FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

fremsat den 14. juni 2001 [1]

1. Forbundsrepublikken Tyskland har anlagt sag ved De Europæiske Fællesskabers Domstol med påstand om annullation af Kommissionens beslutning 1999/597/EKSF af 21. april 1999 i en procedure efter EKSF-traktatens artikel 88 (nu artikel 88 KS) om Forbundsrepublikken Tysklands (*delstaten* Bayern) statsstøtte til fordel for Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH (herefter »NMH«). I denne beslutning (herefter »den anfægtede beslutning«) anklager Kommissionen Forbundsrepublikken Tyskland for at have handlet retsstridigt i forbindelse med krav om tilbagebetaling af den statsstøtte, som var blevet udbetalt til NMH i strid med fællesskabsretten.

I — Retsforskrifter

2. EKSF-traktatens artikel 88 har følgende ordlyd:

»Er Kommissionen af den opfattelse, at en stat ikke har opfyldt en forpligtelse, der påhviler den i henhold til denne traktat, konstaterer den denne misligholdelse ved en begrundet beslutning efter forinden at have givet staten lejlighed til at fremsætte sine bemærkninger. Den giver den pågældende stat en frist til opfyldelse af dens forpligtelser.

Staten kan inden for en frist af to måneder efter meddelelse om beslutningen indbringe sagen for Domstolen, der har fuld prøvelsesret.

Har staten ikke inden for den af Kommissionen fastsatte frist sørget for at opfylde sin forpligtelse, eller er sagen — i tilfælde af søgsmål — blevet afvist, kan Kommissionen efter samstemmende udtalelse fra Rådet, der træffer afgørelse med to tredjedeles flertal:

a) udsætte betalinger, som den i henhold til denne traktat skal erlægge på den pågældende stats vegne

b) træffe foranstaltninger eller bemyndige andre medlemsstater til at træffe for-

1 — Originalsprog: fransk.

anstaltninger, der afviger fra reglerne i artikel 4 med henblik på at råde bod på virkningerne af den konstaterede misligholdelse.

Mod beslutninger, der er truffet ved anvendelse af bestemmelserne i litra a) og b), kan der inden for en frist på to måneder rejses sag, under hvilken Domstolen har fuld prøvelsesret.

Viser de ovenfor omtalte forholdsregler sig at være virkningsløse, underretter Kommissionen Rådet herom.«

II — Faktiske omstændigheder

3. I forbindelse med saneringen af selskabet Eisenwerk-Gesellschaft Maximilianshütte mbH, Sulzbach-Rosenberg, som blev erklæret konkurs i 1986, erhvervede delstaten Bayern aktier i NMH, der overtog det førstnævnte selskab, og ydede det bl.a. aktionærlån i 1994 og 1995 på 49,895 mio. DEM og 24,1125 mio. DEM. Ved to beslutninger 96/178/EKSF af 18. oktober 1995 [2] og 96/484/EKSF af 13. marts 1996 [3] om statsstøtte ydet af *delstaten* Bayern til EKSF-stålvirksomheden Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH, Sulzbach-Rosenberg, fastslog Kommissionen, at disse aktionærlån var uforenelige med fællesmarkedet og pålagde Forbundsrepublikken at kræve dem tilbagebetalt. Forbundsrepublikken Tyskland og nævnte selskab anlagde sag til prøvelse af disse beslutninger henholdsvis ved Domstolen og Retten. Domstolen udsatte sagen, indtil Retten traf afgørelse.

4. Da sagsanlægget ikke havde opsættende virkning, indgav Forbundsrepublikken Tyskland begæring om, at Domstolen udsatte gennemførelsen af beslutningen af 18. oktober 1995 vedrørende lånet på 49,895 mio. DEM med den begrundelse, at gennemførelsen af tilbagesøgningskravet for dette beløb ville medføre NMH's øjeblikkelige konkurs. Ved kendelse af 3. maj 1996 [4] bestemte Domstolens præsident, at begæringen ikke skulle tages til følge.

5. Ved skrivelse af 12. juni og 20. august 1996 pålagde delstaten Bayern NMH at tilbagebetale lånene. Da NMH ikke efterkom dette pålæg, anlagde delstaten Bayern i februar 1997 sag ved Amtsgericht Regensburg med påstand om, at selskabet betalte en del af beløbet, nemlig 14,8 mio. DEM. Efter at NMH havde rejst indsigelse, blev sagen overført til Landgericht Amberg. Denne besluttede ved kendelse af 5. marts 1998 at udsætte sagen i henhold til § 148 i den tyske Zivilprozessordnung, hvorefter en sag skal udsættes, når sagens afgørelse

2 — EFT 1996 L 53, s. 41.
3 — EFT L 198, s. 40.
4 — Sag C-399/95 R, Tyskland mod Kommissionen, Sml. I, s. 2441.

afhænger af, om der består et retsforhold, som er genstand for en anden tvist, der stadig verserer ved en anden ret. Landgericht Amberg fandt, at dette var tilfældet med den for Retten i Første Instans verserende sag. Delstaten Bayern anfægtede ikke denne kendelse om udsættelse af sagen.

6. Den 14. juli 1998 meddelte Forbundsrepublikken Tyskland Kommissionen, at Landgericht Amberg havde udsat sagen, og tilsendte den den 23. november 1998 en kopi af kendelsen af 5. marts 1998. Samme dag meddelte Forbundsrepublikken endvidere Kommissionen, at NMH havde indgivet konkursbegæring den 6. november 1998.

7. Kommissionen har oplyst, at den iværksatte en traktatbrudsprocedure i henhold til traktatens artikel 88 mod Forbundsrepublikken Tyskland den 16. december 1998 under henvisning til, at denne havde tilsidesat EKSF-traktatens artikel 86 ved ikke at have gennemført beslutningerne om tilbagesøgning af de til NMH udbetalte beløb.

