dom av den 8 november 2001, Adria-Wien Pipeline/Finanzlandesdirektion für Kärnten, C-143/99, ECLI:EU:C:2001:598, punkt 3, domstolens dom av den 3 mars 2005, Wolfgang Heiser/Finanzamt Innsbruck, C-172/03, ECLI:EU:C:2005:130, punkt 36, och domstolens dom av den 30 juni 2016, Belgien/kommissionen, C-270/15, ECLI:EU:C:2016:489, punkterna 34–36.

(81) För det femte hävdar Tyskland att NRW och senare NRW.BANK:s garantmöte den 8 maj 2018 beslutade att sälja alla andelar (100 %) i WestSpiel som innehades av NRW.BANK. Efter försäljningen skulle NRW.BANK:s passiva delägande, som NRW.BANK hade förvaltat för NRW:s räkning, återföras och därmed avslutas, dvs. efter försäljningen skulle det bokförda värdet av NRW:s tillskott återbetalas till NRW ([35]). Tyskland ansåg att WestSpiels återföring av det passiva delägandet var liktydigt med en omfattande återbetalning av det (påstådda) statliga stödet. I detta avseende visade försäljningen av WestSpiel att kapitaltillskottet från 2015 motsvarade en privat investerares agerande och (även av detta skäl) inte innebar något statligt stöd. Beslutet att tillföra kapital 2015 var ekonomiskt rimligt, eftersom NRW inte bara förväntade sig att få tillbaka det bokförda värdet på sitt passiva delägande i och med privatiseringen, utan även att göra en vinst på NRW.BANK:s försäljning av andelarna. I detta sammanhang informerade Tyskland kommissionen genom en skrivelse av den 8 september 2021 om att den andra och sista delbetalningen av det passiva delägandet på 11 516 909 euro (för den första delbetalningen, se skäl 90) hade återbetalats av WestSpiel (från dess egna likvida medel) den 26 juli 2021 ([36]).

(82) När det gäller stödkaraktären hävdar Tyskland att kapitaltillskottet inte omfattade statliga medel, eftersom kapitalet härrörde från försäljningen av de konstverk som ägdes av WestSpiel. Tyskland förklarar att inget företag med ekonomisk verksamhet någonsin skulle ha genomfört en sådan försäljning om det inte kunde eller borde ha utgått från att försäljningsintäkterna, eller åtminstone en stor del av dem, skulle gå tillbaka till företaget. Mot denna bakgrund framstår ett rent formellt övervägande, enligt vilket medlen från konstförsäljningen skulle vara statliga medel bara för att de tillfallit staten för en ”rättslig sekund”, som konstlat och olämpligt. Tyskland hävdar snarare att medlen för den (delvisa) återföringen av kapitalet i form av ett passivt kapitaltillskott kom från intäkterna från försäljningen av två konstverk som tillhörde WestSpiel och inte skulle ha varit tillgängliga om WestSpiel inte hade beslutat att sälja de två konstverken. Dessutom hade WestSpiel beslutat att sälja konstverken endast därför att de berörda myndigheterna hade försäkrat att vinsten från försäljningen (delvis) skulle återinvesteras i WestSpiel.

4.3 Ytterligare argument

(83) Både när det gäller den årliga förlustkompensationen och kapitaltillskottet anser Tyskland att åtgärderna i fråga inte kan ha snedvridit konkurrensen eller påverkat handeln mellan medlemsstaterna med hänsyn till WestSpiels monopolställning i NRW. Framför allt var kasinomarknaden under den relevanta perioden (2009–2015) undantagen från konkurrens i enlighet med artiklarna 1 och 3 i SpielbG NRW (gamla versionen). Enligt Tysklands

([35]) Såsom förklaras i skäl 30 har WestSpiel sedan dess sålts (i september 2021).

([36]) Tyskland förklarade i sitt svar av den 4 april 2022 hur beloppet för dessa två delbetalningar fastställdes:

— Det passiva delägandet upplöstes genom undertecknandet av upplösningsavtalet den 4 januari 2021 med verkan från och med den 8 januari 2021.

— Enligt punkterna 12.1–12.3 i partnerskapsavtalet om ett passivt delägarskap har den passiva delägaren rätt till ersättning om det passiva delägarskapet upplöses genom ömsesidig överenskommelse eller i varje fall om den passiva delägaren säger upp partnerskapet.

— Enligt punkt 12.2 första och andra meningen samt punkt 12.3 första meningen i partnerskapsavtalet om ett passivt delägarskap motsvarar det sammanlagda beloppet av ersättningen det bokförda värdet av det passiva delägandet per den 31 december 2020. I enlighet med avtalet beräknades det bokförda värdet per den 31 december 2020 utifrån saldot på det passiva delägarskapets tillskotts-, låne- och förlustkonto enligt delägarens reviderade och fastställda årsredovisning per den 31 december 2020. Följaktligen hade det passiva partnerskapet fortfarande del i årsresultatet för 2020.

— Eftersom den reviderade årsredovisningen för räkenskapsåret 2020 ännu inte var tillgänglig när upplösningsavtalet undertecknades i januari 2021 och ersättningsbeloppet därför ännu inte kunde fastställas med säkerhet och slutlig bindande verkan, kom båda parter i upplösningsavtalet överens om återbetalning i två delbetalningar.

— Den första delbetalningen fastställdes till 35 miljoner euro, vilket – baserat på den preliminära uppskattningen av årsresultatet för räkenskapsåret 2020, som enligt Tysklands uppfattning fortfarande var osäkert – innebar att en överbetalning med största sannolikhet kunde undvikas.

— Den andra och sista delbetalningen fastställdes till skillnaden mellan det bokförda värdet på det passiva delägandet i årsredovisningen per den 31 december 2020, som reviderades den 20 april 2021, och den första delbetalningen på 35 miljoner euro. Det bokförda värdet av det passiva delägandet i de reviderade årsredovisningarna per den 31 december 2020 uppgick slutligen till 46 516 909 euro. Den andra delbetalningen uppgick därför till 11 516 909 euro.

uppfattning kan det, trots vad som sägs i WestSpiels årsredovisning för 2014 (skäl 57 i beslutet om att inleda förfarandet) ([37]), inte hävdas att WestSpiel är verksamt på samma marknad i den mening som avses i EU:s konkurrenslagstiftning som de tillhandahållare av onlinespel som hittills har bedrivit olaglig verksamhet i Tyskland. Ur förfarandesynpunkt förklarar Tyskland att frågan om huruvida åtgärderna utgör statligt stöd eller inte i vart fall kan lämnas öppen på grundval av kommissionens beslutspraxis ([38]).

(84) En första möjlig grund för förenlighet med avseende på avregleringen av marknaden för hasardspel är artikel 107.3 c i EUF-fördraget. Enligt uppgift från Tyskland har kommissionen klassificerat privatiseringar som ett mål av gemensamt intresse ([39]) och ansett att artikel 107.3 c i EUF-fördraget är uppfylld om åtgärderna är nödvändiga för privatiseringen av det statsägda företaget och endast täcker det statsägda företagets konkurrensnackdelar i förhållande till konkurrenterna ([40]). Enligt Tysklands uppfattning är de krav som följer av kommissionens beslutspraxis uppfyllda i det aktuella fallet. Således a) är målet av gemensamt intresse att öppna marknaden inom sektorn ([41]), b) är åtgärderna nödvändiga för att uppnå detta mål ([42]) och c) är åtgärderna också lämpliga ([43]).

(85) I andra hand hävdar Tyskland att riktlinjerna för undsättnings- och omstruktureringsstöd skulle kunna utgöra en relevant grund för förenligheten med den inre marknaden. Tyskland hävdar att WestSpiel visserligen inte var ett företag i svårigheter vid tidpunkten för beviljandet av de påstådda åtgärderna, men att det skulle bli det om kommissionen skulle besluta om återkrav av stödåtgärden eller stödåtgärderna och att det skulle vara berättigat till undsättnings- och omstruktureringsstöd ([44]).

5. SYNPUNKTER FRÅN WESTSPIEL OCH DE KLAGANDE

(86) Efter utgången av tidsfristen för synpunkter på beslutet om att inleda förfarandet mottog kommissionen synpunkter från både WestSpiel och de klagande. För fullständighetens skull sammanfattas dessa synpunkter nedan.

([37]) Där det anges att det, som de klagande betonade, framgår tydligt av uppgifterna i WestSpiels årsredovisning för 2014 att WestSpiel självt anser att konkurrensen från kommersiella spelhallsoperatörer och onlinespel är en av huvudorsakerna till de förluster som uppstod det året.

([38]) Se exempelvis skälen 487 och 583 samt artikel 2.2 i kommissionens beslut C(2014) 6849 final av den 1 oktober 2014 i ärende SA.14093 om de åtgärder som Belgien har genomfört till förmån för Brussels South Charleroi Airport och Ryanair (EUT L 325, 30.11.2016, s. 63), skälen 190, 191 och 257 samt artikel 2.2 i kommissionens beslut C(2014) 5084 final av den 23 juli 2014 i ärendena SA.19880 och SA.32576 – flygplatsen Niederrhein (Weeze) och Flughafen Niederrhein GmbH (EUT L 269, 15.10.2015, s. 1), skäl 120 i kommissionens beslut 2009/613/EG av den 8 april 2009 om de åtgärder som Storbritannien har genomfört för Royal Mail (EUT L 210, 14.8.2009, s. 16), skäl 139 och artikel 1 i kommissionens beslut C(2019) 6836 final av den 20 september 2019 i ärende SA.34402 om åtgärden som genomförts av Tyskland till förmån för Hochschul-Informations-System GmbH (EUT L 74, 11.3.2020, s. 22), och – särskilt i fråga om privatisering – skäl 102 i kommissionens beslut 2008/722/EG av den 10 maj 2007 om statligt stöd som Grekland planerar att genomföra till förmån för OTE:s frivilliga system för förtidspension (EUT L 243, 11.9.2008, s. 7).

([39]) Se skäl 307 i kommissionens beslut 2008/765/EG av den 11 december 2007 om statligt stöd C 7/06 (ex NN 83/05) som Finland har genomfört till förmån för Vägaffärsverket/Destia (EUT L 270, 10.10.2008, s. 1).

([40]) Se skäl 157 i kommissionens beslut C(2012) 1834 final av den 21 mars 2012 om den åtgärd SA.31479 (2011/C) (f.d. 2011/N) som Förenade kungariket planerar att genomföra till förmån för Royal Mail Group (EUT L 279, 12.10.2012, s. 40).

([41]) Enligt Tyskland bidrar åtgärderna till att uppnå ett mål av gemensamt intresse, nämligen privatiseringen och därmed öppnandet av marknaden inom kasinosektorn i NRW.

([42]) De åtgärder som vidtagits i det aktuella fallet, dvs. kapitaltillskottet för att kompensera för den strukturella nackdelen, är viktiga steg för att anpassa företaget till den gradvisa avregleringen av kasinosektorn i Nordrhein-Westfalen. Till följd av åtgärderna skulle privata investerare vara intresserade av att förvärva WestSpiel, vilket skulle leda till privatisering. Åtgärderna var därför nödvändiga för privatiseringen av WestSpiel och för öppnandet av marknaden inom kasinosektorn.

([43]) Åtgärderna syftade uteslutande till att kompensera för det statsägda företagets konkurrensnackdel i förhållande till konkurrenterna. Tyskland förklarade att WestSpiels skattebörda skiljer sig avsevärt från den som privata företag inom hasardspelssektorn i allmänhet har och att åtgärderna i fråga inte har lett till någon ”överkompensation”. En jämförelse av skattebördan visar att den under 13 av 14 år under den relevanta perioden sedan 2006 har varit betydligt högre för WestSpiel än vad som skulle ha varit fallet vid normal företagsbeskattning. Enbart under perioden 2009–2013 kunde NRW uppbära sammanlagt 253,2 miljoner euro genom de skatter som föreskrivs i artiklarna 12–14 i SpielbG NRW (gamla versionen). Utan statligt ingripande skulle företaget inte kunna konkurrera på egen hand.

([44]) Tyskland förklarar att kommissionen har godkänt stöd i liknande fall, t.ex. i kommissionens beslut 2005/345/EG av den 24 februari 2004 om Tysklands omstruktureringsstöd till förmån för Bankgesellschaft Berlin AG (EUT L 116, 4.5.2005, s. 1).

5.1 **WestSpiels synpunkter**

5.1.1 *Påstådd årlig förlustkompensation*

(87) När det gäller NRW.BANK:s påstådda årliga kompensation för WestSpiels förluster hävdar WestSpiel att denna kompensation inte var högre än den normala andel av förlusterna som en kommanditdelägare i ett kommanditbolag som gör förluster måste bära. Framför allt handlade det inte om något tillskott av nytt kapital. Det var inte heller fråga om någon åtgärd som kan tillskrivas staten, eftersom kapitalförbrukningen vid förluster i kommanditbolaget skedde automatiskt, dvs. oberoende av kommanditdelägarens beslut.

