FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

föredraget den 14 juni 2001 [1]

1. Förbundsrepubliken Tyskland har begärt att Europeiska gemenskapernas domstol skall ogiltigförklara det beslut som kommissionen fattade den 21 april 1999 inom ramen för ett förfarande enligt artikel 88 i EKSG-fördraget (nu artikel 88 KS), om statligt stöd som beviljats av Tyskland (Bayern) till förmån för Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH (nedan kallat NMH). I detta beslut (nedan kallat det ifrågasatta beslutet) anklagar kommissionen Tyskland för att ha handlat rättsstridigt i samband med krav på återbetalning av det statliga stöd som utbetalats till NMH i strid med gemenskapsrätten.

I — Tillämpliga bestämmelser

2. Artikel 88 i fördraget har följande lydelse:

"Om kommissionen anser att en medlemsstat underlåtit att uppfylla någon av de förpliktelser som åvilar den enligt detta fördrag skall kommissionen konstatera denna underlåtenhet genom ett motiverat beslut efter att ha givit denna stat tillfälle att framlägga sina synpunkter. Kommissionen skall för staten i fråga sätta ut en frist inom vilken staten skall uppfylla sin förpliktelse.

Staten i fråga får inom två månader efter beslutets delgivning väcka talan vid domstolen som har oinskränkt prövningsrätt.

Om staten inte har uppfyllt sin förpliktelse inom den av kommissionen fastställda fristen eller om den av staten väckta talan har ogillats får kommissionen med rådets samtycke givet med två tredjedels majoritet

a) uppskjuta utbetalningen av belopp som kommissionen skall erlägga till staten i fråga enligt detta fördrag

b) vidta eller bemyndiga övriga medlemsstater att vidta åtgärder som avviker

1 — Originalspråk: franska.

från bestämmelserna i artikel 4 i syfte att avhjälpa verkningarna av den underlåtenhet som konstaterats.

Staten i fråga får inom två månader efter delgivning av ett beslut enligt a) eller b) väcka talan vid domstolen som har oinskränkt prövningsrätt.

Om ovan angivna åtgärder visar sig vara verkningslösa skall kommissionen framlägga saken för rådet."

II — Bakgrund

3. I samband med omstruktureringen av bolaget Eisenwerk-Gesellschaft Maximilianshütte mbH i Sulzbach-Rosenberg, vilket hade inställt sina betalningar år 1986, förvärvade delstaten Bayern aktier i bolaget NMH som trätt i ovannämnda bolags ställe och beviljade bolaget i sin egenskap av aktieägare bland annat lån uppgående till 49,895 miljoner DEM samt under åren 1994 och 1995 lån uppgående till 24,1125 miljoner DEM. I de båda besluten 96/178/EKSG av den 18 oktober 1995 [2] och 96/484/EKSG av den 13 mars 1996 [3] om statligt stöd från delstaten Bayern till EKSG-stålföretaget Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH, Sulzbach-Rosenberg, betraktade kommissionen aktieägarlånen som rättsstridigt stöd och anmodade Förbundsrepubliken Tyskland att kräva återbetalning av desamma. Dessa beslut blev föremål för talan som väcktes vid domstolen, respektive förstainstansrätten, dels av Förbundsrepubliken Tyskland, dels av det berörda bolaget. Domstolen förklarade målet vilande till dess att förstainstansrätten meddelat sin dom.

4. Eftersom en talan inte hindrar verkställighet, begärde Förbundsrepubliken Tyskland att domstolen skulle uppskjuta verkställigheten av beslutet av den 18 oktober 1995 angående lånet på 49,895 miljoner DEM, med motiveringen att ett godkännande av återbetalningskravet skulle få till följd att NMH omedelbart gick i konkurs. Denna begäran ogillades genom ett beslut av domstolens ordförande den 3 maj 1996. [4]

5. Genom skrivelser av den 12 juni och 20 augusti 1996, anmodade delstaten Bayern NMH att återbetala lånen. Eftersom NMH inte hörsammade dessa anmodanden framställde delstaten Bayern i februari 1997 vid Amtsgericht Regensburg en begäran om betalningsföreläggande avseende ett delbelopp på 14,8 miljoner DEM. Efter bestridande av gäldenären fortsatte förfarandet vid Landgericht Amberg. Denna domstol beslutade den 5 mars 1998 att förfarandet skulle uppskjutas i

2 — EGT L 53, 1996, s. 41.
3 — EGT L 198, 1996, s. 40.

4 — Mål C-399/95 R, Tyskland mot kommissionen (EGT C 77, 1996, s. 5).

enlighet med artikel 148 i den tyska civilprocesslagen enligt vilken domstolen skall avstå från att döma när tvistens lösning är beroende av om det föreligger eller inte föreligger ett rättsförhållande som är föremål för en annan tvist i ett mål som pågår. Landgericht Amberg ansåg att detta var fallet beträffande det pågående förfarandet vid förstainstansrätten. Delstaten Bayern överklagade inte vilandeförklaringen.

6. Den 14 juli 1998 upplyste Förbundsrepubliken Tyskland kommissionen om att målet vilandeförklarats och översände den 23 november 1998 en kopia på beslutet av den 5 mars 1998. Samtidigt påpekade Förbundsrepubliken Tyskland för kommissionen att NMH den 6 november 1998 lämnat in en konkursansökan.

7. Kommissionen har hävdat att den inledde ett förfarande i enlighet med artikel 88 i fördraget den 16 december 1998 mot Förbundsrepubliken Tyskland, eftersom den ansåg att den senare hade överträtt artikel 86 i EKSG-fördraget genom att underlåta att verkställa de beslut enligt vilka de utbetalda beloppen skall återkrävas.