8. Den 31. december 1998 blev konkursbehandlingen af NMH's bo indledt. Den 18. januar 1999 anmeldte delstaten Bayern en fordring for samtlige lån til NMH i konkursboet.

9. Ved dom af 21. januar 1999 fastslog Retten, at udbetalingen af lånene var i strid med fællesskabsretten [5]. Ved kendelse af 25. januar 2001 [6] forkastede Domstolen den af Lech-Stahlwerke GmbH mod denne dom iværksatte appel. Hvad angår de ved Domstolen af Forbundsrepublikken Tyskland ovennævnte anlagte sager, hævede denne sagerne ved skrivelse af 8. juni 1999 og 27. februar 2001.

10. Ved skrivelse af 1. februar 1999 meddelte Kommissionen i henhold til traktatens artikel 88 den tyske regering sin argumentation vedrørende det påståede traktatbrud, idet den pålagde regeringen at fremsætte sine bemærkninger inden en måned. Denne skrivelse besvarede den tyske regering ved skrivelse af 3. marts 1999, hvori den afviste Kommissionens anbringender. Den 21. april 1999 vedtog Kommissionen den anfægtede beslutning, hvis konklusion lyder således:

»*Artikel 1*

Tyskland har forsømt sine forpligtelser i henhold til beslutning 96/178/EKSF og 96/484/EKSF og overtrådt traktatens artikel 86 ved at undlade at tilbagesøge det fulde beløb på 74 mio. DEM plus renter,

5 — Forenede sager T-129/95, T-2/96 og T-97/96, Sml. II, s. 17.
6 — Sag C-111/99 P, Sml. I, s. 727.

der er udbetalt til Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH som støtte, der er uforenelig med EKSF-traktaten, ved den kompetente domstol eller fastlægge nedsættelsen af fordringen i en notarielt bekræftet aftale, hvormed det sikres, at beslutningerne gennemføres omgående og fuldstændigt, når en retsafgørelse om delfordringen foreligger.

Artikel 2

Tyskland [*delstaten* Bayern] har forsømt sine forpligtelser i henhold til beslutning 96/178/EKSF og 96/484/EKSF og overtrådt traktatens artikel 86 ved, at Bayern har undladt at anke Landgericht Amberg's kendelse af 5. marts om udsættelse af den dér verserende sag.

Artikel 3

Denne beslutning er rettet til Forbundsrepublikken Tyskland.«

11. Den 23. juli 1999 anlagde Forbundsrepublikken Tyskland annullationssøgsmål til prøvelse af den anfægtede beslutning. Kommissionen har nedlagt påstand om frifindelse.

III — Bedømmelse

Indledning

12. I sit søgsmål bestrider Forbundsrepublikken Tyskland for det første rigtigheden af artikel 1 og 2 i den anfægtede beslutning, idet det gøres gældende, at de omstændigheder, som Kommissionen har påberåbt sig, ikke kan betragtes som en tilsidesættelse af de forpligtelser, der påhviler den i henhold til EKSF-traktaten.

13. Endvidere har Tyskland fremført et anbringende vedrørende fejlagtig anvendelse af traktatens artikel 88, da der under alle omstændigheder ikke forelå nogen misligholdelse på det tidspunkt, da Kommissionen vedtog den begrundede beslutning.

14. Jeg finder det formålstjenligt at behandle dette anbringende først.

Anbringendet vedrørende fejlagtig anvendelse af traktatens artikel 88

15. *Den tyske regering* har under henvisning til generaladvokat Roemer's forslag til

afgørelse af 20. juni 1960[7] anført, at »formålet med en traktatbrudssag hverken er at træffe afgørelse vedrørende abstrakte retsspørgsmål eller at pålægge sanktioner for en adfærd i fortiden, men at sikre en ensartet fortolkning af traktaten og at tvinge en medlemsstat til at bringe eksisterende traktatbrud til ophør«.

16. Den tyske regering har endvidere gjort gældende, at »[p]å det tidspunkt, da Kommissionen traf den anfægtede beslutning, forelå der [...] ikke noget traktatbrud, hvilket Kommissionen selv har erkendt, eftersom den ikke fastsatte nogen frist for gennemførelsen af de forpligtelser, den pålagde Forbundsrepublikken Tyskland«. Denne gjorde nemlig »alt, hvad der var nødvendigt for at kræve det af NMH skyldige beløb tilbage ved at anmelde hele fordringen i NMH's konkursbo [den 18. januar 1999]«. Ifølge regeringen fremgår det af en analogi fra EF-traktaten, at et traktatbrud kun kan fastslås gyldigt, såfremt det består på datoen for vedtagelsen af den anfægtede beslutning, dvs. i den foreliggende sag den 21. april 1999, eller i det mindste består på datoen for åbningsskrivelsen, dvs. i den foreliggende sag den 1. februar 1999. Disse to datoer lå imidlertid begge efter den 18. januar 1999.

17. *Kommissionen* har bestridt, at traktatens artikel 88 alene har til formål at tvinge en medlemsstat til at bringe en eksisterende og vedvarende misligholdelse til ophør.

