



2025/906

22.5.2025

KOMMISSIONENS AFGØRELSE (EU) 2025/906

af 22. november 2024

om statsstøtte SA.48580 (2017/C) gennemført af Tyskland for WestSpiel

(meddelt under nummer C(2024) 8105)

(Kun den tyske udgave er autentisk)

(EØS-relevant tekst)

EUROPA-KOMMISSIONEN HAR —

under henvisning til traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, særlig artikel 108, stk. 2, første afsnit,

under henvisning til aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, særlig artikel 62, stk. 1, litra a),

efter at have opfordret interesserede parter til at fremsende bemærkninger ⁽¹⁾, under hensyntagen til deres bemærkninger, og

ud fra følgende betragtninger:

1. SAGSFORLØB

- (1) Ved brev af 20. juni 2017 modtog Kommissionen to klager fra foreningen af spillehaller (*Fachverband Spielhallen e.V.*, herefter »FSH») og fra en anden klager (under ét »klagerne») vedrørende den påståede statsstøtte ydet af delstaten Nordrhein-Westfalen (herefter »NRW») til Westdeutsche Spielbanken GmbH & Co. KG (herefter »WestSpiel»).
- (2) Klagerne blev registreret særskilt som nummer SA.48580 og SA.48842. Den 16. april 2018 samlede Kommissionen de to sager under sag SA.48580.
- (3) Den 2. august 2018 fremsendte Kommissionen et ikkefortroligt resumé af klagerne til Tyskland og anmodede om yderligere oplysninger. Efter at have anmodet om og opnået en forlængelse af svarfristen fremsatte Tyskland ved brev af 2. oktober 2018 sine bemærkninger til klagerne og besvarede anmodningen om oplysninger.
- (4) Den 6. februar 2019 anmodede Kommissionen Tyskland om yderligere dokumenter, som Tyskland fremsendte den 22. februar 2019. Den 12. juni 2019 videresendte Kommissionen den ikkefortrolige udgave af Tysklands indlæg af 2. oktober 2018 til klagerne og opfordrede dem til at fremsætte deres bemærkninger til Tysklands argumenter. Den 8. august 2019 fremsatte klagerne deres synspunkter som reaktion på Tysklands argumenter og fastholdt deres klager.
- (5) Den 8. oktober 2019 anmodede Kommissionen Tyskland om yderligere dokumenter, som blev fremsendt den 24. oktober 2019.
- (6) Ved brev af 9. oktober 2019 anmodede klagerne formelt Kommissionen om at vedtage en afgørelse i sagen i henhold til artikel 265, stk. 2, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (»TEUF«).
- (7) Ved brev af 9. december 2019 meddelte Kommissionen Tyskland, at den ville indlede den formelle undersøgelsesprocedure efter artikel 108, stk. 2, TEUF (»åbningsafgørelsen«). Ved e-mail af 15. januar 2020 bekræftede Tyskland, at åbningsafgørelsen ikke indeholdt fortrolige oplysninger.

⁽¹⁾ EUT C 59 af 21.2.2020, s. 14.

- (8) Kommissionens afgørelse om at indlede proceduren blev offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* (?). Kommissionen opfordrede i denne meddelelse interesserede parter til at fremsætte deres bemærkninger om den påståede støtteforanstaltning.
- (9) Den 27. januar 2020 fremsendte Kommissionen klagerens brev af 8. august 2019 til Tyskland.
- (10) Den 2. marts 2020 fremsatte Tyskland bemærkninger til åbningsafgørelsen og til klagerens indlæg af 8. august 2019. Efter en telefonkonference mellem Kommissionen og Tyskland den 3. juni 2020 fremsendte Tyskland den 17. juni 2020 yderligere skriftlige bemærkninger til støtte for sin holdning. Der blev ikke fremsat bemærkninger fra tredjeparter inden for den frist, der var fastsat i åbningsafgørelsen.
- (11) Klagerne fremsatte bemærkninger den 6. august 2020, og Tyskland fremsatte bemærkninger til disse bemærkninger den 1. oktober 2020.
- (12) Den 18. december 2020 forelagde Tyskland Kommissionen ajourførte oplysninger om privatiseringen af WestSpiel. Tyskland fremsendte yderligere opdateringer om samme privatiseringsproces den 2. februar 2021. Den 10. februar 2021 forelagde Tyskland Kommissionen en vejledende tidsplan, der afslørede de planlagte skridt med henblik på at afslutte privatiseringen af WestSpiel.
- (13) Den 11. februar 2021 sendte Kommissionen en anmodning om oplysninger til Tyskland, som Tyskland besvarede den 25. og 26. februar 2021.
- (14) Den 16. marts 2021 fremsendte WestSpiel bemærkninger til sagen og opdateringer om processen vedrørende salget af WestSpiel. Den 24. marts 2021 afholdt Kommissionen en telefonsamtale med Tyskland.
- (15) Tyskland fremsendte yderligere oplysninger til Kommissionen den 20. juli og den 8. september 2021.
- (16) Den 14. marts 2022 fremsendte Kommissionen endnu en anmodning om oplysninger til Tyskland, som Tyskland besvarede den 4. april 2022. Kommissionen sendte endnu en anmodning om oplysninger den 11. juli 2022, som Tyskland besvarede den 18. juli 2022.
- (17) Den 12. maj 2023 fremsendte Kommissionen endnu en anmodning om oplysninger til Tyskland, som Tyskland besvarede den 14. juli 2023.

2. DETALJERET BESKRIVELSE AF STØTTEN

2.1. Den retlige kontekst på det tidspunkt, hvor de påståede foranstaltninger blev ydet

- (18) Genstanden for denne sag er den finansielle støtte, som WestSpiel modtog fra staten i perioden mellem 2009 og 2015 gennem de foranstaltninger, der er beskrevet nedenfor i afsnit 2.3.
- (19) Da de påståede foranstaltninger blev ydet, dvs. i perioden mellem 2009 og 2015 for den årlige tabsdækning og i 2015 for kapitaltilførslen, sondrede det tyske retssystem mellem to typer hasardspil.
- (20) På den ene side kunne visse spilleautomater frit drives af specialiserede spillehaller eller af restauranter, forudsat at loven om spil (*Spielverordnung*) blev overholdt. I overensstemmelse med de regionale love om spillehaller (*Spielhallengesetze der Bundesländer*) krævedes der en licens for at drive kommercielle (private) spillehaller (*gewerbliche Spielhallen*).

(?) Kommissionens afgørelse af 9.12.2019 om statsstøtte SA.48580 (2017/FC) — Påstået støtte til WestSpiel (EUT C 59 af 21.2.2020, s. 14).

- (21) På den anden side blev live gaming eller kasinospil (blackjack, roulette osv.) (dvs. de såkaldte »großes Spiel«) og andre spil på spilleautomater anset for at være for risikable. Det var derfor i princippet forbudt at udbyde sådanne spil. Som en undtagelse fra denne regel havde de tyske delstater kompetence til at tillade visse (hovedsagelig offentlige) operatører (*Spielbankunternehmen*) at udbyde sådanne spil gennem licenser, der udstedes på regionalt plan, på grundlag af de betingelser, der er fastsat i delstaternes lovgivning om hasardspil (*Spielbankgesetze*).
- (22) Målsætningerne for SpielbG NRW ⁽³⁾ blev fastsat i § 1 i SpielbG NRW. Reguleringsmålet var navnlig at forhindre afhængighed af hasardspil og væddemål, at lede befolkningens naturlige spilleinstinkt ind på velordnede og overvågede baner, at sikre beskyttelse af spillere og unge og at sikre, at operatørerne handlede korrekt, og at hasardspillene blev afviklet på en velordnet og gennemsigtig måde.
- (23) I henhold til § 2, stk. 2, i SpielbG NRW kunne op til fem offentlige kasinoer blive godkendt i NRW. I modsætning til situationen i andre delstater gav SpielbG NRW ikke mulighed for også at udstede licenser til private operatører forud for salget af WestSpiel. I lyset af kravene i § 2, stk. 1, og § 3, stk. 1, i SpielbG NRW var WestSpiel de facto den eneste licenshaver for kasinoer i NRW og drev i 2019 fire kasinoer i Aachen, Bad Oeynhausen, Dortmund (Hohensyburg) og Duisburg. WestSpiel har haft en såkaldt »rammelicens« siden 1975.

2.2. Støttemodtageren

- (24) WestSpiel var en kasinooperatør, der var aktiv i NRW. Indtil fusionen mellem WestSpiel og aktieselskabet Westdeutsche Spielbanken GmbH (herefter »WestSpiel GmbH«) ⁽⁴⁾ den 13. januar 2021 (se betragtning 29), var WestSpiels eneste kommanditist (*Kommanditistin*) NRW.BANK, og WestSpiel GmbH var WestSpiels personligt ansvarlige partner eller komplementar (*Komplementärin*).
- (25) Den 26. november 2015 indgik NRW og NRW.BANK en trusteeaftale (herefter »trusteeaftalen«), hvorefter:
- NRW forpligtede sig — efter indgåelsen af en aftale om stille partnerskab mellem NRW.BANK og WestSpiel — til at stille et beløb på 64,8 mio. EUR til rådighed for NRW.BANK
 - NRW.BANK forpligtede sig til at acceptere sådanne trustmidler og udelukkende anvende dem til i eget navn, men for NRW's regning, at stifte et stille partnerskab med WestSpiel i henhold til § 230 ff. i den tyske handelslov (*Handelsgesetzbuch, HGB*) i overensstemmelse med aftalen om stille partnerskab og i denne forbindelse at yde et bidrag på 64,8 mio. EUR (»stille indskud«) til WestSpiel.
- (26) Den 1. december 2015 blev der indgået en aftale om stille partnerskab mellem NRW.BANK og WestSpiel. Den indeholdt en forpligtelse for NRW.BANK til at stille det stille indskud på 64,8 mio. EUR til rådighed for WestSpiel efter tilførslen af midlerne til NRW.BANK som trustee. Efter indgåelsen af aftalen om stille partnerskab mellem NRW.BANK og WestSpiel og NRW.BANK's modtagelse af midlerne bidrog NRW.BANK med 64,8 mio. EUR til WestSpiel. Et sådant stille indskud på 64,8 mio. EUR (som skulle bogføres på en særskilt stille indskudskonto) blev opført i WestSpiels egenkapital ud over NRW.BANK's indskud som kommanditist i WestSpiel.

⁽³⁾ I NRW er spilaktiviteter, der tilbydes i kasinoer, underlagt spilleloven NRW (*Gesetz über die Zulassung öffentlicher Spielbanken im Land Nordrhein-Westfalen, Spielbankgesetz NRW*, herefter »SpielbG NRW«). Efter at foranstaltningerne var blevet tildelt, blev SpielbG NRW ændret ved § 35, stk. 2, i lov af 29.5.2020. GV. NRW. Ausgabe 2020 Nr. 19 vom 2.6.2020 Seite 357 bis 380 | RECHT.NRW.DE.

⁽⁴⁾ WestSpiel GmbH bidrog ikke til WestSpiels kapital og ejede derfor ingen kapitalandele. WestSpiel GmbH var som komplementar (uden kapitalindskud) ansvarlig for WestSpiels forretningsledelse. WestSpiel GmbH var desuden komplementar i Casino Duisburg GmbH & Co. KG, WestSpiels tidligere 100 %-ejede datterselskab, uden nogen kapitalandel og var som sådan også ansvarlig for forretningsledelsen af Casino Duisburg GmbH & Co. KG. WestSpiel GmbH var ikke involveret i virksomhedsdrift.

- (27) Den 4. januar 2021 indgik NRW.BANK, WestSpiel og — som følge af fusionen mellem WestSpiel og WestSpiel GmbH — WestSpiel GmbH en opløsningsaftale, i henhold til hvilken det stille partnerskab mellem NRW.BANK og WestSpiel blev opløst med virkning fra den 8. januar 2021 og efterfølgende afviklet. Det resterende stille kapitalindskud på ca. 46,5 mio. EUR (præcist 46 516 909,42 EUR) blev tilbagebetalt til NRW.
- (28) WestSpiel bevarede den juridiske form af et kommanditselskab (*Kommanditgesellschaft*) indtil den 13. januar 2021. WestSpiels eneste kommanditist var NRW.BANK, og den personligt ansvarlige partner eller komplementar var WestSpiel GmbH, som beskrevet ovenfor. NRW.BANK, der er enejet af NRW, var også eneaktionær i WestSpiel GmbH. Efter den 13. januar 2021 ejede NRW.BANK med en kapitalandel på 35,5 mio. EUR, hvilket svarede til det hæftende bidrag (*Hafteinlage*), 100 % af aktierne i WestSpiel (§ 3 i WestSpiels vedtægter af 1. december 2007, i den seneste udgave).



- (29) I forbindelse med en mere omfattende omstrukturering af WestSpiel-koncernen, som navnlig blev gennemført for at støtte og lette det påtænkte salg af koncernen, indgik WestSpiel GmbH og WestSpiel den 22. december 2020 en aftale om fusion ved notar, i henhold til hvilken WestSpiel — på grundlag af WestSpiels regnskaber pr. 31. december 2019 — overførte alle sine aktiver til WestSpiel GmbH med virkning fra den 1. januar 2020 i overensstemmelse med tysk selskabsret. Efter registreringen af en sådan fusion i det kompetente handelsregister den 13. januar 2021 fik fusionen retskraft, hvilket resulterede i, at WestSpiel GmbH blev WestSpiels juridiske efterfølger.
- (30) I september 2021 blev WestSpiel efter en udbudsprocedure ⁽⁵⁾ solgt til Gauselmann Group ⁽⁶⁾ ⁽⁷⁾. Ifølge offentligt tilgængelige oplysninger ⁽⁸⁾ (efter salget) drives WestSpiels aktiviteter i de fire kasinoer i Aachen, Bad Oeynhausen, Dortmund (Hohensyburg) og Duisburg nu under navnet »Merkur Spielbanken NRW GmbH« ⁽⁹⁾.

⁽⁵⁾ <https://igamingbusiness.com/nordrhein-westfalen-launches-westspiel-privatisation-tender/>.

⁽⁶⁾ Ifølge Tysklands indgivelse af 4.4.2022 var salget af WestSpiel en aktiehandel og ikke en aktivhandel. WestSpiels aktier blev solgt til Gauselmann Group til en pris af 141,8 mio. EUR. Tyskland præciserede endvidere, at aktiekøbsaftalen indeholder bestemmelser om en potentiel (fremtidig) nedsættelse af købsprisen svarende til en eventuel tilbagesøgt statsstøtte på op til 30 mio. EUR, som skal betales til WestSpiel i tilfælde af en retligt bindende tilbagesøgning af statsstøtte. Disse betingelser blev meddelt på forhånd og tilbudt alle tilbudsgivere, som var interesserede i købet af WestSpiels aktier, på lige fod.

⁽⁷⁾ Udtrykket »WestSpiel«, der er defineret i betragtning 1, henviser også til den fusionerede og derefter solgte enhed.

⁽⁸⁾ <https://www.waz.de/wirtschaft/kauselmann-gruppe-uebernimmt-westspiel-casinos-in-nrw-id232845809.html>.

⁽⁹⁾ Se enhedsdata i det kompetente handelsregister (Registerportal | Homepage.).

- (31) I sit svar af 4. april 2022 forklarede Tyskland, at WestSpiels status som juridisk person ikke ændrede sig efter salget: Selskabets aktiviteter blev videreført for egen regning i samme juridiske enhed. Kun selskabets navn blev ændret til »Merkur Spielbanken NRW GmbH«, mens handelsregisternummeret (Duisburg HRB 19356) forblev uændret.
- (32) Baggrunden for WestSpiels skattemæssige og lovgivningsmæssige situation — på det tidspunkt, hvor de påståede foranstaltninger blev ydet — er særlig relevant for den foreliggende sag ⁽¹⁰⁾. WestSpiel var underlagt den almindelige tyske skatteordning (selskabsskat og erhvervsskat) med hensyn til indtægter fra andre aktiviteter end spil (f.eks. restauranter). Med hensyn til spilaktiviteter var WestSpiel underlagt en særlig afgiftsordning (§§ 12 og 13 i SpielbG NRW (tidligere udgave)) ⁽¹¹⁾. Der blev hovedsagelig opkrævet afgift af bruttospileindtægterne og ikke af overskuddet. WestSpiel blev pålagt en afgift på 30 % af sine kasinoers bruttospileindtægter (forhøjet med yderligere 10 procentpoint i tilfælde af årlige bruttospileindtægter på over 15 mio. EUR pr. kasino) i henhold til § 12 i SpielbG NRW (tidligere udgave). WestSpiel blev pålagt endnu en afgift på 15 % af bruttospileindtægterne (såkaldte »yderligere indtægter« (*Zusätzliche Leistungen*) i henhold til § 13 i SpielbG NRW (tidligere udgave). I henhold til § 12 i SpielbG NRW (tidligere udgave) havde den opkrævede afgift til formål at finansiere aktiviteter af almen interesse.
- (33) Ud over disse afgifter på bruttospileindtægter pålagde § 14 i SpielbG NRW (tidligere udgave) WestSpiel at overføre 75 % (og i visse tilfælde mere) af sin fortjeneste til NRW ved hjælp af en ordning for overførsel af fortjeneste. I modsætning til beskattningen af bruttospileindtægter i henhold til §§ 12 og 13 i SpielbG NRW (tidligere udgave) fandt ordningen for overførsel af fortjeneste anvendelse på virksomhedens samlede aktiviteter (dvs. ikke begrænset til den fortjeneste, der blev genereret gennem spilaktiviteter). Den blev navnlig anvendt på salg af kunstværker i 2014.

2.3. De påståede foranstaltninger

- (34) Ifølge klagerne modtog WestSpiel ulovlig og uforenelig statsstøtte i henhold til følgende tre foranstaltninger:
- påstået årlig tabsdækning ydet af dets aktionær NRW.BANK siden 2009
 - påstået tildeling af en licens til drift af et femte kasino i Köln
 - påstået kapitaltilførsel på 64,8 mio. EUR i 2015.
- (35) I åbningsafgørelsen indledte Kommissionen kun den formelle procedure vedrørende foranstaltningerne a) og c) ovenfor. Kommissionen besluttede ikke at gøre indsigelse mod foranstaltning b) ovenfor med den begrundelse, at den påståede tildeling af en licens til WestSpiel til at drive et femte kasino i Köln ikke udgjorde støtte (se åbningsafgørelsens betragtning 97 og konklusion). Som følge heraf falder denne foranstaltning uden for denne afgørelses anvendelsesområde, som kun vedrører foranstaltning a) og c) ovenfor.

2.3.1. Årlig tabsdækning

- (36) Klagerne hævder, at WestSpiel modtog årlig tabsdækning fra sin eneste kommanditist NRW.BANK fra 2009 til 2015.

⁽¹⁰⁾ Spørgsmålet om, hvorvidt den differentierede skattemæssige behandling af WestSpiel i sig selv indebærer ulovlig statsstøtte, er genstand for Kommissionens afgørelse C(2019) 8819 final af 9. december 2019 om statsstøtte SA.44944 (2019/C) (ex 2019/FC) og SA.53552 (2019/C) (ex 2019/FC) — Skattemæssig behandling af offentlige kasinooperatører i Tyskland og påstået garanti for operatører af offentlige kasinoer (EUT C 187 af 5.6.2020, s. 80). Afgørelsen er blevet appelleret i sag T-510/20. Retten forkastede appellen ved kendelse af 22.10.2021, Fachverband Spielhallen og LM mod Kommissionen, T-510/20, ECLI:EU:T:2021:745. Rettens kendelse er blevet appelleret i sag C-831/21 P.

⁽¹¹⁾ Dette var udgaven af SpielbG NRW af 13.11.2012 (GV. NRW. s. 524, 530, SpielbG NRW 2012,NW — Spielbankgesetz NRW — Gesetze des Bundes und der Länder (lexsoft.de)) før ændringen ved § 35, stk. 2, i lov af 29.5.2020.