8. Den 31 december 1998 inleddes ett konkursförfarande mot NMH. Den 18 januari 1999 lät delstaten Bayern i konkursboupptecknings anteckna hela den fordran som var följden av de beviljade lånen.

9. Den 21 januari 1999 avkunnade förstainstansrätten dom i målet varvid den slog fast att utbetalningen av lånen stred mot gemenskapsrätten [5]. Ett överklagande av domen från Lech-Stahlwerke GmbH avvisades genom domstolens beslut av den 25 januari 2001. [6] Ovannämnda talan, som väcktes vid domstolen av Förbundsrepubliken Tyskland, har återkallats genom skrivelser av den 8 juni 1999 och den 27 februari 2001.

10. Genom skrivelse av den 1 februari 1999 meddelade kommissionen i enlighet med artikel 88 i EKSG-fördraget den tyska regeringen sin uppfattning om den påstådda överträdelsen av fördraget, genom att anfordra den att ta ställning inom en månad. Regeringen svarade genom skrivelse av den 3 mars 1999 vari den avvisade de invändningar som framförts. Den 21 april 1999 fattade kommissionen det ifrågasatta beslutet, som har följande lydelse:

"*Artikel 1*

Tyskland har underlåtit att uppfylla sina förpliktelser enligt besluten 96/178/EKSG och 96/484/EKSG samt artikel 86 i fördraget genom att inte inför behörig domstol till fullo återkräva det med EKSG-fördraget

5 — De förenade målen T-129/95, T-2/96 och T-97/96 (REG 1999, s. II-17).

6 — Mål C-111/99 P (REG 2001, s. I-727).

oförenliga stödet till [NMH] till ett belopp av 74 miljoner mark jämte ränta eller fastställa nedsättningen av fordran i ett av notarius publicus bevittnat avtal som säkerställer att besluten verkställs ofördröjligen i sin helhet efter avkunnande av ett rättsligt beslut om delfordran.

Artikel 2

Tyskland (Bayern) har underlåtit att uppfylla sina förpliktelser enligt besluten 96/178/EKSG och 96/484/EKSG samt artikel 86 i fördraget genom att inte överklaga Landgericht Ambergs beslut av den 5 mars 1998 om att uppskjuta det där anhängiga förfarandet.

Artikel 3

Detta beslut riktar sig till Förbundsrepubliken Tyskland."

11. Den 23 juli 1999 väckte Förbundsrepubliken Tyskland talan om ogiltigförklaring av det ifrågasatta beslutet. Kommissionen har yrkat att talan skall ogillas.

III — Bedömning

Inledning

12. I sin talan har Förbundsrepubliken Tyskland först bestritt det välgrundade i artiklarna 1 och 2 i det ifrågasatta beslutet. Enligt Förbundsrepubliken Tyskland kan inte de faktiska omständigheter som har åberopats av kommissionen betraktas som en underlåtenhet att uppfylla de förpliktelser som åligger den enligt EKSG-fördraget.

13. Därefter har Förbundsrepubliken Tyskland åberopat grunden felaktig tillämpning av artikel 88 i EKSG-fördraget, i den meningen att det i vart fall inte var fråga om någon underlåtenhet vid den tidpunkt då det motiverade beslutet fattades.

14. Det förefaller mig lämpligt att först behandla denna grund.

Huruvida tillämpningen av artikel 88 i fördraget var felaktig

15. Enligt *den tyska regeringen*, som hänvisar till generaladvokaten Roemers förslag

till avgörande av den 20 juni 1960,[7] är "syftet med fördragsbrottsförfarandet ... varken att fatta avgöranden i abstrakta rättsfrågor eller att bestraffa en tidigare hållning. Målet med fördragsbrottsförfarandet är tvärtom, förutom att säkerställa en enhetlig tolkning av fördraget, att tvinga en medlemsstat att upphöra med pågående överträdelser av fördraget".

16. "När kommissionen fattade sitt beslut ... pågick emellertid ingen överträdelse, enligt kommissionens egen uppfattning, eftersom kommissionen inte fastställde någon frist för uppfyllandet av förpliktelserna." Orsaken därtill var, enligt den tyska regeringen, att "genom att [den 18 januari 1999] begära att dess fordran skrevs in som en oprioriterad sådan hos NMH hade [den] gjort allt som kunde krävas för att återfå det belopp som NMH var skyldigt". Den tyska regeringen är av den åsikten, i analogi med EG-fördraget, att för att på ett giltigt sätt kunna konstateras skall underlåtenheten pågå vid tidpunkten för beslutets fattande, i detta fall den 21 april 1999, eller åtminstone vid tidpunkten för föreläggandet, i detta fall den 1 februari 1999. Dessa båda tidpunkter inföll dock senare än den 18 januari 1999.

17. Kommissionen har bestritt att artikel 88 i fördraget endast kan avse att tvinga medlemsstaten att upphöra med pågående och ihållande underlåtenhet.

18. Kommissionen anser tvärtom att "ordalydelsen i artikel 88 tredje stycket KS skall tolkas så, att i avsaknad av en fastställd frist inom vilken förpliktelserna skall uppfyllas är ett konstaterande av underlåtenheten att uppfylla förpliktelserna förenlig med bestämmelsen. I denna föreskrivs sanktioner i två fall som nämns efter varandra, dels att förpliktelserna inte uppfyllts inom den fastställda fristen, dels att talan ogillas, vilket också är möjligt när det inte har fastställts någon frist. Den omständighet att de sanktioner som föreskrivs i bestämmelsen inte har att göra med hur länge underlåtenheten att uppfylla förpliktelserna har pågått kan endast förklaras med att en tillämpning av artikel 88 första stycket sista meningen KS inte är tvingande".