5.1.2 *Påstått kapitaltillskott under 2015*

(88) När det gäller kapitaltillskottet 2015 hävdar WestSpiel att det inte fick något nytt kapital från sin aktieägare. I stället hade företaget sålt sina egna tillgångar (dvs. två Andy Warhol-tavlor) i samförstånd med sin aktieägare för att ha tillräckligt med likvida medel för den nödvändiga omstruktureringen.

(89) WestSpiel hävdar att även om intäkterna från försäljningen av de två tavlorna först måste överföras till NRW på grund av vinstöverlåtelsen på 75 % enligt artikel 14.1 i SpielbG NRW (gamla versionen), var detta inte en självständig åtgärd. Överföringen var snarare bara ett mellansteg i en transaktion i flera steg som redan från början var utformad för att återföra försäljningsintäkterna till WestSpiel. Dessa medel behövdes för omstruktureringen av WestSpiel genom ett passivt delägande av NRW.BANK i WestSpiels aktiekapital. Utan vissheten om att försäljningsintäkterna (delvis) skulle återföras till WestSpiel skulle WestSpiels ledning aldrig ha samtyckt till försäljningen av tavlorna, eftersom det skulle ha varit mycket ofördelaktigt för bolaget.

(90) WestSpiel förklarar vidare att det passiva delägandet i WestSpiel upplöstes som en del av den koncerninterna omstruktureringen av den 13 januari 2021 (se skäl 29). Den 19 januari 2021 återbetalade WestSpiel (från sina egna likvida medel) en första delbetalning på 35 miljoner euro. Det återstående beloppet återbetalades i form av en andra och sista delbetalning under andra kvartalet 2021 efter det att WestSpiels årsredovisning hade godkänts (se skäl 81 sjätte meningen).

5.2 **De klagandes synpunkter**

5.2.1 *Påstådd årlig förlustkompensation*

(91) De klagande har inte kommenterat den påstådda årliga förlustkompensationen, utan endast krävt att Tyskland ska vara skyldigt att se till att WestSpiel NRW återbetalar beloppet för den påstådda årliga förlustkompensationen sedan 2009.

5.2.2 *Påstått kapitaltillskott under 2015*

(92) När det gäller det påstådda kapitaltillskottet 2015 vidhåller (och utvecklar) de klagande sin uppfattning – som även framfördes i ärendena SA.44944 och SA.53552 – att vinstöverlåtelsen enligt artikel 14 i SpielbG NRW (gamla versionen) egentligen inte är en skatt, utan en vinstutdelning till NRW i dess roll som förvaltare bakom NRW.BANK:s passiva delägande i WestSpiel.

(93) De klagande hävdar att, i motsats till kommissionens slutsatser i skälen 83 och 84 i beslutet att inleda förfarandet, den relevanta lagstiftningen i medlemsstaten alltid är avgörande för om en avgift ska betraktas som en skatt i samband med tillämpningen av unionens lagstiftning om statligt stöd. Med andra ord är en åtgärd som bedöms enligt unionsrätten om statligt stöd endast en skatt om den i nationell rätt kategoriseras som en sådan. De klagande tillägger emellertid att det inte alls är nödvändigt att betrakta mekanismen för vinstöverlåtelser enligt artikel 14 i SpielbG NRW (gamla versionen) som en skatt för att kunna dra slutsatsen att det kapitaltillskott som är föremål för klagomålet utgör olagligt statligt stöd. För även om vinstöverlåtelsen inte betraktas som en skatt utan som en vinstutdelning till den (indirekta) aktieägaren, grundar sig kapitaltillskottets karaktär av stöd på de skäl som kommissionen angav i skälen 90–93 i beslutet om att inleda förfarandet, dvs. oförenlighet med principen om en privat investerare i en marknadsekonomi.

6. BEDÖMNING AV ÅTGÄRDERNA

6.1 Förekomst av statligt stöd

(94) Enligt artikel 107.1 i EUF-fördraget ”är stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenligt med den inre marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna”.

(95) En åtgärd utgör statligt stöd om följande kumulativa villkor är uppfyllda: a) åtgärden kan tillskrivas medlemsstaten och beviljas med hjälp av statliga medel, b) den ger vissa företag eller produktionen av vissa varor en selektiv ekonomisk fördel, c) fördelen snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen och d) åtgärden påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

(96) I de följande avsnitten kommer kommissionen att bedöma kriterierna för förekomsten av statligt stöd enligt artikel 107.1 i EUF-fördraget för var och en av de två åtgärder som klagomålet avser.

6.1.1 *Påstådd årlig förlustkompensation under perioden 2009–2015*

(97) När det gäller åtgärden för förlustkompensation är den centrala frågan huruvida den årliga förlustkompensationen har inneburit en fördel för WestSpiel. Kommissionen anser att den årliga förlustkompensationen inte gav WestSpiel någon fördel och att det därför, på grund av den kumulativa karaktären hos stödkriterierna enligt artikel 107.1 i EUF-fördraget, kan uteslutas att det föreligger stöd utan att det är nödvändigt att undersöka de andra kriterierna.

(98) En fördel i den mening som avses i artikel 107.1 i EUF-fördraget är den ekonomiska förmån som ett företag inte skulle ha fått under normala marknadsförhållanden, det vill säga utan statligt ingripande ([45]). Det är endast åtgärdens effekt på företaget som är relevant, och inte orsaken till eller målet med det statliga ingripandet ([46]). En fördel föreligger när ett företags ekonomiska situation förbättras till följd av ett statligt ingripande ([47]) under villkor som skiljer sig från normala marknadsförhållanden. För att bedöma denna faktor bör företagets ekonomiska situation efter åtgärden jämföras med dess ekonomiska situation om åtgärden inte hade vidtagits ([48]). Eftersom endast åtgärdens effekter på företaget är av betydelse är det irrelevant om fördelen var obligatorisk, dvs. att företaget inte kunde undvika eller vägra att ta emot den ([49]).

(99) Kommissionen anser att den årliga förlustkompensationen inte gav WestSpiel någon fördel av två skäl: WestSpiel förbrukade endast eget kapital för att fullgöra sina skyldigheter enligt tysk bolagsrätt (se avsnitt 6.1.1.1), och en jämförbar privat investerare skulle ha agerat på samma sätt, varför åtgärden beviljades under normala marknadsförhållanden (se avsnitt 6.1.1.2).

6.1.1.1 Automatisk kapitalförbrukning

(100) I skäl 62 i beslutet om att inleda förfarandet drog kommissionen ingen slutlig slutsats om huruvida NRW.BANK och NRW faktiskt hade stått för (en del av) WestSpiels förluster och beslutade inte heller om huruvida de skulle tillhandahålla det kapital som krävdes för att täcka förlusterna eller inte. Vid den tidpunkten (se skälen 63–65 i beslutet om att inleda förfarandet) ansåg kommissionen att NRW.BANK:s kapitalkonto hade debiterats med WestSpiels förluster, så att medel från NRW.BANK:s kapitalkonto hade överförts till WestSpiel, och att åtgärden vid första påseendet utgjorde en fördel i den mening som avses i artikel 107.1 i EUF-fördraget. Tyskland uppmanades dock att inkomma med ytterligare förklaringar för att kunna bedöma åtgärdens effekter enligt lagstiftningen om statligt stöd.

([45]) Domstolens dom av den 11 juli 1996, SFEI m.fl., C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, punkt 60, och domstolens dom av den 29 april 1999, Spanien/kommissionen, C-342/96, ECLI:EU:C:1999:210, punkt 41.

([46]) Domstolens dom av den 2 juli 1974, Italien/kommissionen, C-173/73, ECLI:EU:C:1974:71, punkt 13.

([47]) Begreppet ”statliga ingripanden” avser inte bara att staten vidtar positiva åtgärder utan omfattar också att myndigheterna underlåter att vidta åtgärder under vissa omständigheter, till exempel för att driva in skulder. Se t.ex. domstolens dom av den 12 oktober 2000, Spanien/kommissionen, C-480/98, ECLI:EU:C:2000:559, punkterna 19 och 20.

([48]) Domstolens dom av den 2 juli 1974, Italien/kommissionen, C-173/73, ECLI:EU:C:1974:71, punkt 13.

([49]) Se skäl 69 i kommissionens beslut 2004/339/EG av den 15 oktober 2003 om de åtgärder som vidtagits av Italien till förmån för RAI SpA (EUT L 119, 23.4.2004, s. 1), och generaladvokat Fennellys förslag till avgörande av den 26 november 1998, Frankrike/kommissionen, C-251/97, ECLI:EU:C:1998:572, punkt 26.

(101) Såsom beskrivs i skälen 63–67 hävdar Tyskland i sina synpunkter på beslutet om att inleda förfarandet att WestSpiel aldrig fick någon direkt kompensation för sina förluster från NRW.BANK, den enda kommanditdelägaren, utan endast förbrukade aktiekapitalet (som tillfördes 1978 och 2002) för att kompensera för de ackumulerade förlusterna, dvs. att det aldrig förekom några direkta utbetalningar från NRW.BANK. Tyskland hänvisar i stället till den tyska bolagsrättsliga mekanismen för förlustkompensation, enligt vilken förluster automatiskt dras av från kommanditbolagets kapitalkonto.

(102) Mot bakgrund av ovanstående anser kommissionen att WestSpiel inte fick någon fördel av den årliga förlustkompensationen, eftersom den inte innebar någon överföring av medel utanför företaget och grundade sig på en rent rättslig automatik, nämligen kompensationen av WestSpiels förluster genom förbrukning av eget kapital i enlighet med en skyldighet enligt tysk bolagsrätt.

(103) I själva verket grundade sig den årliga förlustkompensationen endast på skyldigheten enligt artikel 161.2 jämförd med artikel 120 i *Handelsgesetzbuch* (gamla versionen) att vid förluster i ett kommanditbolags balansräkning dra av de förluster som kan hänföras till respektive aktieägare från dennes kapitalandel. NRW.BANK:s andel av förlusterna som enda kommanditdelägare i WestSpiel drogs därför av från det befintliga egna kapitalet i bolaget och krävde inte något externt tillskott av nytt kapital. På grund av denna rent rättsliga automatik var staten inte inblandad i processen och inget aktivt beslut fattades om den årliga förlustkompensationen.

(104) I motsats till vad kommissionen konstaterade i skäl 63 i beslutet om att inleda förfarandet skedde därför ingen överföring av medel från ett kapitalkonto hos NRW.BANK till WestSpiel. I enlighet med den kompensationsmekanism som föreskrivs i *Handelsgesetzbuch* kompenserades WestSpiels förluster omedelbart i slutet av varje år med bolagets eget kapital (som ursprungligen hade tillskjutits av NRW.BANK som WestSpiels enda kommanditdelägare), så att processen uteslutande ägde rum internt på WestSpiels egna kapitalkonton. WestSpiel fick därför inte några utbetalningar utanför företaget, och dess ekonomiska situation förbättrades inte genom mekanismen för förlustkompensation.

6.1.1.2 Agerandet hos en jämförbar privat investerare

(105) För det andra ändrar kommissionen sin ståndpunkt i skäl 64 i beslutet om att inleda förfarandet att enbart det faktum att NRW.BANK accepterade ytterligare förluster trots WestSpiels upprepade förluster under de föregående åren, utan att först undersöka om man skulle behålla eller avveckla sin andel i WestSpiel för att bevara värdet på det återstående tillskottet i sig kunde ha utgjort en otillbörlig fördel, eftersom det inte kunde antas att en privat investerare skulle ha agerat på samma sätt under jämförbara omständigheter. Såsom förklaras i skäl 68 anser Tyskland att dessa tvivel inte är berättigade. För att visa att en privat investerare skulle ha agerat på samma sätt beskriver Tyskland två olika scenarier för NRW.BANK:s agerande (likvidation och försäljning av WestSpiel).

(106) På grundval av de kompletterande uppgifter som Tyskland lämnat och med beaktande av bedömningen nedan anser kommissionen att en privat investerare under jämförbara omständigheter inte skulle ha valt något av de alternativa scenarierna, dvs. likvidation eller försäljning av WestSpiel (kontrafaktiska scenarier), i stället för den årliga förlustkompensationen (faktiskt scenario), eftersom förlustkompensationen är det mest rimliga scenariot. WestSpiel skulle ha fått samma ekonomiska förmån under normala marknadsförhållanden och – utöver de skäl som anges i avsnitt 6.1.1.1 – WestSpiel har inte fått någon fördel av den årliga förlustkompensationen.