- (37) WestSpiel havde overskud i årene 2005-2008, men selskabet formåede ikke at gøre det i de følgende år. Samlet set opnåede WestSpiel i årene 2009-2015 årlige bruttospilleindtægter på ca. 79,6-101,1 mio. EUR. Som følge af beskatningen af bruttospilleindtægter i henhold til §§ 12 og 13 i SpielBG NRW (tidligere udgave) havde WestSpiel et samlet tab på mellem ca. 3,5 mio. EUR og 9 mio. EUR i årene 2009-2013 og i 2015 ⁽¹²⁾. WestSpiels salg af to kunstværker resulterede derimod i ekstraordinære indtægter på ca. 114,4 mio. EUR i 2014, hvilket er grunden til, at WestSpiel havde en samlet fortjeneste på ca. 86,4 mio. EUR i det pågældende år.
- (38) WestSpiels årlige resultater (dvs. det resterende overskud efter anvendelse af ordningen for overførsel af fortjeneste i 2014 og tabene i alle andre år mellem 2009 og 2015) blev krediteret/debiteret på NRW.BANK's kapitalkonto. Som følge heraf blev NRW.BANK's kapitalkonto for sit eneste kommanditselskab i WestSpiel vurderet til ca. 27,6 mio. EUR i 2009, men kun til 12,5 mio. EUR i 2015 ⁽¹³⁾.
- (39) Klagerne mener, at WestSpiel mellem 2009 og 2015 modtog tabsdækning på ca. 63,6 mio. EUR, som det fremgår af dets årsrapporter.
- (40) I deres indgivelse af 8. august 2019 er klagerne af den opfattelse, at NRW.BANK (som WestSpiels eneste kommanditist) på grund af WestSpiels selskabsstruktur bar ca. 24,8 mio. EUR af tabene mellem 2009 og 2017, mens NRW (i sin egenskab af stifter bag NRW.BANK's stille indskud i WestSpiel ifølge trusteaftalen og den aftale om stille partnerskab, der blev indgået i 2015, som nærmere beskrevet i afsnit 2.3.2 nedenfor) bar ca. 9,1 mio. EUR af tabene i samme periode. I denne forbindelse har klagerne anført, at WestSpiel var en offentlig virksomhed i henhold til Kommissionens direktiv 2006/111/EF ⁽¹⁴⁾, og at anvendelsen af de midler, der stilles til dens rådighed (dvs. dens kapital), men som permanent kontrolleres af staten, skal betragtes som statsmidler.
- (41) Desuden mener klagerne, at WestSpiel sandsynligvis ikke ville have været i stand til at bære sine egne tab i de seneste år uden kapitaltilførslen på 64,8 mio. EUR, en situation, hvor en fornuftig privat investor ikke ville have fortsat med at bære WestSpiels årlige tab (som NRW og NRW.BANK gjorde). Endelig gør klagerne gældende, at Tysklands påstand om, at WestSpiels negative årlige resultater hovedsagelig kunne tilskrives selskabets høje skattebyrde, er ukorrekt. Klagerne anslår navnlig, at WestSpiels skattebyrde var konstant faldende i årenes løb, mens omkostningsprocenterne før skat steg i den betragtede periode fra 2005-2015. Ifølge klagerne følger det heraf, at WestSpiels tab var og ikke er forårsaget af den høje skattebyrde, men kan tilskrives ekstremt høje omkostningsprocenter. Endelig kunne de beløb, der dækkes af risikofondens (delvise) likvidation (se fodnote 12), ikke fratrækkes WestSpiels tab (som Tyskland hævder), da det ville have været uklart, hvilke risici der skulle dækkes af denne fond.
- (42) Ifølge klagerne blev NRW.BANK's årlige tabsdækning finansieret ved hjælp af statsmidler og kunne tilregnes staten, eftersom NRW.BANK udelukkende var ejet af NRW, hvis regeringsmedlemmer var medlemmer af dens bestyrelse og involveret i beslutninger om at yde årlig tabsdækning. Klagerne er af den opfattelse, at det ifølge retspraksis ikke er nødvendigt i alle tilfælde at godtgøre, at der er sket en overførsel af statsmidler. Det er tilstrækkeligt, at der stilles midler til rådighed for en offentlig virksomhed, for at den pågældende foranstaltning falder ind under anvendelsesområdet for artikel 107, stk. 1, i TEUF.

⁽¹²⁾ Tallene tager ikke højde for kompensationer for tab som følge af (delvis) likvidation af en risikofond for WestSpiel, der blev oprettet til dækning af generelle og særlige spillerisici, der ikke kan forsikres. Oprettelsen af fonden er baseret på rammelicensen fra NRW's indenrigs- og kommunalministerium til at drive kasinoerne i NRW og på WestSpiels vedtægter. I henhold til vedtægterne skulle WestSpiel selv oprette risikofonden. I balancen er risikofonden en særlig post på passivsiden mellem egenkapital og reserver.

⁽¹³⁾ Tallene tager højde for kompensationer for tab opnået ved (delvis) likvidation af risikofonden samt debitering af tab på NRW.BANK's stille kapitalindskud i 2015.

⁽¹⁴⁾ Kommissionens direktiv 2006/111/EF af 16. november 2006 om gennemskueligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder og om den finansielle gennemskuelighed i bestemte virksomheder (kodificeret udgave) (EUT L 318 af 17.11.2006, s. 17, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2006/111/oj>).

- (43) Da NRW.BANK kun dækkede WestSpiels og ikke andre virksomheders tab, mener klagerne, at den årlige tabsdækning gav WestSpiel en selektiv fordel. Med hensyn til 2014 mener klagerne, at der skal ses bort fra de ekstraordinære indtægter fra salget af kunstværker, da WestSpiel uden salget ville have genereret et driftstab på ca. 21 mio. EUR i det pågældende år. Samlet set mener klagerne, at WestSpiels vanskelige økonomiske situation i betragtning af omkostningsprocenten før skat ikke kunne begrundes med en påstået høj skattebyrde. På denne baggrund svarede NRW.BANK's årlige tabsdækning ikke til en hypotetisk privat markedsinvestors adfærd. Desuden mener klagerne, at foranstaltningen i betragtning af konkurrencen mellem offentlige kasinoer og private operatører af spillehaller også fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencen og påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne.
- (44) Endelig er foranstaltningen ifølge klagerne ikke forenelig med det indre marked. WestSpiel kunne navnlig betragtes som en kriseramte virksomhed i henhold til Kommissionens rammebestemmelser for statsstøtte til redning og omstrukturering af kriseramte ikke-finansielle virksomheder (»rammebestemmelserne«) ⁽¹⁵⁾, og foranstaltningen var ikke i overensstemmelse med kravene i rammebestemmelserne.

2.3.2. Påstået kapitaltilførsel i 2015

- (45) Klagerne hævder også, at WestSpiel modtog en kapitalindsprøjtning på 64,8 mio. EUR fra NRW.BANK i 2015.
- (46) Ifølge klagerne havde WestSpiel tab i årene før og efter 2014, men det havde et overskud på ca. 86,4 mio. EUR i 2014. Denne fortjeneste kunne imidlertid ikke tilskrives WestSpiels driftsaktiviteter, men salget af to kunstværker. Som følge heraf førte ordningen for overførsel af fortjeneste i § 14 i SpielbG NRW (tidligere udgave) til udbetaling af overskud på ca. 82 mio. EUR til NRW i 2014.
- (47) I 2015 blev en del af den overførte fortjeneste, dvs. 64,8 mio. EUR, angiveligt »tilbageført« til WestSpiel som følger: NRW og NRW.BANK indgik en trusteeaftale, hvorved NRW.BANK blev trustforvalter af et stille kapitalindskud fra NRW i WestSpiels selskabskapital. Dette stille kapitalindskud på 64,8 mio. EUR blev føjet til den indskudte kapital fra NRW.BANK.
- (48) Trusteeaftalen mellem NRW og NRW.BANK blev indgået den 26. november 2015 og indeholdt en forpligtelse for NRW til at stille et nominelt beløb på 64,8 mio. EUR til rådighed for NRW.BANK senest ti (10) bankdage efter undertegnelsen af trusteeaftalen, men ikke før undertegnelsen af en aftale om stille partnerskab mellem NRW.BANK og WestSpiel. Tyskland bekræftede, at NRW.BANK modtog betalingen den 10. december 2015.
- (49) Aftalen om stille partnerskab mellem NRW.BANK og WestSpiel blev indgået den 1. december 2015 og indeholdt en forpligtelse for NRW.BANK til at yde et bidrag på 64,8 mio. EUR senest fem (5) bankdage efter indbetalingen af bidraget til NRW.BANK som trustee. Tyskland bekræftede, at WestSpiel modtog betalingen den 15. december 2015.

⁽¹⁵⁾ Meddelelse fra Kommissionen — Rammebestemmelser for statsstøtte til redning og omstrukturering af kriseramte ikke-finansielle virksomheder (EUT C 249 af 31.7.2014, s. 1).

- (50) Klagerne er af den opfattelse, at kapitaltilførslen i 2015 udgør statsstøtte i henhold til artikel 107, stk. 1, i TEUF. Klagerne hævder navnlig, at tilførslen på 64,8 mio. EUR forsynede WestSpiel med ny kapital, hvilket en privat markedsinvestor ikke ville have gjort. Dette følger navnlig af WestSpiels årsberetning for 2015, hvori der henvises til en »Independent Business Review« af 29. april 2015 udført af [et anerkendt revisionsfirma] (*) (herefter »[IBR]-rapporten«), hvori det anføres, at forretningsplanen for WestSpiel var »ikke urealistisk, men delvist udfordrende eller ambitiøs«, og at det pågældende ledelsesscenarie var »ikke et urealistisk, men generelt meget risikabelt scenarie«⁽¹⁶⁾. Ifølge klagerne blev kapitaltilførslen gennemført uden en forudgående analyse af, om afkastet af denne investering var i overensstemmelse med det gennemsnitlige afkast af spilleautomater på mellem 10 % og 39 %, i gennemsnit 24 %.
- (51) Selv om den tilførte ekstra kapital blev anvendt til at etablere det femte kasino i Köln, foretog NRW ifølge klagerne ikke en ordentlig analyse af det forventede afkast, som det femte kasino ville generere. Af disse grunde var kapitaltilførslen tydeligvis ikke i overensstemmelse med det markedsøkonomiske investorprincip (MEIP) og gav WestSpiel en selektiv fordel.
- (52) Hvad angår det »overordnede koncept til sikring af WestSpiels fremtid«, som Tyskland gør gældende, og som omfatter salget af kunstværkerne og tilførsel af fortjenesten fra salget, men overført fra selskabet via ordningen for overførsel af fortjeneste, er klagerne af den opfattelse, at Tysklands kvalificering af ordningen for overførsel af fortjeneste på grundlag af § 14 i SpielbG NRW er i strid med Tysklands holdning i sag SA.44944⁽¹⁷⁾. Selv om Tyskland ifølge klagerne i den foreliggende sag præsenterede overførsel af fortjeneste som en almindelig ordning for fordeling af overskud i henhold til bestemmelserne i HGB, gjorde Tyskland i sag SA.44944 gældende, at overførsel af fortjeneste i henhold til § 14 i SpielbG NRW var en skat i henhold til § 3, stk. 1, i den tyske skattelov (*Abgabenordnung*).
- (53) Ifølge klagerne var kapitaltilførslen i 2015 under alle omstændigheder ikke i overensstemmelse med MEIP-testen hverken ud fra et kortsigtet eller et langsigtet perspektiv. På kort sigt hævder klagerne, at Tyskland ikke havde gennemført en forhåndsvurdering af rentabiliteten af kapitaltilførslen, som det kræves i gældende retspraksis. Ifølge klagerne skulle Tyskland navnlig have sammenlignet WestSpiels forventede finansielle situation med og uden kapitaltilførslen. Ud fra et langsigtet perspektiv har Tyskland ved at medregne statens fremtidige skatteindtægter fra de skatter, der opkræves i henhold til §§ 12, 13 og 14 i SpielbG NRW (tidligere udgave), undladt at sondre mellem statens egenskab af skattemyndighed og dens egenskab af økonomisk aktør (dvs. som partner i WestSpiel).

2.4. Begrundelse for indledning af proceduren

- (54) Den 9. december 2019 besluttede Kommissionen at indlede den formelle undersøgelsesprocedure vedrørende den påståede årlige tabsdækning fra 2009 til 2015 og den påståede kapitaltilførsel i 2015.

2.4.1. Påstået årlig tabsdækning

- (55) I betragtning 62 og 63 til åbningsafgørelsen anførte Kommissionen, at en fordel ikke kunne udelukkes, da det var uklart, om WestSpiels aktionærer, NRW.BANK og NRW, faktisk bar (en del af) WestSpiels tab eller besluttede, om den kapital, der var nødvendig for at dække tabene, skulle stilles til rådighed eller ej, eller begge dele.

(*) Fortrolige oplysninger.

⁽¹⁶⁾ Se s. 10 i [IBR]-rapporten.

⁽¹⁷⁾ Se afgørelse C(2019) 8819 final, https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202023/283549_2161703_113_2.pdf.

- (56) Desuden anførte Kommissionen i betragtning 64 til åbningsafgørelsen, at den blotte omstændighed, at NRW.BANK accepterede yderligere tab for WestSpiel på trods af de gentagne tab i de foregående år uden at foretage en forhåndsvurdering af, om WestSpiels kapitalandel i WestSpiel skulle opretholdes, eller om WestSpiel skulle likvideres for at bevare den del af kapitalen, der endnu ikke var gået tabt, i sig selv kunne udgøre en uberettiget fordel, eftersom det kunne antages, at en privat investor under sammenlignelige omstændigheder ikke ville have handlet på denne måde.
- (57) På denne baggrund fandt Kommissionen i betragtning 65 til åbningsafgørelsen, at WestSpiels retlige struktur og selskabsstruktur samt de forskellige retlige instrumenter, hvormed aktionærerne stillede egenkapital til rådighed, skulle præciseres yderligere for at vurdere disse transaktioners statsstøtemæssige virkninger.

2.4.2. Påstået kapitaltilførsel i 2015

- (58) I betragtning 79-84 til åbningsafgørelsen fandt Kommissionen, at ordningen for overførsel af fortjeneste forekom at være en særlig skat på indtægterne for NRW's operatør af offentlige kasinoer, dvs. WestSpiel.
- (59) Kommissionen bemærkede, at Tyskland i sag SA.44944 ikke kunne hævde, at offentlige kasinoer (potentielt) var underlagt en ufordelagtig skatteordning (dvs. ingen skattemæssig fordel for WestSpiel), og i den foreliggende sag SA.48580 hævde, at ordningen for overførsel af fortjeneste var en udlodning af overskud til aktionærer (dvs. ingen beskatning), som blot tilførte en del af det udloddede overskud til WestSpiel.
- (60) Kommissionen konkluderede i betragtning 83 til åbningsafgørelsen, at ordningen for overførsel af fortjeneste i henhold til § 14 i SpielbG NRW (tidligere udgave) på denne baggrund ikke forekom at være en automatisk overskudsfordeling fra WestSpiel til sin aktionær, som NRW.BANK kunne give afkald på. Kapitaltilførslen i 2015 havde en anden karakter end ordningen for overførsel af fortjeneste. Som en selvstændig foranstaltning og baseret på det markedsøkonomiske investorprincip syntes den at have givet WestSpiel en fordel.

3. BEMÆRKNINGER FRA INTERESSEREDE PARTER

- (61) Kommissionen modtog ingen bemærkninger fra interesserede parter inden for den frist, der var fastsat i åbningsafgørelsen.

4. BEMÆRKNINGER FRA TYSKLAND

- (62) Ifølge Tyskland udgør ingen af de påståede støtteforanstaltninger statsstøtte efter artikel 107, stk. 1, i TEUF.

4.1. Påstået årlig tabsdækning

- (63) Med hensyn til den påståede årlige tabsdækning anfører Tyskland i det væsentlige, at WestSpiel aldrig har modtaget direkte eller indirekte kompensation for sine tab fra NRW.BANK, men blot har brugt sin egenkapital (bidraget i 1978 og 2002) til at kompensere for sine akkumulerede tab. Tyskland gør gældende, at den påståede foranstaltning ikke har omfattet betalinger fra NRW.BANK, og at denne foranstaltning derfor ikke udgjorde statsstøtte.
- (64) Tyskland forklarer, at aktionærerne i henhold til tysk selskabsret skal reducere deres kapital i balancen, når det selskab, i hvilket de besidder aktier, lider tab. I denne henseende bestemmes det i de almindelige regnskabsregler i tysk selskabsret, der finder anvendelse på kommanditselskaber⁽¹⁸⁾, at kapitalen i det foreliggende tilfælde automatisk blev forbrugt, dvs. at kommanditselskabets kapitalkonto automatisk ville være blevet debiteret med tabsbeløbet, uden at aktionæren skulle træffe nogen beslutning.

⁽¹⁸⁾ Jf. § 167 i HGB sammenholdt med § 120 i HGB (udgave af HGB før ændringen af 1.1.2024 ved § 34, stk. 4, i lov af 22.12.2023, BGBl. 2023 I Nr. 411) («den tidligere udgave»).

- (65) Tyskland anfører endvidere, at NRW.BANK ikke kunne »træffe afgørelse om, hvorvidt den kapital, der var nødvendig for at dække tabene, skulle stilles til rådighed [for WestSpiel] eller ej« (betragtning 62 til åbningsafgørelsen). I denne henseende forklarer Tyskland på grundlag af de retlige bestemmelser i den tyske lovgivning følgende:
- a) Som enhver handelsvirksomhed skal WestSpiel udarbejde årsregnskaber ved hvert regnskabsårs afslutning (§ 242 ff. i HGB). Årsregnskabet består af en balance og en særlig resultatopgørelse (§ 242, stk. 3, i HGB). I denne henseende er selskabet bundet af loven. Hvis selskabets økonomiske situation, og navnlig forbruget af egenkapital, ikke er angivet med det korrekte beløb i årsregnskabet, kan de involverede personer blive retsforfulgt for svigagtig regnskabsføring (§ 331 i HGB).
 - b) I modsætning til klagerens påstande kunne en partner (med hensyn til den kapital, der allerede var indskudt i virksomheden) derfor ikke ensidigt »træffe afgørelse om, hvorvidt den kapital, der var nødvendig for at dække tabene, skulle stilles til rådighed«⁽¹⁹⁾. Aktionærerne ville blive frataget denne beslutning, da nedsættelsen af egenkapitalen gennem modregning med partnerens egenkapitalandel er baseret på § 161, stk. 2, i HGB sammenholdt med § 120 i HGB (tidligere udgave). Sidstnævnte bestemmelse har følgende ordlyd:
 - (Første afsnit) »Ved udgangen af hvert regnskabsår opgøres årets overskud og tab på grundlag af balancen, og hver partners andel af disse overskud og tab opgøres.«
 - (Andet afsnit) »Det overskud, som en partner har til gode, lægges til partnerens kapitalandel. De tab, der er henført til en partner, samt eventuelle beløb, der er trukket fra kapitalandelen i løbet af regnskabsåret, fradrages heri.«
 - c) Hvis der sker et forbrug af egenkapital, betyder det ikke, at kommanditisten bidrager med nye midler (eller træffer afgørelse om anvendelsen af midler, der allerede er ydet). Det betyder kun, at værdien af kommanditistens andel reduceres på grund af tabene og forbruget af egenkapital. I koncernens resultatopgørelse var det derfor et spørgsmål om »opkrævning af årets nettotab (...) på NRW.BANK's kapitalkonto (kommanditist)«. Dette var imidlertid være en rent teknisk regnskabsprocedure, dvs. debitering af en balancepost (kapitalkontoen). Det var ikke et spørgsmål om en »betalingsprocedure (...) for overførsel af midler fra en konto tilhørende NRW.BANK til WestSpiel«, men at den egenkapital, der var blevet tildelt selskabet i de foregående år, blev reduceret, hvilket blev registreret i overensstemmelse med regnskabsreglerne⁽²⁰⁾.
 - d) Denne regel, som i princippet finder anvendelse i alle handelsvirksomheder i Unionen, og som i store dele er blevet harmoniseret og konkretiseret ved afledt EU-ret, har til formål at beskytte kreditorerne. Eventuelle tab vil derfor nødvendigvis blive absorberet af egenkapitalen.
 - e) En kommanditist kan ikke unddrage sig denne mekanisme. Kommanditisterne kan derfor ikke frit beslutte, om egenkapitalen skal forbruges. På denne baggrund er den forståelse af loven, som klagerne har givet udtryk for⁽²¹⁾, ifølge Tyskland forkert, og det ville være en strafbar handling ikke at angive forbruget af selskabskapital i årsregnskabet.
- (66) Med hensyn til WestSpiels vedtægter fra 2007 i perioden før det stille kapitalindskud (dvs. 2009-2014) bekræfter Tyskland, at de ikke indeholdt en kontraktbestemmelse, der førte til en anden mekanisme end det automatiske forbrug af selskabskapital som beskrevet i betragtning 63 til åbningsafgørelsen. Disse vedtægter fra 2007 var blot en præcisering af den gældende tyske lovgivning⁽²²⁾.

⁽¹⁹⁾ Se åbningsafgørelsen, betragtning 62.

⁽²⁰⁾ Se åbningsafgørelsen, betragtning 63.

⁽²¹⁾ Se åbningsafgørelsen, betragtning 62.