18. Kommissionen er derimod af den opfattelse, at »ordlyden af artikel 88, stk. 3, KS skal fortolkes således, at det er foreneligt med denne bestemmelse at fastslå misligholdelse, uden at der er fastsat en frist for opfyldelsen af den pålagte forpligtelse. Ifølge nævnte bestemmelse pålægges der nemlig sanktioner i to tilfælde, som nævnes efter hinanden, dels når forpligtelser ikke opfyldes inden for den af Kommissionen fastsatte frist, dels når søgsmålet afvises, hvilket også kan ske, selv om der ikke på forhånd er fastsat nogen frist for opfyldelsen af forpligtelserne. Det forhold, at de sanktioner, som foreskrives i bestemmelsen, ikke er sammenkoblet med varigheden af den manglende opfyldelse af forpligtelserne, kan kun forklares ved, at en anvendelse af artikel 88, stk. 1, sidste punktum, KS ikke er bindende«.

19. Endelig har Kommissionen understreget, at en beslutning vedrørende en misligholdelse i henhold til artikel 88 ikke kan sammenlignes med en begrundet udtalelse i henhold til artikel 226 EF. »En begrundet udtalelse er en uforbindende foranstaltning, der først og fremmest har proceduremæssig betydning, mens en begrundet beslutning i henhold til artikel 88 KS er bindende og kan have retskraft. For at sætte sin retsopfattelse igennem, må Kommissionen, hvis den pågældende stat ikke retter sig efter den fremsatte udtalelse i henhold til artikel 226 EF, indbringe sagen for Domstolen, mens det i forbindelse med artikel 88 KS er den pågældende medlemsstat, der må anfægte beslutningen.«

20. Kommissionen har heraf udledt, at »da en medlemsstats traktatbrud kan fastslås i henhold til artikel 226 EF, selv om det er blevet afhjulpet, mens sagen har verseret

7 — Dom af 15.7.1960, sag 20/59, Italien mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 189, org.ref.: Rec. s. 663.

ved Domstolen, er der ingen grund til, at Kommissionen — hvis rolle på dette punkt kan sammenlignes med Domstolens — ikke skulle have denne mulighed, selv om forpligtelsen allerede er blevet opfyldt under den for Kommissionen verserende sag, eller selv om det ikke længere er objektivt muligt at opfylde forpligtelsen, således som det er tilfældet i denne sag«.

21. Jeg skal først undersøge Kommissionens sidste argumentation.

22. I den ovenfor citerede passage har Kommissionen i det væsentlige anført, at den stadig må kunne fastslå et traktatbrud, når dette først er blevet afhjulpet under »den for Kommissionen verserende sag«, eller når opfyldelsen af forpligtelsen først på dette stadium er blevet objektivt umulig.

23. Kommissionen har således indirekte medgivet, at traktatbruddet skal have bestået på det tidspunkt, hvor den indleder proceduren i henhold til artikel 88.

24. Ifølge Kommissionen blev den omhandlede procedure indledt ved en pressemeddelelse af 16. december 1998.

25. Denne pressemeddelelse findes ikke i Domstolens sagsakter, men dens eksistens er ikke blevet bestridt af Forbundsrepublikken Tyskland.

26. Hvis det antages, at Kommissionens påstand vedrørende anvendeligheden, under en procedure efter artikel 88, af Domstolens retspraksis vedrørende traktatbrud i sager, der er indbragt for den i henhold til artikel 226 EF, og som først er blevet afhjulpet, mens sagen har verseret ved Domstolen, er rigtig, skal det undersøges, om Kommissionen med offentliggørelsen af pressemeddelelsen faktisk har indledt en »traktatbrudsprocedure« over for Forbundsrepublikken Tyskland.

27. Det må imidlertid konstateres, at der i artikel 88 ikke står noget om »indledning af en traktatbrudsprocedure« eller en »overtrædelsesprocedure«.

28. I nævnte bestemmelse hedder det: »Er Kommissionen af den opfattelse, at en stat ikke har opfyldt en forpligtelse, der påhviler den i henhold til denne traktat, konstaterer den denne misligholdelse ved en begrundet beslutning efter forinden at have givet staten lejlighed til at fremsætte sine bemærkninger.«

29. Efter min mening kan der derfor først være tale om indledningen af en procedure fra det tidspunkt, hvor der er fremsendt en åbningsskrivelse.

30. Kommissionens ræsonnement vil desuden gøre stadiet med fremsendelse af en åbningsskrivelse formålsløst. Hvis medlemsstaten nemlig i forbindelse med de bemærkninger, den fremsætter i sit svar på denne skrivelse, meddeler, at den har gjort, eller ufortøvet vil gøre, hvad der er nødvendigt for at bringe traktatbruddet til ophør, kan Kommissionen ikke i de følgende dage vedtage en begrundet beslutning, der fastslår traktatbruddet. Kommissionen skal i det mindste give den pågældende stat en efter omstændighederne rimelig frist til at fremlægge bevis for, at den har virkeliggjort sin hensigt [8].

31. Hvis en pressemeddelelse, der er offentliggjort før fremsendelsen af åbningsskrivelsen, kunne anses for at udgøre indledningen af en procedure, som gør det muligt for Kommissionen at fastslå misligholdelse, selv i tilfælde af, at medlemsstaten i sit svar på skrivelsen kan godtgøre, at den har opfyldt sine forpligtelser, eller at den vil gøre det, ville åbningsskrivelsen ikke have noget som helst formål. Det må derfor konkluderes, at en procedure først »verserer for Kommissionen« fra tidspunktet for fremsendelsen af åbningsskrivelsen.

32. Uden at det er nødvendigt at undersøge det principielle spørgsmål, om Kommissionen i forbindelse med en procedure efter artikel 88 KS befinder sig i samme situation som Domstolen, når en sag indbringes for den i henhold til artikel 226 EF, er det således tilstrækkeligt, at Domstolen fastslår, at på det tidspunkt, da delstaten Bayern anmeldte en fordring for samtlige ydede lån i konkursboet, det vil sige den 18. januar 1999, verserede der ikke en sag for Kommissionen, eftersom åbningsskrivelsen først blev fremsendt den 1. februar 1999.