— *Bedömning av de kontrafaktiska scenarierna (likvidation och försäljning)*

— *Scenario 1: likvidation av WestSpiel*

(107) I sina synpunkter på beslutet om att inleda förfarandet förklarar Tyskland att NRW.BANK inte kunde ha bevarat värdet av sitt ursprungliga kapitaltillskott till WestSpiel under den aktuella perioden 2009–2015 genom att upplösa och likvidera bolaget (se skälen 69–71), eftersom WestSpiels likvidationsvärde efter avvecklingen och likvidationen enligt artiklarna 143 och följande i *Handelsgesetzbuch* och artiklarna 730 och följande i den tyska civillagen skulle ha varit klart negativt.

(108) Kommissionen delar Tysklands uppfattning att avvecklingen och likvidationen av WestSpiel inte skulle ha varit ett ekonomiskt hållbart alternativ till den årliga förlustkompensationen, eftersom följande överväganden visar att likvidationsvärdet för WestSpiel skulle ha varit negativt.

— *Likvidationsvärde enligt Tysklands beskrivning av förfarandet*

(109) I sin beskrivning av det teoretiska systemet och förfarandet för avveckling och likvidation av WestSpiel förklarar Tyskland utförligt och begripligt varför det kapital som krävs för att tillgodose fordringsägarna enligt artikel 148.5 första meningen i *Handelsgesetzbuch* skulle ha överstigit WestSpiels tillgängliga kapital. Kommissionen förstår av denna beskrivning att betalningen av många skulder till tredje part, inklusive betydande pensionsåtaganden, kostnader för uppsägning av avtal (t.ex. anställnings- och hyresavtal) och avveckling av anläggningstillgångar eller omsättningstillgångar borde ha beaktats och skulle ha lett till betydande rabatter på WestSpiels bokförda värden.

(110) Kommissionen bekräftar Tysklands argument att även NRW.BANK:s tillskott skulle ha påverkats, eftersom det endast vid ett positivt saldo skulle ha återstått ett värdebidrag för NRW.BANK:s tillskott (se artikel 171.1 jämförd med artikel 167.3, artikel 149 första meningen och artikel 161.2 i *Handelsgesetzbuch*) (se skäl 70). Kommissionen klargör att kommanditdelägaren är direkt ansvarig gentemot bolagets fordringsägare i enlighet med artikel 171.1 i *Handelsgesetzbuch* jämförd med artikel 167.3 (gamla versionen), men att detta ansvar är begränsat till beloppet för dennes kapitalandel eller utestående tillskott (*Haftsumme*). Detta begränsade ansvar gäller även för likvidationsförfaranden. Den återstående delen av kapitaltillskottet från kommanditdelägaren, dvs. NRW.BANK, på 35,5 miljoner euro (se skäl 28) skulle vara en del av detta kapital, som skulle användas för att betala företagets skulder.

(111) Kommissionen konstaterar att Tyskland har lämnat in en detaljerad analys av avvecklings- och likvidationsscenariot för WestSpiel, men utan att lägga fram några underbyggda bevis för påståendet att likvidationsvärdet skulle ha varit negativt, till exempel bevis för WestSpiels enskilda skulder till tredje part med konkreta siffror. Tyskland nämner endast ”grova beräkningar”, som inte har lämnats in till kommissionen.

— *Likvidationsvärde enligt WestSpiels årsredovisning*

(112) Det argument som Tyskland anför för att avvisa likvidationsscenariot (”WestSpiels likvidationsvärde skulle ha varit negativt”) bekräftas i alla händelser av årsredovisningen och revisionsberättelserna (WestSpiels koncernredovisning och koncernledningsrapport) (*[XY]-rapporterna*) från [ett annat välrenommerat revisionsföretag].

(113) I synnerhet skulle det förhållande mellan skulder och kapital som presenteras i dessa handlingar ha lett till ett negativt likvidationsvärde för WestSpiel under perioden 2009–2015: Enligt årsredovisningen för räkenskapsåret 2009 uppgick WestSpiels totala skulder till 25,3 miljoner euro och dess aktiekapital till 27,9 miljoner euro. Från och med räkenskapsåret 2010 översteg skulderna (22,7 miljoner euro) WestSpiels kapital (22,1 miljoner euro), vilket förblev fallet under de följande åren fram till 2015. Därför skulle WestSpiel vid denna tidpunkt faktiskt ha uppnått ett negativt likvidationsvärde efter att ha tillgodosett sina fordringsägare enligt artikel 148.5 första meningen i *Handelsgesetzbuch* genom att betala skulder från kapitalet, vilket Tyskland hävdar.

(114) Mot bakgrund av ovanstående bedömning och den situation som Tyskland beskriver (se skälen 69–71) anser kommissionen att en avveckling och likvidation av WestSpiel vid tidpunkten för den årliga förlustkompensationen inte skulle ha varit ett ekonomiskt hållbart alternativ.

— *Scenario 2: försäljning av WestSpiel*

(115) I sina synpunkter på beslutet om att inleda förfarandet förklarar Tyskland att NRW.BANK endast kunde ha undvikit att bära WestSpiels förluster genom en försäljning (se skälen 72–74). Enligt Tyskland skulle en försäljning före 2015 ha inneburit att Tyskland inte skulle ha fått ut ett tillfredsställande pris och därför skulle ha ådragit sig större förluster. Som bevis hänvisar Tyskland till sidan 101 i [IBR]-rapporten, där det anges att WestSpiels betalningsbalans, även med det kapitaltillskott som planerades vid den tidpunkten i form av det passiva delägandet, sannolikt endast kommer att vara positiv under åren 2021–2023. Såsom förklaras i skäl 30 såldes WestSpiel slutligen till Gauselmann-koncernen i september 2021 till ett pris av 141,8 miljoner euro.

(116) Av de skäl som anges nedan anser kommissionen att en försäljning av WestSpiel under den period då NRW.BANK beslutade att ytterligare täcka WestSpiels förluster inte skulle ha övervägts ens av en jämförbar privat investerare.

— *Bedömning av WestSpiels allmänna ekonomiska situation under perioden 2009–2015*

(117) På samma sätt som i det första scenariot (se skälen 112–114) har kommissionen granskat de bevis som Tyskland har lagt fram och som bygger på WestSpiels årsredovisning och [XY]-rapporterna för åren 2009–2015 och konstaterar att affärssiffrorna bekräftar att en försäljning av WestSpiel inte skulle ha varit rimlig under den aktuella perioden.

(118) I det första scenariot (likvidation) begränsade kommissionen sin granskning av årsredovisningarna och [XY]-rapporterna till förhållandet mellan WestSpiels kapital och dess registrerade skulder till tredje part. I det andra scenariot (försäljning) anser kommissionen att det är nödvändigt att även undersöka WestSpiels allmänna ekonomiska situation under de enskilda åren och [XY]-konsulternas bedömning av den framtida utvecklingen av WestSpiels lönsamhet för att kunna bedöma om en försäljning skulle ha varit rimlig.

(119) När det gäller WestSpiels situation under perioden 2009–2015 drar kommissionen följande slutsatser av de tillgängliga årsredovisningarna och [XY]-rapporterna:

— Enligt [XY]-rapporterna noterade WestSpiel redan 2009 en nedgång i bruttospelintäkterna, vilket berodde på ändringar i den nationella lagstiftningen i samband med det rökförbud som gäller i NRW sedan 2007 och strängare tillträdeskontroller för kasinon, samt utvecklingen av kommersiellt spelande eller olagliga hasardspelserbjudanden på internet och den nya skattemodellen för kasinon i NRW sedan den 1 januari 2008. WestSpiel redovisade en nettoförlust på 7,9 miljoner euro för 2009. Vid den tidpunkten omfattades bruttospelintäkterna från WestSpiels kasinon fortfarande av en kasinoskatt på 50 % ([50]). [XY]-rapporten visar att ledningen för WestSpiel och därmed också NRW.BANK som enda kommanditdelägare var medveten om denna situation och riskerna för en fortsatt affärsverksamhet i bolaget. WestSpiels ledning hade därför vidtagit flera förebyggande åtgärder, bland annat genom att inleda en omstruktureringsprocess och ansöka om en minskning av kasinoskatten för vissa kasinon.

— Under 2010 utvecklades situationen på liknande sätt som under 2009 och ytterligare åtgärder vidtogs för att minska kostnaderna, till exempel genom att anpassa produkter och erbjudanden. För 2012 prognostiserades en nettoförlust på 12 miljoner euro (ett belopp som var nästan dubbelt så högt som nettoförlusten på 5,8 miljoner euro 2010).

([50]) Se artikel 12 i SpielbG NRW, som infördes genom delstaten Nordrhein-Westfalens lag av den 30 oktober 2007 om statsfördraget om hasardspel i Tyskland (GV. NRW. utgåva 2007 nr 24 av den 14 november 2007, s. 441–460 | RECHT.NRW.DE).

— För 2011 noterar [XY]-rapporten en liten förbättring av WestSpiels situation med en lägre nettoförlust för året på 3,5 miljoner euro.

— Under 2012 ökade årets nettoförlust till 10,3 miljoner euro, samtidigt som WestSpiels bruttospelintäkter kontinuerligt minskade. Tack vare de positiva resultaten från kasinot i Duisburg konstateras det dock i [XY]-rapporten att årsredovisningen för året var i det närmaste balanserad. Ledningen räknade dock med en kraftig påfrestning på WestSpiels likviditet under 2013.

— Från och med 2012 tillämpades den nya skattemodellen med en lägre kasinoskatt på 30 % av bruttospelintäkterna, vilket framgår av skälen 31 och 33 ([51]). WestSpiel redovisade ändå en nettoförlust på 8,96 miljoner euro 2013, vilket föranledde ledningen att planera ytterligare omstruktureringar för att säkerställa likviditeten fram till 2022. Detta omfattade försäljningen av konstverken och kapitaltillskottet efter vinstöverlåtelsen, vilket framgår av skälen 46 och 47. I [XY]-rapporten prognostiseras en nettovinst på 4,4 miljoner euro för 2014 till följd av omstruktureringen.

— Enligt [XY]-rapporten för 2014 uppnådde WestSpiel ett positivt resultat med en nettovinst på 3,3 miljoner euro till följd av omstruktureringsåtgärderna, följt av en nettoförlust på mindre än en miljon euro 2015.

(120) De handlingar som kommissionen har tillgång till bekräftar därför Tysklands argument att WestSpiel inte vid något tillfälle under perioden 2009–2015 skulle ha varit en attraktiv investering för en teoretisk köpare, med tanke på de ständiga årliga förlusterna och de pågående rättsliga utmaningarna på nationell nivå.

(121) När det gäller Tysklands hänvisning till WestSpiels likviditetsprognos på sidan 101 i [IBR]-rapporten (baserad på årsredovisningarna och [XY]-rapporterna för 2013 och 2014) konstaterar kommissionen att analysen, i motsats till Tysklands förklaringar, inte omfattar den situation där kapitaltillskottet är en del av omstruktureringen, utan i stället återspeglar utvecklingen av WestSpiels likviditet utan det planerade kapitaltillskottet (efter försäljningen av konstverken och vinstöverlåtelsen). Tysklands felaktiga tolkning av [IBR]-rapporten ändrar dock inte kommissionens uppfattning, utan bekräftar den snarare, eftersom diagrammet i skäl 74 visar att WestSpiels betalningsbalans skulle ha varit negativ fram till 2021 utan kapitaltillskottet. Kommissionen anser därför att det inte är realistiskt att anta att NRW.BANK skulle ha kunnat kompensera för de förluster som uppstod i samband med kapitaltillskottet till WestSpiel vid den tidpunkten med intäkterna från försäljningen.

(122) Dessutom är försäljningen av ett företag, i likhet med dess avveckling och likvidation, föremål för ett komplext och långvarigt rättsligt förfarande. Förutom de allmänna handels- och bolagsrättsliga bestämmelserna finns det även arbetsrättsliga bestämmelser, t.ex. i samband med överföring av personal enligt artikel 613a i den tyska civillagen och utformningen av sociala planer enligt artikel 112 i lagen om företagsstrukturer (*Betriebsverfassungsgesetz*), samt skatterättsliga bestämmelser (t.ex. skyldigheten att betala inkomstskatt, handelsskatt, bolagsskatt och mervärdesskatt) och konkurrensrättsliga bestämmelser (i samband med eventuella företagskoncentrationer som omfattas av de europeiska förordningarna om kontroll av företagskoncentrationer).

(123) Av dessa skäl drar kommissionen slutsatsen att en försäljning av WestSpiel inte skulle ha varit ett rimligt alternativ för Tyskland vid tidpunkten för den årliga förlustkompensationen.

— *Bedömning av det faktiska scenariot (årlig förlustkompensation)*

([51]) Se artikel 12 i SpielbG NRW i versionen av artikel 3 i lagen om det första delstatsfördraget om ändring av delstatsfördraget om hasardspel i Tyskland (*Erster Glücksspieländerungsstaatsvertrag*) (GV. NRW. utgåva 2012 nr 29 av den 22 november 2012, s. 523–546 | RECHT.NRW.DE).