⁽²²⁾ WestSpiels vedtægter (2007) er blevet omformuleret og trådte i kraft den 26.1.2016. Tyskland har fremlagt yderligere oplysninger, der bekræfter, at kommanditisten hverken i årene før vedtægtsændringen i 2016 eller efterfølgende overførte finansielle ressourcer eller likviditet, da tabene blev fordelt. Med hensyn til de trin, der skulle følges for at fordele de årlige tab, var der ingen forskel mellem vedtægterne fra 2007 og vedtægterne fra 2016. De blev fordelt i forhold til kapitalandelen (der ejes af NRW gennem det stille kapitalindskud og af NRW.BANK). Det fremgik endvidere af aftalen om det stille kapitalindskud, at den ikke ensidigt kunne opløses af en af parterne. Som forklaret i betragtning 66 til åbningsafgørelsen konkluderer Kommissionen under alle omstændigheder, at de samme betragtninger gælder for tab, der er opstået i de efterfølgende år (dvs. efter 2015 i henhold til vedtægterne fra 2016) og (formentlig) debiteret kapitalkontiene i NRW.BANK og NRW (i sin rolle som forvalter af NRW.BANK's stille indskud i WestSpiel).

- (67) Tyskland bekræfter også, at NRW.BANK og NRW ikke kontraktligt har indgået yderligere forpligtelser til fordel for WestSpiel (garantier, forpligtelser osv.).
- (68) I betragtning 64 til åbningsafgørelsen rejste Kommissionen også tvivl om den påståede foranstaltning, fordi den ikke kunne udelukke, at WestSpiel opnåede en fordel, fordi NRW.BANK bevarede sin aktiepost i WestSpiel på trods af sine fortsatte tab, »eftersom det kunne antages, at en privat investor under sammenlignelige omstændigheder ikke ville have handlet på denne måde«. Efter Tysklands opfattelse er denne tvivl ikke berettiget. For at forklare, at en privat investor ville have handlet på samme måde, beskriver Tyskland to forskellige scenarier for NRW.BANK's handlinger (likvidation og salg af WestSpiel).

— *Scenarie 1: likvidation af WestSpiel*

- (69) Ifølge Tyskland kunne NRW.BANK i den pågældende periode (2009 til 2015) ikke have bevaret det oprindelige kapitalindskud på 35,5 mio. EUR ved at likvidere WestSpiel. Af hensyn til beskyttelsen af kreditorerne ville likvidationen af WestSpiel eller udtrædelsen af en partner være underlagt meget snævre grænser i henhold til tysk selskabsret. Tyskland indrømmer, at opløsning kan ske ved beslutning fra partnerne (§ 131 i HGB (tidligere udgave)) ⁽²³⁾, men tilføjer, at afvikling eller likvidation efter opløsning indledes som en ordning i henhold til §§ 145 ff. HGB (tidligere udgave) ⁽²⁴⁾ og §§ 730 ff. i den tyske civillovbog (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*). Tyskland har forklaret, at denne likvidation er være en kompleks og langvarig proces, hvor likvidatorerne skal afvikle selskabets løbende aktiviteter, inddrive tilgodehavender, konvertere de resterende aktiver til likvider og betale kreditorerne (§ 149, stk. 1, i HGB) ⁽²⁵⁾. De resterende selskabsformuer skal af likvidatorerne fordeles mellem selskabsdeltagerne i forhold til deres respektive andele af kapitalen (§ 155, stk. 1, i HGB) ⁽²⁶⁾.
- (70) Tyskland gør endvidere gældende, at NRW.BANK i forbindelse med denne likvidationsprocedure, jf. betragtning 69, skulle opfylde en lang række forpligtelser over for tredjeparter, herunder betydelige pensionsforpligtelser. Der skulle desuden tages hensyn til omkostninger ved opsigelse af kontrakter (f.eks. ansættelses- og lejekontrakter). Der ville sandsynligvis også have været betydelige fald i den bogførte værdi som følge af likvidationen af anlægsaktiver og kortfristede aktiver. NRW.BANK's bidrag som eneste kommanditist i WestSpiel ville også nødvendigvis være blevet påvirket i den forstand, at der kun i tilfælde af en positiv saldo ville have været en bidragsværdi tilbage til NRW.BANK (jf. § 171, stk. 1, i HGB sammenholdt med § 167, stk. 3, § 149, første punktum, og § 161, stk. 2, i HGB) ⁽²⁷⁾. Derfor ville WestSpiels likvidationsværdi allerede ifølge grove skøn have været klart negativ.
- (71) Tyskland konkluderer derfor, at en likvidation ikke ville have resulteret i, at NRW.BANK i den pågældende periode kunne beholde det oprindelige kapitalindskud ved at opløse WestSpiel. I denne forbindelse gør Tyskland også gældende, at det bør tages i betragtning, at NRW.BANK på daværende tidspunkt allerede ville have investeret en betydelig kapital (35,5 mio. EUR i oprindeligt indskud) i WestSpiel. Ifølge Tyskland ville en privat investor, der allerede har investeret i en virksomhed, også afveje risikoen ved en yderligere investering anderledes end en investor uden en eksisterende aktiepost. I denne forbindelse anerkendes det, at langsigtede strategiske overvejelser i tilfælde af majoritetsinteresser kan begrunde et lavere afkast end det gennemsnitlige markedsafkast (»ejervirkning«).

— *Scenarie 2: salg af WestSpiel*

- (72) Da det første scenarie er udelukket, gør Tyskland gældende, at NRW.BANK kun kunne have undgået den byrde, der var forårsaget af WestSpiels tab, gennem et salg. Økonomisk set befandt WestSpiel sig imidlertid i den pågældende periode (2009-2015) i en temmelig uinteressant situation for en køber, så der kunne højst sandsynligt ikke være opnået en tilfredsstillende købspris.

⁽²³⁾ § 131 i HGB er nu § 140 i HGB efter ændringen af 1.1.2024.

⁽²⁴⁾ § 145 i HGB er nu § 143 i HGB efter ændringen af 1.1.2024.

⁽²⁵⁾ § 149, første punktum, i HGB er nu § 148, stk. 2, og § 148, stk. 5, første punktum, i HGB efter ændringen af 1.1.2024.

⁽²⁶⁾ § 155, stk. 1, i HGB er nu § 148, stk. 8, i HGB efter ændringen af 1.1.2024.

⁽²⁷⁾ § 167, stk. 3, i HGB er nu begrænset til § 167 i HGB efter ændringen af 1.1.2024.

- (73) Ifølge Tyskland bestilte NRW [IBR]-rapporten (2015), som indeholdt en lang række indikatorer og derfor var mere omfattende end en almindelig test vedrørende en privat investor.
- (74) Tyskland nævner navnlig side 101, hvor det i rapporten anføres, at WestSpiels balance, selv med kapitaltilførslen i form af det stille kapitalindskud, der var planlagt på daværende tidspunkt, først ville blive positiv i 2021-2023. Dette fremgår også af den næstsidste linje i figuren nedenfor, som er hentet fra [IBR]-rapporten.

[...]

4.2. Påstået kapitaltilførsel i 2015

- (75) I betragtning 77 til åbningsafgørelsen identificerede Kommissionen to ræsonnementer, som Tyskland havde fremført med hensyn til kapitaltilførslen i 2015. For det første udgjorde kapitaltilførslen blot en (delvis) »tilbageførsel« af fortjeneste overført fra WestSpiel. For det andet var kapitaltilførslen under alle omstændigheder i overensstemmelse med det markedsøkonomiske investorprincip, eftersom NRW handlede som en privat investor under sammenlignelige omstændigheder ved at tilføre kapitalen gennem sit stille indskud. I sine bemærkninger til åbningsafgørelsen behandler Tyskland disse to begrundelser og fremsætter en række alternative argumenter.
- (76) For det første har Tyskland med hensyn til den (delvise) »tilbageførsel« i det væsentlige gjort gældende, at de to transaktioner (overførslen af fortjeneste og kapitaltilførslen) skulle betragtes som en enkelt transaktion (et overordnet begreb, som Tyskland betegner som »en enkelt intervention« eller »en kompleks foranstaltning«) og ikke kunne betragtes særskilt.
- (77) Ifølge Tyskland kunne den (delvise) »tilbageførsel« ikke betragtes isoleret fra salget af de to kunstværker og navnlig ikke isoleret fra den fortjeneste, der blev overført til fordel for NRW, fordi: a) de to foranstaltninger blev vedtaget i tæt kronologisk rækkefølge, og b) salget af kunstværkerne var betinget af de involverede myndigheders forsikring om, at den overførte fortjeneste fra salget (delvist) blev tilbagebetalt i form af kapitaltilførslen. Den (delvise) »tilbageførsel« af midlerne var en del af et overordnet koncept, der blev besluttet inden salget af kunstværkerne. Dette vil fremgå klart af interne og offentlige dokumenter⁽²⁸⁾. I henhold til denne »globale vurdering« bør kapitaltilførslen derfor ikke betragtes isoleret, men som en delforanstaltning af en samlet foranstaltning, der består i anvendelsen af de skattereglerne på WestSpiel (navnlig § 14 i SpielbG NRW (tidligere udgave), dvs. den overførsel af fortjeneste, der blev anvendt på fortjenesten fra salget af kunstværkerne)⁽²⁹⁾.
- (78) For det andet er Tyskland med hensyn til det markedsøkonomiske investorprincip, jf. betragtning 85-89 til åbningsafgørelsen, af den opfattelse, at NRW's kapitaltilførsel i 2015 svarede til en privat investors adfærd under sammenlignelige omstændigheder. Tyskland baserer sin argumentation på en »kortsigtet vurdering« og en »langsigtet vurdering«. Ifølge den »kortsigtede vurdering« ville kapitaltilførslen på 64,8 mio. EUR til WestSpiel i 2015 være blevet gennemført i overensstemmelse med markedsvilkårene som en selvstændig foranstaltning⁽³⁰⁾. Med hensyn til den »langsigtede vurdering« henviser Tyskland til EDF-dommen⁽³¹⁾ for at argumentere for, at den kan tage højde for fremtidige højere skatteindtægter i vurderingen. Tyskland gør endvidere gældende, at kapitaltilførslen var nødvendig for at genoprette WestSpiels rentabilitet og dermed bevare den kapital, der allerede

⁽²⁸⁾ F.eks. blev der på NRW.BANK's garantmøde den 13.3.2014 formuleret et udtrykkeligt forbehold om, at salget af kunstværkerne kun er godkendt, hvis WestSpiel kan anvende de nødvendige midler, dvs. at de er til rådighed for WestSpiel på permanent basis.

⁽²⁹⁾ Men også potentielt §§ 12 og 13 i SpielbG NRW (tidligere udgave), dvs. afgifterne på WestSpiels bruttospilindtægter, hvis der blev anvendt et "bredere perspektiv" (ved at se på de overordnede skatteregler).

⁽³⁰⁾ Tyskland forklarer, at overførslen af fortjeneste sammen med kapitaltilførslen førte til et samlet overskud for staten på 17,2 mio. EUR, hvilket overstiger et overskud på 0 EUR i det kontrafaktiske scenarie, dvs. uden en kapitaltilførsel. Med andre ord sikrede staten sig 17,2 mio. EUR i alt ved at modtage 82 mio. EUR fra WestSpiel i 2014 (i henhold til § 14 i SpielbG NRW (tidligere udgave)) og kun tilføre 64,8 mio. EUR til selskabet i 2015, hvilket er højere end 0 i det kontrafaktiske scenarie. Ifølge Tyskland var Kommissionens betragtninger i åbningsafgørelsens punkt 78 ff. og 88 ff. om, at en sådan "nettoberægning" ikke kunne antages til realitetsbehandling, fordi overførslen af fortjeneste i henhold til § 14 i SpielbG NRW (tidligere udgave) var "en integrerende del af SpielbG NRW's særlige skatte- og reguleringsordning, som staten udelukkende anvendte på WestSpiel", ikke i overensstemmelse med retspraksis. Tyskland forklarer også, at den omstændighed, at en betalingsforpligtelse er en "del af en specifik skatte- og reguleringsordning", ikke i sig selv kan føre til, at denne betalingsforpligtelse betragtes isoleret fra den økonomiske helhed "salg af kunstværker, overførsel af fortjeneste og kapitaltilførsel". Dette synspunkt blev støttet af Rettens dom af 26.2.2019, T-865/16, ECLI:EU:T:2019:113.

⁽³¹⁾ Domstolens dom af 5.6.2012, Kommissionen mod EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318.

var investeret i selskabet. Tyskland forklarer navnlig, at der ikke var en alternativ løsning til modellen med salg af kunstværkerne/overførsel af fortjeneste/kapitaltilførsel. Den eneste mulige alternative løsning ville have været ikke at gennemføre foranstaltningerne og dermed miste den fulde værdi af andelen i WestSpiel samt udsigten til fremtidige indtægter. Ifølge Tyskland ville navnlig en likvidation af selskabet ikke have været en »økonomisk tænkkelig løsning«. For at forklare ræsonnementet bag denne udtalelse gentager Tyskland de samme argumenter, som det tidligere har fremført for at beskrive sin holdning til de kontrafaktiske scenarier til den årlige tabsdækning af den indsats, de omkostninger og den tid, der er forbundet med likvidationsproceduren, samt til de forskellige forpligtelser, som ville have ført til en negativ likvidationsværdi af WestSpiel (se betragtning 69-71).

- (79) For det tredje forklarer Tyskland, at kapitaltilførslen ikke gav WestSpiel nogen fordel i betragtning af WestSpiels strukturelle ulempe (navnlig på grund af den overførsel af fortjeneste, der blev anvendt på fortjenesten fra salget af kunstværkerne). Den strukturelle ulempe for WestSpiel bestod i forpligtelsen til at bære en betydeligt højere skattebyrde i henhold til §§ 12-14 i SpielbG NRW (tidligere udgave). Ifølge Tyskland var der i henhold til retspraksis ikke tale om en fordel som omhandlet i artikel 107, stk. 1, i TEUF, hvis der kun ydes kompensation for en strukturel ulempe⁽³²⁾. Tyskland tilføjer, at det følger af retspraksis, at kompensation for meromkostninger som følge af en undtagelsesordning, der ikke finder anvendelse på konkurrenter, ikke udgør statsstøtte, hvis der er en uløselig forbindelse mellem den pågældende kompensationsforanstaltning og dens formål om at kompensere for meromkostningerne som følge af de særlige strukturproblemer⁽³³⁾. Dette er en konsekvens af princippet om, at statsstøtte kun udgør en økonomisk fordel som omhandlet i artikel 107, stk. 1, i TEUF, hvis virksomheden fritages for omkostninger, der »normalt« skal bæres af virksomheder⁽³⁴⁾. Kun fritagelse for sådanne omkostninger kan føre til, at den støttemodtagende virksomhed stilles i en gunstigere konkurrencemæssig stilling end dens konkurrenter. I WestSpiels tilfælde havde den statslige intervention til formål at holde WestSpiels omkostninger på niveau med konkurrenternes. Som sådan var det eneste formål med kapitaltilførslen i form af det stille kapitalindskud (som beskrevet i betragtning 47) at kompensere for WestSpiels strukturelle ulempe.
- (80) For det fjerde hævder Tyskland også, at det resultat, der blev opnået med kapitaltilførslen, faktisk kunne være opnået ved blot at ændre den nationale lovgivning, dvs. de gældende skattebestemmelser. I den foreliggende sag kunne lovgiver frit have indføjet en præcisering i § 14 i SpielbG NRW (tidligere udgave), hvorefter denne bestemmelse kun finder anvendelse på overskud, der hidrører fra kasinooperatørens normale spilleaktiviteter, dvs. WestSpiel, men ikke på ekstraordinære indtægter. Med henblik herpå ville det f.eks. have været tilstrækkeligt at tilføje et nyt stk. 4 med følgende ordlyd: »Overførsel af fortjeneste i henhold til denne bestemmelse finder kun sted, i det omfang den årlige nettofortjeneste kan henføres til faktiske kasinoaktiviteter. Andre fortjenester er underlagt almindelig beskatning.« I dette tilfælde var der ikke behov for en (delvis) »tilbageførsel«, da indtægterne fra salget af kunstværkerne ikke ville have været omfattet af ordningen for overførsel af fortjeneste.

⁽³²⁾ Rettens dom af 14.7.2016, Tyskland mod Kommissionen, T-143/12, ECLI:EU:T:2016:406, præmis 143 ff., Rettens dom af 16.3.2004, Danske Busvognmænd mod Kommissionen, T-157/01, ECLI:EU:T:2004:76, præmis 57, og Domstolens dom af 23.3.2006, Enirisorse mod Sotacarbo, C-237/04, ECLI:EU:C:2006:197, præmis 42-48.

⁽³³⁾ Domstolens dom af 8.12.2011, France Télécom mod Kommissionen, C-81/10 P, ECLI:EU:C:2011:811, præmis 42 ff., Rettens dom af 30.11.2009, France Télécom m.fl. mod Kommissionen, forenede sager T-427/04 og T-17/05, ECLI:EU:T:2009:474, præmis 207 ff., Rettens dom af 28.11.2008, Hotel Cipriani m.fl. mod Kommissionen, forenede sager T-254/00, T-270/00 og T-277/00, ECLI:EU:T:2008:537, præmis 185, 187 og 189, og Domstolens dom af 9.6.2011, Hotel Cipriani m.fl. mod Kommissionen, forenede sager C-71/09 P, C-73/09 P og C-76/09 P, ECLI:EU:C:2011:368, præmis 89, 97 og 100.

⁽³⁴⁾ Domstolens dom af 23.2.1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg mod Den Høje Myndighed, sag 30-59, ECLI:EU:C:1961:2, præmis 3 og 43, Domstolens dom af 15.3.1994, Banco Exterior de España mod Ayuntamiento de Valencia, C-387/92, ECLI:EU:C:1994:100, præmis 12 og 13, Domstolens dom af 1.12.1998, Ecotrade mod Altiforni e Fernere di Servóla, C-200/97, ECLI:EU:C:1998:579, præmis 34, Domstolens dom af 8.11.2001, Adria-Wien Pipeline mod Finanzlandesdirektion für Kärnten, C-143/99, ECLI:EU:C:2001:598, præmis 3, Domstolens dom af 3.3.2005, C-172/03, Wolfgang Heiser mod Finanzamt Innsbruck, C-172/03, ECLI:EU:C:2005:130, præmis 36, og Domstolens dom af 30.6.2016, Belgien mod Kommissionen, C-270/15, ECLI:EU:C:2016:489, præmis 34-36.

- (81) For det femte forklarer Tyskland også, at NRW og efterfølgende NRW.BANK's garantmøde den 8. maj 2018 besluttede at afhænde hele NRW.BANK's andel på 100 % i WestSpiel. Efter salget skulle stille kapitalindskud fra NRW.BANK, som opbevarede det som trustee for NRW, tilbagebetales og dermed bringes til ophør. Med andre ord skulle den bogførte værdi af NRW's stille kapitalindskud efter salget tilbagebetales til NRW⁽³⁵⁾. Efter Tysklands opfattelse ville WestSpiels tilbageførsel af det stille indskud have været ensbetydende med en bred tilbagebetaling af den (påståede) statsstøtte. I denne henseende ville salget af WestSpiel have vist, at kapitaltilførslen i 2015 svarede til en privat investors adfærd og (også af denne grund) ikke udgjorde statsstøtte. Beslutningen om kapitaltilførslen i 2015 gav økonomisk mening, da NRW ikke blot forventede at få den bogførte værdi af sit stille kapitalindskud tilbage gennem salget af WestSpiel, men også at opnå en fortjeneste ved afhændelsen af NRW.BANK's andel i WestSpiel. I denne forbindelse meddelte Tyskland ved brev af 8. september 2021 Kommissionen, at den anden og sidste delvise tilbagebetaling af det stille kapitalindskud på 11 516 909 EUR (vedrørende den første delvise tilbagebetaling, jf. betragtning 90) blev foretaget af WestSpiel (af virksomhedens likvide midler) den 26. juli 2021⁽³⁶⁾.
- (82) Med hensyn til tilstedeværelsen af statsmidler anfører Tyskland endelig, at kapitaltilførslen ikke indebar statsmidler, da midlerne stammede fra salget af WestSpiels egne kunstværker. Tyskland forklarer, at ingen virksomhed nogensinde ville have foretaget et sådant salg, hvis det ikke kunne og ikke var tilladt at antage, at provenuet fra salget eller under alle omstændigheder en stor del heraf ville blive tilbageført til den. På denne baggrund forekommer den rent formelle betragtning, hvorefter midlerne fra salget af kunstværkerne alene betragtes som statsmidler, fordi de tilfalder staten i et »juridisk sekund«, kunstig og uhensigtsmæssig. Ifølge Tyskland stammede midlerne til den (delvise) »tilbageførsel« af kapital i form af et stille kapitalindskud fra provenuet fra salget af to kunstværker ejet af WestSpiel, og de ville ikke have været til rådighed, hvis WestSpiel havde besluttet ikke at sælge de to kunstværker. Samtidig besluttede WestSpiel sig for at sælge de to kunstværker, fordi det baserede sig på de involverede myndigheders forsikring om, at fortjenesten fra salget (delvist) ville blive »geninvesteret« i WestSpiel.