19. Slutligen har kommissionen betonat omständigheten att ett beslut angående en underlåtenhet enligt artikel 88 inte kan jämföras med ett motiverat yttrande enligt artikel 226 EG. "Medan det motiverade yttrandet är en icke tvingande rättsakt som framför allt har betydelse för förfarandet är ett beslut enligt artikel 88 KS tvingande och äger rättskraft. För att kunna genomdriva sin rättsliga uppfattning måste kommissionen väcka talan i enlighet med artikel 226 EG, efter det att ett motiverat yttrande ignorerats, medan det enligt systemet i artikel 88 i fördraget ankommer på medlemsstaten att föra talan inför rätta."

20. Kommissionen har härav dragit slutsatsen att "eftersom en inom ramen för artikel 226 EG, av en medlemsstat begången överträdelse av fördraget kan

7 — Dom av den 15 juli 1960 i mål 20/59, Italien mot Höga myndigheten (REG 1960, s. 663).

förklaras föreligga även om det förhållande som innebär att fördraget överträds har korrigerats under förfarandet vid domstolen, finns det ingen anledning att kommissionen — som härvidlag befinner sig i en liknande situation som domstolen — inte har den möjligheten när förpliktelsen redan har uppfyllts under det pågående förfarandet vid kommissionen eller — som i detta fall — uppfyllandet av förpliktelsen inte längre är objektivt möjligt".

21. Låt mig börja med att studera kommissionens sista argument.

22. I det avsnitt som jag nyss citerade, har kommissionen i huvudsak förklarat att den fortfarande skall kunna fastställa att det föreligger en underlåtenhet även när den inte har korrigerats förrän under "det pågående förfarandet vid kommissionen" eller när uppfyllandet av förpliktelsen inte har blivit objektivt omöjligt förrän i detta skede.

23. Kommissionen har således indirekt medgett att underlåtenheten skall ha pågått vid den tidpunkt då den inleder ett förfarande enligt artikel 88.

24. Enligt kommissionen inleddes ifrågavarande förfarande genom ett pressmeddelande daterat den 16 december 1998.

25. Detta pressmeddelande finns inte med i domstolsakten, men dess existens har inte bestritts av Förbundsrepubliken Tyskland.

26. Om det antas att kommissionens påstående om tillämpligheten, inom ramen för ett förfarande enligt artikel 88, av domstolens rättspraxis rörande fördragsbrott som förts vidare till denna i enlighet med artikel 226 EG och korrigerats först under förfarandet vid domstolen är riktigt, är det viktigt att undersöka om ett "förfarande" verkligen har inletts av kommissionen gentemot Förbundsrepubliken Tyskland genom publicerandet av ett pressmeddelande.

27. Dock måste konstateras att det inte nämns något om "inledande av ett fördragsbrottsförfarande" eller "överträdelseförfarande" i artikel 88.

28. I denna bestämmelse anges följande: "Om kommissionen anser att en medlemsstat underlåtit att uppfylla någon av de förpliktelser som åvilar den enligt detta fördrag, skall kommissionen konstatera denna underlåtenhet genom ett motiverat beslut efter att ha givit denna stat tillfälle att framlägga sina synpunkter."

29. Enligt min mening kan man således inte tala om inledande av ett förfarande förrän från och med den tidpunkt då en formell underrättelse har översänts.

30. För övrigt leder kommissionens resonemang till att översändandet av en formell underrättelse blir meningslöst. Om medlemsstaten, inom ramen för de synpunkter som den framför i sitt svar på skrivelsen, meddelar att den har gjort vad som krävs för att avhjälpa underlåtenheten eller att den ofördröjligen skall göra det, kommer inte kommissionen längre ha rätt att under de följande dagarna anta ett motiverat beslut vari underlåtenheten konstateras. Kommissionen måste åtminstone låta medlemsstaten få en rimlig frist som kan variera beroende på omständigheterna för att komma med bevis på att den förverkligat sina intentioner. [8]

31. Om följaktligen ett pressmeddelande som publiceras innan den formella underrättelsen översänds kunde anses utgöra inledandet av ett förfarande som gör det möjligt för kommissionen att konstatera underlåtenheten, även i det fall där medlemsstaten i sitt svar på skrivelsen kan visa att den uppfyllt sina förpliktelser eller kommer att göra det, skulle den formella underrättelsen inte fylla någon som helst funktion. Den slutsatsen måste således dras att "ett förfarande pågår vid kommissionen" endast från och med den tidpunkt då skrivelsen översänds.

32. Utan att det är nödvändigt att undersöka principfrågan huruvida kommissionen, inom ramen för förfarandet enligt artikel 88 KS, befinner sig i samma situation som domstolen befann sig i när talan väcktes där, inom ramen för artikel 226 EG, räcker det således för domstolen att slå fast att vid den tidpunkt då delstaten Bayern i konkursboupptecknings lät anteckna hela den fordran som var följden av de beviljade lånen, det vill säga den 18 januari 1999, pågick inget förfarande vid kommissionen, eftersom den formella underrättelsen inte hade översänts förrän den 1 februari 1999.

33. Jag skulle dock i andra hand vilja tillägga att det som, enligt min mening, har någon betydelse inte är om det "pågick ett förfarande", utan om det förelåg en underlåtenhet vid tidpunkten då det motiverade beslutet fattades.