33. Subsidiært vil jeg tilføje, at det afgørende efter min mening ikke er, om der består en »verserende sag«, men om der foreligger en misligholdelse på tidspunktet for vedtagelsen af den begrundede beslutning.

34. Den parallel, som Kommissionen vil drage mellem sin egen situation inden for rammerne af traktatens artikel 88 og den situation, som Domstolen befinder sig i, når der indbringes en traktatbrudssag for den i henhold til artikel 226 EF, kan nemlig efter min mening ikke godtages.

35. Både de institutionelle træk, som kendetegner såvel Kommissionen som Domstolen, og den omstændighed, at Domstolen ligeledes varetager en funktion inden for rammerne af traktatens artikel 88, taler imod en sådan parallel.

36. Det hedder endvidere i traktatens artikel 88, stk. 1, at Kommissionen »konstaterer [...] denne misligholdelse ved en begrundet beslutning«, og at den »giver

8 — Man kan på dette punkt analogt anvende, hvad Domstolen har udtalt vedrørende EF-traktaten. Jf. dom af 2.2.1988, sag 293/85, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 305.

den pågældende stat en frist til opfyldelse af dens forpligtelser«.

37. Anvendelsen af indikativ betyder, at Kommissionen skal give medlemsstaten en frist til opfyldelse af dens forpligtelser. Fastsættelsen af en sådan frist er imidlertid kun meningsfuld, hvis misligholdelsen stadig består på tidspunktet for vedtagelsen af beslutningen.

38. Det er i øvrigt ikke urimeligt at antage, at Domstolen siden 1960 har fastholdt denne fortolkning. I dens dom i den ovennævnte sag Italien mod Den Høje Myndighed hedder det således: »Den i artikel 88, stk. 1, foreskrevne begrundelse skal retfærdiggøre konstateringen af misligholdelsen, og den deri angivne frist fastsætter den tidsgrænse, inden for hvilken forpligtelsen skal opfyldes [...]« [9].

39. Domstolen præciserede lidt længere fremme følgende [10]:

»Artikel 88 indeholder hjemmel for *fuldbyrdelsesmidler* [11] og udgør et *ultima ratio* [12], hvorefter de i traktaten bekræftede fællesskabsinteresser kan gøres gældende over for medlemsstaternes *passivitet* og *modstand* [13].

Det drejer sig her om en fremgangsmåde, som går langt videre end de regler, som hidtil har været anerkendt i den klassiske folkeret for at sikre, at staternes forpligtelser opfyldes.

Artikel 88 skal derfor fortolkes strengt.«

40. Den omstændighed, at Domstolen har fastslået, at formålet med proceduren i henhold til artikel 88 er at overvinde medlemsstaternes passivitet og modstand, viser, at denne procedure tager sigte på at forpligte medlemsstaterne til at træffe forholdsregler, og at den ikke har til formål at fastslå, at de engang i fortiden har undladt at opfylde deres forpligtelser.

41. Denne fortolkning bekræftes endelig af den videre ordlyd af traktatens artikel 88. Efter at have beskrevet de tvangsforanstaltninger, som Kommissionen kan vedtage (efter samstemmende udtalelse fra Rådet),

9 — Recueil s. 691, punkt a, femte afsnit.
10 — Recueil s. 692, punkt b, første afsnit.
11 — Min fremhævelse.
12 — Fremhævelse i teksten.
13 — Min fremhævelse.

slutter artikel 88 nemlig med følgende sætning:

»Viser de ovenfor omtalte forholdsregler sig at være virkningsløse, underretter Kommissionen Rådet herom.«

42. Dette beviser efter min mening endegyldigt, at formålet med traktatens artikel 88 er at udvirke, at den stat, som tilsidesætter traktaten, ændrer sin adfærd, og at bestemmelsen ikke kan tjene til »abstrakt« eller »principielt« at fastslå et traktatbrud, som fandt sted i fortiden [14].

43. Det er således kun for fuldstændighedens skyld, at jeg undersøger de modargumenter, som Kommissionen har påberåbt sig.

44. Som nævnt i punkt 18 ovenfor støtter Kommissionen hovedsagelig sin opfattelse på ordlyden af artikel 88, stk. 3.

45. Det fremgår af denne bestemmelse, at Kommissionen kun kan træffe de deri omhandlede foranstaltninger (efter samstemmende udtalelse fra Rådet, der træffer afgørelse med to tredjedels flertal), »[hvis] staten ikke inden for den af Kommissionen fastsatte frist [har] sørget for at opfylde sin forpligtelse, eller [hvis] sagen — i tilfælde af søgsmål — [er] blevet afvist«. Den omstændighed, at Kommissionen, såfremt der er rejst sag til prøvelse af dens beslutning, først kan træffe foranstaltninger mod medlemsstaten, når søgsmålet er blevet afvist, fritager efter min mening ikke Kommissionen for den i traktatens artikel 88, stk. 1, fastsatte forpligtelse til at give »den pågældende stat en frist til opfyldelse af dens forpligtelser«.

46. Den ovenfor citerede sætning i traktatens artikel 88, stk. 3, betyder kun, at Kommissionen, hvis medlemsstaten har anlagt sag til prøvelse af beslutningen, skal afvente, at søgsmålet er blevet afvist, inden den forelægger Rådet forslag til tvangsforanstaltninger med henblik på samstemmende udtalelse, også selv om medlemsstaten ved udløbet af den fastsatte frist endnu ikke har opfyldt sin forpligtelse. Denne bestemmelse indfører dermed en undtagelse fra den generelle regel, hvorefter sagsanlæg ved Domstolen ikke har opsættende virkning [15].