(124) Kommissionen anser att det faktiska scenario som NRW.BANK har valt är det mest rimliga för en aktieägare.

(125) Årlig förlustkompensation från aktieägarna är vanlig praxis i företag, ofta på grundval av avtal om resultatfördelning som ingåtts mellan moderbolaget och dotterbolagen ([52]). Dessutom kan årlig förlustkompensation snarare ses som ett passivt agerande hos en investerare, eftersom aktieägarna enligt tysk bolagsrätt är skyldiga att täcka de förluster som redovisas i företagets årsredovisning genom sin kapitalandel, vilket förklaras i skälen 103 och 104, och årlig förlustkompensation visar sig därför vara en rent automatisk mekanism som inte kräver något separat beslut av en aktieägare.

(126) Kommissionen drar därför slutsatsen att en privat investerare skulle ha valt det tredje av de tre scenarierna (omedelbar försäljning/likvidation/”ingen åtgärd”) även om det inte fanns några expertutlåtanden eller andra styrkande handlingar.

(127) I detta avseende kan varken försäljningen av ett företag omedelbart efter det att det börjat gå med förlust eller investeringen av nytt kapital för att fortsätta driva ett (förlustbringande) företag i varje enskilt fall anses vara förenligt med principen om en privat investerare i en marknadsekonomi. Snarare måste varje beslut (om att sälja, bibehålla status quo eller tillföra nytt kapital) bedömas på grundval av sina meriter i varje enskilt fall, med beaktande av hur en försiktig investerare i en marknadsekonomi skulle ha agerat.

— *Slutsats om fördelen*

(128) Mot bakgrund av ovanstående drar kommissionen därför slutsatsen att WestSpiel inte fick någon ekonomisk fördel av den påstådda årliga förlustkompensationen, eftersom denna endast förbrukade WestSpiels eget kapital (se skälen 100–104), och NRW.BANK:s beslut att bevara värdet på sitt kapitaltillskott till WestSpiel var dessutom rimligt, eftersom det var ekonomiskt förnuftigt att inte sälja med förlust utan att vänta på bättre tider, då förbrukningen av kapitalet kunde kompenseras genom en lönsam försäljning av WestSpiel (även om detta – eventuellt – skulle innebära fortsatta förluster, dvs. att WestSpiels kapital skulle förbrukas ytterligare).

6.1.2 *Påstått kapitaltillskott under 2015*

6.1.2.1 Förhållandet mellan mekanismen för vinstöverlåtelser och kapitaltillskottet

(129) För att kunna avgöra om det påstådda kapitaltillskottet ska betraktas som statligt stöd måste kommissionen först undersöka om vinstöverlåtelsen 2014 ([53]) och NRW:s kapitaltillskott på 64,8 miljoner euro till WestSpiel 2015 ska betraktas som två separata åtgärder eller som en enda åtgärd.

(130) Av de uppgifter som Tyskland har lämnat om förfarandet för kapitaltillskott (se skälen 48 och 49) framgår att NRW.BANK:s skyldighet att tillskjuta ytterligare aktiekapital till WestSpiel enligt förvaltningsavtalet trädde i kraft den 1 december 2015, dvs. vid den tidpunkt då det villkor som föregick betalningen (”men inte före undertecknandet av partnerskapsavtalet om ett passivt delägarskap” [se skäl 26]) uppfylldes. Kommissionen anser därför att det faktiska datumet för beviljandet av åtgärden var den 1 december 2015. Detta ändras inte av det

([52]) Se till exempel kommissionens beslut C(2011) 632 final av den 23 februari 2011 om det statliga stöd SA.20255 C 58/06 (f.d. NN 98/05) som Tyskland har genomfört till förmån för Bahnen der Stadt Monheim (BSM) och Rheinische Bahngesellschaft (RBG) i Verkehrsverbund Rhein-Ruhr (EUT L 210, 17.8.2011, s. 1), kommissionens beslut C(2011) 3899 av den 15 juni 2011 om det statliga stödet SA.31296 (N 322/2010) – Tyskland – Kommunale Wasserwerke Leipzig GmbH (EUT C 1, 4.1.2013, s. 2), kommissionens beslut C(2024) 2781 final av den 13 juni 2024 om det statliga stödet SA.55744 (2024/C) (ex 2019/FC) – Påstått stöd till WestVerkehr (EUT C 4762, 30.7.2024, s. 1), och kommissionens beslut C(2022) 639 final av den 31 januari 2022 om det statliga stödet SA.50952 (2022/C) (f.d. 2018/FC) – Påstådda statliga stödåtgärder till förmån för DB Cargo (EUT C 316, 18.8.2022, s. 20). Denna praxis stöds också av artikel 302.1 i den tyska aktiebolagslagen, som uttryckligen ger möjlighet till årlig förlustkompensation från den andra parten i ett avtal om kontroll eller om vinstöverföring.

([53]) På grundval av artikel 14 i SpielbG NRW (gamla versionen) (se skäl 32), enligt vilken WestSpiel måste överföra 75 % av sitt redovisade årliga överskott, dvs. ett belopp på cirka 82 miljoner euro, till NRW efter försäljningen av två konstverk.

faktum att NRW överförde de tillskjutna medlen till NRW.BANK som förvaltare först den 10 december 2015 och att den slutliga överföringen av dessa medel från NRW.BANK till WestSpiel ägde rum först den 15 december 2015, eftersom detta endast innebar att transaktionen avslutades.

(131) Tyskland anser att mekanismen för vinstöverlåtelser och kapitaltillskottet bör betraktas som en enda åtgärd och att NRW även kunde ha ändrat artikel 14 i SpielbG NRW (gamla versionen) i stället för att tillföra kapital till WestSpiel.

(132) Enligt Tysklands uppfattning ledde vinstöverlåtelsen på totalt cirka 82 miljoner euro 2014 i kombination med ”återföringen” av 64,8 miljoner euro till WestSpiel 2015 till ett nettoinflöde på cirka 17,2 miljoner euro från WestSpiel till staten. Enligt detta synsätt straffade åtgärden WestSpiel snarare än gav det en fördel. Kommissionen håller dock inte med om detta. I själva verket är vinstöverlåtelsen och kapitaltillskottet inte en del av en komplex åtgärd. Det rör sig snarare om två olika åtgärder, var och en med sin egen logik. I det aktuella fallet kan kapitaltillskottet inte betraktas som en delåtgärd av en övergripande åtgärd. Det belopp som WestSpiel betalade i det första steget som en del av mekanismen för vinstöverlåtelser enligt artikel 14 i SpielbG NRW (gamla versionen) skulle betalas som en skatt och togs ut av delstaten i dess egenskap av offentlig myndighet.

(133) Kapitaltillskottet är en separat åtgärd som tydligt kan härledas från dess art och syfte, sammanhanget, det eftersträvade målet och de tillämpliga bestämmelserna: till skillnad från mekanismen för vinstöverlåtelser är kapitaltillskottet inte en skatteåtgärd, eftersom det inte genomförs av staten i dess egenskap av skattemyndighet, utan grundar sig på ett beslut av staten i dess egenskap av aktieägare och därmed investerare. Åtgärderna antogs dessutom inte enligt samma lagstiftning eller med samma genomförandebestämmelser. Såsom förklaras i skäl 130 infördes systemet med vinstöverlåtelser redan 2008, medan kapitaltillskottet beviljades den 1 december 2015. Den tvåstegsmodell som Tyskland tillämpar (dvs. vinstöverlåtelse 2014 och kapitaltillskott 2015) följer dessa kronologiska steg enbart på grund av den skatteordning som hade införts sju år tidigare och som bibehölls efter kapitaltillskottet. Det kan inte heller hävdas att detta kapitaltillskott var förutsebart när systemet med vinstöverlåtelser infördes.

(134) Det faktum att NRW inte ändrade SpielbG NRW för att kompensera för den ”strukturella nackdel” som mekanismen för vinstöverlåtelser orsakade visar dessutom att NRW betraktade mekanismen för vinstöverlåtelser som en extern faktor och inte som en del av sitt aktieägaravtal med WestSpiel. Mekanismen för vinstöverlåtelser och kapitaltillskottet bör därför inte betraktas som en enda åtgärd, utan som två olika åtgärder.

— *Slutsats om förhållandet mellan mekanismen för vinstöverlåtelser och kapitaltillskottet*

(135) På grundval av ovanstående drar kommissionen slutsatsen att Tysklands argument om att det rör sig om en enda åtgärd inte kan användas för att utesluta förekomsten av en fördel, eftersom mekanismen för vinstöverlåtelser och kapitaltillskottet ska betraktas som två separata åtgärder.

6.1.2.2 Bedömning av kapitaltillskottet enligt lagen om statligt stöd

(136) Eftersom vinstöverlåtelsen och kapitaltillskottet är självständiga åtgärder (se avsnitt 6.1.2.1) måste de analyseras separat. Mekanismen för vinstöverlåtelser enligt artikel 14 i SpielbG NRW (gamla versionen) är inte att betrakta som statligt stöd i den mening som avses i artikel 107.1 i EUF-fördraget. Det följer av själva mekanismen att det inte sker någon överföring av statliga medel som skulle kunna förbättra ett företags ekonomiska situation, eftersom medlen flödar från företaget till staten och inte tvärtom. Den följande bedömningen enligt lagen om statligt stöd fokuserar därför enbart på kapitaltillskottet.

6.1.2.2.1 Företaget

(137) Reglerna om statligt stöd är endast tillämpliga om stödmottagaren är ett företag. Domstolen har konsekvent definierat företag som enheter som bedriver ekonomisk verksamhet, oberoende av deras rättsliga status och deras sätt att finansiera verksamheten ([54]). Klassificeringen av en viss enhet som ett företag beror därför enbart på vilken typ av verksamhet den bedriver ([55]).

(138) Som kasino erbjuder WestSpiel tjänster (framför allt speltjänster, men även cateringtjänster) mot betalning (entréavgifter, andel av insatser, priser för andra tjänster) på en marknad. WestSpiel bedriver därför ekonomisk verksamhet i ett perspektiv som rör statligt stöd och kan därför klassificeras som ett företag i den mening som avses i artikel 107.1 EUF-fördraget.

6.1.2.2.2 Statliga medel och frågan om åtgärden kan tillskrivas staten

(139) Endast fördelar som beviljats direkt eller indirekt genom statliga medel kan utgöra statligt stöd i den mening som avses i artikel 107 i EUF-fördraget ([56]). I statliga medel ingår alla medel som härrör från den offentliga sektorn ([57]), inklusive medel från decentraliserade, federala, regionala eller andra organ ([58]) och, under vissa omständigheter, medel från privata organ. Det är ovidkommande huruvida ett organ inom den offentliga sektorn är självständigt ([59]).

(140) Offentliga företags medel utgör också statliga medel i den mening som avses i artikel 107.1 i EUF-fördraget eftersom staten kan bestämma över användningen av dessa medel ([60]). Vid tillämpningen av lagstiftningen om statligt stöd kan överföringar inom en grupp av offentliga företag också utgöra statligt stöd, till exempel om resurser överförs från moderbolaget till dess dotterbolag (även om det utgör ett enda företag ur ekonomisk synvinkel) ([61]). Den avgörande faktorn för att klassificera finansiella resurser som statliga resurser är inte att en överföring av resurser faktiskt äger rum, utan det faktum att resurserna står under statlig kontroll och att de statliga myndigheterna därför har dessa resurser till sitt förfogande ([62]).

(141) I fall där en offentlig myndighet beviljar en fördel till en stödmottagare kan åtgärden per definition tillskrivas staten. Det är dock mindre uppenbart att en åtgärd kan tillskrivas staten om fördelen beviljas via offentliga företag. I sådana fall måste det undersökas om de offentliga myndigheterna kan anses ha deltagit på något sätt i antagandet av åtgärden ([63]). Även om en åtgärd vidtas av ett offentligt företag räcker det inte i sig för att anse att åtgärden kan tillskrivas staten ([64]). Snarare kan det faktum att en åtgärd som vidtas av ett offentligt företag kan tillskrivas staten härledas från en rad indicier som härrör från omständigheterna i det specifika fallet och från det sammanhang i vilket åtgärden vidtogs ([65]).