34. Jag anser nämligen att man inte kan godta den parallell som kommissionen vill dra mellan sin situation, inom ramen för artikel 88 i fördraget, och den som domstolen befinner sig i när talan om fördragsbrott enligt artikel 226 EG väcks vid densamma.

35. Både det specifikt institutionella drag som kännetecknar såväl kommissionen som domstolen och omständigheten att domstolen även spelar en roll inom ramen för artikel 88 i fördraget talar mot det av kommissionen anförda.

36. Det följer vidare av artikel 88 första stycket i fördraget att "kommissionen [skall] konstatera denna underlåtenhet genom ett motiverat beslut" och att den

8 — Det är möjligt att på denna punkt analogt tillämpa vad domstolen förklarade angående EG-fördraget. Se domen av den 2 februari 1988 i mål 293/85, kommissionen mot Belgien (REG 1988, s. 305).

för staten i fråga "skall sätta ut en frist inom vilken staten skall uppfylla sin förpliktelse".

37. Det angivna tillvägagångssättet betyder att kommissionen är skyldig att tilldela medlemsstaten en frist inom vilken förpliktelsen skall uppfyllas.

Fastställandet av en sådan frist är dock meningsfull endast om underlåtenheten fortfarande pågår vid tidpunkten då beslutet fattas.

38. Vidare är det inte orimligt att hävda att domstolen sedan år 1960 har hållit fast vid denna tolkning. I dess dom i det ovannämnda målet Italien mot Höga myndigheten sägs följande: "Med beaktande av att den motivering som föreskrivs i första stycket i artikel 88 skall rättfärdiga konstaterandet av underlåtenheten och att den där angivna fristen fastställer den tidsgräns inom vilken uppfyllandet av förpliktelsen skall säkerställas..." [9]

39. Domstolen preciserar litet längre fram följande [10]:

"Artikel 88 öppnar vägar för *verkställighet* [11] och utgör *den yttersta grundsats* [12] varigenom de gemenskapsintressen kan göras gällande som finns inskrivna i fördraget mot *passivitet* och *motstånd* [13] från medlemsstaters sida. Det rör sig om ett förfarande som går vida utöver de regler som hittills varit tillåtna i den klassiska folkrätten för att säkerställa att staters förpliktelser uppfylls. Artikel 88 skall följaktligen tolkas restriktivt."

40. Omständigheten att domstolen således har slagit fast att förfarandet enligt artikel 88 syftar till att övervinna medlemsstaternas passivitet och motstånd visar att detta förfarande avser att tvinga medlemsstaterna att vidta åtgärder och att den inte har till syfte att slå fast att de underlåtit att iaktta sina förpliktelser vid ett visst tillfälle i det förflutna.

41. Denna tolkning bekräftas slutligen av den fortsatta lydelsen av texten i artikel 88 i fördraget. Efter att ha beskrivit de påtryckningsåtgärder som kommissionen kan

9 — REG 1960, s. 691, punkt a, femte stycket.
10 — REG 1960, s. 692, punkt b, första stycket.
11 — Min kursivering.
12 — Kursivering i texten.
13 — Min kursivering.

vidta (med rådets samtycke), avslutas artikel 88 med följande mening:

"Om ovan angivna åtgärder visar sig vara verkningslösa skall kommissionen framlägga saken för rådet."

42. Denna bestämmelse visar, enligt min mening, på ett slutgiltigt sätt att syftet med artikel 88 i fördraget är att uppnå ett ändrat beteende från den motsträviga medlemsstatens sida och att det inte tjänar något till att "taget ur sitt sammanhang" eller "för principens skull" konstatera en underlåtenhet som ägde rum i det förflutna. [14]

43. Det är således enbart för att vara fullständig som jag kommer att ytterligare analysera de motargument som åberopats av kommissionen.

44. Såsom förklarades i punkt 18 ovan har kommissionen baserat sin åsikt huvudsakligen på ordalydelsen i tredje stycket i artikel 88.

45. Det följer av denna text att kommissionen endast kan vidta de åtgärder som föreskrivs där (efter samtycke av rådet som beslutar med två tredjedels majoritet) "[om] staten inte har uppfyllt sin förpliktelse inom den av kommissionen fastställda fristen eller om den av staten väckta talan har ogillats". Jag anser att omständigheten att kommissionen, om dess beslut överklagas, inte kan vidta åtgärder mot medlemsstaten förrän efter det att talan ogillats, inte befriar kommissionen från den förpliktelse som anges i första stycket i artikel 88 i fördraget att "för staten i fråga sätta ut en frist inom vilken staten skall uppfylla sin förpliktelse".

46. Den av mig nyss citerade meningen i artikel 88 tredje stycket i fördraget betyder endast att för den händelse att medlemsstaten har väckt talan mot beslutet, skall kommissionen invänta att talan ogillats innan den, med rådets samtycke, kan vidta påtryckningsåtgärderna, och detta även om medlemsstaten inte har uppfyllt sin förpliktelse när den beviljade fristen gått ut. Denna bestämmelse inför på så sätt ett undantag från huvudregeln som säger att talan som förs vid domstolen inte hindrar verkställighet. [15]

47. Vad beträffar kommissionens påstående om att de sanktioner som föreskrivs i artikel 88 tredje stycket i fördraget inte skulle ha något samband med hur länge underlåtenheten att uppfylla förpliktelserna

14 — Samma inställning har domstolen gett uttryck för, inom ramen för EG-fördraget, i sin dom av den 31 mars 1992 i mål C-362/90, kommissionen mot Italien (REG 1992, s. I-2353), punkterna 9—13.