4.3. Yderligere argumenter

- (83) Med hensyn til både den årlige tabsdækning og kapitaltilførslen er Tyskland af den opfattelse, at disse foranstaltninger ikke har fordrejet konkurrencen og påvirket samhandelen mellem medlemsstaterne i betragtning af WestSpiels monopolstilling i NRW. Tyskland mener nærmere bestemt, at kasinomarkedet var lukket for konkurrence i henhold til § 1 og 3 i SpielbG NRW (tidligere udgave) i den relevante periode (2009-2015). På trods af udtalelserne i WestSpiels årsberetning for 2014 (betragtning 57 til åbningsafgørelsen⁽³⁷⁾) er Tyskland af

⁽³⁵⁾ Som forklaret i betragtning 30 blev WestSpiel i mellemtiden solgt i september 2021.

⁽³⁶⁾ I sit svar af 4.4.2022 forklarede Tyskland, hvordan beløbet for hver af disse to tilbagebetalinger blev fastsat. Tyskland forklarede følgende.

- Det stille kapitalindskud blev opløst den 8.1.2021 med undertegnelsen af opløsningsaftalen den 4.1.2021.
- I henhold til afsnit 12.1-12.3 i aftalen om stille partnerskab havde kommanditisten ret til en godtgørelse som følge af den gensidige opløsning af det stille partnerskab eller som følge af den stille partners opsigelse af det stille partnerskab.
- I henhold til afsnit 12, stk. 2, første og andet punktum, og afsnit 12, stk. 3, første punktum, i aftalen om stille partnerskab svarede det samlede kompensationsbeløb til den bogførte værdi af det stille partnerskab pr. 31. december 2020. I overensstemmelse med aftalen blev den bogførte værdi pr. 31. december 2020 beregnet som saldoen på indskudskontoen, lånekontoen og tabskontoen for det stille partnerskab som vist i selskabets reviderede og attesterede årsregnskab pr. 31. december 2020. Det stille partnerskab deltog således fortsat i årsresultatet for 2020.
- Da det reviderede årsregnskab for regnskabsåret 2020 endnu ikke forelå på det tidspunkt, hvor opløsningsaftalen blev underskrevet i januar 2021, og det derfor endnu ikke var muligt at foretage en sikker og endelig bindende fastsættelse af kompensationsbeløbet, blev begge parter i opløsningsaftalen enige om tilbagebetaling i to rater.
- Den første rate blev fastsat til 35 mio. EUR på en sådan måde, at det på grundlag af det foreløbige skøn over det årlige resultat for regnskabsåret 2020, som ifølge Tyskland stadig var behæftet med usikkerhed, ville være muligt at undgå en overbetaling med en sandsynlighed, der grænsede til sikkerhed.
- Den anden og sidste rate blev fastsat til forskellen mellem den bogførte værdi af det stille partnerskab ifølge årsregnskabet pr. 31. december 2020, som blev endeligt revideret den 20. april 2021, og beløbet for den første rate på 35 mio. EUR. Den bogførte værdi af det stille partnerskab i det reviderede regnskab pr. 31. december 2020 udgjorde i sidste ende 46 516 909 EUR. Den anden rate androg således 11 516 909 EUR.

⁽³⁷⁾ "... Som klagerne har påpeget, fremgår det af udtalelserne i WestSpiels årsberetning for 2014, at WestSpiel selv betragtede konkurrencen med kommercielle spiludbydere og onlinespil som hovedårsagen til WestSpiels tab i det pågældende år. ..." [...].

den opfattelse, at det ikke kunne hævdes, at WestSpiel opererer på det samme marked i EU-konkurrenceretens forstand som de udbydere af onlinetjenester, der hidtil har opereret ulovligt i Tyskland. Tyskland forklarer under alle omstændigheder, at spørgsmålet om, hvorvidt foranstaltningerne indebærer statsstøtte eller ej, ud fra et procedurmæssigt synspunkt kan stå åbent i overensstemmelse med Kommissionens afgørelsespraksis ⁽³⁸⁾.

- (84) Et første muligt forenelighedsgrundlag er artikel 107, stk. 3, litra c), i TEUF med henblik på liberaliseringen af spillemarkedet. Tyskland forklarer, at Kommissionen ville have betragtet privatiseringer som et mål af fælles interesse ⁽³⁹⁾ og artikel 107, stk. 3, litra c), i TEUF som værende opfyldt i tilfælde, hvor foranstaltningerne var nødvendige for privatiseringen af den statsejede virksomhed, og foranstaltningerne udelukkende dækkede den statsejede virksomheds konkurrencemæssige ulempe i forhold til dens konkurrenter ⁽⁴⁰⁾. Efter Tysklands opfattelse er kravene i Kommissionens afgørelsespraksis opfyldt i den foreliggende sag. Det gælder således, at a) målet var af fælles interesse markedsåbningen af sektoren ⁽⁴¹⁾, b) foranstaltningerne var nødvendige for at nå dette mål ⁽⁴²⁾, og c) foranstaltningerne var også forholdsmæssige ⁽⁴³⁾.
- (85) Som et alternativ mener Tyskland, at rammebestemmelserne kunne være et relevant grundlag for forenelighed. I denne henseende hævder Tyskland, at WestSpiel — selv om det ikke var en kriseramt virksomhed på det tidspunkt, hvor de påståede foranstaltninger blev ydet — ville blive en kriseramt virksomhed, hvis Kommissionen pålagde tilbagesøgning af støtten, og WestSpiel ville være berettiget til rednings- og omstrukturingsstøtte ⁽⁴⁴⁾.

5. BEMÆRKNINGER FRA WESTSPIEL OG KLAGERNE

- (86) Efter udløbet af fristen for at fremsætte bemærkninger til åbningsafgørelsen modtog Kommissionen bemærkninger fra WestSpiel samt fra klagerne. Disse bemærkninger er for fuldstændighedens skyld sammenfattet nedenfor.

⁽³⁸⁾ Se f.eks. betragtning 487 og 583 samt artikel 2, stk. 2 i Kommissionens afgørelse C(2014) 6849 final af 1. oktober 2014 i sag SA.14093 — Belgiens foranstaltninger til fordel for Brussels South Charleroi Airport og Ryanair (EUT L 325 af 30.11.2016, s. 63), betragtning 190, 191 og 257 og artikel 2, stk. 2, i Kommissionens afgørelse C(2014) 5084 final af 23. juli 2014 i sagerne SA.19880 og SA.32576 — Flughafen Weeze/Niederrhein und Flughafen Niederrhein GmbH (EUT L 269 af 15.10.2015, s. 1), betragtning 120 til Kommissionens afgørelse 2009/613/EF af 8. april 2009 om Det Forenede Kongeriges foranstaltninger til fordel for Royal Mail (EUT L 210 af 14.8.2009, s. 16), betragtning 139 og artikel 1 i Kommissionens afgørelse C(2019) 6836 final af 20. september 2019 i sag SA.34402 om Tysklands foranstaltning til fordel for Hochschul-Informationssystem GmbH (EUT L 74 af 11.3.2020, s. 22), og, vedrørende privatiseringssager, betragtning 102 til Kommissionens afgørelse 2008/722/EF af 10. maj 2007 om Grækenlands påtænkte statsstøtte til OTE's ordning for frivillig førtidspensionering (EUT L 243 af 11.9.2008, s. 7).

⁽³⁹⁾ Se betragtning 307 til Kommissionens afgørelse 2008/765/EF af 11. december 2007 om statsstøtte C 7/06 (ex NN 83/05) om Finlands foranstaltninger til fordel for Tielikelaitos/Destia (EUT L 270 af 10.10.2008, s. 1).

⁽⁴⁰⁾ Se betragtning 157 til Kommissionens afgørelse C(2012) 1834 final af 21. marts 2012 om foranstaltning SA.31479 (2011/C) (ex 2011/N), som Det Forenede Kongerige planlægger at gennemføre for Royal Mail Group (EUT L 279 af 12.10.2012 s. 40).

⁽⁴¹⁾ Foranstaltningerne bidrager til opfyldelsen af et mål af fælles interesse, nemlig privatiseringen og dermed åbningen af markedet for kasinosektoren i NRW.

⁽⁴²⁾ De foranstaltninger, der er truffet i den foreliggende sag, dvs. kapitaltilførslen for at kompensere for den strukturelle ulempe, er vigtige etaper i tilpasningen af virksomheden til den gradvise liberalisering af kasinosektoren i Nordrhein-Westfalen. Som følge af foranstaltningerne vil private investorer være tilbøjelige til at erhverve WestSpiel, hvilket vil føre til privatisering af WestSpiel. Foranstaltningerne er derfor nødvendige for at gennemføre privatiseringen af WestSpiel og for markedsåbningen i kasinosektoren.

⁽⁴³⁾ Foranstaltningerne har udelukkende til formål at kompensere for den statsejede virksomheds konkurrencemæssige ulempe i forhold til dens konkurrenter. Tyskland forklarede, at WestSpiels skattebyrde adskiller sig væsentligt fra skattereglerne for private virksomheder, der er aktive i spillesektor som helhed, og at de pågældende foranstaltninger ikke førte til "overkompensation". Sammenligningen af skattebyrden viser, at WestSpiels skattebyrde i den relevante periode siden 2006 i 13 af 14 år var mærkbart højere, end den ville have været under normal selskabsbeskatning. Alene i perioden 2009-2013 kunne Nordrhein-Westfalen inddrive et beløb på i alt 253,2 mio. EUR i skat i henhold til §§ 12-14 i SpielG NRW (tidligere udgave). Uden statslig indgriben kunne selskabet ikke konkurrere på egne vilkår med dets konkurrenter.

⁽⁴⁴⁾ Tyskland har forklaret, at Kommissionen har godkendt støtte i lignende sager, f.eks. Kommissionens afgørelse 2005/345/EF af 24. februar 2004 om omstrukturingsstøtte gennemført af Tyskland til Bankgesellschaft Berlin AG (EUT L 116 af 4.5.2005, s. 1).

5.1. Bemærkninger fra WestSpiel

5.1.1. Påstået årlig tabsdækning

(87) Med hensyn til den påståede årlige tabsdækning har WestSpiel forklaret, at den påståede kompensation for tab betalt af NRW.BANK til WestSpiel ikke oversteg den normale andel af tab, der bæres af en kommanditist i et kommanditselskab med tab. Der blev navnlig ikke tilført ny kapital i forbindelse hermed. Der var heller ikke tale om en foranstaltning, der kunne tilskrives staten, da kapitalforbruget ville være automatisk i tilfælde af kommanditselskabets tab, dvs. uafhængigt af enhver beslutning truffet af kommanditisten.

5.1.2. Påstået kapitaltilførsel i 2015

(88) Med hensyn til kapitaltilførslen i 2015 anfører WestSpiel, at det ikke modtog ny kapital fra sin aktionær. I stedet solgte WestSpiel efter aftale med sin aktionær nogle af sine egne aktiver (dvs. to malerier af Andy Warhol) for at sikre tilstrækkelig likviditet til den nødvendige omstrukturering.

(89) WestSpiel gør gældende, at der ikke var tale om en selvstændig foranstaltning, selv om det blev accepteret, at indtægterne fra salget af de to kunstværker i første omgang skulle overføres til NRW i medfør af den i § 14, stk. 1, i SpielbG NRW (tidligere udgave) omhandlede 75 %-overførsel af fortjeneste. Denne overførsel ville nemlig blot have været et mellemliggende skridt i en transaktion i flere faser, hvis udformning og formål fra begyndelsen ville have været at føre provenuet fra salget tilbage til WestSpiel. Disse midler var nødvendige for WestSpiels omstrukturering gennem NRW.BANK's stille deltagelse i selskabets kapital. Uden sikkerhed for, at provenuet (delvist) ville blive »tilbageført« til WestSpiel, ville WestSpiels ledelse aldrig have accepteret salget af malerierne, da dette salg så ville være yderst skadeligt for selskabet.

(90) WestSpiel forklarer også, at det stille kapitalindsud i WestSpiel blev opløst i forbindelse med den koncerninterne omstrukturering den 13. januar 2021 (se betragtning 29). WestSpiel tilbagebetalte en første rate på 35 mio. EUR (af egne likvide midler) den 19. januar 2021. Det resterende beløb blev tilbagebetalt i andet kvartal 2021 efter godkendelse af WestSpiels årsregnskab, der omfatter anden og sidste rate (se betragtning 81, sjette punktum).

5.2. Bemærkninger fra klagerne

5.2.1. Påstået årlig tabsdækning

(91) Med hensyn til den påståede årlige tabsdækning fremsætter klagerne ingen bemærkninger, men begrænser sig til at anmode om, at Tyskland forpligtes til at sikre, at WestSpiel tilbagebetaler den årlige tabsdækning, der angiveligt er ydet siden 2009, til NRW.

5.2.2. Påstået kapitaltilførsel i 2015

(92) Med hensyn til den påståede kapitaltilførsel i 2015 fastholder og uddyber klagerne deres holdning, som også blev fremført i sag SA.44944 og SA.53552, om, at den overførsel af fortjeneste, der er fastsat i § 14 i SpielbG NRW (tidligere udgave), teknisk set ikke var en skat, men en udlodning af overskud til NRW i dennes rolle som trustor bag NRW.BANK's stille partnerskab i WestSpiel.

(93) Klagerne har forklaret, at det i modsætning til Kommissionens konklusioner i betragtning 83 og 84 til åbningsafgørelsen alene er den relevante medlemsstats lovgivning, der er afgørende i alle tilfælde for kvalificeringen af en afgift som en skat i forbindelse med anvendelsen af Unionens statsstøtteregler. Med andre ord udgør en foranstaltning, der undersøges i henhold til EU's statsstøtteregler, ifølge klagerne kun en afgift, hvis den klassificeres som sådan i den nationale lovgivning. Klagerne har tilføjet, at det imidlertid på ingen måde er nødvendigt at kvalificere ordningen for overførsel af fortjeneste i henhold til § 14 i SpielbG NRW (tidligere udgave) som en skat for at nå frem til den konklusion, at den kapitaltilførsel, der er genstand for denne klage, udgør ulovlig statsstøtte. Selv om overførslen af fortjeneste ikke betragtes som en skat, men som en udlodning af overskud til den (indirekte) partner, følger kapitaltilførsels karakter af statsstøtte nemlig af den manglende opfyldelse af betingelserne i det markedsøkonomiske investorprincip af de grunde, som Kommissionen har anført i betragtning 90-93 til åbningsafgørelsen.

6. VURDERING

6.1. Statsstøtte

- (94) I henhold til artikel 107, stk. 1, i TEUF er »statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form, og som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, uforenelig med det indre marked, i det omfang den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne«.
- (95) En foranstaltning betragtes som statsstøtte, hvis følgende kumulative betingelser er opfyldt: a) foranstaltningen kan tilregnes medlemsstaten og ydes ved hjælp af statsmidler, b) den giver visse virksomheder eller visse produktioner en selektiv økonomisk fordel, c) fordelene fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene, og d) foranstaltningen påvirker samhandelen inden for EU.
- (96) I de følgende afsnit vil Kommissionen vurdere kriterierne i statsstøtedefinitionen i artikel 107, stk. 1, i TEUF for hver af de to foranstaltninger, der klages over.

6.1.1. Påstået årlig tabsdækning 2009-2015

- (97) Med hensyn til den årlige tabsdækning er det centrale spørgsmål, om foranstaltningen gav WestSpiel en fordel. Kommissionen mener ikke, at den årlige tabsdækning gav WestSpiel en fordel, og at det derfor på grund af den kumulative karakter af kriterierne i artikel 107, stk. 1, i TEUF kan udelukkes, at der er tale om statsstøtte, uden at det er nødvendigt at vurdere de øvrige kriterier.
- (98) En fordel som omhandlet i artikel 107, stk. 1, i TEUF er en økonomisk fordel, som en virksomhed ikke kunne have opnået under normale markedsbetingelser, dvs. uden statslig indgriben⁽⁴⁵⁾. Det er kun foranstaltningens indvirkning på virksomheden, der er relevant, ikke hverken årsagen til eller formålet med statens indgriben⁽⁴⁶⁾. Hver gang en virksomheds finansielle situation forbedres som følge af statslig indgriben⁽⁴⁷⁾ på betingelser, der ikke svarer til normale markedsvilkår, er der tale om en fordel. For at vurdere dette skal en virksomheds finansielle situation efter gennemførelsen af en foranstaltning sammenlignes med, hvordan virksomhedens finansielle situation ville have set ud, hvis foranstaltningen ikke var blevet indført⁽⁴⁸⁾. Eftersom det kun er foranstaltningens indvirkning på virksomheden, der betyder noget, er det irrelevant, om fordelene er obligatorisk for virksomheden i og med, at den ikke kunne undgå eller give afkald på den⁽⁴⁹⁾.
- (99) Kommissionen er af den opfattelse, at den årlige tabsdækning ikke gav WestSpiel en fordel af to grunde: WestSpiel forbrugte blot sin egenkapital, da det opfyldte sin forpligtelse i henhold til tysk selskabsret (se afsnit 6.1.1.1), og en sammenlignelig privat investor ville have handlet på samme måde, hvorfor foranstaltningen blev ydet på normale markedsvilkår (se afsnit 6.1.1.2).

6.1.1.1. Automatisk forbrug af kapitalen

- (100) For det første kunne Kommissionen i betragtning 62 til åbningsafgørelsen ikke konkludere og tage endelig stilling til, om NRW.BANK og NRW faktisk bar (en del af) WestSpiels tab, eller besluttede, om den kapital, der var nødvendig for at dække tabene, skulle stilles til rådighed eller ej, eller begge dele. Kommissionen var i denne indledende fase (se betragtning 63-65 til åbningsafgørelsen) af den opfattelse, at NRW.BANK's kapitalkonto blev debiteret med WestSpiels tab, således at midlerne blev overført fra en konto tilhørende NRW.BANK til WestSpiel, og at foranstaltningen prima facie indebar en fordel som omhandlet i artikel 107, stk. 1, i TEUF. Kommissionen opfordrede imidlertid Tyskland til at fremlægge yderligere oplysninger med henblik på at vurdere transaktionens konsekvenser for statsstøtten.

⁽⁴⁵⁾ Domstolens dom af 11.7.1996, SFEI m.fl., C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, præmis 60, og Domstolens dom af 29.4.1999, Spanien mod Kommissionen, C-342/96, ECLI:EU:C:1999:210, præmis 41.

⁽⁴⁶⁾ Domstolens dom af 2.7.1974, Italien mod Kommissionen, C-173/73, ECLI:EU:C:1974:71, præmis 13.

⁽⁴⁷⁾ Udtrykket "statslig indgriben" dækker ikke alene over positive handlinger fra statens siden, men også over, at offentlige myndigheder under visse omstændigheder undlader at handle, f.eks. undlader at inddrive gæld. Se f.eks. Domstolens dom af 12.10.2000, Spanien mod Kommissionen, C-480/98, ECLI:EU:C:2000:559, præmis 19 og 20.

⁽⁴⁸⁾ Domstolens dom af 2.7.1974, Italien mod Kommissionen, C-173/73, ECLI:EU:C:1974:71, præmis 13.

⁽⁴⁹⁾ Se betragtning 69 til Kommissionens afgørelse 2004/339/EF af 15. oktober 2003 om Italiens foranstaltninger til fordel for RAI SpA (EUT L 119 af 23.4.2004, s. 1), og forslag til afgørelse fra generaladvokat Fennelly af 26.1.1998, Frankrig mod Kommissionen, C-251/97, ECLI:EU:C:1998:572, præmis 26.