([54]) Domstolens dom av den 12 september 2000, Pavlov m.fl., C-180/98 till C-184/98, ECLI EU:C:2000:428, punkt 74, och domstolens dom av den 10 januari 2006, Cassa di Risparmio di Firenze m.fl., C-222/04, ECLI:EU: C:2006:8, punkt 107.
([55]) Se punkterna 6 och 7 i kommissionens tillkännagivande om begreppet statligt stöd som avses i artikel 107.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUT C 262, 19.7.2016, s. 1).
([56]) Domstolens dom av den 24 januari 1978, Van Tiggele, C-82/77, ECLI:EU:C:1978:10, punkterna 25 och 26, och tribunalens dom av den 12 december 1996, Air France/kommissionen, T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, punkt 63.
([57]) Tribunalens dom av den 12 december 1996, Air France/kommissionen, T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, punkt 56.
([58]) Domstolens dom av den 14 oktober 1987, Tyskland/kommissionen, C-248/84, ECLI:EU:C:1987:437, punkt 17, och tribunalens dom av den 6 mars 2002, Territorio Histórico de Álava m.fl./kommissionen, T-92/00 och T-103/00, ECLI:EU:T:2002:61, punkt 57.
([59]) Tribunalens dom av den 12 december 1996, Air France/kommissionen, T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, punkterna 58–62.
([60]) Domstolens dom av den 16 maj 2002, Frankrike/kommissionen (”Stardust”), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, punkt 38, domstolens dom av den 29 april 2004, Grekland/kommissionen, C-278/00, ECLI:EU:C:2004:239, punkterna 53 och 54, och domstolens dom av den 8 maj 2003, Italien och SIM 2 Multimedia/kommissionen, C-328/99 och C-399/00, ECLI:EU:C:2003:252, punkterna 33 och 34.
([61]) Domstolens dom av den 11 juli 1996, SFEI m.fl., C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, punkt 62.
([62]) Domstolens dom av den 16 maj 2002, Frankrike/kommissionen (”Stardust”), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, punkterna 36 och 37.
([63]) Domstolens dom av den 16 maj 2002, Frankrike/kommissionen (”Stardust”), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, punkt 52.
([64]) Domstolens dom av den 16 maj 2002, Frankrike/kommissionen (”Stardust”), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, och tribunalens dom av den 26 juni 2008, SIC/kommissionen, T-442/03, ECLI:EU:T:2008:228, punkterna 93–100.
([65]) Domstolens dom av den 16 maj 2002, Frankrike/kommissionen (”Stardust”), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, punkt 55.

(142) Beträffande kommissionens slutsats i skäl 94 i beslutet om att inleda förfarandet att kapitaltillskottet beviljades med statliga medel hävdar Tyskland (se skäl 82) att kapitaltillskottet inte var statliga medel, eftersom det i själva verket kom från intäkterna från försäljningen av två konstverk från WestSpiel, dvs. det pris på 114,4 miljoner euro som betalades av köparen.

(143) När det gäller kriteriet om statliga medel delar kommissionen inte Tysklands resonemang, eftersom vinstöverlåtelsen på cirka 82 miljoner euro utgjorde ett mellansteg mellan försäljningen av konstverken och kapitaltillskottet. Genom vinstöverlåtelsen överfördes det nämnda beloppet från WestSpiel till staten, och från och med den tidpunkten kan medlen därför inte längre betraktas som privata medel eftersom de stod under statlig kontroll.

(144) När det gäller frågan om huruvida åtgärden kan tillskrivas staten konstaterar kommissionen att beslutet om kapitaltillskottet fattades av NRW (se skälen 47–49) och att slutsatserna om förlustkompensation i skäl 70 i beslutet om att inleda förfarandet gäller i tillämpliga delar (se skäl 95 i beslutet om att inleda förfarandet). I enlighet med detta konstaterar kommissionen följande: i) NRW.BANK är NRW:s investeringsbank och har i uppdrag att stödja delstaten som ägare i dess strukturella och ekonomiska uppgifter, ii) NRW är NRW.BANK:s garant och iii) majoriteten av NRW.BANK:s organ, särskilt garanterna och tillsynsnämnden, består av offentliga tjänstemän.

(145) Dessutom angav kommissionen i skäl 70 i beslutet om att inleda förfarandet att dessa slutsatser skulle förtydligas ytterligare, särskilt när det gäller NRW.BANK:s struktur, dess beslutsprocesser och statens inblandning i (eventuella) beslut. I detta sammanhang noterar kommissionen följande:

— Enligt rapporten om offentlig bolagsstyrning i samband med NRW.BANK:s finansiella rapport för 2015 ([66]) är NRW garant för och ensam ägare av NRW.BANK. I detta sammanhang har NRW försett NRW.BANK med ansvarsinstrumenten institutionellt ansvar och garantiansvar och har utfärdat en uttrycklig refinansieringsgaranti.

— NRW.BANK har ett garantmöte där NRW utövar sina rättigheter inom ramen för sina lagstadgade befogenheter och som ägare av NRW.BANK och utövar sin rösträtt genom två ledamöter som delegerats av NRW. Övriga ledamöter i garantmötet är NRW:s ekonomiminister, NRW:s finansminister och NRW:s bostadsminister samt ordinarie ledamöter.

— När det gäller NRW.BANK:s tillsynsnämnd anges i rapporten om offentlig bolagsstyrning att tillsynsnämnden, i egenskap av tillsynsorgan, övervakar förvaltningen av NRW.BANK:s styrelse samt utser och entledigar styrelseledamöterna. Under 2015 bestod tillsynsnämnden av totalt 15 ledamöter, varav sju ledamöter, och därmed majoriteten, delegerades av NRW som NRW.BANK:s garant.

— NRW.BANK står dessutom under statlig tillsyn, närmare bestämt under tillsyn av NRW:s inrikesministerium och, när det gäller bostäder, i samförstånd med det ministerium som ansvarar för bostadsfrågor.

(146) Mot bakgrund av de bevis som lagts fram ovan konstaterar kommissionen att NRW, och därmed staten, utövade ett betydande inflytande på NRW.BANK och de beslut som fattades i dess bolagsorgan vid den tidpunkt då kapitaltillskottet till WestSpiel gjordes 2015 genom sin roll som ensam garant för NRW.BANK och genom att dess ministrar utövade rösträtt vid garantmötet och utnämnde majoriteten av ledamöterna i det tillsynsorgan som kontrollerar verksamheten i NRW.BANK:s styrelse. Kommissionen drar därför slutsatsen att kapitaltillskottet kan anses kunna tillskrivas staten.

(147) Kommissionen drar därför slutsatsen att de åtgärder som NRW.BANK vidtog i samband med kapitaltillskottet 2015 leder till en överföring av statliga medel och kan tillskrivas staten.

([66]) Se NRW.BANK:s finansiella rapport för 2015, s. 7–23.

6.1.2.2.3 Fördel

(148) Som förklarats ovan är en fördel i den mening som avses i artikel 107.1 i EUF-fördraget en ekonomisk förmån som ett företag inte skulle ha fått under normala marknadsförhållanden, dvs. utan statligt ingripande. Enligt unionsdomstolarnas rättspraxis ska, för att avgöra om en fördel föreligger, företagets ekonomiska situation efter åtgärden jämföras med den ekonomiska situation som skulle ha förelegat om åtgärden inte hade vidtagits ([67]).

(149) I skäl 76 i beslutet om att inleda förfarandet ansåg kommissionen att NRW:s tillskott av nytt kapital på totalt 64,8 miljoner euro under 2015, betraktat isolerat, gav WestSpiel en fördel. I detta sammanhang konstaterade kommissionen att vinstöverlåtelsen utgör en skatt i den mening som avses i den tyska skattelagstiftningen, vilket Tyskland har medgett, men att kapitaltillskottet 2015 är av en annan karaktär.

(150) I sina synpunkter på beslutet om att inleda förfarandet hävdar Tyskland att kapitaltillskottet i det aktuella fallet inte gav WestSpiel någon fördel av följande fem skäl: För det första utgjorde kapitaltillskottet endast en (delvis) återföring av den vinst som WestSpiel hade dragit in. För det andra var kapitaltillskottet förenligt med principen om en privat investerare i en marknadsekonomi, eftersom delstaten NRW genom kapitaltillskottet hade agerat som en privat investerare under jämförbara omständigheter. För det tredje förklarar Tyskland att kapitaltillskottet inte utgjorde något statligt stöd, eftersom WestSpiel endast hade fått kompensation för sin strukturella nackdel (dvs. den höga skattebördan). För det fjärde skulle samma ekonomiska resultat i alla händelser ha kunnat uppnås genom en lagändring (för att minska WestSpiels skattebörda). För det femte skulle det teoretiska stödet till stor del ha återbetalats genom ett högre försäljningspris (se avsnitt 4.2).

6.1.2.2.3.1 Bedömning av Tysklands argument att kapitaltillskottet är förenligt med principen om en privat investerare i en marknadsekonomi

(151) Såsom förklaras i skäl 78 anser Tyskland att det kapitaltillskott som NRW.BANK genomförde 2015 var förenligt med en privat investerares agerande i en marknadsekonomi under jämförbara omständigheter och därför är förenligt med denna princip. Tyskland hävdar att kapitaltillskottet var nödvändigt för att återställa WestSpiels lönsamhet och därmed bevara värdet på det kapital som redan investerats i företaget. Tyskland grundar sitt resonemang om principen om en privat investerare i en marknadsekonomi på ett ”kortsiktigt” ([68]) och ett ”långsiktigt” ([69]) perspektiv.

— *Tillämpligheten av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi*

(152) Kommissionen påpekar att principen om en privat investerare i en marknadsekonomi måste vara tillämplig för att den ska kunna åberopas. Detta innebär att det måste vara möjligt att jämföra statens agerande med en privat investerare som i sin relation till ett företag inte har samma befogenheter och intäkter som en skattemyndighet. För att kunna åberopa principen om en privat investerare i en marknadsekonomi måste en medlemsstat tydligt visa, på grundval av objektiva och kontrollerbara bevis, att den har vidtagit åtgärden i egenskap av investerare. Dessa bevis måste tydligt visa att den berörda medlemsstaten fattade sitt beslut innan eller samtidigt som den ekonomiska fördelen beviljades och på grundval av ekonomiska bedömningar som är jämförbara med dem som en rationell privat investerare skulle ha gjort under samma omständigheter innan en sådan investering gjordes för att fastställa dess framtida lönsamhet.

(153) Kommissionen anser att Tyskland inte har lagt fram några bevis för att dessa kriterier uppfylls och att principen om en privat investerare i en marknadsekonomi därför inte är tillämplig på kapitaltillskottet, vilket förklaras nedan.

([67]) Domstolens dom av den 2 juli 1974, Italien/kommissionen, C-173/73, ECLI:EU:C:1974:71, punkt 13.

([68]) Tyskland hävdar att kapitaltillskottet som en självständig åtgärd är förenligt med principen om en privat investerare i en marknadsekonomi.

([69]) På grundval av rättspraxis i EDF-målet hävdar Tyskland att framtida högre skatteintäkter kan tas med i bedömningen. Dessutom hävdar Tyskland att kapitaltillskottet skulle ha varit nödvändigt för att återställa WestSpiels lönsamhet och därmed bevara värdet på det kapital som redan investerats i företaget.

(154) Tyskland hävdar att en förhandsbedömning gjordes i och med [IBR]-rapporten. Varken [IBR]-rapporten eller andra handlingar som Tyskland har lämnat in uppfyller dock de kriterier som beskrivs i skäl 152. I motsats till vad en investerare i en marknadsekonomi skulle ha gjort, har Tyskland inte gjort någon förhandsbedömning av kapitaltillskottets lönsamhet. Principen om en privat investerare i en marknadsekonomi är inte tillämplig när endast en del av en skattebetalning återförs till ett företag utan en föregående lönsamhetsbedömning (se i tillämpliga delar tribunalens dom i mål T-747/15, EDF mot kommissionen, och domstolens beslut i mål C-221/18 P, EDF mot kommissionen). I synnerhet bedöms det inte i [IBR]-rapporten om kapitaltillskottet från 2015 var en rationell investering, och inte heller bedöms de kontrafaktiska scenarierna (likvidation, försäljning eller ”ingen åtgärd” i stället för ett kapitaltillskott).

(155) Såsom förklaras i skäl 91 i beslutet om att inleda förfarandet anser kommissionen att Tyskland inte har några bevis för att kapitaltillskottet – ur ett förhandsperspektiv – skulle ha genererat en ytterligare kapitalavkastning för delstaten NRW som inte skulle ha genererats utan kapitaltillskottet.

(156) [IBR]-rapporten innehåller inte någon sådan analys av de kontrafaktiska scenarierna, dvs. situationen för WestSpiel utan kapitaltillskottet, jämfört med det faktiska scenariot, dvs. situationen för WestSpiel med kapitaltillskottet. När det gäller Tysklands hänvisning till sidan 101 i [IBR]-rapporten (se skäl 74) beskriver denna prognos för WestSpiels likviditet för åren 2015–2023, såsom förklaras i skäl 121, endast företagets utveckling utan det planerade kapitaltillskottet (efter försäljningen av konstverken och vinstöverlåtelsen), men tar inte upp situationen med kapitaltillskottet.