15 — Artikel 39 första stycket KS.

pågått, kan jag inte förstå hur detta påstående skulle kunna undanröja den klart uttryckta meningen i artikel 88 första stycket i fördraget enligt vilken det ankommer på kommissionen att sätta ut en frist. Dessutom förefaller detta påstående diskutabelt. Det kan utläsas ur sista stycket i artikel 88, som jag redan har hänvisat till, att sanktionerna endast syftar till att förmå medlemsstaten att korrigera sitt beteende. Av detta skäl tycks det mig att sanktionerna, till skillnad från vad kommissionen anser, har ett samband med hur länge underlåtenheten att uppfylla förpliktelserna har pågått.

48. Sammanfattningsvis måste, för att en underlåtenhet på ett giltigt sätt skall kunna konstateras, en situation vara för handen där en ändring i en medlemsstats beteende visar sig nödvändig den dag som det motiverade beslutet fattas. Det specifika i det genom artikel 88 föreskrivna förfarandet, särskilt bestämmelsens lydelse och syfte, leder fram till denna slutsats.

49. Det skall således undersökas om situationen var sådan, den dag det motiverade beslutet fattades, att Förbundsrepubliken Tyskland borde ha ändrat sitt beteende för att rätta sig efter de förpliktelser som följer av EKSG-fördraget.

50. Om man håller sig till ordalydelsen i det ifrågasatta beslutet kan man konstatera att kommissionen har anklagat Förbundsrepubliken Tyskland för att ha begått två försummelser, genom att inte låta talan vid den behöriga nationella domstolen omfatta hela stödbeloppet (artikel 1 i det ifrågasatta beslutet) och inte överklaga Landgericht Ambergs beslut att uppskjuta det där anhängiga förfarandet (artikel 2 i det ifrågasatta beslutet).

51. Dock var dessa processhandlingar, som sådana, inte längre möjliga att vidta vid tidpunkten då det motiverade beslutet fattades. Såsom den tyska regeringen har förklarat, utan att bli motsagd av kommissionen, "[s]å snart konkursförfarandet inleddes den 31 december 1998 fick det till följd att alla pågående förfaranden avbröts i enlighet med artikel 240 i den tyska civilprocesslagen i dess gamla lydelse. Förbundsrepubliken kunde inte (längre) tillgodose kraven på att ifrågavarande talan skulle ändras till att omfatta [inte endast 20 procent utan 100 procent av] det aktuella beloppet ...".

52. Likaledes "enligt ordalydelsen i artikel 249.2 [i den tyska civilprocesslagen] saknar processhandlingar rörande sakfrågan som vidtas av en part efter det att målet förklarats vilande rättslig verkan gentemot motparten". Härav följer att talan mot det av Landgericht Amberg fattade beslutet om uppskov med det rättsliga förfarandet "för tillfället saknar grund".

53. Eftersom Förbundsrepubliken Tyskland, när det motiverade beslutet fattades, inte längre var i stånd att inkomma med de rättsakter som kommissionen ansåg vara nödvändiga för att Förbundsrepubliken Tyskland skulle undvika att försumma sina förpliktelser enligt EKSG-fördraget — vilket kommissionen för övrigt själv har vitsordat —[16] kan inte denna stat anses ha underlåtit att uppfylla sina förpliktelser samma dag.

54. Skulle däremot en underlåtenhet kunna föreligga den dag då det motiverade beslutet fattades om det togs hänsyn till *andan* i det motiverade beslutet av den 21 april 1999 varifrån det enligt kommissionen otvivelaktigt går att härleda att Förbundsrepubliken Tyskland inte hade gjort vad som krävdes för att återfå stödet?

55. Även i detta fall blir slutsatsen att det inte förelåg någon underlåtenhet vid tidpunkten då det motiverade beslutet fattades. Delstaten Bayern lät den 18 januari 1999 i konkursboupptecknings nämligen anteckna hela den fordran som var följden av de beviljade lånen.

56. Enligt min uppfattning kan en sådan handling inte betraktas som en underlåtenhet att uppfylla förpliktelsen att återkräva stödet. Det går att finna en bekräftelse på detta i domen av den 21 mars 1990 i målet Belgien mot kommissionen[17] där domstolen slog fast att "kommissionen under den muntliga förhandlingen har förklarat att den belgiska regeringen fullgjort sina skyldigheter ... med avseende på återvinningen av stödet, eftersom denna regering ... såsom icke förmånsberättigad fordran anmält sin fordran i ackordsförfarandet angående Tubemeuses tillgångar".

57. Följaktligen är det mycket möjligt — och jag tänker analysera detta nedan i andra hand — att Förbundsrepubliken Tyskland vid ett tidigare tillfälle inte gjort vad som krävdes för att återfå stödet. Jag anser emellertid att det inte förelåg någon sådan underlåtenhet vid tidpunkten då det ifrågasatta beslutet fattades.

58. Eftersom det specifika med artikel 88, enligt min mening, är att den endast tillåter konstaterandet av en underlåtenhet som fortfarande pågår den dag det motiverade beslutet fattas, är jag av den uppfattningen att kommissionen har tillämpat bestämmelsen felaktigt. Jag föreslår således att det ifrågasatta beslutet ogiltigförklaras.

16 — Se citatet i punkt 20 ovan som slutar med kommissionens konstaterande att " ... i detta fall — [var] uppfyllandet inte längre objektivt möjligt".