47. Hvad angår Kommissionens anbringende om, at sanktionerne i henhold til traktatens artikel 88, stk. 3, er uafhængige af traktatbruddets varighed, forstår jeg ikke, hvordan denne påstand skulle kunne retfærdiggøre en afvigelse fra den klare

14 — Domstolen har anlagt samme synsmåde, for så vidt angår EF-traktaten, i dom af 31.3.1992, sag C-362/90, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 2353, præmis 9-13.

15 — Artikel 39, stk. 1, KS.

ordlyd af traktatens artikel 88, stk. 1, hvorefter det tilkommer Kommissionen at fastsætte en frist. Desuden mener jeg, at denne påstand kan anfægtes. Det kan nemlig udledes af artikel 88, sidste afsnit, som jeg allerede har henvist til, at sanktionerne kun har til formål at udvirke, at medlemsstaten ændrer sin adfærd. Af denne grund forekommer det mig, at sanktionerne, i modsætning til, hvad Kommissionen mener, har en sammenhæng med traktatbruddets varighed.

48. Sammenfattende skal der, for at en misligholdelse skal kunne fastslås gyldigt, foreligge en situation, hvor det er nødvendigt at ændre en medlemsstats adfærd på tidspunktet for vedtagelsen af den begrundede beslutning. Denne konklusion støtter jeg på den særlige karakter af den i artikel 88 omhandlede procedure og først og fremmest denne bestemmelses ordlyd og formål.

49. Det skal således undersøges, om der på tidspunktet for vedtagelsen af den begrundede beslutning forelå en situation, hvor Forbundsrepublikken Tyskland skulle ændre sin adfærd for at opfylde de forpligtelser, som følger af EKSF-traktaten.

50. Hvis man holder sig til ordlyden af den anfægtede beslutning, kan man konstatere, at Kommissionen har anklaget Forbundsrepublikken Tyskland for at have gjort sig skyldig i to forsømmelser, nemlig, at den for det første ikke har tilbagesøgt det fulde støttebeløb ved den kompetente nationale domstol (artikel 1 i den anfægtede beslutning) og for det andet ikke har anket Landgericht Amberg's kendelse om udsættelse af den dér verserende sag (artikel 2 i den anfægtede beslutning).

51. Disse processkridt var imidlertid som sådanne ikke længere mulige på tidspunktet for vedtagelsen af den begrundede beslutning. Som den tyske regering har anført, uden at blive modsagt på dette punkt af Kommissionen, »[s]å snart konkursbehandlingen var iværksat den 31. december 1998, indebar det i henhold til § 240 i Zivilprozessordnung i dens tidligere affattelse, at alle verserende retssager blev afbrudt. Forbundsrepublikken kunne ikke (længere) efterkomme kravet om at udvide den omhandlede sag [fra 20 til 100% af det berørte beløb] [...]«.

52. Ligeledes »[i] henhold til § 249, stk. 2, [i Zivilprozessordnung] er alle de processkridt vedrørende hovedsagen, som en part foretager, så længe afbrydelsen varer ved, uden retsvirkning over for tredjemand«. En anke over Landgericht Amberg's kendelse om udsættelse af sagen ville derfor »i øjeblikket være grundløs«.

53. Eftersom Forbundsrepublikken Tyskland på tidspunktet for vedtagelsen af den begrundede beslutning ikke længere var i stand til at foretage den handling, som Kommissionen anså for nødvendig, for at Forbundsrepublikken Tyskland kunne undgå at forsømme sine forpligtelser i henhold til EKSF-traktaten — hvilket Kommissionen i øvrigt selv har indrømmet [16] — kan denne stat ikke anses for at have undladt at opfylde sine forpligtelser samme dag.

54. Ville der derimod foreligge en misligholdelse på tidspunktet for vedtagelsen af den begrundede beslutning, hvis man tog hensyn til *ånden* i den begrundede beslutning af 21. april 1999, hvoraf det ubestrideligt fremgår, at Forbundsrepublikken Tyskland efter Kommissionens mening ikke havde gjort, hvad der var nødvendigt for at tilbagesøge støtten?

55. Selv i dette tilfælde måtte konklusionen være, at der ikke forelå nogen misligholdelse på tidspunktet for vedtagelsen af den begrundede beslutning. Delstaten Bayern anmeldte nemlig den 18. januar 1999 alle fordringer, der beroede på de ydede lån, i konkursboet.

56. Efter min mening kan en sådan handling ikke betragtes som en forsømmelse af forpligtelsen til at tilbagesøge støtten. Dette bekræftes af dommen i sagen Belgien mod Kommissionen af 21. marts 1990 [17], hvor Domstolen fastslog, at »[u]nder retsmødet meddelte Kommissionen [...], at den belgiske regering havde opfyldt sine forpligtelser med hensyn til tilbagesøgningen af støtten [...], idet den belgiske regering [...] havde anmeldt sit krav som en simpel fordring i Tubemeuse [...]«.

57. Det er følgelig meget muligt — hvilket jeg undersøger subsidiært i det følgende — at Forbundsrepublikken Tyskland på et tidspunkt i fortiden ikke har gjort, hvad der var nødvendigt for at tilbagesøge støtten. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at der på tidspunktet for vedtagelsen af den begrundede beslutning ikke forelå en sådan misligholdelse.

58. Eftersom den særlige karakter af artikel 88 efter min opfattelse kun gør det muligt at fastslå en misligholdelse, som stadig består på tidspunktet for vedtagelsen af den begrundede beslutning, mener jeg, at Kommissionen har anvendt denne bestemmelse fejlagtigt. Jeg foreslår derfor, at den anfægtede beslutning annulleres.