- (101) Som beskrevet i betragtning 63-67 forklarer Tyskland i sine bemærkninger til åbningsafgørelsen, at WestSpiel faktisk aldrig modtog direkte kompensation for sine tab fra NRW.BANK som eneste kommanditist, men i realiteten kun forbrugte sin egenkapital (som blev indskudt i 1978 og 2002) for at kompensere for sine akkumulerede tab. Dvs. der blev ikke foretaget direkte betalinger fra NRW.BANK. Tyskland henviser i stedet til mekanismen til udligning af tab gennem det automatiske fradrag på partnerskabets kapitalkonto i henhold til tysk selskabsret.
- (102) På grundlag af disse synspunkter og af følgende grunde er Kommissionen af den opfattelse, at den årlige tabsdækning ikke gav WestSpiel en fordel, da den ikke indebar en overførsel af midler uden for selskabet og udgjorde en ren juridisk automatik til at udligne WestSpiels tab i dets egne regnskaber i henhold til kravene i tysk selskabsret.
- (103) Den årlige tabsdækning var faktisk kun en konsekvens af forpligtelsen i henhold til § 161, stk. 2, i HGB sammenholdt med § 120 i HGB (tidligere udgave), hvorefter de tab, der er henført til en selskabsdeltager, i tilfælde af årlige tab, der er registreret i et kommanditselskabs balance, automatisk trækkes fra kapitalandelen. Derfor blev andelen af de årlige tab for NRW.BANK som eneste kommanditist i WestSpiel fratrukket selskabets allerede eksisterende egenkapital og krævede ikke tilførsel af ny kapital udefra. På grund af denne rent juridiske automatik var staten slet ikke involveret i processen, og der blev ikke truffet en aktiv beslutning om at yde årlig tabsdækning.
- (104) Modsat hvad Kommissionen konkluderer i betragtning 63 til åbningsafgørelsen, blev der derfor ikke overført midler fra en kapitalkonto tilhørende NRW.BANK til WestSpiel. Efter den kompensationsordning, der er fastsat i HGB, blev WestSpiels tab umiddelbart modregnet ved udgangen af hvert år i selskabets egenkapital (som NRW.BANK som WestSpiels eneste kommanditist engang stillede til rådighed), og mekanismen fandt derfor udelukkende sted i WestSpiels egne regnskaber. WestSpiel modtog derfor ingen betalinger fra parter uden for selskabet, og selskabets økonomiske situation blev derfor ikke forbedret gennem tabsdækningsmekanismen.

6.1.1.2. En sammenlignelig privat investors adfærd

- (105) For det andet reviderer Kommissionen sin holdning i betragtning 64 til åbningsafgørelsen om, at den blotte omstændighed, at NRW.BANK accepterede yderligere tab for WestSpiel på trods af de gentagne tab i de foregående år uden at foretage en forhåndsvurdering af, om WestSpiels kapitalandel i WestSpiel skulle opretholdes, eller om WestSpiel skulle likvideres for at bevare den del af kapitalen, der endnu ikke var gået tabt, i sig selv kunne udgøre en uberettiget fordel, eftersom det ikke kunne antages, at en privat investor under sammenlignelige omstændigheder ville have handlet på denne måde. Som forklaret i betragtning 68 er Tyskland af den opfattelse, at denne tvivl ikke er berettiget. For at forklare, at en privat investor ville have handlet på samme måde, beskriver Tyskland to forskellige scenarier for NRW.BANK's handlinger (likvidation og salg af WestSpiel).
- (106) På grundlag af de supplerende oplysninger fra Tyskland og i lyset af følgende vurdering er Kommissionen af den opfattelse, at en privat investor under sammenlignelige omstændigheder ikke ville have valgt et af de alternative scenarier, nemlig likvidation eller salg af WestSpiel (kontrafaktiske scenarier) frem for tildeling af den årlige tabsdækning (faktisk scenarie), da sidstnævnte udgør det mest rationelle scenarie. WestSpiel ville have opnået den samme økonomiske fordel under normale markedsvilkår, og den årlige dækning af tab gav ikke WestSpiel en fordel (ud over de grunde, der er anført i afsnit 6.1.1.1).

— *Vurdering af de kontrafaktiske scenarier (likvidation og salg)*

— *Scenarie 1: likvidation af WestSpiel*

- (107) I sine bemærkninger til åbningsafgørelsen har Tyskland forklaret, at NRW.BANK i den pågældende periode fra 2009 til 2015 ikke kunne have bevaret sit oprindelige kapitalindskud i WestSpiel gennem en likvidation af selskabet (se betragtning 69-71), da likvidationsværdien af WestSpiel ville have været klart negativ efter afvikling/likvidation på grundlag af §§ 143 ff. i HGB og § 730 ff. i BGB.
- (108) Kommissionen er enig med Tyskland i, at en likvidation af WestSpiel ikke ville have været et økonomisk fornuftigt alternativ til den årlige tabsdækning, da følgende betragtninger faktisk viser, at WestSpiels likvidationsværdi ville have været negativ.

— *Likvidationsværdi ifølge Tysklands beskrivelse af proceduren*

- (109) Ved at beskrive det teoretiske system og proceduren for likvidation af WestSpiel har Tyskland på en detaljeret og forståelig måde redegjort for, hvorfor den kapital, der var nødvendig for at betale kreditorerne i henhold til § 148, stk. 5, første punktum, i HGB, oversteg WestSpiels disponible kapital. Kommissionen forstår ud fra denne beskrivelse, at kompensationen for en lang række forpligtelser over for tredjeparter, herunder betydelige pensionsforpligtelser, omkostninger ved opsigelse af kontrakter (f.eks. ansættelses- og lejekontrakter) og likvidation af anlægsaktiver og kortfristede aktiver, skulle have været taget i betragtning og ville have ført til betydelige reduktioner i WestSpiels bogførte værdier.
- (110) Desuden bekræfter Kommissionen Tysklands argument om, at NRW.BANK's bidrag også nødvendigvis ville være blevet påvirket i den forstand, at der kun i tilfælde af en positiv saldo ville have været en bidragsværdi tilbage til NRW.BANK (jf. § 171, stk. 1, i HGB sammenholdt med § 167, stk. 3, § 149, første punktum, og § 161, stk. 2, i HGB) (se betragtning 70). Kommissionen præciserer, at det i § 171, stk. 1, i HGB sammenholdt med § 167, stk. 3, i HGB (tidligere udgave) hedder, at kommanditisten hæfter direkte over for selskabets kreditorer, men at dette ansvar er begrænset til kapitalinvesteringen/den resterende kapitaltilførsel (*»Haftsumme«*) af kommanditisten. I denne forbindelse bemærker Kommissionen, at dette begrænsede ansvar også gælder for likvidationsproceduren. Den resterende del af kommanditistens kapitalindskud på 35,5 mio. EUR, som oprindeligt blev indskudt af NRW.BANK (se betragtning 28), ville være en del af den kapital, der blev anvendt til at kompensere for selskabets forpligtelser.
- (111) Kommissionen bemærker, at Tyskland har fremlagt en detaljeret analyse af likvidationsscenariet for WestSpiel, men ikke har fremlagt underbygget dokumentation for påstanden om, at likvidationsværdien var negativ, f.eks. ved at begrunde WestSpiels individuelle forpligtelser over for tredjeparter med specifikke tal. Tyskland nævner kun vagt *»skønnede beregninger«*, som på ingen måde er underbygget.

— *Likvidationsværdi i henhold til WestSpiels årsregnskab*

- (112) Tysklands argument (*»Westspiels likvidationsværdi ville have været negativ«*) for at afvise likvidationsscenariet bekræftes under alle omstændigheder af resultaterne i WestSpiels årsregnskaber og konsoliderede årsregnskaber/koncernledelsesberetninger, der er udarbejdet af [et andet kendt revisionsfirma] (*»[XY]-rapporterne«*).
- (113) Navnlige ville forholdet mellem passiver og kapital i perioden 2009-2015, der er omhandlet i disse dokumenter, have ført til en negativ likvidationsværdi af WestSpiel: Ifølge årsregnskabet for regnskabsåret 2009 beløb WestSpiels samlede passiver sig til 25,3 mio. EUR, og selskabets kapital beløb sig til 27,9 mio. EUR. Fra regnskabsåret 2010 oversteg passiverne (22,7 mio. EUR) WestSpiels kapital (22,1 mio. EUR), og situationen forblev uændret i årene frem til 2015. Efter at have betalt sine kreditorer på grundlag af § 148, stk. 5, første punktum, i HGB ved at udligne passiver med kapital, ville WestSpiel derfor på nuværende tidspunkt have haft en negativ likvidationsværdi, således som Tyskland hævder.

- (114) Ud fra ovenstående vurdering og på grundlag af den situation, som Tyskland har beskrevet, jf. betragtning 69-71, er Kommissionen af den opfattelse, at en likvidation af WestSpiel på det tidspunkt, hvor den årlige tabsdækning blev ydet, ikke ville have været et økonomisk fornuftigt alternativ til den årlige tabsdækning.

— *Scenarie 2: salg af WestSpiel*

- (115) I sine bemærkninger til åbningsafgørelsen forklarer Tyskland, at den eneste måde, hvorpå NRW.BANK kunne have undgået den byrde, der var forårsaget af WestSpiels tab, ville have været gennem et salg (se betragtning 72-74). Ifølge Tyskland ville et salg før 2015 have resulteret i, at Tyskland ikke opnåede en tilfredsstillende pris og dermed pådrog sig påløbne tab. Tyskland har fremlagt beviser i form af en henvisning til side 101 i [IBR]-rapporten, hvor det anføres, at WestSpiels balance, selv med den kapitaltilførsel, der på daværende tidspunkt var planlagt i form af det stille bidrag, først ville blive positiv i 2021-2023. Som forklaret i betragtning 30 blev WestSpiel endelig solgt til Gauselmann Group i september 2021 til en købspris på 141,8 mio. EUR.
- (116) Af følgende grunde er Kommissionen af den opfattelse, at en sammenlignelig privat investor heller ikke ville have overvejet et salg af WestSpiel i den periode, hvor NRW.BANK besluttede fortsat at dække WestSpiels tab.

— *Vurdering af WestSpiels generelle økonomiske situation i perioden 2009-2015*

- (117) Ligesom i det første scenarie (se betragtning 112-114) undersøgte Kommissionen igen den dokumentation, som Tyskland havde fremlagt på grundlag af WestSpiels årsregnskaber, og [XY]-rapporterne for perioden 2009-2015 og bemærker, at forretningstallene heri bekræfter, at der ikke var begrundelse for et salg af WestSpiel i denne periode.
- (118) Med hensyn til det første scenarie (likvidation) begrænsede Kommissionen sin vurdering af årsregnskaberne og [XY]-rapporterne til forholdet mellem WestSpiels kapital og dets registrerede forpligtelser over for tredjemand. Med hensyn til det andet scenarie (salg) finder Kommissionen det nødvendigt yderligere at se på WestSpiels generelle økonomiske situation i de forskellige år og på [XY]-konsulenternes vurdering af den fremtidige udvikling i WestSpiels rentabilitet med henblik på at vurdere, om et salg ville være rationelt.
- (119) Kommissionen forstår følgende ud fra de foreliggende årsregnskaber og [XY]-rapporter med hensyn til WestSpiels situation i årene 2009-2015:
- Ifølge [XY]-rapporterne oplevede WestSpiel allerede i 2009 faldende bruttospilleindtægter, som kan spores tilbage til ændringer i den nationale lovgivning med hensyn til den rygeforbudspolitik i NRW, der trådte i kraft i 2007, og strengere adgangskontrol for kasinoer samt til udviklingen af kommercielle spil/ulovlige onlinespil og det nye afgiftssystem for kasinoer i NRW, der trådte i kraft den 1. januar 2008. I 2009 havde WestSpiel et endeligt nettotab på 7,9 mio. EUR. På det tidspunkt var WestSpiel stadig underlagt en afgift på 50 % af kasinoernes bruttospilleindtægter⁽⁵⁰⁾. Det fremgår af [XY]-rapporten, at WestSpiels ledelse, og dermed også NRW.BANK som eneste kommanditist, var bekendt med denne situation og med de risici, der var forbundet med selskabets videreførelse. WestSpiels ledelse traf derfor flere forebyggende foranstaltninger. Den indledte f.eks. en omstruktureringsproces og anmodede om en nedsættelse af kasinoafgiften for bestemte kasinolokaliteter.
 - I 2010 udviklede situationen sig på samme måde som i 2009, og der blev truffet yderligere foranstaltninger til omkostningsreduktion, f.eks. tilpasning af produkter og tilbud. Der blev anslået endelige nettotab på 12 mio. EUR for 2012 (næsten det dobbelte af de endelige nettotab på 5,8 mio. EUR i 2010).

⁽⁵⁰⁾ Se § 12 i SpielbG NRW, indført ved Gesetz des Landes Nordrhein-Westfalen zum Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland af 30.10.2007, GV. NRW. Ausgabe 2007 Nr. 24 vom 14.11.2007 Seite 441 bis 460 | RECHT.NRW.DE.

- I 2011 skete der en mindre forbedring af WestSpiels situation med et lavere nettotab på 3,5 mio. EUR ifølge [XY]-rapporten.
 - Nettotabene i 2012 steg til 10,3 mio. EUR, og WestSpiels bruttospilleindtægter var konstant faldende. Alligevel var der ifølge [XY]-rapporten næsten balance i regnskabet for dette år takket være de positive årlige resultater fra kasinoet i Duisburg. Ikke desto mindre forventede ledelsen en massiv byrde for WestSpiels likviditet i 2013.
 - Fra 2012 og fremefter var den nye kasinoafgiftsmodel med lavere afgift på bruttospilleindtægter på 30 %, jf. betragtning 31 og 33, på plads ⁽⁵¹⁾. WestSpiel registrerede stadig nettotab på 8,96 mio. EUR i 2013, hvilket førte til, at ledelsen planlagde en yderligere omstrukturering for at sikre likviditet indtil 2022, der omfattede salg af kunstværkerne og kapitaltilførslen efter overførslen af fortjeneste, jf. betragtning 46 og 47. Ifølge [XY]-rapporten forventedes der et endeligt nettooverskud på 4,4 mio. EUR i 2014 som følge af omstrukturen.
 - Ifølge [XY]-rapporten for 2014 opnåede WestSpiel som følge af gennemførelsen af omstrukturingsforanstaltningerne et positivt resultat i form af et nettooverskud på 3,3 mio. EUR efterfulgt af et nettotab på under 1 mio. EUR i 2015.
- (120) De dokumenter, som Kommissionen råder over, bekræfter derfor Tysklands påstand om, at WestSpiel på intet tidspunkt i årene 2009-2015 ville have været en attraktiv investering for en teoretisk køber på grund af dets fortsatte nettotab og de igangværende lovgivningsmæssige udfordringer på nationalt plan.
- (121) For så vidt som Tyskland henviser til prognosen for WestSpiels likviditet på side 101 i [IBR]-rapporten (på grundlag af årsregnskaberne/[XY]-rapporterne fra 2013 og 2014), bemærker Kommissionen, at analysen i modsætning til, hvad Tyskland beskriver, ikke omfatter situationen med kapitaltilførslen som led i omstrukturen, men udviklingen i WestSpiels likviditet uden den planlagte kapitaltilførsel (efter salget af kunstværkerne og overførslen af fortjeneste). Tysklands ukorrekte fortolkning af [IBR]-rapporten ændrer imidlertid ikke Kommissionens opfattelse og bekræfter den yderligere, da figuren i betragtning 74 viser, at WestSpiels balance uden kapitaltilførslen ville have været negativ indtil 2021. Efter Kommissionens opfattelse er det derfor ikke realistisk, at NRW.BANK kunne have kompenseret tabene i den kapital, der blev stillet til rådighed for WestSpiel, med den købspris, der blev opnået ved et salg på dette tidspunkt.
- (122) Salget af en virksomhed er desuden, i lighed med likvidation, en kompleks og langvarig juridisk proces. Ud over de generelle regler i handels- og selskabsretten er der også arbejdsretlige krav vedrørende f.eks. overførsel af personale i henhold til § 613a i BGB og udformning af sociale planer i henhold til § 112 i den tyske lov om virksomheders medbestemmelse (*Betriebsverfassungsgesetz, BetrVG*), krav i henhold til skattelovgivningen (f.eks. forpligtelsen til at betale indkomstskat, handels- og selskabsskat og moms) og krav i henhold til konkurrencelovgivningen (vedrørende en eventuel fusion, der er underlagt EU's fusionskontrolregler).
- (123) På baggrund af ovenstående finder Kommissionen, at salget af WestSpiel ikke ville have været en rimelig mulighed for Tyskland på det tidspunkt, hvor den årlige tabsdækning blev ydet.

— *Vurdering af det faktiske scenarie (årlig tabsdækning)*

⁽⁵¹⁾ Se § 12 i SpielbG NRW, som ændret ved § 3 i Gesetz zum Ersten Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland (Erster Glücksspieländerungsstaatsvertrag — Erster GlüÄndStV), GV. NRW. Ausgabe 2012 Nr. 29 vom 22.11.2012 Seite 523 bis 546 | RECHT.NRW.DE.

- (124) Kommissionen er af den opfattelse, at det faktiske scenarie, som NRW.BANK valgte, er den mest rimelige tilgang fra en aktionærs side.
- (125) Generelt er aktionærernes årlige tabsdækning også almindelig praksis i selskaber, ofte på grundlag af aftaler om kontrol- og overskudsoverførsel inden for selskabsstrukturer indgået mellem moderselskabet og dets datterselskaber ⁽⁵²⁾. Denne årlige tabsdækning kan desuden snarere betragtes som en investors passive adfærd, da aktionærer er forpligtede til at udligne tab i et selskabs årsregnskab med deres egenkapitalandel i henhold til tysk selskabsret, jf. betragtning 103 og 104, og den årlige tabsdækning viser sig derfor at være en rent automatisk mekanisme, der ikke kræver en særskilt beslutning fra en aktionær.
- (126) Kommissionen er derfor af den opfattelse, at en privat investor — selv uden en ekspertrapport eller anden dokumentation — ville have valgt det tredje scenarie blandt de tre scenarier (øjeblikkeligt salg/likvidation/singen handling«).
- (127) I denne henseende kan hverken salget af en virksomhed umiddelbart efter, at den er blevet tabsgivende, eller investeringen af ny kapital med henblik på at opretholde en (tabsgivende) virksomhed siges altid at være i overensstemmelse med det markedsøkonomiske investorprincip. Det er snarere tilfældet, at enhver beslutning (det være sig afhændelse, opretholdelse af status quo eller tilførsel af ny kapital) skal vurderes konkret fra sag til sag og vurderes i forhold til en forsigtig markedsøkonomisk investors adfærd.

— *Konklusion vedrørende fordelene*

- (128) I lyset af ovenstående konkluderer Kommissionen derfor, at den påståede årlige tabsdækning ikke gav WestSpiel en økonomisk fordel, da sådanne betalinger kun opslugte WestSpiels egenkapital (se betragtning 100-104), og da NRW.BANK handlede på en økonomisk rationel måde, da den besluttede at opretholde sit kapitalindskud i WestSpiel i den forstand, at det var økonomisk fornuftigt ikke at sælge med tab, men snarere at vente på bedre tider (selv om det måske havde været hensigten — muligvis — fortsat at lide tab, dvs. at WestSpiels kapital blev reduceret endnu mere), hvor den kunne kompensere for dette kapitalforbrug ved at sælge WestSpiel med fortjeneste.

6.1.2. *Påstået kapitaltilførsel i 2015*

6.1.2.1. *Forholdet mellem ordningen for overførsel af fortjeneste og kapitaltilførslen*

- (129) For at afgøre, om den påståede kapitaltilførsel skal betragtes som statsstøtte, skal Kommissionen først vurdere spørgsmålet om, hvorvidt overførslen af fortjeneste i 2014 ⁽⁵³⁾ og NRW's kapitaltilførsel på 64,8 mio. EUR til WestSpiel i 2015 skal betragtes som to forskellige foranstaltninger eller som en enkelt transaktion.
- (130) På grundlag af oplysningerne fra Tyskland om kapitaltilførselssystemet (se betragtning 48 og 49) følger det heraf, at NRW.BANK's forpligtelse til at tilføre WestSpiel yderligere selskabskapital blev retligt bindende den 1. december 2015 i overensstemmelse med trusteeaftalen, og da den udestående betalingsbetingelse (»[...] ikke før undertegnelsen af aftalen om stille partnerskab [...]«, jf. betragtning 26), var opfyldt. Kommissionen er derfor af den

⁽⁵²⁾ Se f.eks. Kommissionens afgørelse C(2011) 632 endelig af 23. februar 2011 om statsstøtte SA.20255 C 58/06 (ex NN 98/05) iværksat af Tyskland til fordel for Bahnen der Stadt Monheim (BSM) og Rheinische Bahngesellschaft (RBG) i Verkehrsverbund Rhein-Ruhr (EUT L 210 af 17.8.2011, s. 1), Kommissionens afgørelse C(2011) 3899 af 15. juni 2011 om statsstøtte SA.31296 (N 322/2010) — Tyskland — Kommunale Wasserwerke Leipzig GmbH (EUT C 1 af 4.1.2013, s. 2), Kommissionens afgørelse C(2024) 2781 final af 13. juni 2024 om statsstøtte SA.55744 (2024/C) (ex 2019/FC) — Påstået støtte til WestVerkehr (EUT C, C/2024/4762, 30.7.2024, s. 1) og Kommissionens afgørelse C(2022) 639 final af 31. januar 2022 om statsstøtte SA.50952 (2022/C) (ex 2018/FC) — Påståede statsstøtteforanstaltninger til fordel for DB Cargo (EUT C 316 af 18.8.2022, s. 20). Denne praksis støttes også af § 302, stk. 1, i AktG, som udtrykkeligt giver mulighed for, at den anden part årligt dækker tab i forbindelse med en kontrollerende aftale eller en aftale om overførsel af fortjeneste.