17 — Mål C-142/87 (REG 1990, s. I-959, punkt 62; svensk specialutgåva, volym 10, s. 369).

Huruvida det var välgrundat att kommissionen konstaterade att det förelåg en underlåtenhet

59. Förbundsrepubliken Tyskland har även bestritt det välgrundade i att kommissionen i det ifrågasatta beslutet konstaterade att det förelåg en underlåtenhet. Med hänsyn till den slutsats jag just kommit fram till skall denna grund endast undersökas i andra hand, eftersom den endast kan beaktas om man är av den åsikten att kommissionen hade rätt att slå fast en underlåtenhet som ägt rum i det förflutna eller att den påstådda underlåtenheten fortfarande pågick vid tidpunkten då det motiverade beslutet fattades.

Artikel 1 i det ifrågasatta beslutet

60. I artikel 1 i det ifrågasatta beslutet anklagar kommissionen Förbundsrepubliken Tyskland för att ha underlåtit att "inför behörig domstol till fullo återkräva det med EKSG-fördraget oförenliga stödet till [NMH] till ett belopp av 74 miljoner mark jämte ränta eller fastställa nedsättningen av fordran i ett av notarius publicus bevittnat avtal som säkerställer att besluten verkställs ofördröjligen i sin helhet efter avkunnande av ett rättsligt beslut om delfordran".

61. *Den tyska regeringen* har förklarat att det ofta inträffar, när det inte föreligger någon risk för preskription, att man som i detta fall inger ett krav endast avseende en delfordran, för att minska kostnaderna. Enligt den tyska regeringen har de begränsade processuella möjligheter som står till gäldenärens förfogande avseende återstoden av fordran efter avkunnandet av ett rättsligt beslut om delfordran i allmänhet till följd att den inkasseras utan problem; i de flesta fall sker betalning frivilligt.

62. Den tyska regeringen har preciserat att det är ovanligt att skulden erkänns inför notarius publicus samtidigt som det avges en förklaring om godkännande. Kostnadsförmånen kan dessutom upphöra, eftersom även kostnaderna för notarius publicus beror på affärstransaktionens värde.

63. Eftersom processhandlingen, enligt den tyska regeringen, dessutom vidtogs med kommissionens medgivande åberopar den principen om skydd för berättigade förväntningar.

64. *Kommissionen* anser under åberopande av artikel 86 i EKSG-fördraget, att Förbundsrepubliken Tyskland var skyldig att återkräva stödet i dess helhet, eller att i samband med väckande av talan angående delfordran ställa säkerhet för den återstående fordran genom ett avtal inför notarius publicus. I det motsatta fallet skulle det inte

finnas någon säkerhet beträffande betalningen av den återstående delen av fordran som motsvarade 80 procent av denna, inte ens om delstaten Bayern nådde framgång i det pågående förfarandet.

65. Kommissionen har bestritt att den deltagit i något slags samråd beträffande processhandlingen. Kommissionen har hävdat att den tvärtom under en lång tidsperiod fått intrycket att ett avtal inför notarius publicus skulle ingås eller redan hade ingåtts med NMH.

66. Kommissionen insisterar på att den aldrig vare sig uttryckligen godkänt den processhandling som vidtagits av Förbundsrepubliken Tyskland eller uppmuntrat denna att vidta en sådan åtgärd. Kommissionen finner därför att argumentet om skydd för berättigade förväntningar är fullständigt malplacerat.

67. Vad skall man anse om dessa argument?

68. Domstolen gjorde följande uttalande i sin dom i målet Alcan[18]: "Vad beträffar statliga stöd som har förklarats vara oförenliga med den gemensamma marknaden är de nationella myndigheternas roll begränsad till att verkställa samtliga kommissionens beslut."

69. För att kunna verkställa kommissionens beslut 96/178 och 96/484 ankom det således på Förbundsrepubliken Tyskland att göra det som krävdes för att återfå stödet i dess helhet.

70. Emellertid har Bayern endast fullföljt talan gentemot NMH i fråga om 20 procent av de aktuella beloppen.

71. I likhet med kommissionen anser jag mig inte förfoga över tillräckligt med bevis för att kunna slå fast att det var säkerställt att ett domstolsbeslut avseende det begärda beloppet automatiskt skulle ha lett till att stödet återbetalades i sin helhet.

72. Den tyska regeringen har nämligen begränsat sig till att påpeka att ansvaret hos ledningen vid NMH skulle ifrågasättas om den vägrade återbetala resten av stödet, att en andra hypotetisk process inte längre skulle gälla sakfrågan, utan endast beloppet, samt att det när som helst var möjligt att utvidga talan utan att riskera förverkande.

18 — Dom av den 20 mars 1997 i mål C-24/95 (REG 1997, s. I-1591), punkt 34.

73. Den tyska regeringen har emellertid inte vid något tillfälle bestritt att, om NMH efter ett första domstolsbeslut hade vägrat betala tillbaka de 80 procenten av stödet som inte omfattades av förfarandet, borde en andra process ha inletts för återfående av detta belopp.

74. Härav följer att eftersom det senare beloppet inte varit föremål för något förfarande som kunnat leda till en rättslig skyldighet för mottagaren att betala tillbaka stödet, har inte Förbundsrepubliken Tyskland gjort det som krävdes för att återfå stödet i dess helhet.

75. Den tyska regeringen har vidare hävdat att rättegångskostnaderna skulle ha blivit för höga för det fall att talan omfattat hela stödets belopp. Här räcker det att konstatera att kostnaderna i samband med ett förfarande inte kan befria medlemsstaten från dess skyldighet att göra det som krävs för att återfå ett stöd som är oförenligt med fördraget.