16 — Jf. citatet i punkt 20 ovenfor, som slutter med Kommissionens konstatering, at »[...] selv om det ikke længere er objektivt muligt at opfylde forpligtelsen, således som det er tilfældet i den foreliggende sag«.

17 — Sag C-142/87, Sml. I, s. 959, præmis 62.

Rigtigheden af den af Kommissionen konstaterede misligholdelse

59. Forbundsrepublikken Tyskland har ligeledes bestridt rigtigheden af den af Kommissionen i den anfægtede beslutning konstaterede misligholdelse. Under hensyn til den ovennævnte konklusion undersøger jeg kun dette anbringende subsidiært, da det kun vil kunne tages i betragtning, hvis Domstolen finder, at Kommissionen havde ret til at konstatere en misligholdelse, der har fundet sted i fortiden, eller at den påståede misligholdelse stadig bestod på tidspunktet for vedtagelsen af den begrundede beslutning.

Artikel 1 i den anfægtede beslutning

60. I artikel 1 i den anfægtede beslutning anklager Kommissionen Forbundsrepublikken Tyskland for at have undladt at »tilbagesøge det fulde beløb på 74 mio. DEM plus renter, der er udbetalt til [NMH] som støtte, der er uforenelig med EKSF-traktaten, ved den kompetente domstol eller fastlægge nedsættelsen af fordringen i en notarielt bekræftet aftale, hvormed det sikres, at beslutningerne gennemføres omgående og fuldstændigt, når en retsafgørelse om delfordringen foreligger«.

61. *Den tyske regering* har anført, at når der ikke er nogen risiko for forældelse, sker det hyppigt, som i den foreliggende sag, at der af hensyn til omkostningerne kun anlægges sag vedrørende en delfordring. Da skyldneren efter en retsafgørelse om delfordringen kun råder over begrænsede procesretlige muligheder med hensyn til restbeløbet af fordringen, foregår tilbagebetalingen af restbeløbet som regel uden problemer; i de fleste tilfælde sker betalingen frivilligt.

62. Den tyske regering har præciseret, at en samtidig notarielt bekræftet gældsanerkendelse med en erklæring om godkendelse ikke er gængs. Hermed ville den opnåede omkostningsfordel desuden gå tabt, eftersom også notaromkostningerne beror på sagsgenstandens værdi.

63. Da denne fremgangsmåde ifølge den tyske regering desuden var vedtaget med Kommissionens samtykke, påberåber den sig princippet om beskyttelse af den berettigede forventning.

64. *Kommissionen* har under henvisning til EKSF-traktatens artikel 86 gjort gældende, at Forbundsrepublikken Tyskland skulle have tilbagesøgt hele støttebeløbet eller i forbindelse med sagsanlægget vedrørende delfordringen have krævet garantier for

restbeløbet i en notarielt bekræftet aftale. I modsat fald ville der ikke have været nogen garanti for betalingen af de resterende 80% af fordringen, heller ikke hvis delstaten Bayern fik medhold i den verserende sag.

65. Kommissionen bestrider at have deltaget i nogen form for samråd vedrørende den valgte fremgangsmåde. Den gør gældende, at man tværtimod i en lang periode havde givet den indtryk af, at der skulle indgås eller allerede var indgået en notarielt bekræftet aftale med NMH.

66. Kommissionen insisterer på, at den hverken udtrykkeligt har godkendt eller opfordret til den af Forbundsrepublikken Tyskland valgte fremgangsmåde. Kommissionen finder derfor, at argumentet om beskyttelse af den berettigede forventning er fuldstændig malplaceret.

67. Hvad skal man mene om disse argumenter?

68. Domstolen har i Alcan Deutschland-dommen [18] udtalt, at »de nationale myndigheders opgave i sager om statsstøtte, der er kendt uforenelig med fællesmarkedet, er begrænset til gennemførelsen af enhver beslutning, Kommissionen har truffet«.

69. For at gennemføre Kommissionens beslutning 96/178 og 96/484, skulle Forbundsrepublikken Tyskland således gøre, hvad der var nødvendigt for at tilbagesøge hele støttebeløbet.

70. Imidlertid har delstaten Bayern kun anlagt sag mod NMH vedrørende 20% af det omhandlede beløb.

71. Ligesom Kommissionen er jeg af den opfattelse, at der ikke foreligger tilstrækkelige beviser til at kunne fastslå, at det var sikret, at en retsafgørelse om delfordringen automatisk ville føre til tilbagebetaling af hele støttebeløbet.

72. Den tyske regering har nemlig kun gjort gældende, at NMH's ledelse kunne risikere at pådrage sig et ansvar, hvis den afslog at tilbagebetale den resterende del af støtten, at en anden hypotetisk proces ikke længere ville dreje sig om realiteten, men kun om beløbet, og at det til enhver tid var muligt at udvide søgsmålet uden risiko for forældelse.

18 — Dom af 20.3.1997, sag C-24/95, Sml. I, s. 1591, præmis 34.

73. Den tyske regering har imidlertid ikke på noget tidspunkt bestridt, at hvis NMH efter en første retsafgørelse afslog at tilbagebetale de 80% af støtten, der ikke var omfattet af søgsmålet, ville der skulle anlægges en ny retssag vedrørende tilbagebetalingen af dette beløb.

74. Det følger heraf, at eftersom det sidstnævnte beløb ikke var omfattet af noget søgsmål, som kunne føre til en retlig forpligtelse for modtageren til at tilbagebetale støtten, har Forbundsrepublikken Tyskland ikke gjort, hvad der var nødvendigt for at tilbagesøge hele støttebeløbet.