⁽⁵³⁾ På grundlag af § 14 i SpielbG NRW (tidligere udgave) (se betragtning 32), som krævede, at WestSpiel overførte 75 % af sin samlede årlige fortjeneste, dvs. et beløb på ca. 82 mio. EUR efter salget af to kunstværker, til NRW.

opfattelse, at den faktiske dato for tildeling af foranstaltningen var den 1. december 2015. Kommissionens holdning ændres heller ikke af, at midlerne først blev overført fra NRW til NRW.BANK som trustee den 10. december 2015, og at den endelige overførsel af disse midler fra NRW.BANK til WestSpiel fandt sted den 15. december 2015, da dette blot udgjorde en afslutning af processen.

- (131) Tyskland mener, at ordningen for overførsel af fortjeneste og kapitaltilførslen skal betragtes som en enkelt transaktion, og at NRW lige så godt kunne have ændret § 14 i SpielbG NRW (tidligere udgave) i stedet for at tilføre kapital til WestSpiel.
- (132) Ifølge Tyskland ville overførslen af fortjeneste i 2014 på ca. 82 mio. EUR kombineret med »tilbageførslen« i 2015 på 64,8 mio. EUR i WestSpiel samlet set have ført til en finansiel nettostrøm på ca. 17,2 mio. EUR fra WestSpiel til staten. På denne baggrund gør Tyskland gældende, at foranstaltningen, hvis den overhovedet havde foreligget, ville have medført en ulempe snarere end en fordel for WestSpiel. Kommissionen er imidlertid uenig i denne argumentation. Overførslen af fortjeneste og kapitaltilførslen er således ikke delforanstaltninger af en kompleks foranstaltning. Der er tale om to forskellige foranstaltninger, som følger deres egen logik. I den foreliggende sag kan kapitaltilførslen ikke betragtes som en delforanstaltning af en samlet foranstaltning. De penge, som WestSpiel betalte i første omgang inden for rammerne af ordningen for overførsel af fortjeneste baseret på § 14 i SpielbG NRW (tidligere udgave), skulle betales som skat og blev modtaget af staten i dens egenskab af statslig myndighed.
- (133) Kapitaltilførslen er en særskilt foranstaltning, da den klart følger af dens art og indhold, den sammenhæng, hvori den indgår, det forfulgte mål og de regler, som den er underlagt: I modsætning til ordningen for overførsel af fortjeneste er kapitaltilførslen ikke en skattemæssig foranstaltning, da den ikke træffes af staten i dens egenskab af skattemyndighed, men skyldes en beslutning truffet af staten i dens egenskab af aktionær og dermed investor. Desuden er foranstaltningerne ikke blevet vedtaget efter de samme regler eller med de samme bestemmelser. Ordningen for overførsel af fortjeneste blev vedtaget allerede i 2008, mens kapitaltilførslen blev ydet den 1. december 2015, jf. betragtning 130. Den »totrinstillgang« (dvs. overførsel af ordningen for overførsel af fortjeneste i 2014 og »kapitaltilbageførslen« i 2015), som Tyskland henviser til, fandt kun sted i denne rækkefølge som følge af skatteordningen, der blev indført syv år før og opretholdt efter kapitaltilførslen. Det kan heller ikke hævdes, at denne kapitaltilførsel kunne forudses på det tidspunkt, hvor ordningen for overførsel af fortjeneste blev indført.
- (134) Desuden viser den omstændighed, at NRW ikke havde ændret SpielbG NRW for at kompensere for den »strukturelle ulempe«, der var forårsaget af ordningen for overførsel af fortjeneste, at NRW betragtede ordningen for overførsel af fortjeneste som en ekstern faktor og ikke som en del af sine aktionæraftaler med WestSpiel. Derfor kan ordningen for overførsel af fortjeneste og kapitaltilførslen ikke betragtes som en enkelt transaktion, men skal betragtes som to forskellige foranstaltninger.

— *Konklusion vedrørende forholdet mellem ordningen for overførsel af fortjeneste og kapitaltilførslen*

- (135) På grundlag af ovenstående konkluderer Kommissionen, at Tysklands ræsonnement om tilstedeværelsen af en enkelt transaktion ikke kan anvendes til at udelukke, at der foreligger en fordel, da overførslen af fortjeneste og kapitaltilførslen skal betragtes som to uafhængige foranstaltninger.

6.1.2.2. Vurdering af kapitaltilførslen

- (136) Da ordningen for overførsel af fortjeneste og kapitaltilførslen er selvstændige foranstaltninger (se afsnit 6.1.2.1), skal de to vurderes separat. Den ordning for overførsel af fortjeneste, der er fastsat i § 14 i SpielbG NRW (tidligere udgave), udgør ikke statsstøtte i henhold til artikel 107, stk. 1, i TEUF. Det følger allerede af karakteren af ordningen for overførsel af fortjeneste, at der ikke er tale om overførsel af statsmidler, der kan forbedre en virksomheds økonomiske situation, da strømmen af midler går fra det offentlige kasino til staten og ikke omvendt. Den følgende vurdering vil derfor udelukkende fokusere på kapitaltilførslen.

6.1.2.2.1. Virksomhed

- (137) Statsstøttere reglerne finder kun anvendelse, hvis støttemodtageren er en »virksomhed«. Domstolen har konsekvent defineret en virksomhed som enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde⁽⁵⁴⁾. Klassifikationen af en bestemt enhed afhænger dermed helt af, hvad dens aktiviteter består i⁽⁵⁵⁾.
- (138) WestSpiel tilbyder som offentligt kasino tjenester (især spiltjenester, men også cateringtjenester) mod betaling (indgangsgebyrer, en brøkdel af væddemålene og betaling for andre tjenester) på et marked. WestSpiel udøver derfor økonomiske aktiviteter, for så vidt angår statsstøtte, og kan derfor betragtes som en virksomhed i henhold til artikel 107, stk. 1, i TEUF.

6.1.2.2.2. Statsmidler og tilregning til staten

- (139) Kun fordele, der ydes direkte eller indirekte ved hjælp af statsmidler, udgør statsstøtte efter artikel 107, stk. 1, i TEUF⁽⁵⁶⁾. Statsmidler omfatter alle den offentlige sektors midler⁽⁵⁷⁾, herunder statslige (decentrale, føderale, regionale eller andre) organers midler⁽⁵⁸⁾, og i visse tilfælde også private enheders midler. Det er ikke relevant, om en institution i den offentlige sektor er uafhængig⁽⁵⁹⁾.
- (140) Offentlige virksomheders midler er også statsmidler efter artikel 107, stk. 1, i TEUF, fordi staten kan træffe bestemmelse om anvendelsen af disse midler⁽⁶⁰⁾. I forbindelse med statsstøttere reglerne kan overførsler af midler inden for en gruppe af offentlige virksomheder også udgøre statsstøtte, f.eks. hvis midler overføres fra moderselskabet til dets datterselskab (selv om de er den samme virksomhed set ud fra et økonomisk synspunkt)⁽⁶¹⁾. Det, der er afgørende for, at finansielle midler kan betegnes som statsmidler, er ikke en faktisk overførsel af midlerne, men det forhold, at midlerne er under statens kontrol, og at de statslige myndigheder disponerer over disse midler⁽⁶²⁾.
- (141) Når en offentlig myndighed giver en modtager en fordel, skal foranstaltningen pr. definition tilregnes staten. Tilregningen til staten er imidlertid mindre klar, hvis fordelene ydes gennem offentlige virksomheder. I sådanne tilfælde er det nødvendigt at undersøge, om de offentlige myndigheder må anses for på den ene eller den anden måde at være involveret i vedtagelsen af foranstaltningen⁽⁶³⁾. Alene den omstændighed, at en foranstaltning er vedtaget af en offentlig virksomhed, er ikke i sig selv tilstrækkeligt til at tilregne den til staten⁽⁶⁴⁾. Hvorvidt en foranstaltning truffet af en offentlig virksomhed kan tilregnes staten, vil derfor kunne udledes ved en bedømmelse af sagens omstændigheder som helhed og den sammenhæng, hvori foranstaltningen er truffet⁽⁶⁵⁾.

⁽⁵⁴⁾ Domstolens dom af 12.9.2000, Pavlov m.fl., forenede sager C-180/98-C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, præmis 74, og Domstolens dom af 10.1.2006, Cassa di Risparmio di Firenze SpA m.fl., C-222/04, ECLI:EU: C:2006:8, præmis 107.

⁽⁵⁵⁾ Se betragtning 6 og 7 til Kommissionens meddelelse om begrebet statsstøtte som omhandlet i artikel 107, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (EUT C 262 af 19.7.2016, s. 1).

⁽⁵⁶⁾ Domstolens dom af 24. januar 1978, Van Tiggele, C-82/77, ECLI:EU:C:1978:10, præmis 25 og 26, og Rettens dom af 12.12.1996, Air France mod Kommissionen, T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, præmis 63.

⁽⁵⁷⁾ Rettens dom af 12.12.1996, Air France mod Kommissionen (T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, præmis 56).

⁽⁵⁸⁾ Domstolens dom af 14.10.1987, Tyskland mod Rådet, sag C-248/84, ECLI:EU:C:1987:437, præmis 17, og Rettens dom af 6.3.2002, Territorio Histórico de Álava m.fl. mod Kommissionen, forenede sager T-92/00 og 103/00, ECLI:EU:T:2002:61, præmis 57.

⁽⁵⁹⁾ Rettens dom af 12.12.1996, Air France mod Kommissionen, T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, præmis 58-62.

⁽⁶⁰⁾ Domstolens dom af 16.5.2002, Frankrig mod Kommissionen (Stardust), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, præmis 38, Domstolens dom af 29.4.2004, Grækenland mod Kommissionen, C-278/00, ECLI:EU:C:2004:239, præmis 53 og 54, og Domstolens dom af 8.5.2003, Italien og SIM 2 Multimedia mod Kommissionen, forenede sager C-328/99 og C-399/00, ECLI:EU:C:2003:252, præmis 33 og 34.

⁽⁶¹⁾ Domstolens dom af 11.7.1996, SFEI m.fl., C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, præmis 62.

⁽⁶²⁾ Domstolens dom af 16.5.2002, Frankrig mod Kommissionen (Stardust), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, præmis 36 og 37.

⁽⁶³⁾ Domstolens dom af 16.5.2002, Frankrig mod Kommissionen (Stardust), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, præmis 52.

⁽⁶⁴⁾ Domstolens dom af 16.5.2002, Frankrig mod Kommissionen (Stardust), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, og Rettens dom af 26.6.2008, Italien mod Kommissionen, T-442/03, ECLI:EU:T:2008:228, præmis 93-100.

⁽⁶⁵⁾ Domstolens dom af 16.5.2002, Frankrig mod Kommissionen (Stardust), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, præmis 55.

- (142) Med hensyn til Kommissionens konklusion i betragtning 94 til åbningsafgørelsen om, at kapitaltilførslen ydes ved hjælp af statsmidler, anfører Tyskland (se betragtning 82), at kapitaltilførslen ikke udgjorde statsmidler, da den tilførte kapital faktisk hidrørte fra salget af to af WestSpiels kunstværker og dermed fra den pris på 114,4 mio. EUR, som køberen betalte for kunstværkerne.
- (143) Med hensyn til kriteriet om statsmidler er Kommissionen ikke enig i Tysklands argument, da overførslen af fortjeneste på ca. 82 mio. EUR var en transaktion, der fandt sted mellem salget af kunstværkerne og kapitaltilførslen. Ved hjælp af overførslen af fortjeneste blev dette beløb overført fra WestSpiel til staten, og fra det tidspunkt kan det ikke antages, at disse midler var private, da staten udøvede kontrol over disse midler.
- (144) Med hensyn til foranstaltningens tilregnelser bemærker Kommissionen, at beslutningen om at tilføre kapital blev truffet af NRW som beskrevet i betragtning 47-49, og at overvejelserne vedrørende dækning af tab i betragtning 70 til åbningsafgørelsen finder anvendelse mutatis mutandis (se betragtning 95 til åbningsafgørelsen). Som forklaret heri bemærker Kommissionen, at: i) NRW.BANK er NRW's erhvervsfremmende bank, hvis opgave er at støtte sin ejer — NRW — i udførelsen af dennes strukturpolitiske og økonomipolitiske opgaver, ii) NRW er garant for NRW.BANK, og iii) de styrende organer, navnlig garantbestyrelsen og tilsynsorganet, består for størstedelens vedkommende af personer, der beklæder offentlige hverv.
- (145) Kommissionen anførte også i betragtning 70 til åbningsafgørelsen, at disse betragtninger ville blive gjort til genstand for yderligere præciseringer, navnlig med hensyn til NRW.BANK's struktur, dens beslutningsprocesser og statens deltagelse i (mulige) beslutninger. I denne forbindelse konstaterer Kommissionen følgende:
- Ifølge rapporten om den offentlige forvaltning i NRW.BANK's regnskab for 2015⁽⁶⁶⁾ er NRW garant og eneaktionær i NRW.BANK. I denne forbindelse har NRW udstyret NRW.BANK med specifikke ansvarsinstrumenter, nemlig institutionelt ansvar og garantansvar, og NRW har stillet en eksplicit refinansieringsgaranti.
 - NRW.BANK har en garantbestyrelse, hvor NRW udøver sine rettigheder inden for rammerne af sine retlige beføjelser og som ejer af NRW.BANK, og udøver sine stemmerettigheder gennem to repræsentanter. Andre medlemmer af garantbestyrelsen er NRW's økonomiminister, NRW's finansminister og NRW's boligminister samt ex officio-medlemmer.
 - Med hensyn til NRW.BANK's bestyrelse forklares det i rapporten om offentlig forvaltning, at den som NRW.BANK's tilsynsorgan har til opgave at overvåge den ledelse, der udføres af direktionen, og at udnævne og afsætte medlemmerne af direktionen. I 2015 bestod bestyrelsen af i alt 15 medlemmer, hvoraf syv medlemmer, og dermed flertallet, var udpeget af NRW som garant for NRW.BANK.
 - Desuden fører staten, nærmere bestemt af NRW's indenrigsministerium og NRW's boligministerium (med hensyn til boligspørgsmål) tilsyn med NRW.BANK.
- (146) I lyset af ovenstående indikatorer noterer Kommissionen sig, at NRW.BANK i kraft af sin rolle som enegarant for NRW.BANK udøvede stemmerettigheder gennem sine ministre i garantbestyrelsen og havde flertallet af de delegerede medlemmer af tilsynsorganet, som kontrollerer NRW.BANK's direktion, udøvede NRW og dermed staten udøvede en afgørende indflydelse på NRW.BANK og på de beslutninger, der blev truffet i dens organer på det tidspunkt, hvor kapitalen blev indskudt i WestSpiel i 2015. Kommissionen bemærker derfor, at det kan vurderes, at kapitaltilførslen kan tilregnes staten.
- (147) Kommissionen finder derfor, at kapitaltilførslen i 2015, hvad angår NRW.BANK's handlinger, indebærer en overførsel af statsmidler og kan tilregnes staten.

⁽⁶⁶⁾ Se finansiell rapport for NRW.BANK 2015, s. 7-23.

6.1.2.2.3. Fordel

- (148) En fordel som omhandlet i artikel 107, stk. 1, i TEUF er som beskrevet ovenfor en økonomisk fordel, som en virksomhed ikke kunne have opnået under normale markedsbetingelser, dvs. uden statslig indgriben. For at vurdere, om der foreligger en fordel, skal en virksomheds finansielle situation efter gennemførelsen af en foranstaltning sammenlignes med, hvordan virksomhedens finansielle situation ville have set ud, hvis foranstaltningen ikke var blevet indført, ifølge EU-domstolens retspraksis ⁽⁶⁷⁾.
- (149) Kommissionen fandt i betragtning 76 til åbningsafgørelsen, at NRW's tilførsel af ny kapital på 64,8 mio. EUR i 2015 isoleret set gav WestSpiel en fordel. I denne forbindelse bemærkede Kommissionen, at overførslen af fortjeneste, som anerkendt af Tyskland, udgør en skat som omhandlet i den tyske skattelov, mens kapitaltilførslen i 2015 havde en anden karakter.
- (150) Tyskland anfører i sine bemærkninger til åbningsafgørelsen, at kapitaltilførslen i den foreliggende sag ikke gav WestSpiel en fordel, og fremfører fem argumenter. For det første udgjorde kapitaltilførslen blot en delvis »tilbageførsel« af fortjeneste overført fra WestSpiel. For det andet var kapitaltilførslen i overensstemmelse med det markedsøkonomiske investorprincip, eftersom NRW handlede som en privat investor under sammenlignelige omstændigheder ved at tilføre kapitalen. For det tredje har Tyskland forklaret, at kapitaltilførslen ikke udgjorde statsstøtte, da den kun kompenserede WestSpiel for dets strukturelle ulempe (bestående i dets høje skattebyrde). For det fjerde har Tyskland anført, at det samme økonomiske resultat under alle omstændigheder kunne være opnået ved hjælp af en lovændring (lempelse af WestSpiels skattebyrde). For det femte ville enhver teoretisk støtte ifølge Tyskland i vid udstrækning være blevet tilbagebetalt ved opnåelse af en højere pris ved salget af WestSpiel (se afsnit 4.2).

6.1.2.2.3.1. Vurdering af Tysklands argument om, at kapitaltilførslen var i overensstemmelse med det markedsøkonomiske investorprincip

- (151) Som forklaret i betragtning 78 er Tyskland af den opfattelse, at kapitaltilførslen i 2015 fra NRW.BANK svarede til en privat investors adfærd under sammenlignelige omstændigheder og derfor var i overensstemmelse med det markedsøkonomiske investorprincip. Tyskland har anført, at kapitaltilførslen var nødvendig for at genoprette WestSpiels rentabilitet og dermed bevare den kapital, der allerede var investeret i selskabet. Tyskland baserer sin MEIP-begrundelse på en »kortsigtet vurdering« ⁽⁶⁸⁾ og en »langsigtet vurdering« ⁽⁶⁹⁾.

— *Anvendelse af det markedsøkonomiske investorprincip*

- (152) For at kunne basere sig på det markedsøkonomiske investorprincip skal dette princip ifølge Kommissionen under alle omstændigheder finde anvendelse i første omgang. Det vil sige, at det skal være muligt at sammenligne statens adfærd med adfærd hos en privat investor, som ikke nyder godt af en skattemyndigheds prærogativer og indtægter i forhold til en virksomhed. For at opfylde det markedsøkonomiske investorprincip skal medlemsstaterne entydigt og på grundlag af objektiv og verificerbar dokumentation godtgøre, at det er i egenskab af investor, at den har iværksat foranstaltningen. Disse forhold skal klart godtgøre, at den pågældende medlemsstat forud for eller samtidig med tildelingen af den økonomiske fordel har truffet en beslutning på grundlag af økonomiske vurderinger, der kan sammenlignes med dem, som en rationel privat investor under de foreliggende omstændigheder ville have foretaget, inden investeringen blev foretaget, med henblik på at fastlægge sin fremtidige rentabilitet.
- (153) Kommissionen er af den opfattelse, at Tyskland ikke har fremlagt dokumentation, der opfylder disse kriterier, og at det markedsøkonomiske investorprincip derfor ikke finder anvendelse på kapitaltilførslen som forklaret umiddelbart nedenfor.

⁽⁶⁷⁾ Domstolens dom af 2.7.1974, Italien mod Kommissionen, C-173/73, ECLI:EU:C:1974:71, præmis 13.

⁽⁶⁸⁾ Tyskland forklarer, at kapitaltilførslen var i overensstemmelse med det markedsøkonomiske investorprincip som en selvstændig foranstaltning.

⁽⁶⁹⁾ Tyskland gør gældende, at der kan tages højde for fremtidige højere skatteindtægter i vurderingen, jf. EDF-dommen. Tyskland gør endvidere gældende, at kapitaltilførslen var nødvendig for at genoprette WestSpiels rentabilitet og dermed bevare den kapital, der allerede var investeret i selskabet.