76. När det gäller argumentet som rör principen om skydd för berättigade förväntningar skall det slås fast, dels att kommissionen har bestritt att den gett sitt medgivande till det förfarande som fullföljdes av delstaten Bayern, dels att inget i handlingarna i akten bevisar att det fanns ett sådant medgivande.

77. För övrigt kan inte den enda omständighet att kommissionen inte reagerade omedelbart på den efterföljande processhandlingen ge upphov till förhoppningar hos Förbundsrepubliken Tyskland beträffande denna åtgärds förenlighet med förpliktelserna enligt EKSG-fördraget.

78. Det följer nämligen av kommissionens förklaringar, utan att den tyska regeringen kunnat bevisa motsatsen, att kommissionen inte varit medveten om den efterföljande processhandlingens existens förrän efter det att den mottagit en promemoria den 27 november 1997 som ingetts av NMH inom ramen för förfarandet vid Landgericht Amberg. Genom promemorian blev kommissionen underrättad om att NMH vägrat ingå ett av notarius publicus bevittnat avtal angående återstoden av det stöd som skulle återbetalas, ett avtal varom den tyska regeringen i en skrivelse av den 6 december 1996 hade meddelat att förhandlingar skulle äga rum. Av promemorian framgick således att 80 procent av stödet inte omfattades av något förfarande avseende krav på återbetalning.

79. Denna promemoria innehöll för övrigt en begäran om uppskov med förfarandet inför Landgericht Amberg. I detta sammanhang kan kommissionen inte klandras för att, såsom den själv förklarat, ha velat invänta resultatet av denna begäran innan den tog ställning till förfarandet i dess helhet.

80. Vidare märks att den tyska regeringen inte underrättade kommissionen om det av

Landgericht Amberg fattade beslutet förrän den 23 november 1998, trots att det är daterat den 5 mars 1998. Under dessa förhållanden kan inte den tyska regeringen dra nytta av omständigheten att kommissionen inte reagerade.

81. För övrigt bör det enligt min mening tilläggas att förekomsten av en förpliktelse för medlemsstaten att återkräva stödet i dess helhet i varje fall hindrar att det kan uppstå en berättigad förhoppning om att det inom ramen för adekvata nationella förfaranden skulle vara tillräckligt att återkräva endast 20 procent av det berörda stödet.

82. Slutligen kan den tyska regeringens argument, enligt vilket det är ovanligt att skulden erkänns inför notarius publicus samtidigt som det avges en förklaring om godkännande, knappast medföra att det välgrundade i artikel 1 i det ifrågasatta beslutet betvivlas. Det är tillräckligt att slå fast att det var den tyska regeringen själv som i sin skrivelse av den 6 december 1996 nämnde denna åtgärd som ett alternativ till ett domstolsförfarande som omfattar hela stödet.

83. Av vad som anförts följer att de invändningar som framställts av den tyska regeringen gentemot artikel 1 i det ifrågasatta beslutet saknar grund.

Artikel 2 i det ifrågasatta beslutet

84. I artikel 2 i det ifrågasatta beslutet anklagar kommissionen Förbundsrepubliken Tyskland för ha underlåtit att "överklaga Landgericht Ambergs beslut av den 5 mars 1998 om att uppskjuta det där anhängiga förfarandet".

85. Enligt *den tyska regeringen* saknar denna invändning grund.

86. Den tyska regeringen anser att "med hänsyn till de europeiska domstolarnas exklusiva rätt att fatta beslut på det gemenskapsrättsliga området hade Landgericht Amberg varken förmåga eller rätt att själv bedöma förutsättningarna för beslutet i sakfrågan" och att den var tvungen att förklara målet vilande av skäl som hänför sig till tysk rätt. Den tyska regeringen var av den åsikten att återbetalningen av fordran berodde på huruvida kommissionens beslut om återkrav var giltiga eller inte. Det var emellertid just denna fråga som var föremål för förfarandet vid förstainstansrätten.

87. Den tyska regeringen anser att beslutet av domstolens ordförande den 3 maj 1966, varigenom begäran om uppskov med verkställigheten av kommissionens beslut ogillades, saknar relevans. Detta beslut gällde enligt den tyska regeringen uppskov med verkställigheten av åtgärder och inte vilandeförklaring av det nationella domstolsför-

farandet, som diskuteras i det aktuella fallet.

88. Den tyska regeringen har för övrigt betonat att det uppskjutna förfarandet inte heller haft till följd att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att driva igenom begäran om återkrav. Den har påpekat att förstainstansrättens dom i varje fall avkunnades kort tid efter det att beslutet om uppskov med verkställigheten fattades; ett överklagande skulle med säkerhet ha tagit längre tid i anspråk.

89. *Kommissionen* har i huvudsak svarat att Landgericht Amberg absolut inte hade behörighet att granska huruvida kommissionens omtvistade beslut var giltiga eller inte. Kommissionen anser således att det inte alls var möjligt att betrakta förstainstansrättens dom som ett villkor för förfarandets utgång vid den nationella domstolen och den slår fast att den nationella domstolen begick ett uppenbart fel när den beslöt att målet skulle vilandeförklaras.

90. Vidare förstår inte kommissionen hur, i och med att begäran om verkställighet av kommissionens beslut hade ogillats av domstolens ordförande, Landgericht Amberg, genom att besluta om uppskov med det där anhängiga förfarandet, kunde besluta just det som domstolen nyss hade vägrat godta.