75. Den tyske regering har endvidere gjort gældende, at sagsomkostningerne ville have været for høje, hvis sagen havde omfattet hele støttebeløbet. I den forbindelse er det tilstrækkeligt at konstatere, at omkostningerne i forbindelse med en sag ikke kan fritage medlemsstaten for dens forpligtelse til at gøre, hvad der er nødvendigt for at tilbagesøge en støtte, som er uforenelig med traktaten.

76. Med hensyn til argumentet vedrørende princippet om beskyttelse af den berettigede forventning skal det bemærkes dels, at Kommissionen har bestridt at have givet sit samtykke til den af delstaten Bayern valgte fremgangsmåde, dels at ingen af sagens akter beviser, at der forelå et sådant samtykke.

77. I øvrigt kan den omstændighed, at Kommissionen ikke reagerede umiddelbart på den valgte fremgangsmåde, ikke i sig selv skabe en berettiget forventning hos Forbundsrepublikken Tyskland om, at denne fremgangsmåde var forenelig med dens forpligtelser i henhold til EKSF-traktaten.

78. Det fremgår nemlig af Kommissionens indlæg, som ikke på dette punkt er modbevist af den tyske regering, at Kommissionen først fik kendskab til den valgte fremgangsmåde, da den den 27. november 1997 modtog NMH's svarskrift i forbindelse med sagen ved Landgericht Amberg. Gennem dette svarskrift blev Kommissionen underrettet om, at NMH havde afslået at indgå en notarielt bekræftet aftale om restbeløbet af den støtte, som skulle tilbagebetales; den tyske regering havde ved skrivelse af 6. december 1996 meddelt, at der skulle indledes forhandlinger om en sådan aftale. Det fremgik således af svarskriftet, at 80% af støttebeløbet ikke var omfattet af nogen tilbagesøgningssag.

79. Nævnte svarskrift indeholdt desuden en begæring om udsættelse af sagen ved Landgericht Amberg. I denne sammenhæng kan det ikke lægges Kommissionen til last, at den, som den selv har anført, ville afvente resultatet af denne begæring, inden den tog stilling til den samlede procedure.

80. Landgericht Amberg's kendelse blev i øvrigt, selv om den var afsagt allerede den

5. marts 1998, først meddelt Kommissionen af den tyske regering den 23. november 1998. Under disse omstændigheder kan det ikke komme den tyske regering til gode, at Kommissionen ikke reagerede.

81. Det skal tilføjes, at den omstændighed, at der foreligger en forpligtelse for medlemsstaten til at tilbagesøge hele støttebeløbet, efter min mening under alle omstændigheder er til hinder for, at der kan opstå en berettiget forventning om, at det inden for rammerne af egnede nationale procedurer skulle være tilstrækkeligt at tilbagesøge kun 20% af den pågældende støtte.

82. Endelig kan den tyske regerings argument, hvorefter en samtidig notarielt bekræftet gældsanerkendelse med erklæring om godkendelse ikke er gængs, næppe rejse tvivl om rigtigheden af artikel 1 i den anfægtede beslutning. Det er tilstrækkeligt at fastslå, at det var den tyske regering selv, som i sin skrivelse af 6. december 1996 nævnte denne fremgangsmåde som et alternativ til en retssag, som omfattede hele støtten.

83. Det følger af ovenstående, at de af den tyske regering fremførte anbringender mod artikel 1 i den anfægtede beslutning ikke er begrundede.

Artikel 2 i den anfægtede beslutning

84. I artikel 2 i den anfægtede beslutning anklager Kommissionen Forbundsrepublikken Tyskland for at have »undladt at anke Landgericht Amberg's kendelse af 5. marts 1998 om udsættelse af den dér verserende sag«.

85. Ifølge *den tyske regering* er dette anbringende grundløst.

86. Den tyske regering er af den opfattelse, at »på grund af de europæiske domstoles beslutningsmonopol i fællesskabsretlige spørgsmål havde Landgericht Amberg hverken kompetence eller ret til selv at vurdere forudsætningerne for sin realitetsafgørelse«, og at den af grunde, der følger af tysk ret, var nødsaget til at udsætte sagen. Den var nemlig af den opfattelse, at tilbagebetalingen beroede på, hvorvidt Kommissionens beslutninger om tilbagesøgning var gyldige eller ej. Det var imidlertid netop dette spørgsmål, som var genstand for sagsanlægget ved Retten i Første Instans.

87. Den tyske regering mener endvidere, at den kendelse af 3. maj 1996, der blev afsagt af Domstolens præsident, om afvisning af udsættelsen af gennemførelsen af Kommissionens beslutninger, ikke har nogen virkning. Denne kendelse vedrørte ifølge den tyske regering en udsættelse af gennemførelsen af foranstaltningerne og

ikke en udsættelse af den omhandlede nationale retssag.

88. Den tyske regering har i øvrigt understreget, at udsættelsen af sagen heller ikke har haft til følge at gøre tilbagesøgning af støtte praktisk umulig eller særligt vanskelig. Den har påpeget, at Rettens dom under alle omstændigheder blev afsagt kort tid efter kendelsen om udsættelse; en ankesag ville givetvis have taget længere tid.

89. *Kommissionen* har i det væsentlige svaret, at Landgericht Amberg på ingen måde var beføjet til at prøve, om Kommissionens anfægtede beslutninger var gyldige eller ej. Det kan derfor under ingen omstændigheder antages, at udfaldet af sagen ved den nationale domstol var betinget af Rettens dom, og den fastslår på denne baggrund, at den nationale ret har begået en åbenbar fejl ved at afsige kendelse om udsættelse af sagen.

90. Endvidere er det efter Kommissionens mening uforståeligt, af hvilke grunde Landgericht Amberg, efter at Domstolens præsident havde afvist anmodningen om udsættelse af gennemførelsen af Kommissionens beslutninger, med kendelsen om udsættelse af den ved den verserende sag har kunnet anordne det, som Domstolen netop havde afvist.