- (154) Tyskland hævder, at der blev foretaget en forhåndsvurdering med [IBR]-rapporten. Hverken [IBR]-rapporten eller noget andet dokument fra Tyskland opfylder imidlertid de kriterier, der er beskrevet i betragtning 152. Tyskland har ikke gennemført en forhåndsvurdering af kapitaltilførselens rentabilitet i modsætning til, hvad en markedsøkonomisk investor ville have gjort. Det markedsøkonomiske investorprincip finder ikke anvendelse på den blotte »tilbageførsel« af en del af en skattebetaling i en virksomhed uden en forhånds analyse af rentabiliteten (se analogt Rettens dom i sag T-747/15, EDF mod Kommissionen, og Domstolens kendelse i sag C-221/18 P, EDF mod Kommissionen). Navnlig vurderes det ikke i [IBR]-rapporten, om kapitaltilførslen i 2015 var en rimelig investering, ligesom de kontrafaktiske scenarier ikke vurderes (likvidation, salg eller »ingen foranstaltninger« i stedet for en kapitaltilførsel).
- (155) Som forklaret i betragtning 91 til åbningsafgørelsen finder Kommissionen, at Tyskland ikke havde elementer, der kunne godtgøre, at NRW gennem kapitaltilførslen ville have genereret — fra et forhåndsperspektiv — en yderligere forrentning af kapitalen, som den ikke ville have genereret uden kapitaltilførslen.
- (156) [IBR]-rapporten indeholder ikke en sådan analyse af de kontrafaktiske scenarier, WestSpiels situation uden kapitaltilførslen sammenlignet med det faktiske scenarie og WestSpiels situation med kapitaltilførslen. Med hensyn til Tysklands henvisning til side 101 i [IBR]-rapporten (se betragtning 74) beskriver denne prognose for WestSpiels likviditet for årene 2015 til 2023, som forklaret i betragtning 121, kun selskabets udvikling uden den planlagte kapitaltilførsel (efter salget af kunstværkerne og overførslen af fortjeneste), men omfatter ikke situationen med kapitaltilførslen.
- (157) Side 106 i [IBR]-rapporten indeholder en prognose for likviditetsudviklingen i perioden 2014-2023 for scenariet med kapitaltilførslen. Ikke desto mindre er analysen af dette scenarie fortsat begrænset til udsagnene om, at »ved kapitaltilførslen råder WestSpiel KG over positive finansielle midler i hele planlægningsperioden«, og at likviditeten ikke vil falde til under »en minimumslikviditet på 5 mio. EUR« og vil »ligge lidt over minimumslikviditeten i andet kvartal 2020«. Bortset fra disse skøn er der ingen anden analyse, navnlig ingen forklaring på, hvordan kapitaltilførslen konkret (positivt) vil påvirke WestSpiels fremtidige finansielle resultater ⁽⁷⁰⁾.
- (158) Med hensyn til en eventuel likvidation eller et eventuelt salg af WestSpiel som kontrafaktiske scenarier for kapitaltilførslen indeholder [IBR]-rapporten desuden ingen beskrivelse eller analyse af den hypotetiske gennemførelse af nogen af disse scenarier.
- (159) Tyskland har derfor hverken fremlagt en detaljeret forretningsplan eller en anden analyse, der sammenligner det generelle scenarie uden kapitaltilførslen, navnlig de specifikke kontrafaktiske scenarier med »ingen handling« og en likvidation eller et salg, der indeholder nøjagtige, fuldstændige skøn over den fremtidige rentabilitet og detaljerede omkostnings- og overskudsanalyser, med det faktiske scenarie for kapitaltilførslen.

— *Konklusion vedrørende anvendelsen af det markedsøkonomiske investorprincip*

- (160) Af disse grunde finder Kommissionen, at det markedsøkonomiske investorprincip ikke finder anvendelse på kapitaltilførslen.

— *Anvendelse af det markedsøkonomiske investorprincip*

- (161) Uanset ovenstående vurdering, hvor Kommissionen konkluderer, at det markedsøkonomiske investorprincip ikke finder anvendelse, finder Kommissionen subsidiært, at det markedsøkonomiske investorprincip ikke ville være opfyldt, selv om det markedsøkonomiske investorprincip fandt anvendelse.
- (162) Kommissionen vil nedenfor behandle de to argumenter (»kortsigtet« og »langsigtet« vurdering), som Tyskland har fremført, som det forklares i betragtning 78.

— *Tysklands »kortsigtede vurdering«*

⁽⁷⁰⁾ Navnlig nævnes udviklingen i de årlige bruttopilleindtægter ikke.

- (163) Hvad for det første angår Tysklands »kortsigtede« synspunkt, jf. betragtning 78, er Kommissionen, når den betragter kapitaltilførslen i 2015 som en selvstændig foranstaltning (dvs. uden at tage hensyn til skatteprovenuet fra overførslen af fortjeneste), ikke enig i, at der for en privat investor ikke ville have været nogen alternativ mulighed til den model, der omfatter de tre trin (salg af kunstværker/overførsel af fortjeneste/kapitaltilførsel), og at den eneste mulige alternative mulighed ville have været ikke at gennemføre foranstaltningerne og dermed miste den fulde værdi af NRW.BANK's andel i WestSpiel samt udsigten til fremtidige indtægter.
- (164) Kommissionen er af den opfattelse, at afviklingen eller salget af WestSpiel, i modsætning til dens holdning til de kontrafaktiske scenarier for den årlige tabsdækning, ville have været økonomisk mere rimeligt sammenlignet med den kapitaltilførsel, som NRW.BANK foretog i 2015. En sådan kapitaltilførsel, der foretages for at holde virksomheden kørende, opfylder kun det markedsøkonomiske investorprincip, når den kan forventes (baseret på forhåndsovervejelser) at føre til et resultat, der er bedre end de to andre muligheder. Under alle omstændigheder skal en sådan test udføres på forhånd.
- (165) Kommissionen vurderede de kontrafaktiske scenarier (likvidation eller salg af WestSpiel eller »ingen handling«) i forhold til det faktiske scenarie (kapitaltilførsel), som NRW.BANK havde valgt, for at fastslå, om en privat investor under sammenlignelige omstændigheder ville have handlet på samme måde.
- (166) Vurderingen er primært baseret på WestSpiels årsregnskaber og [XY]-rapporterne for 2013 og 2014, da disse dokumenter repræsenterer perioden, umiddelbart inden NRW.BANK traf beslutningen om at yde kapitaltilførslen i december 2015, og derfor er bedst egnede til at vise WestSpiels situation på tidspunktet for kapitaltilførslen ⁽⁷¹⁾. Kommissionen undersøgte også WestSpiels prognoser og planer for overskud og tab, balance og likviditet for perioden 2015-2023 som fastsat i [IBR]-rapporten.

— *Vurdering af de kontrafaktiske scenarier: likvidation og salg*

- (167) Ifølge WestSpiels årsregnskab og [XY]-rapporterne, jf. betragtning 113, oversteg passiverne WestSpiels kapital i årene 2010-2015, og dermed også i 2013 og 2014. Nærmere bestemt viser WestSpiels regnskaber passiver på 17,5 mio. EUR og en kapital på 9,6 mio. EUR i 2013 og passiver på 17,6 mio. EUR og en kapital på ca. 14 mio. EUR i 2014. Kommissionen er derfor af den opfattelse, at en likvidation af WestSpiel i perioden forud for kapitaltilførslen i december 2015 kun ville have været mulig til en negativ værdi, dvs. at passiverne ville have oversteget WestSpiels kapital (se betragtning 109). Også med hensyn til et eventuelt salg ville virksomheden ikke have været særlig attraktiv på det tidspunkt.
- (168) På trods af den store sandsynlighed for, at NRW.BANK ikke kunne have bevaret sin andel i WestSpiel med en likvidation eller et salg i 2013 eller 2014, ville likvidationen eller salget af virksomheden eller muligheden for slet ikke at handle alligevel have været at foretrække frem for kapitaltilførslen. WestSpiels årsregnskaber skal navnlig vurderes ud fra et andet perspektiv for kapitaltilførslen og for den årlige tabsdækning, da situationerne ikke er sammenlignelige:
- For det første ville en fornuftig privat investor ikke have tilført yderligere kapital for at styrke en virksomhed, hvis allerede betydelige investeringer tidligere (den årlige tabsdækning siden 2009) ikke havde ført til et positivt resultat i virksomhedens finansielle situation. Som beskrevet i betragtning 119 blev WestSpiels situation ikke forbedret med den årlige tabsdækning. Tværtimod var de årlige bruttospillemuligheder stadig faldende, og de årlige nettotab forblev konstant høje indtil salget af kunstværkerne i 2014. I 2014 opnåede WestSpiel et lavt nettooverskud. På det tidspunkt, hvor beslutningen om kapitaltilførslen blev truffet i 2014, ville en privat investor have været i stand til at vurdere virkningerne af WestSpiels årlige tabsdækning i de seneste fem år og drage den konklusion, at virksomhedens situation fortsat forværredes. En fornuftig investor ville derfor ikke have tilført yderligere kapital ved at løbe risikoen for endnu større økonomiske tab og ville i stedet straks have indledt likvidationen eller salget af virksomheden.

⁽⁷¹⁾ [IBR]-rapporten er også baseret på WestSpiels forretningsoplysninger for 2013 og 2014 (se s. 114 i [IBR]-rapporten).

- For det andet udgjorde den årlige tabsdækning en rent passiv adfærd fra en aktionærs side, som ikke krævede en specifik handling eller aktiv beslutning, da den proces, hvorved aktionærer i et kommanditselskab modregner tab i egenkapitalen, følger af en forpligtelse i henhold til tysk selskabsret (se betragtning 103 og 104). Derimod er beslutningen om at tilføre ny kapital en aktiv beslutning, der ikke er baseret på en ren juridisk automatik. Tærsklen for en investor er derfor meget højere, før han træffer beslutning om at yde en kapitaltilførsel, og denne foranstaltning skal derfor undersøges strengere end situationen med »ingen handling« i forbindelse med den årlige tabsdækning.
- For det tredje gælder dette ikke for kapitaltilførslen, selv om Kommissionen i forbindelse med tabsdækningen argumenterer for, at det kan være forståeligt, at en aktionær, der har foretaget en betydelig investering (startkapitaltilførslen) og accepteret tab i en virksomhed over lang tid, afstår fra likvidation eller salg af virksomheden (se betragtning 107-125). Kommissionen er af den opfattelse, at dette argument ikke kan anvendes i en ubegrænset periode og på et ubegrænset tab, som en virksomhed har lidt, da dette ville give en investor mulighed for at foretage en startinvestering i en virksomhed og derefter acceptere tab eller foretage yderligere betalinger uden nogensinde igen at være forpligtet til at vurdere rentabiliteten og rationaliteten af den løbende investering.
- For det fjerde noterer Kommissionen sig den forholdsvis positive prognose for WestSpiels finansielle situation for perioden 2021-2023, hvor der forventedes en ændring fra en negativ til en positiv balance (se betragtning 74 og 121). Ikke desto mindre ville det ikke have været acceptabelt for en sammenlignelig privat investor at afstå fra en likvidation eller et salg i 2015 (da kapitaltilførslen fandt sted) og afvente den forventede forbedring af virksomhedens finansielle situation. Tidsrummet mellem 2015 og 2021 er stadig meget langt, og det ville ikke være rimeligt at anmode en aktionær om at udsætte en hastesafgørelse i yderligere seks år. Der skal navnlig tages hensyn til de yderligere tab, som aktionæren sandsynligvis ville have lidt i disse år, samt den økonomiske og finansielle usikkerhed, idet prognosen stadig forudså en negativ balance for WestSpiel indtil det endelige vendepunkt i 2021. Under alle omstændigheder ville det rimelige alternativ til et salg eller en likvidation i 2015 ikke have været kapitaltilførslen af ovennævnte grunde, men blot en aktionærs mulighed for slet ikke at handle og acceptere yderligere årlig tabsdækning under automatikken i HGB, som det allerede var praksis i de foregående år.

— *Konklusion vedrørende vurderingen af de kontrafaktiske scenarier*

- (169) På grundlag af argumenterne i vurderingen af de specifikke kontrafaktiske scenarier konkluderer Kommissionen derfor, at en sammenlignelig privat investor ville have valgt at likvidere eller sælge virksomheden eller slet ikke at handle i stedet for at foretage endnu en investering ved endog at tilføre yderligere kapital til en samlet tabsgivende virksomhed og risikere også at miste de nytildførte beløb ud over den resterende kapital.

— *Tysklands »langsigtede vurdering«*

- (170) Med hensyn til Tysklands »langsigtede« vurdering, jf. betragtning 78, mener Kommissionen, at der i lyset af EDF-dommen ⁽⁷²⁾ skal sondres mellem statens handling i sin egenskab af investor på den ene side (i henhold til hvilken rolle den udførte kapitaltilførslen) og dens handling i sin egenskab af offentlig myndighed (i henhold til hvilken rolle den modtog den overførte fortjeneste).

⁽⁷²⁾ Domstolens dom af 5.6.2012, Kommissionen mod Rådet, sag C-124/10, ECLI:EU:C:2012:318.

- (171) Som Domstolen fastslog, skal der henblik på vurderingen af, om den samme foranstaltning ville være blevet truffet under normale markedsvilkår af en privat sælger, som befinder sig i en situation, som ligger så tæt som muligt på den situation, som staten befinder sig i, kun tages hensyn til de fordele og forpligtelser, som er forbundet med sidstnævntes situation i dens egenskab af aktionær, og ikke dem, som er forbundet med dens egenskab af offentlig myndighed ⁽⁷³⁾.
- (172) For så vidt angår Tysklands argument om, at WestSpiels supplerende skatter ⁽⁷⁴⁾ bør indgå i indtægterne ved vurderingen af, om kapitaltilførslen er i overensstemmelse med det markedsøkonomiske investorprincip, bemærker Kommissionen, at en sådan betragtning ikke er blandt de elementer, som en markedsøkonomisk investor ville tage hensyn til.
- (173) Retspraksis gør det ikke muligt at konkludere, at en fordel i form af en kapitalinvestering i en virksomhed kan neutraliseres ved betaling af skat af virksomhedens fortjeneste. Selv om kapitaltilførslen var nødvendig for at holde virksomheden kørende og undgå en insolvensprocedure, jf. betragtning 152-159, var der således ikke tilstrækkelig forhåndsdokumentation for, at investeringen forventedes at skabe overskud eller undgå yderligere tab (sammenlignet med de kontrafaktiske scenarier, nemlig likvidation eller salg af WestSpiel).

— *Konklusion vedrørende anvendelsen af det markedsøkonomiske investorprincip*

- (174) I lyset af vurderingen af de kontrafaktiske scenarier på grundlag af de oplysninger, som Kommissionen har til rådighed om WestSpiels finansielle situation på tidspunktet for afgørelsen om kapitaltilførslen i 2015 (se betragtning 167), og Kommissionens konklusion om, at betaling af skat ikke kan neutralisere en fordel (se betragtning 173), er Kommissionen af den opfattelse, at foranstaltningen ikke er i overensstemmelse med det markedsøkonomiske investorprincip.
- (175) Kommissionen antager, at en rationel privat investor, eftersom WestSpiel var tabsgivende, ikke ville beslutte at tilføre WestSpiel yderligere kapital uden at foretage vurderinger, selv generelle vurderinger, der viser, at der er rimelig sandsynlighed for fremtidig fortjeneste, og som om nødvendigt omfatter et eventuelt salg eller en eventuel likvidation af selskabet ⁽⁷⁵⁾.

6.1.2.2.3.2. Påstået kompensation for strukturelle ulemper

- (176) Tyskland hævder (se betragtning 79), at kapitaltilførslen i 2015 ikke gav WestSpiel en fordel og derfor ikke udgjorde statsstøtte, fordi den kompenserede WestSpiel for dets strukturelle ulempe, hvor det blev pålagt en højere skat end dets private konkurrenter (i overensstemmelse med Combust-dommen ⁽⁷⁶⁾). I henhold til § 14 i SpielbG NRW (tidligere udgave) kunne WestSpiel ikke anvende provenuet fra de aktiver, som selskabet havde solgt (dvs. dets ekstraordinære indtægter fra salget af kunstværker).
- (177) Kommissionen er imidlertid uenig med Tyskland. I den nyere Orange-dom ⁽⁷⁷⁾ præciserede Domstolen, at kompensationen for en strukturel ulempe kan være forenelig med det indre marked, men at den under visse omstændigheder stadig udgør statsstøtte. Domstolen præciserede nærmere bestemt i dommens præmis 44, at en økonomisk fordel, der ydes ved hjælp af statsmidler, skal betragtes som statsstøtte, hvis alle de øvrige betingelser for, at der er tale om støtte, er opfyldt bortset, fra de tilfælde, hvor tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse falder ind under Altmark-kriterierne ⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷³⁾ Se Domstolens dom af 6.3.2018, Kommissionen mod FIH Holding og FIH Erhvervsbank, C-579/16 P, EU:C:2018:159, præmis 55, Domstolens dom af 5.6.2012, Kommissionen mod EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, præmis 79 og den deri nævnte retspraksis, og Domstolens dom af 24.10.2013, Land Burgenland m.fl. mod Kommissionen, forenede sager C-214/12 P, C-215/12 P og C-223/12 P, ECLI:EU:C:2013:682, præmis 94 og 52.

⁽⁷⁴⁾ Skatter genereret af kapitaltilførslen fra NRW's statsbudget.

⁽⁷⁵⁾ Rettens dom af 25.6.2015, SACE og SACE BT mod Kommissionen, T-305/13, ECLI:EU:T:2015:435, præmis 178-180.

⁽⁷⁶⁾ Rettens dom af 16.3.2004, Danske Busvognmænd mod Kommissionen, T-157/01, ECLI:EU:T:2004:76, præmis 57.

⁽⁷⁷⁾ Domstolens dom af 26.10.2016, Orange mod Kommissionen, C-211/15 P, ECLI:EU:C:2016:798, præmis 22-34.

⁽⁷⁸⁾ Domstolens dom af 24.7.2003, Altmark Trans GmbH og Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415.

- (178) Kommissionen bemærker endvidere, at både Combis- og Orange-dommene henviste til kompensationsforanstaltninger, der har til formål at dække unormale omkostninger i forhold til private konkurrenters omkostninger. I den foreliggende sag afhjælper foranstaltningen imidlertid ikke en »strukturel« ulempe, men er snarere en engangsafhændelse af aktiver, der gør det muligt for en virksomhed at fortsætte driften, selv om den har en urentabel forretningsmodel.
- (179) I lyset af ovenstående konkluderer Kommissionen, at kapitaltilførslen i 2015 ikke kan anses for ikke at udgøre statsstøtte, fordi den udgør en kompensation for WestSpiels strukturelle ulempe.

6.1.2.2.3.3. Påstået mangel på fordel, da det samme økonomiske resultat kunne være opnået gennem ændring af lovgivningen

- (180) Tyskland forklarer også (se betragtning 80), at det samme økonomiske resultat som med kapitaltilførslen kunne være opnået ved lovændringer, dvs. ved at ændre den skatteordning, der gælder for WestSpiel.
- (181) Kommissionen mener ikke, at dette argument er relevant for spørgsmålet om, hvorvidt NRW.BANK's kapitaltilførsel i 2015 gav WestSpiel en fordel. Kommissionen bemærker, at dette argument blot er hypotetisk og ikke blev til virkelighed i praksis. På trods af den teoretiske mulighed har staten de facto ikke gjort brug af denne mulighed, men i stedet valgt at opretholde den skatteordning, der gjaldt for WestSpiel, og i stedet foretog en kapitaltilførsel. Med henblik herpå kan Kommissionen ikke yderligere vurdere, om der ville have været tale om en fordel for WestSpiel i det teoretiske scenarie med lovændringer af den simple grund, at lovændringerne faktisk ikke fandt sted i praksis.

6.1.2.2.3.4. Den påståede tilbagebetaling af den bogførte værdi af NRW's stille kapitalindskud svarede til en omfattende tilbagebetaling af den (påståede) statsstøtte

- (182) Tyskland anfører også (se betragtning 81), at tilbagebetalingen af den bogførte værdi af NRW's stille kapitalindskud fra WestSpiel til NRW var ensbetydende med tilbagebetaling af den (påståede) statsstøtte, hvis der fandtes en sådan støtte. I denne henseende ville den (højere) pris, som den valgte tilbudsgiver skulle betale i den (på daværende tidspunkt) igangværende udbudsprocedure, ifølge Tyskland afspejle den højere værdi, som virksomheden havde, fordi den havde modtaget statsstøtte.
- (183) Kommissionen bemærker, at den teoretiske mulighed (som blev overvejet forud for salget af WestSpiel i september 2021) for at opnå en højere pris i en udbudsprocedure ikke er tilstrækkelig til at udelukke, at der foreligger en fordel som følge af kapitaltilførslen i 2015, eller forhindre støttemodtageren i fortsat at nyde godt af den faktiske fordel heraf⁽⁷⁹⁾. Dette skyldes, at fordelene skal vurderes på det tidspunkt, hvor støtten ydes, således at den teoretiske hypotese om en fremtidig forøgelse af virksomhedens værdi kan være relevant, men det forhold, at det stille kapitalindskud er blevet tilbagebetalt senere, er det ikke.
- (184) Under alle omstændigheder konkluderer Kommissionen, at dette argument ikke vedrører eksistensen af statsstøtte i sig selv, men snarere det resterende støttebeløb, der skal tilbagesøges, efter at salget af WestSpiel blev afsluttet, og salgsprisen blev betalt.