91. Kommissionen anser att delstaten Bayern under dessa förhållanden var skyldig att överklaga Landgericht Ambergs beslut.

92. Härvidlag måste det först och främst konstateras att enligt ordalydelsen i artikel 39 första stycket KS skall talan som förs vid domstolen inte hindra verkställighet. Enligt artikel 32d punkt 2 sista meningen KS skall denna bestämmelse även tillämpas på talan som förs vid förstainstansrätten.

93. Vidare är, i enlighet med domstolens uttalande i domen i målet Hoechst mot kommissionen, [19] alla som lyder under gemenskapsrätten skyldiga "att erkänna att åtgärder som beslutats av institutionerna är fullt giltiga så länge de inte har upphävts av domstolen och att de kan verkställas såvida inte domstolen har beslutat att [uppskjuta] verkställigheten".

94. Visserligen kan en nationell domstol under vissa omständigheter tillåta åtgärder som tillfälligt medför att en gemenskapsrättsakt inte kan tillämpas. [20] Parterna har emellertid inte bestritt att det saknades sådana omständigheter i det aktuella fallet,

19 — Dom av den 21 september 1989 i de förenade målen 46/87 och 227/88 (REG 1989, s. 2859; svensk specialutgåva, volym 10, s. 133), punkt 64. Se även dom av den 15 juni 1994 i mål C-137/92, kommissionen mot BASF m.fl. (REG 1994, s. I-2555; svensk specialutgåva, volym 15, s. 201), punkt 48, och av den 14 december 2000 i mål C-344/98, Masterfoods och HB (REG 2000, s. I-1369), punkt 53.

20 — Dom av den 9 november 1995 i mål C-465/93 (REG 1995, s. I-3761).

såsom kommissionen har framhållit i det ifrågasatta beslutet, därför att domstolens ordförande redan hade ogillat en begäran om uppskov med verkställigheten av ett av de berörda besluten.

95. Av vad som anförts följer att när den nationella domstolen fann, såsom den tyska regeringen förklarat, att dess beslut "väsentligen var beroende av om kommissionens beslut om återbetalning av lånen kunde tillämpas eller var ogiltiga", gjorde den nationella domstolen en felaktig tolkning av gemenskapsrätten. Dessa beslut var tillämpliga och det fanns således ingen anledning att vänta med att verkställa dem.

96. Den tyska regeringen har även svarat att Landgericht Amberg inte har uppskjutit verkställigheten av kommissionens beslut, utan endast det nationella domstolsförfarandet.

97. Det måste dock konstateras att resultatet blir detsamma. Uppskovet med det nationella förfarandet, vilket föranleddes av en felaktig tolkning av gemenskapsrätten, medförde automatiskt att verkställigheten av kommissionens beslut uppsköts, eftersom denna verkställighet nödvändigtvis måste föregås av genomförandet av nationella förfaranden.

98. Det är inte heller möjligt att godta argumentet från den tyska regeringens sida, enligt vilket Landgericht Ambergs beslut om uppskov med förfarandet inte medförde att återbetalningen i praktiken blev omöjlig eller orimligt svår att genomföra.

99. Det följer av den tyska regeringens förklaringar att den hämtat sitt argument från domstolens rättspraxis som säger: "Stöd skall i princip återkrävas i enlighet med relevanta bestämmelser i nationell rätt, dock med förbehåll för att dessa bestämmelser tillämpas så att det gemenskapsrättsliga kravet på återbetalning inte i praktiken omöjliggörs." [21]

100. Det är dock klart att denna rättspraxis inte kan tjäna till att rättfärdiga tillämpningen av en nationell bestämmelse som innebär att det skapas ett hinder för att återkräva stödet om tillämpningen föranletts av en felaktig tolkning av gemenskapsrätten.

101. Slutligen är, enligt min mening, den tyska regeringens anmärkning om att ingivandet av en begäran om förhandsavgörande likaledes skulle ha lett till ett uppskov med förfarandet inte relevant, efter-

21 — Domen i det ovannämnda målet Alcan, punkt 24.

som Landgericht Amberg inte har ingett någon sådan begäran till domstolen.

102. Av vad som anförts följer att Förbundsrepubliken Tyskland genom att underlåta att överklaga det av Landgericht Amberg den 5 mars 1998 fattade beslutet om uppskov med det där anhängiggjorda förfarandet, inte har gjort vad som krävdes för att säkerställa att kommissionens beslut verkställdes på ett riktigt sätt. Förbundsrepubliken Tysklands invändningar gentemot artikel 2 i det ifrågasatta beslutet saknar således också grund.

103. Om följaktligen det motiverade beslutet hade fattats innan företaget gick i konkurs eller om det inte hade skett någon konkurs, skulle jag ha kommit fram till att detta beslut var giltigt och att Förbundsrepubliken Tysklands invändningar borde ogillas.

104. Eftersom det med avseende på omständigheterna i det aktuella fallet emellertid inte längre förelåg någon underlåtenhet, i den mening som avses i artikel 88, vid tidpunkten då beslutet fattades, anser jag emellertid att kommissionen tillämpade denna bestämmelse felaktigt.

IV — Förslag till avgörande

105. Jag föreslår att domstolen skall

— ogiltigförklara kommissionens beslut av den 21 april 1999 om statligt stöd från Förbundsrepubliken Tyskland till Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH i ett förfarande enligt artikel 88 i EKSG-fördraget (nu artikel 88 KS), och

— förplikta kommissionen att ersätta samtliga rättegångskostnader.