91. Kommissionen finder, at delstaten Bayern under disse omstændigheder skulle have anket Landgericht Amberg's kendelse.

92. I denne forbindelse skal det for det første fastslås, at i henhold til ordlyden af artikel 39, stk. 1, KS har sagsanlæg ved Domstolen ikke opsættende virkning. I henhold til artikel 32 d, stk. 2, sidste punktum, KS gælder denne bestemmelse ligeledes for sagsanlæg ved Retten i Første Instans.

93. Som Domstolen har fastslået i sin dom i sagen Hoechst mod Kommissionen [19], er ethvert retssubjekt omfattet af fællesskabsretten forpligtet til at »anerkende, at retsakter og andre afgørelser fra institutionerne i fuldt omfang har retsvirkninger efter deres indhold, så længe Domstolen ikke har statueret, at de er ugyldige, og til ikke at modsætte sig deres gennemførelse, så længe Domstolen ikke har truffet bestemmelse om en udsættelse heraf«.

94. En national ret kan ganske vist under visse omstændigheder træffe bestemmelse om en forholdsregel, der foreløbigt gør en fællesskabsretsakt uanvendelig [20]. Parterne har imidlertid ikke bestridt, at disse betingelser ikke var opfyldt i den foreliggende

19 — Dom af 21.9.1989, forenede sager 46/87 og 227/88, Sml. s. 2859, præmis 64. Jf. også dom af 15.6.1994, sag C-137/9 P, Kommissionen mod BASF m.fl., Sml. I, s. 2555, præmis 48, og af 14.12.2000, sag C-344/98, Masterfoods og HB, Sml. I, s. 11369, præmis 53.

20 — Dom af 9.11.1995, sag C-465/93, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft m.fl., Sml. I, s. 3761.

sag, navnlig, som understreget af Kommissionen i den anfægtede beslutning, fordi Domstolens præsident allerede havde afvist en begæring om udsættelse af gennemførelsen af en af de berørte beslutninger.

95. Det følger af det anførte, at den nationale domstol, da den, som anført af den tyske regering, fastslog, at dens beslutning »i det væsentlige beroede på, om Kommissionens beslutninger om tilbagesøgning af lånene var anvendelige eller ugyldige«, gjorde sig skyldig i en urigtig fortolkning af fællesskabsretten. Disse beslutninger var nemlig anvendelige, og der var derfor ingen grund til at vente med at gennemføre dem.

96. Den tyske regering har desuden henvist til, at Landgericht Amberg ikke har udsat gennemførelsen af Kommissionens beslutninger, men kun af den nationale retssag.

97. Det må imidlertid konstateres, at resultatet er det samme. Udsættelsen af den nationale retssag som følge af en urigtig fortolkning af fællesskabsretten har medført automatisk udsættelse af gennemførelsen af Kommissionens beslutninger, eftersom denne gennemførelse nødvendigvis forudsatte iværksættelse af nationale procedurer.

98. Heller ikke den tyske regerings argument om, at Landgericht Amberg's kendelse om udsættelse ikke gjorde tilbagesøgningen praktisk umulig eller ekstremt vanskelig, kan godtages.

99. Det fremgår af den tyske regerings udtalelser, at den støtter dette argument på Domstolens retspraksis, hvorefter »[t]ilbagesøgningen af støtten [...] principielt [skal] ske i henhold til de herfor gældende bestemmelser i national ret, hvorved det dog er en betingelse, at disse bestemmelser anvendes på en sådan måde, at den efter fællesskabsretten krævede tilbagesøgning ikke gøres praktisk umulig« [21].

100. Det er imidlertid klart, at denne retspraksis ikke kan tjene til at retfærdiggøre anvendelsen af en national bestemmelse, som indebærer, at der skabes en hindring for tilbagesøgningen af støtten, hvis denne anvendelse beror på en fejlagtig fortolkning af fællesskabsretten.

101. Den tyske regerings bemærkning om, at en præjudiciel forelæggelse ligeledes ville have ført til udsættelse af retssagen, er efter min mening ikke relevant, eftersom Landgericht Amberg ikke har forelagt Domsto-

21 — Alcan Deutschland-dommen, præmis 24.

len en sådan anmodning om præjudiciel afgørelse.

102. Heraf fremgår, at Forbundsrepublikken Tyskland ved at undlade at anke Landgericht Amberg's afgørelse af 5. marts 1998 om udsættelse af den for den verserende sag, ikke har gjort, hvad der er nødvendigt for at sikre en korrekt gennemførelse af Kommissionens beslutninger. Forbundsrepublikken Tysklands anbringender vedrørende artikel 2 i den anfægtede beslutning er således også grundløse.

103. Var Kommissionens begrundede beslutning blevet fremsat før virksomhedens konkurs, eller var der ikke sket nogen konkurs, ville jeg være nået til den konklusion, at denne beslutning var gyldig, og at Forbundsrepublikken Tysklands anbringender måtte afvises.

104. Eftersom der under hensyn til omstændighederne i den foreliggende sag imidlertid ikke længere forelå nogen misligholdelse som omhandlet i artikel 88 på tidspunktet for vedtagelsen af beslutningen, finder jeg, at Kommissionen har anvendt denne bestemmelse fejlagtigt.

IV — Forslag til afgørelse

105. Jeg foreslår Domstolen at:

— annullere Kommissionens beslutning af 21. april 1999 i en procedure efter EKSF-traktatens artikel 88 (nu artikel 88 KS) om Forbundsrepublikken Tysklands statsstøtte til fordel for Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH

— pålægge Kommissionen at betale sagens omkostninger.