— *Konklusion vedrørende fordelene*

- (185) Kommissionen konkluderer derfor, at kapitaltilførslen giver WestSpiel en fordel i henhold til artikel 107, stk. 1, TEUF.

⁽⁷⁹⁾ Domstolens dom af 1.10.2015, Electrabel og Dunamenti Erőmű mod Kommissionen, C-357/14 P, ECLI:EU:C:2015:642, præmis 116.

6.1.2.2.4. Selektivitet

- (186) Med hensyn til selektivitetskriteriet er der en formodning om, at de undersøgte foranstaltninger er selektive, da den eneste støttemodtager var WestSpiel. Da der i den foreliggende sag ikke er noget element, der kan afkræfte denne formodning, konkluderer Kommissionen, at de undersøgte foranstaltninger er selektive. Dette bestrides ikke af Tyskland.

6.1.2.2.5. Fordrejning af konkurrencen og påvirkning af samhandelen

- (187) Med hensyn til kriteriet om konkurrencefordrejning anses en foranstaltning, der ydes af en medlemsstat, for at fordreje eller true med at fordreje konkurrencevilkårene, hvis det er sandsynligt, at den vil forbedre modtagerens stilling i konkurrencen i forhold til andre virksomheder, som den konkurrerer med. I praksis betyder det, at konkurrencen jf. artikel 107, stk. 1, i TEUF generelt anses for at blive fordrejet, så snart en stat tildeler en økonomisk fordel til en virksomhed i en liberaliseret sektor, hvor der er eller kunne være konkurrence⁽⁸⁰⁾. Hvad angår kriteriet om påvirkning af samhandelen inden for Unionen er det ubestridt, at det ikke er nødvendigt at godtgøre, at støtten faktisk påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne, men alene, om støtten kan påvirke denne samhandel. EU-domstolene har statueret, at »når en finansiel støtte, som ydes af en stat, styrker en virksomheds stilling i forhold til andre virksomheder, som den konkurrerer med i samhandelen inden for [Unionen], må det antages, at denne samhandel påvirkes af støtten«⁽⁸¹⁾.
- (188) Som forklaret i betragtning 57 til åbningsafgørelsen deler Kommissionen ikke Tysklands synspunkt om, at de undersøgte foranstaltninger ikke kunne have fordrejet konkurrencen og påvirket samhandelen mellem medlemsstaterne i betragtning af WestSpiels påståede lovbeskyttede monopolstilling i NRW. Selv om Tyskland hævder, at kasinomarkedet var lukket for konkurrence i henhold til §§ 1 og 3 i SpielbG NRW (tidligere udgave) i den relevante periode (2009-2015), ser det ud til, at WestSpiel konkurrerede med private operatørers spillehaller (navnlig medlemmerne af FSH), især med hensyn til spilleautomater. Der er desuden intet, der tyder på, at der var et lovbeskyttet monopol i NRW, som udelukkede konkurrence på markedet og om markedet. Endelig var WestSpiels ikke-spilrelaterede aktiviteter (f.eks. drift af barer og restauranter i kasinoerne) under alle omstændigheder ikke underlagt et potentielt lovbeskyttet monopol og blev udøvet i konkurrence med andre virksomheder på trods af Tysklands bemærkninger vedrørende onlineleverandørernes påståede ulovlige aktivitet og som også anført i betragtning 57 til åbningsafgørelsen.
- (189) Kommissionen konkluderer derfor, at kapitaltilførslen i 2015 sandsynligvis vil påvirke samhandelen inden for Unionen og fordreje eller true med at fordreje konkurrencevilkårene.

— *Konklusion vedrørende kapitaltilførslen*

- (190) Med hensyn til kapitaltilførslen til WestSpiel konkluderer Kommissionen derfor på grundlag af ovenstående vurdering, at de kumulative kriterier for, at der foreligger statsstøtte i henhold til artikel 107, stk. 1, i TEUF, er opfyldt, og at foranstaltningen udgør statsstøtte.

⁽⁸⁰⁾ Rettens dom 15.6.2000, Alzetta m.fl. mod Kommissionen, forenede sager T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 til 607/97, T-1/98, T-3/98 til T-6/98 og T-23/98, ECLI:EU:T:2000:151, præmis 141-147, og Domstolens dom af 24.7.2003, Altmark Trans GmbH og Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415.

⁽⁸¹⁾ Domstolens dom af 14.1.2015, Eventech, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, præmis 66, Domstolens dom af 8.5.2013, Libert m.fl., forenede sager C-197/11 og C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288, præmis 77, og Rettens dom af 4.4.2001 i sag T-288/97, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia mod Kommissionen, T-288/97, ECLI:EU:T:2001:115, præmis 41.

6.1.3. *Konklusion vedrørende forekomsten af statsstøtte*

- (191) Med hensyn til den årlige tabsdækning konkluderer Kommissionen, at den ikke udgør statsstøtte i henhold til artikel 107, stk. 1, i TEUF, da de kumulative kriterier i denne artikel allerede ikke er opfyldt af de grunde, der er anført i afsnit 6.1.1 (ingen fordel, ingen statsmidler og ingen tilregning), hvilket gør det overflødigt at analysere de resterende kriterier i artikel 107, stk. 1, i TEUF.
- (192) Med hensyn til den påståede kapitaltilførsel i 2015 konkluderer Kommissionen, at den udgør statsstøtte i henhold til artikel 107, stk. 1, i TEUF, da de kumulative kriterier i denne artikel er opfyldt af de grunde, der er anført i afsnit 6.1.2.

6.2. **Støttens lovlighed**

- (193) Kapitaltilførslen i 2015 udgør statsstøtte i henhold til artikel 107, stk. 1, i TEUF, og da den er blevet udbetalt i strid med artikel 108, stk. 3, i TEUF, udgør den ulovlig statsstøtte.

6.3. **Forenelighed**

- (194) Da kapitaltilførslen i 2015 udgør statsstøtte, skal undersøges, om denne støtteforanstaltning kan betragtes som forenelig med det indre marked. Statsstøtteforanstaltninger kan betragtes som forenelige med det indre marked på grundlag af undtagelserne i artikel 107, stk. 2 og 3, i TEUF.
- (195) Tyskland fremlagde to mulige forenelighedsgrundlag, nemlig a) artikel 107, stk. 3, litra c), i TEUF — støtte til liberalisering af markedet (se betragtning 84), og b) rammebestemmelserne for statsstøtte til redning og omstrukturering (se betragtning 85).
- (196) Med hensyn til artikel 107, stk. 3, litra c), i TEUF kan den begrundelse for kompensation for markedsliberalisering, som Tyskland har fremført, ikke accepteres af Kommissionen. For det første er der ifølge Kommissionen ingen tegn på, at den (påståede) markedsåbning var årsagen til kapitaltilførslen. For det andet konkluderer Kommissionen, at markedet under alle omstændigheder ikke er blevet liberaliseret — den retlige struktur med en operatør, der har en monopollicens (tidligere en offentlig, men nu en privat licens efter købet af WestSpiel) for kasinoer på den ene side og private operatører af spilleautomater på den anden side, forbliver den samme.
- (197) Med hensyn til foreneligheden i henhold til statsstøttereglerne for rednings- og omstrukturingsstøtte fremlagde Tyskland på trods af Tysklands påstand om, at en eventuel tilbagesøgning af støtte ville gøre WestSpiel til en kriseramts virksomhed, ingen oplysninger, der viste, at virksomheden på det tidspunkt, hvor foranstaltningerne blev ydet, var en kriseramts virksomhed, og at kravene i rammebestemmelserne for statsstøtte til redning og omstrukturering var opfyldt. Den tvivl, som Kommissionen gav udtryk for i betragtning 104 til åbningsafgørelsen, om, at disse krav var opfyldt, er ikke blevet fjernet. Kommissionen modtog faktisk ingen oplysninger, der viste, at kapitaltilførslen blev ydet på et ikkepermanent grundlag på grundlag af en tidligere godkendt omstrukturingsplan og med et passende egetbidrag til omstrukturingsomkostningerne med støttemodtagerens egne midler.
- (198) I lyset af ovenstående konkluderer Kommissionen, at den ulovlige statsstøtte, der blev ydet af Tyskland i form af kapitaltilførslen i 2015, ikke er forenelig med det indre marked.

7. TILBAGESØGNING

- (199) I henhold til TEUF og Unionens retsinstanders faste praksis har Kommissionen, når den har fundet støtte uforenelig med det indre marked, kompetence til at beslutte, at den pågældende medlemsstat skal ophæve eller ændre den ⁽⁸²⁾. Ifølge Unionens retsinstanders faste praksis har en medlemsstats forpligtelse til at ophæve den støtte, som Kommissionen anser for at være uforenelig med det indre marked, til formål at genoprette den tidligere situation ⁽⁸³⁾.
- (200) I den sammenhæng har Unionens retsinstanter fastslået, at dette mål er nået, når modtageren har tilbagebetalt de beløb, der er tildelt som ulovlig støtte, hvorved modtageren mister den fordel, der var opnået på markedet i forhold til konkurrenterne, og situationen fra tiden før ydelsen af støtte genoprettes ⁽⁸⁴⁾.
- (201) I overensstemmelse med retspraksis fastsættes følgende i artikel 16, stk. 1, første punktum, i Rådets forordning (EU) 2015/1589 ⁽⁸⁵⁾: »I negative afgørelser om ulovlig støtte bestemmer Kommissionen, at den pågældende medlemsstat skal træffe alle nødvendige foranstaltninger til at kræve støtten tilbagebetalt fra støttemodtageren«.
- (202) Eftersom kapitaltilførslen i 2015 blev ydet i strid med artikel 108, stk. 3, TEUF og skal betragtes som ulovlig og uforenelig støtte, skal støttebeløbet tilbagesøges med henblik på at genoprette den situation, der eksisterede på det indre marked, før det blev ydet.
- (203) Det nominelle tilbagebetalingsbeløb svarer til kapitaltilførslen (dvs. 64,8 mio. EUR). De beløb, som WestSpiel allerede har tilbagebetalt i to rater efter opløsningen af det stille partnerskab den 8. januar 2021 (jf. fodnote 36), dvs. a) første rate på 35 mio. EUR (tilbagebetalt den 19. januar 2021, jf. betragtning 90) og b) anden rate på 11 516 909 EUR (tilbagebetalt den 26. juli 2021, jf. betragtning 81), i alt 46 516 909 EUR, kan — modsat hvad Tyskland gør gældende — ikke betragtes som delvis tilbagebetaling (jf. betragtning 83). Dette skyldes, at WestSpiel selv ved at tilbagebetale dette beløb faktisk ikke har fortabt den faktiske fordel, der blev opnået med kapitaltilførslen i forhold til konkurrenterne.
- (204) Kommissionen bemærker, at opløsningen af det stille partnerskab i den foreliggende sag ikke kan betragtes som en tilbagesøgning og ikke har nogen indvirkning på det støttebeløb, der skal tilbagesøges, da dette beløb i princippet ikke afhænger af begivenheder, der indtræffer efter tildelingen af støtten.
- (205) Fordelen følger af en kapitaltilførsel, som ikke ville finde sted under normale markedsvilkår. Hele kapitaltilførslen udgør fordelens størrelse. Hvis det senere viser sig, at investeringen takket være den videre udvikling i sidste ende var rentabel, ændrer det hverken fordelens eksistens eller dens størrelse. Når en medlemsstat f.eks. foretager denne investering ved at købe aktier i en virksomhed (som ikke ville blive købt af en privat investor) og senere sælger disse aktier (selv om prisen på dem i mellemtiden er steget), udgør dette salg ikke en tilbagebetaling af støtten. Udlodning af udbytte udgør heller ikke en tilbagesøgning. Den samme analyse vil fortsat være gældende for tilbagebetaling af en deltagelse.
- (206) Med andre ord er den konkrete yderligere udvikling, der finder sted i forbindelse med egenkapitalen eller »deltagelsen«, særskilte fænomener, der ikke har nogen indflydelse på tilbagesøgningen af den ulovligt tildelte støtte. Kommissionen konkluderer derfor, at tilbagebetalingen ikke (end ikke delvist) har genoprettet den situation, der eksisterede på det indre marked, før støtten blev udbetalt.

⁽⁸²⁾ Domstolens dom af 12.7.1973, Kommissionen mod Tyskland, C70/72, ECLI:EU:C:1973:87, præmis 13.

⁽⁸³⁾ Domstolens dom af 21.3.1990, Belgien mod Kommissionen, C-142/87, ECLI:EU:C:1990:125, præmis 66.

⁽⁸⁴⁾ Domstolens dom af 17.6.1999, Belgien mod Kommissionen, C-75/97, ECLI:EU:C:1999:311, præmis 64 og 65.

⁽⁸⁵⁾ Rådets forordning (EU) 2015/1589 af 13. juli 2015 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af artikel 108 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (EUT L 248 af 24.9.2015, s. 9, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2015/1589/oj>).

- (207) Som nævnt i betragtning 29 fusionerede WestSpiel med WestSpiel GmbH som følge af omstruktureringen af WestSpiel-koncernen. Efter salget til Gauselmann Group blev WestSpiel omdøbt og opererer nu under navnet »Mercur Spielbanken GmbH« (se betragtning 30). I tilfælde af en fusion eller anden form for virksomhedsomlægning skal den oprindelige støttemodtagers juridiske efterfølger identificeres, og medlemsstaten skal tilbagesøge støtten fra den overlevende enhed⁽⁸⁶⁾. WestSpiel GmbH er den juridiske efterfølger efter WestSpiel, som nu benævnes »Mercur Spielbanken GmbH«. Udtrykket »WestSpiel« henviser til denne fusionerede og derefter solgte enhed (se fodnote 7), hvorfra støtten skal tilbagesøges.
- (208) Tilbagesøgningen skal omfatte perioden fra den dato, hvor støtten blev stillet til rådighed for støttemodtageren, dvs. fra den 15. december 2015 (se betragtning 130), til den faktiske tilbagebetaling. Det beløb, der skal tilbagebetales, pålægges renter, indtil det er fuldt tilbagebetalt.

8. KLAUSUL OM ANSVARSFRITAGELSE

- (209) Kommissionen bemærker, at salgs- og købsaftalen vedrørende WestSpiel indeholder bestemmelser, der udgør en klausul om ansvarsfritagelse for krav om tilbagebetaling af statsstøtte, som er begrænset til 30 mio. EUR (jf. punkt D i præambelen, §§ 7, 17.2, 19, 24, 28.3-28.5 og 29 i salgs- og købsaftalen vedrørende WestSpiel). Kommissionen minder om, at det er fast retspraksis, at sådanne klausuler kan betragtes som særskilte statsstøtteforanstaltninger, og at anvendelsen af lignende bestemmelser om godtgørelse kan betegnes som en omgåelse af tilbagesøgningen af ulovlig og uforenelig statsstøtte. Kommissionen fremhæver, at modtageren af klausulen også er støttemodtageren.
- (210) Domstolen har altid været af den opfattelse, at en medlemsstats forpligtelse til at afskaffe en støtte, som Kommissionen har fundet uforenelig med det indre marked, har til formål at genoprette den oprindelige situation. Dette formål er opnået, når den pågældende støtte, eventuelt med tillæg af morarenter, er blevet tilbagebetalt af støttemodtageren. Ved denne tilbagebetaling mister støttemodtageren den fordel, som virksomheden havde opnået på markedet i forhold til konkurrenterne, og situationen fra tiden før ydelsen af støtte er genoprettet. Hvis en medlemsstat tillades at yde en støtte, der svarer til den ulovlige støtte, og som har til formål at neutralisere virkningen af den tilbagesøgning, som støttemodtagerne er forpligtet til at foretage, svarer det til åbenbart at gøre Kommissionens afgørelser virkningsløse⁽⁸⁷⁾.
- (211) Hvis klausulen om ansvarsfritagelse anvendes, vil den medføre, at WestSpiel kompenseres for den ulovlige og uforenelige støtte, selskabet har modtaget. Nærmere bestemt vil WestSpiel i medfør af denne afgørelse være forpligtet til at tilbagebetale den uforenelige støtte til staten. Dette vil, når denne afgørelse bliver endelig, udløse en klausul om ansvarsfritagelse, der forpligter staten til at betale WestSpiel det samme beløb, som den har inddrevet, med et loft på 30 mio. EUR. Gennemførelsen af en sådan klausul ville udgøre en omgåelse af tilbagesøgningen af ulovlig og uforenelig statsstøtte som fastslået i denne afgørelse, fordi den ikke vil føre til effektiv tilbagesøgning i form af genopretning af den situation, der eksisterede på markedet, før støtten blev udbetalt, hvilket er i strid med dens formål⁽⁸⁸⁾.

9. KONKLUSION

- (212) Kommissionen konstaterer, at Tyskland har gennemført støtten i strid med artikel 108, stk. 3, i TEUF.
- (213) Kommissionen konkluderer, at støtten er uforenelig med det indre marked og skal tilbagesøges fra WestSpiel med renter —

⁽⁸⁶⁾ Se i den forbindelse Domstolens dom af 7. marts 2018, SNCF Mobilités mod Kommissionen, C-127/16 P, ECLI:EU:C:2018:165.

⁽⁸⁷⁾ Domstolens dom af 29.6.2004, Kommissionen mod Rådet, C-110/02, ECLI:EU:C:2004:395, præmis 42 og 43 og den nævnte retspraksis.

⁽⁸⁸⁾ Domstolens dom af 11.12.2012, Kommissionen mod Spanien, C-610/10, ECLI:EU:C:2012:781, præmis 105.

VEDTAGET DENNE AFGØRELSE:

Artikel 1

Den påståede foranstaltning vedrørende årlig tabsdækning, som Tyskland har gennemført, udgør ikke statsstøtte i henhold til artikel 107, stk. 1, i TEUF.

Artikel 2

Kapitaltilførslen i 2015 på 64,8 mio. EUR, som Tyskland ulovligt gennemførte i strid med artikel 108, stk. 3, i TEUF, er uforenelig med det indre marked.

Artikel 3

1. Tyskland tilbagesøger den i artikel 2 omhandlede uforenelige støtte fra WestSpiel, der er fusioneret med WestSpiel GmbH og nu benævnes »Merkur Spielbanken NRW GmbH«.
2. Den støtte, der skal tilbagebetales, pålægges renter fra det tidspunkt, hvor den blev stillet til rådighed for WestSpiel, og indtil den er tilbagebetalt.
3. Tyskland sikrer, at WestSpiel ikke modtager kompensation for de beløb, der er omfattet af denne afgørelse. WestSpiel modtager navnlig hverken direkte eller indirekte beløb fra Tyskland som følge af anvendelsen af klausulen om ansvarsfritagelse i salgs- og købsaftalen vedrørende WestSpiel.
4. Renterne beregnes i henhold til kapitel V i Kommissionens forordning (EF) nr. 794/2004 ⁽⁸⁹⁾.

Artikel 4

1. Tilbagesøgningen af den i artikel 2 nævnte støtte iværksættes omgående og effektivt.
2. Tyskland efterkommer denne afgørelse senest fire måneder efter meddelelsen deraf.

Artikel 5

1. Senest to måneder efter meddelelsen af denne afgørelse sender Tyskland følgende oplysninger til Kommissionen:
 - a) det samlede beløb (hovedstol og renter), der skal tilbagesøges fra WestSpiel
 - b) en detaljeret beskrivelse af, hvilke foranstaltninger der er truffet eller vil blive truffet for at efterkomme denne afgørelse
 - c) dokumentation for, at støttemodtagerne har fået påbud om at tilbagebetale den i artikel 2 nævnte støtte.
2. Tyskland holder Kommissionen underrettet om udviklingen i de foranstaltninger, der på nationalt plan træffes for at efterkomme denne afgørelse, indtil den i artikel 2 omhandlede støtte er fuldt tilbagebetalt. Efter anmodning fra Kommissionen fremsender Tyskland omgående oplysninger om, hvilke foranstaltninger der er truffet eller planlagt for at efterkomme afgørelsen. Desuden fremsender Tyskland udførlige oplysninger om de støttebeløb og renter, som WestSpiel allerede har tilbagebetalt. Tyskland aflægger også rapport til Kommissionen om, hvorvidt og på hvilken måde klausulen om ansvarsfritagelse, jf. betragtning 209, er blevet anvendt.

⁽⁸⁹⁾ Kommissionens forordning (EF) nr. 794/2004 af 21. april 2004 om gennemførelse af Rådets forordning (EU) 2015/1589 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af artikel 108 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (EUT L 140 af 30.4.2004, s. 1, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2004/794/oj>).

Artikel 6

Denne afgørelse er rettet til Forbundsrepublikken Tyskland.

Udfærdiget i Bruxelles, den 22. november 2024.

På Kommissionens vegne
Margrethe VESTAGER
Ledende næstformand