(157) På sidan 106 i [IBR]-rapporten görs en prognos för likviditetsutvecklingen under åren 2014–2023 för scenariot med kapitaltillskott. Analysen av detta scenario är dock begränsad till påståendena att WestSpiel KG kommer att ha positiva finansiella resurser under hela planeringsperioden till följd av kapitaltillskottet och att likviditeten inte kommer att understiga minimilikviditeten på fem miljoner euro och kommer att överstiga minimilikviditeten något under andra kvartalet 2020. Utöver dessa uppskattningar finns det ingen annan analys och i synnerhet ingen förklaring till hur kapitaltillskottet specifikt (positivt) skulle påverka den framtida finansiella utvecklingen för WestSpiel ([70]).

(158) Även när det gäller en eventuell avveckling och likvidation eller försäljning av WestSpiel som kontrafaktiska scenarier för kapitaltillskottet innehåller [IBR]-rapporten varken en beskrivning eller en analys av det hypotetiska genomförandet av något av dessa scenarier.

(159) Tyskland har således inte lagt fram någon detaljerad affärsplan eller någon annan analys som jämför den allmänna situationen utan kapitaltillskott, särskilt de specifika kontrafaktiska scenarierna (”ingen åtgärd”, likvidation eller försäljning), med det faktiska scenariot med kapitaltillskott på grundval av korrekta och fullständiga uppskattningar av den framtida lönsamheten och detaljerade kostnads-nyttoanalyser.

— *Slutsats om tillämpligheten av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi*

(160) Av dessa skäl anser kommissionen att principen om en privat investerare i en marknadsekonomi inte är tillämplig på kapitaltillskottet.

— *Tillämpning av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi*

(161) Trots ovanstående bedömning, i vilken kommissionen drar slutsatsen att principen om en privat investerare i en marknadsekonomi inte är tillämplig, anser kommissionen i andra hand att även om den vore tillämplig skulle kriterierna för förenlighet med denna princip inte vara uppfyllda.

(162) Såsom förklaras i skäl 78 kommer kommissionen nedan att behandla de två argument som Tyskland framfört (”kortsiktigt” och ”långsiktigt” perspektiv).

— *Tysklands ”kortsiktiga perspektiv”*

([70]) Framför allt tas inte utvecklingen av de årliga bruttospelintäkterna upp.

(163) För det första delar kommissionen inte Tysklands ”kortsiktiga perspektiv” i skäl 78 när det gäller huruvida 2015 års kapitaltillskott som en självständig åtgärd (dvs. utan hänsyn till skatteintäkterna från vinstöverlåtelsen) är förenligt med principen om en privat investerare i en marknadsekonomi, enligt vilket det inte skulle ha funnits något alternativ för en privat investerare till trestegsmodellen (försäljning av konstverken/vinstöverlåtelse/kapitaltillskott), och det enda möjliga alternativet skulle ha varit att inte vidta åtgärderna och därmed förlora det fulla värdet av NRW.BANK:s andel i WestSpiel och utsikterna till framtida intäkter.

(164) I motsats till de kontrafaktiska scenarierna för den årliga förlustkompensationen anser kommissionen med avseende på NRW.BANK:s kapitaltillskott 2015 att en avveckling och likvidation eller försäljning av WestSpiel skulle ha varit ekonomiskt mer rimlig. Ett sådant kapitaltillskott, som var avsett att säkerställa företagets överlevnad, uppfyller endast principen om en privat investerare i en marknadsekonomi om det (på grundval av förhandsbedömningar) kan förväntas leda till ett resultat som är bättre än de två andra alternativen. Detta måste under alla omständigheter bedömas på förhand.

(165) Kommissionen har jämfört de kontrafaktiska scenarierna (likvidation eller försäljning av WestSpiel eller ”ingen åtgärd”) med det faktiska scenario som NRW.BANK valt (kapitaltillskott) för att avgöra om en privat investerare skulle ha agerat på samma sätt under jämförbara omständigheter.

(166) I detta sammanhang förlitade sig kommissionen främst på WestSpiels årsredovisningar och [XY]-rapporterna för åren 2013 och 2014, eftersom dessa handlingar innehåller information om perioden strax före NRW.BANK:s beslut att tillföra kapital i december 2015 och därför är bäst lämpade att beskriva WestSpiels situation vid tidpunkten för kapitaltillskottet ([71]). Kommissionen granskade också de prognoser och beräkningar av WestSpiels vinster och förluster, balans och kassaflöde för åren 2015–2023 som ingår i [IBR]-rapporten.

— *Bedömning av de kontrafaktiska scenarierna: likvidation och försäljning*

(167) Enligt WestSpiels årsredovisningar och [XY]-rapporterna översteg skulderna WestSpiels kapital under åren 2010–2015 och därmed även under åren 2013 och 2014, vilket förklaras i skäl 113. Närmare bestämt visar WestSpiels årsredovisning skulder på 17,5 miljoner euro och ett kapital på 9,6 miljoner euro för 2013, och skulder på 17,6 miljoner euro och ett kapital på cirka 14 miljoner euro för 2014. Kommissionen anser därför att en likvidation av WestSpiel under perioden före kapitaltillskottet i december 2015 endast skulle ha varit möjlig till ett negativt likvidationsvärde, dvs. om skulderna hade överstigit WestSpiels kapital (se skäl 109). Företaget skulle inte heller ha varit särskilt attraktivt för en eventuell försäljning vid den tidpunkten.

(168) Trots att NRW.BANK med stor sannolikhet inte skulle ha kunnat behålla sin andel i WestSpiel vid en avveckling och likvidation eller en försäljning under 2013 eller 2014, skulle en avveckling och likvidation eller försäljning av företaget eller alternativet att inte bedriva någon handel alls ändå ha varit att föredra framför kapitaltillskottet. Framför allt måste WestSpiels årsredovisning betraktas ur olika perspektiv när det gäller kapitaltillskottet och den årliga förlustkompensationen, eftersom situationerna inte är jämförbara:

— För det första skulle en rationell privat investerare inte ha tillfört ytterligare kapital för att stärka ett företag om tidigare betydande investeringar (den årliga förlustkompensationen sedan 2009) redan hade visat sig inte ha några positiva effekter på företagets ekonomiska situation. Såsom förklaras i skäl 119 har WestSpiels situation inte förbättrats till följd av den årliga förlustkompensationen, tvärtom, de årliga bruttospelintäkterna fortsatte att minska och de årliga förlusterna var alltjämt höga fram till försäljningen av konstverken 2014. WestSpiel genererade en låg nettovinst under 2014. När beslutet om kapitaltillskott fattades 2014 skulle en privat investerare ha kunnat bedöma effekterna av den årliga kompensationen för WestSpiels förluster under de senaste fem åren och dra slutsatsen att företagets situation försämrades ytterligare. En rationell investerare skulle därför inte ha tillfört ytterligare kapital och därmed accepterat ännu större ekonomiska förluster, utan i stället omedelbart ha inlett en avveckling och likvidation eller försäljning av företaget.

([71]) [IBR]-rapporten bygger också på WestSpiels affärsinformation för åren 2013 och 2014 (se s. 114 i [IBR]-rapporten).

— För det andra utgjorde den årliga förlustkompensationen ett rent passivt agerande från en aktieägares sida som varken krävde en konkret handling eller ett aktivt beslut, eftersom förlustkompensationen från det egna kapitalet för aktieägarna i ett kommanditbolag grundar sig på en skyldighet enligt tysk bolagsrätt (se skälen 103 och 104). Beslutet att tillskjuta nytt kapital är däremot ett aktivt beslut och kan inte hänföras till en rent rättslig automatik. Därför är tröskeln för en investerare att besluta sig för att bevilja ett kapitaltillskott betydligt högre, varför denna åtgärd måste granskas strängare än den årliga förlustkompensationen, dvs. scenariot att inga åtgärder vidtas.

— För det tredje anser kommissionen visserligen att det i samband med förlustkompensationen är förståeligt att en aktieägare som har gjort en betydande investering (det ursprungliga kapitaltillskottet) i ett företag och som under en lång tid har gått med förlust inte avvecklar och likviderar eller säljer företaget (se skälen 107–125), men detta gäller inte för kapitaltillskottet. Enligt kommissionens uppfattning kan detta argument inte anföras för en obegränsad tidsperiod och inte heller för obegränsade förluster i ett företag, eftersom detta skulle leda till en situation där en investerare skulle kunna göra en initial investering i ett företag och sedan ta förluster eller göra ytterligare betalningar utan att behöva ompröva om den fortsatta investeringen är lönsam och rimlig.

— För det fjärde noterar kommissionen den ganska positiva prognosen för WestSpiels ekonomiska situation under perioden 2021–2023, då man förväntade sig en övergång från en negativ till en positiv betalningsbalans (se skälen 74 och 121). Det skulle dock inte ha varit godtagbart för en jämförbar privat investerare att avstå från avveckling och likvidation eller försäljning 2015 (då kapitaltillskottet ägde rum) och invänta den prognostiserade förbättringen av företagets ekonomiska situation. Perioden mellan 2015 och 2021 är mycket lång och det skulle inte vara rimligt att be en aktieägare att skjuta upp ett brådskande och nödvändigt beslut i ytterligare sex år. I synnerhet måste man ta hänsyn till de ytterligare förluster som aktieägaren sannolikt skulle ha lidit under dessa år samt den ekonomiska och finansiella osäkerheten, eftersom prognosen fortfarande utgår från en negativ betalningsbalans för WestSpiel fram till den slutliga vändpunkten 2021. Av ovanstående skäl skulle det rimliga alternativet för en aktieägare till en försäljning eller avveckling och likvidation 2015 under alla omständigheter inte ha varit att tillskjuta kapital, utan endast alternativet att inte agera alls och acceptera ytterligare årlig förlustkompensation på grundval av den automatiska mekanism som föreskrivs i *Handelsgesetzbuch*, vilket redan praktiserades under tidigare år.

— *Slutsats om bedömningen av de kontrafaktiska scenarierna*

(169) På grundval av de argument som framfördes vid bedömningen av de specifika kontrafaktiska scenarierna drar kommissionen därför slutsatsen att en jämförbar privat investerare skulle ha valt att avveckla och likvidera eller sälja företaget eller att inte agera alls i stället för att göra en ytterligare investering och därmed tillföra ännu mer kapital till ett företag som totalt sett går med förlust, och därmed riskera att förlora inte bara det redan investerade kapitalet utan även de nytillförda beloppen.

— *Tysklands ”långsiktiga perspektiv”*

(170) När det gäller Tysklands ”långsiktiga perspektiv”, som beskrivs i skäl 78, anser kommissionen att det mot bakgrund av rättspraxis i EDF-målet ([72]) måste göras en åtskillnad mellan åtgärder som staten vidtagit i egenskap av investerare (då den genomförde kapitaltillskottet) och åtgärder som staten vidtagit i egenskap av offentlig myndighet (då den drog in vinsten).

([72]) Domstolens dom av den 5 juni 2012, kommissionen/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318.

(171) Såsom domstolen har slagit fast ska vid bedömningen av huruvida samma åtgärd skulle ha vidtagits enligt normala marknadsförhållanden av en privat aktör som befinner sig i en situation som ligger så nära som möjligt den situation som staten befinner sig i, enbart de förmåner och skyldigheter som hänför sig till den situation där staten agerar i egenskap av privat aktör beaktas, medan förmåner och skyldigheter som är förknippade med staten i egenskap av myndighet inte ska beaktas ([73]).

(172) När det gäller Tysklands argument att WestSpiels övriga skatter ([74]) ska beaktas i intäkterna vid bedömningen av kapitaltillskottets förenlighet med principen om en privat investerare i en marknadsekonomi, konstaterar kommissionen att en privat investerare i en marknadsekonomi inte skulle ta hänsyn till detta.

(173) Enligt rättspraxis kan man inte dra slutsatsen att en fördel i form av en investering i ett företag kan upphävas genom betalning av skatt på företagets vinst. Även om kapitaltillskottet var nödvändigt för att säkerställa företagets överlevnad och undvika insolvensförfaranden (se skälen 152–159), fanns det inte tillräckliga bevis ur ett förhandsperspektiv för att investeringen sannolikt skulle generera vinster eller undvika ytterligare förluster (jämfört med de kontrafaktiska scenarierna, dvs. likvidation eller försäljning av WestSpiel).

— *Slutsats om tillämpligheten av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi*

(174) Mot bakgrund av bedömningen av de kontrafaktiska scenarierna på grundval av den information som kommissionen hade tillgång till om WestSpiels ekonomiska situation vid tidpunkten för beslutet om kapitaltillskott 2015 (se skäl 167) och kommissionens slutsats att betalningen av skatt inte kan upphäva en fördel (se skäl 173), anser kommissionen att åtgärden inte är förenlig med principen om en privat investerare i en marknadsekonomi.

(175) Kommissionen antar att en rationell privat investerare inte skulle tillhandahålla ytterligare kapital till WestSpiel med tanke på dess förluster utan att först ha gjort åtminstone en grov bedömning av sannolikheten för framtida vinster och, i förekommande fall, utan att ha undersökt försäljningen eller en eventuell avveckling och likvidation av företaget ([75]).

6.1.2.2.3.2 Påstådd kompensation för en strukturell nackdel

(176) Tyskland hävdar (se skäl 79) att kapitaltillskottet 2015 inte gav WestSpiel någon fördel och därför inte utgjorde statligt stöd, eftersom det kompenserade WestSpiel (i enlighet med rättspraxis i Combus-målet ([76])) för dess strukturella nackdel, som bestod i att det måste bära en högre skattebörda än sina konkurrenter i den privata sektorn. Framför allt skulle artikel 14 i SpielbG NRW (gamla versionen) ha hindrat WestSpiel från att använda intäkterna från de tillgångar som företaget hade sålt (dvs. de extraordinära intäkterna från försäljningen av konstverken).

(177) Kommissionen delar dock inte Tysklands uppfattning. I domen i Orange-målet ([77]), som avkunnades för några år sedan, klargjorde domstolen att en kompensation för en strukturell nackdel kan vara förenlig med den inre marknaden, men att den under vissa omständigheter ändå kan utgöra statligt stöd. I punkt 44 i domen angav domstolen att en ekonomisk fördel som beviljas genom statliga medel måste betraktas som statligt stöd om alla andra kriterier för statligt stöd är uppfyllda, utom när det gäller en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse som uppfyller Altmarkkriterierna ([78]).

([73]) Domstolens dom av den 6 mars 2018, kommissionen/FIH Holding och FIH Erhvervsbank, C-579/16 P, ECLI:EU:C:2018:159, punkt 55, domstolens dom av den 5 juni 2012, kommissionen/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, punkt 79 och däri angiven rättspraxis, och domstolens dom av den 24 oktober 2013, Land Burgenland m.fl./kommissionen C-214/12 P, C-215/12 P och C-223/12 P, ECLI:EU:C:2013:682, punkt 52.

([74]) Skatter som genererats genom kapitaltillskottet från delstaten NRW:s budgetmedel.

([75]) Tribunalens dom av den 25 juni 2015, SACE och SACE BT/kommissionen, T-305/13, ECLI:EU:T:2015:435, punkterna 178–180.

([76]) Tribunalens dom av den 16 mars 2004, Danske Busvognmænd/kommissionen, T-157/01, ECLI:EU:T:2004:76, punkt 57.

([77]) Domstolens dom av den 26 oktober 2016, Orange/kommissionen, C-211/15 P, ECLI:EU:C:2016:798, punkterna 22–34.

([78]) Domstolens dom av den 24 juli 2003, Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415.

(178) Kommissionen noterar också att båda målen, Combus och Orange, gällde kompensation för att täcka kostnader som var onormalt höga jämfört med privata konkurrenters kostnader. I det aktuella fallet undanröjer åtgärden dock inte en ”strukturell” nackdel, utan är snarare en engångsavyttring av tillgångar som gör det möjligt för företaget att fortsätta sin verksamhet trots att dess affärsmodell inte är lönsam.

(179) Mot bakgrund av ovanstående drar kommissionen slutsatsen att kapitaltillskottet 2015 inte kan anses vara fritt från statligt stöd på grund av att det skulle kompensera för WestSpiels strukturella nackdel.

6.1.2.2.3.3 Påstådd avsaknad av en fördel, eftersom samma ekonomiska resultat skulle ha kunnat uppnås genom lagändringar

(180) Tyskland hävdar också (se skäl 80) att det ekonomiska resultat som uppnåddes genom kapitaltillskottet också kunde ha uppnåtts genom en lagändring, dvs. genom en ändring av WestSpiels skatteordning.

(181) Enligt kommissionens uppfattning är detta argument inte relevant för att besvara frågan om huruvida NRW.BANK:s kapitaltillskott 2015 gav WestSpiel en fördel. Kommissionen noterar att detta endast är ett hypotetiskt argument, eftersom ingen faktisk förändring ägde rum. Även om denna teoretiska möjlighet skulle ha funnits utnyttjade staten den inte, utan beslutade i stället att behålla den skatteordning som var tillämplig på WestSpiel och att göra ett kapitaltillskott. Eftersom lagändringen inte ägde rum kan kommissionen inte närmare undersöka om WestSpiel skulle ha gynnats (i det teoretiska fallet att lagändringen hade ägt rum).

6.1.2.2.3.4 Den påstådda återföringen av det bokförda värdet på NRW:s passiva delägande skulle vara liktydigt med en omfattande återbetalning av det (påstådda) statliga stödet

(182) Tyskland hävdar också att återföringen av det bokförda värdet på NRW:s passiva delägande skulle vara liktydigt med en återbetalning av det (påstådda) statliga stödet, förutsatt att det rör sig om statligt stöd (se skäl 81). Det (högre) pris som den vinnande anbudsgivaren skulle betala i det pågående anbudsförfarandet (vid den tidpunkten) skulle enligt Tyskland redan återspegla det högre värdet på företaget på grund av stödet.

(183) Kommissionen noterar att den teoretiska möjligheten (som övervägdes före försäljningen av WestSpiel i september 2021) att erhålla ett högre pris i ett anbudsförfarande inte är tillräcklig för att utesluta förekomsten av en fördel från kapitaltillskottet 2015 eller för att hindra stödmottagaren från att fortsätta att faktiskt dra nytta av den resulterande fördelen ([79]). Fördelen måste nämligen bedömas vid den tidpunkt då stödet beviljades, så att den teoretiska hypotesen om ett framtida högre värde på företaget skulle kunna vara relevant, men inte det faktum att det passiva delägandet senare återbetalades.

(184) Under alla omständigheter drar kommissionen slutsatsen att detta argument inte rör förekomsten av statligt stöd i sig, utan det återstående stödbelopp som ska återkrävas efter försäljningen av WestSpiel och betalningen av försäljningspriset.

— *Slutsats om fördelen*

(185) Kommissionen drar därför slutsatsen att kapitaltillskottet gav WestSpiel en fördel i den mening som avses i artikel 107.1 i EUF-fördraget.

([79]) Domstolens dom av den 1 oktober 2015, Electrabel och Dunamenti Erőmű/kommissionen, C-357/14 P, ECLI:EU:C:2015:642, punkt 116.

6.1.2.2.4 Selektivitet

(186) När det gäller selektivitetskriteriet finns det en presumtion för att de undersökta åtgärderna är selektiva, eftersom den enda stödmottagaren var WestSpiel. Eftersom det i det aktuella fallet inte finns några omständigheter som motbevisar denna presumtion, drar kommissionen slutsatsen att de undersökta åtgärderna är selektiva. Detta bestrids inte heller av Tyskland.

6.1.2.2.5 Snedvridning av konkurrensen och inverkan på handeln

(187) När det gäller snedvridningen av konkurrensen konstaterar kommissionen att en åtgärd som beviljats av staten anses snedvrida eller hota att snedvrida konkurrensen om den sannolikt förbättrar stödmottagarens konkurrensställning i förhållande till konkurrerande företag. I praktiken konstateras en snedvridning av konkurrensen i den mening som avses i artikel 107.1 i EUF-fördraget generellt föreligga så snart som staten beviljar en ekonomisk fördel till ett företag inom en avreglerad sektor där det förekommer eller skulle kunna förekomma konkurrens ([80]). När det gäller inverkan på handeln inom unionen är det ostridigt att det inte är nödvändigt att fastställa att stödet har en faktisk inverkan på handeln mellan medlemsstaterna, utan endast om det kan ha en inverkan på sådan handel. EU-domstolarna har särskilt slagit fast att om ett statligt finansiellt stöd förstärker ett företags ställning i förhållande till andra konkurrerande företag i handeln inom unionen ska denna handel anses påverkas av detta stöd ([81]).

(188) Såsom förklaras i skäl 57 i beslutet om att inleda förfarandet delar kommissionen inte Tysklands uppfattning att de aktuella åtgärderna, med hänsyn till WestSpiels påstådda monopolställning i NRW, inte kan ha snedvridit konkurrensen eller påverkat handeln mellan medlemsstaterna. Även om Tyskland hävdar att kasinomarknaden var stängd för konkurrens under den relevanta perioden (2009–2015) i enlighet med artiklarna 1 och 3 i SpielbG NRW (gamla versionen), konkurrerade WestSpiel uppenbarligen med privat drivna spelhallar (i synnerhet medlemmarna i Fachverband Spielhallen e.V.), särskilt inom området för hasardspel med spelautomater. Dessutom finns det inga bevis för att det skulle ha funnits ett lagstadgat monopol i NRW som skulle ha uteslutit konkurrens på och kring marknaden. Slutligen omfattas WestSpiels andra verksamheter än spelverksamhet (t.ex. drift av barer och restauranger i kasinona) – trots Tysklands kommentar om påstått olaglig verksamhet hos tillhandahållare av onlinespel och som också framgår av skäl 57 i beslutet om att inleda förfarandet – i vilket fall som helst inte av ett potentiellt lagstadgat monopol och bedrivs i konkurrens med andra företag.

(189) Kommissionen drar därför slutsatsen att 2015 års kapitaltillskott kan påverka handeln mellan medlemsstaterna och snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen.

— *Slutsats om kapitaltillskottet*

(190) När det gäller kapitaltillskottet till WestSpiel drar kommissionen därför slutsatsen av ovanstående bedömning att de kumulativa kriterierna för förekomsten av statligt stöd i den mening som avses i artikel 107.1 i EUF-fördraget är uppfyllda och att åtgärden utgör statligt stöd.

([80]) Domstolens dom av den 15 juni 2000, Alzetta m.fl./kommissionen, T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97–T-607/97, T-1/98, T-3/98–T-6/98 och T-23/98, ECLI:EU:T:2000:151, punkterna 141–147, och domstolens dom av den 24 juli 2003, Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415.

([81]) Domstolens dom av den 14 januari 2015, Eventech, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, punkt 66, domstolens dom av den 8 maj 2013, Libert m.fl., C-197/11 och C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288, punkt 77, och tribunalens dom av den 4 april 2001, Regione autonoma Friuli Venezia Giulia/kommissionen, T-288/97, ECLI:EU:T:2001:115, punkt 41.

6.1.3 *Slutsats om förekomsten av stöd*

(191) När det gäller den årliga förlustkompensationen drar kommissionen slutsatsen att den inte utgör statligt stöd i den mening som avses i artikel 107.1 i EUF-fördraget, eftersom de kumulativa kriterierna i den artikeln inte är uppfyllda av de skäl som anges i avsnitt 6.1.1 (ingen fördel, inga statliga medel och ingen möjlighet till att tillskriva åtgärden staten), så att en granskning av de andra kriterierna i artikel 107.1 i EUF-fördraget inte är nödvändig.

(192) När det gäller det påstådda kapitaltillskottet från 2015 drar kommissionen emellertid slutsatsen att det utgör statligt stöd i den mening som avses i artikel 107.1 i EUF-fördraget, eftersom de kumulativa kriterierna i den artikeln är uppfyllda av de skäl som anges i avsnitt 6.1.2.

6.2 **Stödets lagenlighet**

(193) Kapitaltillskottet från 2015 utgör statligt stöd i den mening som avses i artikel 107.1 i EUF-fördraget, vilket är olagligt eftersom det betalades ut i strid med artikel 108.3 i EUF-fördraget.

6.3 **Förenlighet med den inre marknaden**

(194) Eftersom 2015 års kapitaltillskott utgör statligt stöd måste det bedömas om denna stödåtgärd kan anses vara förenlig med den inre marknaden. Statligt stöd kan anses vara förenligt med den inre marknaden på grundval av de undantag som anges i artikel 107.2 och 107.3 i EUF-fördraget.

(195) Tyskland har åberopat två möjliga grunder för förenlighet: a) artikel 107.3 c i EUF-fördraget – stöd till avreglering av marknaden (se skäl 84) och b) riktlinjerna för undsättnings- och omstruktureringsstöd (se skäl 85).

(196) Kommissionen kan inte godta Tysklands argument i fråga om artikel 107.3 c i EUF-fördraget att det rör sig om en kompensation i samband med en avreglering av marknaden. För det första har kommissionen inga bevis för att det (påstådda) öppnandet av marknaden var orsaken till kapitaltillskottet. För det andra drar kommissionen slutsatsen att marknaden i vilket fall som helst inte avreglerades, eftersom den rättsliga strukturen med ett (tidigare offentligt, efter förvärvet av WestSpiel privat) kasinoföretag med monopollicens å ena sidan och privata spelautomatoperatörer å andra sidan förblir oförändrad.

(197) När det gäller förenligheten med reglerna för undsättnings- och omstruktureringsstöd har Tyskland visserligen hävdat att WestSpiel skulle bli ett företag i svårigheter om stödet skulle återkrävas, men har inte lämnat några uppgifter som visar att företaget skulle ha betraktats som ett företag i svårigheter vid tidpunkten för beviljandet av åtgärderna och att kraven i riktlinjerna för undsättnings- och omstruktureringsstöd skulle ha uppfyllts. Kommissionens tvivel på att dessa krav är uppfyllda (se skäl 104 i beslutet om att inleda förfarandet) har inte undanröjts. Kommissionen har inte fått några uppgifter om att kapitaltillskottet skulle ha varit tillfälligt och beviljats på grundval av en i förväg godkänd omstruktureringsplan och att stödmottagaren skulle ha bidragit till omstruktureringskostnaderna med egna medel.

(198) Mot bakgrund av ovanstående drar kommissionen slutsatsen att det olagliga stöd som Tyskland beviljade i form av 2015 års kapitaltillskott är oförenligt med den inre marknaden.

7. ÅTERKRAV

(199) Enligt EUF-fördraget och unionsdomstolarnas fasta rättspraxis är kommissionen behörig att ålägga den berörda medlemsstaten att ändra eller upphäva stöd om kommissionen har konstaterat att stödet är oförenligt med den inre marknaden ([82]). Unionsdomstolarna har också konsekvent hävdat att avsikten med en medlemsstats skyldighet att upphäva stöd som kommissionen har betraktat som oförenligt med den inre marknaden är att återställa den situation som rådde innan stödet beviljades ([83]).

(200) Unionsdomstolarna har i detta hänseende fastställt att detta syfte har uppnåtts när stödmottagaren har återbetalat de belopp som beviljats som olagligt stöd och sålunda förlorat de fördelar den åtnjöt i förhållande till sina konkurrenter på den inre marknaden, och när den situation som förelåg före utbetalningen av stödet således är återställd ([84]).

(201) I överensstämmelse med rättspraxis gäller enligt artikel 16.1 i rådets förordning (EU) 2015/1589 ([85]) följande: ”Vid negativa beslut i fall av olagligt stöd ska kommissionen besluta att den berörda medlemsstaten ska vidta alla nödvändiga åtgärder för att återkräva stödet från mottagaren.”

(202) Eftersom det aktuella kapitaltillskottet från 2015 genomfördes i strid med artikel 108.3 i EUF-fördraget och ska betraktas som olagligt och oförenligt stöd, ska det återkrävas för att återställa den situation som rådde på den inre marknaden innan stödet beviljades.

(203) Det nominella belopp som ska återkrävas motsvarar beloppet för kapitaltillskottet (dvs. 64,8 miljoner euro). De belopp som WestSpiel redan har återbetalat i två delbetalningar efter upplösningen av partnerskapsavtalet om ett passivt delägarskap den 8 januari 2021 (se fotnot 36) kan inte klassificeras som en delvis återbetalning, i motsats till vad Tyskland hävdar (se skäl 83), nämligen a) den första delbetalningen på 35 miljoner euro (återbetalning den 19 januari 2021, se skäl 90) och b) den andra delbetalningen på 11 516 909 euro (återbetalning den 26 juli 2021, se skäl 81), dvs. ett totalt belopp på 46 516 909 euro. För även om WestSpiel återbetalar detta belopp har företaget inte förlorat den fördel som det faktiskt fick gentemot sina konkurrenter genom kapitaltillskottet.

(204) Kommissionen konstaterar att upplösningen av det passiva delägarskapet i det aktuella fallet inte kan betraktas som en återbetalning och inte påverkar det belopp som ska återkrävas, eftersom detta belopp i princip inte beror på händelser som inträffat efter det att stödet beviljades.

(205) Fördelen är resultatet av ett kapitaltillskott som inte skulle ha skett under normala marknadsförhållanden. Det totala beloppet för kapitaltillskottet återspeglar fördelens omfattning. Om det senare visar sig att investeringen i slutändan var lönsam på grund av den fortsatta utvecklingen, ändrar detta inte förekomsten av fördelen eller det belopp som motsvarar den. Om en medlemsstat till exempel gör en investering genom att köpa aktier i ett företag (som en investerare i en marknadsekonomi inte skulle köpa) och senare säljer dessa aktier (även om deras pris har stigit under tiden), utgör denna försäljning inte en återbetalning av stödet. Inte heller utdelning av vinst utgör någon återbetalning. Detsamma gäller vid försäljning av ett aktieinnehav.

(206) Med andra ord ska den specifika vidareutvecklingen avseende aktiekapitalet eller ”aktieinnehavet” bedömas oberoende av varandra och har ingen betydelse för återkravet av det olagligt beviljade stödet. Kommissionen drar därför slutsatsen att återbetalningen inte (ens delvis) har återställt den situation som rådde på den inre marknaden innan stödet betalades ut.

([82]) Domstolens dom av den 12 juli 1973, kommissionen/Tyskland, 70/72, ECLI:EU:C:1973:87, punkt 13.
([83]) Domstolens dom av den 21 mars 1990, Belgien/kommissionen, C-142/87, ECLI:EU:C:1990:125, punkt 66.
([84]) Domstolens dom av den 17 juni 1999, Belgien/kommissionen, C-75/97, ECLI:EU:C:1999:311, punkterna 64 och 65.
([85]) Rådets förordning (EU) 2015/1589 av den 13 juli 2015 om tillämpningsföreskrifter för artikel 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUT L 248, 24.9.2015, s. 9, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2015/1589/oj).

(207) Som nämns i skäl 29 slogs WestSpiel samman med WestSpiel GmbH som en del av omstruktureringen av WestSpiel-koncernen. Efter försäljningen till Gauselmann-koncernen fick WestSpiel ett nytt namn och drivs nu under namnet ”Merkur Spielbanken GmbH” (se skäl 30). Vid en sammanslagning eller annan typ av företagsomstrukturering måste den ursprungliga stödmottagarens rättsliga efterträdare identifieras och medlemsstaten måste återkräva stödet från den kvarvarande enheten ([86]). WestSpiel GmbH är den rättsliga efterträdaren till WestSpiel, som nu drivs under namnet ”Merkur Spielbanken GmbH”. Begreppet ”WestSpiel” avser denna sammanslagna och sedan sålda enhet (se fotnot 7), från vilken stödet måste återkrävas.

(208) Återkravet ska omfatta perioden från den dag då stödet ställdes till stödmottagarens förfogande (15 december 2015, se skäl 130) till den dag då det faktiskt har återbetalats. Det belopp som ska återkrävas ska innefatta ränta till och med den dag det har återbetalats.

8. ÅTERBETALNINGSKLAUSUL

(209) Kommissionen noterar att avtalet om företagsförvärv för WestSpiel innehåller bestämmelser om en återbetalning som är begränsad till 30 miljoner euro i händelse av återkrav av statligt stöd (se avsnitt D i ingressen, punkterna 7, 17.2, 19, 24, 28.3–28.5 och 29 i avtalet om företagsförvärv för WestSpiel). Kommissionen erinrar om att sådana klausuler enligt fast rättspraxis i sig kan kategoriseras som separata statliga stödåtgärder, och att tillämpningen av liknande klausuler kan anses utgöra ett kringgående av återkrav av olagligt och oförenligt statligt stöd. Kommissionen understryker att den som omfattas av klausulen också är stödmottagare.

(210) Domstolen har konsekvent framhållit att syftet med att ålägga den berörda staten att upphäva stöd som kommissionen har betraktat som oförenligt med den inre marknaden är att återställa den situation som rådde innan stödet beviljades. Detta mål uppnås när stödet i fråga återbetalas av stödmottagaren, i förekommande fall jämte dröjsmålsränta. Till följd av denna återbetalning förlorar stödmottagaren den fördel som den hade på marknaden i förhållande till sina konkurrenter, och därmed återställs den situation som rådde innan stödet betalades ut. Om en medlemsstat tillåts bevilja stöd motsvarande det olagliga stödbeloppet för att neutralisera effekterna av de återbetalningar som stödmottagarna är skyldiga att göra skulle kommissionens beslut helt klart förlora sin verkan ([87]).

(211) Om återbetalningsklausulen tillämpades skulle den leda till att WestSpiel kompenseras för det olagliga och oförenliga stöd som företaget beviljats. WestSpiel skulle enligt detta beslut vara skyldigt att återbetala det oförenliga stödet till staten. Efter antagandet av detta beslut skulle återbetalningsklausulen bli tillämplig, vilket innebär att staten skulle vara skyldig att betala WestSpiel samma belopp som det har återkrävt, upp till högst 30 miljoner euro. Genomförandet av en sådan klausul skulle kringgå återkravet av det statliga stöd som i detta beslut konstaterats vara olagligt och oförenligt med den inre marknaden, eftersom det inte skulle leda till ett faktiskt återkrav, dvs. ett återställande av den situation som rådde på marknaden innan stödet beviljades, vilket strider mot syftet med återkravet ([88]).

9. SLUTSATS

(212) Kommissionen konstaterar att Tyskland olagligen har genomfört stödet i strid med artikel 108.3 i EUF-fördraget.

(213) Kommissionen drar slutsatsen att stödet är oförenligt med den inre marknaden och ska återkrävas från WestSpiel, jämte ränta.

([86]) För ett liknande resonemang, se domstolens dom av den 7 mars 2018, SNCF Mobilités/kommissionen, C-127/16 P, ECLI:EU:C:2018:165.

([87]) Domstolens dom av den 29 juni 2004, kommissionen/rådet, C-110/02, ECLI:EU:C:2004:395, punkterna 42 och 43 och den rättspraxis som det hänvisas till i domen.

([88]) Domstolens dom av den 11 december 2012, kommissionen/Spanien, C-610/10, ECLI:EU:C:2012:781, punkt 105.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

Tysklands påstådda åtgärd om årlig förlustkompensation utgör inte stöd i den mening som avses i artikel 107.1 i EUF-fördraget.

Artikel 2

Det kapitaltillskott på 64,8 miljoner euro som Tyskland olagligen genomförde 2015 i strid med artikel 108.3 i EUF-fördraget är inte förenligt med den inre marknaden.

Artikel 3

1. Tyskland ska återkräva det oförenliga stöd som avses i artikel 2 från WestSpiel, som slogs samman med WestSpiel GmbH och nu bedriver verksamhet under namnet ”Merkur Spielbanken NRW GmbH”.

2. Det belopp som ska återkrävas ska innefatta ränta som beräknas från och med den dag då stödet ställdes till WestSpiels förfogande till och med den dag då det har återbetalats.

3. Tyskland ska se till att WestSpiel inte får någon kompensation för de belopp som omfattas av detta beslut. Framför allt får WestSpiel inte direkt eller indirekt erhålla några belopp från Tyskland som kan hänföras till tillämpningen av återbetalningsklausulen i avtalet om företagsförvärv för WestSpiel.

4. Räntan ska beräknas som sammansatt ränta enligt kapitel V i kommissionens förordning (EG) nr 794/2004 ([89]).

Artikel 4

1. Återkravet av det stöd som avses i artikel 2 ska genomföras omedelbart och effektivt.

2. Tyskland ska se till att detta beslut genomförs inom fyra månader från den dag då det delgavs.

Artikel 5

1. Inom två månader efter dagen för delgivandet av detta beslut ska Tyskland lämna följande uppgifter till kommissionen:

a) Det totala belopp (kapital och ränta) som ska återkrävas från WestSpiel.

b) En utförlig beskrivning av de åtgärder som redan har vidtagits eller är planerade för att följa detta beslut.

c) Handlingar som visar att WestSpiel har ålagts att återbetala det stöd som avses i artikel 2.

2. Tyskland ska hålla kommissionen underrättad om utvecklingen vad gäller de nationella åtgärder som har vidtagits för att genomföra detta beslut till dess att återkravet av det stöd som avses i artikel 2 har slutförts. På begäran av kommissionen ska Tyskland omedelbart lämna uppgifter om de åtgärder som redan vidtagits och de som planerats för att följa detta beslut. Tyskland ska också lämna detaljerade uppgifter om de stödbelopp och den ränta som redan har återkrävts från WestSpiel. Tyskland ska dessutom rapportera till kommissionen om huruvida och hur den återbetalningsklausul som avses i skäl 209 har tillämpats.

([89]) Kommissionens förordning (EG) nr 794/2004 av den 21 april 2004 om genomförande av rådets förordning (EU) 2015/1589 om tillämpningsföreskrifter för artikel 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUT L 140, 30.4.2004, s. 1, ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2004/794/oj).

Artikel 6

Detta beslut riktar sig till Förbundsrepubliken Tyskland.

Utfärdat i Bryssel den 22 november 2024.

På kommissionens vägnar
Margrethe VESTAGER
Verkställande vice ordförande